

TAHKİM ŞARTININ VE TAHKİMNAMENİN MİLLETLERARASI TAHKİMDEKİ ÖNEMİ

Av. Prof. Dr. Kemal DAYINLARLI
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Bugünkü dünyamızda milletlerarası ticaret, ülkelerin sınırlarını bile tanımadan inanılmaz bir hızla, kendi kuralları ile gelişip yayılmaya devam etmektedir. Bunda son yıllardaki ulaşım ve iletişim araçlarının önemli ölçüde etkisinin bulunduğu kuşkusuzdur. Bir yandan milletlerarası ticaret bu hızlı gelişmesini ve yayılmasını sürdürürken, diğer yandan, bu ticari faaliyetlerin belli hukuk sistemlerine bağlanması çabaları da sürmektedir.

Ancak hukuk kurallarının oluşturulup uygulamaya konulması, belli bir çalışma ve zamanı gerektirdiğinden, milletlerarası ticari faaliyetler daima önde gitmekte ve hukuk kuralları onlara ayak uydurmaya çalışmaktadır.

Esasen milletlerarası ticari ilişkilerin bulunduğu yerde, çoğu kez işin doğasından kaynaklanan menfaat ayrılıkları görülmektedir. Bunun sonucu olarak, taraflar arasında uyuşmazlıklar doğmaktadır. Esas ticari sözleşmenin kuruluşu anında, zaten taraflar arasında menfaat dengesi mevcut olduğu için uyuşmazlıktan bahsedilemez. Ancak bu denge, taraflar arasındaki esas sözleşmenin ifası esnasında bozulabilir. Bu durumda, esas sözleşmedeki işin tamamlanmasını teminen bu dengenin yeniden kurulması kaçınılmaz bir durum arz eder.

İşte ileride çıkması muhtemel uyuşmazlıkların hakem veya hakemlere müracaat edilmek suretiyle giderilmesini öngören ve esas sözleşme içinde düzenlenen usul kurallarına **Tahkim şartı (clause compromissoire)** denir. Tahkim şartı esas sözleşme düzenlenirken bu sözleşmenin içine dahil edilmektedir. O safhada ise, temel ilişkiye dayalı işe henüz başlanmadığı için taraflar arasında uyuşmazlık söz konusu olmaz. Taraflar arasında imzalanan esas sözleşme böyle bir tahkim şartı içermemiş olsa bile, esas sözleşmenin ifasından veya yorumundan doğan uyuşmazlık doğduktan sonra da bu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla giderilmesi için taraflar ayrı bir anlaşma yapabilirler. Uyuşmazlık doğduktan sonra, onun tahkim yoluyla giderilmesi için tarafların aralarında vardıkları mutabakatla tespit ettikleri bu kurallara **Tahkimname (compromis)** denir.

21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunumuzun¹ birinci maddesine göre, tahkimin milletlerarası olarak nitelendirilebilmesi için gerekli hususlardan birinin yabancılık unsuru olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı kanunun ikinci maddesinde ise “...aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır”, ifadesine yer verilmiştir².

Buna göre yabancılık unsurunu oluşturan haller şunlardır:

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

¹ 5 Temmuz 2001 gün ve 24453 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

² 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun Türkçe, İngilizce ve Fransızca tam metni için bkz. Prof. Dr. Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası Tahkim Kanunu, Ankara, 2002

- 2- *Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;*
- Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,*
 - 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.*

Tahkim şartı ve tahkimname, taraflar arasında yapılan bir usul hukuku sözleşmesidir. Eser sözleşmesi ise hükümleri Borçlar Kanununun 355-371. maddeleri arasında düzenlenen bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Tahkim şartı ile esas borç ilişkisini düzenleyen eser sözleşmesi aynı akit içinde düzenlenmiş olmasına rağmen, bunlar milletlerarası hukukta birbirinden bağımsız iki ayrı sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle, örneğin eser sözleşmesinin başka bir müteahhide devredilmesi veya işin bir kısmının alt müteahhide yaptırılması esnasında, tahkim şartının da birlikte devredildiğini özel olarak devir sözleşmesinde belirtme zorunluluğu mevcuttur. Aksi takdirde, devir alan yeni müteahhit işi devir alırken tahkime mutabakat vermediğini ileri sürerek ihtilafı işin yapıldığı devlet mahkemesine götürebilir. İhtilafın bu şekilde çözüme kavuşturulması hem işi uzatır, hem de daha pahalı bir çözüm yolu olarak karşımıza çıkar.

Tahkim şartında tarafların üzerinde mutabakata varıp, belirtmeleri gereken hususlar uygulamada önemlidir. Taraflar, tahkim şartında esas sözleşmeden doğması muhtemel uyuşmazlığın çözümü için daha o safhada, ihtilafın hakem veya hakemler vasıtası ile çözüme kavuşturulacağını, hakem kurulunun oluşum şeklini, dava dilekçesinin ve cevap layihasının verilme süresini, kanıtların nasıl verileceğini, görev belgesinin düzenlenmesini, uygulanacak usul hukuku ile maddi hukuk kurallarını, tahkim yerini ve tahkimde kullanılacak dili belirtmelidirler.

Tahkim Yeri: Hakem veya hakem kurulunun hakem kararını vereceği yerdir. Bu yerin şehir olarak taraflarca belirtilmesinde tahkimin sağlıklı görülmesi için yarar vardır. Milletlerarası tahkimde tahkim yerini taraflar belirler. Hakem kararı tarafların seçtiği **tahkim yerinde (siège de l'arbitrage)** verilir. Tahkimde kaybeden tarafın hakem kararına karşı açacağı iptal davasını tahkim yeri mahkemesinde açma zorunda olması karşısında, tahkim yerinin taraflarca başlangıçta tayin edilmesinin ne kadar önemli olduğu anlaşılacaktır³. Onun için tahkim yerinin başlangıçta taraflarca, taraf iradesinin yokluğunda hakem veya hakemlerce seçilirken dikkatli seçilmesi gerekmektedir.

³ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 15/a; Fransız Yeni Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 1505 (bkz. Kemal DAYINLARLI, İç Tahkim, Ankara, 1997, sh. 315); İsviçre Milletlerarası Özel Hukukuna dair Federal Kanun m. 191, bkz. Andreas BUCHER, Droit International Privé sh. 45; The Netherlands Arbitration Act 1986, m. 1064/2; bkz. P. SANDERS/A.J. von den BERG sh. 38

Tahkime Uygulanacak Hukuk: 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖH-UK)⁴ m. 24/1, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabi olacağını hükme bağlamıştır. Tarafların seçeceği tahkime uygulanacak hukukun usul hukuku ve maddi hukuk olmak üzere ayrı ayrı belirtilmesinde yarar vardır. Böyle bir ayırım yapılmadan, sadece belli bir ülkenin hukukunu tahkim şartında belirtmek yeterli olmaz.

Tahkim Dili: Milletlerarası tahkimde kullanılacak dilin taraflarca seçimi önemlidir. Zira, tarafın uyuşmazlık konusunda uzman olduğuna inandığı ve seçmek istediği hakemin tahkimde uygulanacak dile hem yazılı, hem de sözlü olarak hâkim olması işin doğası gereğidir. Tahkimde uygulanacak dili tarafların seçmemiş olması halinde; örneğin, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının 16. maddesi, bu dilin veya dillerin, esas sözleşme dilini ve hal ve şartları dikkate alarak hakemler tarafından seçileceğini belirtmiştir⁵.

Sonuçta tarafların ve hakemlerin tüm gayretleri, hakemlerce verilen nihâi hakem kararının icrasının mümkün olmasını sağlama yönünde olmalıdır. Aksi takdirde, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüme kavuşturulması usulünden beklenen sonucu elde etmek mümkün olmayacaktır.

⁴ 22 Mayıs 1982 tarih ve 17701 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun Türkçe, İngilizce ve Fransızca tam metinleri için bkz. Kemal DAYINLARLI, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ankara, 2001

⁵ ICC Rules of Arbitration in force as from 1 January 1998, art. 16, Yves DERAİNS and Eric A. SCHWARTZ, A guide to the new ICC Rules of Arbitration, The Hague Netherlands, sh. 214