



T.C.
TOROS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI TİCARET VE LOJİSTİK ANA BİLİM DALI
ULUSLARARASI TİCARET VE LOJİSTİK YÜKSEK LİSANS
PROGRAMI

ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN
ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

AHMET ÖZGÜR AYDIN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEMMUZ 2018



T.C.
TOROS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İŞLETME ANA BİLİM DALI
ULUSLARARASI TİCARET VE LOJİSTİK YÜKSEK LİSANS
PROGRAMI

ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN
ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

AHMET ÖZGÜR AYDIN

DANIŞMAN
Doç. Dr.Tunay KÖKSAL

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEMMUZ 2018

YÜKSEK LİSANS TEZİ ONAY FORMU

Ahmet Özgür AYDIN tarafından hazırlanan “Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları” başlıklı bu çalışma 24/07/2018 tarihinde yapılan savunma sınavı sonunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Uluslararası Ticaret ve Lojistik Ana Bilim Dalı’nda yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Başkanı
(Danışman)
Doç. Dr. Tunay KÖKSAL

Jüri Üyesi
Dr. Öğr. Üyesi Caner ATIŞ
(Mersin Üniversitesi)

Jüri Üyesi
Dr. Öğr. Üyesi Cengiz TUNÇ

Savunma Sınav Jürisi Tarafından Tezin İmzalı Nüshasının Teslim Tarihi : 16.08/2018

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Prof. Dr. Haluk KORKMAZYÜREK
Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Toros Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu çalışmada;

- Sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

24.07/2018

Ahmet Özgür AYDIN

ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

(Yüksek Lisans Tezi)

Ahmet Özgür AYDIN

TOROS ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

2018

ÖZET

Son yıllarda ithalat ve ihracat satışlarını iç piyasada olan satışlardan farklı kılan en hassas konulardan birisi bu ticari ilişki içerisinde rol oynayan tarafların kendilerine özel ulusal bakış açılarının olması ve bu ticari ilişkiye taraf olacakların farklı yasal düzenlemelere göre kendilerine özgü mevzuatsal çözümleme sistemine sahip olmasıdır.

Günümüzde uluslararası ticari uyuşmazlıklar sonucu ortaya çıkacak olan davalara bakacak milletler üstü bir mahkeme bulunmadığından uluslararası ilişkilerden kaynaklı bir dış ticaret uyuşmazlığında davaya bakacak mahkeme ya tarafların birisinin ülkesinde olabilmekte ya da tarafsız bir ülkenin mahkemesi yetkili olarak kılınmaktadır. Bu tür anlaşmazlıkların mahkeme yoluyla sonuçlandırılmaya çalışılması uzun ve zahmetli bir yol olarak görülürken taraflar içinde dezavantajları ve avantajları bulunmaktadır.

Dünya üzerindeki uluslararası ticaret organizasyonları dış ticaret işlemlerinde ortaya çıkacak olan ticari uyuşmazlıkları objektif ve kısa zamanlı süreçte sonuca varabilmek için alternative çözüm yolları üretip geliştirmeye çalışmışlardır.

Uluslararası ticari işlemlerde karşılaşılan en yaygın çözüm yöntemlerinden birisi tahkimdir. Bir hakem veya hakem kurulunca dış ticarete karşılaşılan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmaya çalışıldığı dinamik bir sistemdir. Günümüzde tarafların yerel mahkeme işlemlerinden çok daha hızlı ve çözüme kavuşturucu bir sistem olması, tarafların kendi ulusal mahkemelerine olan inandırıcılığın ve güvenin karşılıksız ve bütünsel olması, taraflar açısından halka açık olmadığından dolayı gizlilik unsurunu ön planda

taşıması tahkimin uluslararası dış ticarete fazlaca tercih edilen bir çözüm sistemi olmasını kolaylaştırmaktır.

Çalışmada uluslararası ticari ilişkilerde meydana gelen uyuşmazlıklar ve bu uyuşmazlıklar için çözüm yöntemleri karşılaştırılırken aynı zamanda Türkiye’de tahkim kavramı ayrıntılı olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Dış ticaret, Ticari uyuşmazlık



THE ALTERNATIVE SOLUTION WAYS FROM INTERNATIONAL COMMERCIAL DISPUTES

(M. Sc. Thesis)

Ahmet Özgür AYDIN

**TOROS UNIVERSITY
SOCIAL SCIENCE INSTITUTE
2018**

ABSTRACT

One of the most sensitive issues in import and export sales that differs from the sales in the domestic market in recent years is the fact that the parties involved in this trade relationship have their own specific national outlooks and that the parties to this trade relationship have their own system of legislative analysis of the different legal arrangements.

Since there is no supra-national court, which will eventually result in international commercial disputes, the court to look into the case of a foreign trade dispute can be either in the territory of one of the parties, or the courts of an impartial country are authorized as courts. The attempt to conclude such disputes through court is a long and painful process. There are disadvantages and advantages within the parties.

International trade organizations around the world have attempted to produce and develop alternative solutions to the commercial disputes that will arise in foreign trade transactions, in order to arrive at the objective and the goal in time.

One of the most common solutions in international commercial transactions is arbitration. It is a dynamic system in which conflicts encountered in foreign trade are tried to be resolved when a referee or arbitrator is established. It is now more important that the parties have a system that is much quicker and resolvable than domestic court proceedings, that the parties have credibility and confidence in their national courts unreliable and holistic, because it is not open to the public in terms of the parties, the secrecy factor is to make it easier for the arbitration court to be a highly preferred solution system in international foreign trade.

For international disputes occurring in trade relations and the dispute resolution methods in the study comparing it will also be examined in detail the concept of arbitration in Turkey.

Key Words: Arbitration, Foreign trade, Commercial dispute



TEŞEKKÜR

Öncelikle tezli yüksek lisans eğitim ve öğretim hayatım süresince kaliteli hizmetlerinden dolayı Toros Üniversitesi'ne, çalışmalarım boyunca değerli yardım ve katkılarıyla beni yönlendiren, kıymetli tecrübelerinden faydalandığım değerli hocalarım Doç. Dr. Tunay KÖKSAL, Doç. Dr. Mustafa BEKMEZCİ ve Dr. Öğr. Ü. Ayhan DEMİRCİ ye, yüksek lisans eğitimim süresince manevi destekleriyle beni hiçbir zaman yalnız bırakmayan çok değerli aileme ve arkadaşlarıma teşekkürü bir borç bilirim.



İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
TEŞEKKÜR	viii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI TİCARETTE UYUŞMAZLIKLARIN KAYNAKLARI VE ÇÖZÜM YOLLARI

1. ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN KAYNAKLARI VE ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ	3
1.1. Uluslararası Ticarete Uyuşmazlıkların Kaynakları	3
1.2. Uluslararası Ticarete Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yöntemleri.....	7
1.2.1. Uluslararası ticarete uyuşmazlıkların mahkemelerde çözülmesi	9
1.2.2. Uluslararası ticarete uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleri.....	9
1.2.2.1. Müzakere	9
1.2.2.2. Arabuluculuk	10
1.2.2.3. Uzlaştırma	11
1.2.2.4. Teknik bilirkişilik	12
1.2.2.5. Sözleşmeye üçüncü kişilerin müdahalesi	13
1.2.2.6. Ön hakemlik yöntemi	14
1.2.2.7. Tahkim.....	14
1.2.2.8. Diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri	17
1.3. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Avantajları ve Dezavantajları	21

İKİNCİ BÖLÜM
ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
ULUSLARARASI TAHKİM YÖNTEMİ

2. ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ULUSLARARASI TAHKİM YÖNTEMİ	23
2.1. Uluslararası Ticari Tahkim Yönteminin Tarihi Gelişimi	23
2.2. Uluslararası Ticari Tahkim Yönteminin Hukuki Niteliği	27
2.2.1. Geçici (arizi) tahkim.....	29
2.2.2. Uluslararası kurumsal tahkim.....	30
2.2.2.1. Uluslararası kurumsal tahkim merkezleri.....	31
2.2.2.1.1. Yatırım ihtilaflarının halline dair uluslararası merkez (ICSID)31	
2.2.2.1.2. Milletlerarası ticaret odası (ICC) tahkim divanı.....	32
2.2.2.1.3. Dünya fikri mülkiyet örgütü (WIPO) tahkim divanı.....	34
2.2.2.1.4. Londra uluslararası tahkim divanı (LCIA)	35
2.2.2.1.5. Rusya federasyonu ticaret ve sanayi odası uluslararası tahkim divanı (ICAC)	36
2.2.2.1.6. Avusturya federal ekonomi odası uluslararası tahkim merkezi (VIAC)	36
2.2.2.1.7. Stockholm ticaret odası (SCC) tahkim enstitüsü.....	36
2.2.2.1.8. Amerikan tahkim odası (AAA)	37
2.2.2.1.9. Diğer kurumsal tahkim merkezleri.....	38
2.3. Milli, Milletlerarası ve Yabancı Tahkim Kavramı	39

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TÜRKİYE'DE ULUSLARARASI TAHKİM

3.TÜRKİYE'DE ULUSLARARASI TAHKİM	43
3.1. Türk Hukukuna Göre Uluslararası Ticari Tahkim	43
3.2. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Tahkim	45
3.2.1. Kanunun uygulama alanı.....	46
3.2.1.1. Taraflarca kanunun uygulanmasının kararlaştırılması	46

3.2.1.2. Yabancılık unsuru taşıyan ve Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar	48
3.2.1.3. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.....	50
3.2.1.4. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin Tahkim yerinden başka bir devlette bulunması	52
3.2.1.5. Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması	53
3.2.1.6. Yabancı sermaye ve yabancı kredi	55
3.2.1.7. Ülkelerarası mal ve sermaye geçişi	56
3.2.2. Tahkime elverişlilik.....	58
3.2.2.1. Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar.....	59
3.2.2.2. İki tarafın iradesine tabi olmayan uyuşmazlıklar	60
3.2.2.3. Saklı tutulan Milletlerarası Anlaşmalar.....	61
3.2.3. Kanunun zaman bakımından uygulanması.....	62
3.3. Tahkimde Görevli Ve Yetkili Mahkeme	64
3.4. Tahkim Sözleşmesi.....	65
3.5. Tahkim Yeri	69
3.6. Tahkim Dili	72
3.7. Tahkim Süresi.....	73
3.7.1. Tahkim süresinin belirlenmesi	73
3.7.2. Tahkim süresinin başlangıcı.....	76
3.7.3. Tahkim süresinin uzatılabilmesi.....	78
3.8. Tahkimde İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tedbir	81
3.8.1. Devlet mahkemelerinden ihtiyati haciz veya tedbir kararı verilmesinin istenmesi	83
3.8.2. Hakemlerin ihtiyati haciz veya tedbir kararı vermesinin koşulları	84
3.8.2.1. Taraflarca aksinin kararlaştırılmaması	84
3.8.2.2. Hakem mahkemesi kurulmadan önce ihtiyati haciz veya tedbir kararı	84
3.8.2.3. Taraflardan birinin talebi.....	85

3.8.2.4. Teminat gösterilmesi	85
3.9. Hakem Kurulunun Kurulması	85
3.9.1. Hakemlerin sayısı	87
3.9.2. Hakemlerin seçimi.....	88
3.9.2.1. Tahkim sözleşmesinde hakemlerin ismen belirlenmiş olması	88
3.9.2.2. Hakemlerin taraflarca seçilmesi	90
3.9.2.3. Hakem seçiminin bir başkasına bırakılması.....	92
3.9.2.4. Mahkeme kararı ile hakem seçiminin yapılması.....	93
3.10. Hakem Olabilecek Kişiler	95
3.11. Hakemlerin Bağımsız ve Tarafsız Olması.....	95
3.12. Hakemin Reddi.....	97
3.13. Hakemin İstinkafı ve Azli	99
3.14. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk	100
3.15.1. Yargılama usulüne uygulanacak hukuk	103
3.15.2. Tarafların eşitliği	106
3.15.3. Tahkim yargılamasında temsil ve avukatlık.....	107

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	109
KAYNAKÇA	120
ÖZGEÇMİŞ	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış bazı simgeler ve kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklama
AAA	American Arbitration
AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AGÜ	Az Gelişmiş Ülke
AUÇ	Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri
BM	Birleşmiş Milletler
CITES	The Convention on International Trade Endangered Species of Wild Fauna and Flora
CPR	Institute for Conflict Prevention and Resolution
ÇÇÇA	Çok Taraflı Çevre Anlaşması
DTÖ	Dünya Ticaret Örgütü
EAGÜ	En Az Gelişmiş Ülkeler
FOSFA	Sıvı ve Hayvansal Yağ ve Tohum Birlikleri Federasyonu Tahkim Mahkemesi
GATT	Hububat ve Yem Ticaret Birliği Tahkim Mahkemesi
GAFTA	Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması
HKM	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICAC	International Commercial Arbitration Court
ICC	International Chamber of Commerce
ICDR	International Centre for Dispute Resolution
ICSID	International Centre for Settlement
İTO	İstanbul Ticaret Odası
KOBİ	Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler
LCIA	The London Court of International Arbitration
LUHM	Londra Uluslararası Hakem Mahkemesi
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku
MTO	Milletlerarası Ticaret Odası

NY	New York
SCC	The Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce
SSCB	Sovyet Sosyalist Cumhuriyet Birliği
TİM	Türkiye İhracatçılar Meclisi
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
VIAC	International Arbitral Centre of the Austeian Federal Economic Chamber
WIPO	World Intellectual Property Organization
WTO	World Trade Organization



GİRİŞ

Derebeylik sisteminden günümüzdeki modern ve merkezîyetçi devlet yapısına geçilmesi ve sanayi devrimi ile birlikte burjuvazi ulusal ticaretin yanında yoğun olarak uluslararası ticarete yönelmiştir. Uluslararası ticarete ise uluslararası devlet yapılanmasının bulunmaması sebebiyle uyuşmazlıkları çözecek yaptırım gücü bulunan uluslararası mahkemelere ihtiyaç duyulmuştur. Uluslararası mahkemelerin kurulması ise devletlerin egemenlik anlayışından vazgeçmesi sonucunu doğuracağından, Fransız ihtilali ile doğan ve gelişen hiçbir ulus devlet tarafından kabul edilmemiştir.

Avrupa Birliği ülkelerinin yargılama tarihinde ulusal ticari uyuşmazlıkların çözüm yönteminde kullanılan tahkim kurumu, uluslararası uyuşmazlıkların çözüm yöntemi olarak akla gelmiştir. Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak milletlerarası ticari tahkim yargılaması, genel olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği ticari uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Bu yönü ile de devletlerin egemenlik yetkisinde ihlal edilmemektedir. Zira tarafların üzerinde serbestçe feragat etme yetkisine sahip olduğu bir uyuşmazlık konusunda, uyuşmazlığı çözecek kişi ya da kurumu belirleyebilme hakkına da sahip olması gereklidir.

Bu çalışmada 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak milletlerarası ticari tahkim kurumunu değerlendirilecektir. Bu çalışma yapılırken uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde ve uluslararası uyuşmazlıklarda Milletlerarası Tahkim Kanununun yeterli olup olmadığı ile sistemin işleyiş ve kuralları incelenecektir. Ayrıca çalışmanın bazı bölümlerinde dünyadaki kurumsal ve ad hoc tahkim'den bahsedilirken, Fransa'daki Milli ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Reformu; UNCITRAL tahkim kuralları; Cenevre'de yapılan Avrupa Sözleşmesi ile son olarak 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı tahkime ilişkin HMK hükümlerinden de bahsedilecek ve yeri geldikçe Milletlerarası Tahkim Kanunu ile karşılaştırılacaktır.

Son olarak da uluslararası ticari uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözülmesi neticesinde verilen hakem kararlarının 26775 Sayılı Milletlerarası Özel hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunu ve 1958 Tarihli New York Sözleşmesi doğrultusunda tanınması ve tenfizi incelenecektir. Zira milletlerarası ticari tahkim sonucunda verilecek

olan hakem kararları ancak tanındığı veya tenfiz edildiği, başka bir ifade ile icra edildiği oranda geçerli ve etkili olabilecektir.

Bu çalışma ile uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde milletlerarası tahkim kurumunun önemi ortaya konulacaktır. Türkiye’de ve dünyada uluslararası ticaretin gelişmesinin milletlerarası ticari tahkimin gelişmesine bağlı olduğu bu çalışma ile daha anlaşılır hale gelecektir. Ayrıca bu çalışmamız, devlet mahkemelerinin uzun ve bürokratik engellerle dolu ve ülkelere göre değişen milliyetçi, sosyolojik ve politik yapısından kurtulmak isteyen uluslararası ticaret yapan kişi ve şirketlere sistemin işleyişi açısından yol gösterici olacaktır. Devlet mahkemeleri yargılaması yerine milletlerarası ticari tahkim yolu ile kısa süreli ve New York Sözleşmesi gereğince hemen hemen dünyanın her yerinde icra kabiliyeti bulunan bir yargılamanın tercih edilmesinin uluslararası ticarete güveni arttıracaktır. Bu durum ise uluslararası ticaretin yaygınlaşmasını sağlayacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI TİCARETTE UYUŞMAZLIKLARIN KAYNAKLARI VE ÇÖZÜM YOLLARI

1. ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN KAYNAKLARI VE ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

1.1. Uluslararası Ticarete Uyuşmazlıkların Kaynakları

Milletler arasındaki (sınır ötesi uyuşmazlıklar), ülke içindeki uyuşmazlıklardan daha uzun sürmekte ve daha yüksek miktarda masraf yapılmasını gerektirmektedir. Tek pazarın tamamlanmasıyla, ticaret hacmi büyümekte ve vatandaşların dolaşımı hızlanmaktadır. Sınır ötesi elektronik ticaretin de gelişmesiyle, uyuşmazlık konusunun ve uyuşmazlık konusu olan miktarın önemine bakılmaksızın, farklı üye devletlerde ikamet eden kişiler arasındaki uyuşmazlıklar sürekli artmaktadır. Buna paralel olarak, mahkemelerin önüne getirilen sınır ötesi uyuşmazlıkların sayısı da yükselmektedir. Bu uyuşmazlıklar, mahkemelerin aşırı iş yükünden kaynaklanan uygulama sorunlarına ilave olarak, genellikle kanunlar ihtilafı(conflicts of law), yargı yetkisi anlaşmazlıkları (conflicts of jurisdiction) ve pratik güçlüklerin de içinde bulunduğu karmaşık sorunlar doğurmaktadır (Özbek, 2007:269-270).

Tahkim ihtimali hakkında düşünürken dikkate alınması gereken sorulardan biri, bir kamu hukuku varlığında tahkime taraf olacak olanların var olup olmadığıdır. Yaygın olarak kabul gören taraflı ve iki taraflı yatırım anlaşmaları devlet katılımı ile tahkim yargılamasını kolaylaştırmıştır. Bunun anlamı devlet dava edilebilir bazı haklarının korunması için önemli adımlar almak durumundadır. Ek sorun olarak bu işlemlerde kamu hukuku ve özel hukuk sorunları büyük ölçüde iç içe olabilmektedir. Bunun bir sonucu olarak, tahkim daha da karmaşık hale gelir. Daha önce birçok tahkim durumda taraflardan birinin bir devlet kuruluşu ya da diğer kamu hukuku varlık olması için kullanılır. Sadece yirmi yıl önce Karl-Heinz Böckstiegel tahkim için önemli bir analiz girişini şöyle yazmıştı:

“1980'lerin sonundan bu yana dünya, ancak değişti. Devrimcilerden sonra geçiş devlet işletmelerinin ülkelerindeki siyasal sistemin, dönüşümü çoğunlukla ticari şirketlere dönüştü. Dış ticaret artık bir devlet tekeli olmaktadır. Dönüşüm süreci, yine de çeşitli sorunlara yol açmıştır devlet işletmelerinin ve

özelleştirme tasfiyesi(örneğin yeni bir şirket tahkim anlaşması imzalayan değildi) bunlara örnek verilebilir. En ciddi sorunlar, ancak, özelleştirme kararlarını ilgiliydi. Bir veri girişi her türlü sahibi tarafından bir kararlaştırılarak yapılmaktaydı. Genellikle, dikkate alınması gerekiyordu sorunun özelleştirilmesi devlet kararında kamu hukuku kuralları çerçevesinde gelişmekteydi. Nitelikli kararın alınıp alınmaması konusu önem kazanmıştır ve buna göre bir mahkeme tarafından kontrol edilebilir olsun veya olmasın tarafsız kurumlar tarafından kontrol şart olmuştur. Özelleştirme genellikle bir işletmenin tüm varlıklarını satan anlamına geliyordu. Böyle özelleştirme kararlarını düzenleyen sözleşmeler birleşme ve satın alma durumlarında işlemlerin aynısı değildi. Çeşitli karmaşık sorunlar sözleşme kapsamında hak ve görevlerin uygulanması için çıkılan, bir devlet işletmesi değerini belirleyen başlayarak, özelleştirme tahkim davalarında ele alınması idi.”

İkinci görülen olumsuz durum ise ülkeler arası ekonomik dengesizliktir. Ekonomik yapı daha önce olması için kullanılan çok daha karmaşık hale gelmiştir. II. Dünya Savaşından sonra çeşitli kuruluşlar ile uluslararası şirketler, çağdaş ekonomiye sahip olmuştur. Şirketler Hukuku ekonomisinin ihtiyaçlara göre geliştirilmiştir(Sandrock, 2000). Tahkim alanındaki sorunların çözümünde iki grup özellikle önemlidir. Bu sorunlardan biri şirketlerin aynı gruba ait olmayan imza tahkim sözleşmesinin uzantısıdır. Böyle bir uzantısı olasılığı farklı tipik somut durumlarda kabul edilmiştir. Bu gibi durumlarda, örneğin, üçüncü şahısların faydalanmasına karşın davanın devredildiğini açıklamayan ortaklıklar kurumsal alanda zararlı durumları meydana getirmektedir. Sorunların diğer önemli tarafı grup şirketleri içeren karmaşık ticari işlemler ile ilgilidir. Bu birleşme ve satın alma işlemleri bulunmaktadır. Bu karmaşık sözleşmeler genellikle tahkim hükümleri içermektedir. Söz konusu işlemler yeni bir tür birçok karmaşık yasal soruları çevreleyen anlaşmazlıklarda cevaplamak zorundadır (Ehle, 2005).

Üretim sektörü haricindeki hizmet sektörü ekonomik büyüme dahil ticaret yapımının yanı sıra, ekonomik büyümenin artırılması giderek daha önemli bir rol oynamaktadır. Ulaşım, altyapı ve lojistik alanında bir örnek olarak alınabilir. Dünya pazarları gelişmekte olan ülkelerin bağlantı iyileştirilmesindeki uluslararası ticarete rekabet güçlerini kullanmamakla kalmayıp, aynı zamanda ticaretin kazançlar dâhil dağıtımını için de esastır. Yurtiçi taşıma maliyeti uluslararası fiyatlar ve gelişmekte olan ülkelerde tüketici fiyatları

birbiri arkasına düşürmeye başlamıştır. Taşımacılıkl piyasaların rekabetçi olmalarını sağlamasının yanında, araçlar ve kapsayıcı kalkınmayı da teşvik etmektedir. Bu yüzden ticaretin kapasitesini azaltarak, ticaret potansiyel kazançların bir kısmını emmektedir (UNCTAD, 2015).

Yakın bir faktör telekomünikasyon hizmetleri için de geçerlidir. Bu sektörde Rekabetçi piyasalar yenilikçi çözümler geliştirmektedir. Buna iyi bir örnek, Doğu Afrika Topluluğu'nun örneğinde olduğu gibi, para transferleri, ödemeler ve diğer finansal faaliyetler için cep telefonları kullanılmasıdır. Bu hizmetler, resmi bankacılık sistemi dışında edildiğini olanlar için resmi mali hizmetlere erişimi sağlamıştır. Örneğin, mobil para düzenleyen bölgesel düzeyde daha fazla uyum ve işbirliği aracılığıyla bölge genelinde rekabet politikası azalmış, böylece bölgesel ekonomik büyümeye katkıda teknolojinin bölge içi kullanımı genişletilmiştir (UNCTAD, 2015).

Ülkemizde dış ticaret alanında karşılaşılan sorunlar temelinde maliyetler ve teknik yetersizlikler bulunmaktadır. Buna karşın, Türkiye İhracatçılar Meclisi(TİM) 2007 yılında yayınlamış olduğu raporunda söz konusu sorunları detaylandırarak şu şekilde sınıflandırmıştır (Deloitte, 2014):

- Eşyanın ithali sonrasında yapılacak royalti-lisans ödemelerinin ithal anında gümrük idaresine beyan edilmemesi nedeniyle, gümrük idaresince yapılan inceleme veya sonradan kontrol neticesinde royalti lisans ödemesi üzerinden ek vergi ve ayrıca verginin 3 katı para cezası verilebilmektedir.
- Eşyanın ithali sonrasında transfer fiyatlandırması çerçevesinde ithal eşyasının fiyatında yapılan düzeltmeler çerçevesinde debit note veya fiyat farkı ödemelerinin beyan edilmemesi nedeniyle, gümrük idaresince yapılan inceleme veya sonradan kontrol neticesinde fiyat artışları üzerinden ek vergi ve ayrıca verginin 3 katı para cezası verilebilmektedir.
- Gümrük idaresince beyan aşamasında yapılan muayene ve denetleme veya teslimden sonra kontrol sonucunda yapılan denetlemelerde eşyanın tarifesinin yanlış beyan edilmesi gerekçesi ile muayene sonuçlarına göre alınması gereken ithalat vergileri üzerinden ek vergi ve ayrıca verginin 3 katı para cezası verilebilmektedir.

- Peşin ödeme ve miktar iskontoları belli koşulları sağlaması halinde gümrük kıymetine dahil edilmesine gerekmemekte olup, bu tür iskontolar dışında yapılan iskontoların gümrük kıymetine dahil edilmemesi halinde, gümrük idaresince yapılan inceleme veya sonradan kontrol neticesinde iskonto miktarı üzerinden ek vergi ve ayrıca verginin 3 katı para cezası verilebilmektedir.
- Tercihli gümrük oranlarından yararlanmak için sunulan menşe belgelerinin gerçek dışı veya usulüne uygun olarak doldurulmaması nedeniyle, tercihsiz oranlar üzerinden ek vergi ve ayrıca verginin 3 katı para cezası verilebilmektedir.
- Gümrük kıymetine dahil olmamakla beraber KDV matrahına giren, ardiye ödemeleri, ordino, mesai ücreti, kur farkı ödemeleri gibi unsurların eksik veya hiç beyan edilmemesi durumunda, gümrük idaresince yapılan inceleme veya sonradan kontrol neticesinde bu unsurlar üzerinden ek KDV ve ayrıca verginin 3 katı para cezası verilebilmektedir.
- Gümrük idaresince beyan aşamasında yapılan muayene ve denetleme veya teslimden sonra kontrol sonucunda yapılan denetlemeler sonucunda; KDV matrahı doğru olsa bile, KDV oranının doğru beyan edilmemesi gerekçesi ile ek vergi ve ayrıca verginin 3 katı para cezası verilebilmektedir.
- Dâhilde işleme rejimine ilişkin hükümlerin ihlali halinde(örneğin rejimin öngördüğü sürede ihracatın yapılmaması veya ikincil işlem görmüş ürünlerin beyan edilmeden serbest dolaşıma sokulması gibi), rejim ihlali kapsamında ağır para cezaları uygulanabilmektedir.
- Gümrük idaresince beyan aşamasında yapılan muayene ve denetleme veya teslimden sonra kontrol sonucunda yapılan denetlemeler sonucunda; eşyanın ithali, lisansa, şarta, izne veya belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tabi olduğu ancak bu izinlerin alınmadığı tespit edilirse ağır para cezası uygulanabilmektedir.

- Transit veya antrepo rejim beyanında bulunulan eşyanın belirgin şekilde farklı cinsten olduğunun tespiti halinde, farklı çıkan eşyaya ilişkin ağır cezalar uygulanmaktadır.
- Gümrük idaresinin izni alınmadan antrepodan eşya çıkarılması veya değiştirilmesi ya da eşyanın bir kısmının fazla/noksan olduğunun anlaşılması hallerinde, bu eşyanın gümrük vergileri kadar ek tahakkuk ile ağır para cezaları uygulanabilmektedir.
- Gümrük mevzuatındaki nihai kullanım hükümleri veya belirli durumlarda sağlanan gümrük muafiyetlerine ilişkin koşulların ihlal edilmesi halinde eşyanın vergileri kadar ek tahakkuk ve para cezası uygulanabilmektedir.
- Özet beyana göre fazla/noksan çıkan kaplara ilişkin eksik yüklendiğinin kanıtlanamadığı takdirde, bu noksan kaplara ait para cezası uygulanabilmektedir.
- Gümrük Kanununa ve ikincil düzenlemelere aykırı olarak işlem yapılması dolayısıyla gümrük idarelerince usulsüzlük cezaları düzenlenebilmektedir.

1.2.Uluslararası Ticarete Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yöntemleri

Milletler arası ekonomik iletişimden doğan uyuşmazlıkların giderilmesine yönelik çeşitli yöntemler mevcuttur. Tarafların uyuşmazlığın aralarında görüşülerek sonuçlandırılması veya uyuşmazlığın bir ulusal mahkemeye (alıcı veya satıcının ülkesinde) götürülmesi yerine aşağıdaki yöntemlerden birisine başvurması da mümkündür. Uygulamada genellikle bu yöntemlerden hangisine müracaat edileceği satış sözleşmesinde belirtilir. Özel hukuk alanında ihtilâflar aslî olarak genel yargı yoluyla Mahkemelerde, istisnaî olarak da ihtilâfin tarafları arasında ihtiyarî tahkim ve sair yollarla çözümlenmektedir. Tahkim dışında ihtilâfların çözümü genellikle müzakere, uzlaşma, hakem bilirkişilik, ön hakemlik, üçüncü kişinin müdahalesi gibi usullerle olmaktadır. Bu usuller bir yargılama usulü olmayıp tamamen ihtiyarî ve müeyyidesiz usullerdir (Balcı, 1999:23).

Ortak katılımın ihtiyari olması, tarafsız üçüncü kişi tarafından verilen kararın taraflar açısından bağlayıcı olmaması, ortaya konan çözüm ile tatmin olmayan tarafın daima

mahkemelere veya tahkime gitme imkanının bulunması, uyuşmazlık çözme yöntemlerinin ortak özelliklerinin oluşturur. Uyuşmazlık çözme yöntemlerinde taraflar, kendi uyuşmazlıkları hakkında yine kendileri karar verirler. Hem çözüm süresi üzerinde hem de netice üzerinde taraflara sunduğu kontrol imkanının büyüklüğüne göre uyuşmazlık çözümleri, müzakereden arabuluculuğa, tahkime ve dava yoluna doğru sıralanır: tarafların kontrol imkanı müzakerelerde azami iken, dava yolunda asgari düzeye iner. Uyuşmazlık çözme yöntemleri mahkemelerin iş yükünü ve giderlerini azalttığı gibi, tarafların yargılama için harcadıkları gider ve zamanı da azaltmaktadır.

Eldeki uyuşmazlıkları çözüme ulaştırma işlemi esasında devletin işidir ve devlet bu işlevini, yargı erkini kullanmak suretiyle yerine getirir (Tanrıver, 2006:152).

Milletler arası ekonomik ilişkilerde taraflar taahhütlerini yerine getirebilmek için her türlü gayreti gösterebilirler dahi, sözleşme hükümlerinin farklı bakış açılarından yorumlanması nedeniyle ticari anlaşmazlıkların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Gümrük işlemlerinde, iş kanunları ve uygulamalarında, tercüme hataları ve noksanlıkları, vb. hususlarda tarafların kontrolü dışında da olumsuz etkenlerle karşılaşabilmek her zaman mümkündür. Taraflar, ortaya çıkacak anlaşmazlığı, öncelikle ticari sözleşmeye tahkim maddesi eklemek ya da ayrı bir tahkim sözleşmesi yapılmak üzere, uluslararası tahkim yoluyla çözmeye karar verebilirler. Tahkim yönteminde taraflar, aralarında çıkan anlaşmazlıkları çözmek için kendi tercihleriyle belirledikleri tahkim kurullarına danışırlar. Bu çabalardan sonuç alınmazsa ticari anlaşmazlıklar yargı yoluna gidilerek de çözümlenebilir. Ancak böyle bir durumda sözleşmede hangi ülke hukukunun uygulanacağını belirten bir madde olmalıdır.

Rekabet politikasıyla amaç sanayi ve tarım durumlarını kararlaştırabilmektir. Karteller ve dışlayıcı rekabet karşıtı uygulamalar üretim maliyetlerini artırarak ya da pazarlara erişimlerini kısıtlayarak KOBİ'leri etkilemektedir. Örneğin, tarımsal girdiler(örneğin tohum ve tarım ilaçları) ve işlenmesi ve perakende sonunda kurumsal konsantrasyon küçük tarım üreticileri üzerinde zararlı etkileri oluşturur. Rekabet otoriteleri KOBİ'lerin desteklenmesinde rol oynayabilir. Örneğin, Kore Adil Ticaret Komisyonu, büyük perakendeciler veya üreticileri ile ticari ilişkilerinde KOBİ'lere destek ve danışmanlık hizmeti vermektedir ve KOBİ'leri desteklemek için diğer kuruluşlarla işbirliği içinde önlemleri uygular (Kaira, 2008).

Rekabet hukuku ve politikası nedeniyle de alıcı sayısının az olması, normalde uluslararası şirketlere küçük ölçekli çiftçilerin yetersiz müzakere gücünden kaynaklanmaktadır. Alıcılar tarafından kartelleşmeye maruz kalan piyasalar endişeleri gidermekte kullanılabilir. Alış kartellerin gelişmekte olan birçok ülkede ve AGÜ'lerde küçük çiftçilerin yoğun bir gelir kaynağı olarak kahve, pamuk, çay, tütün, süt ve balık gibi önemli gıda ürünleri görülmektedir. Bu tür işçi dövizleri ve mobil ödemeler gibi finansal hizmetler, olarak, rekabet politikası ve kolluk bu piyasaların böylece kapsayıcı gelişimine katkı, açık ve rekabetçi kalmasını sağlamak olabilir. Bu daha düşük maliyetle(dövizleri sektöre sokar) kazancın yanı sıra resmi finansal hizmetlere erişimi de finansal kaynak sunarak mobil ödeme hizmeti sağlamaktadır. Bu hizmetler nüfusun düşük gelirli kesimlerinde ekonominin güçlendirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. EAGÜ'leri geliştirmekte olan tüketicilere fayda sağlayacak olan piyasalarda esnafa bırakılmış olacaktır (Fox, 2008: 32).

1.2.1.Uluslararası ticarete uyuşmazlıkların mahkemelerde çözülmesi

Bireylerin farklı ülkelerin uyrukluğunda olan şahıslardan veya firmalardan oluşan uluslararası ticari uyuşmazlıkların taraflardan birisinin vatandaşı olduğu devletin mahkemelerinde çözülmesi, eğer taraflar bu hususta anlaşmışlarsa, elbette ki mümkündür. Ancak, taraflar arasındaki uluslararası ticari bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde çözülmesi ihtimali düşüktür; zira milli mahkemenin kendi vatandaşı olan tarafı kayırabileceği, tarafsız ve objektif olamayacağı, yargılamanın uzun sürebileceği ve pahalı olabileceği, uzmanlık gerektiren hususlarda yetersiz kalabileceği ve benzeri çekinceler ileri sürülmektedir.

1.2.2. Uluslararası ticarete uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleri

1.2.2.1. Müzakere

Müzakere sistemi, herhangi bir uyuşmazlık anında tarafların veya temsilcilerinin bir araya gelerek çözüm aramaları yöntemidir. Taraflar genellikle aralarındaki ihtilâfin çözümünde, yargı yolunun uzun sürmesi, yüksek maliyet getirmesi, ilişkilerin zarar görmesi gibi hususları dikkate alarak çözümü görüşmeler yoluyla halletmeyi düşünürler. Taraflar arasında müzakere yolu ile ulaşılabilecek çözümün yargı yolundan daha avantajlı olabileceğine inananlar bu görüşmelerde önemli rol üstlenirler. Bu rolleri içerisinde;

aralarındaki mevcut sözleşmeleri, bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, anlaşmazlığın müzakere yoluyla çözümlenememesi durumunda doğabilecek zararları ve menfaatler dengesini gerçekçi biçimde kurabilmeleri yer alır. Müzakere yoluyla ihtilâfların çözümünde dikkat edilecek en önemli husus hak kaybına neden olabilecek dava için başvuru ve zaman aşımı süreleridir. Küçük hataların büyük hak kayıplarına neden olabildiği, her iş adamı ve yöneticinin ancak tecrübe edinerek kazanabildiği sonuçlar olmaktadır. Tarafların, müzakerelerde hukuk müşavirlerini hazır bulundurmaları veya müşavirleri vasıtasıyla temsil edilmelerinin, ihtilâfların görüşülerek halledilmesinde yararlı olacağı muhakkaktır (Balcı, 1999:24).

Diğer yandan müzakere, üçüncü bir kişinin hiçbir şekilde uyuşmazlık çözümüne müdahalede bulunmaması nedeniyle tamamıyla taraf kontrolünde gerçekleşen bir yöntemdir. Ancak tarafların yaşamakta oldukları hukuki uyuşmazlık nedeniyle psikolojik gerginlik içinde olmaları onların üçüncü bir kişinin müdahalesi olmadan bir araya gelerek hukuki uyuşmazlık konusunda müzakerelerde bulunup bir çözüm üretmelerini pratikte zorlaştırmaktadır.

Bu nedenle uygulanacak olan sistemde tarafsız bir üçüncü kişinin müdahalesi ile hukuki uyuşmazlığın çözümünü sağlamayı amaçlayan birçok alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi mevcuttur. Bu yöntemler; “uzlaştırma”, “teknik bilirkişilik”, “ön hakemlik” “üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi”, “arabuluculuk” gibi yöntemlerdir.

1.2.2.2. Arabuluculuk

Farklı çözüm yöntemleri denilince akla ilk sıralarda gelen arabuluculuk yöntemidir. Arabulucuk yönteminde arabulucu olacak kişi tarafları bir araya getirerek dinler, akabinde uzlaşma protokolü hazırlayarak taraflara teslim eder. Taraflarca kabul edilip imzalanmayan uzlaşma protokolü tarafları bağlamaz. Arabuluculuğa başvurmak kural olarak zorunlu değildir. Ancak taraflar arasında milletlerarası ticari tahkime başvurulmadan önce arabuluculuğa başvurulacağı konusunda anlaşma var ise AKINCI 'ya göre arabuluculuğa başvurulmadan tahkime başvurulamayacaktır (Akıncı, 2007: 34-35).

Türkiye’de arabuluculuk yöntemi, 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 7.6.2012 tarihinde kabul edilerek yasallaşmıştır. Kanununun 2.maddesine göre : “Bu Kanun, yabancılik unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak

tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde” uygulanacaktır. Aşağıda özellikle tahkime elverişlilik konusunda inceleyeceğimiz üzere arabuluculuk ile tahkime elverişli konular birbirine paralellik taşınmaktadır. Zira her ikisinde de ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden dolayı bu kuruma başvurmak mümkündür. Yine kanunda belirtilen ‘yabancılık unsuru taşıyanlar dahil’ ifadesinden uluslararası ticari uyuşmazlıklarda da arabuluculuğa başvurulabileceği belirtilmektedir.

Tahkim, arabuluculuk kurumundan çok daha etkili bir kurumdur. Zira arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar anlaşmaz ise karar verilmemektedir. Dolayısıyla arabuluculuk sonucunda tarafların anlaşamaması halinde taraflar açısından bağlayıcılık yoktur. Halbuki milletlerarası ticari tahkim sonucunda verilecek karar tarafların anlaşmasına tabi değildir. Taraflar anlaşmasa dahi tahkim sonucunda verilen karar tıpkı devlet mahkemesi kararı gibi taraflar açısından bağlayıcıdır. Yine arabuluculuk sonucunda verilen karara taraflardan biri uymaz ise, diğer taraf karşı tarafın sözleşmeden doğan yükümlülüklerine uymaması sebebiyle diğer tarafa dava açması gerekmektedir. Başka bir ifade ile arabuluculuk sonucunda tutulan uzlaşma protokolü tahkim kararı gibi doğrudan icra edilemez.

1.2.2.3. Uzlaştırma

Yöntem olarak uzlaştırma, uzlaştırıcı denilen tarafsız üçüncü kişi, tarafların aralarındaki anlaşmaya göre hukuki uyuşmazlığın çözümü konusunda ya sadece tavsiyelerde bulunur ya da değerlendirmeleri sonucunda bir karar verir. “Teknik bilirkişilik” yöntemine ise daha çok taraflar arasındaki sözleşmenin ifası konusunda miktar, kalite, seviye gibi teknik sorunlar ortaya çıktığı zaman başvurulur. Teknik bilirkişi bu konuda bir tespitte bulunur. “Ön hakemlik” yöntemine ise, taraflar arasındaki sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan ve acilen müdahale edilmesi gereken durumlarda başvurulur. Bu yöntemde tarafların yerel mahkeme veya tahkim yargılamasına başvurmalarından önce, ön hakem tarafından geçici bir karar verilmektedir. “Üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi” yönteminde ise taraflar arasındaki sözleşme, söz konusu üçüncü kişi tarafından yorumlanmakta, doldurulmakta veya uyarlanmaktadır. “Arabuluculuk” yönteminde ise, taraflar arabulucu nezaretinde bir araya gelerek hukuki uyuşmazlığın çözümü konusunda müzakerelerde bulunmaktadırlar. Arabulucunun amacı,

müzakerenin sağlıklı bir şekilde ilerlemesini ve tarafların kendi çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamaktır.

1.2.2.4. Teknik bilirkişilik

Milletler arası parasal olumsuzlukların, yapısı gereği oldukça karmaşıktır. Çoğu tek uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözümü ciddi teknik bilgiyi gerektirmektedir. Mesela gelişmekte olan bir ülke olan Tunus'ta baraj yapımını üstlenen bir firma çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için teknik bilirkişilik yöntemine başvurarak, uyuşmazlığın daha doğru şekilde çözülmesini isteyebilir.

Kişiler, birbirleri arasındaki akitin ifası sırasında ortaya çıkacak teknik sorunların çözümlenebilmesi için uzman bir kişiye yetki verebilirler. Bu kişiye hakem-bilirkişi denmektedir. Hakem bilirkişinin incelemeleri sonucunda konu aydınlanmış ve taraflar ikna olmuş iseler ihtilâf resmi yargıya veya tahkime gitmeden çözülmüş olur. Taraflar arasındaki sözleşmede hakem-bilirkişilerin kararlarının bağlayıcılığı şart kılınmış ise, hakem-bilirkişilerin kararlarına uyulmasa dahi bu kararlar mahkeme veya tahkimde kesin delil teşkil eder. Zira taraflar hakem-bilirkişilerin kararlarına uyacaklarına söz vermiş olmakla bu kararların kesin delil olma vasfını da kabul etmiş sayılmaktadırlar (Balcı, 1999: 30).

Günümüzde teknik bilirkişilik yöntemi ile uyuşmazlıkların çözümü yoluna başvurulmaktadır. Milletlerarası Ticaret Odası da bu somut durum karşısında kendi bünyesinde Uluslararası Teknik Bilirkişilik Merkezi'ni (The International Centre for Expertise) kurmuş ve teknik bilirkişilik faaliyetlerini belirleyen kuralları Teknik Bilirkişilik Kuralları adı altında 01 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe koymuştur (Köksal, 2011: 238).

Bilirkişilercesonuçlandırılan durumlar aksi öngörülmedikçe tarafları bağlamaz. Eğer tarafları bağlayıcı niteliği olduğu kararlaştırılmış ise tahkim kararı niteliğinde bulunmadığından kesinleşmesi ya da tanıma veya tenfiz edilmesi ile mahkeme kararı niteliğinde yerine getirilmesi söz konusu olamaz. Ancak tarafları bağlayıcı nitelikte bulunan teknik bilirkişi raporları açılacak davalarda delil niteliğinde kabul edilecektir (Köksal, 2011: 238).

Konu olarak teknik durumlarda bilirkişi raporlarının açılacak davalarda delil niteliğinde bulunması, yargılama sırasında verilecek karar üzerinde de etkili olacaktır. Zira özellikle Alman Federal Temyiz mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 27.3.2001 tarihli kararı ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun hakim bilirkişi raporuyla bağlı olup olmadığı hakkında vermiş olduğu 24.12.2008 gün ve e.2008/4-734, k. 2008/766 sayılı kararında teknik konularda bilirkişi tarafından yapılan değerlendirmenin hakimi bağlayacağı yönündeki kararları bu tezimizi doğrular niteliktedir. Özellikle tarafların, aralarında çıkacak uyuşmazlıkta teknik bilirkişinin düzenleyeceği raporun kesin delil olacağı yönünde delil sözleşmesi yapmaları halinde teknik bilirkişi tarafından hazırlanacak rapor bir bakıma yargılama sonucunda verilecek karara yön gösterecektir (AKİL, C. , Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hakim bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12. 2008 Gün Ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararın Tahlili (Evolution of the Turkish Court of Cassation's Decision 24.12.2008 dated and numbered E. 2008/4-337 E., 2008/766 K. on whether the Courts are bound by the Expert Reports), AÜHFD, 60 (3) 2011: s. : 693-694).

1.2.2.5. Sözleşmeye üçüncü kişilerin müdahalesi

Milletlerarası ekonomiye bağlı olduğu yasa, taraflar arasında yapılmış olan sözleşmelerdir. Zira uluslararası ticareti düzenleyen ve tarafları bağlayıcı, yaptırım gücü bulunan kurallar bulunmadığı için taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü öncelikle taraflar arasında bulunan sözleşme çerçevesinde yapılacaktır. Hatta öyle ki; tahkim yargılaması sonucunda verilecek kararı değerlendirecek ülkenin yasalarının emredici ve kamu düzenini ilgilendirmeyen bölümleri sözleşmelerle bertaraf edilebilir düzenlemelerdir. Yasa koyucular genellikle uluslararası ticarete tarafların irade serbestisine oldukça önem verdikleri için yasalarda sözleşmenin üstün niteliğine açıkça atıfta bulunmaktadır. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunu incelenirse görüleceği üzere pek çok yerinde : '...aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça' ifadesi de bu görüşümüzü doğrular niteliktedir.

Sonuç olarak uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde sözleşmeler bu kadar önem taşımakta ise taraflarca eksik, hatalı, muğlak, yoruma muhtaç ya da değişen şartlara uyarlanması gereken sözleşmenin maddelerinde düzenleme yapmak maksadıyla üçüncü kişilere başvurulabilir. Ancak sözleşmeye üçüncü kişilerin müdahalesine başvurabilmek için tarafların bu konuda anlaşması şarttır. Taraflarca yapılacak anlaşmada sözleşmenin üçüncü kişi tarafından müdahale edilebileceği sınırları da çizilebilir. Taraflar üçüncü

kişinin sözleşmeye müdahalesi konusunda anlaşmış ise üçüncü kişiler taraflarca seçilebileceği gibi tarafların seçtiği bir kurum tarafından da seçilebilir. Bu konuda MTO bünyesinde “akti münasebetleri düzenleme komitesi” (The Standing Committee for Regulation of Contractual Relations) uluslararası ticarete ihtiyaçlar çerçevesinde kurulmuştur (Köksal, 2011:240-241).

Akite üçüncü kişilerin müdahalesi ile sözleşmede geçen terimler yorumlanır, hatalar giderilir ve sözleşme değişen şartlara uyarlanabilir. Üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi sonucunda verdiği kararların öneri ya da bağlayıcı nitelikte bulunduğu kararlaştırılabilir. Bağlayıcı nitelikte kararlar sözleşmenin birer maddesi olarak tarafları bağlar. Mahkeme ya da tahkim sırasında hakim ya da hakemleri bağlayacaktır (Köksal, 2011:240-241).

1.2.2.6. Ön hakemlik yöntemi

Yüksek oranda uluslararası ticaret yapan taraflar aralarında çıkan her uyuşmazlığı doğrudan tahkim veya dava yoluna götürmek istemeyebilir. Ya da uyuşmazlığın niteliği, aciliyeti gereği delil tespiti, sorunların geçici olarak çözülmesi gerekebilir. İşte bu ve benzer durumlarda taraflar anlaşmış iseler öncelikle ön hakemlik yoluna başvurarak uyuşmazlığın çözümünü sağlayabilirler (Köksal,2011: 241).

Bir yöntem ve yol olan Ön Hakemlik ile taraflar zararları büyümeden, deliller yok olmadan yani sığağı sığağına hakemin müdahalesi isterler. Ancak ön hakemlerin verdikleri kararlar geçici olup taraflar kendi rızası ile uymaları gerekir. Taraflar rızası ile ön hakem kararına uymaz ise ön hakem kararı tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar gibi tenfiz ya da infaz edilmesi mümkün değildir. Tarafların rızası ile ön hakem kararına uymaması durumunda ülkelerin milli hakemlerine ya da tahkime başvurularak ön hakemliğin mahiyetinde bulunan konularda karar alınmasını isteyebileceklerdir. Mesela ihtiyati tedbir yahut ihtiyati haciz veyahut delil tespiti kararı verilmesi için mahkemelere ya da tahkim yargılamasını yapacak hakeme başvurabilirler (Köksal,2011: 241).

1.2.2.7. Tahkim

Yapılacak olan tanımla Tahkim, taraflar arasında ortaya çıkmış veya ileride doğabilecek olan, üzerinde serbestçe tasarruf yetkisine sahip oldukları belli hukuksal

uyuşmazlıkların, devlet yargısı dışında, tarafların kendileri tarafından belirlenebilen ve adına hakem denilen, tarafsız özel kişiler eliyle, nihai olarak karara bağlanmasını ifade eder. Kısaca tahkim, hukuk uyuşmazlıklarının mahkemeler yerine hakem adı verilen üçüncü kişiler eliyle çözülmesi sistemidir (Yılmaz, 2004: 76).

Tahkim, kişiler arasında çıkmış veya çıkabilecek bir uyuşmazlığın hallini, kendi seçtikleri resmî sıfatları olmayan özel kişilere (hakemlere) bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu hakemlerce çözülmesine verilen isimdir.

Ulusal hukuka bağlı olan tahkimin var olabilmesi, millî değer yargılarının dışında yaşayabilmesi özellikle ülke mahkemelerinin hiçbir türdeki yardımına gerek kalmaksızın da etkin olabilmesi, bir idealin ama çoğu zaman bir hayalin içeriğini oluşturur. Bunun karşısında ise iddia edildiği şekliyle millî hukukların ve mahkemelerin milletlerarası tahkimi, tahakküm altına alması; milletlerarası tahkimin fiilî ve hukuki nedenlerle söz konusu millî değer yargılarına, boyun eğmek zorunda kalması biçimindeki kâbus, bulunmaktadır (Yeşilova, 2008: 83).

1950'den beri başlamış olan durumda, tahkimin belli bir milli hukuka tabi olmadan da geçerliliğinin sağlanması; delocalised/ denationalised bir hâlde de yürütülebilmesi savunulmuşsa da özellikle o yıllarda, New York Sözleşmesi'nin hazırlanması sırasında, bu tür düşünceler hayli erken bulunmuştur (Yeşilova, 2008: 83).

Tahkim devlet kazasına karşın sahip olduğu bazı avantajlar yönünden (çabukluk, gizlilik, ekonomiklik, ihtilafın uzmanlar eliyle çözülmesi ve diğer nedenler) özellikle milletlerarası sahada tercihen başvurulmuş bir yargılama yolu olmuştur. Yine milletlerarası sözleşmelerde bir tarafın hukukuna olan güvensizlik; usûl ve esasa uygulanacak hukuku tarafların serbestçe tayin edebildiği ve işin mahiyetine vâkıf bağımsız hakemlerin işe el koyduğu tahkim yolunun taraflarca tercih edilmesine sebep olmuştur.

Diğer taraftan yabancılık unsurunun yoğun bir biçimde görüldüğü, tarafların ve hatta hakemlerin farklı ülke hukuklarına tabi olduğu milletlerarası tahkimde, yine iddia edildiği şekliyle son derece pratik nedenlerle seçilen tahkim yeri hukukunun ve mahkemelerinin söz konusu tahkim yargılamasına karşı nasıl bir tavır takınacağı; aynı esnada anılan tahkimle ilgili yargı yetkisini haiz başkaca milli hukukların olup olamayacağı; bu hâlde özellikle tahkim yeri hukuku ve mahkemelerince hiçbir yabancılık unsuru içermeyen

tahkim uygulamalarına nazaran daha farklı bir anlayışın geçerli kılınıp kılınmayacağı, hep yukarıda sözü edilen hayalin yahut kâbusun yaşandığı durumlar olmaktadır (Yeşilova, 2008:84).

Tahkim: “Kanunun menetmediği konularda, taraflar arasında doğmuş ve doğacak anlaşmazlıkların, bir akit veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan, taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığı ile çözümlenmesidir.” Tahkimin yukarıda yapılan tarifinden, geçerlilik şartlarını (unsurlarını) çıkarmak mümkündür (Balcı, 1999:103).

Tahkimin tanımlanmasından, tahkim müessesesinin geçerlilik şartları (unsurları) şu şekilde sıralanabilir (Balcı, 1999:104):

Konu: Tahkim kanunun yasaklamadığı konularda yapılabilir. Kamu düzeni ve ahkâm-ı şahsiye ile ilgili konularda tahkime gidilemez.

Taraflar: Tahkim için en az iki veya daha fazla tarafın varlığı gereklidir.

İhtilâf: Taraflar arasında doğmuş veya doğacak bir ihtilâf bulunmalıdır.

Tahkim İradesi: Tahkimin en önemli sıhhat şartı, taraflar arasında doğabilecek veya doğmuş ihtilâfların tahkim usulü ile çözümleneceği hususunun, serbest iradeleriyle İhtiyarî Tahkim şeklinde veya kanunun öngörmesiyle (genel yargının yetkisiz kılınarak) Mecburi Tahkim şeklinde tanzim edilmiş bir sözleşmeye dayanmasıdır.

Hakem Tayini: Sözleşme ile veya kanun hükmü ile, ihtilâfı çözecek kimselere (hakem veya hakemlere) yetki tanınması veya bu kimselerin ne suretle tayin edileceğinin belli edilmiş olması gereklidir.

Ortada herhangi bir anlaşmazlık bulunmuyorsa, hiçbir tahkim de olamaz. Tek parti belki bir kıymetli evrak şeklinde olsada, diğer borçlu olan bir miktar para ödemek durumunda kalır ve borçlu yükümlülüğü konusunda itiraz edemez. Varolan tahkim şartı varsa, soru, alacaklı veya mahkeme eylem tarafından yükümlülüğün uygulanmasını aramalıdır. Alacaklı ya da orada yükümlülük varlığına dair hiçbir anlaşmazlık olmazsa, tahkim şartı çağırmak gerekir ya da tahkimin olup olmadığını ortaya çıkarmak

gerekmektedir. Alacaklı seçerse borçlu, yükümlülük uygulanmasını engellemek için istek ve tahkim kurulunun atanmasında davacı tarafından seçilen güzergahı yönetebilir, ya da tahkim şartında ısrarcı olabilir.

Yukarıda belirtilen iki örnek de anlatıldığı gibi tahkimin işleneceği herhangi genel anlaşma yolundaki gibi bir sorun olmakla birlikte, genel olarak kabul edilen bir çözümle yolla çıkılan ortak bir durum vardır. Tahkim başladıktan sonra tarafların anlaşmazlığını için dava olarak tahkimin sürdürülmesi yaygındır. Taraflar anlaşmazlığı çözmek için bir anlaşma sonrasında, artık Hakem Heyeti düşünmeleri için herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Model Kanununun 30 belirtildiği gibi:

“Eğer taraflarca talep ve Hakem Heyeti tarafından itiraz değilse Tahkim yargılaması sırasında taraflar anlaşmazlığını

(1), Hakem Heyeti, bir tahkim kararı formunda yerleşim kaydetmek işlemleri sona erecek ve anlaşılan terimler anlaşılan şartlarda kabul edilecektir,

(2) Ödül madde 31 hükümleri uyarınca yapılır ve bir ödül olduğu belirtilmelidir. Böyle bir ödül davanın esasına ilişkin herhangi bir başka ödül olarak aynı statüye ve etkiye sahiptir. ”

1.2.2.8. Diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri

Kökeninin Anglo-Sakson bir kurum olan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, temelde pragmatist bir karakter taşıması sebebiyle, küreselleşmenin de etkisiyle, Kıta AB milletlerinde de hızla işlerlik kazanmaya, uygulama alanı bulmaya başlamıştır. Genel çerçevede, alternatif uyuşmazlık çözümünden maksat, tarafsız ve objektif konumda bulunan üçüncü bir kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları, ortaklaşa bir çözüme ulaşmaları için bir araya getirerek iletişim kurmalarını ve bu suretle sorunlarının çözümünü kendilerinin bulmalarını sağlamasını yahut onlara somut olayın koşullarına ve özelliklerine uygun olarak, üzerinde mutabakata varabilecekleri optimal çözüm önerileri üretip sunmak suretiyle, uyuşmazlığın halli bağlamında destek vermesini öngören ve Devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran seçimlik bir yol olarak işlerlik kazanan ve tümüyle gönüllülük esası üzerine bina edilmiş olan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür (Tanrıver, 2006:151).

Farklı uyuşmazlık çözümlene yöntemlerinde, uyuşmazlığı yaratan taraflar, yine kendi kendilerine uyuşmazlığı sonlandırabilmekte ve çözüme katkı sağlayabilmektedirler. Bu bağlamda, uzlaştırma yönteminde, doğrudan görüşmelerin taraflar üzerinde yarattığı olumlu sonuçlar ile tarafların çözüm sürecinde daha etkin olabilmesinin getirdiği olumlu sonuçlar bir potada eritilmektedir. Taraflar, bir üçüncü kişinin yardımıyla ancak yine kendi inisiyatifleri ile aralarındaki uyuşmazlığı çözebilmektedirler (Bulur, 2007:31).

Diğer farklı uyuşmazlık çözümü mekanizmaları, sürecin esnekliğini korumayı hedefler. Avrupa Komisyonu'nun 2002 tarihli Yeşil Kitabında alternatif uyuşmazlık çözümü konusundaki pozisyonunu yansıtan öneri aşağıdaki gibidir (Şimşek ve Bölten,2005:6):

“Alternatif uyuşmazlık çözümü esnektir, bu da kural olarak tarafların, alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvurmakta tamamen serbest olduğu ve hangi kurumun veya kimin süreci yürüteceğinin, hangi sürecin izleneceğinin, ilgili süreçte şahsen mi yer alacağını yoksa temsilcisi aracılığıyla mı temsil edileceğinin ve nihai olarak söz konusu süreç neticesinde elde edilen sonucun ne olacağını belirlenmesi konusunda serbest olması anlamına gelmektedir.”

Aşağıda belirtilen çeşitli özellikler, bütün Alternatif Uyuşmazlık Çözümü süreci için aynıdır (Şimşek ve Bölten,2005:6-7):

- Genelde dava yoluna göre daha az resmidirler,
- Dava yoluna göre daha hızlı ve görece uygun fiyatlı bir alternatif sağlarlar,
- Genelde hükme bağlanmış kararlardan sonra uyuşmazlık konusunda tarafları anlaşarak sulh olmaya teşvik ederler,
- Genellikle hukuki davaya kıyasla oldukça gizlidirler,
- Hukuki kurallarla bağlı olmadıklarından vaka bazlı uyarlanacak kadar esnekler
- Hakimler ve hukukçulardan ziyade özel uygulayıcılar tarafından bir ücret karşılığında yapılır.

Alternatif uyuşmazlık çözümü, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek için kullanılan, dava yolu hariç çeşitli süreçleri içeren bir şemsiye terimdir. Farklılıklar, resmîlik derecesi, hukukçuların ve diğer tarafların hazır bulunması, üçüncü kişinin (örneğin arabulucunun) rolü, ve ulaşılan anlaşmanın yasal statüsünü kapsar. Yukarıda belirtilen farklılıklar hariç, alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin bazı ortak özelliklerini tanımlamak mümkündür (Şimşek ve Bölten,2005:6):

- Geniş çapta alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri mevcuttur,
- Alternatif uyuşmazlık çözümü dava yolunu kapsamaz,
- Alternatif uyuşmazlık çözümü yapısal bir süreçtir,
- Alternatif uyuşmazlık çözümü normalde tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin varlığını içerir,
- Alternatif uyuşmazlık sürecine bağlı olarak üçüncü taraf, diğer iki tarafın bir karara ulaşması konusunda tarafları yönlendirir yahut da onların adına bu kararı alır ve
- Alternatif uyuşmazlık çözümü esnasında ulaşılan karar bağlayıcı ya da bağlayıcı olmayan bir karar olabilir.

Avrupa Komisyonu, Yeşil Kitabında; medeni hukukta ve ticaret hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümü konusunu, tahkimi hariç tutacak şekilde, tarafsız üçüncü bir kişi tarafından yürütülen “mahkeme-dışı” uyuşmazlık çözümü yöntemleri olarak tanımlamıştır (Şimşek ve Bölten,2005:8-9).

Tarafların ortak noktada buluşması üzerine tahkim kurulmuş olması gerekir. Sadece bu da aralarında ortaya çıkmış arabuluculuğun razı olması gerektiği anlamına gelmez, aynı zamanda tahkim kurulunun yetkilileri tarafından kabul etmiş olan bu sınırlı anlaşmanın var olduğu anlamına gelir. Sonuç olarak, mahkeme tarafından verilen ödül kendisine sunulduğu gibi anlaşmazlığı olmamalı ve taraflar arasında ortaya çıkmış olabilecek herhangi bir sorunda diğer milletvekilleriyle ilgili telaffuz etmemelidir. New York Sözleşmesi'nin ilgili maddesinde belirtildiği üzere:

"1. Kararın kabulü ve uygulanması, bu çağrılır kime karşı tarafın talebi üzerine, reddedilebilir. . . eğer bu parti tanımada ve yetkili makamda tenfiz aranırsa bunu ispat etmek gerekir: ...(c) veya tahkime sunmak açısından, ya da kararları içeren tarafından tasarlanan bir fark ile ödül fiyatlarının tahkime sunulması, bu konularda kapsam dışındadır."

Birçok durumda tahkim sadece yarı-rızaya sahiptir. Çoğu tahkim anlaşmaları esas sözleşmede tahkim maddesi şeklindedir. Hakem fıkraları gelecekte ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için bilmek durumundadır. Bir uyuşmazlık ortada yoksa taraflar artık anlaşmazlıkla tahkime teslim edilmelidir bu şekilde ancak anlaşma olabilir:

“- Anlaşmazlıkları davacı olarak mahkemelere açmak isteyebilirsiniz. Ancak, bunu yaparken davalı tarafından engellenmiş olan tahkim devam etmek zorunda olabilir. New York Sözleşmesi'nin II. maddesinde belirtildiği üzere; tahkim tarafları, taraflardan birinin talebi üzerine, taraflar bu maddenin anlamı dahilinde bir anlaşma yapmış olan ilgili bir konuda bir eylem olacaktır. Akit Devletin, mahkemede söz konusu anlaşmanın geçersizliğinde devletin çalışmayan ya da gerçekleştirilemeyen otoriteleri yetersiz bulunur. ”

Ortadaki sorun ve çözüme kavuşturulmayan durumların sonuçlandırılması bütün DTÖ üyelerinden oluşur. Anlaşmazlıkların çözüme ulaştırılması Genel Konsey sorumluluğundadır. Çözüm sürecinde davayı dikkate almada, Komite'nin bulgularını veya itiraz sonuçlarını reddetmek için uzmanlar "panelleri" kurmak adına Konsey tek yetkiye sahiptir. Bu kararlar ve önerilerin uygulanması ve bir ülke kararına uymaması durumunda konsey misilleme yetkisi gücüne sahiptir (www.wto.org):

- İlk aşamada olan Danışma aşamasında (60 güne kadar) başka herhangi bir eylem yapmadan önce anlaşmazlık ülkelerini kendi aralarındaki farklılıklara göre inceler ve uygun yerleştirme adına birbirleriyle iletişim kurmalarını gerçekleştirir. Bu başarısız olursa, onlar da arabuluculuk veya diğer herhangi bir şekilde yardım etmeye DTÖ yönetiminden yardım alınabilir.

Panel (bir panel için 45 güne kadar atanacak artı panel için 6 ay içerisinde sonuçlandırma durumu), ikinci aşamadır. İstisnalar başarısız olursa panel atamalarında ülkeler şikayetçi olabilirler. "Dock" ülke bir kez panelin oluşturulmasını engelleyebilir, ancak Anlaşmazlıkların Çözümü Konseyi bu durumla ikinci kez karşılaştığında (paneli atanması karşı bir fikir birliği olmadığı sürece), randevuları artık bloke edilebilir.

Panelin yasal olarak ortaya çıkarılması durumunda konsey öneriler yapmak adına yardımcı olur. Panelin raporu sadece Anlaşmazlıkların Çözümü Konseyinde

oy birliği ile reddedilebilir çünkü sonuçları devirmek zorundadırlar. Panelin bulgularının açıklanması için anlaşmalara dayalı olması gereken sonuçların olması gerekir.

Panelin nihai raporu normalde altı ay içinde uyuşmazlık taraflarına verilmelidir. Bu durumu içeren ticaretti yapılan bozulabilir malların dahil acil durumlarında, son u aya kadar süreç kısalır (www.wto.org).

1.3. Alternatif Uyuşmazlık özüm Yöntemlerinin Avantajları ve Dezavantajları

Kendi aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar, yargısal yollara veya alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmak konusunda tam bir serbestiye sahiptir. Uyuşmazlığın özümü için alternatif bir çözüm yönteminin kararlaştırılmış olması, Devletin tam yargılama yetkisini ortadan kaldırmadığı gibi; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ile ilgili bir kayıt, diğer tarafa kural olarak herhangi bir itiraz hakkı vermez. Bununla beraber, tarafların, Devlet mahkemelerinde görülen “yargılama” yerine, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu tercih etmeleri, kendilerine birtakım avantajlar getirebilir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, mahkemede cereyan eden “yargılama”ya göre olumlu yönlerini değerlendirmek gerekirse (Bulur, 2007:33):

- Taraflar uyuşmazlık çözüm sürecine doğrudan doğruya katılırlar ve özellikle sonucun elde edilmesinde egemendirler,
- Uyuşmazlık özüm sürecinde gizlilik ilkesi geçerli olduğu için, taraflar arasındaki ilişkiler zarar görmeden gelecekte de devam edebilir,
- Uyuşmazlıklar daha az giderle ve daha seri bir şekilde çözümüne kavuşturulur,
- Tarafların haklılığından ziyade aralarındaki menfaatler dengesinin tekrar kurulması gözetilir; bir başka ifadeyle, geçmişi değil geleceği gözetten bir anlayış hakimdir,
- Her iki tarafın da tatmin edilmesini amaçlayan (kazan-kazan) bir anlayış egemendir,
- Daha esnek ve daha ılımlı bir süreç olması dolayısıyla daha yaratıcı çözümler ortaya konulabilir,
- Uyuşmazlık konusu, uzman kişilerce incelenebilir ve değerlendirilebilir.

Bütün bu olumlu yönlerinin dışında, elbette AU yöntemleri bakımından birtakım olumsuz durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, tarafların herhangi birinde uzlaşmaya varmak konusunda genel bir isteksizlik olması durumunda, süreç işlerlik

kazanamayacaktır. Yine, taraflar arasında mali veya hukuki bir eşitsizliğin olması durumu, sürecin olumlu bir şekilde işlenmesini ve her iki tarafın da memnun olacağı bir çözüme ulaşılmasını engelleyecektir. Ayrıca, çözüm sürecine katkı sağlayacak olan üçüncü kişilerin bağımsızlığındaki, tarafsızlığındaki ve kalitesindeki yetersizlik, AUÇ yöntemlerinin kendisinden beklenen olumlu etkiyi yaratmasını engelleyebilir. Son olarak söylemek gerekir ki AUÇ yöntemleri, küçük uyuşmazlıklar ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda işlerlik kazanan bir çözümler süreci olduğu için, işlevinin sınırlı kalması durumu ortaya çıkmaktadır (Bulur, 2007: 33).



İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLAR ARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ULUSLARARASI TAHKİM YÖNTEMİ

2. ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ULUSLARARASI TAHKİM YÖNTEMİ

2.1. Uluslararası Ticari Tahkim Yönteminin Tarihi Gelişimi

Piramitleri inşa eden Mısır Uygarlığı, Eski Yunan, Roma ve İslam Hukuklarında uyuşmazlıkların çözümünde hakeme başvurulduğu görülmektedir. Nitekim Eski Yunan düşünürlerinden Demosthene; “Müdafaalar”ında: “Tarafların aralarındaki anlaşmazlıklarda, hakeme başvurmaları mümkün olduğu gibi, istedikleri kimseleri de hakem seçebilirlerdi, seçtikleri hakemin kararına boyun eğerdiler ve ona itiraz etmezlerdi” demektedir. Roma hukukuna baktığımızda ise devletin yargı işlerine ilk müdahalesinin kamu yararının ağır ihlal edildiği durumlarda ortaya çıktığı görülmektedir. Özel hakların ihlalinde ise ilk başlarda bu fiillerin koğuşturulmasını fiilden zarar gören kişiye bırakılmıştır ve bu da toplumda bir kargaşaya sebebiyet vermiştir. Ortaya çıkan bu kargaşaların önlenmesi için aralarında anlaşma çıkan kişiler bu anlaşmazlığı çözüme kavuşturmak için ilk başlarda bir üçüncü kişinin hakemliğine başvurmuşlardır. Uzmanlığına başvuru bu üçüncü kişi toplumdaki örf ve adeti iyi bilen, güvenilir kimselerdir. Tarafların kendi istekleri ile başvurdukları bu usule “İhtiyari Tahkim” adı verilmekteydi. Zamanla devletin güçlenmesi ve yargı işlerine daha fazla müdahale etmesi ile birlikte devlet aralarında anlaşmazlık bulunan tarafların hakeme başvurmaları konusunda zorlamaya başlamıştır ve bu sistem de zamanla Zorunlu Tahkim adını almıştır (Azizov, 2004:17).

Günümüzde bizim hukukumuzda sıkça gündeme gelen, tahkim kavramının geçmişinin, tarihsel olarak çok eskiye dayandığı söylenebilir. Hatta ismi tahkim olarak anılması bile, uyuşmazlıkların hakemler yoluyla çözülmesi yöntemi, devlet yargısından önce ortaya çıkmış ve devlet yargısından sonrada varlığını sürdürmüştür. Ayrıca İslam hukukunda da, hakemlik kurumuna önem verildiği ve medeni kanundan önceki dönemde Mecellede tahkim kavramının geçtiği bilinmektedir. Kitab-ı Mukaddes’ten ve Kuran’dan örnekler verilerek, tahkimin kutsal din kitaplarında da yer aldığı belirtilmektedir (Yılmaz,

2004:79). Tahkim hükümlerinin geçerliliğine ilişkin kanunları ve uluslararası anlaşmalar analiz ederken, üç geniş alanda konuyu ayırmıştır (Rosenthal, 2001).

İlk olarak, Cenevre Protokolü 24 Eylül 1923, Avrupa ülkeleri, İngiliz İmparatorluğu, Brezilya ve Japonya birçok yerinde çoğunluğa kapalı olarak gerçekleştirilmiştir. Protokolde imzalayan her iki taraf tahkime ticari sözleşme ile bağlantılı olarak, gelecekte veya mevcut tüm tartışmalar, olası anlaşmazlıkları önlemek için üstlendiği farklı imza yetkilerinin vatandaşları arasında bir tahkim anlaşmasının geçerliliğini tanınarak kabul edilmiştir. Bazı rezervasyonlarda farklı müteahhitlik devletlerin yargı ile ilgili yapılan, ancak pratik amaçlar için bir tüccar Cenevre Protokolü onaylamış olan ülkelerin kendi vatandaşları arasında bir tahkim şartı korumasında olacağını özetlenebilir.

Fakat Cenevre Protokolü ve onaylanması ülkelerdeki yasaların mutlaka tahkim yargılamasının içine girmek durumunda olduğunun bir göstergesidir. Mahkemeler davayı ele reddedebilir, ama bundan sonra parti isteyen tahkim ve tahkim kurulunun, iyi sanığının olmamasına rağmen dava ile devam etmek isteyebilir. Bununla birlikte, tüm durumlarda davalı yokluğunda devam bir hakemlik izin verir. Anlaşmada tahkimin İngiliz hukukuna göre yapılacak olduğu varsayılırsa çoğu durumda, İngiliz mahkemeleri, böyle bir hakemlik yapabilirler (Rosenthal, 2001).

İkinci olarak, Amerika Birleşik devletlerinin, New York'da 1920'de düzenlediği konferansta gerçekleşmiştir. Üçüncüsü ise Orta ve Güney Amerika Cumhuriyetleri ile Kanada arasında gerçekleşmiştir. Birkaç Pan-Amerikan konferanslarında ticari tahkim ele alınmıştır. Son olarak, 1931 Dördüncü Ticari Pan-Amerikan Konferansı'nda, bir çözümlülük konusunda bir çalışma yapmak için Pan-Amerikan Union görüşmeleri kabul edilmiştir. 1933 yılında Pan-American Union Amerikan Yarımküre ülkelerde hep kanun ve tahkim prosedürleri benimsenmesi çağrısında bulunarak Montevideo Amerikan Devletleri Yedinci Uluslararası Konferansı'na bir rapor yayınlamıştır. Ama bu rapora rağmen sadece Kolombiya, 1938 Kanunda, “kesinlikle uzlaşma sağlansa bile bir tahkim şartının geçerliliğinde korunmak istiyorum” diyerek yorum yapmıştır. İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri ve diğer bazı Avrupa ülkelerinin kanunlarında olduğukça geniş bir yasa kabul edilerek yabancı bir yargının kabul göreceğine dair bildiri yayınlamıştır. Brezilya 1923 Sözleşme'yi onaylamış olsa da, bir yabancı yargı veya ödül kendisinin uygulanması

için tahkim çağrısında tahkim şartının geçerlilik korunmasında güven verecek olan en son anlaşmayı 1939 Medeni Kanun'da belirtmiştir (WTO, 2015).

Farkedileceği gibi dünyanın pek çok yerinde sömürgelerinin bulunması nedeniyle ticari ilişkilerini geliştiren İngiltere, tahkimi ilişkide bulunduğu ülkelere de tanıtılarak, ticari ilişkilerinde ortaya çıkan anlaşmazlıkları, milletlerarası tahkim kuruluşları eliyle karara bağlanmasının ilk adımlarını atmıştır. Bu nedenle bugünkü kurumsal anlamda tahkimin ilk örneği 1697 tarihli İngiliz Tahkim Kanunudur (Arbitration Act) (Yılmaz, 2004: 79).

Çözumsuzlüklerin uyuşturulmasında anılan makul istem ve beklentiler iç hukukta olduğu kadar, milletlerarası hukukta da alternatif çözüm yollarını davet etmiştir. İşbu mutlak ihtiyari tercihler arasında görüşme; uzlaşma ve arabuluculuk gibi esnek usullerin yanı sıra, ticari uyuşmazlıkların hızlı, kesin ve güven verici bir biçimde çözümlenmesinde, tarafların irade ve makul isteklerine azami oranda yanıt veren en önemli usul "tahkim" veya "hakemlik" kurumudur (Sadrüleşrafi, 2006:315-316). Tahkim ve uluslararası tahkim, çeşitli kriterler kullanılarak ayrıma tabi tutulabilir. Tahkim belli bir kurumun güvencesi ve denetim altında onun tarafından önceden genel olarak tespit edilmiş bulunan kurallara uygun bir surette cereyan edecek olup olmamasına göre, kurumsal tahkim olarak da ayrıma tabi tutulabilir (Yılmaz, 2004: 79).

Tahkim her iki tarafın kendilerini bağlayıcı olarak kabul etmiş bir karar için bir veya daha fazla tarafsız kişilere aralarındaki farklılıkları sunmayı kabul ettiği bir süreçtir. Uluslararası ticaret alanında, satış sözleşmesinde bir hüküm içerir ve tahkim için sağlayan satın almak için kendi anlaşmazlıkları çözümünde bir yöntem olarak tahkim kullanmak isteyen satıcı ve alıcılar için gelenektir. Tüccarların tahkim hükümlerinin geçerliliği ile ilgili ticaret yaptığı ülkelerin yasaları hakkında bilgi sahibi olmaları bu nedenle önemlidir. Bir anlaşmazlık ortaya çıktığında, sözleşmeye tarafın bir alış ya da satışına yaptığına dair o anda üstlendiği bir yükümlülüğü önlemek için hakemlik kurulur ve bu şekilde olası durumlar reddedebilir. Eğer sözleşmede bir tahkim şartı değeri olmaz durum geçersiz sayılır. Bir anlaşmazlık çıktığında, zayıf bir durumda parti hakemlik anlaşmasına uymayı reddedebilir. O davanın esasına oldukça uzak bir yasal teknik olarak olumlu bir kararın alınması davayı uzatma riskini taşır ve hatta belki de taraflardan biri o mahkemeye gitmemeyi tercih edebilir (Rosenthal, 2001) .

Tahkim ile ilgili dünyanın farklı ülkelerinde yasaların önemli olanlarının temellerinde çoğunlukla tekdüze olmadığı dikkat çekmektedir. Örneğin, ABD'nin elli bir eyaletindeki yasaların tamamı homojen değildir. Farklı ülkelerde geçerliliğe ve tahkim şartı uygulanması yöntemlerine ilişkin farklı yasalar vardır. Ülkelerin grupları, vatandaşları arasındaki ticari sözleşmelerde tahkim maddelerin geçerliliğini tanıması adına bazı uluslararası anlaşmaları kabul etmektedir. Bu nedenle ticaretle uğraşanların gelişmeler hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir ki, hükmü satış ülkelerin yasalarına uymak için ifadelerin nasıl olması gerektiği konusunda yorum yapabilsin. Hatta tam olarak anlayışa sahip olan bir tahkim şartı içeren satın alma veya satış sözleşmesi içine girdiğinde ve bir anlaşmazlık sonrasında bilgili olan ön plana çıkar. Eğer her iki taraf da yerleşim yöntemi olarak tahkim önlemek istiyor ise bu iki ülkenin yasaları maddesinin geçerliliğini tanıyacak olsun ya da olmasın, bilgili olan kazanan tarafta olacaktır (Rosenthal, 2001).

Birleşmiş Milletler Teşkilatı da, uluslararası tahkimin ilerlemesini desteklemek amacıyla çalışmalar yürütmüştür. Bu amacını gerçekleştirmek için, ülkelere örnek bir model olmak üzere, 1976 yılında kısaca UNCITRAL (United Nations Commissions on International Trade Law = Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu) olarak adlandırılan uzlaştırma kurallarını yayınlamıştır (Yılmaz, 2004: 83).

Milletlerarası ticari işlemlerde bir anlaşmazlığa parti için en uygun durum, kişinin kendi mahkemelerinde dava etme hakkının geçerli olmasıdır. Mahkemeler titizlikle tarafsız olsa bile, o partinin bir tanıdık prosedürü izleyerek ve kendi dilinde, düzenli avukatlarını kullanarak güvenilir olduğunu göstermektedir.

Bu işlem bir parti için iyi olsa da, yabancı için farklı olabilir ve sözleşmenin dilide aynı olmayabilir. Bu sebeple bir dilde, bir yabancı prosedürde tartışmalarda tüm zorluklarla karşılaşmaktadır. Diğer taraf için o kadar iyi olmasa da, şirketin aşına olan avukatlarını kullanmak mümkün olmayabilir. Diğer taraf, tüm sıkıntı ve gereken masraf ile yabancı bir ülkede kalmakta iken bir partinin kendi evinde kalması ise adil olmayan bir durumdur.

Bu tür uyuşmazlıklarda tahkim, eşitsizlikleri azaltmak için bir araçtır. Tahkim biri veya diğer tarafın ülkesinde bulunan bir tahkim organizasyonunda yer alması mümkün olmakla birlikte, tahkimin üçüncü bir ülkede bulunan bir tahkim kurumu tarafından yönetilmesi de mümkündür. Ayrıca, birçok tahkim kuruluşları dünya çapında tahkimi de

yönetmektedir. Dünya çapında hizmet sunmak için önde gelen tahkim kuruluşları arasında etkin bir rekabet vardır. İlginç bir örnek Amerikan Tahkim Birliği tarafından sağlanmaktadır. Bu iç tahkim hizmet sağlayıcısı olarak uzun ve seçkin bir tarihe sahiptir. Adıyla da belirlendiği gibi herhangi bir görüntüyü azaltmak için, farklı ülkelerde ofislerini bulundurmaktadır; Dublin, İrlanda Avrupa ofisi olarak hizmet vermektedir. Uyuşmazlık Çözümü, için Uluslararası Merkezi aracılığıyla uluslararası anlaşmazlıklar için tahkim hizmet sağlayıcısı olarak hizmet vermektedir (WTO, 2014).

Ülke açısından uyuşmazlığa taraf olan mahkemelerin desteklenmesi hakkında özel endişeler vardır. Devlette yer alan bir tahkim organizasyonunda devlete karşı hakemlik konusunda yardımcı olabilmektedir. Bu faktör yabancı yatırımcıların ev sahibiliğinde devletin dışında çeşitli tahkim forumlarının birinde tahkim tesis seçeneğine de sahip olması durumunu getirmiştir, son yıllarda ikili yatırım anlaşmaları sayısında bu şekilde olağanüstü artış görülmüştür. Yabancı mahkeme kararının uygulanması ile karşılaştırıldığında uluslararası ticari tahkim mevcut popülerlik için son bir sebep olarak ödülün icra ile karşılaştırmalı kolaylığıdır. Devletin ve icra istendiği Devlet arasında bir antlaşma olmadığı sürece, istenen mahkeme kararını uygulamak için hiçbir uluslararası yükümlülük artık yoktur.

2.2. Uluslararası Ticari Tahkim Yönteminin Hukuki Niteliği

Tahkim kurumunun milletlerarası hukuki niteliği konusunda iki ayrı görüş ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki, Fransız doktrininde geçerli olan, tahkimi “akdi” veya “kazai” şeklinde iki gruba ayıran tasnif; ikincisi ise, Alman doktrininde geçerli olan, tahkimi “maddi hukuk”(özel hukuk) veya “usul hukuku”(kamu hukuku) şeklinde iki gruba ayıran tasniftir.

Bir yaklaşım olan Kazai teori, akdi teoriye bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Kazai teoride, yargılama devletin tekelinde olduğundan, tahkim mahkemesinin, hukuk düzeninin kendisine vermiş olduğu yetkiye dayanarak, bağımsız faaliyette bulunduğunu ve aynı zamanda tahkim mahkemelerinin devletin hukuk mekanizmasının bir parçası olduğu ifade edilmektedir. Kazai teoriye göre, tahkim sözleşmesi her ne kadar taraf iradelerinedayansa da, taraflara böyle bir yargı yoluna başvurma yetkisini tahkim yeri hukuku vermektedir (Azizov, 2004:25).

Tahkimin nitelik olarak hukuksal konuda, yukarıdaki iki teoriden ayrı ancak benzer sonuçları olan, karma bir görüş de ileri sürülmüştür. Bunlara göre ise, tahkim anlaşması, hem sözleşme hem de yargısal özellikler taşımaktadır. Başlangıçta tarafların tahkime gidip gitmemek, hakemlerin seçimi ve buna ilişkin anlaşmalarında, serbest iradeleri hakim olmakla birlikte, bu noktadan sonra yargılama, devlet mahkemesinde olduğu gibi, böyle bir uyuşmazlıkta uygulanacak kamu hukuku kuralları çerçevesinde yürütülür. Dolayısıyla çıkışında özel hukuka ilişkin özellikler taşıyan tahkim, yargılama aşamasında, usul hukukunun kurallarına tabi olarak devam eder. Bu nedenle, tahkimin hukuksal niteliği karmadır (Yılmaz, 2004:80-81). Her üç teori taraftarına da rastlamakla birlikte, genellikle üçüncü görüşün (karma teorinin) baskın olarak kabul edildiğini söyleyenlerde vardır (Yılmaz, 2004:81).

DTÖ'nün temel işlevleri ticaret müzakerelerine ve (uyuşmazlık çözümü dahil) müzakere taraflı ticaret kurallarının uygulanması ile ilgilidir. Özel odaklar bu fonksiyonları destekleyen dört belirli politikalara verilir:

- İlerlemekte olan yardım ve üyelerinin yeni ticaret önlemler veya eskileri değiştirmek için küresel ekonomik politika oluşturma
- Rutin bildiriminde ihracata teşvik
- İşbirliği ile ihtisas yardımı
- Gelişmekte olan ülkelere ve geçiş ekonomilerine yardım

Gelişmekte olan ülkeler, toplam DTÖ üyeliği yaklaşık dörtte üçünü oluşturmaktadır. Bununla birlikte piyasa temelli ekonomilere "geçiş" sürecindeki ülkeler ile DTÖ giderek daha önemli bir rol oynamaktadır.

Bu nedenle, çok dikkat özel ihtiyaçları ve gelişmekte olan sorunları geçiş ekonomileri sayesinde ödenir. DTÖ Sekreteryası'nın Eğitim ve Teknik İşbirliği Kurumu sistemin nasıl çalıştığını açıklamak ve tren hükümet yetkilileri ve müzakerecileri yardımcı olmak için bir dizi program düzenlemektedirler. Olayların bazıları söz konusu ülkelerde düzenlenen, Cenevre'de bulunmaktadır. Programlar bir dizi diğer uluslararası kuruluşlar ile ortaklaşa düzenlenmektedir. Bunların bazıları eğitim kursları şeklindedir. Diğer durumlarda bireysel yardım teklif edilebilir.

Konular çok taraflı müzakerelerde etkin katılarak rehberlik DTÖ taahhütleri DTÖ katılmak için müzakereler ile uğraşan ve uygulanmasında yardımcı bir şey olabilir. Özellikle aralarında az gelişmiş gelişmekte olan ülkeler, ticaret ve tarife verileri kendi ihracat çıkarlarına ve DTÖ organlarında katılımları ile ilgili olan konularda yardımcı olurlar.

Uluslararası Ticaret Merkezi, gelişmekte olan ülkelerin ihracatı tanıtımına yardımcı olarak 1964 yılında GATT tarafından kurulmuştur. Bu ortaklaşa DTÖ ve Birleşmiş Milletler, UNCTAD ile ikinci oyunculuk (Ticaret ve Kalkınma BM Konferansı) tarafından işletilmektedir (UNCTAD,2002).

Formülü merkezi yapma ve ihracatı teşvik programlarının yanı sıra ithalat işlemleri ve teknikleri uygulama konusunda yardımcı olmak için gelişmekte olan ülkelere gelen isteklere yanıt verirler. Bu ihracat pazarları ve pazarlama teknikleri konusunda bilgi ve tavsiye sağlar. Bu ihracat tanıtım ve pazarlama hizmetlerini kurulmasındaki hizmetler için gerekli personel eğitimini sağlarlar. Bu merkezin yardımı en az gelişmiş ülkelerde serbestçe kullanılabilir (UNCTAD, 2002).

Tahkimin belli bir kurumun güvencesi ve denetimi altında onun tarafından önce genel olarak tespit edilmiş bulunana kurallara uygun bir surette cereyan edecek olup olmamasına göre kurumsal tahkim (organize tahkim) ve kurumsal olmayan tahkim (ad hoc tahkim) olarak ayırma tabi tutulabilir.

2.2.1. Geçici (arizi) tahkim

Ad hoc tahkim, serbest iradelerinin bir sonucu olarak ortaya çıkan düzenlemelerine bağlı bulunana, kurumsal olarak bir yere tabi olmayan, taraflar arasında ortaya çıkacak sadece somut belli bir uyuşmazlığı sonuçlandırmak üzere geçici olarak varlık kazanmış tahkim türüdür. “Tesadüfi hakem mahkemesi” olarak da adlandırılan ad hoc hakem yargılamasında, taraflar tahkimin kurumsal korumasından yoksundurlar. Ayrıca bu tahkim türünde önceden hazırlanmış bir tahkim tüzüğü de yoktur (Yılmaz, 2004: 78).

Ad hoc tahkimin başlangıç düzenlenişi 1961 tarihli Avrupa Milletlerarası Ticari Tahkim Sözleşmesi ile olmuştur. Daha sonra 15 Aralık 1976 tarihinde Ad hoc tahkime ilişkin en modern kurallar, Birleşmiş Milletlerin Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu

(UNCITRAL) tarafından hazırlanıp 31/98 sayılı Genel Kurul Kararı ile kabul edilmiştir. Taraflar yaptıkları sözleşmelerde, aralarında çıkacak uyuşmazlıklarda çözüm yolu olarak Ad hoc tahkimi kararlaştırmışlarsa ve taraflar eğer tahkimin bazı yönlerini düzenlememişlerse, sözleşmelerinde UNCITRAL tahkim kurallarına atıf yaptıkları takdirde sözleşmede düzenlenmeyen boşluklar söz konusu UNCITRAL kurallarıyla doldurulur (Azizov, 2004: 15).

2.2.2. Uluslararası kurumsal tahkim

Bir kurum tarafından önceden tespit edilen kurallara göre cereyan eden ve cereyan ediş biçimi itibariyle bu kurallara uygunluğunun sağlanması, ilgili kurumca teminat altına alınmış bulunan tahkime, kurumsal tahkim denir. Bu tür tahkimde uyuşmazlığın çözümünde tahkimi idare eden, sekreterlik hizmetlerini yürüten dolayısı ile organizasyon ve tüzük sunan daimi bir kurum mevcuttur. Kurumsal tahkim türünde belli bazı tanınmış ülkelerin ticaret odaları (Viyana, Stockholm vs.) hizmet vermektedirler ve genellikle uluslararası tahkimde bu ticaret odaları tercih edilmektedir (Yılmaz, 2004: 77).

Tahkimi organize eden ad hoc tahkim türünde tahkimi organize eden ve tahkim kurallarına sahip herhangi bir kurum mevcut değildir. Ad hoc tahkimin tercih edilmesinin sosyal, siyasal, ekonomik ve psikolojik nedenleri vardır. Kalkınmakta olan ülkelerde yatırım yapan yabancı şirketlerin, ev sahibi ülkelerdeki daimi hakem mahkemelerine ve o ülkelerdeki devlet yargısına güvensizliği aynı zamanda ev sahibi ülkenin de yine yabancı bir ülkede bulunan mahalli veya uluslararası bir tahkim kurumuna olan güvensizliği ad hoc tahkimin tercih nedenleri arasında saymak mümkündür. Ad hoc tahkimin tercih edilme nedenlerinden bir diğeri de tarafların ihtilafın çözümü konusunda bizzat kendilerinin müdahale etmeleri, hakem tayin etmeleri gösterilebilir. Ad hoc tahkim aynı zamanda kurumsal tahkime göre daha az masraflı olmaktadır. Çünkü kurumsal tahkimde hakemlerin yanı sıra tahkimi organize eden kuruma da ücret ödenmektedir. Ayrıca Ad hoc tahkimde tahkimin esaslı unsurlarından biri olan gizlilik prensibinin daha iyi korunması bu tahkim türünün tercih nedenleri arasında gösterilmektedir (Azizov, 2004: 16).

Sürekli bir hakem kuruluşunun kurumsal tahkimde daimi bir hakem kuruluşunun idaresi ve onun önceden hazırlanmış kuralları bulunmaktadır. Taraflarca sözleşmede düzenlenmemiş hususlar kurumun kurallarına göre yönetilmektedir. Bu tahkim kuruluşlarına örnek olarak;

- Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber Of Commerce-ICC),
- Londra Uluslararası Tahkim Divanı (London Court Of International Arbitration-LCIA),
- Amerikan Tahkim Kurumu (American Arbitration-AAA),
- Tahkim Hakemleri Kurumu (Chartered Institute Of Arbitrators) gösterilebilir.

2.2.2.1. Uluslararası kurumsal tahkim merkezleri

2.2.2.1.1.Yatırım ihtilaflarının halline dair uluslararası merkez (ICSID)

Ülkemizdeki tahkim kanununda görülen, diğer bir uluslararası sözleşme ise, 1965 tarihli Washington sözleşmesi olarak bilinen, “Devletler ve Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında(ICSID) Sözleşmesi”dir. Türkiye Cumhuriyeti bu sözleşmeyi, 24,06,1987 tarihinde 3460 sayılı yasa ile onaylamakla, sözleşme hükümleri, 07.10.1988 tarih ve 88/13325 sayılı BKK ile yürürlüğe girmiştir (02.06.1988 tarihli, 19830 sayılı RG’de yayımlanmıştır). ICSID Dünya Bankasının İnsiyatifi ve ön çalışması sonucu kurulmuş Uluslararası hükmü şahsiyete sahip bir kurumdur. Merkezi Washington'dur. Merkezin amacı sözleşmede yer alan hükümler doğrultusunda taraf devletler ile diğer taraf devletlerin vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların uzlaştırma ve tahkim yolu ile çözümlenmesine çalışmaktır (Tuncay, 2013:883).

ICSID bünyesinde “İdari Konsey”, “Sekreterlik” ile “Uzlaştırma ve Hakemlik Panelleri” bulunmaktadır (Emek, 1999: 29) :

a) İdari Konsey; her akit devletten gelen birer temsilciden oluşmaktadır. Her üyenin bir oy hakkı bulunmaktadır. Dünya Bankasının başkanı otomatik olarak İdari Konseyin de Başkanlığını yürütmekte, fakat oy hakkı bulunmamaktadır. İdari Konsey, yatırım anlaşmazlıkların çözümünde uygulanacak kuralları düzenler ve Genel Sekreteri atar.

b) Sekreterlik; bir Genel Sekreter, bir veya birden fazla Yardımcı Sekreter ve personelden oluşmaktadır. Genel Sekreter ICSID’in yasal temsilcisi ve asli memurudur.

Sözleşmenin hükümleri ve İdari Konseyin kabul ettiği kurallara uygun olarak ICSID'in idaresinden ve personel atamasından sorumlu bulunmaktadır.

c) Panel; Hakem Paneli, hakem heyetlerinde görev almak üzere, her biri, burada çalışmaya gönüllü olmak koşuluyla, kalifiye kişilerden atamayla oluşur. Her akit devlet, Panele kendi vatandaşlarından veya diğer ülke vatandaşlarından 4 kişi atayabilmektedir. Panellerde hizmet vermek üzere atanacaklar, yüksek ahlak sahibi, hukuk, ticaret, sanayi ve maliye konularında yetkili kabul edilen ve bağımsız yargı uygulayacağına güvenilecek kişilerden oluşturulmaya çalışılmaktadır.

d) ICSID'in Finansmanı; Merkezin harcamaları, sağladığı olanaklar karşılığı elde edilen gelir veya diğer gelirler ile karşılanamıyorsa, geri kalan kısım, Bankaya üye olan ülkelerden onların Banka sermayesine katkı payları oranında, Bankaya üye olmayan ülkelerden ise İdari Konseyin belirleyeceği kurallar içinde sağlanmaktadır.

2.2.2.1.2. Milletlerarası ticaret odası (ICC) tahkim divanı

Uluslararası ticaretin gelişmesi için Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), 1919 yılında Paris'te kurulmuştur. Milletlerarası Ticaret Odası Örgütü'nün farkı, devletlerarası anlaşma ile kurulmamış, bunun yerine özel sektörün öncülüğü ile kurulmuş olmasıdır (Şanlı, 2013: 538).

Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), milletlerarası nitelikli ticari ve ekonomik ihtilafların tahkim yoluyla çözümlenmesi için 1923 yılında Uluslararası Ticaret Tahkim Divanı(ICC Arbitration Court) adı ile bir Mahkeme(Divan) kurulmuştur. MTO Tahkim mahkemesi doğrudan ihtilafı çözen sürekli bir hakem mahkemesi değildir. İhtilafı doğrudan çözecek olan hakem veya hakem heyeti(hakem mahkemesi), her bir somut vakada tarafların iradesi ile veya anlaşamadıkları ya da tarafların yetkilendirdiği durumlarda Tahkim Divanı tarafından oluşturulmaktadır (Şanlı, 2013: 539; Şit, 2005: 16).

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarına göre, Divan, hakemlerin tayin ve tasdikinde, önerilen veya seçilecek hakemin milliyetini, meskenini ve tarafların ve diğer hakemlerin tebaası oldukları devletlerle olan ilişkilerini dikkate alır. Bu kriterler incelenirken, güdülen ana amaç, seçilen hakem ya da hakemlerin tahkim yargılaması sırasında bağımsız ve tarafsızlıklarını korumaları gerekliliği ilkesidir. Bu kapsamda MTO Tahkim Kurallarının Genel Hükümler başlıklı 7. maddesinde, her hakemin, tahkime katılan

tarafardan bağımsız olması ve öyle kalması gerektiği açıkça belirtilmiştir (Özsunay ve diğerleri, 2004: 39). Bu maddeye göre, hakem adayı, Divanın tayinini tasdikinden önce, " tarafların gözünde" bağımsızlığına hanel getirebilecek mahiyetteki olgu ve olayları yazılı olarak ortaya koyan bir "Bağımsızlık Beyannamesi" imzalayarak Sekreteryaya bildirmek zorundadır. Bu beyannameyi imzalamaktan imtina eden hakem adayının tayinin tasdiki söz konusu değildir (Özsunay ve diğerleri, 2004: 39).

Uluslararası alanda, en çok başvuru ve bu nedenle de en çok deneyim kazanmış, uluslararası niteliği olan tahkim kurumudur. Kısaca, ICC olarak bilinen International Chamber of Commerce (Uluslararası Ticaret Odası), 1923 yılından bu yana faaliyetini sürdürmektedir (Yılmaz, 2004:93). Tahkim hizmetinin yanı sıra ICC, tarafların talebi halinde, uluslararası ticarete özel uzmanlık gerektiren teknik konularda ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünde "bilirkişi"(expert) tayin edebilir; acil durumlarda, tahkim öncesi geçici karar alınması için "hakem"(referee) atayabilir; tarafların tahkime gitmeden anlaşmalarını sağlayacak "uzlaştırma"(conciliation) prosedürünü işletebilir (Emek, 1999: 32).

ICC hakemlerinin, tarafsız olmadıkları konusunda kuruma, yoğun şikayetler olmuştur. Öyle ki bazı ülkeler, bu konuda kendilerine, yeterli güvence verilmediği takdirde, ICC tahkimine gitmemeyi, onun yerine, daha tarafsız oldukları gerekçesiyle, devlet mahkemelerine müracaat etmeyi, uluslararası ilişkiler bakımından tercih etmektedirler. Yapılan bu yoğun şikayetler üzerine kurum, yeni çalışmalar yaparak, Tahkim Tüzüğünü 1.1.1998 tarihinde değiştirmek zorunda kalmıştır (Yılmaz, 2004:93).

Tahkim Divanının bir başkanı, bir başkan yardımcısı ve farklı milletlerden 50 üyesi bulunmaktadır. ICC Konseyi Divan Başkanını seçerek başkan yardımcısını atamaktadır. Konsey Divan üyelerini, ICC Ulusal Komitesinin önerisi üzerine, atamaktadır. Tahkim Divanı, kendi kurallarına göre yürütülen tahkim duruşmalarının denetimini yapmaktadır. Divan, hakemlik talebiyle sunulan ihtilafların çözümünde kendisi karar vermemektedir. Bunun yerine, anlaşmazlık konusu dava üzerinde nihai ve bağlayıcı kararı verecek hakemleri atamakta veya tarafların üzerinde anlaşığı hakemleri onaylamaktadır. Hakem heyetinin oluşturulmasının yanı sıra Divan, tahkim sürecinin başlatılması için gerekebilecek konularda kararlar alabilir, süreci denetler, ICC kurallarına uyulmasını

sağlar. Ayrıca, kararları sonuçlandırılıp taraflara bildirilmesinden önce gözden geçirir (Emek, 1999: 33).

Belli yıllar arası yani 1998 ve 2012 tarihli Tahkim kurallarına ilişkin değişiklikler arasında bazı farklılıklar da yer almaktadır. 2012 tarihli tahkim kurallarında görev belgesine ilişkin 23'üncü maddede ise "tarafların en son onayını göz önünde tutarak hakem kurulunun görevini belirten belgeyi hazırlar" denmektedir. Bu maddede, doğrudan 1998 tarihli değişikliğindeki 18'inci madde gibi olmasa da, hakem kurulu tarafından taraf iradelerinin göz önünde tutulacağı anlaşılmaktadır. 2012 tarihli Tahkim Kurallarında 23/3'te: "Taraflardan herhangi biri Görev Belgesi'nin düzenlenmesine katılmaz veya imzalamayı reddederse, bu belge onay için Divan'a sunulur. Görev Belgesi 23(2) madde uyarınca imzalandıktan veya Divan tarafından onaylandıktan sonra tahkime devam edilir" denmektedir. Maddenin bu fıkrasındaki düzenlemeye taraf iradesi (ret veya onayın olmadığı halde) ikinci plana atılmakta ve öncelik olanın Divan iradesi olduğu görülmektedir (Bican, 2015: 10). Doğal olarak ticaretin seyrinin zamanımızda hızlı bir şekilde değişmesi ve kayması hem konu hem de bölgesel olarak farklı tahkim kurumlarına ihtiyacı ortaya çıkarmaktadır ve ICSID, WIPO gibi farklı alanlarda uzmanlaşmış tahkim kurumları yanında bir de LCIA, AAA ve SCC gibi bölgesel/coğrafi anlamda uzmanlaşmış kurumlar ortaya çıkmıştır. Bu durum belki de gelecekte ICC tahkim kurallarına ve organlarına gitmeyi azaltacak gibi görünebilir (Bican, 2015: 17).

2.2.2.1.3. Dünya fikri mülkiyet örgütü (WIPO) tahkim divanı

Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü çatısı altında gerçekleştirilen hızlandırılmış tahkim yargılamaları için Merkez tarafından düzenlenmiş özel kurallar bulunmaktadır.12 WIPO tarafından gerçekleştirilen olağan tahkim yargılamasına nazaran daha kısa sürelerin ön görüldüğü hızlandırılmış tahkim süreci, davacı tarafın tahkim talebi ile birlikte dava dilekçesini Merkez ve davalı tarafa iletmesi ile başlamaktadır. Tahkimin başladığı WIPO tarafından taraflara bildirilmektedir. Davalının tahkim talebi ile dava dilekçesi kendisine iletildikten sonra 20 gün içerisinde cevap dilekçesi ile birlikte Tahkim Talebi'ne cevaplarını sunması gerekmektedir.

Hakem Mahkemesi taraflarca kararlaştırılmış olan sayıda hakemden oluşur. Tarafların hakem sayısında anlaşmamış olmaları halinde. Merkez kendi takdirinde olmak üzere, davanın tüm koşullarını göz önüne alarak, üç üyeden oluşan bir Hakem

Mahkemesini uygun görmedikçe. Hakem Mahkemesi tek hakemden oluşur (Madde 14). İhtilafın tek hakemle çözüleceği kararlaştırılmış ise, tarafların atama usulünü başkaca kararlaştırmadığı durumda, bu tek hakem, taraflarca müştereken atanır. Müştereken atanma mümkün olmazsa, tek hakem aşağıda belirtilen 19. maddeye uymak suretiyle Merkez'ce atanır (Bican, 2015:4).

2.2.2.1.4. Londra uluslararası tahkim divanı (LCIA)

Londra Uluslararası Tahkim Divanı da kişilere süratleştirilmiş tahkim yöntemini ortaya koyan önemli tahkim odaklarından. LCIA Tahkim Kuralları madde 9A uyarınca, tahkim talebinde bulunan taraf gerekçelerini de belirtmek suretiyle Merkez'den tahkim heyetinin hızlandırılmış olarak teşekkül ettirilmesini talep edebilir. Diğer merkezlere nispeten çok daha dar kapsamda düzenlenmiş olan LCIA hızlandırılmış tahkim yargılamasında hakem heyetinin teşekkülünün hızlandırılması için gerekçelerin sunulmasının gerekmesi ve bu gerekçelerin de mahkeme tarafından kabul edilmesi gerektiği göz önüne alındığında, uygulamada LCIA hızlandırılmış tahkiminin tarafların iradesi neticesinde tecelli ettiğinden bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Ancak her tahkim merkezi gibi LCIA de tahkim yargılamasının mümkün olan en kısa sürede tamamlanabilmesi adına gerektiğinde süreleri kısaltma yetkisini haizdir.

Bu sistemde de, her hakem, LUHM Divanı tarafından atanmadan önce, tarafsızlığından ve bağımsızlığından haklı olarak şüphe edilmesine neden olabilecek bilgisi dahilinde hiçbir husus olmadığını, imzalayarak beyan etmelidir. Her bir hakem bununla, beyan tarihinden sonra ve tahkim yargılamasının sonuçlanmasından önce bu gibi koşullar ortaya çıktığı takdirde, durumu LUHM Divanı'na, Hakem Mahkemesinin diğer üyelerine ve tarafların tümüne bildirmekle yükümlü olduğunu kabul eder (Özsunay ve diğerleri, 2004: 50).

Hakemleri atama yetkisinin sahibi olan LUHM Divanı, hakemleri atarken, tarafsızlık ilkesini göz önünde tutarak, tarafların ve hakemlerin milliyetlerini de dikkate alır ve bunların milliyetlerinin aynı olmamasına özen gösterir. Tarafların milliyeti kavramına kontrol sahibi pay sahiplerinin ya da menfaat sahiplerinin milliyeti de dahildir. Çifte vatandaşlığa sahip olan kişi, bu devletlerden her birinin vatandaşı ve Avrupa Birliği vatandaşları da farklı üye ülkelerin vatandaşı olarak ayrı milliyetten kabul edilir (Özsunay ve diğerleri, 2004: 51).

2.2.2.1.5. Rusya federasyonu ticaret ve sanayi odası uluslararası tahkim divanı (ICAC)

1932'de SSCB Ticaret ve Sanayi Odası Tahkim Divanı olarak kurularak kendini belirlemiştir. Bugün uygulanan Tahkim Kuralları, 01.05.1995 tarihinde yürürlüğe giren Rusya Federasyonu Sanayi ve Ticaret Odasınca onaylanan kurallardır. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi odasından bağımsızdır, geniş bir hakem listesi vardır. Taraflar bu liste dışından da hakem seçebilirler. ICAC Başkanı tahkim davasında raportörü belirler, bu raportör hukuki bakımdan tahkime nezaret eder. Merkez Moskova olmasına rağmen, talep ve masraf karşılanması halinde, Moskova dışında da duruşma yapılabilir. Yargılama süresi, tahkim mahkemesinin oluşumundan itibaren 180 gündür. Mahkeme tarafların seçtiği maddi hukuku uygular. Taraflar hukuk seçimi yapmamışsa, maddi hukuk Rusya Federasyonu Kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenir. Mahkeme ticari örf adeti de dikkate alır. Taraflar tek hakemde anlaşamazlarsa, mahkeme heyeti üç hakemden oluşur.

2.2.2.1.6. Avusturya federal ekonomi odası uluslararası tahkim merkezi (VIAC)

Avusturya Federal Ekonomi Odası tarafından Viyana'da kurulmuştur. Tahkim ve uzlaştırma kuralları, 01.07.2006'da yürürlüğe girmiştir. Tahkim prosedürü Viyana'daki Merkez ofiste yürütülür. Viyana dışında da yürütülmesine karar verilebilir. Taraflar hakemlerini serbestçe belirlerler. Liste dışından da hakem belirlenebilir.

2.2.2.1.7. Stockholm ticaret odası (SCC) tahkim enstitüsü

1917'de ortaya çıkarılmış olan Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü, odadan bağımsız bir tüzel kişiliğe sahiptir. 1999 yılında gözden geçirilen tahkim kuralları uygulanmaktadır. Burada taraflarca uygun bulunan maddi hukuk kuralları uygulanmakta olup, taraflarca maddi hukuk kuralı seçilmezse hakem heyeti tarafından uygulanacak hukuk tespit edilmektedir. Stockholm ticaret odası tarafından kurulmuştur.1917'den beri faaliyetlerini sürdürmektedir.

Doğu ile batı ilişkilerindeki ticaret ve ekonomik akitlerden doğan Sovyetler Birliği döneminde tahkimlerde kullanılmakta idi. 1977 tarihli anlaşma ile ABD-SSCB Merkezli şirketler arasındaki sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde SCC İnstitute öngörülmüştür. SSCB 'nin dağılmasından sonrada tercih edilmiştir. Türkiye ile Rusya

arasında imzalanan yatırımların teşviki ve korunması anlaşmasında Enstitü Tahkim Mahkemesi olarak kararlaştırılmıştır. Uluslararası tahkim faaliyeti ile birlikte, hızlandırılmış tahkim, arabuluculuk, sigorta tahkim faaliyetleri de vardır. Odadan bağımsız olarak çalışır. Doğrudan tahkimde görev almaz sadece tahkim prosedürüne nezaret eder. Tahkim kuralları, 2007 yılında yenilenmiştir. Taraflar hakem sayısı belirlememişlerse tahkim heyeti üç hakemden oluşur. Tahkim talebinin sunumundan itibaren 6 ay içerisinde karar verilmesi gerekir. Süre uzatılabilir (md 37). Hakem kararı verildiği anda kesin ve bağlayıcıdır. İtiraz yolu yoktur.

2.2.2.1.8. Amerikan tahkim odası (AAA)

Merkezi New York'ta bulunan bu uluslararası uyuşmazlık çözüm ICDR, 1997 yılında kurulmuştur. 01.06.2009'da revize edilen tahkim kuralları AAA geçerlidir. AAA' nın Uluslararası tahkim kuralları, karışık ve detaylı Amerikan Usul Hukuku kurallarından ayrıdır. Diğer tahkim merkezlerinin kurallarına benzemektedir. Kıta Avrupa hukuk kurallarına benzemektedir. Taraflar hakem sayısını belirlememiş ise, kural olarak tek hakem atanır (Sayın, 2013: 889). AAA Uluslararası Tahkim Kurallarına (AAA International Arbitration Rules) göre, taraflardan birinin istemi üzerine, hakem mahkemesi uyuşmazlık konusunun gerekli kıldığı herhangi bir geçici önlemi almaya yetkilidir. Söz konusu geçici önlemler, uyuşmazlık konusu malın korunmasına, üçüncü bir kişiye (yeddi emin) tevdiine ya da bozulacak malların satılmasına ilişkin olabilir(m. 22/1). Geçici önlem, bir "geçici hakem kararı"(interim award) şeklinde alınabilir. Hakem mahkemesi, geçici önlemlere ilişkin masraflar için "güvence"(teminat) isteyebilir (m.22/2). Hakem mahkemesi yanında, tarafların yargı yerlerinden de geçici önlem isteminde bulunabilmeleri mümkündür. Böyle bir istemin, tahkim anlaşmasına aykırı olmayacağı ya da uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünden vazgeçme anlamına gelmeyeceği kabul edilir(m. 22/3) (Özsunay ve ark., 2004: 101).

Süratli bir şekilde Amerikan Tahkim Örgütü uygulamasında dava veya karşı dava değeri USD 75.000,00 tutarının altında kalan ticari uyuşmazlıklar Merkez tarafından belirlenen hızlandırılmış tahkim kurallarına tabi olarak çözülmektedir. Taraflar bunun aksini kararlaştırabilecekleri gibi dava veya karşı dava değeri belirtilen tutarı aşan ticari uyuşmazlıklara da hızlandırılmış tahkim kurallarının tatbik edilmesi mümkündür. AAA nezdinde gerçekleştirilen tahkim yargılamasında cevap süresi 14 takvim günü olarak

düzenlenmiştir ve hızlandırılmış tahkim yargılamasında da bu sürede bir değişiklik yapılmamaktadır. Ancak hızlandırılmış tahkim yargılamasında tahkim talebine cevap süresinin uzatılması talep edildiğinde bir defaya mahsus olmak üzere talep eden tarafa 7 takvim günü verilebilmektedir.

2.2.2.1.9. Diğer kurumsal tahkim merkezleri

Londra'da kurulan Hububat ve Yem Ticaret Birliği Tahkim Mahkemesi(GAFTA) hububat ve yem ticareti yapan tacirler tarafından oluşturulmuştur. Birlik bünyesinde bir tahkim mahkemesi vardır. Tahkim kuralları 1 Temmuz 2007'de yürürlüğe girmiştir. Uluslararası hububat, yem ve tohum ticareti yapanlar, Birliğin formüle edilmiş sözleşmesini kullanmaları halinde, uyuşmazlıklar GAFTA tahkim mahkemesince, 125 numaralı kurallara göre karara bağlanır. Tahkim yeri İngiltere'dir.

Sistem CPR Uygulaması Merkezi Amerika Birleşik Devletleri'nin New York şehrinde bulunan Uluslararası Uyuşmazlık Önleme ve Çözüm Enstitüsü("CPR") nezdinde de hızlandırılmış tahkim yargılaması gerçekleştirilmekle birlikte, merkezi diğerlerinden farklı kılan inşaat alanında doğan yerel uyuşmazlıkların çözümü için ayrıca hızlandırılmış tahkim kurallarını düzenlemiş olmasıdır. Yerel uyuşmazlıklarda uygulanan işbu kurallar ile inşaat sektöründe doğan uyuşmazlıkların iç tahkim yolu ile hızlı şekilde çözümü amaçlanmaktadır.

Sektörde bulunan Sıvı ve Hayvansal Yağ ve Tohum Birlikleri Federasyonu Tahkim Mahkemesi(FOSFA) faaliyet gösteren tacirler tarafından Londra'da kurulmuştur. Formül sözleşmeleri vardır. Bu sözleşme ile atıf yapılması halinde Birlik nezdinde bulunan Tahkim Mahkemesi yetkilidir.

Rafine Şeker Birliği Tahkim Mahkemesi bu sektörde çalışan tacirler tarafından, 08.01.1891'de kurulmuştur. Merkezi Londra'dır. Formüler sözleşmeler ile şeker alım satımını düzenleyen genel şartlar belirlenmiştir. Diğer tahkim kurumlarından farklı olarak tahkim, doğrudan Birlik tarafından yürütülmektedir. Birlik tahkim sistemi, tipik bir mesleki tahkim kurumudur. Kaybeden taraf karar gereğini yirmi sekiz gün içerisinde yerine getirmek zorundadır.

2.3. Milli, Milletlerarası Ve Yabancı Tahkim Kavramı

Tahkim, taraflar arasındaki doğmuş ve doğabilecek uyuşmazlıkların devletin resmi yargı organları yerine taraflarca ya da tarafların belirlediği üçüncü kişilerce belirlenen hakemlerce çözülmesi yoludur. Ancak tarafların iradesine tabi ve kamu düzenine aykırı olmayan, başka bir ifade ile hukuk düzenin serbesti tanıdığı konularda tahkim yoluna gidilebilecektir. Bu sebeple kamu düzenini ilgilendirmeyen ve tarafların iradesine tabi uyuşmazlıklarda devletin yargı organları dışında bir kurum kurumsal tahkim) ya da kişi (ad hoc tahkim) tarafından tarafların anlaşması doğrultusunda uyuşmazlık çözülebilecektir. O halde bir uyuşmazlığın tahkim ile çözülebilmesi uyuşmazlığın kanuna göre tahkime elverişli bir konuda olması ve tarafların uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümleneceği konusunda anlaşmasına başka bir deyişle tahkim sözleşmesi yapmasına bağlıdır. Dünyada ABD, Fransa ve İsviçre gibi ülkeler dahil olmak üzere genel olarak genel olarak ticari işlemleri tahkime elverişli kabul etmekte, buna mukabil iş ve tüketici akitleri ile kişisel haklarla ilgili meseleler tahkime elverişli kabul edilmemektedir (Akıncı,2007:31).

Tarihte insanoğlu “dış etkenlerin, sosyal çevrenin, yıldızların, tabiat üstü kuvvetlerin, geleceğini belirtmek konusunda etkili olup olmadığını” merak etmiştir. Bu soru insanoğlunda daha ilkçağlardan itibaren irade serbestisine sahip olup olmadığı konusundaki tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Dünyaya hakim olan liberal ve kapitalist ekonomiler kişilerin irade serbestisine sahip olduğunu ve iradeleri ile her türlü hukuki sonucu doğurabileceğini kabul etmiştir.

Tahkim anlaşması sonucunda yapılan tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararların mahkeme kararı gücünde olması işte bu sebeple tarafların tahkim sözleşmesi ile bu hukuki sonuca yönelmesinin tabii sonucudur. Zira tahkim,“taraflara maddi hukukta tanınan irade serbestisinin usul hukukundaki uygulanmasının sonucu olarak” doğmuş ve doğabilecek uyuşmazlıkların devletin yargı organı yerine özel kişilerce çözümlenmesinin devredilebilmesidir. Tahkimde irade serbestisi oldukça önemlidir. Hatta MTK ve pek çok milletlerarası ticari tahkime ilişkin kanun düzenlemesi taraflar arasından anlaşma yok ise kanun maddelerinin geçerli olacağını kabul ederek, irade hürriyetini kanunlardan dahi üstün tutmuştur (Nomer ve diğerleri: 2008:15).

Yani tahkim kural olarak tarafların irade muhtariyetine tabi olan bir kurum olup genel olarak medeni ve ticari uyuşmazlıklar konusunda gidilebilecek bir yoldur (Nomer ve diğerleri: 2008:1). Ancak milli tahkimde Yargıtay H.G.K. 15.12.2010 tarih ve 2010/4-607

E. ,2010/663 K. Sayılı kararında da belirtildiği gibi: ” kendi içinde "Mecburi Tahkim" ve "İhtiyari Tahkim" olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Mecburi tahkim; doğrudan doğruya kanundan doğan bir tahkim türüdür. Bu tür tahkimde dava mahkemelerde açılmaz, ihtilaf çözüm için hakemlere götürülür. Mecburi tahkim özel kanunlarla öngörülmüş olup, bu kanunlarda kimin hakem olacağı, hakemin görev ve yetkileri düzenlenmiş...” olduğu belirtilmiştir. Zira mecburi tahkim özel olarak düzenlenmiş kanundan sadece belirli konulardaki uyuşmazlıklar için kararlaştırılabilen, istisnai bir durumdur (Akıncı,2007: 31). Bu konuda 3533 Sayılı Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerde İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete ve Belediyeye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Halli Hakkındaki 29.6.1938 tarihli Kanun (RG 16.7.1938-3961) örnek olarak gösterilebilir.

Diğer yandan ihtiyari tahkim tarafların iradesi ile tahkim yoluna başvurulması anlamını taşınmaktadır. Milletlerarası ticari tahkimde kanundan kaynaklanan mecburi tahkim müessesesi bulunmadığından salt ihtiyari tahkim yolu bulunduğu söylenebilir. Bunun sebebi ise devletlerin egemenlik hakkını ilgilendiren yargılama hakkının uluslararası bir kurum ya da devlete sürekli olarak verilmesinin istenilmemesidir.

Mevzuatta tahkim milli; yabancı ve milletlerarası tahkim olarak ayrılmakta ve nitelendirilmektedir. Milli tahkim kavramı; iç tahkim, mahalli tahkim, yerli tahkim olarak, milletlerarası tahkim kavramı ise milletlerarası ticari tahkim olarak da adlandırılabilir. Tahkimin bu açıdan niteliği uygulanacak veya bağlı olduğu hukukun belirlenmesi açısından önemlidir (Nomer ve diğerleri: 2008:1).

Ulusal tahkim 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK ile düzenlenmiş bir kurumdur. HMK hükümleri milli tahkimde uygulanacak kuralları düzenlenmiştir. HMK 407.maddesi gereğince milli tahkim ile ilgili düzenlenmiş hükümler 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunun tanımladığı anlamda “yabancılik unsuru içermeyen” ve “tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenen” uyuşmazlıklar hakkında uygulanacaktır. Bunun sonucu olarak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2.maddesi anlamında yabancılik unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıkların milli tahkimin konusunu ve kapsamını oluşturacaktır ve HMK hükümlerine tabi olacaktır. Kanun koyucu yasanın gerekçesinde de açıkladığı üzere milli tahkim kavramının belirlenmesine toprak esasını benimsemiştir. HMK hükümlerine tabi olacak olan tahkim sonucunda verilen kararlara karşı HUMK hükümleri gereğince temyiz

yoluna başvurulabilecekken yürürlüğe giren HMK ile Milletlerarası Tahkim Kanunu ile uyum sağlanarak iptal yolu öngörülmüştür.

Uluslararası Tahkime ilişkin usul ve esasları düzenleyen Milletlerarası Tahkim Kanunu 2.maddesine göre ‘yabancılık unsuru taşıyan’ tahkim milletlerarası nitelik taşır. Zira yürürlüğe giren HMK hükümleri de bu doğrultuda düzenleme yaparak ‘yabancılık unsuru’ taşımayan ve ‘tahkim yerinin Türkiye olarak belirtildiği’ tahkimin milli tahkim olduğu ve HMK hükümlerine bağlı olduğunu kararlaştırmıştır.(HMK mad. 407) Bir tahkimin yabancılık unsuru taşıması için Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. maddesine göre aşağıdaki şartlardan birini taşınması gerekmektedir:

“1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi”

Burada belirtilen şartlardan birini taşıyan tahkim yabancılık unsuru taşıyacağı için Milletlerarası Tahkim Kanuna göre milletlerarası tahkim sayılacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanunu esasında Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 Tarihinde Cenevre’de yapılan Avrupa Sözleşmesi doğrultusunda milletlerarası tahkim kavramını tanımlamıştır. Zira milletlerarası ticari tahkim konusundaki sözleşmenin tatbik alanı başlığı altındaki I. maddesine göre :’Milletlerarası Ticari muamelelerden doğan ve doğacak uyuşmazlıkların halli için aktolunan veya akit sırasında mutad meskenleri veya muamele merkezleri değişik akit devletlerde bulunan hakiki ve hükmi şahıslar arasındaki hakemlik anlaşmaları’ için uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki

;milletlerarası tahkim kavramı MTK'nın sınırlarını çizdiği alanla sınırlı değildir. Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa veya diğer uluslararası sözleşmeler gereği de bir tahkim milletlerarası sayılabilir.

Tahkimin uluslararası olması o tahkimin yabancı tahkim sayılması ile ilgisi yoktur. Zira bir ülkeye göre yabancılık unsurlu sayılan bir tahkim başka bir ülkeye göre sayılmayabilir. Tahkimin hangi hallerde yabancı sayılacağına dair mevzuatımızda düzenleme de bulunmamaktadır (Nomer ve diğerleri: 2008:4-6). Bu konuda belli başlı iki kriter bulunmaktadır. Bunlardan birincisi “ülkesellik” ya da “toprak” kriteridir. Toprak kriterine göre tahkim yeri yabancı bir ülkede olan tahkim yabancı bir tahkimdir. İkinci kriter ise tahkim yargılamasının çözümünde uygulanan “usul kuralı” kriteridir. Usul kuralı kriterine göre tahkim yargılamasında en azından emredici hukuk kurallarının uygulandığı usul kuralı yabancı bir ülkeye ait ise o tahkim yabancı tahkimdir ve verilen karar da yabancı tahkim kararıdır. Yargıtay her iki kritere dayanarak kararlar verse de ağırlık kazanan görüş 1951 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre “yabancı bir muhakeme usulüne göre verilmiş olan kararlar” yabancı hakem kararı sayılacağı yönündedir (Kalpsüz,2010:182). Yukarıda belirtildiği gibi henüz yürürlüğe giren HMK kanun gerekçesinde belirtildiği gibi ise toprak esası başka bir anlatımla tahkim yeri kriteri Türk hukukunda yasa koyucu tarafından kabul edilmektedir.

Ulus ve uluslararası hakem kararlarının Türkiye’de infaz edilebilmesi için hakkında iptal davası açılmamış olması ya da iptal davası açılmış olup da reddedilmiş olması ve iptal kararı temyiz edilmiş ise red kararının Yargıtay tarafından onanması şartına bağlıdır. Yabancı hakem kararlarının infazı ise karar niteliği gereği yabancı olduğu anlaşılır ve şartları var ise Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesine göre, yok ise 5178 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanunun şartları dairesinde tenfiz ve icra edilebilecektir. Sonuç olarak milli, milletlerarası ve yabancı tahkim ayrımında; yabancı hakem kararları icra edilebilmesi için tenfiz kararına ihtiyaç duyulduğu halde milli ve MTK çerçevesinde verilmiş olan milletlerarası tahkim kararlarında böyle bir gereklilik bulunmamaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRKİYE'DE ULUSLARARASI TAHKİM

3.TÜRKİYE'DE ULUSLARARASI TAHKİM

3.1. Türk Hukukuna Göre Uluslararası Ticari Tahkim

Milletlerarası uygulamada tahkimin hangi hukuki rejime bağlı olacağı önemli sorun oluşturur. Bundan dolayı milletlerarası tahkimde öncelikle çözümlenmesi gereken temel problem olarak öne çıkar. Nitekim hukukumuzda Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK), milletlerarası tahkim konusunu ilk baştan ele alırken, değinilen ivedi sorunu kapsamlı bir mantık ve anlayış doğrultusunda geniş içerikle düzenleme gereğini duymuştur (Sadruleşrafi, 2007:319-320):

1. Kanun, milletlerarası tahkimin kapsamını ilke olarak “yabancılık unsuru” taşıyan ve “tahkimin yerinin Türkiye” olarak belirlendiği uyuşmazlıklar olarak belirlenmiştir(m. 1/II).

2. Aynı hüküm uyarınca taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca bu kanun hükümleri seçilen uyuşmazlıklar hakkında da uygulanır. Bu itibarla ilgililerin bu kanunun yetkili olacağına karar vermeleri yeterlidir.

3. Madde 1/II buyruğu uyarınca, kanunun 5. Maddesinin “mahkemede tahkim itirazı ve anlaşması” ile 6. Maddesinin “ihtiyati tedbir veya ihtiyati hacze” ilişkin hükümleri “ tahkim yerinin Türkiye dışı” belirlendiği durumlarda da uygulanır. Bundan dolayı tahkim yeri ülke dışında belirlendiğinde de MTK'nın sözü geçen hükümleri sınırlı olarak dahi olsa istisnaen uygulanır. Böylece anılan durumlarda da yetkili Türk makamları önünde pekala tahkim itirazı ile ihtiyati önlem ve ihtiyati haciz söz konusu olabilecektir.

4. Yukarıdaki hususların yanı sıra, 21.01.2000 tarihli ve 4501 sayılı “Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun” uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu kanuna tabi kılınmıştır (m. 1/V).

Uluslararası tahkim konusunda Türk mevzuatında kapsamlı bir değerlendirme, ilk defa, 1982 yılında yürürlüğe giren 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunla (MÖHUK) yapılmıştır (m., 43-45). “MÖHUK’ un ilgili maddeleri 1991 yılında 3731 sayılı Kanunla kabul edilen 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi hükümlerini kaynak yaparak düzenlenmiştir.”⁸ MÖHUK yabancı hakem kararları ile mahkeme kararlarını aynı kapsamda mütalaa etmiş, uluslararası karaktere ait bir tanımlama getirmemiş ve sadece tanıma ve tenfizi düzenlemiştir. MÖHUK ve NY Sözleşmesinin ortak karakteri, “tanıma” ve “tenfiz”de karşılıklılık esasını benimsemiş olmalarıdır (MÖHUK; m.,44 , NY Sözleşmesi; m., I/3) (Emek, 1999:8).

New York Sözleşmesi de MÖHUK gibi, uluslararası tahkim yerine, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlenmiştir. Sözleşmenin I/1’inci maddesinde, sözleşmenin; gerçek veya tüzel kişiler arasında doğan uyuşmazlıklarda, tanınması ve icrası istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizine uygulanacağı belirtilmektedir. NY sözleşmesi böylece, hakem kararının tabiiyetinin tahkim yerinin bulunduğu ülke olduğunu (toprak esası-devlet arazisi) kabul etmiştir. NY Sözleşmesi, aynı zamanda tanınması ve icrası istenen devlette milli sayılmayan hakem kararları hakkında da uygulanmaktadır (NY Sözleşmesi; m., I/1) (Emek, 1999:9).

Tahkimle ilgili düzenlemeye Anayasa’nın 125.maddesinde de yer verilmiştir. 13.08.1999 tarih 4446 sayılı Kanun’un 2.maddesiyle eklenen hükümlerle, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkim yolu ile çözülmesi öngörülmüş, milletlerarası tahkimin söz konusu olabilmesi için yabancılık unsur ögesinin bulunması koşulu aranmıştır. Bu düzenleme ile bu tür sözleşmelerden doğacak olan uyuşmazlıkların çözümünün Danıştay’ın görev alanından çıkartılarak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla giderilmesine imkan tanınmıştır (Tuncay, 2013:880).

Milletlerarası Tahkim Kanununun taslak çalışmaları 1997 yılında Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünce başlatılmış, UNCITRAL model kanunu ve İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu’nun milletlerarası tahkime ilişkin hükümlerinden

esinlenerek hazırlanmıştır. 21.06.2001 tarihinde kabul edilen 4686 sayılı kanun 05.07.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Tuncay, 2013:883).

3.2. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Tahkim

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 05.07.2001 tarihli R.G.'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. MTK yürürlüğe girmeden önce 14.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Anayasa değişikliğine kadar Türkiye'de milletlerarası tahkimi düzenleyen spesifik metinler bulunmamaktaydı. Tahkime ilişkin Anayasa değişikliğini yapma ihtiyacı ise Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1995 tarih ve 1994/71 E. ve 1995/23 K. sayılı kararı ile "kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarla ilgili tahkim yoluna gidilemeyeceği" yönündeki kararı etkili olmuştur. Uluslararası şirketler Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı sebebiyle Türkiye'de yatırım yapmaktan kaçınmaktaydı (Kalpsüz,201: 8). Zira otoyol, baraj veya köprü gibi büyük yatırımları yapacak uluslararası şirketler uyuşmazlık çıktığında devletin menfaatini üstün tutabilecek ulusal mahkemelerde yargılama yapılmasını istemedikleri için Türkiye'de yabancı yatırımlar artmıyordu. Bunun üzerine 4446 sayılı Anayasa değişikliği ile Anayasanın 125/son fıkrasına :”Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yolu ile çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” maddesi eklenmiştir.

Ne var ki; 4446 sayılı Anayasa değişikliği daha çok kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmeleri için yapılan bir değişiklikti. Başka bir anlatımda değişiklik ile birlikte devlet ile uluslararası şirketler arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulabileceği öngörülmekteydi. Burada anayasa değişikliği ile amaçlanan husus ICSID tahkim denilen yatırım uyuşmazlıklarının çözümü konusundaki tahkimdir. Bu değişiklikten önce de 'milletlerarası ticari tahkime' ilişkin birtakım uluslararası sözleşmeler imzalanmış ve yürürlüğe girmiş bulunuyordu. Milletlerarası ticari tahkime ilişkin esasları belirleyen 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi 23.09.1991 tarihli RG.'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş, yine yabancı hakem kararının tenfizini düzenleyen 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi 25.09.1991 tarihli R.G.'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktaydı.

Milletlerarası tahkime dair her ne kadar Anayasa değişikliği yapılmış ve uluslararası sözleşmeler imzalanmışsa da Türkiye’de milletlerarası ticari tahkimi düzenleyen herhangi bir mevzuat yahut usul kuralı bulunmamaktaydı. Milletlerarası Tahkim Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte somut olarak milletlerarası ticari tahkimi düzenleyen kurallar ile Türk Hukuk düzeni tanışmıştır.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 1.maddesinde de belirtildiği gibi niteliği gereği “milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları” düzenleyen kanundur. Bilindiği gibi usul kuralları yürürlüğe girdiği andan itibaren daha önce var olan ve devam eden uyuşmazlıklar ile yürürlük tarihinden sonra çıkabilecek uyuşmazlıklara uygulanacaktır. Öyleyse MTK yürürlüğe girdiği 05.07.2001 tarihinden önceki uyuşmazlıklara uygulanması gereklidir. Bir başka ifade ile usul kanunu olan MTK “kazanılmış haklara helal getirmeksizin” henüz kesinleşmemiş olan uyuşmazlık ile ilgili yargılamada uygulanabilmelidir.

Ancak Yargıtay MTK’nın geçmişe etkili olarak uygulanabileceği görüşünü kabul etmemektedir. Yargıtay 15.H.D. 10.10.2001 tarih ve 2002/2760 E. ,2002/4528 K. Sayılı kararında: ”Tahkimde tarafların iradesinin esas olması; tarafların 06.12.1987 günlü sözleşmelerinin 80. ve 67/I. maddelerinde iradi tahkim seçiminin yapılması ve o tarihteki mevzuat uyarınca anlaşmazlıkların çözümünün kararlaştırılması; sonradan yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanununda, Kanunun yürürlüğe girdiği tarih hakkında ayrı ve özel hüküm bulunmadığından, Kanunun 05.07.2001 tarihinden sonraki uyuşmazlıklara uygulanması; daha önce var olan ve devam eden uyuşmazlıklarda ise, tarafların serbest iradeleri ile o tarihteki mevzuatı seçtiklerinin kabul edilmesi; HUMK’a tabi olarak verilen hakem kararının uygunluğunun temyiz yoluyla denetlenmesi” gerektiğine karar vermiştir (Ekşi, 2009: 3-4).

3.2.1. Kanunun uygulama alanı

3.2.1.1. Taraflarca kanunun uygulanmasının kararlaştırılması

Milletlerarası Tahkim Kanunun uygulama alanını düzenlerken tahkim yerinin Türkiye olduğu ve yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklar hakkında kanunun uygulanacağı düşünülmüş ve yabancılık unsuru Kanunun 2.maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kanun sadece bu hali ile kabul edilmiş olsaydı Türkiye’de yabancılara

tanınan Milletlerarası Tahkim imkanı Türk vatandaşlarına tanınmamış olacaktı (Kalpsüz,2010: 27). Bu sebeple MTK'nın 1.maddesinin gerekçesinde de açıklandığı üzere:” Doğal olarak taraflar tahkim yargılamasının tâbi olduğu kuralları belirlemek konusunda anlaşmakta serbesttirler. O nedenle aralarındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü bu Kanuna tâbi kılacakları gibi hakem veya hakem kurulu da uyuşmazlığın çözümünde bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını seçebileceklerdir.” denilmektedir.

O halde tahkim yeri Türkiye olmasa ya da tahkim yabancılik unsuru taşımasa bile taraflar aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklara MTK hükümlerinin uygulanacağını kararlaştırabilirler. Ya da hakem veya hakem kurulu tarafından taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise uyuşmazlığın çözümünde MTK'nın uyuşmazlığa uygulanmasını kararlaştırabilirler.

MTK'nın 1.maddesinde yer alan bu düzenleme iç tahkimi düzenleyen “Yargılama usulünün belirlenmesi” başlıklı HMK 424.maddesinde : “taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, bu kısmın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını, bu kısmın hükümlerini gözeterek uygun bulunduğu bir şekilde yürütür.” denilmektedir. Böylelikle MTK ile HMK hükümleri arasında paralellik de sağlanmıştır.

Düzenlenen İç Tahkim mülga HMUK'ta bu konuda düzenleme olmaması ve MTK'nın sonraki tarihli kanun olması sebebiyle taraflarca MTK'nın uyuşmazlığa uygulanacağı kararlaştırıldığı takdirde HMK'un emredici kurallarının taraflar ya da hakem veya hakem kurulu tarafından bertaraf edilebileceği kabul edilmekteydi (Akıncı, 2007:58). O halde HMK 424.maddesinde “emredici hükümleri saklı kalmak kaydı ile” ifadesinden uyuşmazlığa MTK'nın seçilmesi halinde HMK'nın emredici hükümleri ne olacağı sorusu akla gelebilir. HMK'nın usul ve sonraki tarihli kanun olması sebebiyle yürürlüğe girdiği tarihten sonra doğmuş veya doğacak uyuşmazlıklara kazanılmış haklara zarar vermemek kaydı ile uygulanacağını söyleyebiliriz. Bu durumda HMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte iç tahkimin kapsamına giren bir uyuşmazlıkta MTK'nın uygulanacağı kararlaştırılsa dahi HMK'nın iç tahkimi düzenleyen emredici kuralları taraflarca bertaraf

edilemeyecektir. Mülga HUMK yürürlükte iken iç tahkime ilişkin verilen kararlar Yargıtay tarafından esastan incelenmek üzere temyiz edilebiliyordu. Halbuki MTK çerçevesinde verilen kararlar hakkında sadece iptal koşulları var ise kararın iptali istenebiliyor ancak kararın esastan denetimi yapılamıyordu. İç tahkimin yargılamasının Yargıtay tarafından esastan denetlenmesi sebebiyle tahkimle amaçlanan irade serbestisini ortadan kaldırıyor. Bu sebeple iç tahkime ilişkin konularda taraflarca MTK'nın uygulanması kararlaştırılarak mülga HUMK hükümleri bertaraf ediliyordu. Ancak yürürlüğe giren HMK hükümleri MTK ile paralel doğrultuda düzenleme yapmış olmasından ötürü artık iç tahkimde verilen kararlar hakkında da iptal yoluna gidilebileceğinden Yargıtay'ın iç tahkimde verilen tahkim kararını esastan inceleyemeyeceğini düşünüyoruz.

3.2.1.2. Yabancılik unsuru taşıyan ve Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar

Milletlerarası Tahkim Kanununun 2.maddesinde hangi hallerde uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşıdığını belirtmiş ve yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklardan doğan tahkimin milletlerarası tahkim niteliği kazanacağını hükme bağlamıştır. Başka bir ifade ile kanunun gerekçesinde de belirtildiği gibi “Tahkime milletlerarası nitelik kazandıran yabancılik unsurları” açıklanmıştır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmeden önce hangi tahkimin milletlerarası tahkim sayılacağı ya da yabancılik unsurundan ne anlaşılması gerektiğine dair hukukumuzda doğrudan herhangi bir tanım bulunmamaktaydı. 26775 Sayılı Milletlerarası Özel hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 1.maddesinde “Yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk” olarak kanunun kapsamını belirtse de kanunda yabancılik unsurundan ne anlaşılması gerektiği tanımlanmış değildi. Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 tarihinde Cenevre’de yapılan Avrupa Sözleşmesi'nin “Sözleşmenin Tatbik Alanı” başlıklı 1.maddesinde:”milletlerarası ticari ameliyelerden doğan veya akit sırasında mutad meskenleri veya muamele merkezleri değişik akit devletlerde bulunan hakiki veya hükmi şahıslar arasındaki” uyuşmazlıkların yabancı unsurlu olduğu kabul edilmiştir (Turhan ve diğerleri:2002: 43). Öğretide yabancılik unsuru “bir hukuki ilişki veya olayı, birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı kılan unsur” şeklinde tanımlanmaktadır (Akıncı,2007: 60).

Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmekle birlikte “yabancılık unsuru” kavramı açıklığa ulaştığı gibi milletlerarası tahkim ’den ne anlaşılması gerektiği de kanunumuzda tanımlanmıştır. Buna göre Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesi gereğince Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ve kanununun 2.maddesi kapsamında yabancı unsurlu sayılan uyuşmazlıklara Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanacağı kabul edilmiştir.

Bu oluşumun tam zıttı olan Kalpsüz’e göre: “Uyuşmazlığın Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanına girmesi için uyuşmazlığın sadece 2.madde manasında yabancılık unsuru taşımasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Öyle ki, bu maddede uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması için alternatif olarak mevcudiyeti gerekli hallerden biri mevcut olduğu ve mesela, tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerleri ayrı ayrı devletlerde bulunduğu takdirde, tahkim yerinin Türkiye’de olup olmamasına bakılmaksızın, uyuşmazlığın çözümü Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanına girecektir. 2.maddede milletlerarası tahkimin tanımı ile değil, Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanı ile ilgili olduğundan, bu maddede alternatif olarak sayılmış olan hallerden birinin varlığında tahkimin milletlerarası nitelik kazanacağını ifade edilmiş olması hatalıdır.4686 sayılı Kanun milletlerarası tahkimin tanımını, ilmi ve kazai içtihatlarla bırakmıştır; sadece Kanununun uygulama alanını düzenlemiştir. Buna göre 2.maddenin I. fıkrası ilk cümlesi 2.kısımının ‘ve bu durumda tahkime Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanır’ şeklinde kaleme alınmış olması icap ederdi” denilmektedir (Kalpsüz,2010: 18-19).

Fakat Kalpsüz’ün “tahkim yerinin Türkiye’de olup olmamasına bakılmasının uyuşmazlığın çözümü Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanına girecektir” görüşü kabul edilemeyecektir. Zira Milletlerarası Tahkim Kanununun amaç ve kapsam başlıklı 1.maddesinde açıkça “yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği” uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. Kalpsüz kanunun düzenlemesini hatalı olarak bulmuş olsa da kanunun düzenlemesinden tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanacağı anlamı çıkartılamayacaktır.

Diğer yandan Milletlerarası Tahkim Kanunu ile Türkiye’de tahkim kurumunun geliştirilmesi ve yaygınlaştırması amaçlanmıştır. Zira uluslararası ticaretin gelişmesi ancak

serbestçe tahkim yargılamalarının yapıldığı ve yargılama sonucunda verilen kararlara itibar edildiği ülkelerde uygulanmaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu yapılırken tüm dünyadaki yabancı unsurlu anlaşmazlıklara kanun hükümlerinin uygulanması amaçlanmamıştır. AngloSakson hukukunun da kabul ettiği toprak esası prensibine göre tahkim yeri kriteri esas alınmıştır. Kanun koyucu yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın çözüm merkezi olarak tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda zımni olarak Milletlerarası Tahkim Kanununun uyuşmazlık hakkında uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Her ne kadar tahkim yeri Türkiye olsa ve uyuşmazlık yabancılık unsuru taşısa da Milletlerarası Tahkim Kanununun hemen hemen tüm hükümlerinin ‘aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça’ hükmü gereğince kanunun aksinin her zaman taraflarca kararlaştırılabileceğini de belirtmekte fayda vardır.

Zıttı kabul görüp sadece yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar hakkında Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanacak olsaydı Türk Hukuku fazlaca müdahaleci, anti liberal bir düzenleme yapmış olurdu. Bu durum ise uluslararası ticaret yapan yabancı kişilerin Türkiye ile ticaret yapmasından kaçınmasına sebep olabilirdi.

3.2.1.3. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması

Anlaşma olan Tahkim taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterecektir. Kanunda belirtilen ve uyuşmazlığa yabancılık unsuru kazandıran husus aslında uluslararası ticaretin temel esaslarındandır. Uluslararası ticaret yapıp, tahkim sözleşmesi yapanların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri veyahut işyerleri ayrı devletlerdedir. Eğer yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri aynı devlette bulunan kişiler arasında ticaret yapılırsa idi bu zaten ulusal ticaret olacaktı ve milletlerarası tahkim kanununa bu konuda ihtiyaç bulunmamaktaydı. Kanunun taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması şartı, uluslararası ticaret yapanlar için düzenlenmiş olmasının da bir sonucudur.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 2.maddesinde sadece tahkim sözleşmesinin taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması tahkime yabancılık unsuru kazandırma konusunda yeterlidir. Bunun dışında herhangi bir şart aranmamıştır. Dolayısıyla uluslararası ticaret yapan ve tahkim sözleşmesi

imzalayan tarafların farklı ülkelerin vatandaşlığına sahip olması gerekmez. Örnek vermek gerekirse her iki tarafı da Türk olan ancak yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerleri farklı devletlerde bulunan kişiler arasındaki uyuşmazlıkta yabancılik unsurunun gerçekleştiği söylenebilir.

Yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyeri kavramlarının belirlenmesinde kanunlar ihtilafı hukukumuzda göre Türk Mahkemelerinde görülmekte olan bir davada bu kavramlar hakimin hukukunun uygulanması ile sonuçlandırılacaktır (Akıncı,2007:61).

Yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinden herhangi biri farklı devlette bulunması uyuşmazlığa yabancılik unsuru kazandıracaktır. Bu konuda yerleşim yeri olmazsa olağan oturma yeri o da olmazsa işyerlerinin farklı devlette olması kanun tarafından aranmamıştır. Zira kanunda kullanılan “veya” , “ya da” gibi bağlaçlardan yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyerinden herhangi birinin farklı devlette olmasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır (Kalpsüz,2010: 20).

Herhangi bir uyuşmazlık durumunda yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin hangi andaki durumu gözetileceği hususu tartışmalıdır.

Farklı bir görüşe göre; Milletlerarası Tahkim Kanununda bu husus belirtilmemiş olmakla birlikte MÖHUK’un “değişken ihtilaflar” başlığı altında 3.maddesinde bu husus düzenlenmiştir.” Yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hallerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır.” O halde tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerleri dava tarihine göre belirlenecektir (Akıncı,2007: 62). Bu görüşe göre yabancılik unsurunun belirlenmesi dolayısıyla da Milletlerarası Tahkim Kanunun uygulanıp uygulanmayacağına tespiti aynı zamanda yetkili hukuku tespit etmek anlamına gelmektedir.

Farklı bir başka görüşe göre (Kalpsüz,2010: 20); tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerleri zamanla değişebilir. Ya da taraflardan biri Milletlerarası Tahkim Kanunun uygulanmasını engellemek maksadıyla diğerinin yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyeri devletine taşınabilir, böylece tarafların tahkim sözleşmesi yaptıkları sırada uygulanacak hukuk açısından oluşan iradelerine aykırı bir durum ortaya çıkabilir. Buna benzer durumda tahkim sözleşmesi yapıldığı andaki tarafların öngörü ve

iradelerinden farklı sonuçlar doğabilir. Bu sebeple taraflar tahkim sözleşmesini yaptıkları sırada tahkim sözleşmesine yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerleri yazarak uygulanacak hukuku dolaylı yoldan belirlemiş kabul edilmesi gerekir. Tahkim sözleşmesinin yapılma anında kabul edilip, geçen yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyeri adresleri belirlenmelidir. Bu görüşün haklı yanları olsa da MÖHUK 3.maddenin açık hükmü karşısında Türk Mahkemeleri için dava anındaki yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerine göre yabancılık unsurunun tespitinin doğru olacağı kanaatindeyiz.

3.2.1.4. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin Tahkim yerinden başka bir devlette bulunması

Milletlerarası Tahkim Kanununun 2/2-a maddesi gereğince tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden başka bir devlette bulunması tahkimin yabancılık unsuru taşıdığını gösterecektir.

O halde bir uyuşmazlığın yabancı unsurlu olması için tahkim yerinin, başka bir ifade ile uyuşmazlık hakkında yargılamanın yapıldığı yer ile tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin farklı olması yeterli olacaktır. Kanun koyucu yabancılık unsurunu burada belirlerken AngloSakson hukukundan etkilenmiştir. Zira AngloSakson hukukunda tahkim yerine özel bir önem atfedilmiştir. Eğer tarafların kanunda belirtilen adresleri tahkim yerinden farklı bir yerde ise o uyuşmazlığın yabancı unsurlu olduğu kabul edilmektedir. Kanun burada da yabancılık unsurunu belirlerken tarafların milliyetini kriter olarak kabul etmemiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu 9.maddesine göre tahkim yeri, taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılabilir. Tahkim yeri taraflarca tahkim sözleşmesi ile ya da uyuşmazlık çıktıktan sonra tarafların anlaşması ile kararlaştırılabilir. Tahkim sözleşmesi ya da şartı ile kurumsal tahkim öngörülmüş ise tahkim yeri taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça kurumsal tahkimin kurallarına göre belirlenecektir. Mesela tahkim sözleşmesinde tahkim kurumu olarak İstanbul Ticaret Odası belirlenmiş olabilir. Bu durumda 13.9.1979/15 sayılı Oda Meclisi Kararı gereğince İstanbul Ticaret Odası Tahkim-Uzlaştırma-Hakem-Bilirkişi Yönetmeliğinin 24.maddesi gereğince hakem heyetinin toplantı yeri İTO'nun bulunduğu yer yani İstanbul'dur (Turhan

ve diğeri,2002:124). O halde kurumsal tahkim olarak İstanbul Ticaret Odası kabul edilmiş ise tahkim yerinin Türkiye olduğu kabul edilecektir. Bu durumda ise taraflardan birinin kanunda belirtilen adresinin İstanbul'dan farklı bir adreste bulunması uyuşmazlığa yabancılik unsuru kazandıracaktır.

Tahkim yeri konusunda taraflar arasında bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Her iki tarafın mı yoksa taraflardan sadece birinin mi yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin tahkim yerinden farklı olması gerektiği hususu akla gelebilir. Kabul edilen görüşe göre (Kalpsüz,2010: 20); kanunumuzda bu konuda açıklama olmamakla birlikte İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu gereğince de taraflardan sadece birinin yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin tahkim yerinden farklı olmasının yeterli olacağından Türk hukuku için de aynı sonuca varılmalıdır (Kalpsüz,2010: 20). Zira aksi durumda kanun eliyle yabancılik unsurunun gerçekleştirilmesinin zorlaştırılması söz konusu olacaktır (Akıncı,2007: 62).

Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesine göre taraflar aralarında çıkabilecek uyuşmazlıklara kanunun uygulanacağı konusunda anlaşma yapmamış iseler; ancak Tahkim yerinin Türkiye'de bulunan ve yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklara kanun uygulanabilecektir. O halde çıkabilecek bir uyuşmazlık hakkında taraflarca MTK hükümlerinin uygulanması kararlaştırılmamış olması durumunda taraflardan birinin kanunda belirtilen adreslerinin mutlak suretle Türkiye dışında bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde uyuşmazlık yabancılik unsuru taşısa bile MTK hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

3.2.1.5. Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması

Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşıdığını gösterecektir.

Uluslararası ticaretin genellikle yabancılık unsuru içerdiği yine söylenebilecektir. Zira uluslararası ticarete genel olarak tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerleri asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunmaktadır.

Bilindiği gibi sözleşmelerin asli ve yan edim yükümlülükleri vardır. Asli edim sözleşmenin kurucu unsurudur. Yan edimler ise sözleşmede bulunmasa da sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmeyen edimlerdir. Satış sözleşmesinde satılan malın bedeli ile satılan malın mülkiyetinin devri asli edim yükümlülükleridir. Satış sözleşmesinde malın nakliye bedelinin hangi tarafça karşılanacağı hususu yan edim yükümlülüğünün konusudur.

MTK 2.maddesinde geçen “asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yer” tabirinden sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüklerinin önemli bir bölümünün ifa edileceği yer olduğu anlaşılmalıdır. Burada geçen “önemli bir bölümden” ibaresi ile asli edim yükümlülüklerinin büyük miktarda ifa edileceği yer olduğu kabul edilecektir. Kanaatimizce yasa koyucunun “önemli bir bölümü” ifadesi doğru bir ifade değildir. Çünkü sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölüm olup olmadığı tartışma yaratabilecektir. Bunun yerine “asli edim yükümlülüklerinin yerine getirileceği” yer olarak yabancılık unsuru tespit edilse idi daha objektif bir kıstas belirlenmiş olacaktı.

MTK 2.maddesinde aynı zamanda “uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yer” kavramı da yabancılık unsurunu belirlemektedir. MÖHUK 24. Maddesine göre de tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Kanun koyucu tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin, sözleşmenin en çok bağlantılı olduğu yerden farklı olması halinde yabancılık unsurunu belirlerken yine uluslararası ticaretin gereklerinden yola çıkmıştır.

Ülkelerarası ticaretlerde genellikle sözleşmenin en çok bağlantılı olduğu yer ile tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerleri farklı devletlerdedir. Sözleşmenin kurulduğu, asli edimlerin ifa edildiği ya da işlerlik kazandığı devlet sözleşmenin en çok bağlantılı olduğu devlettir.

3.2.1.6. Yabancı sermaye ve yabancı kredi

Anlaşma olan Tahkim dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması halinde tahkim yabancılık unsuru taşıyacaktır.

Kabul gören bu maddede yabancılık unsuru kriteri Milletlerarası Özel Hukukumuzda esasen kabul edilmemiş bir kriterdi. Milletlerarası Özel Hukukumuz şirketlerin nereden sermaye getirdiği ile ilgilenmemiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilinceye kadar Milletlerarası Özel Hukukumuzda göre ancak şirket merkezinin farklı bir devlette bulunması şirkete yabancılık unsuru kazandırabilmekteydi. Hal böyle olunca da yabancı bir kişi tarafından yabancı sermaye ile Türkiye’de kurulmuş bir şirkette ve uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunduğu kabul edilmemekteydi (Akıncı,2010: 65). Ancak Milletlerarası Tahkim Kanunumuz ile yabancı sermaye getirme veya yurtdışından sermaye sağlanması amacıyla kredi veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması halinde yabancılık unsurunun varlığı kabul edilecektir.

Yabancı para getirme şartı ile göre asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından sadece biri tarafından yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermayeyi getirmesi gerekmektedir. Burada yabancı sermayenin sadece şirket tarafından getirilmesi buna mukabil gerçek kişi ya da şirket olmayan tüzel kişi tarafından getirilmesinin kabul edilmemesi şartı eleştirilmektedir (Kalpsüz,2010: 23). Gerçekten kanun koyucunun burada hatalı ifade kullanarak kanunun amacından ayrılmış olduğunu düşünüyoruz.

Kanun koyucu ancak yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre getirilen yabancı sermayelerde yabancılık unsurunun varlığını kabul etmiştir. Burada yabancı sermayeyi teşvik mevzuatından kasıt Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’dur. Ancak Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sebeple yasada yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına yapılan atıftan 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu anlaşılacaktır.

“Yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri” yapılmasının gerekli olması kriteri ile yabancı sermayenin ülkemize girişinin sağlanması

amaçlanmıştır. Zira pek çok yabancı şirket günümüzde yabancı yatırım kuruluşlarından kredi ve teminat kullanarak işlerini yapmaktadır. Bu şirketlere kolaylık sağlanması için bu kriter kabul edilmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 2/4.maddesindeki Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi düzenlemesinin varlığı bu kriteri içinde eritmesi sebebiyle düzenlemenin gereksiz olduğu yönünde doktrinde bu kriter eleştirilmektedir (Akıncı,2007:65).

Yargıtay 11.H.D. 24.02.2006 tarih ve 2005/3953 E. ,2006/1858 K. Sayılı kararında: 21.6.2001 gün ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinde, bu Kanun'un, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği...uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Yabancılık unsuru ise, aynı Yasa'nın 2/3.maddesinde tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarının en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlaması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması olarak tanımlanmıştır. Dava konusu sözleşmeye taraf olan davalı anonim şirketin %99 hissesinin İngiltere-Virgin Adaları'nda mukim OttomanOil Ltd. şirketine ait olduğu ve bu şirketin davalı şirkete iştirak payı olarak 20.12.2002 tarihinde 58.000 USD gönderdiği tartışmasız olup, 4686 sayılı Yasa'nın 2/3.maddesinde tanımlanan yabancılık unsurunun gerçekleşmiş olduğu anlaşılmaktadır (Ekşi,2009:9-11).

Yasada “yabancı sermaye getirmiş olma” veya “yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri” yapılması konusundaki her iki kriterde de getirilecek sermayenin ya da kredi ve güvence sözleşmelerinin miktarının belirtilmemesi hususu doktrin tarafından eleştirilmektedir (Akıncı,2007:66). Zira bu durumda çok küçük yabancı sermaye getirilmesi veya kredi veya güvence sözleşmeleri yapılması ile dahi yabancılık unsurunun kazanılması şimdiki durumda mümkün olacaktır.

3.2.1.7. Ülkelerarası mal ve sermaye geçişi

Anlaşma olan Tahkim temelini oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi yabancılık unsurunun varlığını gösterecektir.

Ülkelerarası ticaret denilince en geniş anlamda “uluslararası mal ve sermaye geçişi” akla gelmektedir. Uygulamada uluslararası ticaret denilince ilk aklan gelen “uluslararası mal ve sermaye geçişi”dir. Bu kriter yabancılık unsurunun kapsamını genişletmesinin yanında kısmen diğer yabancılık unsurlarını da kapsamaktadır. Nitekim Milletlerarası Tahkim Kanununun 2/3.maddesinde belirtilen yurtdışından yabancı sermaye ve kredi getirme unsuru da sermaye geçişi anlamındadır.

Ülkelerarası mal ve sermayenin geçişinde geçiş yapılan ülkelerin uluslararası hukuk anlamında tanınmış olması şartının aranıp aranmayacağı hususu ile karşılaşılabilir. Uyuşmazlığın devlet mahkemelerinin önüne gelmeden sonuçlandırılması ya da kendiliğinden icra edilmesi halinde tahkimin özgürlükçü yapısından gereği, hakem mahkemesince böyle bir sorunla karşılaşılabileceğini düşünmemekteyiz. Zira hakem mahkemesi herhangi bir devletin organ ya da gücü olarak çalışmadığından siyasi bir konu olan ülkelerin tanınıp tanınmadığı hususunda değerlendirmesinde geniş bakış açısına sahip olması gerekecektir. Hatta fiili olarak egemen olan siyasi güçlerin bulunduğu yerleri, ülke olarak kabul etmesinde fayda vardır. Başka bir anlatımla ülke kavramını mümkün olduğunca geniş yorumlaması gerekmektedir.

Fakat uyuşmazlığın herhangi bir sebeple devlet mahkemesi önüne gelmesi halinde ciddi bir sorunla karşılaşılabilir. Zira devlet mahkemesi belli bir ülkenin organı olup o ülkenin uluslararası hukuku ile kendisini bağlı hissedebilecektir. Kanaatimizce devlet mahkemesinin de kendi ülkesi uluslararası hukukunu katı bir şekilde uygulamaması, tahkimin irade serbestisine dayanan yapısından ötürü gereklidir. Devlet mahkemesinin uluslararası hukukuna göre ülkelerden biri yahut her ikisi tanınmıyor olabilir. Tanınmayan ülkenin tanındığı haliyle bağlı olduğu ülke ile diğer ülkenin farklı bir ülke olup olmadığı belirlenecektir. Buna göre tanınmayan ülke parçaları, devlet mahkemesinin tanıdığı aynı ülkenin parçası ise uyuşmazlığın yabancılık unsuru kazandığı söylenemeyecektir. Mamafih tanınmayan ülkelerin tanındığı haliyle bağlı olduğu ülkeler diğer ülkeden farklı bir ülke olarak kabul ediliyorsa da uyuşmazlığın yabancı unsurlu olduğu kabul edilmelidir.

Belli ülke sınırları içerisinde yapılan mal ve sermaye geçişi uyuşmazlığa hiçbir şekilde yabancılık unsuru kazandırmayacaktır. Federal bir devlet tek devlet olarak uluslararası kişiliği bulunduğu federal devlet içerisinde yapılan mal ve sermaye geçişi uyuşmazlığın yabancı unsurlu olmasını sağlamaz. Avrupa Birliği devletleri siyasi olarak

ayrı devletler kabul edildiğinden bu devletler arasında yapılan mal ve sermaye geçişi ise uyuşmazlığa yabancılik unsuru kazandıracaktır.

Yasa düzenleyici burada mal ve sermayenin geçişinde süreklilik şartı veya herhangi bir değer sınırlaması öngörmemiştir. Taraflar arasında bulunan asıl sözleşmeye göre tek bir sefer için mal veya sermaye geçişi yapılmasının kararlaştırılması uyuşmazlığa yabancılik unsuru kazandıracaktır. Yine herhangi geçişi yapılacak mal ve sermayenin değerinin düşüklüğü ya da yüksekliği uyuşmazlığın yabancılik unsuru kazanmasına engel teşkil etmeyecektir.

3.2.2. Tahkime elverişlilik

Tahkime yeterlilik, Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesi IV fıkrasında: “Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz. Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümleri saklıdır” denilerek düzenlenmiştir. Tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkim yoluna başvurulması mümkün değildir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/2-a maddesi gereğince de mahkemece hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı tespit edilirse hakem kararını iptal edecektir. Üstelik bu iptal sebebi mahkemece res’en göz önüne alınacak bir iptal sebebidir. Yine Türkiye’nin de taraf olduğu 1958 Tarihli New York Sözleşmesi’nin 5/2-b maddesi gereğince tanıma veya tenfiz istenilen hakem kararının öne sürüldüğü ülkenin kanuna göre ihtilafın tahkime elverişli olmayan bir konu hakkında bulunması halinde tanıma veya tenfiz talebi reddedilecektir. Aynı şekilde New York Sözleşmesine göre tanıma ve tenfiz istenilen ülkenin devlet mahkemesi tanınması veya tenfizi istenilen hakem kararının kendi ülkesi hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığını res’en inceleyecektir.

Hakem kararının tahkime elverişli olmaması halinde icra kabiliyetini hiç kimse tarafından itiraz edilmese dahi icra kabiliyetini kazanamayacağı söylenebilir. İcra kabiliyeti bulunmayan hakem kararlarının ise öneminin bulunmadığı söylenebilir. Aşağıda üç başlık halinde incelenecek tahkime elverişlilik konusu uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna başvurabilmenin sınırlarını da ortaya koymaktadır.

Diğer yandan ne kadar milletlerarası anlaşmaların tahkime elverişlilikle bağlantısı olmadığı düşünülse de, yeri geldiğinde milletlerarası anlaşmaların Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanmasını bertaraf etmiş olması sebebiyle tahkime elverişsizlik ile aynı sonucu doğurduğundan bu başlık altında incelenmiştir.

3.2.2.1. Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar

Hukukların içerisinde Roma hukukundan beri aynı hakların belirgin özelliği “hak sahibine mal üzerinde doğrudan hakimiyet sağlayan, geniş kapsamlı yetkiler veren, inhisari” nitelikte haklardır. Bu haklara herkes tarafından uyulması, başka bir anlatımla da riayet edilmesi gerektiğinden bu hakların “açık ve belirgin” olması gerekmektedir (Oğuzman-Seliçi,1992:2-4). Taşınmaz mallar üzerinde bulunan aynı haklar için bu husus çok daha önemlidir. Milletlerarası Tahkim Kanuna göre açık ve belirgin hatta belirli sicile kaydedilmesi gereken Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını kararlaştırmıştır. Buna göre sicile kayıtlı bir gemi üzerine rehin konulup, gemi rehni sicile işlenmekle aynı hak doğmuş olmakla birlikte bu aynı hak taşınmaz mal niteliğinde bulunmadığından bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yolu ile çözülmesi mümkündür (Kalpsüz, Gemi Rehni,2001:12-14).

Ülkemizde bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce “tahkime elverişlilik” şartı mı yoksa sadece “kanunun uygulama alanı dışında” olan bir konu olup olmadığı tartışmalıydı.

Belli bir görüşe göre (Kalpsüz,2010:29-30); taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişlilik şartı değildir. Başka bir ifade ile taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar tahkime konu olabilirler. Ancak tahkime konu olduklarında hakkında Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanmayacaktır. Bu görüşü savunanlara göre kanunun konusunu düzenleyen Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.madde başlığı olan “amaç ve kapsam” ifadesinden yola çıkarak, tahkime elverişlilik şartının bu maddede düzenlendiği kabul edilemeyecektir. Yine yürürlükten kalkan HUMK’un 518.maddesi Türk hukukunda “tahkime elverişliliği” düzenlerken taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan bahsedilmemiş olması Türk hukukunda taşınmaz mallar

üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilebileceğini göstermektedir.

Farklı görüşe (Kalpsüz,2007:25) göre ise; Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinin başlığı her ne kadar “amaç ve kapsam” olsa ve kanunun lafzından bu şartın “tahkime elverişlilik” şartı olmadığı gibi anlaşılabilir da kanunun amacından bu anlamın tersi sonuca ulaşmak mümkündür. Kanun koyucu “Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Kanun’un metninde de açıkça ifade edildiği üzere, sadece Türkiye’de bulunan taşınmazla ilgili bir uyuşmazlığın, Milletlerarası Tahkim Kanunu 1.maddesi uyarınca tahkime elverişli olmadığı ileri sürülemez denilmiştir (Akıncı,2007:74).

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmekle bu tartışmalara son verildiği düşünülmeli gerekecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu “Tahkime elverişlilik” başlıklı 408.maddesinde : “Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradesine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir” şeklinde düzenleme yapmıştır. Böylece Türk Hukukunda iç tahkimde taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı açıkça belirtilmiştir. Ancak daha da önemlisi bu kanunun 408.maddesinin gerekçesinde: “Ayrıca bu maddeye, Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeye paralel bir biçimde taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olmadığı hususu eklenmiştir” denilmiştir. Bu durumda yasa koyucu tarafından da taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlık hakkındaki Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinin III. Fıkrasının kanunun uygulama alanı ile ilgili değil, tahkime elverişlilikle ilgili olduğu görüşü belirtilmiştir.

3.2.2.2. İki tarafın iradesine tabi olmayan uyuşmazlıklar

Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinde belirtilen “iki tarafın iradesine tabi olmayan uyuşmazlıkların” ise tahkime elverişlilik şartı olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda tarafların iradesine tabi olmayan tüm uyuşmazlıklarda tahkim yargılaması yapılması ve karar verilmesi mümkün değildir.

3.2.2.3. Saklı tutulan Milletlerarası Anlaşmalar

Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinin tahkime elverişlilik yerine kanunun konu bakımından uygulanmasını düzenlemiş olduğu kabul edildiğinde milletlerarası anlaşmaların kanunun konu bakımından uygulanması dışında olduğu kabul edilecektir. Bu durum ise kanunun tahkime elverişsizlikte öngördüğü sonucu milletlerarası anlaşmalar için de aynı olduğundan bu başlık altında incelemekte fayda vardır.

Anayasanın 90.maddesinde “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmaz” denilmektedir. Buna göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş anlaşmaların Milletlerarası Tahkim Kanunundan hiçbir farkı bulunmamaktadır. Hatta Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinin son fıkrasında: “Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Milletlerarası antlaşma hükümlerinin saklı tutan Milletlerarası Tahkim Kanuna göre aynı konu milletlerarası antlaşmalarda da düzenlenmiş olabilir. Bu durumda uyumsuzluk konusu Milletlerarası Tahkim Kanuna göre daha özel durumda bulunan milletlerarası antlaşmaların konusuna girecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu direk alakadar eden birincil çok taraflı sözleşmeler: 21 Nisan 1961 Tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi, 24 Haziran 1987 tarihli Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme ile 10 Haziran 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası hakkındaki New York Sözleşmesidir.

Diğer yandan birtakım iki taraflı sözleşmeler de bulunmaktadır:27 Mart 1986 tarihinde akdedilmiş olan Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin Antlaşma,13 Kasım 1990 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin antlaşma gibi. Bu durumlarda konulan özel hükümlerin de dikkate alınması gerekecektir.

3.2.3. Kanunun zaman bakımından uygulanması

4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 18.maddesine göre kanun yayımlandığı tarihte yürürlüğe girecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu 21.06.2001 yılında kabul edilmiş ve 24453 sayılı 05.07.2001 tarihli resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 05.07.2001 tarihinden önce imzalanmış bir tahkim sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklara uygulanıp uygulanmayacağı uygulamada tartışılmaktadır. Yine Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmesi sırasında çıkmış uyuşmazlıklara uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Yargıtay'ın kararlarına göre Milletlerarası Tahkim Kanunu 05.07.2001 tarihinden önce imzalanmış bir tahkim sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara uygulanamayacaktır. Yargıtay 15.H.D. 27.05.2002 tarih ve 2002/4007 E. ,2003/876 K. Sayılı kararında özet olarak:"1993 tarihli sözleşmenin 'anlaşmazlıklar' başlıklı 45.maddesinde, anlaşmazlıkların çözümünde sözleşme hükümlerinin ve Türk Mevzuatının esas alınacağına kararlaştırılması; hakem kurulunun 26.10.2001 tarihli ilk toplantısında, sözleşmede yabancılik unsuru bulunması sebebiyle 4686 sayılı Kanunun dördüncü bölümünde düzenlenen yargılama usulünün uygulanmasına karar verilmesi;4686 sayılı Kanun, sözleşme tarihinde yürürlükte olmadığından, bu Kanunun dördüncü bölümünün uygulanmaması; 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan sözleşmeler yönünden, şartları varsa, uygulanması; 23.12.1993 tarihli sözleşmeye ilişkin hakem kararına karşı 4686 sayılı Kanuna istinaden iptal davasının açılmaması (Ekşi,2009:1)"şeklinde Yargıtay 15.H.D. 13.11.2002 tarih ve 2002/4900 E. ,2002/5118 K. Sayılı kararında özet olarak: "Taraflar arasında 06.12.1987 tarihinde yapılan sözleşmenin 67.maddesinde tahkim yolunun seçilmesi;sözleşmenin yapıldığı tarihten sonra yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanununda bir geçiş hükmü bulunmadığından bu Kanunun 05.07.2001 tarihinden sonraki tarihi taşıyan uyuşmazlıklar hakkında uygulanması; daha önce var olan ve devam eden uyuşmazlıklarda ise HUMK'un uygulanması; mahkeme tarafından verilen hakem tayinine ilişkin kararın HUMK'un 520.maddesi yerine ,4686 sayılı Kanununun 7.maddesine göre değerlendirilmesinin temyiz sebebi olması" şeklinde karar verilmiştir (Ekşi,2009:7).

Yargıtay'ın bu görüşü doktrin tarafından kabul edilmemektedir. Zira Yargıtay Milletlerarası Tahkim Kanunu maddi hukuk ilişkisi çerçevesinde görmektedir. Halbuki Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinde kanunun amacının milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esaslarını düzenlemek olduğu belirtilmiş ve kanunun içeriği incelendiğinde usule ilişkin kurallardan oluştuğu anlaşılacaktır (Kalpsüz,2010:32-34; Akıncı,2007:70-71).

6100 sayılı “Zaman bakımından uygulanma” başlıklı HMK 448.maddesine göre “Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır” hükmü ile mahkemelerin usul kanunu olan HMK’u daha önce doğmuş veya devam eden uyuşmazlıklara da uygulanacağını kararlaştırmıştır. Kanunun tamamlanmış işlemlere uygulanamayacağını kararlaştırılmış olmasının sebebi ise kazanılmış haklara helal getirilmek istenmemesi düşüncesidir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu da HMK gibi usul kanunu olduğu için yürürlüğe girdikten sonra tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanması gerekir. Aksi takdirde yukarıda 1987 ve 1993 yılında tahkim sözleşmesi yapılmış bulunan ancak yıllardır uyuşmazlık çıkmadan bugüne kadar gelmiş olan uyuşmazlıklara kanun yürürlüğe girmemiş gibi kabul edilerek yeni HMK uygulanmak üzere tahsis edilecektir (Kalpsüz,2010:33). Yeni HMK 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmekle mahkemeler tarafından uyuşmazlıklara derhal uygulanabildiğine göre Milletlerarası Tahkim Kanununun da 05.07.2001 tarihinden itibaren devam eden ve önceki tarihli uyuşmazlıklara derhal uygulanabilmelidir. Zira aksi kabul edildiğinde kanun bugün on yılı aşkın bir süredir yürürlükte olmasına rağmen otuz yıllık bir sözleşmeye Milletlerarası Tahkim Kanunu dururken 6100 sayılı HMK’un uygulanması kararlaştırılacaktır.

Anlaşma olan Tahkim ile taraflar uyuşmazlığın çözülmesi konusunda ad hoc ya da kurumsal tahkim ile üçüncü kişileri yetkilendirmektedir. Bu sözleşmenin esasa uygulanacak hukuk ile ilgisi yoktur. Tahkim anlaşması ile uyuşmazlığın çözüm yolu kararlaştırılmaktadır. Tahkimin usulü konusunda taraflarca bir anlaşma yapılmış ise Milletlerarası Tahkim Kanunu gereğince o usule uyulacaktır. Taraflar anlaşmamış iseler Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanunu 1.maddesinde de belirttiği gibi Kanun tahkimin usulüne ilişkin esasları belirlemektedir. Ayrıca tahkim sözleşmesinin geçerliliği esas sözleşmenin geçerliliği şartından bağımsız olduğu da geniş bir kesim tarafından da kabul edilmektedir. Dolayısıyla taraflar tahkim

sözleşmesini yaparken Milletlerarası Tahkim Kanununun yürürlüğe girmesini öngörmemeleri her hangi bir hak kaybetmelerine neden olmayacağı için Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmeden önceki uyuşmazlıklara da uygulanabilmelidir. Ayrıca Milletlerarası Tahkim Kanunu milletlerarası tahkime ilişkin değişen ihtiyaçları karşılamak için UNCITRAL model kanunu çerçevesinde hazırlanmış olduğu düşünüldüğünde uygulanması taraf menfaatlerine daha uygun düşecektir.

3.3. Tahkimde Görevli Ve Yetkili Mahkeme

Milletlerarası Tahkim Kanununun 3 maddesinde “kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme” belirlenmiştir. Yoksa kanunda tahkime ilişkin konularda devlet mahkemelerine de başvurulabileceği için görevli ve yetkili mahkeme belirlenmemiştir. Nitekim 3.maddenin 2. fıkrasında “Milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler, sadece bu Kanunun hükümlerine göre müdahalede bulunabileceği” hükmü getirilmiştir. Bu fıkra ile tahkime ilişkin konularda devletin mümkün olduğunca az müdahale etmesi amaçlanmıştır (Kalpsüz,2010:35). Dolayısıyla tahkime ilişkin konularda Milletlerarası Tahkim Kanunda mahkemelere müdahalede bulunma yetkisi verilmemiş ise mahkemelerin müdahalede bulunması söz konusu olamayacaktır.

Böylelikle Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde mahkemelerin müdahalede bulunmasının gerekli olması durumunda taraflarca başvurulması gereken mahkemenin belirlenmesi hususu tahkimde görevli ve yetkili mahkemenin konusunu oluşturmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 3.maddesine göre davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi görevli ve yetkilidir. Davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir.

Kanunun “görev ve yetki” konusundaki yazılış biçimi hatalıdır. Zira davalının yerleşim yeri, oturma yeri, işyerinin bulunduğu yer, Türkiye’de yerleşim yeri yoksa olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul mahkemesinin yetkili olması yönündeki düzenlemesi yetkiye ilişkin açıklamadır. Kanun yetkiyi tanımlarken bu ibarenin sonunda göreve ilişkin bir açıklama olan Asliye Hukuk Mahkemeleri’nin görevli ve yetkili olduğunu belirtmesi düzeltilmelidir. İlk fıkrada yetkili mahkeme tanımlanırken ikinci

fıkra görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi'dir denilerek ayrıca görev konusu düzenlenmelidir.

3.4. Tahkim Sözleşmesi

Belli bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülebilmesi için taraflar arasında o uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi bulunması gerekmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 4.maddesinde Tahkim anlaşması; “tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma” şeklinde tanımlanmıştır.

Bir akit olarak Tahkim kanuni tanımından anlaşıldığı gibi, tahkim sözleşmesi yapılabilmesi için taraflar arasındaki ilişkinin sözleşmeden kaynaklanıp kaynaklanmamasının herhangi bir önemi yoktur. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununun birinci bölümünde belirtilen “borç ilişkisinin kaynakları” başlığı altında sözleşmeden; haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden borç doğabilecektir. Dolayısıyla taraflar arasında sözleşme ilişkisi olmasa da haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan uyuşmazlıklar hakkında da tahkim sözleşmesi yapılabilecektir. Başka bir anlatımla da taraflar arasında sözleşmesel ilişkilerin dışındaki hukuki ilişkiler de tahkime elverişlidir.

Bir örnekle açıklarsak; bilindiği gibi trafik kazası şartları var ise haksız fiil sayılabilecektir. Haksız fiil sayılan trafik kazasından zarara uğrayan kişinin maddi ve manevi tazminat taleplerinin çözümü konusunda tahkim yoluna başvurulabileceğinden bu konuda tahkim sözleşmesi yapılabilir.

Benzer şekilde uluslararası taşınan bir malın, uluslararası sularda taşınması sırasında üçüncü bir kişi tarafından zarar verilmesi halinde, zarar verici fiil haksız fiil teşkil edebilir. Bu konuda taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü konusunda tahkim sözleşmesi yapılabilir.

Kişiler arasındaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi için tarafların gerçek iradelerinin bu yönde olması şarttır. Bu sebeple tahkim sözleşmesinde tahkim iradesi açıkça belirtilmelidir. Yargıtay 13.H.D. 12.04.2006 tarih ve 2006/521 E. ,2006/5446 K. Sayılı kararında: ”hemen belirtmek gerekir ki, kural bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin

yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Bunun dışında taraflar bir tahkim sözleşmesi yapmak veya yaptıkları bir tahkim şartı koymak istediklerini başka bir anlatımla sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini istediklerini tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında açık ve kesin olarak belirtmeleri gerekir” denilmiştir (Akıncı,2007:82).

Kişiler aralarında açıkça tahkim sözleşmesi yapmak yerine içinde tahkim şartını barındıran “standart terimler, kurallar veya tip sözleşmelerine” (Akıncı,2007:84) atıf yapmaları durumunda tahkim anlaşması yine de geçerli olacaktır. Böyle bir durumda taraflar arasında açıkça yapılmış tahkim sözleşmesi mevcut değildir ancak atıfta buldukları belge veya kurumlar uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesini öngörmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 4.maddesinin 2.fikrasında da bu durum “asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır” denilerek tahkim anlaşmasının bu durumda varlık kazandığı düzenlenmiştir.

Kişilerin aralarındaki tüm uyuşmazlıklarda tahkime gidileceğini kararlaştırması geçersizdir. Kanun “mevcut bir hukuki ilişkiden” doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü konusunda tahkim sözleşmesinin yapılabileceğini kabul etmiştir. Taraflar arasında mevcut olmayan hukuki ilişkilerin de tahkim yolu ile çözümlenebileceğinin kabul edilmesi halinde hakem mahkemesinin yetkisinin devlet mahkemelerinde olduğu gibi süreklilik kazanması gerekecektir.

Alışageldiği gibi hukuki ilişki, tarafların irade, işlem veya fiillerine hukuki sonuç bağlanmasıdır. Taraflar arasında hukuki sonuç doğuran hukuki ilişkinin ileri doğması ihtimaline binaen tahkim sözleşmesi yapılamaz. Ancak taraflar arasında mevcut hukuki ilişkiden kaynaklı doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar hakkında tahkim sözleşmesi yapılabilir ve tahkim yoluna gidilebilir.

Cenevre aktinin I/2-a bendine göre tahkim sözleşmesi iki şekilde yapılabilir. Asıl sözleşmeye tahkim şartı konularak tahkim yoluna gidilebileceği gibi asıl sözleşmeden bağımsız ayrı bir tahkim sözleşmesi de yapılması mümkündür (Nomer ve diğerleri,2008:45). Milletlerarası Tahkim Kanunu 4/I. fıkrası Cenevre Sözleşmesinin bu yöndeki düzenlemesini aynen tekrar etmiştir. Asıl sözleşmeye, uyuşmazlık çıktığı takdirde tahkim yoluna gidileceğine dair madde eklenmesine tahkim şartı denilmektedir. Asıl sözleşmeye madde eklemek yerine taraflar arasındaki hukuki ilişkiden doğmuş veya

doğabilecek uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözüleceği konusunda yapılan asıl sözleşmeden ayrı yapılan anlaşmaya ise tahkim sözleşmesi denilmektedir (Turhan ve diğerleri,2002:44).

Milletlerarası Tahkim Kanununun 4.maddesi gereğince tahkim sözleşmesi yazılı şekil şartına tabidir. Yargıtay HGK . 24.02.2006 tarih ve 2005/3953 E. ,2006/1858 K. Sayılı kararında:” Davalı BureauVeritas vekili, müvekkilin yaptığı hizmet sözleşmelerinde doğacak ihtilafların Londra’da tahkim yoluyla halledileceği konusunda şart olduğunu, davanın müvekkilin Türkiye dışında verdiği hizmetlere karşı açılması nedeniyle Türkiye’de şubesi davalı gösterilerek dava açılmasının doğru olmadığını, ..., davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir....Türkay Denizcilik A.Ş. ile davalı arasında yazılı tahkim sözleşmesi olmaması nedeniyle tahkim itirazının,...reddinde bir usulsüzlük olmamasına göre, davalı BureauVeritas vekilinin...temyiz itirazlarının reddine” karar verilmiştir.

Fakat ülkelerarası ticaret açısından tarafların her zaman bir araya gelerek yazılı tahkim anlaşması yapmaları mümkün olmadığından bu kapsam Yargıtay’ın farklı kararlarında geniş tutulmuştur. Buna göre tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmış kabul edilebilmesi için, taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya teati edilen mektup, telgraf, telek, faks gibi bir iletişim aracına veyahut elektronik ortama geçirilmiş olması gerekmektedir. Yargıtay 19.H.D. 26.01.1996 tarih ve 1996/6153 E. ,1996/610 K. Sayılı kararında :”...davacının hakem mahkemesine müracaatı üzerine hakemini seçen, hakem yargılamasına katılarak davayı takip eden davalının,14.02.1990 tarihindeki telekstekki hakem şartını benimsediğinin kabulü gerekir. Bu nedenle davalının taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığına yönelik itirazları yerinde değildir” denilmiştir (Akıncı,2007:95).

Sözlü olmayan yani yazılı şekilde taraflar arasında tahkim anlaşması bulunmasa dahi tahkime ilişkin dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması durumunda da yazılı şekilde yapılmış bulunan tahkim anlaşmasının varlığı kabul edilecektir. Ayrıca asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılacağı kabul edilecektir.

Uygulanması gereken Tahkim akdinde taraflarca Türk Hukuku seçildiği takdirde Milletlerarası Tahkim Kanunu 4.maddesi çerçevesinde şekil şartının yerine getirilmesi

zorunludur. Aksi takdirde anlaşma geçersiz olacaktır. Ancak tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere farklı bir hukuk sistemini seçmiş olmaları durumunda seçilen hukuk sisteminin şekil şartına göre tahkim anlaşmasının geçerliliği tartışılacaktır. Zira Milletlerarası Tahkim Kanununun 4.maddesine göre tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerliliği hususu taraflarca farklı bir ülkenin hukukuna tabi tutulabilir. Bu durumda tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere yazılı şekil şartı aramayan bir ülkenin hukuk sisteminin seçilmiş olması durumunda tahkim sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekil şartı aranmayacaktır (Nomer ve diğerleri,2008:45).

Tahkim anlaşması yalnız anlaşmanın taraflarını bağlar. Anlaşmanın tarafı olmayan kişilere teşmil etmez. Yargıtay 19.H.D. 11.03.2004 tarih ve 2004/2654 E. ,2004/2603 K. Sayılı kararında özet olarak :”Tahkim şartı bir sözleşmenin taraflarının bu sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümü hakeme bırakmak hususunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim şartını içeren sözleşme davacı şirket ile davalı M...Corp’a teşmili düşünülemez. Çünkü uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar” denilmiştir (Nomer ve diğerleri,2008:45).

Herhangi bir Tahkim anlaşması temsilci vasıtasıyla yapılmış ise tahkim anlaşmasının temsilciye teşmil etmesi de düşünülemez. Temsil eden yaptığı işlemler sonucunda temsil edilen hakkında hukuki sonuç doğuracaktır. Ancak temsil edilenin tahkim anlaşması yapabilmesi için bu konuda açıkça yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. Yargıtay 19.H.D. 24.10.2002 tarih ve 2002/7495 E. ,2002/6932 K. Sayılı kararında özet olarak :”Temsilen yapılan işlerde hak ve borçlar temsil olunana ait olacağından tahkim şartı, sözleşmenin tarafı olmayan ancak sözleşmeyi temsilci sıfatıyla imzalayan kişiye teşmil edilemez. Öte yandan, temsilcinin haksız eylemi, uyuşmazlıkların mahkemelerde çözümlenmesi esas, tahkimin istisnai olması nedeniyle de, tahkimin temsilciye teşmilini haklı kılmaz” denilmiştir (Akıncı,2007:81).

Milletlerarası Tahkim Kanununun 4.maddesine göre taraflar arasında bulunan asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasını geçersiz kılmaz. Kanun göre taraflar arasında bulunan asıl sözleşmenin hangi sebeple geçersiz olduğunun önemi yoktur. Kanun

koyucu taraflar arasında bulunan sözleşme ile tahkim sözleşmesinin hukuk dünyasında ayrı varlıklara sahip olduğunu kabul etmiştir. Kanaatimizce bunun sebebi, tarafların tahkim sözleşmesi ile asıl sözleşmenin geçerliliği konusunda aralarında çıkabilecek uyuşmazlıkların da tahkim yolu ile çözülmesini istemiş olabileceği düşüncesidir.

Yine kanunun 4. göre tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu gerekçesi ile taraflarca itirazda bulunulamaz. Kanunun işbu maddesinin fıkrası aslında yukarısında düzenlenen fıkrasının tekrarı niteliğindedir. Çünkü zaten taraflar arasındaki mevcut hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar hakkında tahkim sözleşmesi yapmak mümkündür. Bu sebeple de henüz doğmamış olan bir uyuşmazlık hakkında tahkim yoluna gidilemeyeceği itirazında bulunulamaz.

Kişiler arasında tahkim anlaşması bulunmasına rağmen taraflardan biri uyuşmazlığın çözülmesi konusunda mahkemeye dava açması durumunda diğer taraf Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince süresinde ve gerekli şartları taşıyacak şekilde ilk itiraz olarak tahkim itirazında bulunması gerekir. Tahkim itirazının kabulü halinde mahkeme davayı usulden reddedecektir. Taraflar arasında uyuşmazlık çıkmış ve uyuşmazlık mahkemeye intikal etmiş olsa dahi taraflar yargılama sırasında uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi konusunda anlaşmaları mümkündür. Bu durumda mahkemece dava dosyası ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilecektir.

3.5. Tahkim Yeri

Tahkim yeri, tahkim yargılamasının yürütüldüğü, hakem veya hakem kurulunun toplandığı ve kararlarının verildiği yerdir (Kalpsüz,2010:40; Akıncı,2007:126). UNCITRAL tahkim kurallarının 16/4.maddesinde “hakem kararı, tahkim yerinde verilmelidir” şeklinde düzenleme yaparak tahkim yerinde hakem kararının verilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 9.maddesine göre tahkim yeri taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Taraflar doğrudan tahkim yerini belirleyeceği gibi kararlaştırılan tahkim kurumu ya da ad hoc olarak belirli hakem tarafından da tahkim yeri seçebilirler. Taraflar tahkim yerini belirlerken tahkim kurumundaki irade serbestisine imkan veren yerleri seçmeleri oldukça önemlidir. Çünkü milletlerarası tahkimde tahkim yeri, milletlerarası tahkime uygulanacak pek çok hukuki sonuca sebebiyet vermektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesine göre yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara ancak tahkim yerinin Türkiye olması durumunda Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanacaktır. Her ne kadar tahkim yeri Türkiye’de bulunmasa dahi MTK’nın tarafların anlaşması ile uyuşmazlık hakkında uygulanması mümkünse de tarafların bu konuda anlaşma yapmamış olması halinde tahkim yeri MTK hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda belirleyici olacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. Maddesine göre tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden, farklı bir devlette bulunması halinde uyuşmazlık yabancılık unsuru kazanacaktır. Tarafların anlaşması ile yabancılık unsurunun bulunduğu belirlenemeyeceğinden, yabancılık unsurunun belirlenmesinde tahkim yeri belirleyici olacaktır.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi’nin 1.maddesi gereğince “tanınması ve icrası bahis mevzuu devlet arazinden gayri bir devlet arazinde verilen hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında” tatbik olunacağı kararlaştırmıştır. New York Sözleşmesi’ne dayanarak bir hakem kararının tanınması veya tenfiz edilebilmesi için tahkim yerinin tanıma veya tenfiz istenilen ülkeden farklı bir ülke olması gerekmektedir. New York sözleşmesi ile burada belirlenen kriter daha çok toprak hukukunun egemen olduğu AngloSakson hukukunun etkisi ile sözleşmeye eklenmiştir.

Belli bir noktaya bağlanmış Tahkim anlaşmasının hukuki sonuçlar gereği taraflarca tahkim yeri kararlaştırılmış ise uyuşmazlık hakkındaki yargılamanın yapılacağı ve kararın verileceği yerin taraflarca kararlaştırılan tahkim yeri olması zorunludur. Nitekim Yargıtay 19.H.D. 15.09.2009 tarih ve 2009/5703 E. ,2009/8256 K. sayılı kararında :”Taraflar arasındaki sözleşmede uyuşmazlık çıktığında İngiltere’deki Tahkim Mahkemesine gidileceği düzenlenmiş olmasına rağmen, uyuşmazlık Paris’te bulunan Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesince çözülmüştür. Hal böyle olunca, öncelikle Londra’da Uluslararası Tahkim Mahkemesi’nin bulunup bulunmadığı araştırılmalı, var ise uyuşmazlık bu mahkemece çözülmelidir” (Bkz: CIB,<http://www.corpus.com.tr/>) gerekçesi ile hakem kararının tenfize karar veren yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Tekrar tahkim yeri, tarafların tahkime uygulanacak kuralların belirlendiği tahkim kurumu kurallarınca da belirlenebilir. Mesela taraflarca Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının uygulanacağı kararlaştırılmış ise bu kuralların 14.maddesi gereğince aksi kararlaştırılmadıkça tahkim yeri divan tarafından belirlenecektir (Turhan ve diğerleri,2002:10).

Tahkim yerinin oluşturulması kişiler arasında bir anlaşma yok ise hakem veya hakem kurulunca tahkim yeri belirlenecektir. Hakem veya hakem kurulu tahkim yerini olayın özelliklerine göre belirleyecektir. Olayın özelliğinden her olayın kendine özgü yapısı ve mantığa uygun ihtiyaçlarının anlaşılması gerekmektedir. Olayın özellikleri değerlendirilirken tahkim kurumunun genel ilkeleri ile tarafların tahkim yolunu tercih etmekteki amaçları da gözetilmelidir. Tarafların tahkim yolunu seçmesindeki amaçlarından biri hızlı yargılama sisteminin bulunmasıdır. Dolayısıyla olayın özelliğine göre seçilecek tahkim yeri belirlenirken yargılamanın en kısa sürede sonuçlandırılabilmesi için seçilmesinde fayda vardır.

Tüm dünyada İngiltere gibi tahkim yeri'nin tahkim kurallarını belirleyeceğini kabul etmiş ülkeler bulunmaktadır. Tarafların tahkim kurallarına İngiliz hukukunun uygulanmasını istemedikleri tahkim iradesinden anlaşılmakta ise tahkim yeri olarak İngiltere'nin belirlenmemesi gerekmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 9/2. maddesinde :”Hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasının gerektirdiği durumlarda önceden taraflara bildirmek kaydıyla bir başka yerde de toplanabilir.” denilmiştir. Kanun koyucu burada duruşma,keşif, tanık dinlenmesi gibi birtakım işlemler için hakem veya hakem kurulunun toplanabileceğini belirtmek istemiştir.

Tahkim yerinden farklı bir yerde karar verilmesi durumunda Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesinin A fıkrasının I. bendinin f alt benti gereğince tahkimin tarafların anlaşığı usul kurallarına ya da kanun hükmüne uygun karar verildiği üzere iptal edilmesi dahi söz konusu olabilecektir (Akıncı,2007:128).

Fakat gelişen teknoloji ile internet, görüntülü iletişim gibi aletler sayesinde hakemler tahkim yerine gelmeden müzakerelerde bulunabilmekte ve karar vermektedir. Özellikle

dosya üzerinden duruşma yapılmaksızın karar verilebileceği durumlarda tahkim yerinde karar verilmediği için kararın iptal edilebileceği kabul olunamaz (Akıncı,2007:129).

Hakem veya hakem kurulu tahkim yerinden farklı bir yerde tarafların haberi olmaksızın toplanması mümkün değildir. Zira hakem veya hakem kurulu tahkim yerinden farklı bir yerde toplanacağını tarafların da katılabileceği uygun bir süre önce taraflara bildirecektir.

3.6. Tahkim Dili

UNCITRAL Tahkim Kuralları 17.maddesi ve Milletlerarası Tahkim Kanunu 10.maddesine göre hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki anlaşmaya bağlı olarak tayin edilmesinden hemen sonra tahkimde kullanılacak dili veya dilleri belirler. O halde tahkim için bir veya birden çok dili belirlemek mümkündür. Taraflar arasında anlaşma yok ise tahkim dili hakem veya hakem kurulu tarafından seçilir.

Yargılamaya başlamadan, hakem mahkemesinin tayininden hemen sonra yargılamanın “ön koşulu” olarak belirlenmesi gerekmektedir (Caron,1994:296). Zira tahkim yargılaması tahkim dili ile yapılacağından tahkim yargılaması başlamadan önce tahkim dilinin belirlenmesi zorunludur. Milletlerarası Tahkim Kanunu 10/C maddesine göre taraflarca aksi öngörülmemiş ise, bu dil veya diller, tarafların bütün yazılı beyanlarında, duruşmalarda, hakem veya hakem kurulunun ara kararlarında, nihai kararında ve yazılı bildirimlerinde kullanılır.

Bir dil olan Tahkimin kullanıldığı yer açısından devlet mahkemelerinde kabul edilen resmi dil gibidir. Bilindiği gibi devlet mahkemelerinde yapılacak beyanlar ve verilecek kararlar ancak o devletin tanıdığı resmi dile göre yapılır. Ancak devlet mahkemelerindeki resmi dil ile tahkim dili arasında önemli farklılıklar da vardır. Devlet mahkemelerinde devletin tanıdığı resmi dil dışında başka bir dilde yargılama yapılamaz iken hakem mahkemesinde taraflarca kararlaştırılan tüm dillerde yargılama yapılabilecektir. Yine hakem mahkemelerinde yargılama başladıktan sonra tarafların anlaşması ile kabul edilen tahkim dili değiştirilebilecek iken devlet mahkemelerinde kabul edilen resmi yargılama dilinin değiştirilmesi mümkün değildir.

Aksine Milletlerarası Tahkim Kanunu 10/C maddesi gereğince tahkim diline sınırlama getirmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanuna göre tahkim yargılaması Türkçe veya Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan devletlerden birinin resmi dilinde yapılabilir. Bu düzenleme ile taraflarca aksi kararlaştırılabilen özel hukuk kurumu olan milletlerarası ticari tahkim siyasi bir kavram olan Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan devletlerin resmi dili sınırlandırılmıştır. Ancak bu durum diğer yandan çok az kullanılan ya da pek bilinmeyen dillerde tahkim yargılamasının yapılması sırasında anlam güçlüğü ve karmaşasının yaşanması ve karar verildikten sonra kararın tercümesindeki sıkıntıların önüne geçmesi açısından faydası olduğu da unutulmamalıdır (Birsel,1999:256).

3.7. Tahkim Süresi

Eski zamanlardan bu yana Roma Hukukunun uygulandığı bile yargılama süresi önem taşımış, hatta Roma Hukukunda bile nafaka ve miras gibi bazı davalarda kısa (çabuk) yargılama usulü kabul edilmiştir (Karadeniz Çelebican,2000:364). Uyuşmazlık ve dava sayısının çokluğu tarihsel süreçte yargılama süresini önemli hale getirmiştir. Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde bu süre çok daha önemlidir. Zira uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde devlet mahkemelerine başvurulması halinde, devlet mahkemelerine uyuşmazlığı çözme konusunda azami süre öngörülmediğinden yargılama oldukça uzamaktadır.

Ülkelerarası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim yargılamasının tahkim süresi içerisinde çözülmek zorunda olması, tahkim yolunun seçilmesinde önemli etken hale gelmiştir.Tahkim süresi, tahkim sürecinin başlangıcından esas hakkında karar verilinceye kadar geçen süredir. Başka bir anlatımla, tahkim süresi yargılamanın sonuçlandırılmasının mecburi olan süredir. Tahkim süresi içerisinde hakem veya hakem kurulunca kararın verilmemesi tahkim şartını düşürecektir.

3.7.1. Tahkim süresinin belirlenmesi

Milletlerarası Tahkim Kanuna göre tahkim süresi taraflarca anlaşmak suretiyle belirlenebilir. Taraflarca belirlenmemiş ise kanun tarafından tayin edilen süre tahkim süresi olarak kabul edilecektir. O halde tahkim süresi taraflarca belirlenmiş ise tarafların iradesine bakılacak, taraflarca belirlenmemişse tahkim süresine ilişkin kanunun düzenlemesi “tamamlayıcı hukuk normu olarak” devreye girecektir.

Süre olarak Tahkim taraflarca istenildiği gibi kararlaştırılabilir. Tahkim tarafların irade serbestisinin hakim olduğu bir alan olduğu için kanun koyucu bu konuda tarafların özgürce düzenleme yapması mümkündür. Örneğin taraflar anlaşarak tahkim süresini 5 ya da 10 yıl olarak kararlaştırabilirler. Ancak bu sürenin mutlak suretle belirli olması gerekmektedir. Tahkim süresi taraflardan birinin ya da hakemlerin inisiyatifine bırakılması mümkün değildir. Aksi takdirde istisnai yol olan tahkim yargılaması devlet mahkemeleri gibi asli yargılama kurumlarına dönüşebilecektir.

Tahkim konusunda belirli kuralların uygulanmasını kararlaştırmaları durumunda o kurallar içinde tahkim süresi bulunmakta ise o sürenin tarafların anlaşması ile tahkim süresi olarak belirlendiği kabul edilmesi gerekmektedir. Mesela taraflar aralarındaki uyuşmazlığa Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarını uygulamayı kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda MTO'nun 24.maddesi gereğince :”Hakem Mahkemesi'nin nihai kararını verme süresi 6 aydır.” denilerek tahkim süresi düzenlendiğinden bu maddedeki tahkim süresinin taraflarca anlaşarak belirlendiği kabul edilecektir.

Farklı bir durum olmadıkça taraflar Milletlerarası Tahkim Kanunu 10.maddesinin B fıkrası gereğince hakem mahkemesi 1 yıl içerisinde esas hakkında kararını vermesi gerekmektedir. Bu süre tek hakemli davalarda hakemin seçildiği birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren başlayacaktır.

Tahkim süresi devletçe oluşturulan düzenle ilgilidir. Taraflarca kararlaştırılan ya da kanun gereği 1 olarak kabul edilen tahkim süresi içerisinde hakemler karar veremez ise tahkim süresinin dolmasından sonra tahkim süresi tarafların birlikte kabulü ile dahi uzatılamaz. Tahkim süresi biten bir uyuşmazlıkta tahkim şartı düşer ve tarafların devletin mahkemelerinde dava açması gerekir.

Milletlerarası Tahkim Kanunda tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin olduğuna dair herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak iç tahkimde mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 529.maddesinde :”Hakemler ilk içtimalarından itibaren altı ay zarfında hüküm vermeğe mecburdur” denilerek tahkim süresinin emredici niteliği açıkça vurgulanmıştır. 6100 sayılı yeni yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu 427.maddesi Milletlerarası Tahkim Kanunu 10.maddesinin B fıkrasını tekrarı niteliğindedir. Ancak 6100 sayılı HMK 427.maddesinin Adalet Komisyonu gerekçesinde :”Tahkime gidilmesinin en önemli

sebeplerinden birisi de tahkimde srattır. Maddede hakemlere, taraflar ile onların vekillerine tahkimi sonlandırmak için bir yıllık süre verilmiştir. Tahkimin bu süre içerisinde bitirilmesi için taraflar hakemlere yardımcı olmalıdır” denilerek tahkim süresinin önemine değinilmiştir.

Benzer şekilde Yargıtay iç tahkimde tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin bir süre olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay 15.H.D. 19.01.1995 tarih ve 1994/2876 E. ,1995/164 K. sayılı Kararında :”Tahkim istisnai bir yoldur. İşlevleri arasında öncelikli olan çekişmenin kısa sürede halledilmesidir. Bunun içindir ki, 6 ay olarak öngörülen yasal süreye uyulmamasının sonuçlarının ne olacağı ve bu sürenin ne şekilde uzatılabileceğı yasada hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ve açık-seçik gösterilmiştir. Hakemlerin yetkisi, süre ile sınırlı olmakla uyumsuzluğun artık mahkemede çözülmesi gerekeceğinden ve süre tamamlandığında işlemler batıl sayılacağından, yanların daha sonra zaten sona ermiş süreyi uzatması veya bu sebeple batıl olan işlemlere geçerlik tanınması düşünülemez...Anılan süre kamu düzenine ilişkin olmakla kararın süresi içerisinde verilmediğinin doğrudan göz önünde bulundurulması zorunludur. Kararın bu süre içerisinde verilmediğı açıklanan nedenlerle tespit edildiğine göre sair hususların incelenmeksizin kararın bu yönü ile ve HUMK.nun 553.m.sinin 1.bendi uyarınca bozulmasına” denilerek tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin olduğu Yargıtay içtihatları ile de kabul edilmiştir (Kalpsüz,2010:68).

Bir taraftan mülga HUMK bir taraftanda Yargıtay içtihatları ile iç tahkimde kabul edilen tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin olduğuna ilişkin görüş aynı gerekçelerle milletlerarası tahkim de de kabul görmüştür (Kalpsüz,2010:67). Bu görüş çerçevesinde tahkim süresi içerisinde verilmeyen kararlar Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesinin A fıkrasının 1.bsi ve 2.bsi gereğince “kararın tahkim süresinde verilmediğı” ve “kamu düzenine aykırı olması sebebiyle” iptal edilecektir. Bu sebeple tahkim süresi içerisinde verilmeyen kararlar iki gerekçe ile iptal edilmiş olacaktır.

Bu fikir kanunun lafzı yorumlanarak eleştirilebilir. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunu 15.maddesi iptal sebepleri olarak A fıkrasının 1.kısımında başvuruyu yapan taraf kararın tahkim süresi içerisinde verilmediğini ispat ederse kararın iptal edilebileceğini düzenlemiştir. 2.kısımında ise mahkemece kendiliğinden araştırılarak kamu düzenine aykırılık tespit edilirse kararın iptal edileceğı düzenlenmiştir. Kanun koyucu milletlerarası

tahkimde tahkim süresini kamu düzenine ilişkin olarak düzenlemek istemiş olsaydı kamu düzenini iptal sebebi olarak saydığı halde ayrıca tahkim süresi içerisinde verilmeyen kararı iptal sebeplerinde saymaması gerekirdi. Ayrıca A fıkrasının 1.kısımında belirtilen tahkim süresi içerisinde verilmeyen kararların iptali ancak taraflarca ispat edildiği takdirde iptal sebebi olarak kabul edilecektir. Bunun anlamı ise kararın tahkim süresi içerisinde verilip verilmediği konusunda hakimin herhangi bir takdir yetkisi olmadığı dolayısıyla tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin olmadığı yönündedir.

Süresi içinde ulaştırılmayan fakat iptali istenmeyen veya iptalinden feragat edilen kararlarda Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesinin B fıkrası gereğince icra edilebilir olduğuna ilişkin belge verilmesi istenilmesi durumunda kanunun A fıkrasının 2.bsi gereğince kararın kamu düzenine aykırı olması istemin reddine karar verilecektir. Dolayısıyla tahkim süresinde verilmeyen kararın hiçbir şekilde icra edilebilirlik imkanı da olmayacaktır.

3.7.2. Tahkim süresinin başlangıcı

Kişilercebelli bir süre belirlenmemişse isetek hakemli davalarda “hakemin seçildiği” birden çok hakemli davalarda ise “hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği” tarihten itibaren tahkim süresi işlemeye başlayacaktır. Tahkim süresinin başlangıç tarihi ile tahkim süresi taraflarca ayrı ayrı kararlaştırılabilir. Taraflarca tahkim süresi başlangıcı kararlaştırılmış ise bu süre, kararlaştırılmamış ise 1 yıl olarak kabul edilen tahkim süresi tek hakemli davalarda “hakemin seçildiği” birden çok hakemli davalarda ise “hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren başlayacak ve esas hakkında bu sürede karar verilmesi gerekecektir.

Sürenin başlangıç anı yasada belirtilen düzenlemeden farklı şekilde de kararlaştırılabilir. Başka bir deyişle, taraflarca nasıl tahkim süresi istedikleri gibi kararlaştırıla biliniyor ise tahkim süresinin yargılamanın farklı aşamasında başlaması da kararlaştırabilirler. Mesela taraflarca tahkim süresi kanunda belirtilen sürenin de altında olarak 5 ay olarak kararlaştırılabilir ve bu sürenin başlangıcı olarak bilirkişi raporlarının dosyaya sunulma tarihi olarak kabul edilebilir. Bu durumda tahkim süresinin başlangıcını bilirkişinin raporunu dosyaya sunma anı olarak kabul edilecektir. Yine taraflar tahkime belirli kurumların kurallarının uygulanacağını kararlaştırmış ve bu kurumun kuralları arasında tahkim süresinin başlangıç anı kabul edilmiş ise tahkim süresinin başlangıç anı

olarak bu kurallar kabul edilecektir (Akıncı,2007:131). Örneğin taraflar aralarında çıkacak uyuşmazlıklara Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının uygulanacağını kararlaştırmış olmaları durumunda bu kuralların 24.maddesi gereğince:”Bu süre, görev belgesinin taraflarca veya Hakem Mahkemesince imzalandığı... tarihten itibaren başlar” denilmiş olduğundan görev belgesinin taraflarca veya hakem mahkemesince imzalandığı tarihi tahkim süresinin başlangıcı olarak kabul etmek gerekecektir.

Milletlerarası Ticaret Odası kuralları gereğince görev belgesinin hazırlanması sayesinde taraflar arasındaki kararın tahkim süresi içinde verilip verilmediği tartışması ortadan kalkmaktadır (Tosun,2009:40). Çünkü görev belgesi üzerinde yazılı olan tarih, tahkim süresinin başlangıcı tarihi kabul edilmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanuna göre tek hakemli davalarda tahkim süresi hakemin seçilmesinden sonra başlayacaktır. Kanunun bu düzenlemesi pek çok sakıncalı duruma sebep olabilecek niteliktedir. Zira tek hakem adı ile birlikte bazen daha uyuşmazlık çıkmadan tahkim sözleşmelerinde belirtilir. Bu durumda tahkim süresinin başlangıç tarihi olarak tahkim sözleşmesi kabul edilir ise tahkim süresi çoktan geçmiş olabilecektir. Yine tek hakem seçilmesinden sonra kendisine bu bilgi verilmeyebilir. Bu durumda seçilmiş olmasına rağmen bundan haberi olmayan hakem yargılama yapmaya gecikebilir. Mülga HUMK yürürlükte iken iç tahkimde tek hakemli davalarda tensip zaptının düzenlenmesi ile tahkim süresi başlamaktaydı (Kalpsüz,2010:69). Ancak 6100 sayılı HMK 427. maddesinde bu konuda Milletlerarası Tahkim Kanuna paralel şekilde hatalı olarak tek hakemli davalarda tahkim süresinin hakemin seçilmesi ile başlayacağını düzenlemiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu birden çok hakemli davalarda tahkim süresinin hakem kurulunun ilk toplantı tutanağını düzenlendiği tarihten itibaren başlayacağını kabul edilmiştir. Esasen tek hakemli davalarda tek hakemin seçilmesinden sonra tahkim süresinin başlayacağı düzenlemesine göre daha az tartışma yaratan bir düzenlemedir. Burada kastedilen toplantı tutanağının genel olarak anlamı görev belgesidir. Milletlerarası Tahkim Kanunu 10/E maddesi gereğince taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça hakem veya hakem kurulunun dava ve cevap dilekçesi verildikten sonra görev belgesi düzenlemesi gerekmektedir. Görev belgesi aslında aynı zamanda ilk toplantı tutanağı niteliğindedir. Ancak taraflarca görev belgesinin düzenlenmemesi kararlaştırılmış ise de hakem heyetinin

düzenleyeceği ilk toplantıda tutulan tutanak tahkim süresinin başlangıç tarihi olarak kabul edilecektir.

Tek hakemli davalarda hakemin seçildiği tarihin belirlenmesinin muğlak olduğu yahut hakemin seçildiğinden haberdar olmaması durumunda yargılamaya geç başlaması halinde tahkim süresinin geçebileceği ihtimallerine karşın, ilk toplantı tutağının düzenlendiği tarihin belirlenmesinde bu sakıncalar ortaya çıkmayacaktır.

Uluslararası ticaretin doğası gereği tarafların farklı ülkelerde olması taraflarca seçilecek hakemlerin de farklı ülkelerde olması sonucunu doğurabilecektir. Bu durumda hakem heyetinin fiili olarak aynı ülkede bir araya gelerek toplantı tutanağı düzenlemesi beklenemeyecektir. Hakemler internet yahut farklı teknolojik yöntemlerle de bir araya gelebilecektir. Bu sebeple bu düzenleme hakem heyetinin fiili olarak bir araya gelmese de heyet olarak ilk işleminden itibaren başlatılması ve yasanın bu şekilde anlaşılmasında yarar gören yazarlar bulunmaktadır (Akıncı,2007:133).

3.7.3. Tahkim süresinin uzatılabilmesi

Milletlerarası Tahkim Kanununun 10.maddesinin B fıkrasının II.bendinde:”Tahkim süresi tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları halinde taraflardan birinin başvurusu üzerine Asliye Hukuk Mahkemesince uzatılabilir” denilerek tahkim süresinin uzatılması konusu düzenlenmiştir.

Taraflar anlaşarak tahkim süresini uzatabilir. Bu durum tahkimin irade serbestine dayanan bir kurum olmasının sonucudur. Zira kanun taraflara uyumsuzluk çıkmadan önce tahkim süresini kararlaştırabilme yetkisini vermiş olduğuna göre; belirli tahkim süresini de evleviyetle uzatma yetkisi verdiği yasal düzenleme olmasıydı bile ulaşılabilecek bir sonuç olacaktı.

Kural olarak tahkim yargılaması kısa süreli ve hızlı bir çözüm yoludur. Ancak öyle davalar olabilir ki tarafların davaya cevap vermesi, bilirkişi raporu alınması ve tanıkların dinlenmesi gibi delil toplaması işlemler için uzun süreler gerektirebilir. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunda delillerin nelerden ibaret olduğu belirtilmediğinden toplanması gereken geniş delil yelpazesi bulunmaktadır. Bu ve benzeri durumlarda tahkim süresinin uzatılması ihtiyacı doğar (Hacıbekiroğlu,2012:80-82).

Taraflar anlaşarak tahkim süresini uzatamaz iseler bu durumda taraflardan biri Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurarak tahkim süresinin uzatılmasını talep edecektir. Yasanın lafzi yorumundan tahkim süresinin uzatılmasının ancak taraflardan birinin başvurusu sonucunda uzatılabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla hakemler ya da üçüncü bir kişi tarafından tahkim süresinin uzatılması konusunda mahkemeye başvuruda bulunulamayacaktır. Tarafların bu konuda anlaşma yaparak, kanunun düzenlemesinin aksini kararlaştıramazlar. Bu yönde tahkim anlaşmasına konulacak bir madde ile tahkim süresinin uzatılmasının hakemler tarafından da istenebileceği kararlaştırılmaz. Milletlerarası Tahkim Kanunu diğer maddelerinin başlangıcında “taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça” ibaresinin koymasına rağmen tahkim süresinin uzatılması istemiyle mahkemeye başvurabilecekleri belirlerken böyle bir düzenleme yapmamıştır. Burada kanun koyucu, devlet mahkemesine başvurma hakkının şahsi bir hak olması dolayısıyla bu hakkın başka bir kişiye ya da kuruma devredilemeyeceği düşüncesinden yola çıkmaktadır.

Aynı şekilde taraflarca tahkim süresinin uzatılması yönünde karar verebilecek üçüncü bir kişi ya da kurum belirleyemezler. Tahkim istisnai, devlet mahkemeleri genel bir yargılama yoludur. Bu sebepten, tahkim yargılaması belirli bir süre içerisinde bitirilmesi gerekmektedir. Tarafların iradesi dışında üçüncü bir kişi ya da kuruma tahkim süresini uzatabilme yetkisinin verilmesi, tarafların iradesi dışında tahkimi genel bir yargılama yoluna dönüştürebilir. Bu sebeple, yasa tahkim süresinin uzatılmasının taraflarca kararlaştırılmaması durumunda ancak devlet mahkemelerinden istenebileceği hükmünü getirmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 3.maddesine göre tahkim süresinin uzatılmasının istenebileceği görevli ve yetkili mahkeme davalının yerleşim yeri veya oturma yeri yahut işyerinin bulunduğu yer, böyle bir yer yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesidir. O halde davalısı yurtdışında bulunan ve Türkiye’de yerleşim yeri veya oturma yeri yahut işyerinin bulunduğu yer tahkim yargılamasında süre uzatmak amacıyla açılacak davalarda her zaman İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkili olacaktır.

Tahkim süresi ancak, taraflarca kararlaştırılmış olan ya da yasa tarafından kabul edilen bir yıllık tahkim süresi içerisinde uzatılabilir. Zira tahkim süresi geçtikten sonra tahkim şartı düşeceğinden, ancak taraflarca yeni bir tahkim sözleşmesi yapıldığı takdirde

tahkim yoluna başvurulabilecektir. Ayrıca tahkim süresinin taraflarca ya da yasa tarafından belirlenmesi sürenin uzatılması açısından farklı sonuç doğurmayacaktır.

Tahkim süresinin taraflarca kararlaştırılması durumunda bu sürenin belirli olması gerekmektedir. Bu sebeple gerek taraflarca gerekse mahkemece tahkim süresi ancak belirli süre için uzatılabilir. O halde hakem mahkemesi tarafından karar verilmeye kadar tahkim süresinin uzatılması yönünde verilebilecek herhangi bir karar geçersiz olacaktır.

Uzatılabilecek Tahkim süresi ancak karşılıklı taraflarca belirlenmiş olabilir. Buna rağmen taraflardan biri tarafından tahkim süresinin uzatılması için dava açılmaz (Kalpsüz,2010:71). Zira bu durumda taraflar tahkim süresinin taraflardan birinin rızası olmaksızın mahkeme vasıtasıyla uzatılamayacağını kararlaştırmış olmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu 10. maddesinin B fıkrasının II.bendine göre: 'Başvurunun reddi halinde tahkim süresi sonunda yargılama sona erer. Mahkemenin kararı kesindir' denilerek tahkim süresinin uzatılması talebinin reddi düzenlenmiştir.

Mahkeme Tahkim süresinin uzatılma talebini aldıktan sonra istemin haklı olup olmadığına takdir yetkisine göre karar verecektir. İstemi haklı bulan mahkeme tahkim süresinin uzatılmasına karar verecektir. Bu durumda belirli olan tahkim süresinin üzerine uzatılma kararında belirtilen tahkim süresi eklenerek tahkim süresi uzamış olacaktır. İstemi haksız bulan mahkeme tahkim süresinin uzatılması talebini reddedecektir. Tahkim süresinin uzatılması talebinin reddine ilişkin kararlar kesindir. Zira bu kararların temyiz yoluna tabi olması durumunda tahkim yargılaması sürüncemede kalabilecektir. Hatta bu süreçte hakemlerin karar vermesine rağmen verilen kararın tahkim süresinde verilip verilmediği konusu tartışmalı hale gelebilir ve bu durum hukuki güvenliğe aykırı sonuçlar doğurabilirdi.

Süresi içinde karar verilmeyen Tahkim hakem veya hakem kurulu Borçlar Kanununun 390.maddesi I.fıkrasındaki atıf sebebiyle işinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre taraflara karşı sorumlu olacaktır. Bu sebeple Borçlar Kanunu 321.maddesine göre hakemler yetkilendirildikleri işlerde özenle ifaya mecburdurlar. Borçlar Kanunu 390.maddesinin II.fıkrasına göre de tarafların vekili konumunda olan hakemler hakem sözleşmesi ile kendisine tevdi edilen işi sadakat ve ihtimamla yerine getirmekle yükümlüdür. Bu sebeple hakemlerce tahkim süresinde kararın verilmemiş olması

durumunda bu duruma hakemlerce gerekli özen ve ihtimam gösterilmediği için düşülmüş ise taraflarca bu sebeple zararlarının giderilmesini hakemlerden isteyebileceklerdir.

3.8. Tahkimde İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tedbir

Bir dava açılmadan önce ya da açılmış bir davada kararın icra edilebilir aşamaya gelinceye kadarki süre içerisinde alınan nitelik itibariyle geçici hukuki koruma tedbirlerine ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir denilmektedir (Kalpsüz,2010:42). İhtiyati kelimesinden de anlaşılacağı gibi amaç geçici koruma yahut tedbirdir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 6.maddesi son fıkrasında:”Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin istemi üzerine mahkemece verilen ihtiyatî tedbir ya da ihtiyatî haciz kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkar”denilerek ihtiyati haciz veya tedbir kararının geçiciliğini vurgulamaktadır. Kararın icra edilebilir hale gelmesi kararın kesinleşmesi sonucunda devletin cebri icra organları vasıtasıyla yerine getirilebilmesini ifade eder. Kararın icra edilebilir hale gelmesi ile birlikte ihtiyati haciz ya da tedbir kararına ihtiyaç kalmayacaktır. Çünkü icra edilebilir bir karar icra edilmekle kesin koruma sağlayacaktır. Davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi durumunda ise kararın reddedilmiş olması sebebiyle talepte bulunduğu hak ile ilgili geçici koruma talep etmesinde menfaati bulunmaması sebebiyle ihtiyati haciz veya tedbir kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

Para ve teminat alacaklarında daha çok İhtiyati Haciz söz konusu olurken ihtiyati tedbir diğer taleplere ilişkin konularda koruma sağlar. Tahkim davası açılmakla ya da açılmadan önce davalı mallarını kaçırabilir bu durumda davacı açmış olduğu davasını kazansa bile alacağını elde etme imkânından yoksun kalacaktır. Bu durumda davacı devlet mahkemesinden ihtiyati haciz kararı talep ederek ihtiyati haciz kararı ile borçlunun mallarına haciz koyarak yargılaması sonucunda elde edebileceği alacağını güvence altına alabilir. Yine alacak para veya teminat alacağı olmaması ve üzerine tedbir konulmaz ise davanın sonunda alacağın elde edilmesi imkansız hale gelebilir. Aynı şekilde böyle bir olayda da alacaklı tarafından ihtiyati tedbir talep edilerek ihtiyati tedbir kararı alınır ve davacı davasının sonunda elde edebileceği hakkının almasının imkansız hale gelmesi engellenmiş olur.

Devlet mahkemesi içinde Hakem mahkemesi bulunmamaktadır ve devlet mahkemeleri gibi verdikleri kararlar doğrudan icra organları tarafından uygulanmaz. Uluslararası bir ticari uyuşmazlıkta hakem mahkemesi Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde karar vermiş olabilir. MTK çerçevesinde verilmiş olan karar hakkında diğer taraf iptal yoluna başvurmaması sebebiyle karar kesinleşse dahi hakem kararı doğrudan devletin icra organları vasıtasıyla icra edilemez. Hakem kararının devletin icra organları vasıtasıyla icra edilebilmesi için devlet mahkemesinden “icra edilebilirlik” belgesi alınması gerekmektedir.

Aynı şekilde ihtiyati haciz veya tedbir kararını hakem mahkemesi tarafından verilse de icra organları tarafından doğrudan uygulanamayacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanununun 6.maddesinin 2.fıkrasında:”Hakem veya hakem kurulu, cibrî icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı da veremez”denilerek hakem mahkemesince verilen ihtiyati haciz ya da tedbir kararının icra organları tarafından doğrudan uygulanamayacağı kabul edilmiştir.

Hakem mahkemesince verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararları ancak taraflarca kendiliğinden uyulması halinde hukuksal açıdan sonuç doğurabilecektir. Hakem mahkemesinin kamu günü kullanma yetkisi bulunmadığından taraflar verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararını yerine getirmedikleri takdirde hakem mahkemesi devletin resmi makamlarından bu kararın cibri icra ile yerine getirilmesini isteyemeyecektir.

Yasa hakem mahkemesince verilen kararın yerine getirilmesi konusunda mahkemelerden yardım talep edilebileceğini düzenlemiştir. Kanunun lafzına bakıldığında hakem mahkemesince verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararının uygulanmasında devlet mahkemesinin görevi yardımcı olmak gibi anlaşılabilir. Kanun koyucu bu düzenlemeyi hatalı olarak kaleme almıştır. Milletlerarası Tahkim Kanunumuz hakem mahkemesince verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararına taraflar kendiliğinden uymaz ise taraflarca ancak mahkemeden bu yönde karar verilmesi istenebilecektir.

Kanıt yani delil tespiti, yürütmenin durdurulması gibi başkaca geçici hukuki koruma tedbirleri bulunsa da Milletlerarası Tahkim Kanunu bu konuda düzenleme yapmamıştır (Kalpsüz,2010:44). Delil tespiti uzun süren davalarda delilleri incelemeye sıranın geç gelmesi sebebiyle delillerin yok olabilmesi ihtimaline binaen bazen yargılamaya

başlamadan önce bazen de yargılama sırasında deliller tespit edilebilmektedir. Her ne kadar Milletlerarası Tahkim Kanunumuzda delil tespiti konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamış olsa dahi hakem mahkemesinin delil tespiti kararı verebilecektir. Ancak hakem mahkemesinin yürütmenin durdurulması kararı alması mümkün değildir. Hakem mahkemesi icra organları tarafından yerine getirilebilecek ihtiyati haciz veya tedbir kararı veremediği gibi yine geçici hukuki koruma tedbiri olan yürütmenin durdurulması kararını da veremeyecektir. Çünkü yürütmenin durdurulması kararı ile kamu kurumu olan idareden bir işlem ya da eylemin durdurulmasının, yahut yapmadığı bir işlem ya da eylemin geçici olarak yapılması yönündeki kararın uygulanması istenilmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu kural olarak taraflar veya hakem mahkemesince bu kanunun uygulanmasının kararlaştırılması ya da tahkim yerinin Türkiye olan yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanabilecektir. Ancak kanunun 1.maddesine göre ihtiyati haciz veya tedbir konusundaki düzenlemeleri Tahkim yerinin Türkiye dışında bulunduğu uyuşmazlıklarda da uygulanabilecektir.

3.8.1. Devlet mahkemelerinden ihtiyati haciz veya tedbir kararı verilmesinin istenmesi

Ülkenin kendi devlet mahkemelerinin ihtiyati haciz veya tedbir kararı vermesi tahkim yargılamasının devlet mahkemeleri tarafından yapıldığı anlamına gelmeyecektir. 21 Nisan 1961 tarihinde Cenevre’de yapılan Avrupa Sözleşmesinin VI. Maddesinin 4. Fıkrasına göre: ”İhtiyati veya muhafaza tedbirlerinin alınması için adli bir makama müracaat edilmesi hakemlik anlaşmasıyla telif olunmaz mahiyette sayılmayacağı gibi işin esas bakımından mahkemeye tevdi manasına da alınmamalıdır” denilerek bu durum vurgulanmıştır (Turhan ve diğerleri,2002:47). Avrupa Sözleşmesinde de vurgulandığı gibi ihtiyati haciz ya da tedbir kararı uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar olmadığı için uyuşmazlığın devlet mahkemesinde çözülmesi anlamına gelmemektedir. Yine Avrupa Sözleşmesine göre tahkim sözleşmesinde devlet mahkemesinden ihtiyati haciz veya tedbir kararı verilmesinin istenemeyeceği kararlaştırılmaz.

Benzer durumda tahkim anlaşması gereği taraflar arasında doğmuş veya doğacak tüm uyuşmazlıklar hakkında hakem mahkemesince karar verileceği açıkça yazılı olsa bile ihtiyati haciz veya tedbir konusunda mahkemeye başvurulması tahkim sözleşmesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 6.maddesinin 1.fıkrasına

göre:”Taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez” denilerek bu husus vurgulanmıştır.

3.8.2. Hakemlerin ihtiyati haciz veya tedbir kararı vermesinin koşulları

Hangi durumlarda hakimlerin ihtiyati haciz veya tedbir kararı verebileceği Milletlerarası Tahkim Kanununun 6.maddesinde düzenlenmiştir. Bu şartlar şöyle sıralanabilir:

3.8.2.1. Taraflarca aksinin kararlaştırılmaması

Yargılama aşamasında tahkim sözleşmede ya da ayrıca yaptıkları bir sözleşme ile hakem mahkemesinin ihtiyati haciz veya tedbir kararı veremeyeceğini kararlaştırabilirler. Tarafların bu yöndeki anlaşmalarına üstünlük tanınacaktır. Kanun “aksi kararlaştırılmadıkça” hakem mahkemesinin ihtiyati haciz veya tedbir kararını kabul ettiği için taraflarca hakem mahkemesinin ihtiyati haciz veya tedbir konusunda karar vermesi ile ilgili düzenleme yapılmadı ise hakem mahkemesinin ihtiyati haciz veya tedbir kararı verebileceği kabul edilecektir. Taraflarca aksi kararlaştırılmış ise bu durumda ihtiyati haciz veya tedbir ancak mahkemelerden istenebilecektir.

3.8.2.2. Hakem mahkemesi kurulmadan önce ihtiyati haciz veya tedbir kararı

Sanıldığı üzere tahkim yargılaması istisnai bir yoldur. Kurumsal tahkim mekanizmasında birkaç istisnai tahkim kurumunu bir yana bırakırsak sürekli olarak çalışan ve davaların açılıp görüldüğü devlet mahkemeleri gibi kurulmuş hakem mahkemesi bulunmamaktadır. Hatta taraflar çoğu zaman uyuşmazlık çıktıktan sonra hakemlerini seçmektedir. O halde hakem mahkemesi kurulmadan taraflarca ihtiyati haciz veya tedbir istenebilecek bir kurum da bulunmamaktadır. Hakem mahkemesi kurulmadan önce ihtiyati haciz veya tedbir istemi ancak devlet mahkemesinden istenebilecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu 6.maddesi II.fıkrası da tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulunun ihtiyati haciz veya tedbire karar verebileceğini düzenlemiştir.

3.8.2.3. Taraflardan birinin talebi

Hakem mahkemesince öne sürülecek ihtiyati haciz veya tedbir kararı üçüncü kişilerin istemi üzerine verilemez. Hakem mahkemesince verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararı da üçüncü kişileri bağlamayacağı gibi üçüncü kişilere de etki etmez. Tahkim ancak taraflarca tahkim sözleşmesi ile başvurulacak bir yol olduğundan ancak taraflar arasında hukuki sonuç doğurabilir. Bu sebeple ancak taraflardan birinin talebi üzerine hakem mahkemesince karar verilebilecektir.

3.8.2.4. Teminat gösterilmesi

Ülkenin devlet mahkemelerinde dava açıldığında haksız olarak verilmiş bulunan ihtiyati haciz veya tedbir kararından ötürü tarafların zarara uğraması söz konusu olduğunda zararın giderilmesi için kararın verilmesi sırasında uygun bir teminatın alınmasına karar verilmesine karar verilmektedir. Yine tahkim yargılamasında hakem mahkemesinin vereceği ihtiyati haciz veya tedbir kararından da taraflardan biri zarar görebileceğinden hakem mahkemesince ancak uygun teminatın verilmesi karşılığında ihtiyati haciz veya tedbir kararı verilebilir.

Hakem mahkemesince verilecek ihtiyati haciz veya tedbir kararı sırasında teminat yatırılmasının taraflardan birinin talepte bulunması şartı bulunmamaktadır. Hakem mahkemesi kendiliğinden teminat yatırılmasına karar verebilir (Kalpsüz,2010:47).

3.9. Hakem Kurulunun Kurulması

Yargılamanın yapılabilmesi için hakem kurulunun kurulması ya da hakemin seçilmesine bağlıdır. Hakem veya hakem kurulu seçilmesi hakem kurulunun oluşması için yeterli değildir. Hakem veya hakem kurulunu seçme işlemi hakeme yönelik hakem sözleşmesinin kurulması yönünde teklif hükmünde olup, hakem tarafından işbu teklif kabul edilmek ile hakemlik sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Başka bir anlatımla hakem anlaşması taraflarla hakemler arasında yapılmaktadır. Taraflar hakem anlaşmasında uyuşmazlığı çözmesi konusunda hakem veya hakem kuruluna öneride (icapta) bulunur bunun karşılığında hakemlerin kabulü ile sözleşme meydana gelecektir (Nomer ve diğerleri,2008:19). Hakem sözleşmesi ile hakemler uyuşmazlığı çözmek, taraflar da hakeme ücret ödeme taahhüdüne girmektedir (Pekcanitez ve diğerleri,2011:743). Her ne

kadar aşağıda hakemlerin sayısı, seçim usulleri anlatılacak ise de hakemler tarafından uyuşmazlığın çözümünün kendisi tarafından yapılacağı teklifi kabul edilmedikçe hakem sözleşmesinin kurulamayacağı ve seçilen hakem tarafından uyuşmazlığın çözülemeyeceğini belirtmekte fayda görülmüştür.

Çalışmamızın bu bölümünde hakem sözleşmesinin kurulmasından ziyade taraflarca hakemleri belirleme usulü inceleneceğinden, aşağıda görüleceği gibi tarafların uyuşmazlık çıkmadan önce hakem ya da hakem kurulunu belirlemiş olması durumunda pek bir sorunla karşılaşmayacaktır. Hatta taraflar devlet mahkemelerinde olduğu gibi doğrudan önceden belirlenmiş hakem veya hakem kuruluna başvurarak tahkim yargılamasını başlatabilecektir.

Diğer taraftan taraflarca hakem veya hakem kurulu önceden belirlenmemiş ise uyuşmazlık ıktından sonra belirlenmesinde oldukça güçlük yaşanacaktır. Taraflar arasında uyuşmazlık çıktığında, menfaatleri çatışan taraflar kendine yakın gördüğu hakemin tahkim yargılamasını yürütmesini isteyecektir. Özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklarda farklı ülkelerden seğilebilecek hakemlerden kurulacak hakem kurulu, farklı dil ve hukuk kültürü bilgisine sahip hakemlerden oluşabilecektir.

Hakem veya hakem kurulu belirlenmesi konusunda taraflar serbesttir. Kanunun hakem kurulunun kurulması ile ilgili düzenlemelerinin hemen hemen tamamı taraflarca aksinin kararlaştırılmadığı durumlarda geçerli olacaktır. Başka bir ifade ile hakemlerin seçimi, seğilme usulleri ve sayısı istisnai durumlar haricinde tarafların irade serbestisi sonucu taraflarca istenildiği gibi kararlaştırılabilir (Ertekin-Karataş,1997:147). O halde hakem veya hakem kurulunun teşkili konusundaki uyuşmazlık çıkması durumunda tarafların anayasası konumundaki sözleşmenin incelenmesi gerekecektir.

Hakem veya hakem kurulunun kurulmasında yasa ya da sözleşmeye aykırılıklar son derece önemli sonuçlar doğurmaktadır. Hakem veya hakem kurulunun belirlenmesinde tarafların anlaşmasına veya kanun hükmüne aykırılıklar MTK 15/A/1/b gereğince iptale tabi olacağı gibi ve New York Sözleşmesinin V. maddesi gereğince de hakem kararının tenfiz edilmesine engel olacaktır. Tahkim yargılamasında tarafların iradesine üstünlük tanındığından hakem kurulunun kurulması konusunda uyuşmazlık çıktığında öncelikle taraflar arasında sözleşmeye bakılacaktır. Sözleşmede düzenleme olmayan konularda Milletlerarası Tahkim Kanunun ilgili maddelerine bakılacaktır. Tahkim yargılaması

sonucunda karar mekanizması olan hakem ve hakem kurulunu belirleme usulü tarafların tahkim sözleşmesini yapmaya sevk eden irade saiki olabileceğinden yasa koyucu öncelikle tarafların bu konudaki anlaşmalarına bakılması gerektiğini öngörmüş, aksi takdirde aşağıdaki tamamlayıcı hukuk kurallarının geçerli olacağını kabul etmiştir.

3.9.1. Hakemlerin sayısı

Milletlerarası Tahkim Kanunu 7/A maddesi hakemlerin sayısını tarafların belirleyebileceğini ancak bu sayının tek olması gerektiği düzenlenmiştir. Kanunun hakem sayısı konusunda sınırlaması hakem sayısının tek olması kuralından ibarettir. HMK 415.maddesi de aynı şekilde iç tahkimde tarafların hakem sayısını istedikleri gibi belirleyebileceklerini ancak bu sayının tek olması gerektiğini kabul etmiştir. Buna göre hakem sayısı 1,3,5,7 gibi rakamlarla istenildiği gibi belirlenebilir.

Hakem çift olarak karıştırılmayacak belirlemelerden birisi hakem sayısıdır. Hakem sayısının çift olarak kararlaştırılması durumunda hakemlerin yarısı farklı diğer yarısı farklı karar verdiğinde oy eşitliğinin bulunması sebebiyle karar alınamayacaktır. Hakem kurulu seçildiğinde en azından oy çokluğu ile kararın verilmesi ve tahkim kurumunun işlerlik kazanabilmesi için hakem sayısının tek olması zorunludur.

Tek olan hakem sayısı yönündeki Milletlerarası Tahkim Kanununun 7/A maddesindeki düzenleme emredici hukuk normu niteliğindedir. Zira kanun taraflarca hakemlerin sayısının taraflarca istenildiği gibi belirlenebileceğini düzenlemesi akabinde diğer cümlede bunun ancak tek sayısı olmasını zorunlu tutmaktadır. Dolayısıyla taraflarca hakem sayısının çift olarak kararlaştırılması mümkün değildir. Taraflarca hakem sayısının çift olarak kararlaştırılması durumunda ise tahkim sözleşmesi geçersiz olmayacaktır. Zira ortada tarafların tahkim iradesini sakatlayan bir durum söz konusu olmayacaktır.

Hakem sayısı kişilerce oluşturulmamışsa ise bu sayı MTK 7/A'ya göre üç hakemden oluşacaktır. Böyle bir durumda taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından hakem seçimi yapılır.

3.9.2. Hakemlerin seçimi

3.9.2.1. Tahkim sözleşmesinde hakemlerin ismen belirlenmiş olması

Kişiler tahkim aşamasına giderken tahkim sözleşmesinde hakem ya da hakem kurulunu ismen belirleyebilirler. Ya da henüz uyuşmazlık çıkmadan yapacakları başkaca anlaşma ile de hakem veya hakem kurulunu belirleyebilirler. Tarafların bu yola başvurmalarının sebebi her iki tarafın da müştereken güvenmiş olduğu bir hakemin bulunması ve uyuşmazlığın bu kişi ya da kişiler tarafından çözülmesinin istenilmesi olabilir. Yine taraflar uyuşmazlık çıktıktan sonra hakem seçimi ile uğraşarak zaman kaybetmek istemediklerinden ve kolaylık sağladığından hakemleri ismen belirlemek isteyebilirler.

Gerçekten hakemlerin ismen belirlenmesi durumunda tahkim kurumunun amacı olan hızlılık ilkesi gerçekleşebilecektir. Özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklarda hakemlerin ismen belirlenmesinin önemi büyüktür. Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda tarafların farklı ülkelerde olduğu ve hakemlerini ismen belirlememiş olmaları durumunda öncelikle hakem seçimi yapılacaktır. Yapılan hakem seçiminin farklı ülkelerde bulunan taraflara ulaşması gerekmektedir. Taraflarca seçilen hakemlerin 3.hakemi seçme konusunda anlaşamadıkları takdirde 3.hakemin hangi ülkenin mahkemesi tarafından ve hangi kriterlere göre atanacağı hususu da başlı başına sorun teşkil edecektir. Dolayısıyla hakemlerin ismen belirlenmemesi durumunda uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yargılamasının başlayabilmesi devlet mahkemelerinin yargılama yapılması kadar zaman alıcı olabilir.

Diğer taraftan hakem veya hakem kurulunun ismen belirlenmesinin önemli birtakım sakıncaları da bulunmaktadır. İsmen belirlenmiş hakem veya hakemlerin hakem sözleşmesi icabını başka bir ifade ile görev teklifini kabul etmemesi halinde hakem sözleşmesi kurulamayacaktır. Hakem sözleşmesi kurulmadığı takdirde tahkim sözleşmesi de kendiliğinden sona erecektir. Yine hakem veya hakemlerin ölümü, istifası gibi sebeplerle de hakemin görevini yerine getirememesi durumunda uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi mümkün olmayacaktır (Akıncı,2007:106).

MTK 7/g maddesinde :”...tahkim anlaşmasında hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise; hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde tahkim sona erer“ denilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu hakem ya da hakemlerin ismen belirlenmiş olması durumunda, tarafların tahkim yolunu ancak bu kişi ya da kişiler hakem olması durumunda tercih etmiş olduğunu kabul etmektedir. Eş söyleyişle tarafların hakem ya da hakemleri ismen belirlemeleri sebebiyle tahkim yoluna başvurdukları kabul edilmektedir.

Yasa düzenleyici hakemlerin tek ya da çoğul olmasına göre farklı düzenleme öngörmüştür. Hakem bir tek kişiden oluşuyor ise işbu hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde tahkim sona erecektir. Hakemler birden çok başka bir deyişle kurul halinde ise ancak karar çoğunluğunu ortadan kaldırılacak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde tahkim sona erecektir.

MTK 7/g maddesine göre kural olarak hakemlerden birinin görevi herhangi bir sebeple sona ererse, onun yerine seçimindeki usul uygulanarak yeni bir hakem seçilir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi tahkim anlaşmasında hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde tahkim sona erecektir. Kanun koyucu bu düzenlemesinde hakemlerin ismen belirlenmesi halinde hakemlerin görev yapamamaları halinde tarafların iradesini üstün kılarak tahkimi sona erdiren bir husus olarak düzenlemiştir. Kanun koyucunun amacının tarafların iradesinin üstün kılınması olduğundan taraflarca ismen belirlenmiş hakemin görevinin son bulması halinde tahkimin son bulmayacağı kararlaştırılabilir. Kanun maddesinde her ne kadar aksi kararlaştırılmadıkça tahkim sona erer demese de kanun maddesinin amacından düzenlemenin emredici hukuk normu niteliğinde olmadığı sonucu çıkartılabilecektir. Böylelikle taraflar da tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin önüne geçmiş olacaklardır. Taraflarca tahkim sözleşmesinin geçersiz olmaması için kabul edilecek bu tarz alternatif çözüm yolları doğrultusunda tahkim sona ermeyecek, taraflarca yapılan anlaşma doğrultusunda; taraflarca yapılmış anlaşma yok ise Milletlerarası Tahkim Kanuna göre hakem seçilmiş olacaktır (Taşkın,1999).

3.9.2.2. Hakemlerin taraflarca seçilmesi

Tahkim akdin de hakem ya da hakem kurulu ismen belirlenmemiş olabilir. Ya da tahkim sözleşmesinde hakem ya da hakem kurulunun taraflarca seçileceği kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda taraflarca, uyuşmazlık çıktıktan sonra hakemlerin seçilmesi söz konusu olacaktır. Zira uyuşmazlık çıkmadan önce hakem ya da hakem kurulunun belirlenmesi durumunda hakem ya da hakem kurulunun ismen belirlenmiş olduğu söylenecektir.

Pekçok bireyden meydana gelen hakem heyeti seçilecek ise taraflar eşit sayıda hakem seçecektir. Hakem seçiminde eşitlik ilkesine aykırı olarak hakem seçim usulünün kararlaştırılması ya da taraflardan sadece birinin hakemi belirleyeceğinin kararlaştırılması B.K.20.madde gereğince mutlak butlanla geçersiz olacaktır (Akıncı,2007:109). Tarafların eşit sayıda hakem seçmemesi kamu düzeni ve ahlaka aykırı olduğundan kesin hükümsüz kabul edilecektir.

Tarafların aynı sayıda hakem belirlemesi ihtiyacının nedeni, bu ilkenin ihlal edilmesi halinde tarafların eşitliği ilkesinin ortadan kalkacağı düşüncesidir. Her ne kadar taraflar tahkim sözleşmesini özgür iradeleri ile imzalayıp devlet mahkemeleri yerine tahkim yolunu tercih ediyor olsalar da adaletin gereği olarak tarafların eşitliği ilkesinin tahkim yargılamasında da gözetilmesi zorunludur.

Benzer durumda bir tek hakem seçilecek olması durumunda taraflardan birine o hakemi seçme yetkisi tanınmaz. Çünkü bir tek hakem seçileceği zaman tarafların eşit sayıda hakem seçmesi mümkün değildir. Taraflardan birine yargılamayı yapacak hakemi seçme yetkisinin tanınması o tarafın yargılama üzerindeki tahakkümünü de gösterecektir.

Öte yandan Tahkim sözleşmesinin hakem seçimine ilişkin usul kurallarını belirleyen bölümünün geçersiz olması tahkim sözleşmesinin tamamını da geçersiz hale getirebilir. Böylesi bir durumda sözleşme özü ve sözü ile bütünsel olarak değerlendirilerek tarafların gerçek iradelerine ulaşılmaya çalışılacaktır. Tarafların gerçek iradelerine bakıldığında, hakemlerin seçimine ilişkin anlaşmaları kısmı olmasaydı tahkim sözleşmesini yine de imzalarla denilebiliyor ise tahkim sözleşmesi geçerli olacak ve taraflarca hakemlerin seçim usulü belirlenmemiş gibi hakemler seçilecektir. Hakemlerin seçimine ilişkin anlaşma kısmı

olmasaydı taraflar tahkim anlaşması yapmazdı denilebiliyor ise tahkim anlaşması da geçersiz kabul edilecektir.

(a) Tek hakem seçimi

Tahkim çözümünde taraflarca tek hakim seçimiyle çözüm yapılabilir. Uyuşmazlığın tek hakemle çözülecek olması halinde “taraflarca eşit sayıda hakem belirleme” şartı gereğince ancak tarafların anlaşması ile tek hakem belirlenebilir. Taraflarca belirlenen tek hakem uyuşmazlığı çözer. Taraflarca tek hakem konusunda anlaşamaması halinde taraflardan birinin talebi üzerine hakem Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından belirlenecektir.

MTK’ya kaynak teşkil eden UNCITRAL Tahkim Kuralları 6.maddesi gereğince eğer tek hakem tayin edilecekse öncelikle taraflardan biri diğerine hakem olarak hizmet edecek bir veya daha fazla kişi ya da kurumunun ismini verecektir. Taraflar tek hakemi seçemez iseler bu durumda anlaşmışları tayin makamından bu belirlemenin yapılması istenecektir. Tayin makamı bu belirlemeyi yapamaz ya da taraflar tayin makamı belirleyemez ise La Haye Daimi Tahkim Divanı Genel Sekreterliği tarafından tayin makamı belirlenecektir. MTK açısından tayin makamı Asliye Hukuk Mahkemesi olduğundan ve Asliye Hukuk Mahkemelerinin hakemi belirleyememe gibi bir durumunun olmaması sebebiyle MTK çerçevesinde yürütülen tahkimin La Haye Daimi Tahkim Divanına gitmesi mümkün olmayacaktır.

(b) Üç veya daha fazla hakem seçimi

Üç hakemin tercih edilebileceği durumda birlik sağlanması ya da taraflarca hakem seçimi konusunda anlaşma bulunmaması sebebiyle kanun gereği uyuşmazlık üç hakem tarafından çözülecektir.

Üç hakem tarafından uyuşmazlığın sonuca ulaştırılması halinde, taraflardan biri hakemini seçer. Bunun üzerine diğer tarafa hakemini seçmesi konusunda talepte bulunur. Diğer taraf talebin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içerisinde hakemini

sececektir. Diğer tarafın otuz gün içinde hakemini seçmemesi durumunda taraflardan birinin istemi üzerine diğer tarafın hakemini Asliye Hukuk Mahkemesi belirleyecektir. Hakem seçimine ilişkin bu beyanların ispat kolaylığı açısından noter vasıtasıyla yapılmasında fayda vardır (Ertekin-Karataş,1997:154).

Diğer taraf otuz günlük süreyi tamamlayıp geçirdikten sonra hakem seçme yetkisi ortadan kalkacaktır. Zira bu süre hak düşürücü süre olup, bu süre geçtikten sonra diğer tarafın hakem seçme yetkisi ortadan kalkmaktadır.

Taraflarca seçilen iki hakem otuz gün içerisinde üçüncü hakemi belirleyecektir. Belirleyememesi durumunda yine taraflardan biri tarafından üçüncü hakemin belirlenmesi için Asliye Hukuk Mahkemesine başvuracaktır.

Taraflarca ya da mahkemece seçilen üçüncü hakem başkan olarak görev yapacaktır. Zira burada tarafların müştereken güvendikleri yahut mahkemece tarafsızlığına inanan kişi seçilecektir. Kanun koyucu bu kişinin yargılamayı yürütmesini istemiştir.

ten fazla hakem ile uyuşmazlık czlmesi mümkündür. Bu takdirde taraflar yine öncelikle eşit olarak hakemlerini belirleyecektir. Sonuncu hakem seçilen hakemlerce belirlenmesi durumunda sorun çıkmayacaktır. Seçilen hakemler sonuncu hakemi seçemez iseler bu durumda yine Asliye Hukuk Mahkemesinde sonuncu hakemi belirleyecektir. Aynı şekilde sonuncu hakem, hakem kurulunda başkan olarak görev yapacaktır.

UNCITRAL Tahkim kurallarının 7.maddesi gereğince  hakem tayin edilecekse MTK gibi taraflardan birinin hakem tayin ettiğine ilişkin diğer tarafa yaptığı tebligatın alınmasından itibaren otuz gün içinde diğer taraf tayin ettiği hakemi ilk tarafa bildirmezse ilk taraf tayin makamından ikinci hakemin tayinini isteyebilir. Tayin makamı belli değilse La Haye Daimi Tahkim Divanı Genel Sekreterliğinden tayin makamını belirlemesi istenebilir. MTK çerçevesinde görülen tahkimde tayin yeri yine Türkiye’de bulunan Asliye Hukuk Mahkemeleri olacaktır.

3.9.2.3. Hakem seçiminin bir başkasına bırakılması

Tarafsız olunması durumunda taraflardan birine hakemlerin tamamının seçimi bırakılmasa da tarafların anlaşması ile hakem seçimini bir başkasına bırakması mümkündür. Esas olarak tarafların tahkim yoluna başvurmasının sebeplerden birinin

üçüncü kişi ya da kuruma güvenmelerinden ötürü ortak paydada buluşmaktır. Tarafların müştereken güvendikleri kişi ya da kurumlar hakem dahi olabildiklerine göre bu kişi ya da kurumlara tarafların evleviyetle hakemleri seçme yetkisini verebileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Üçüncü kişi, kurum veya kuruluş gerçek kişi ya da tüzel kişiden oluşabilir. Mesela Milletlerarası Ticaret Odası veya ismen belirlenmiş bir kişi de olabilir. Bu durumlarda bu kişi ya da kurumların hakemi seçme işini kabul etmesi gerekir. İsmen belirlenmiş kişilerin ölmesi ya da belirlenen kurumun böyle bir görev ifa etmediğinden ya da edemeyeceğinden bahisle hakemler belirlenemeyebilir. Böyle bir durumda MTK 7/B-3.maddesi gereğince hakem veya hakem kurulunun seçimi taraflardan birinin istemi üzerine Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından belirlenecektir.

Taraflar hakem veya hakem kurulunu belirleyecek kişiyi seçerken ismen belirledikleri hakim veya savcuyu seçemezler. Zira Anayasa'nın 140.maddesi gereğince hakim ve savcılar ancak kanunla kendilerine verilen görevleri yerine getirebilirler. Zira tarafların anlaşması sonucunda hakim ve savcılara kanunların tayin etmediği görev verilemez.

3.9.2.4. Mahkeme kararı ile hakem seçiminin yapılması

Yukarıda da belirtildiği gibi Milletlerarası Tahkim Kanununun 7.maddesine göre taraflardan biri hakem seçimi konusundaki anlaşmaya uymazsa, kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği halde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşamazlarsa, hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse bu seçim mahkeme tarafından yapılacaktır.

Tahkim yolunun seçilmesiyle taraflar devlet mahkemelerinin yargılama yetkilerinden vazgeçmiş olurlar. Bu sebeple tahkim yolunda devlet mahkemelerinin yetkilerinin olmadığı kabul edilir. Aslında yine aynı gerekçe ile kanun koyucu hakemin seçilemediği durumlarda bu seçimin mahkeme tarafından yapılacağını öngörmüştür. Böylelikle tarafların uyuşmazlığın çözümünün tahkim yolu ile çözülmesi amacının gerçekleşmesi sağlanacaktır. Zira hakem ya da hakem kurulunun teşkilinin imkansız olması ve devlet mahkemesinin de hakem seçimi konusunda yetkisinin olmadığı kabul edilecek olsaydı

tahkim kurumunun işlemesi mümkün olmayacaktı. Çünkü hakem ya da hakem kurulu seçilmeden tahkim yargılamasına başlanamayacaktır. Yine Kanunun 3.maddesinde :”milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler, sadece bu Kanunun hükümlerine göre müdahalede bulunabilir” denilerek tahkim yolunda mahkemelerin müdahalelerini sınırlayıcı bir düzenleme getirmiştir.

Ülkenin devlet mahkemeleri hakem seçerken tarafların hakem seçilecek kişilerde aradıkları özelliklere bakması gerekecektir. Tahkim sözleşmesi ya da şartında hakem seçilecek kişilerin özellikleri belirtilmiş ise mahkeme tarafından bu özelliklere uygun hakem seçilecektir. Zira tahkim yolu tarafların iradesine dayanan bir yol olduğundan ve yasaların emredici kurallarına aykırı olmamak şartı ile tahkim sözleşmesinde belirlenen kurallar taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak anayasa kuralları niteliğindedir. Başka bir anlatımla, taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıklara tahkim sözleşmesinde kararlaştırılan hususlar en üst hiyerarşiye sahip kural olarak uygulanacaktır. Bu sebeple devlet mahkemeleri dahi, yasaların emredici kurallarına aykırı olmamak kaydı ile tahkim sözleşmesinde kararlaştırılan hususlara uygun karar vermekle yükümlüdür.

Hakemin atanmasını gerçekleştiren Devlet mahkemelerinin çok önemli faydası bulunmaktadır. Zira devlet mahkemesi tarafından atanan hakemin tarafsız ve bağımsız olacaktır. Taraflardan biri tarafından atanmayan hakem, her iki tarafa da eşit mesafede duracağından adalete uygun bir karar vermeye yardımcı olacaktır.

MTK 'nın 3.maddesine göre hakem seçimini yapacak olan görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi'dir. Asliye Hukuk Mahkemesi karar vermeden önce gerektiğinde tarafları dinleyecek, başka bir ifade ile duruşma yapacaktır. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin hakem seçimi konusunda verdiği karar kesindir. Karar için kanunda herhangi bir kanun yolu öngörülmemiştir. Zira tarafların tahkime başvurmalarının sebebi süratle uyuşmazlıklarının çözülmesi isteğidir. Eğer hakem seçimi konusunda kanun yolu öngörülmüş olsaydı tahkim yargılamasına başlamak uzun zaman kaybına neden olabilirdi. Ya da mahkeme kararı ile birlikte tahkim yargılamasına başlanması öngörülseydi ve bu arada da kanun yoluna gidilseydi çok daha karmaşık bir durumla karşılaşılabilirdi.

3.10. Hakem Olabilecek Kişiler

Milletlerarası Tahkim Kanunu 7.maddesine göre :”Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça hakem seçiminde aşağıdaki kurallar uygulanır” denilerek hakem seçiminde nelerin gözönünde bulundurulacağı belirlenmiştir. Kanunda “ Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça” denilmesi hakem olabilecek kişiler açısından kanunun düzenlemesinin tamamlayıcı hukuk normu niteliğinde olduğunu göstermektedir. O halde kanunda belirtilen durumlar, taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise uygulanabilecektir.

Gerçek kişilerde Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından hakem seçilebilir. Mülga HUMK yürürlükte iken iç tahkimde tüzel kişilerin mesela Anonim Şirketlerin de hakem seçilebileceği kabul edilmekteydi. HMK hakem olarak seçilecek kişileri Milletlerarası Tahkim Kanundaki gibi düzenlemiştir. Ancak HMK’ta da “taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça” denilerek kimlerin hakem olabileceği belirtildiğinden tarafların bu konuda aksine düzenleme yapabileceğini göstermektedir. O halde taraflar tahkim sözleşmesi ya da şartında hakem olacak kişinin tüzel kişi olabileceğini kararlaştırmamışlarsa taraflarca, tarafların belirlediği üçüncü kişi veya kurum ya da mahkemece belirlenecek olan hakemlerin gerçek kişi olması gereklidir.

21 Nisan 1961 Tarihli Cenevre’de Yapılan Avrupa Sözleşmesi’nin I/2-b maddesinde: ‘Hakemlik’ terimi ihtilafların sadece belirli hadiseler için seçilmiş hakemler tarafından değil(ad hoc hakemlik) bunların aynı zamanda daimi hakemlik müesseseleri tarafından halledilmesini ifade eder” denilmiştir (Turhan ve diğerleri,2002:44). Burada dolaylı olarak tüzel kişilerin de hakemlik yapabileceği vurgulanmıştır.

Diğer yandan Hakem olabilecek kişilerin hakem sözleşmesini yapabilmeleri için fiil ehliyetine sahip olmaları yeterlidir (Akıncı,2007:105). Bunların dışında hakemlerin belirli eğitimi almış ya da meslek mensubu olması gerekmemektedir. Buna rağmen hakemlerin genel olarak hukukçu seçilmesinde fayda vardır.

3.11. Hakemlerin Bağımsız Ve Tarafsız Olması

Hakemler her ne kadar hakemlik sözleşmesi gereğince taraflarla arasında özel hukuk ilişkisine girse de niteliği gereği yargılama faaliyeti yerine getirmektedirler. Yargılamanın bağımsız ve tarafsız kişiler tarafından yapılmaması, yargılamanın hiç yapılmaması ile aynı

anlama gelecektir. Hakemler taraflı veya bağımlı iseler adaletin yerine getirilmesini sağlayamazlar. Adalete aykırı hiçbir yargılama ise yargılama sayılmaz.

Bağımsızlık ve tarafsızlık hakemler için dünyadaki hemen hemen tüm ülkeler ve tahkim kurumlarınca kabul edilmiş bir ilkedir (Bkz. Kalpsüz, Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, 2008:29). Bağımsızlık ve tarafsızlık pek çok kaynakta birlikte kullanılsa da ayrı kavramlardır. Bağımsızlık idari ve ekonomik açıdan hakemlerin bağımlı olmamasını, tarafsızlık ise her iki tarafa eşit mesafede durarak sübjektif davranmamayı ifade eder (Akıncı,2007:115).

Yukarıda açıkladığımız gibi hakemlerin seçiminde taraflardan birinin belirleyici olması hakemlerin bağımsız ve tarafsızlığı ilkesine aykırı olması sebebiyle kabul edilemez. Hakemlerin seçiminde tarafların eşit sayıda hakem seçmesi gerekmektedir. Aynı şekilde evleviyetle kabul edileceği üzere taraflardan birinin tahkim yargılamasının hakemi olması kabul edilemez.

MTK'nın yürürlüğe girmesinde çok önce verilmiş Yargıtay 13.H.D. 26.09.1974 tarih ve 1974/2385 E. ,1974/2161 K. Sayılı kararında: "Davacı ile davalı banka arasında yapılan vekalet sözleşmesinin 11.maddesinde 'bu mukaveleden dolayı banka ile avukatı arasında çıkacak ihtilaflar banka idare meclisi tarafından halledilecektir' denilmektedir. Oysa hakim veya hakemin dava konusu çekişmeli işle ilgisi olmayan üçüncü kişilerden olması şarttır. Usulün 516.maddesindeki sözleşme serbestisi mutlak değildir. Kamu düzeni ile ilgili konularda hakem sözleşmesi yapılamaz. Hakemin uyumsuzluğa konu olan sözleşmenin taraflarından olmaması kuralı da kamu düzeni ile ilgilidir" denilmiştir (Ertekin-Karataş,1997:148).

MTK 'ya kaynak UNCITRAL Tahkim Kurallarının 9.maddesine göre: "Tayini düşünülen hakem, kendisini tayin etme durumunda olan kimselere, bu muhtemel tayinle ilgili olarak tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda haklı kuşkular uyandırabilecek hususları açıklamalıdır. Söz konusu hususlar taraflara açıklanmadı ise, hakem tayin edildikten veya seçildikten sonra bunları açıklayacaktır" denilmiştir (Turhan ve diğerleri,2002:136).

MTK 7/c maddesinde de kendisine hakemlik önerilen başka bir deyişle hakemlik sözleşmesi konusunda icapta(öneri) bulunulan kimse kabul beyanını açıklamadan önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe etmeyi gösteren hal ve şartları açıklamak zorunda

olduğu kabul edilmiştir. Hakemin bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde zarar gören tarafa karşı sorumlu olacaktır.

Yine MTK 7/c maddesinde taraflar önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde hakem daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirilecektir. Yasa koyucu hakemlerin sadece hakemlik sözleşmesi sırasında değil yargılama sonucunda karar verilmeye kadar hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmaları gerektiğini kabul etmiştir.

Hakemlerin tarafsız ve bağımsız olması ile ilgili olarak yasanın hükümlerinin aksi taraflarca kararlaştırılamaz. Kanun emredici hukuk normu niteliğindedir. Diğer maddeler “aksi kararlaştırılmadıkça” şeklinde başlamakta iken bu tarafsızlık ve bağımsızlık ile ilgili kanun maddesinde hakemlere getirdiği yükümlülüklerin sonuna “zorunludur” denilerek kanunun ilgili düzenlemelerini emredici hukuk normu haline getirmiştir. Kaldı ki kanunun lafzi anlamda emredici olduğu anlaşılmasaydı bile kanunun amacının “kamu düzeni” olması sebebiyle de kanunun emredici hukuk normu olduğu anlaşılabilirdi.

3.12. Hakemin Reddi

Milletlerarası Tahkim Kanununun 7/c maddesinde hakemin reddi sebepleri düzenlenmiştir. Hakemin reddi konusu kanunda tahkim kurumunun özelliğine uygun şekilde düzenlenmiştir. Kanun üç farklı durumda hakemin reddedilebileceğini kararlaştırmıştır.

İlk olarak hakemin taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmamasıdır. Tahkim irade serbestisi ilkesi gereğince gidilebilen bir yol olduğundan tarafların iradesi çok önemlidir. Özellikle uluslararası ticaret günden güne değişmekte ve gelişmektedir. Taraflar yapılan uluslararası ticaretin sorunlarını en iyi kavrayacak nitelikte hakemlerin seçilmesini istemiş olabilirler. Mesela hakem seçilecek kişinin gümrük müşaviri olması taraflarca kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir halde gümrük müşaviri olmayan bir kişi hakem seçildiğinde bu durum hakemin reddi sebebi teşkil edecektir. Yine hakemin taraflarca konuşulan dili bilmesi istenilmiş olabilir. Burada her iki tarafın konuştuğu dili bilen hakem uluslararası uyuşmazlıkları çok daha iyi ve hızlı çözebilecektir. Taraflar hakemin niteliği konusunda serbestçe anlaşma yapabilecekleri gibi bu konuda hiçbir düzenleme yapmayabileceklerdir. Taraflarca hakemin niteliği konusunda anlaşma yapılmamış ise

hakemlerin taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmaması sebebiyle reddedilmesi de söz konusu olmayacaktır.

Hakemlerin kabul edilmeme sebeplerinden bir diğeri taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebinin mevcut bulunmasıdır. Taraflar tahkim usulüne ilişkin belirli kurumsal tahkim merkezlerinin usulü kurallarına ya da usul kanunlarının uygulanması konusunda anlaşmış iseler bu kural ya da kanunun hakem ya da hakimlerin reddine dair hükümleri hakemlerin red sebeplerini teşkil edecektir. Eğer tahkim usulüne ilişkin kurallar taraflarca belirlenmiş ise bu usul kurallarında hakemlerin reddine ilişkin düzenleme var ise bu düzenlemeler de yasa gereği hakemlerin reddi sebebi teşkil edecektir. Tarafların anlaşarak ret sebebi öngörmesine yasa koyucu böylelikle müsaade etmiştir. Devlet mahkemelerinde taraflar hakimin reddi sebebi anlaşma ile kararlaştıramazken, irade serbestisine dayanan tahkim yolunda bu mümkündür. Taraflar istedikleri gibi hakemin reddi sebebinin kararlaştırabilirler. Mesela hakemin yargılama ile ilgili görüş açıklaması ya da taraflardan birine yol göstermesi red sebebi olarak kararlaştırılabilir. MTK 3/c maddesi devlet mahkemelerinde yasa koyucunun düzenlemesi ile belirlenen hakimin reddi sebeplerini belirleme yetkisini taraflara tanımaktayken tarafların irade özgürlüklerine ne kadar önem verdiğini de göstermektedir.

Hakemlerin reddi sebeplerinden üçüncüsü ise hakemin tarafsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartların gerçekleşmesidir. Üçüncü red sebebinde her ne kadar yasanın lafzi yorumu hakemin tarafsız olmamasını red sebebi saymakla yetinmiş gözükse de bu red sebebinden hakemin tarafsız ve bağımsız olmamasının red sebebi teşkil ettiği anlaşılmalıdır.

Yine hakemlerin reddi usulünü de taraflar istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Taraflarca bu konuda anlaşma yok ise yasanın tamamlayıcı 7/d maddesi uygulanacaktır. Buna göre hakemi reddetmek isteyen taraf hakemin veya hakem kurulunun seçiminden ya da hakemin reddi isteminde bulunabileceği bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren otuz gün içinde ret isteminde bulunabilir. Red isteminde bulunan taraf bunu yazılı olarak karşı tarafa bildirmek zorundadır. Yasa şifahi bildirimini kabul etmemiştir.

Tek hakem(ad hoc) söz konusu ise hakemin reddi istemi doğrudan Asliye Hukuk Mahkemesinden istenilecektir. Uyuşmazlığı çözecek hakem kurulu var ise öncelikle hakem kurulu tarafından hakemin reddi istemi hakkında karar verilecektir. Ancak hakem kurulu

olmakla birlikte hakem kurulunun tümünün veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddi istemi de doğrudan Asliye Hukuk Mahkemesine yapılacaktır.

Hakem kurulundan birden çok hakemin kabulünü istemeyen taraf red istemi ile birlikte gerekçesini de bildirecektir. Hakem kurulu tarafından verilen karar ile red isteminin kabul edilmediğini öğrenen taraf, bu tarihten itibaren karara karşı otuz gün içinde Asliye Hukuk Mahkemesine başvurarak bu kararın kaldırılmasını ve hakem veya hakemlerin reddine karar verilmesini isteyebilir.

Herhangi bir durumda Asliye Hukuk Mahkemeleri tarafından verilen kararlar kesindir. Asliye Hukuk Mahkemesi red isteminin reddine karar verirse tahkim yargılaması davanın açıldığı hakem tarafından görülmeye devam edecektir. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından hakemin reddi isteminin kabulüne karar verilmesi halinde rededilen hakem yerine yeni hakem seçilecektir. Ancak seçilen hakemin veya hakem kurulunun tümünün ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak kadar sayıda hakeminin ismen belirlenmiş olması halinde tahkim sona erecektir.

3.13. Hakemin İstinkafı ve Azli

Hukuki ve fiili nedenlerden dolayı hakemin görevini hiç ya da zamanında yerine getiremediği takdirde hakemlik yetkisi, hakemin çekilmesi (istinkafı) veya tarafların bu yönde anlaşmaları ile sona erer.

Hakemlik yetkisinin taraflarca birleşik anlaşmaya varılarak sona ermesine hakemin azli denilmektedir (Kalpsüz,2010:61). Hakem ile taraflar arasında bilindiği gibi hakemlik sözleşmesi bulunmaktadır. Özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki bu sözleşmeye göre sözleşmenin hakem dışındaki uyuşmazlık taraflarınca her zaman sona erdirilmesi mümkündür. Zira Roma Hukukundan beri hukukta tarafların iradeleri kurulan sözleşmeler (consensus) yine tarafların zıt iradeleri ile (contrariusconsensus) ortadan kaldırılabilir (Rado,1997:143). Burada dikkat edilmesi gereken şey, tarafların hakem sözleşmesini sona erdirmeleri, tahkim sözleşmelerini devam ettirmeleridir. Ancak hakem ismen belirlenmiş ve taraflar bu hakemi azletmiş olur iseler tahkim yargılaması da sona erecektir. Bu durumda taraflar ancak yeni bir tahkim sözleşmesi yaparak tahkim yoluna gidebilirler. Hakem ismen belirlenmemiş ise tahkim yargılaması sürecinde farklı bir hakem seçilerek uyuşmazlığı çözmesi istenebilir.

Tahkim sözleşmesinin her iki tarafı hakemin çekilmesi gerektiği konusunda anlaşamayabilirler. Başka bir anlatımla taraflardan biri hakemin çekilmesi gerektiğini düşünürken diğeri hakemlik görevinden devam etmesini isteyebilir. Böyle bir durumda tahkim sözleşmesinin taraflardan biri tarafından hakemin tek tarafı olarak azledilmesi mümkün değildir. Tarafların hakemin çekilmesini gerektiren sebeplerin varlığı konusunda uyuşmazlık olursa, taraflardan biri Asliye Hukuk mahkemesinden hakemin yetkisinin sona erdirilmesi konusunda karar verilmesini isteyebilir. Asliye hukuk mahkemesinin vereceği karar kesindir.

Tahkim de tarafların anlaşması, mahkemeden talepte bulunmasına dahi gerek olmadan hakemler de kendi rızası ile hakemlikten çekilebilirler. Hakemin kendiliğinden hakemlikten çekilmesine hakemin istinkafı adı verilmektedir. MTK 7/f maddesinde hakemin istinkaf etmesi veya diğeri tarafın hakemin yetkisinin sona ermesine muvafakat etmesi, hakemin ret sebeplerinin varlığının kabulü anlamına gelmez. Hakemin hiçbir ret sebebi olmadan hatta hiçbir gerekçe olmasa dahi taraflar anlaşarak hakemi azledebilirler. Yine hakem hiçbir gerekçe olmadan görevinden istinkaf edebilir. Her iki halde de hakemin ret sebeplerinin bulunduğu kabul edilemeyecektir.

3.14. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk

Uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku seçmekte taraflar irade serbestisine sahiptirler. Taraflar sahip oldukları bu irade serbestisi sayesinde “aşına oldukları için kendi hukuk kurallarının uygulanmasını ya da bir ülke hukukunun ticaret alanında daha gelişmiş kurallara sahip olması dolayısıyla bu hukukun uygulanmasını isteyebilecekleri” için diledikleri gibi hukuk seçiminde bulunabilirler (Alibaba,2005:67). Milletlerarası Tahkim Kanunu 12/C maddesine göre de: ”Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir.”denilmektedir.

Ülkelerarası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim kurumu seçildiğinde görüldüğünü gibi MTK taraf iradelerine üstünlük tanımaktadır. Böylelikle uluslararası ticaretin daha çok işlerlik kazanacağı düşünülmüştür. Zira uluslararası ticaret yapan kişi ya da kurumlar iradelerinin hür olması ve yaptıkları hukuki işlemler sonucunda öngörebildikleri sonucun gerçekleşmesini arzulamaktadırlar. Taraflara aralarında çıkabilecek uyuşmazlıkların esasına uygulanacak hukuk kurallarını seçme serbestisi

tanınması sayesinde taraflar MTK çerçevesinde tahkim yoluna başvurduklarında dünyadaki hiç bilmedikleri bir ülkede ticaret yaparak o ülke ile hiçbir irtibatı olmayan hukuk kurallarına göre uyuşmazlıklarını çözebileceklerdir.

Benzer şekilde 21 Nisan 1961 tarihli Cenevre’de yapılan Avrupa Sözleşmesi’nin VII maddesinde :”Taraflar hakemlerin ihtilafın esasına tatbik edecekleri hukuku tayin etmekte serbesttirler. Eğer taraflar tatbik edilecek hukuku kararlaştırmamışlar ise hakemler ihtilafın nev’ine göre münasip görecekları kanunlar ihtilafı kaidelerinin tayin ettiği kanunu tatbik edeceklerdir” denilmektedir (Turhan ve diğerleri, 2002:48). Yine Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları 17.maddesinde: ”Taraflar, hakem mahkemesinin uyuşmazlığın esasına uygulayacağı kuralları seçme konusunda serbesttirler” denilmiştir. MTK’ya kaynak teşkil eden UNCITRAL Tahkim Kuralları 33.maddesinde:”Hakem mahkemesi, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak tarafların tayin ettiği hukuku uygulayacaktır” denilmiştir (Turhan ve diğerleri,2002:144).

Ortaya konulduğu gibi MTK’nın dışında uluslararası sözleşmeler ile kurumsal tahkim kuralları ve UNCITRAL model kurallarda hemen hemen aynı şekilde düzenleme yapılarak tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçme konusunda irade serbestisine sahip olduğu kararlaştırılmıştır.

MÖHUK 24/I. maddesinde sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir denilmektedir. Ancak MTK tarafların hukuk seçimini “açıkça” yapacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Buradan yola çıkılarak MTK çerçevesinde tarafların hukuk seçiminin zımni olarak da yapılabileceği kabul edilmektedir (Akıncı,2007:168). Taraflar açık ya da zımni olarak hukuk seçimini asıl sözleşmede, tahkim şartında veya uyuşmazlık sonrasında kararlaştırabilirler.

Kişiler hukuki tercih yaparak birlikte bu seçimin esas, usul ya da kanunlar ihtilafı kurallarından hangisi için seçimde yaptıkları hususunu açıkça kararlaştırmış olması gerekmektedir. Taraflar belirli bir devletin hukukunu seçmekle birlikte açıkça o hukuk kurallarının usul ya da kanunlar ihtilafı kurallarının seçildiği kararlaştırılmamışsa MTK 12/C maddesine göre seçilen hukuk maddi hukuk olarak kabul edilecektir. MTK yürürlüğe girmeden önceki dönemde taraflarca belirli devletin hukuk kuralları kabul edildiğinde bunun hem usul hem de esas hukuku kapsadığı kabul edilmekteydi. MTK’nın bu konudaki

açık düzenlemesi karşısında artık taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça belirli devletin hukuk kuralları seçildiğinde esasa ilişkin kuralların seçildiği kabul edilecektir (Kalpsüz, 2010:98).

Düzeyle bir kamu yasasının tercih edilmiş olması devletin ticari örf ve adetleri ile ticari teamüllerinin de uygulanması anlamına gelip gelmeyecek konusu MTK ve uluslararası sözleşmeler ile kurumsal tahkim kurallarında farklı düzenlenmiştir. MTK 12/C maddesine göre sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticari örf ve adetler ile ticari teamüller de göz önüne alınır. MTK'ya göre esasa ilişkin seçilen devlet hukukunun bizatihi kendisinin ticari örf ve adetleri ile ticari teamülleri uygulama alanı bulacaktır. Halbuki uluslararası sözleşmeler ve kurumsal tahkim kurallarında seçilen hukukun ticari örf ve adeti değil tarafların arasındaki uyuşmazlığa daha uygun çözüm üretecek “milletlerarası ticari uygulama sonucunda oluşan ticari örf ve adetlerin” uygulanması söz konusu olacaktır (Akıncı,2007:170). Nitekim Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları 17.maddesinde hakem mahkemesinin, her halde esas sözleşme hükümleri ve ilgili ticari örf ve adetleri dikkate alacağını düzenlemiştir. Yine 21 Nisan 1961 tarihli Cenevre’de yapılan Avrupa Sözleşmesi’nin VII maddesinde hakemlerin ticari adetleri nazara alacakları kararlaştırılmış olmakla tarafların seçtiği hukukun ticari adetlerinin dikkate alınacağı kararlaştırılmamıştır.

MTK 12/c maddesine göre tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları halinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar verecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk açısından “en yakın bağlantı” kıstasını kabul etmesi İsviçre Federal Mahkemesi’nin en son kararlarına da uygundur (Bkz. Kaneti,S., İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, Ankara 1968, s. 224-225). Zira İsviçre Federal Mahkemesi BGE. 44 II 280, 49 II 73 sayılı önceki kararlarında sözleşmenin kurulduğu yerin kanununun uyuşmazlık hakkında da uygulanması gerektiğine karar vermekteydi. Ancak daha sonra vermiş olduğu BGE. 77 II 84,278, 78 II 77 numaralı kararlarında “Taraflar uygulanacak hukuk hakkında anlaşmamışlarsa, İsviçre’nin devletler özel hukukuna göre, sözleşmeye, en sıkı yerel bağlantıyı gösterdiği devletin hukuk düzeni” uygulanacaktır. MTK’da geçen “en sıkı yer” kavramından ne anlaşılması gerektiğini de Federal Mahkeme “ Bu bağlantıyı sözleşmenin

karakteristik edimini tayin eder; satımda belirleyici edim satıcının edimidir. Satıcının ikametgahı İsviçre’de olduğundan, sözleşmeye İsviçre hukuku uygulanacaktır” şeklinde tanımlamıştır (Kaneti,1968:224-225).

Farklı açıdan yinelersek MTK 12/C maddesi gereğince taraflar uyuşmazlığın esasına ilişkin uygulanacak esasa ilişkin kuralları belirlemedikleri gibi hakemlerce de belirlenmesini istemeyebilirler. Taraflar böyle bir durumda hakem veya hakem kurulunu, açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak uyuşmazlığın çözülmesini kararlaştırabilirler.

Hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre sorunun yani uyuşmazlığın çözülmesi açıkça taraflarca kararlaştırılmış olması durumunda hakem ya da hakem kurulu belirli ülkenin hukuk kuralları ile bağlı olmadan uyuşmazlığı çözebilecektir. Ancak hakem ya da hakem kurulunun uyuşmazlığın çözümü konusunda hakkaniyet ve nesafete göre karar verecek olması keyfi, istediği gibi karar vereceği anlamına gelmeyecektir. Hakemler tarafların eşitliği, mahkemede karşılıklılık gibi hususlar ile o ülke ve uluslararası kamu düzeni ile bağlı olduğu kabul edilmektedir. Hakemlerin uyuşmazlığı dostane aracı olarak çözmesi hakemlerin bağlayıcı karar alamayacağı anlamına gelmeyecektir. Dostane aracılıkta da hakemlerin verecekleri kararlar bağlayıcı olacaktır ancak bu yöntemde hakem ya da hakem kurulu mümkün olduğunca tarafları sulh etme konusunda gayret gösterecektir (Kalpsüz,2010:100).

3.15. Tahkim Usulüne Uygulanacak Kurallar

3.15.1. Yargılama usulüne uygulanacak hukuk

Kamu mahkemeleri yargılama yaparken usul kuralları çerçevesinde yargılamayı yürütür ve karar verir. Tahkim mahkemesi de yargılamayı tahkim usulü kurallarına göre yürütmekle yükümlüdür. Duruşmaların nasıl yapılacağı, tahkim yeri ve dilinin ne olacağı, dava ve savunma dilekçeleri ile delillerin nelerden ibaret olduğu ve toplanması, süreler gibi konuların tamamı tahkim usulü kavramı içerisinde değerlendirilecektir.

Ülkemiz hukukunda tahkim usulüne uygulanacak hukukun belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Zira Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 07.11.1951 tarih ve 1951/126

E.,1951/109 K. sayılı kararından beri tahkim yargılamasının yürütüldüğü usul kuralları yargılama sonunda verilen hakem kararının milliyetini belirleyecektir (Bkz. Kalpsüz,T., Hakem Kararlarının Milliyeti, Ankara 1978, s.619). Buna göre tahkim yargılaması Türk Usul Kuralları mesela MTK ya da HMK usul kuralları çerçevesinde verilmiş olması durumunda hakem kararı milli hakem kararı kabul edilecek ve buna bağlı olarak tenfiz edilmesi gerekmeyecektir. Ancak tahkim yargılaması yabancı bir hukuk, milletlerarası anlaşma yahut kurumsal tahkim usul kuralları çerçevesinde verilmiş ise hakem kararı yabancı hakem kararı sayılacak ve hakem kararının icra edilebilmesi ve hukuki sonuç doğurabilmesi için tenfiz edilmesi gerekecektir. Mesela hakem kararı 1 Mayıs 2011 tarihinde yürürlüğe giren 2011-48 sayılı kararnameye dayanarak çıkarılan Fransız Milletlerarası Tahkim Kurallarına göre yürütülmesi durumunda, verilecek hakem kararı yabancı hakem kararı sayılacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu 8/A maddesi gereğince taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler.

MTK'ya göre taraflar tahkim yargılamasında uygulanacak usul kurallarını istedikleri gibi irade serbestisine dayanarak belirleyebilirler. Başka bir ifade ile taraflar hiçbir devlet usul kuralı, kurumsal tahkim kurallarında belirlenen usul kuralları yahut milletlerarası tahkim kurallarını belirleyen metinlerde belirtilen kuralları uygulanmasını kararlaştırmadan uyuşmazlığa uygulanacak usul kurallarını belirleyebileceklerdir. Taraflar tahkim sözleşmesi ya da şartında usul kurallarını tek tek yazabileceği gibi ayrı bir anlaşma ile de usul kurallarını belirleyebilirler. Mesela taraflar tahkim sözleşmesinde tüm dilekçe, beyan ve delillerin verilmesi ile kararların tebliğinin belirli mail adresi üzerinden yapılacağını ve belirlenen mail adresine mailin gönderilmesinden bir hafta geçtikten sonra karşı tarafa tebliğ edilmiş sayılacağını kararlaştırabilirler. Böyle bir usul düzenlemesi gelişen uluslararası ticaretin de yapısına uygun düşecektir.

Tahkimi oluşturan taraflar tahkim usulüne uygulanacak kuralları tek tek belirlemek yerine belirli devletin usul kurallarının tahkim usulünde uygulanacağını kararlaştırabilirler. Mesela Alman, Fransız, İsviçre usul kuralları tahkim yargılamasında uyulacak usul kuralları olarak belirlenebilir. Yine taraflar belirli tahkim kuralları usul kurallarının tahkim yargılaması usulünde uygulanmasını kararlaştırabilirler. Mesela Milletlerarası Ticaret

Odası Tahkim Kuralları yahut İstanbul Ticaret Odası Tahkim-Uzlaştırma-Hakem Birlikli Yönetmeliğinin usul kurallarında gözetilmesi gerektiği taraflarca kararlaştırılabilir. Yahut milletlerarası metinler mesela UNCITRAL Tahkim Kurallarının tahkim kuralları olarak kararlaştırılması mümkündür.

Kişiler tek tek tahkim kurallarını belirlemiş olsunlar ya da belirli devletin, kurumsal tahkim kurallarının yahut milletlerarası metinleri tahkim usulü olarak belirlemiş olsunlar MTK'nın 8/A'ya göre MTK'nın emredici hükümlerine aykırı usul kuralları kabul edilemez. MTK'nın emredici hukuk kurallarına göre yürütülen tahkim 15/A/f maddesi gereğince iptale tabi olacaktır. Kural olarak Milletlerarası Tahkim Kanununun hemen hemen tüm maddeleri "aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça" diyerek başladığından MTK'nın genel olarak tamamlayıcı hukuk kurallarını içerdiğini söyleyebiliriz. Ancak tahkim süresinin uzatılması yönünde taraflarca anlaşma sağlanamaz ise mahkemeden tahkim süresinin istenilmesine ilişkin MTK 10/B maddesinin emredici hukuk normu olduğunu dolayısıyla mahkeme dışında kurumsal tahkimde dahi tahkim süresinin mahkeme dışında bir kurum veya kişiden istenilemeyeceği doktrin tarafından kabul edilmektedir (Akıncı,2007:123).

Diğer yandan taraflar arasında tahkim usulünü belirleyen anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre yürütecektir. Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu taraflar arasında usul hukuku konusunda anlaşma yoksa uyuşmazlığın daha uygun olduğu usul kurallarının hakem mahkemesince seçilebilmesine müsaade etmemiştir. Buna mukabil çağdaş hukuk sistemleri esasa uygulanacak hukukun hakemlerce seçilebileceği gibi usule uygulanacak usul kurallarının da hakem mahkemesince seçilebileceğini öngörmektedir. En son olarak 1 Mayıs 2011 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkime ilişkin Fransız usul Kanununun 1509.maddesinde tahkim anlaşmasında uygulanacak usul hakkında düzenleme bulunmaması durumunda hakem mahkemesinin ihtiyacı kadar usulü ya doğrudan doğruya, ya da bir tahkim tüzüğüne veya usul kurallarına ilgide bulunarak hakem mahkemesince düzenleneceği belirtilmiştir (Dayınlarlı,K.,Fransa'da Milli-Milletlerarası Tahkim Kanunu Reformu, Ankara 2011, s.51). Görüldüğü gibi Fransız Kanunu MTK'ya göre uyuşmazlığın ihtiyaçlarını kolaylıkla giderebilecek liberal bir çözüm üretmiştir. Türk Hukukunda tazminat döneminden beri, İslam hukukunda ticarete ilişkin kuralların az ve işlenmemiş olması sebebiyle yabancı ülkelerin bu yöndeki mevzuatının iktisabına yönelinmiştir (Bkz. ÜÇOK, Ç. , MUMCU, A. , BOZKURT, G., Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1999, s.293).

Avrupa devletleri arasında ise en çok mevzuat iktisabında bulunulan ülkenin Fransa olması sebebiyle Fransa'nın tahkime ilişkin yasaları oldukça önem arz etmektedir.

Tekrarlı olarak MTK'ya kaynak teşkil eden UNCITRAL tahkim kurallarının 15.maddesinde de hakem mahkemesinin uygun gördüğü şekilde tahkimi yürütme hakkına sahip olduğu belirtilerek tahkim usulünü belirleme konusunda takdir hakem mahkemesine bırakılmıştır.

3.15.2. Tarafların eşitliği

Uyuşmazlık çözüm sistemi tahkim için hangi hukuk kuralları uygulanırsa uygulansın hakem mahkemesince tarafların eşitliği ilkesine uyulması zorunludur. Zira tarafların eşitliği ilkesi köklerini 1215 tarihli Magna Carta ve Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinden alan adil yargılanma ilkesinden alan vazgeçilmez bir kuraldır (Bkz. PEKCANITEZ, H., Medeni Yargıda Adil Yargılanma, Ankara 1997, s.35). Milletlerarası Tahkim Kanununun 8/B maddesine gereğince taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahip olup, iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınır.

Eşitlik sisteminin tarafları “davada her iki tarafa iddia ve savunmalarını ileri sürme imkanının tanınması, taraflara eşit muamele edilmesi, mahkeme huzurunda karşılıklılık esasına göre dinlenmeleri gibi milletlerarası usul hukukunun kamu düzeni kaideleri” anlaşılması gerekecektir (Kalpsüz,T.M.T.: 101-102) . Gerçekten de tarafların eşitliği ilkesi hem milletlerarası hem de MTK anlamında milli kamu düzenine ilişkin aksi kararlaştırılmayan emredici hukuk normu niteliğindedir.

Eşitlik prensibi bu yönüyle ile milletlerarası tahkime ilişkin hemen hemen tüm kurallarda kabul edilmiş bir usul kuralıdır. UNCITRAL tahkim kurallarının 15.maddesinde tahkim süresince tarafların eşitliği ilkesine uyulmalı ve tahkimin her aşamasında taraflara davasını tam bir şekilde sunma imkanı verilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Yine kurumsal tahkime ilişkin Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının 15/2 maddesinde de hakem mahkemesinin her halde adil ve tarafsız davranacağı, taraflara iddialarını sunabilmesi için yeterli imkanı sunacağı kabul edilmiştir. Yine Fransız Milletlerarası Tahkime ilişkin 1 Mayıs 2011 tarihinde yürürlüğe giren usul kurallarının 1510.maddesine

göre “seçilen usul ne olursa olsun, hakem mahkemesi tarafların eşitliğini garanti eder ve karşılıklı olarak itiraz etme ilkesine riayet eder” denilmektedir (Dayınları,2011:51).

3.15.3. Tahkim yargılamasında temsil ve avukatlık

Tahkim yargılamasının bizzat tarafların katılması ile yürütülmesi mümkün olduğu gibi tarafların temsilcilerinin katılması ile de yürütülmesi mümkündür. Milletlerarası Tahkim Kanununun 8/B maddesi gereğince tahkim yargılamasında taraflar, yabancı gerçek veya tüzel kişiler tarafından da temsil edilebilirler.

Bu yüzden milletlerarası tahkim yargılamasının devlet mahkemelerinde yapılan yargılamalardan temsil ve avukatlık yönünden ciddi anlamda ayrıldığı görülmektedir. Devlet mahkemelerinde kural olarak temsil edilebilmek için avukat olmak şarttır. Buna rağmen milletlerarası tahkim yargılamasında vekalet ilişkisinin kurulması ve temsil faaliyetinin gerçekleşmesi için avukat olma şartı yoktur.

Aynı sebeplerden dolayı yine Milletlerarası Tahkim yargılamasında temsil faaliyetini tüzel kişiler dahi organları vasıtasıyla tüzel kişi adına gerçekleştirebilir. Devlet mahkemesinde tüzel kişinin bir başka kişiyi temsil etmesi mümkün değildir.

Öte yandan Türkiye’de devlet mahkemelerinde avukatlık yapabilmek için Avukatlık Kanununun 3.maddesi gereğince Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak ile Türk Hukuk Fakültelerinin birinden mezun olmak şartı bulunmaktadır. Buna rağmen milletlerarası tahkimde temsil ilişkisinin kurulmasında temsilcinin ya da avukatın milliyetinin önemi yoktur.

MTK’nın 8/B son fıkrasında belirtildiği gibi yabancı gerçek veya tüzel kişiler tarafından temsil edilebilme mahkemelere yapılan istemlere uygulanmaz. Bu düzenlemenin amacı milletlerarası tahkim için dahi olsa Türk hukukunda ancak Türk Vatandaşlarının avukatlık yapabileceği kuralının kamu düzenine ilişkin bir düzenleme oluşu ve bu düzenleme hakkında istisnai bir düzenleme oluşturulmak istenmemesidir.

Tahkim sözleşmesinde görevini gerçekleştiren avukatın avukatlık ücreti ile ilgili çıkabilecek uyuşmazlıkların yine tahkim yargılaması ile çözülebileceğini burada ifade etmek gerekmektedir. Zira vekalet ücreti de tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta

bulunabileceği bir haktır. Burada bahsedilen vekalet ücretine ilişkin tahkim yolunun ihtiyari tahkim yolu olduğunu belirtmekte fayda var.

Buna zıt olarak bilinen 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 02/05/2001 gün ve 4667 Sayılı yasa ile değiştirilerek vekalet sözleşmesinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlıkların, hukuki yardımın yapıldığı yer barosunca oluşturulan hakem kurulu tarafından çözümlenmesi kabul edilmişti. Söz konusu kanun değişikliği, Anayasa Mahkemesi'nin 03/03/2004 tarih ve E. 2003/98, K. 2004/31 Kararı ile, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının sadece kendi üyeleri arasındaki uyuşmazlıkları çözmesi düşünülebilirse de kurum dışındaki kişilerle olan ihtilafları çözmesi düşünülemeyeceğinden ve madde bu haliyle mahkemelere başvuru hakkını önlediği için Anayasanın 36. maddesinde yazılı hak arama özgürlüğüne de kısıtlama getirdiği için Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Böylece vekâlet ücretinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Türk Hukukunda mecburi tahkim kurumu Anayasa'ya aykırı bulunsa da ihtiyari tahkimin mümkün olabileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Vekalet ücretinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ihtiyari tahkim kurumunun kabul edilmemesi halinde özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklarda avukat sıkıntısının yaşanabileceğini belirtmekte fayda vardır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bu çalışmanın ilk bölümünde dış ticaretin tanımı, amaçları, türleri, yararları ve Türkiye'nin dış ticaretinde yaşanan gelişmelerinden bahsedilmiştir. İkinci bölümde uyuşmazlık kavramı, özellikleri, nedenleri ve çözüm yollarına değinilmiştir. Üçüncü bölümde ise uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yolu ile çözümlenmesine değinilmiştir. Genel değerlendirmeyle çalışmayı ele alacak olursak, tahkim özel adalet tarafların iradesi dışında doğar. Bir sözleşmeye bir tahkim şartı dâhil ederek, tarafların herhangi bir mahkeme dışında olay için anlaşmazlıkların çözümlerinde başka seçim bırakılmaz ve bu anlaşmazlıklar hakeme sunulur.

Daha spesifik olarak, tüm bölümlerde dış ticaret ve uygulaması ile ilgili koşullar ve böyle bir anlaşmanın içeriği ve konuları üzerinde durulmuştur. Bu çalışma aynı zamanda "tahkim sözleşmesinin ayrılması" ve "Kompetenz-Kompetenz" olarak bilinen ilgili prensiplerde değerlendirilecek olursa; bu sorun şu şekilde özetlenebilir. Biz de tahkim ihtilafların nihai ve bağlayıcı bir anlaşma yapmaları için bir tahkim şartında taslak oluşturulur ve bu konuda bazı yönergeler sağlanır. Bazı durumlarda tartışmacılar için tahkim anlaşmasında zorluklar çıkabilir; örneğin;

- Ana sözleşme geçersiz ise, yani ona aksesuar tahkim anlaşması ise; tahkim sözleşmesi geçersiz kabul edilirse

- Hakem bu tür sözleşme ile ilgili sözleşme geçersiz olup olmadığını da dahil olmak üzere söz konusu herhangi yargıyı çözmek için yoksun bir durumda ise

- Tahkim sözleşmesinin geçerliliği sorgulanıyor gibi bir mahkeme konuyu karar verene kadar, hakemlerin müdahale etmeleri uygunsuzsa

Bu şekilde, bir savunma sadece dosyalama tahkime bir engelleme getirecektir. Bu durumu önlemek için, çoğu yasa ve tahkime ilişkin düzenlemelerde çok önemli iki ilkeyi dahil etmektedir:

- "Ayrılabilirlik", "özerklik" veya tahkim şartının "bağımsızlık"; ve
- "Kompetenz-Kompetenz" ya da "compétence de la compétence".

Bahsi geçen iki ilke farklı durumlara da bakmaktadır. "Kompetenz-Kompetenz" ilkesi hakemlerin inceleme ve kendi yetkileriyle yaptıkları itirazın ilk etabında karar verme imkânını öne çıkarmak için ortaya konulmuştur. "Tahkim şartının ayrılabilirliği" ilkesine göre, hakemler karar verirse, kendi yetki kapsamında, tahkim şartı içeren sözleşme geçersiz ve hükümsüz olduğunda, onların yargı kaybı söz konusu olmaz. Savlarının genellikle aynı anda karar vermeleri uygundur; çünkü uygulamada iki ilke, birbirini tamamlamaktadır. Sözleşmenin geçersizliği, tahkim sözleşmesinin geçersizliği ve hakemlerin yargı sonucu eksikliğini genellikle ortak bir savunma stratejisinin bir parçasıdır.

Bu sınıranan belirteçler yazarların, içtihadının kabulü ve tüzüğü tarafından tanınan bir gözetmen tarafından onaylanmıştır. Bunların amacı yargıyı korumak ve anlaşmazlıkları, sözleşmenin bitmesi veya geçersizliği ile ilgili hataları çözmek için hakemleri bir yargıda bütün olmalarını sağlamaktır. Aksi takdirde, sözleşme geçersizliğini sadece çekişmeyle tahkim sözleşmesinin etkilerini nötralize etmek anlamına gelecektir. Bu da, çatışmayı çözmek için tarafların seçtiği yöntemi geçersiz kılmak demektir.

Ana amaç argüman tahkim şartı bir sözleşme dahilinde sadece bir fıkra değildir. Özel amaçlı sözleşmeye ilişkin tüm sorulara, kendi yargı ile ilgili bile olsa olanlara kural gereği hakemlerini yargılamaları konusunda önemli olarak etkilemektedir. Sözleşme çerçevesinde doğan farklılıkları çözmek gerekir ve olanların üzerine yargı görüşülerek yapılmalıdır. Bu kuralların arkasında başka nedenler de vardır. Sadece sözleşme tahkime kurtulmanın basit bir yol teşkil edecek geçersiz bir savunmanın yükselmesiyle hakemlerin yargılamalarını kaldırmak imkansızdır. Hakem yargı meselesinde sözleşme geçerliliğini bir önceki mahkeme kararına bağlaması ve diğer hakemlerinde buna müdahalesinde kolaylaştırıcı bir rol oynamalıdır. Bu şekilde diğer hakemlerin istenmeyen müdahalesi kolayca önlenebilir. Bu tahkim sözleşmeden doğan çatışmaları göndermek için tarafların asıl ortak niyeti göz ardı edilerek gerçekleştirilmektedir. Örneğin, Devlet A'da gerçekleşen bir ticari tahkimin,

ticari veya ticari olmayan ya da farklı ülkelerden veya aynı ülkeden olup olmadığı önemlidir. Devlet B'de ise bir yabancı tahkim olması geçerliliği vardır ve Devlet A'daki ticari unsurlarında kabullunun gerçekleşmesi adına çoğu ticari unsurları kabul ederken Devlet A, Devlet B'ye yabancı tahkim olduğundan anlaşmazlıklar, uyuşmazlıklar görülebilir. Devlet B mahkemeleri Devlet A'yı tahkim ve herhangi uygulanmasına çağırarak bir maddeye çağrıda bulunmak için uluslararası bir uygulamada bulunmak durumundadır. Bazı hukuk sistemlerinde mahkemelerin koruma veya benzeri geçici emir vermesi, delil alımlarında yardım yoluyla bir "yabancı" tahkim yardımına gelmeyecektir. Ancak, birçok modern tahkim yasaları mahkemelerin yabancı ülkelerde yer alan tahkime yardım sağlamak için bazı ilkeleri kabul etmek durumunda kalmıştır. Bu ilkeler yaygın olarak bilinse de,(yeterlilik sorunu) gözden geçirmek için doğrudan sağ aracılığıyla veya arabulcu aşamasında genellikle yetkinlik iktidarı tahkimlere bağlı mahkemelerde sonuçlanmaktadır.

Uluslararası ticari tahkim ise günümüzde hala devam eden bir çalışmadır. İlk olaylar 1923 yılında başlamış ve şu anda yeni gelişmelerle Uluslararası Ticaret Hukuku Birleşmiş Milletler Komisyonu'nun(UNCITRAL) görüşmeleriyle devam etmektedir. Yaklaşık seksen yıl önce gerçekleşen bu çalışmalar hala devam etmektedir. Uluslararası düzeyde gerçekleşecek gelişmeler bazı farklı zamanlarda ABD tarafından uygulanan değişiklikler görülmektedir. Uluslararası ticari tahkim biçiminde dış ticaretteki tahkimde önemli bir miktarda büyüme tüm alanlarda önemli bir etkiye sahiptir.

Sonuçlanacak uyuşmazlıklar için "tahkim" erken tarih sistemlerinde geliştirilen en genel görüşmelerdir. Tahkim tarafından yerleşmiş özel partiler arasındaki uyuşmazlıklar aile, doğa, iş ilişkilerinin olması ya da iki ticari işletmeler arasında olabilir. Geçmişte bu tür anlaşmazlıkların tamamen yerli ve geliştirilen tahkim sistemlerinin özellikle toplumun doğasını yansıtmada önemli bir rolü vardır. Bu kıtalar arasında; Avrupa, Latin Amerika, İslam ülkeleri, Amerika Birleşik Devletleri ve Çin iç tahkim arasındaki büyük farklılıkları bulmak için geliştirilmiş ve bu nedenle uluslararası önemli bir etkinliğe sahip olmuştur. Özellikle Latin Amerika'da ve İngiltere'de bazı ülkelerde, tahkim geleneksel davalarla Devlet sisteminin bir uzantısı olarak görülmekteydi. Böyle bir ortamda bu prosedür mahkemelerde dava takip üzerine tahkimin mutlaka yakından modellenmiş olmasını gerektirirdi. Hatta tahkim dava Devlet sisteminin bir uzantısı olarak görülmemiş ve yerel mahkeme prosedürünü yerine getirmeyen hukuk sistemleri gelişmiştir bu sebeple, tahkimi

izleyecek mahkemeler avukatlar tarafından geliştirilen alışkanlıkların değişmesini zorunlu kılmıştır.

Aynı zamanda yine ticari / ekonomik alanda iç tahkimin başka zorlayıcı etkisi, devlet-ticaret sistemine sahip ülkelerde görülmekteydi. Ekonomik işletmeler devlet idaresinin kendi doğası parçası olarak benimsenmişti. Bu tür işletmeler arasındaki anlaşmazlıkları ele alan uzlaştırma mekanizmaları genellikle tahkim denilen yasalarla düzenlenmiştir, aslında bu anlaşmazlıkları için oluşturulan birimler üzerinde siyasi ve idari kontrol yüksek düzeyde idari yargı bir biçimini gerektirmekteydi.

Gerçekleşen bu göstergelerde uluslararası ticari tahkim etkisi o zamanlar görülmemekteydi. İhtilaf taraflardan biri olarak bir yabancı sisteme dahil olanlar önemli görülmemekteydi; ve tahkim yerli tahkim olarak kalmıştır. İç hukuk hem anlaşmazlık hem de daha da önemlisi prosedür olarak tatbik edilmiştir. Çevre Yönetiminde ticaretin bir parçasıdır. Uluslararası ticaret, genel olarak ve içinden çok yönlü bir şekilde özellikle iklim değişikliği ile ilgili çevreye etkileyebilir(UNCTAD, 2002):

(a) artan ekonomik faaliyetin sonucunda, etkilerinin yansımaları;

(b) bileşimi etkileri yapı veya ekonomik faaliyet şekillerindeki değişikliklere yol açması;

(c) teknoloji ve değişiklikler için artırımların yaşanması; ve

(d) artan denizcilik, kamyon ve hava taşımacılığının doğrudan sera gazı emisyon etkileri ve diğerler zararlı etkilerinin görülmesi

Seçilen ve karşılaştırılan ticaret, yatırım, çevre ve diğer politika önlemlerinin doğru karışımı çevresel sürdürülebilirlik açısından hizmet etmek için ticaretin çok yönlü etkisinin optimize edilmesi gerekmektedir. Küresel düzeyde, çevresel mal ve hizmetlere erişimin iyileştirilmesinin yeşil yatırım ve daha az kirlenici teknolojilerin ve süreçlerin benimsenmesini hızlandırmak için teknoloji transferine daha fazla ivme sağlanabilir. Ulusal düzeyde, yeşillendirme küresel ekonominin sunduğu fırsatları, istihdam yaratan gelir düzeylerini yükseltmekle beraber altyapı kurar ve yaşam standartlarını geliştiren ekonomik çeşitlendirme uyarır. Bunun bir sonucu olarak, ticaret sosyal, çevresel ve gelişim hedeflerine ilerlemek için daha geri bir konumda olan ülkeleri geliştirmektedir.

Uluslararası ticaret, çevre mal ve hizmetlerin ve ülkeler arasında çevre dostu üretim yöntemleri ve süreçleri yayılmasını artırır(WTO, 2014).

Biokültürel ve farklılık tabanlı mal ve hizmet sürdürülebilir ticaret, yerel ve uluslararası değer zincirleri etkileşimi içinde bir fastgrowing yeşil ekonomi sektörü haline gelmektedir. Doğal kozmetikler için küresel pazarda 26 \$ milyar doğal içecekler yaklaşık 23 \$ milyar ve botanik ürünler yaklaşık 85 \$ milyar, değerinde olduğu görülmektedir. Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi sekreteryası tarafından tahmin edilmektedir. Bu biyolojik bazlı ürünlerin çoğu Ticari BIOTRADE olarak bilinir. Ekosistemler büyük ekonomik değer katarak, BIOTRADE biyoçeşitlilik kaynakları ve bunların ekosistemlerinin yönetmek sürdürülebilirliğinin korunması ve kırsal paydaşları motive olmalarını sağlar(WTO, 2014).

Bu zamanda yürürlükte olan çeşitli ticaret sorunları ile ilgili(DTÖ dışında) yaklaşık 200 uluslararası anlaşmalar vardır. Bu anlaşmalarda çevre sorunlarına bile değinilmiş ve çevre kirliliğini meydana getiren maddelerin ticaretin de bir takım kısıtlamalarda getirilmiştir. Bunların geneline çok taraflı çevre anlaşmaları(ÇÇA'lar) denir. Belli ürünlerin ticaretini yasaklamak ya da ülkeler belirli durumlarda ticareti kısıtlamak için izin örneğini almak durumundadır. Yaklaşık olarak tüm bunların ticaretini etkileyebilecek hükümler içermektedir. Aralarında ozon tabakasının korunması için Montreal Protokolü de vardır, uluslararası sınırları aşan tehlikeli atık ticareti veya ulaşım Basel Konvansiyonu ve Tehlike Altındaki Türlerin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme (CITES) ile güvenlik önlemleri alınmıştır. Kısaca, DTÖ komitesi ayrımcılık yapmama ve şeffaflıkla temel DTÖ ilkeleri, çevre anlaşmaları çerçevesinde yapılan işlemler de dâhil olmak üzere çevreyi korumak için gereken ticari önlemleri beraberinde getirmiştir. Aynı zamanda mal, hizmet ve fikri mülkiyet sözleşmelerinde bulunan hükümler hükümetlerin kendi iç çevre politikalarına öncelik vermek için izin belirtmektedir.

DTÖ komitesi uluslararası çevre sorunları ile başa çıkmak için en etkili yol, çevre anlaşmalar yoluyla olduğunu söylemektedir. Bu yaklaşım ticari sorunları için uluslararası kabul görmüş çözümler arayan DTÖ'nün çalışmalarını tamamlar nitelikte görülmektedir. Diğer bir deyişle, uluslararası bir çevre anlaşması hükümlerini kullanarak diğer ülkelerin çevre politikalarını da(karides-kaplumbağa ve yunus balığı vaka çalışmaları bakınız) değiştirmek için kendi içinde çalışır bir duruma gelmiştir. Gelişen teknoloji ile beraber dış

ticarete gelişen hızlanmalarda tahkimin ele alınması dışında çevre sorunlarına da önem veren birçok anlaşmalar DTÖ dışında çoğu uluslararası anlaşmalarda artık geçerli olmuştur.

Komite eylemleri ticaret, çevre sorunlarının doğrudan nedenidir, özellikle çevreyi korumak için alınan önlemler ve ticaret üzerinde etkili olan bazı çevresel anlaşmalar önemli bir rol oynayabileceğini görülmektedir. Ama aynı zamanda ticari kısıtlamaların da alınması sadece eylemleri değil diğer kısıtlamalarda da anlaşmazlıkları doğurduğu bir gerçektir. Bu sebeple alınan bazı önlemlerin mutlaka en etkili olmadığı dikkat çekmektedir. Alternatifler şunlardır: yardım ülkeler, eğitim veren firmalar, ticarete mali destek veren uluslararası kuruluşlar, çevre dostu teknolojinin gelişimine öncü olabilirler ve tüm dış ticaretteki sorun abartılı olarak uyuşmazlık çözümünde değerlendirilmesine gerek kalmadan arabulucularla çözüm üretebilir hale gelinecektir.

Sorunsal tam olarak belirtilmiş değildir, ancak bir çevre anlaşması çerçevesinde alınan önlemler, ilgili ülkelerin çevre anlaşması imzalaması için DTÖ içerisinde gelişen tahkim anlaşmalarında da sorun oluşturan yaygın bir görüş haline gelmiştir. Bu sebeple tahkim anlaşmasının akdedildiği anda dikkate alınması gereken daha pek çok soru vardır. Bunlardan biri gelecekteki tartışmalara yerleşmek ya da tek gerçek ve mevcut çatışmaların karşısında tahkim üzerinde anlaşmaya varmaktır. Uygulamada, birkaç vaka yapmak sadece tarafların gerçek çatışmalarla karşılaştıklarında hakemliğe gönderilerek üzerinde anlaşmak için yönlentimleri gerekmektedir. Tahkime başvurma olasılığını sağlamak amacıyla, taraflar orijinal sözleşmede bunu kabul etmek durumundadır. Bazı tahkim uygulamaları tahkim kurumuna herhangi bir referans olmadan gerçekleştirilmektedir. Bu özel tahkim olarak adlandırılır. İki taraf tahkim kurumu bağlamında bir ad hoc tahkim yerine bir karar verebilen yargıçla birçok nedene çözüm getirmektedir. Daha belirgin biri, daha ucuz ve bir kurumda birden fazla ad hoc tahkim olarak anlaşmazlıklara arabuluculuk isteyen sınırlı bir para miktarı ile anlaşma iki tarafı ilgilendirecek şekilde çözümlenebilir. Ad hoc tahkim en önemli dezavantajı, herhangi bir anlaşmazlık durumunda sözleşme akdedildiği anda; anlaşmazlıkla işbirliğinin sağlanmasında taraflar daha az eğilimli olabilmektedirler.

Yukarıda belirtilen amaçlar için bir uluslararası ticari tahkimi tanımlayan iki temel yöntem vardır. Bir işlem ele almaktır; ya tahkim yeri dışındaki bir Devlette veya iki veya daha fazla Devletlerin çözüm sürecinde yer alan bir işlemde geçmektedir. Diğer yöntem partileri ele almaktır; farklı Devletleri'nden gelenleri yok sayan bir sistemdir. Farklı

devletlerin vatandaşı olan iki doğal kişiler farklı Devletler olarak kabul edilerek çözümün gerçekleşmesi sağlanır. Ancak, Devlette uzun dönemli ikamet eden bir tahkim o farklı bir devletin vatandaşı olmasına rağmen, uluslararası olup olmadığını belirlemek amacıyla bu Devlet yetkilileri tarafından kesin olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Aynı şekilde, bir tüzel kişi genellikle organize edildiğinde tahkim kanunlarına göre aynı Devlette bağlı vatandaşlar kabul edilecektir. Söz konusu tüzel kişi yabancı bir gerçek veya tüzel kişinin tamamen ya da büyük ölçüde iştiraki olan, ancak yan ana ortaklığa sahip bir vatandaşlık düşünülebilir. Bir tahkim şartı, özellikle anlaşmayı hazırlarken, taraflar çözüm sürecinde netlik sağlamak durumundadır. Anlaşma kesinlikle ve tahkim için şüphesiz olarak sağlanmalıdır. Daha sonra anlaşmazlık tekrarlanması durumunda belirsiz ya da kafa karıştırıcı terimlerin kullanımını önlemek için açık ve şeffaf olmaları tavsiye edilir. Hakeme havale çatışmaları kapsamını tanımlayan, özellikle de kısıtlayıcı olarak yorumlanabilir geniş formüller kullanmak gereklidir.

Üstünde durulması gereken Türkiye de dış ticaret alanında karşılaşılan sorunlar temelinde maliyetler ve teknik yetersizlikler bulunmaktadır. Günümüzde halen Türk Hukukunda tahkim kurumu tarafından gerekli olan düzenlemeler mevcuttur ve 1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili maddelerinde düzenlenmektedir. Bu hükümler Türkiye’de gerçekleşebilecek hakem yargılamalarına ilişkin tahkime elverişlilik, tahkim usulü, hakemlerin seçimi, hakem kararının verilmesi, hakem kararlarının temyizi gibi izlenecek prosedürü düzenlemektedir. Son yıllarda yatırım tahkiminde önemli bir artış olmuştur. Washington Sözleşmesi tarafından sağlanan bu tahkim çoğu ICSID özel tahkim rejimi altında yürütülmektedir. Ancak, bunların pek çok sıradan uluslararası ticari tahkim kurumları kullanılarak yapılmaktadır. Yatırım hakemliği sıradan uluslararası ticari tahkim bulunmayan konularla ortada olduğu açıktır ve zaman zaman tartışılan bir konudur. Bu noktada genel olarak uluslararası ticaret tahkim yasası gelişimine etkileri ne olacak belli değildir.

Son olarak on yılda uluslararası olarak önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Bunlardan biri de Ticari Tahkimdir. Bu değişiklikler yakından dünya ticaretinin genişlemesi ile bağlanmıştır. Bu şartlar altında sorunların ortak bir anlayış ve çözümleri buna ortak bir yaklaşımın gelişimi önemli bir gerekliliktir. Ole Lando son zamanlarda tartışma ve sözleşme hukukunun uluslararası ilkelerini benimseyerek dünya ticaret hukuku

vasıtasıyla tahkimin uyumlaştırılması ile devamlı bir öneri yapmıştır. Önerisi Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri hazırlanması için başlangıç noktası olmuştur(Lando, 2005). Tahkimin teşvik edilmesi son derece önemli bir husus olduğu artık dünya çapında onaylanmış bir durumdur.

Ülkemizdeki Türk Hukukunda uluslararası ticarî tahkimle ilgili daha geniş düzenleme en son 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı “Milletlerarası Tahkim Kanunu” ile yapılmıştır. Bu Kanunda uluslararası ticarî tahkimi tam anlamıyla düzenlenmemiş, bazı boşluklar bırakılmıştır. Ancak bu Kanunla yapılan düzenlemeler, uluslararası ticarî tahkim uygulaması ile ilgili önemli dünya çapında uygulanan yenilikleri de beraberinde getirmiştir. Bu sonuç ise, ileride yapılan düzenlemelerle, Türk hukukunda ticari tahkimin, işletilmesi, ticari tahkim hükümlerine uygun hale getirilmesinde cüret verici adımların atılmasına imkan sağlaması bakımından son derece önemlidir. Ek 1.’de verilen UNCTAD 2015 verilerinde Türkiye’nin bölgesindeki yatırımların genel yüzdesini belirtmiştir. Bu yüzdeye bakıldığı zaman Türkiye doğrudan sermaye girişimlerinde ticaret konusunda hala gelişmekte olan bir ekonomiye sahip olduğu görülmektedir. Katar ve Kuveyt yatırımları ülkemizden daha fazladır ve sermaye girişimleri de ticaret konusunda petrolle ilerleme kaydetmişlerdir. Bu sebeple ülkemizde ticari tahkimin özendirilmesiyle ticari adına büyük yenilikler yapılabilir.

Bu çağda Türkiye’de ticari tahkime başvurmanın özendirilmesi, tanıtılması ve kamuoyu tarafından detaylı açıklanması gerekmektedir. Belli limiti olan özel uyuşmazlıklar için de zorunlu tahkime ilişkin yasal düzenlemeler yeni düzenlenen kanunlara ek olarak yapılabilir. Böylece mahkemelerin iş yükü şimdiye nızan daha az olacaktır ve yargı daha da hızlanacaktır.

Uluslararası ticaret ve bu ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar, uluslararası ticari hayatın gerçekleri ile bağdaşan uluslar üstü nesnel kurallar ile çözülmek zorundadır. Uluslar üstü nesnel kuralların belirlenmesi, ülkelerin göreceli yapısından uzaklaşarak evrensel kuralların oluşturulması ile mümkündür. Uluslararası alanda kurallar oluşturulurken, uluslararası alanda kabul görmüş, en son değişim ve gelişmelerin, uluslararası kamu düzeni ile örf ve adetlerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Türkiye bakımından Milletlerarası Tahkim Kanununun kabul edilerek yürürlüğe girmesi uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim açısından oldukça önemli bir adımdır. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilmeden önce milletlerarası ticari tahkimi düzenleyen herhangi bir kanun kabul edilmemişti. Ne var ki; Milletlerarası Tahkim Kanununun bazı maddeleri mehz kaynak UNCITRAL Model Kurallarından hatalı çevrilmiş, bazı maddeleri de değiştirilerek yasalaşmıştır. Yine zamanla Milletlerarası Tahkim Kanunu da eskimiş ve bazı maddelerinin artık değiştirilmesi gerekmiştir.

Ne kadar Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmekle Türkiye’de tahkim kurumunun işleyişleriyle taşınmış olsa da uluslararası ticaretin gelişmesi ve tahkim kuruma tam güvenin sağlanması için kanun mevcut durumda önemli eksiklik ve yanlışlıklar içermektedir. Bu konuda 1 Mayıs 2011 tarihinde Fransa’da yürürlüğe giren Milli ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Reformu Türkiye açısından yol gösterici olabilecektir. Milletlerarası Tahkim Kanununda yapılacak değişikliklerle uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim kurumunun gelişmesi ve yaygınlaşması ülkemiz açısından da mümkün hale gelebilecektir.

Herkesin bildiği gibi uluslararası ticari uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulmasının bir nedeni de yargılamaların kısa süreli olmasıdır. Ancak ülkemizde Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi olarak verilen hakem kararları hakkında iptal davası açılması durumunda tahkim yargılaması oldukça uzamaktadır. Zira iptal davası öncelikle yerel mahkemede görülmekte, ardından yerel mahkemece verilen karar Yargıtay tarafından temyiz incelemesine tabi tutulmaktadır. Böylelikle hakem kararı hakkında üçlü yargılama aşamasından geçmektedir. Yargılama önce hakem önünde yapılmaktadır. Hakem kararına karşı yerel mahkemede iptal davası açılmakta ve son olarak da Yargıtay’da temyiz incelemesine tabi tutulmaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanununda değişiklik yapılarak hakem kararları hakkında doğrudan temyiz yoluna başvurulması öngörülerek bu sürenin kısaltılması mümkündür.

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak milletlerarası ticari tahkim yolunun tercih edilmesi ve bu kurumun yaygınlaşması ile uluslararası şirketler ile yabancı yatırım ve sermayenin de ülkemizde yaygınlaşması sağlanacaktır. Dolayısıyla uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu ile tahkim kurumunun gelişmesi, ülkemizin ekonomisinin de gelişmesi sonucunu doğuracaktır.

Uluslararası ticaret ve bu ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar, uluslararası ticari hayatın gerçekleri ile bağdaşan uluslar üstü nesnel kurallar ile çözülmek zorundadır. Uluslar üstü nesnel kuralların belirlenmesi, ülkelerin göreceli yapısından uzaklaşarak evrensel kuralların oluşturulması ile mümkündür. Uluslararası alanda kurallar oluşturulurken, uluslararası alanda kabul görmüş, en son değişim ve gelişmelerin, uluslararası kamu düzeni ile örf ve adetlerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Ülkemiz açısından Milletlerarası Tahkim Kanununun kabul edilerek yürürlüğe girmesi uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim açısından oldukça önemli bir adımdır. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilmeden önce milletlerarası ticari tahkimi düzenleyen herhangi bir kanun kabul edilmemişti. Ne var ki; Milletlerarası Tahkim Kanununun bazı maddeleri mehz kaynak UNCITRAL Model Kurallarından hatalı çevrilmiş, bazı maddeleri de değiştirilerek yasalaşmıştır. Yine zamanla Milletlerarası Tahkim Kanunu da eskimiş ve bazı maddelerinin artık değiştirilmesi gerekmiştir.

Her ne kadar Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmekle Türkiye’de tahkim kurumunun işleyişleriyle taşınmış olsa da uluslararası ticaretin gelişmesi ve tahkim kuruma tam güvenin sağlanması için kanun mevcut durumda önemli eksiklik ve yanlışlıklar içermektedir. Bu konuda 1 Mayıs 2011 tarihinde Fransa’da yürürlüğe giren Milli ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Reformu Türkiye açısından yol gösterici olabilecektir. Milletlerarası Tahkim Kanununda yapılacak değişikliklerle uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim kurumunun gelişmesi ve yaygınlaşması ülkemiz açısından da mümkün hale gelebilecektir.

Bilindiği gibi uluslararası ticari uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulmasının bir nedeni de yargılamaların kısa süreli olmasıdır. Ancak ülkemizde Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi olarak verilen hakem kararları hakkında iptal davası açılması durumunda tahkim yargılaması oldukça uzamaktadır. Zira iptal davası öncelikle yerel mahkemede görülmekte, ardından yerel mahkemece verilen karar Yargıtay tarafından temyiz incelemesine tabi tutulmaktadır. Böylelikle hakem kararı hakkında üçlü yargılama aşamasından geçmektedir. Yargılama önce hakem önünde yapılmaktadır. Hakem kararına karşı yerel mahkemede iptal davası açılmakta ve son olarak da Yargıtay’da temyiz incelemesine tabi tutulmaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanununda değişiklik yapılarak

hakem kararları hakkında doğrudan temyiz yoluna başvurulması öngörülerek bu sürenin kısaltılması mümkündür.

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak milletlerarası ticari tahkim yolunun tercih edilmesi ve bu kurumun yaygınlaşması ile uluslararası şirketler ile yabancı yatırım ve sermayenin de ülkemizde yaygınlaşması sağlanacaktır. Dolayısıyla uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu ile tahkim kurumunun gelişmesi, ülkemizin ekonomisinin de gelişmesi sonucunu doğuracaktır.



KAYNAKÇA

- Akat, Asaf Savaş,(1996), “T1 Aşım Değerli Mi?”, Sabah Gazetesi, 31 Mart 1996.
- Akın, H.(2012) *Dış Ticaret İhraca.*, Printer Ofset Matbaacılık
- Akıncı, Z., *Milletlerarası Tahki.* Ankara 2007
- Akıncı, Z., *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi.* Ankara 1994
- Akıncı, Z., Milletlerarası Ticarete Alternatif Çözüm Yolları, Batider, C.XVIII, S. 4, 1996, S. 93-109,(Alternatif Çözüm Yolları). -Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi, Batider, C.XVII, S.3, 1994, S.119-147,(Hakem Kararlarının Denetlenmesi). -Milletlerarası Ticari Hakem Kararları Ve Tenfizi, Ankara 1994,(Hakem Kararlarının Tenfizi).
- Akil, C. (Çev.): Alman Federal Temyiz Mahkemesi 6. Hukuk
- Akil, C., Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hakimın Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12. 2008 Gün Ve E..2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararının Tahlili (Evolution of the Turkish Court of Cassation's Decision 24.12.2008 dated and numbered E. 2008/4-337 E., 2008/766 K. On whether the Courts are bound by the Expert Reports), AÜHFD, 60 (3) 2011
- Ali Hacıoğlu. *Türkiye'de Dış Ticaret Mevzuatı ve Ekonomi Politikaları Arasındaki Uyum Sorunlarına İlişkin Bir Analiz*, Edirne Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2009
- Alibaba, A., *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, Ankara 2005
- Appeal Dated 27.03.2001), AUHFD, 60 (2) 2011
- Aral, V., *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul 1985
- Aydoğan, Metin,(2005), *Ekonomik Bunalımdan Ulusal Bunalıma*, Umay Yayınları, İstanbul.
- Azizov Hakim, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Uluslararası Ticari Tahkim, Yüksek Lisans Tezi Hazırlayan Ankara – 2004
- Balcı, M,(1999) *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, Danışman Yayınları
- Bayraktutan, Y.(2004): *Global Ekonomide Bütünleşme Trendleri Bölgeselleşme ve Küreselleşme*, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2. Baskı

- Berg, A.J; The New York Arbitration Convention of 1958 Towards UniformJudicialInterpretation, Antwerp 1981, s: 204
- Berksoy, Taner,(1982), *Az Gelişmiş Ülkelerde İhracata Yönelik Sanayileşme*, Belge Yayınları, İstanbul.
- Bican Buğrahan, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkimi, Görev Belgesi ve Usulü KOSBED, 2015, 29: 1 – 21
- Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler Ve Güncel Gelişmeler*, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-76-421>, Erişim Tarihi: 12.05.2016.
- Birsel, M.T., *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?*, Taslaklar-Bildiriler-Tartışmalar, C.II, Ankara 1999.
- Boratav, Korkut ,(2006). *Türkiye İktisat Tarihi*, İmge Kitapevi, Ankara Çarıkçı,
- Emin,(1983), *Gelişmiş Ülkelerde Ve Türkiye’de Sanayileşme Politikaları*. Turhan Kitapevi, Ankara.
- Bulur, A.(2007). *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi*, *Ankara Barosu Dergisi*, sayı 4
- Çev: Seda ÖRSTEN ESİRGEN: *Mukayese-İ Kavânîn-İ Medeniyye Mecelle-İ Ahkâm-I Adliyye-Fransa Kanûn-I Medenisi Kitâb’ül-Büyû’ - TheComparison of CivilLaws Mecelle-French CodeCivilTheBook of Sales-* , AÜHFD, 61 (2) 2012
- Dairesi’nin 27.3.2001 Tarihli Kararı (TheDecision of
- Dayınlarlı, K., *Loi De Reforme En France En ArbitrageInterne Et Interne Et International-Fransa’da Milli-Milletlerarası Tahkim Kanunu Reformu*, Ankara 2011.
- Demircan, H., *Uncitral Tahkim Kuralları ile Milletlerarası tahkim Kanunu hükümleri çerçevesinde Ad hoc tahkim*, Yüksek Lisan Tezi, Ankara 2005
- DPT(2000): *Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı*, Ankara: Küreselleşme Özel İhtisas Komisyonu Raporu
- Ehle B. D., *Arbitration as a Disputes Resolution Mechanism in Mergers and Acquisitions*, 2005 Comparative Law Yearbook of International Business 287.
- Ekşi, N., 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2009
- Ekşi, N., *Uluslararası Ticaret Hukuku*, İstanbul 2006
- Emek, U.(1999) *Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü*

- Ertekin, E. / Karataş, İ., *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*, Ankara 1997
- Fox EM, 2008, Antitrust, economic development and poverty: The other path. In: Qaqaya H and Lipimile G, eds., *The Effects of Anti-competitive Business Practices on Developing Countries and Their Development Prospects*. United Nations, New York and Geneva: 179–206.
- Gökçen Turan, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında tahkim <http://www.spk.gov.tr/>
Erişim Tarihi: 13.01.16
- Gündüz, A., *Milletlerarası Hukuk (Temel Belgeler- Örnek Kararlar)* , İstanbul 2000
- Gürbüz, A., *Hukuk ve Meşruluk*, İstanbul 1998
- Hacıbekiroğlu, E., *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 2012
- Hakan Akın, *Dış Ticaret*, 2012
- ICTSD, *Practical Considerations in Managing Trade Disputes*, Information Note. December 2012
- Jacob Viner, *The Customs Union Issue*, Londra, Stevens & Sons Ltd, 1950.
- Kaira T(2008). The role of competition law and policy in alleviating poverty – The case of Zambia. In: Qaqaya H and Lipimile G, eds., *The Effects of Anti-competitive Business Practices on Developing Countries and Their Development Prospects*. United Nations, New York and Geneva: 133–178.
- Kalpsüz, T.: *Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Usülü Kanunu Tasarısında İç Tahkim (m411-448) Paneli*, Ankara, 2007
- Kalpsüz, T., *Gemi Rehni*, Ankara 2001
- Kalpsüz, T., *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2010
- Kalpsüz, T., *Hakem Kararlarının Milliyeti*, Ankara 1978
- Kalpsüz, T., *Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2008
- Kaneti, S., *İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları*, Ankara 1968
- Kaplan, Y., *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, Ankara 2002
- Karadeniz – Çelebican, Ö., *Roma Hukuku*, Ankara 2000
- Karlık, Rıdvan,(1996). *Türkiye Ekonomisi Yapısal ve Sosyal Değişim*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, İstanbul.

- Kaya, T., Uluslararası Hukuk bölünüyor mu? Uluslararası Hukukun Genişlemesi ve Farklılaşmasından Kaynaklanan Zorluklar, Talat KAYA,AUHFD, 61 (1) 2012
- Konuralp, H.(2006). *Medeni Usul Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Yayını.
- Köksal, T., *Model Sözleşme Örnekleri ile Uluslararası İnşaat Hukuku*, Ankara 2011
- Köksal, Tunay / ÖZER, Serhat. (2013). *Yurtdışı İnşaat Hizmetleri Sektörü İçin Uluslararası Tahkim Rehberi*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Köksal, Tunay. (2012) *Uluslararası Ticaret Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Kuru, B. /Arslan, R. Yılmaz, E.: *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2004
- Lando O, CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law, 2005 *The American Journal of Comparative Law* 385.
- Levenstein M and Suslow V, 2001, Private international cartels and their effect on developing countries, Background paper for the World Development Report 2001, World Bank.
- Mekteb-i Hukûk Mecelle Muallimlerinden CEMALEDDİN
- Most IPAs were set up after the mid-1990s. See: UNCTAD(2002a). *The World of Investment Promotion at a Glance: A Survey of Investment Promotion Practices*.
- Muhsin Kar ve Harun Arıkan, *Avrupa Birliği Ortak Politikaları ve Türkiye*, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.
- Narin Müslüme, 2006 *Büyüyen Çin Ekonomisinde Artan Enerji Talebi Ve Dünya Enerji Piyasasına Etkileri*
- Nomer, E. , Ekşi, N. Gelgel, G., *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, İstanbul 2008
- Nomer, E., *Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi*, Prof.Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul 2000
- Oğuzman, K. , Barlas, N.,, *Medeni Hukuk*, İstanbul 2000
- Oğuzman, K., Seliçi, Ö., *Eşya Hukuku*, İstanbul 1992
- Outcome document of the United Nations Conference on Sustainable Development, entitled "The future we want"(see General Assembly resolution 66/288, annex).
- Özbek, M.(2005) *İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller TBB Dergisi*, sayı 56
- Özbek, M.(2007) *Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü TBB Dergisi*, sayı 68
- Özekes, M., *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2011

- Özel, S., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, İstanbul 2008
PEKCANITEZ, H./Atalay, O.
- Özsunay Ergun, Nazan Candaner Elver, Murat R., *Özsunay Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları*, ITO Yayını, İstanbul 2004.
- Pekcanitez, H., Medeni Yargıda Adil Yargılanma, Ankara 1997 PEKCANITEZ, H. ,
Atalay, O., Özekes, M., *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2011
- Pellonää, M.-Caron, D.D., *The UNCITRAL Arbitration Rules as Interpreted and Applied*, Helsinki 1994.
- Pierson, C., Modern Devlet (The Modern State) , Çev.: Dilek Hattatoğlu, 2000 İstanbul
- Rado, T., *Roma Hukuku Dersleri*, İstanbul 1997
- Sadrüleşrafi, H. A., Türk ‘Milletlerarası Tahkim Kanunu’na İlişkin Düzenlemeler ile Uygulamalar Hakkındaki Görüşler. *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 9 ,Sayı 1, İzmir 2007
- Sadrüleşrafi Hüseyin Ali, Türk “Milletlerarası Tahkim Kanunu”Na İlişkin Düzenlemeler İle Uygulamalar Hakkında Görüşler. *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 9, Sayı: 1, 2007
- Sandrock O., The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories: An Enigma Still Unresolved, in Th. Baums, K. J. Hopt & N. Horn(Eds.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum 462-463(2000).
- Seyidoğlu, Halil,(2003). *Uluslararası Finans*, Güzem Can Yayınları, İstanbul.
- Seyidoğlu, Halil,(2003). *Uluslararası İktisat Teori Politika Ve Uygulama*, Güzem Can Yayınları, İstanbul, 2003.
- Sur, M., *Uluslararası Hukukun Esasları*, İstanbul 2006
- Şanlı, C.. *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul 2011
- Şanlı, C., *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul 2002
- Şanlı, C.. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986
- Şanlı, Cemal(2013). *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. İstanbul: Beta Basım.
- Şimşek ve Bölten(2005). *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*. Ankara: İmaj Yayınevi.

- Şimşek, N., D. Seymen ve U. Utkulu(2007). "Turkey's Competitiveness in the EU Market: A Comparison of Different Trade Measures", *European Trade Study Group(ETSG) 9th Annual Conference 2007, 13-15 Eylül 2007 Atina.*
- Şit, B., *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara 2005
- Tarıbilir F.B/Şit B., Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, 22 MHB 2002/2.
- Tarıver S., *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi*, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, MHB Yıl 17- 18/1-2, 1997, 1998.
- Tarıver, S.(2006). Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk. *TBB Dergisi*, sayı 64
- Tarıver, S., *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi*, Ankara 1998
- Taşkın, A., Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1999
- Telli, S.: *Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumsallaşması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1991, s., 3
- The 6th Civil Chamber of The German Federal Court of
- The Global Partnership for Development: The Challenge We Face – Millennium Development Goals Gap Task Force Report 2013(New York, United Nations publication, Sales No. E.13.I.5).
- Tosun, N., Z., *Milletlerarası Ticaret Odası(ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi*, Ankara 2009
- Tuncay Ahmet, Türk Hukuk Sisteminde Tahkim Mevzuatı Arbitration Rules in Turkish Legal System(Turkish Supreme Court, Turkey), International Conference On Eurasian Economies 2013
- Turhan, T. / Bayraktaroğlu, G. /Sirmen, S. /Erten, R. /:Ticari Tahkimi Düzenleyen Temel Metinler, Ankara 2002
- Türkbal, A., İktisada Giriş, Erzurum 2000
- Uğur Emek, Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü, İktisadi Sektörler Ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler Ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı, Haziran 1999

- Utkulu, U. ve D. Seymen(2004), “Revealed Comparative Advantage and Competitiveness: Evidence for Turkey *vis-a-vis* the EU/15”, *European Trade Study Group 6th Annual Conference, ETSG 2004*, Nottingham, September, 2004.
- Utkulu, U.(2005), *Türkiye'nin Dış Ticareti ve Değişen Mukayeseli Üstünlükler*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, No: 09.1600.0000.000 / DK.05.055.389, İzmir.
- Utkulu, Utku(2009), “Türkiye'nin Ab Rotasında Gümrük Birliğinin 10 Yıllık Muhasebesi(Ders Notu), Www.Deu.Edu.Tr/Utku.Utkulu(Erişim Tarihi:23.01.2011). www.Kosgeb.Gov.Tr(Erişim Tarihi: 20.1.2011)
- Uyar, Süleyman(2000), “Ekonomik Bütünleşmeler Ve Gümrük Birliği Teorisi”, *Dış Ticaret Dergisi*, Sayı:19, Ankara.
- Üçok, Ç. , Mumcu, A. , Bozkurt, G., *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara 1999,
- Üstündağ, S., *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 2000
- Waters, M.(1996), *Globalization*, New York: Routledge
- World Bank, 2013, World Development Indicators.
- WTO 2014 https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep/anrep14_e.pdf
- Yeşilirmak, Al İ -Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yolu İle Çözülmesine İlişkin Son Gelişmeler, *Batider*, 128 C.Xx, S.3, 2000, S.191-193,(Yatırım Uyuşmazlıkları-I).
- Yeşilirmak, Ali-Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi, *Batider*, C.Xx, S.2, 2000, S.151-182,(Yatırım Uyuşmazlıkları-I).
- Yeşilova, B.(2008) Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler *TBB Dergisi*, sayı 76
- Yılanoğlu Zeynep, *Türkiye'nin Dış Ticaretinin Yapısal Dönüşümü(1980–2007)*, T.C. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı
- Yılmaz, H.(2004) Uluslararası Tahkim Örgütlenmeleri *Ankara Barosu Dergisi* sayı 2
- Yükseler, Zafer ve Ercan Türkan,(2008), *Türkiye'nin Üretim ve Dış Ticaret Yapısında Yapısal Dönüşüm*, TUSİAD, Şubat.

İNTERNET KAYNAKLARI

- URL 1: Erişim tarihi: 27.11.2015 EIA(2006), Energy Information Administration, China Country Analysis Brief, Ağustos 2006,
<http://www.eia.doe.gov/emeu/cabs/China/Full.html>
- URL 2: <http://www.journals.istanbul.edu.tr/> Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri -Araş. Gör. Gizem Ersen Perçin Erişim Tarihi: 15.01.16
- URL 3: <https://www.gsg hukuk.com/> Dava Yolu ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Yöntemleri Arasındaki Ayrım Genel Bir Bakış Avukat Nilgün Serdar Şimşek Avukat Kerim Bölten Erişim Tarihi: 14.01.16
- URL 4: Keskin ve Dulupçu, <http://dep.manas.edu.kg/img/files/24/6.GirisimcilikKongresi.pdf> Tarihi: 23.03.2016.
- URL 5: <http://www.iccwbo.org/policy/id3237/index.html>
- URL 6: <http://www.corpus.com.tr/>.
- URL 7: Balcı Muharrem,
http://www.muharrembalci.com/yayinlarx.php?dosya_adi=37&kategori=kitaplar,
2014, Erişim tarihi: 12.05.2016
- URL 8: Bulur Alper, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Ve Uzlaştırma
<http://web.e-baro.web.tr/uploads/81/FTHGNYDN/UZLASMA.pdf> Erişim Tarihi: 12.05.2016
- URL 9 : <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/au/Documents/risk/deloitte-au-risk-conflicts-interest-register-121114.pdf>, 2014 Erişim tarihi: 12.05.2016
- URL 10: WHO Post-2015 www.who.int/tb/post2015_TBstrategy.pdf Erişim Tarihi: 20.05.2016
- URL 11: http://www.fto.org.tr/DB_Image/29/72/Di%C5%9F_Ticaret_-ihracat_2012.pdf
Erişim: 12.05.2016
- URL 12: TÜİK, Dış Ticaret İstatistikleri, www.tuik.gov.tr, 28/04/2008.
- URL 13: Rosenthal, 2001 <http://www.colossiens.ch/site/images/arbitration-in-the-settlement-of-international-trade-disputes.pdf> Erişim tarihi: 26.05.2016
- URL 14: Saraç Osman, Millitlerarası Tahkim ve Uluslararası Yatırımlar
http://dergiler.sgb.gov.tr/calismalar/maliye_dergisi/yayinlar/md/md140/Milletlerarasi%20Tahkim%20%200.%20Sarac.pdf Erişim Tarihi: 12.05.2016

URL 15: Soğuk, Handan. 2004, Gümrük Birliği'nin Türkiye Ekonomisi Üzerine Etkileri, <http://www.ikv.org.tr/arastirmalar/degerlendirmeler/gumruk-birligi.htm>(09 Nisan 2016)

URL 16: UNCTAD 2015, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf Erişim Tarihi: 21.05.2016

URL 17: United Nations System Task Team on the Post-2015 United Nations Development Agenda, 2012, Realizing the Future We Want for All: Report to the Secretary-General. Available at

http://www.un.org/en/development/desa/policy/untaskteam_undf/untt_report.pdf



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı,adı : Aydın Ahmet Özgür
Uyruğu :T.C.
Doğum Tarihi (gün/ay/yıl) :24/02/1988
Doğum Yeri :Mersin
Medenihali :Bekar
Adresi :Çiftlikköy mah. 32170 sok. Yenişehir/MERSİN
Telefon :(553)4959412
E-Posta :ahmet_ozgur88@hotmail.com

Eğitim Derecesi Eğitim Birimi

		Mezuniyet yılı
Lisans	Gazi Üniversitesi, İ.İ.B.F. Maliye Bölümü	2010
	Gazi Üniversitesi, İ.İ.B.F. İşletme Bölümü (Çift anadal)	2011
Lise	Ankara İnönü Lisesi	2005

İş Deneyimi

Yıl	Çalıştığı Yer	Görev
2012- devam ediyor.	Gümrük ve Ticaret Bakanlığı	Gümrük Muayene Memuru

Yabancı Dil

İngilizce

İlgi Alanları

Oyunculuk, Yüzme, Tenis



T.C.
TOROS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İNTİHAL PROGRAMI RAPORU

ULUSLARARASI TİCARET VE LOJİSTİK ANA BİLİM DALI BAŞKANLIĞINA

Tez Başlığı: ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

Tarih: 20/06/2018

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın;

a) Giriş,

b) Ana bölümler ve

c) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 128 sayfalık kısmına ilişkin, 20/06/2018 tarihinde enstitü tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 17 'dir.

Uygulanan filtrelemeler: (Hangi filtreleme uygulandı ise ilgili kutucuk işaretlenmelidir.)



1- Kaynakça hariç

2- Alıntılar hariç

3- Benzer kelime sayısı 10 adet

yapıldığında en fazla %10,



1- Kaynakça hariç

2- Alıntılar dahil

3- Benzer kelime sayısı 10 adet

yapıldığında en fazla %30'u geçmemelidir.

Tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Yukarıda belirtilen başlıkta danışmanımla birlikte tamamlamış olduğum tezimin fikir/araştırma sorusu, yöntem, bulgular ve tartışma kısımları özgün olup kısmen veya tamamen diğer çalışmalardan alınan kısımlar olduğu durumlarda kaynak belirtilmesine dikkat edilmiştir. Tezimin, tez yazım kurallarına uygun olarak ve intihal olmaksızın hazırladığımı taahhüt eder; intihal olması durumunda tez çalışmamın başarısız sayılacağı ve mezuniyetimin iptalini kabul ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Öğrencinin Adı Soyadı

: AHMET ÖZGÜR AYDIN

İmzası

Tarih: 20/06/2018

Yukarıda kişisel ve tez bilgileri verilen öğrencimin belirtilen başlıkta birlikte tamamlamış olduğumuz tez çalışması Turnitin intihal yazılım programında kontrol edilmiş ve etik bir ihlale rastlanmamıştır. İntihal yazılım programının rapor çıktısı ektedir. Ayrıca tezin fikir/araştırma sorusu, yöntem, bulgular ve tartışma kısımları özgün olup kısmen veya tamamen diğer çalışmalardan alınan kısımlar olduğu durumlarda kaynak belirtilmesine dikkat edilmiştir.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Doç.Dr.Tunay KÖKSAL

İmzası

Tarih: 20/06/2018

Ek: İntihal yazılım programının rapor çıktısı (3 sayfa)

ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

Yazar Ahmet Özgür Aydın

Gönderim Tarihi: 20-Haz-2018 03:11AM (UTC+0300)

Gönderim Numarası: 977104429

Dosya adı: Ahmet_zg_r_Ayd_n-Tez-20.06.2018.doc (821.5K)

Kelime sayısı: 35704

Karakter sayısı: 266943

ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

ORIJINALLIK RAPORU

% **17**
BENZERLİK ENDEKSİ

% **17**
İNTERNET
KAYNAKLARI

% **5**
YAYINLAR

% **4**
ÖĞRENCİ ÖDEVLERİ

BİRİNCİL KAYNAKLAR

1 www.balkaya.av.tr
İnternet Kaynağı

% **3**

2 acikarsiv.ankara.edu.tr
İnternet Kaynağı

% **2**

3 ekutup.dpt.gov.tr
İnternet Kaynağı

% **1**

4 www.ito.org.tr
İnternet Kaynağı

% **1**

5 www.avekon.org
İnternet Kaynağı

% **1**

6 www.muharrembalci.com
İnternet Kaynağı

% **1**

7 www.sbe.deu.edu.tr
İnternet Kaynağı

% **1**

8 web.e-baro.web.tr
İnternet Kaynağı

% **1**

9	www.goksusafiisik.av.tr İnternet Kaynağı	% 1
10	www.gsg hukuk.com İnternet Kaynağı	% 1
11	kosbed.kocaeli.edu.tr İnternet Kaynağı	% 1
12	avekon.org İnternet Kaynağı	% 1
13	www.legalkitavevi.com İnternet Kaynağı	% 1
14	www.journals.istanbul.edu.tr İnternet Kaynağı	% 1

Alıntıları çıkart

Kapat

Eşleşmeleri çıkar

< %1

Bibliyografyayı Çıkart

Üzerinde