

4686 SAYILI MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU

By Mehtap Yildirim-Öztürk, ISI Emerging Markets (July 1, 2003)

Bu çalışma uzun yıllar süren çabalar ve çok sayıda taslakin hazırlanmasının ardından 24453 sayılı ve 5 Temmuz 2001 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 21 Haziran 2001 tarihli ve 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (“Kanun”) hakkında genel bilgi vermeyi amaçlamaktadır. Kanunun yürürlüğe girmesinin üzerinden geçen iki yıl içerisinde mahkemelere yansıyan uygulamasına rastlanmamış olmasına rağmen Kanunun hem is hem de hukuk camiası açısından hala ilgi çekici bir konu olduğu inancındayız.

1. Giriş

Uluslararası ticari ilişkilerin artması tahkim müessesini eskiden olduğundan daha önemli hale getirmiştir. Bu açıdan bakıldığında Kanun’un yürürlüğe girmesi önemlidir. Zira 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹ (“MÖHUK”) ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun² (“HUMK”) tahkime ilişkin hükümleri ve bu hükümlerin mahkemelerce uygulanışı Türkiye’de tahkim yapılmasını dezavantajlı hale getiriyordu.

Nitekim, Yargıtay bir tahkim kararının yerel olup olmadığını incelerken öncelikle tahkim yargılamasında usule uygulanan hukukun Türk hukuku olması kriterini esas almasına rağmen coğrafi kriter yani tahkim yeri kriterini de zaman zaman uyguladığı için, örneğin yabancılik unsuru taşıyan bir uyumsuzluğun Milletlerarası Ticaret Odası (“İCC”) hükümleri uyarınca Ankara’da tahkim yoluyla çözümlenmesi halinde söz konusu tahkimin nasıl nitelendirileceği belirsizdi. Bu durum özellikle, yurtdışında tahkime olumlu bakmayan kamu kurumları ile yapılan sözleşmelerde ya mahkemelerin ya da HUMK uyarınca yerel tahkimin seçilmesi sonucunu doğuruyordu ki bu tablo da özellikle yabancı yatırımcılar ve kredi kuruluşları tarafından tatmin edici ve kabul edilebilir bulunmuyordu. Bunun yanı sıra yabancı şirketler ile iş ilişkileri bulunan bir çok özel sektör Türk şirketi de bu ilişkileri düzenleyen anlaşmalardaki uluslararası tahkim öngören hükümlere gerek yurtdışında tahkim prosedürünün doğurabileceği masraflar gerekse bu prosedüre asına olmamaları sebebiyle tereddütlerle yaklaşmakta idi.

Bu kapsamda değerlendirildiğinde milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenleyen Kanun’un amacı Türkiye’de tahkim yapılmasını ve bunun sonucu olarak da yabancı sermayenin Türkiye’ye gelmesini teşvik etmek olarak özetlenebilir. Kanun aynı zamanda tahkim usulüne ilişkin pek çok hususu da düzenleyerek tahkim hakkındaki tereddütlerin bir nebze giderilmesini ve Türk şirket ve mütesebbislerinin uyumsuzlukların tahkim yolu ile çözülmesi seçeneğine daha objektif ölçüler içerisinde bakmasını da sağlayabilir.

¹ 22 Mayıs 1982 tarih ve 17701 s. R.G.’de yayımlanmıştır.

² 2, 3 ve 4 Temmuz 1927 tarih ve 622, 623 ve 624 s. R.G.’lerde yayımlanmıştır.

2. Tahkimin Avantajları

Kanun'un kapsamına ve getirdiği düzenlemelere geçmeden önce, konuya genel bir perspektif getirmek açısından tahkim müessesesinin mahkemelere olan avantajlarını kısaca özetlemenin faydalı olacağını düşünüyoruz:

- (i) Mahkemelerden daha kısa sürede sonuç alınır;
- (ii) Konunun niteliğine göre hakem seçilmesi uyumsuzluğun uzman kişilerce çözümlenmesini sağlar;
- (iii) Mahkemelere oranla ticari hususların daha az kamuya açık olması söz konusudur;
- (iv) Tahkim anlaşmasında düzenleme yoluyla tarafların yargılama usulünü kendi istek ve ihtiyaçlarına göre düzenleyebilmesi mümkündür;
- (v) Taraflar isterse uyumsuzlukların maddi hukuk dışında hak ve nesafet kurallarına göre çözümlenmesini kararlaştırabilirler; ve
- (vi) Temyiz sebepleri genel olarak mahkemelere göre daha sınırlıdır.

3. Kanun'un Kapsamı ve Yabancılik Unsuru

Kanun'un kapsamı aşağıda sayılan haller olarak belirlenmiştir:

- (i) Yabancılik unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği; veya
- (ii) 4686 sayılı Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği; veya
- (iii) 4501 sayılı Kanun³ kapsamında yabancılik unsuru içeren kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyumsuzlukların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen haller.

Yabancılik unsuru taşıyan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri kapsamındaki tahkim usulünün de bu Kanun'a tabi kılınması karşısında, 4501 sayılı Kanun'un tahkime ilişkin diğer hükümlerinin de yürürlükten kaldırılması uygulama açısından büyük kolaylık sağladı.

Bu noktada geçtiğimiz yıllarda yaşanan tartışmalar nedeniyle kamuoyunda hakim olan kanının aksine tahkim kurumundan yararlanma imkanının kamu ile yapılan sözleşmelerle sınırlı olmadığı, bu kurumun özel sektör proje ve anlaşmaları için de, ve hatta daha büyük ölçüde, geçerli ve mümkün olduğu hususunun altını çizmek isteriz.

³ 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Dogan Uyumsuzluklarda Tahkim Yoluna Basvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun ("4501 sayılı Kanun") 22 Ocak 2000 tarihli ve 23941 s. R.G.'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanun'un uygulanması açısından çok önemli bir kavram olan yabancılık unsurunun kapsami klasik yaklaşımın dışına çıkılarak ekonomik bir bakış açisi ile oldukça geniş tutularak tanımlanmıştır. Kanun aşağıdaki hallerde yabancılık unsurunun varlığını kabul etmektedir:

- (i) Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması;
- (ii) Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;
 - (a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden; veya
 - (b) Asil sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyumsuzluk konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden;baska bir devlette bulunması; veya
- (iii) Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asil 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 halleri.

Görüldüğü üzere Kanun'un kapsami çok geniş olarak belirlenmiştir. Örneğin taraflardan birinin sözleşmenin uygulanabilmesi için yabancı kaynaklı kredi aldığı bir durumda iki Türk şirketi arasında Türkiye'de ifa edilecek bir sözleşmeden doğan bir uyumsuzluğun çözülmesi için İstanbul'da Türkçe ve Türk maddi hukuku uygulanarak yapılan bir tahkim de milletlerarası sayılacaktır.

Kanun'da yabancılık unsuru kapsamına giren hallerin belirtilmiş olmasına karşın, söz konusu koşulların hangi anda (tahkim sözleşmesinin yapıldığı an veya tahkim başvurusunun yapıldığı an ya da herhangi bir başka zaman) aranacağına dair bir düzenleme yoktur. Bu konuda öğretilerdeki genel eğilimin söz konusu koşulların tahkim başvurusunun yapılma tarihinde aranması gerektiği yönünde olduğu söylenebilir.

Kanun'un kapsamına getirilen tek sınırlama ise Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyumsuzluklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyumsuzluklardır ki bunlar da zaten tahkime elverişli olmayan konulardır.

4. Kanun'un Avantajları

HUMK ile karşılaştırıldığında Kanun, pek çok farklılık içermekte ve avantajlı düzenlemeler getirmektedir. Bunlardan bazıları şöyle özetlenebilir:

- (i) HUMK'ta tahkim süresi 6 ay olarak öngörülmüş iken Kanun'da 1 yıl olarak belirlenmiştir. Ancak HUMK süre ihlali halinde tahkim konusu uyumsuzluğun çözümlenmesinin mahkemelerin yetkisi içerisine gireceğini açıkça düzenlemesine karşın bu husus Kanun'da düzenlenmemiştir. Kanun'da

tahkim süresinin sona ermesi bir iptal nedeni olarak öngörülmüşse de sürenin sona ermesi halinde tahkim şartının geçersiz olacağına dair açık bir düzenleme yoktur. Hakem kararının sürenin sona ermesi sebebi ile iptal edilmesi hali tarafların hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilecekleri durumun istisnaları arasında düzenlenmiştir. Öte yandan iptal davasından feragat etmenin mümkün olduğu ve bu konunun mahkemenin re'sen incelediği konulardan biri olmadığı hususu göz önüne alındığında tahkim süresinin bitiminden sonra verilmiş bir hakem kararının icra edilebilir nitelik kazanması da mümkün gözükmemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki her iki kanun da tarafların başka bir süre belirlemesine veya taraflardan birinin mahkemeye başvurarak süre uzatımı almasına olanak sağlamaktadır. HUMK'ta olduğu gibi, Kanun'da da tarafların yani sıra hakemlere de tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin yetki tanınmamış olması bizce isabetli değildir.

- (ii) Yerleşik yargi kararları ve doktrine göre HUMK kapsamında hakemler kendi yetkileri hususunda karar veremezken Kanun kapsamında bu mümkündür.
- (iii) HUMK kapsamında taraflar temyiz haklarından feragat edemezken Kanun kapsamında iptal davasından feragat etmek mümkündür.
- (iv) Kanun'a göre taraflar tahkim dili olarak Türkçe dışında bir dil de seçebilirlerken, yerleşik yargi kararları ve doktrine göre HUMK kapsamında bu mümkün değildir.
- (v) Kanun'da HUMK'tan farklı olarak (ve büyük olasılıkla ICC Tahkim Kurallarından esinlenilerek) hakemlere bir görev belgesi (*terms of reference*) hazırlama seçeneği sunulmuştur. Görev belgesi hazırlamanın sonuçları, yani imzalanmasını takiben tahkim konusunun görev belgesinde belirlenenler ile sınırlı olacağı hususu Kanun'da öngörülmemiş olmasına karşın bu hususun tahkim şartında düzenlenebileceğini düşünüyoruz.
- (vi) Kanun'da öngörülen yargılama usulünde mahkemelerin müdahalesi HUMK'a oranla daha sınırlıdır.
- (vii) Aslında iki kanunda da belirlenen temyiz sebepleri benzer ise de uygulamada HUMK kapsamındaki tahkimde temyiz gerekçeleri mahkemeler tarafından kanundaki düzenlemenin çok ötesinde genişletilmiş hatta tarafların Türk maddi hukukunun uygulanmasını seçtiği hallerde maddi hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı hususu dahi (HUMK'ta yer almamasına karşın) temyiz gerekçesi olarak değerlendirilmekte idi. Yeni Kanun kapsamında bu uygulamanın daha sınırlı olacağı beklentisini taşıyoruz.
- (viii) Kanun, HUMK gibi yazılı tahkim şartı veya sözleşmesi koşulunu aramasına rağmen bu yazılılık şartının belirlenmesi açısından HUMK kadar katı değildir. Örneğin elektronik ortamda yapılan tahkim şartı da yazılılık koşulunu sağlamaktadır.

Tüm bunların ışığında yabancılik unsuru içermeyen ilişkilerde dahi uyumsuzlukların çözümlenmesi mekanizması olarak tahkimin seçilmesi durumunda, HUMK yerine, Kanun'un

seçilmesinin, tahkimden beklenen faydaların gerçekleştirilmesi açısından, daha isabetli olabileceği düşüncesindeyiz.

Aslında Kanun'un avantajları göz önüne alındığında HUMK'un tahkime ilişkin hükümleri yürürlükten kaldırılıp yerel tahkim de bu Kanun'a tabi kılınmış olsa idi, genel olarak, tahkim kurumunun mahkemelere alternatif olma özelliğinin daha kuvvetlendirilmiş olacağını düşünüyoruz. Ancak Kanun'un kapsamının geniş tutulması sayesinde HUMK'un ilgili hükümlerinin sakıncalarından kaçabilmek de mümkün olabilecektir.

5. Yargılama Usulü

Yargılama usulüne ilişkin olarak dikkat çekici bir husus Kanun'un yargılama usulünü düzenleyen 8. Maddesinin taraflara usul kurallarını, Kanun'un emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırma ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yönlendirme yaparak belirleyebilme imkanını vermesidir. Örneğin tahkim sarti veya sözleşmesinde usul kurallarını ICC Tahkim Kurallarına yönlendirme yoluyla belirlemek mümkün olabilecektir. Böyle bir usulün belirlenmediği hallerde hakemler yargılamayı Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde yürüteceklerdir.

Kanun taraflardan birinin, tahkim yargılamasının öncesinde veya esnasında mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz istemesinin tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmeyeceği hususunu da isabetle öngörmektedir.

Kanun hakemlerin seçimi, reddi, sorumluluğu, görevinin sona ermesi yetkisi, tahkim yargılama usulü, bilirkişi atanması, delillerin toplanması, uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk, sulh, hakemlerin karar verme usulü, kararın şekli ve içeriği, düzeltilmesi, yorumu ve tamamlanması gibi hususları yaklaşık olarak uluslararası benzerlerine paralel biçimde düzenlemektedir.

Ancak Kanun'da karşı tarafın "karşı dava" açma olasılığına ve buna ilişkin hususlara yer verilmediği gibi, Kanun'da düzenlenen tahkim anlaşmasının geçerliliğinin saptanacağı hukukun belirlenmesi usulü de bizce bazı sakıncalar taşımaktadır. Örneğin, bu Kanun'a göre Türkiye'de gerçekleşen ancak ifa yeri Almanya olan bir tahkim usulünde (ki bu durum Madde 1'e göre mümkündür) tarafların uygulanacak hukuku seçmediği hallerde, tahkim anlaşmasının geçerliliği bağlama kurallarına göre Alman Hukuku'na göre belirlenecekken; söz konusu husus, bu hüküm uyarınca Türk hukukuna tabi olacaktır. Buna göre kanun koyucu tahkim anlaşmasının usul hukuku niteliğini ön plana çıkarmıştır.

6. Kanun Yolları

Kanun hakem kararlarına karşı iptal davası açılabilmesini öngörmektedir. Bu kapsamda hakem kararları:

- (i) Basvuruyu yapan taraf;
 - (a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliysiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğuna;

- (b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını;
 - (c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediğini;
 - (d) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykiri olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini;
 - (e) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini astığını;
 - (f) Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu;
 - (g) Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini;
- ispat ederse; veya
- (ii) Mahkemece;
 - (a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyumsuzluğun Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı;
 - (b) Kararın kamu düzenine aykiri olduğu;
- tespit edilirse iptal edilebilir.

Taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Söz konusu iptal davası, otuz gün içinde açılabilir. Bu süre, hakem kararının veya düzeltme, yorum ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. İptal davasının açılması, kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurur.

Kanun kısmi iptal olasılığını da öngörmektedir. Hakemlerin tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiği iddiasıyla açılan iptal davasında, tahkim anlaşması kapsamında olan konuların, tahkim anlaşması kapsamında olmayan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim anlaşması kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilir.

Kanun'a göre iptal davası hakkında verilen kararlara karşı HUMK hükümleri uyarınca temyiz yolu açık olmakla birlikte, karar düzeltme yoluna gidilemez. Temyiz incelemesi, Kanun'un 15/A Maddesinde yer alan ve yukarıda belirttiğimiz iptal sebepleriyle sınırlıdır. Ancak iptal davasına karşı temyiz yoluna gidilebilmesi tahkimden beklenen avantajları sınırlamaktadır.

İptal davasının kabulü halinde, kabul kararı temyiz edilmezse veya 1 inci bendin (b), (d), (e), (f), (g) alt bentleri ile 2nci bendinin (b) alt bendindeki hallerin varlığı sebebiyle kabulü halinde taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa hakemleri ve tahkim süresini yeniden

belirleyebilirler. Bu noktada, Kanun tahkim süresini uzatma imkanini taraflara tanımış olduğuna göre 15/A maddesinin 1inci bendinin (c) alt bendinde öngörülen “*Kararin, tahkim süresi içerisinde verilme[mesi]*” halinde de tarafların hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebileceklerinin kabulü daha isabetli olurdu görüşünderiz.

Iptal davası için öngörülen sürenin geçtiği veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hâllerde, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesi sırasında yukarıda da belirtilen 2nci bent hükümleri mahkemece re’sen dikkate alınır.

Kanun metninden iptal davasının reddedildiği, iptal davası açma süresinin geçtiği veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği durumlarda hakem kararının (re’sen inceleme usulünün ardından) icra edilebilir hale geldiği anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere, MÖHUK yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfiz usulüne ilişkin hükümler öngörmektedir. Ancak “yabancı” ve “milletlerarası” hakem kararlarına dair kavram kargasası nedeni ile bu Kanun kapsamında icra edilebilir nitelik kazanan hakem kararlarının tekrar MÖHUK’un tanıma ve tenfize ilişkin hükümlerine tabi olup olmadığı hususu açık değildir. Bizce Kanun’un amacı ve inceleme konusu hususların benzerliği karşısında söz konusu hükümlerin Kanun’un hükümleri uyarınca icra edilebilir nitelik kazanan hakem kararlarına uygulanmaması gerekir.

7. Sonuç

Kanun’un yürürlüğe girmesi Türk hukuk ve is dünyası açısından olumlu bir gelişmedir. Dileğimiz Kanun’un uygulamasının Kanun’un amacı doğrultusunda gerçekleşmesi ve eksiklik ve belirsizliklerinin de uygulamada bu doğrultuda giderilmesidir.⊕