

AVRUPA TİCARET MAHKEMESİ

Necat AZARKAN*

ÖZET

Küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin küreselleşen dünya ekonomisinde artı bir güç olarak varlıklarını devam ettirebilmelerinin en önemli şartlarından birisi, bu işletmelerin serbest piyasa koşullarında rekabet güçlerini arttırabilecekleri ve üretim kabiliyetlerinin temeli olarak görülen girişimcilik ruhlarını geliştirebilecekleri uygun bir iş ortamının sağlanmasıdır. Bu hedefe giden ve coğrafi anlamda sınır tanımayan küresel ticaret yolunun parke taşlarını, ülkeden ülkeye farklılık göstermeyen ve böylelikle, yol üzerinde hareket eden işletmelere sahip oldukları hakları, ölçek, sektör, yasal statü ve tabiiyetleri ne olursa olsun elde edebilecekleri konusunda güven veren basit ve devletler üstü yeknesak hukuk kurallarının oluşturacağı açıktır. Bu çerçevede Avrupa Birliği'nce, üye devletlerce doğrudan uygulanacak veya uyum sağlanacak zorunlu düzenlemeler getirilmiş olmakla beraber, hukuk uygulaması anlamında, parke taşlarını kırma ve gevşetmeye yönelik teşebbüsleri engelleyecek ve böyle bir teşebbüsün varlığı halinde yaptırımlar uygulayacak bir denetim mekanizmasına ihtiyaç vardır. Her ne kadar, uluslararası ticari faaliyetlerde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların giderilmesi için görev yapan tahkim kurumları mevcut ise de, tahkim prosedürünün özellikle küçük ve orta büyüklükteki işletmeler açısından getirdiği büyük mali külfet göz önüne alındığında, milletlerarası tahkim müessesesinin, küçük ve orta büyüklükteki işletmelere hukuki bir güvence vermekten uzak olduğu görülecektir. Bu noktada yeni bir müessese kendini dayatmaktadır: Avrupa Ticaret Mahkemesi.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Ticari Faaliyet, Milletlerarası Tahkim, Avrupa Ticaret Mahkemesi

EUROPEAN TRADE COURT

ABSTRACT

In a globalizing world economy, one of the most important conditions for the small and medium-sized enterprises to maintain their presence as a force for positive that providing suitable business environment for these enterprises to increase their competitiveness in the free market conditions and develop the entrepreneurial spirit as the basis of production capabilities. Obviously, the rule of law, which isn't differ from country to country, and thus, making confidence the moving enterprises on this road to obtain their rights, regardless of the scale, sector, legal status and nationalities and which is a simple, multinational and uniform, will constitute the cobblestones of this goal and the

* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

geographically boundless global trade route. In this context, although mandatory regulations issued by the EU to be provided directly to apply or adjust, in legal practice, a control mechanism, which block attempts to break or loosen the cobblestones and apply sanctions in the presence of such attempts, is needed. Despite the presence of the arbitral tribunal, which work to eliminate conflicts in international commercial activities, considering the huge financial burden of the arbitration procedure for the small and medium-sized enterprises, it will be seen that the international tribunal can't provide a legal assurance for the small and medium-sized enterprises. At this point a new institution insists itself: European Trade Court.

Keywords: International Commercial Activity, International Arbitration, European Trade Court

GİRİŞ

Küreselleşen dünya, baş döndürücü bir hızla gelişen yeni teknolojiler, endüstriyel alt yapı ve tüm bunlara bağlı olarak aynı hızda büyüyen çevre ve iklim sorunları Avrupa iç pazarının daha esnek ve rekabete açık bir hale getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu noktada, günümüz Avrupa'sında, 23 milyonluk çok geniş bir girişimci kitlesi ile yeni iş olanakları ve ekonomik canlılığın asıl motoru olan küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin (KOBİ) en yüksek derecede önem ve teşvik programları ile desteklenmesi kaçınılmazdır. KOBİ'ler, Türkiye'deki ekonomik büyüme için gerekli lokomotif gücünü sağlamaktan, esneklik yaratmaya; Türkiye ile Avrupa Birliği arasında köprü kurma hedefinden, istihdamın desteklenmesine kadar daha birçok alanda çok önemli roller üstlenmeleriyle Türk ekonomisinin de temel taşlarından birini oluşturmaktadır. KOBİ'lerin karşılaştıkları zorluklarının başında alt yapı eksikliği, mali kaynaklara ve yeniliklere kısıtlı erişim, nitelikli işgücü eksikliği, pazar araştırmaya ilişkin maliyetler, pazarlık gücü ve mevzuat engelleri (fikri mülkiyet haklarına, işgücüne, vergilendirmeye vs. ilişkin ulusal mevzuat ve Avrupa Birliği mevzuatı) gelmektedir. Avrupa ekonomisinin büyümesinde KOBİ'lerin rolünü göz önünde bulundurarak, politika oluşturanların, KOBİ'lerin gelişmesine ve karşılaştıkları sorunların ortadan kaldırılmasına yönelik konular üzerinde odaklanmasını sağlamak amacıyla harekete geçen Avrupa Komisyonu 10 maddelik bir aksiyon planı hazırlamıştır. Temelleri 19-20 Haziran 2000 tarihinde yapılan Feira Avrupa Konseyi Zirvesi'nde atılan ve 25 Nisan 2008 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 'Avrupa Birliği Küçük İşletmeler Sözleşmesi – Small Business Act'¹ rekabet yeteneğinin ve üretim kabiliyetinin temeli olarak görülen girişimciliğin desteklenmesi, bilgi ve iletişim teknolojilerinin küçük işletmeler tarafından kullanımının sağlanması, en iyi iş desteğinin verilmesi, bilgiye dayalı ekonomi alanında buluşları ekonomik değer haline getirecek işletmelerin desteklenmesi için bürokrasinin azaltılması ve

¹ Türkiye Avrupa Birliği Küçük İşletmeler Sözleşmesini kabul ettiğine dair Maribor Deklarasyonu'nu diğer aday ülkeler ile birlikte 23 Nisan 2002 tarihinde imzalamıştır.

özellikle mevzuatın basitleştirilerek Avrupa çapında yeknesaklaştırılması gibi hususları kapsamaktadır². Hukukun yeknesaklaştırılmasının birliğe üye devletler özel hukuk düzenleri arasındaki rekabeti öldüreceğine ilişkin karşı görüşlere³ rağmen hukukçular arasında destek gören Avrupa Komisyonu Aksiyon Planı bütün olumlu yönlerine karşın KOBİ'lerin karşılaştığı engelleri ortadan kaldırmak için yeterli değildir. Ülkeden ülkeye farklılık göstermeyen uluslar üstü yeknesak kuralların kabulü, büyüme gücüne ve isteğine sahip, yenilikçi ve uluslararası alanda rekabet edebilen KOBİ'ler açısından büyük yararlar sağlayacaktır. Bununla beraber, aksiyon planı ile amaçlanan hususların bir ideal olmaktan çıkıp ete kemiğe bürünebilmesi için, basit ve KOBİ'ler için ek maddi külfetleri beraberinde getirmeyecek bir hukuk uygulamasına da ihtiyaç vardır. Çalışmamızın konusunu, Avrupa Birliği hukuku çerçevesinde kurulacak ve resmi bir yargı organı olarak söz konusu ihtiyacın giderilmesinde merkezi bir rol oynayabileceğini düşündüğümüz 'Avrupa Ticaret Mahkemesi' teşkil etmektedir. Çalışmamızda öncelikli olarak, milletlerarası ticari ameliyelerden doğan veya doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü için yürütülen çalışmaların sonucu olarak 21 Nisan 1961 tarihinde 22 devlet tarafından imzalanarak yürürlüğe konulan 'Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi' temel alınarak, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların hakem önüne götürülmesi ve hakem kararının verildiği aşamaya kadar olan tahkim süreci ayrıntılarına girilmeden incelenecektir. Çalışmamızın esasını oluşturan ikinci bölümünde milletlerarası ticari hakemlik müessesinin KOBİ'ler açısından ortaya çıkardığı açmazlar ortaya konularak neden yeni bir müesseseye ihtiyaç duyulduğu üzerinde durulacak ve buradan hareketle, soyut bir düzlemde ortaya konulacak Avrupa Ticaret Mahkemesi fikrinin ete kemiğe bürünür bir hale getirilebilmesi için gerekli temel altyapı sorunları ve bunların nasıl giderilebileceği hususları üzerinde durulacaktır.

I. TÜRKİYE EKONOMİSİNDE KOBİ'LER

Küçük ve orta boy işletmeler son yıllarda gerek ülkemizde⁴ gerekse dünyada dikkat çekici bir gelişim göstermiştir. Bu işletmeler, değişime büyük

² Sözleşmenin tam metni için http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/sba_de.htm (erişim tarihi 22.10.2010).

³ Karşı görüşler için bkz. DREHER, M.: Wettbewerb oder Vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?, **Juristen Zeitung (JZ)**, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 1999, s. 112.

⁴ Türkiye'de KOBİ'lerin tarihi gelişimi 13. yüzyılın ilk yarısında kurulan Ahilik sistemine kadar dayanmaktadır. 1933 yılında esnaf ve küçük sanayicinin kredi gereksinimini gidermek için Halk Bankası kurulmuş, Türkiye'de 1963 yılından itibaren başlatılan planlı kalkınma dönemi çerçevesinde hazırlanan 5 yıllık kalkınma planlarında KOBİ'ler sürekli olarak yer alarak günümüze kadar gelmiştir. Bu çerçevede, 2007-2013 yıllarını

firmalara göre çok daha hızlı adapte olabilmelerinin yanı sıra, daha az yatırımla daha çok üretim, ürün çeşitliliği ve istihdam yaratmaları açısından da ülke ekonomisinde vazgeçilmez bir konuma sahiptirler. Ülkemizdeki her yüz işletmeden doksan sekizini KOBİ'lerin teşkil ettiği düşünüldüğünde⁵, bu işletmelerin tanımını doğru yapmanın ve ekonomideki yerlerini iyi analiz etmenin önemi ortaya çıkacaktır.

A. KOBİ Kavramı

KOBİ kavramının hukuki olmaktan çok ekonomik bir anlam taşıyor olması sebebiyle, işletmelerin faaliyette buldukları iş kolları ve kullandıkları üretim tekniklerine bağlı olarak kültürden kültüre, bölgeden bölgeye ve ülkeden ülkeye farklı tanım yapıldığı görülmektedir⁶. Bu tanım karmaşasına Bakanlar Kurulu'nun 2005/9617 sayılı kararı ile kabul edilen ve 18 Kasım 2005 gün ve 25997 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 'Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması hakkındaki Yönetmelik ile son verilmiş ve Türkiye'deki tüm kurum ve kuruluşların kabul ettiği müşterek bir KOBİ tanımı getirilmiştir. Yönetmeliğin 4. maddesinde yer alan bu tanıma göre '*İşletme: Yasal statüsü ne olursa olsun, bir veya birden çok gerçek veya*

kapsayan Dokuzuncu Kalkınma Planı'nda, gelişme eksenlerinden biri, olarak ülkenin rekabet gücünün artırılması belirlenmiştir. Bu hedefi gerçekleştirebilmek için, plan uyarınca, KOBİ'lerimizin AB rekabet ortamına uyum sağlayabilmesi ve rekabet edebilirliklerinin artırılabilmesi için vazgeçilmez yapısal araç olarak Ar-GE harcamalarının artırılması hedeflenmektedir, Dokuzuncu Kalkınma Planı'nın tam metni için bkz., Resmi Gazete, 01.07.2006, Sayı: 26215.

⁵ İSKENDER, H., Türkiye'de KOBİ'ler ve KOBİ'lerde Planlama, Uygulama ve Denetim, **Mevzuat Dergisi**, Yıl 8, Sayı 87, Mart 2005, <http://www.mevzuatdergisi.com/2005/03a/06.htm>, erişim tarihi 01.11.2010, s.2.

⁶ Ülkemizde farklı kuruluşlarca farklı KOBİ tanımlamaları yapılmaktadır. KÜSGET(Küçük Sanayi Geliştirme Teşkilatı) 1-9 işçi çalıştıran işyerlerini küçük, 10-49 işçi çalıştıran işyerlerini orta, 50'den çok işçi çalıştıran işyerlerini ise büyük işletme olarak vasıflandırmıştır, bu tanım için bkz. SAHTİYANCI, E., **Türkiye'de Küçük ve Orta Ölçekli Sanayiler ve Durumu**, Ankara 1995 s. 54; KOSGEB (Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı) Kuruluş Kanununa göre 1-50 arası işçi çalıştıran işletmeler küçük, 51-150 arasında olan işletmeler da orta ölçekli işletme sayılmaktadır. DİE (Devlet İstatistik Enstitüsü) 1-9 arası işçi çalıştıran işletmeleri küçük, 10-24 arasında olanları orta, 25'den fazla olanları ise büyük işletme olarak kabul etmektedir. İTO (İstanbul Ticaret Odası) 25 kişiye kadar işçi çalıştıran işletmeleri küçük işletme kabul ederken, TOSYÖV (Türkiye Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler, Serbest Meslek Mensupları ve Yöneticileri Vakfı) 10 işçiye kadar olan işletmeleri küçük, 11-100 arası işçi çalıştıran işletmeleri küçük ve orta ölçekli, 100'den fazla işçi çalıştıran işletmeleri ise büyük işletme olarak tanımlamaktadır, bu tanımlar için bkz. YÜCEL, A., **Küçük Ve Orta Boy İşletmelerin Pazarlama Sorunları ve Denizli'de Bir Uygulama**, Denizli 1995, s.10 vd.

tüzel kişiye ait olup, bir ekonomik faaliyette bulunan birimleri' ifade etmektedir. Bu bağlamda *'İkiyüzelli kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hâsılatı ya da mali bilançosu kırk milyon Türk Lirası'nı aşmayan ve... Yönetmelikte mikro işletme, küçük işletme ve orta yükümlükteki işletme olarak sınıflandırılan işletmeler'* KOBİ olarak tanımlanmaktadır. Yönetmeliğin 4. maddesinde öngörülen bu nicel ölçütlere ilave aynı yönetmeliğin 5. maddesinde nitel bir ölçüt daha getirilmiştir. Buna göre bir işletmenin KOBİ olarak kabul edilebilmesi için, şayet varsa, bu işletmedeki büyük ölçekli bir şirketin veya şirketlerin hisse payının yüzde 25'i aşmaması gerekir (Bağımsızlık Ölçütü). Aksi halde o işletmeyi KOBİ olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır. Bunun yanı sıra; küçük ve orta çaplı işletmeler, yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca, kendi içerisinde üç gruba ayrılmaktadır. Buna göre; on kişiden az çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hâsılatı ya da mali bilançosu bir milyon Türk Lirası'nı aşmayan küçük işletmeler 'mikro İşletme', elli kişiden az çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hâsılatı ya da mali bilançosu sekiz milyon Türk Lirası'nı aşmayan işletmeler 'küçük işletme' ve ikiyüzelli kişiden az çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hâsılatı ya da mali bilançosu kırk milyon Türk Lirası'nı aşmayan işletmeler 'orta büyüklükteki işletme' olarak kabul edilecektir.

B. KOBİ'lerin Ekonomideki Yeri

Basit bir organizasyon yapısına sahip olan ve profesyonel yöneticiler tarafından değil, genelde bizzat işletme sahipleri veya ortakları tarafından yönetilen KOBİ'ler tüm ülke sınırlarını kendilerine faaliyet ve üretim alanı olarak görmekte olup, nispeten daha küçük sermayeye dayalı yapıları neticesinde de kolayca ülkenin her yerinde kurulup yaygınlaşmalarına imkân elde etmektedirler. Ekonomideki hareketlenmelere büyük işletmelerden daha kolay uyum sağlama özellikleriyle de büyük işletmelerin yatırım riskini göze alamadığı bölgelere yatırım yaparak bu konudaki açığı gidermeye ve bölgesel kalkınmaya destek olmaya çalışmaktadırlar⁷. Bu nitelikleriyle KOBİ'ler, hem ekonomik faaliyetlerin bölgeler ve iller arasında dengeli dağılımına hem de o bölgelerde istihdamın artışına işsizliğin önlenmesine katkıda bulunmaktadır⁸. Büyük işletmeler karşısındaki bu avantajlarının yanında KOBİ'ler bazı dezavantajları da beraberlerinde getirmektedirler. KOBİ'lerin yapılarının küçük

⁷ MÜFTÜOĞLU, T., **Türkiye'de KOBİ'ler, Sorunları ve Öneriler**, EGS Bank Yayınları, İzmir 1995, s. 3 vd.

⁸ ÖZDEMİR, S., **İşsizlik Sorununun Çözümünde KOBİ'lerin Desteklenmesi**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 2006, s. 56; Gök, M., **İşgücü Piyasası ve KOBİ'ler**, Roma Yayınları, Ankara 2004, s. 115.

olması, bankacılık sisteminden yeterince yararlanamamaları⁹, teknolojik düzeylerinin geri ve sermaye miktarlarının düşük olması rekabet yönlerini olumsuz yönde etkilemektedir. KOBİ'lerin bağımsızlıklarına verdikleri önem ve işletmeler arası iletişim eksikliği nedeniyle, iç ve dış pazarlara yönelik ortaklıklar kuramamaları, bu işletmeleri büyük işletmeler karşısında rekabet açısından dezavantajlı konumda bırakmakta ve maliyetlerinin yükselmesine neden olmaktadır. Aşırı artan girdi fiyatlarının maliyetleri yükseltmesine karşın bunu fiyatlarına yansıtamayan KOBİ'lerin, zaten yetersiz olan öz sermayeleri zaman içinde erimektedir. KOBİ'lerin ortak özelliklerinden biri olan öz kaynak yetersizliği özellikle dönemsel dalgalanmanın olduğu dönemlerde kendini hissettirmektedir. KOBİ'lerin sermaye yapılarının zayıflığı ilk olarak işletmelerin kuruluşunda ortaya çıkmakta ve pek çok KOBİ için süreklilik kazandığından işletmenin daha sonraki faaliyetlerinin tümünü etkilemektedir. Dış kaynakların bulunmasında karşılaşılan güçlükler ile birleştiğinde yeni yatırımların yapılmasını, yüksek teknoloji sağlanmasını engellemektedir¹⁰.

II. ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİME İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE TAHKİMİN TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Son yıllarda küreselleşmenin bir sonucu olarak uluslararası ticaret büyük ölçüde artmıştır. Özellikle taşımacılık ve haberleşme teknolojilerinde yaşanan hızlı gelişme, üretin faktörlerinin dünya ölçeğinde hızla yer değiştirebilmesine imkân vermiş ve böylelikle mal ve hizmet piyasalarını ülke boyutundan dünya boyutuna taşımıştır. Uluslararası ticaret, farklı devletlerin bireylerini ve milli ekonomilerini ilgilendirdiğinden, devletlerin kendi içlerine dönük ve salt milli, şartları ve menfaatleri göz önünde bulundurarak uyguladıkları kurallar ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, dünya ticaretinde gözlemlenen küresel gelişmeler; milletlerarası teamül, örf ve adet kurallarından oluşan ve uluslararası ticareti yöneten bir tür 'küresel ticaret hukuku' nu da oluşturmaya başlamıştır¹¹. Bu hukukun en önemli ayaklarından birini de tahkim müessesesi oluşturmaktadır.

⁹ ABD'de KOBİ'ler toplam kredilerden % 42.7 oranında pay alırken, Almanya'da bu oran %31.1 olmakta, Japonya'da % 50, Güney Kore'de % 47, Fransa'da % 29, İngiltere ve Singapur'da % 27, Hindistan'da % 15.3 civarında bulunmaktadır. Türkiye'de ise KOBİ'lerin toplam krediler içindeki payı sadece % 3'tür, ayrıntılı bilgi için bkz. SARIASLAN, H., **Orta ve Küçük Ölçekli İşletmelerin Finansal Sorunları**, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Yayınları, Ankara 1994, s. 24 vd.

¹⁰ TOSYALI SARIKAYA, B., **KOBİ'lerin Türkiye Ekonomisindeki Yeri**, İzmir Ticaret Odası Yayınları, s. 9.

¹¹ EMEK,U., **Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü**, Ankara 1999, s. 4.

A. Uluslararası Ticari Tahkim Kavramı

Tahkim, bir uyuşmazlığın taraflarının devlet mahkemelerine giderek dava açmak yerine uyuşmazlığın çözümü için hakem atamak veya mahkemeden hakem atanmasını istemek (HMUK m. 520) suretiyle oluşturulacak bir özel heyeti (hakem kurulu)¹² görevlendirmeleri olarak tanımlanabilir¹³. Klasik tahkim hukuku çalışmalarında tahkim, ‘*milli tahkim – l’ arbitrage interne*’, ‘*milletlerarası tahkim – l’ arbitrage international*’ ve ‘*yabancı tahkim – l’ arbitrage éntreger*’ adlarıyla üç ana başlık altında incelenmektedir¹⁴. Ticari tahkimin ‘milletlerarası’ karakterinin tayininde, öğreti ve uygulamada, milliyet, toprak, sözleşmenin niteliği gibi farklı kıstaslar dikkate alınmaktadır. Modern yaklaşımlarda, tahkim sözleşmesi veya şartının varlık sebebinin teşkil eden ana sözleşmenin ekonomik karakterinin, tahkimin ‘milli’ veya ‘milletlerarası’ niteliğini belirlemede hareket noktası yapılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁵. Bu yaklaşıma göre milletlerarası olma karakterini tespitite, sözleşmenin ekonomik karakteri ön planda tutulmakta ve milletlerarası ticaretin yarar alanına giren tüm sözleşmeler, şahsi ve coğrafi anlamda yabancılık unsuru taşımasa veya bu unsur zayıf olsa dahi uluslararası sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bu ölçüt esas alındığında, coğrafi anlamda bir yabancılık unsuru tanımayan veya birden çok hukuk sistemi ile irtibata sahip olmayan fakat milletlerarası ticareti ilgilendiren bir sözleşme ‘milletlerarası sözleşme’ sayılabilecek ve tarafların Milletlerarası Özel Hukuk anlamında irade serbestîleri geçerli kabul edilecektir. Başka bir deyişle aynı ülkenin iki vatandaşı aralarındaki ticaretten kaynaklanan ihtilafların halinde dahi taraflar - örneğin milletlerarası tahkim şartını içeren

¹² Hakem heyeti uyuşmazlığın tarafları veya bunların temsilcileri tarafından seçilebilir. Taraflar, ayrıca, hakem heyetinin uyuşmazlığın çözümünde takip edeceği usulü kendi aralarında belirleyebilir. Hakem heyetince, taraflarca sunulan iddia ve delillerin ışığında yapılan inceleme sonucunda verilen kararlar nihai ve tarafları bağlayıcı niteliktedir.

¹³ ÖNEN, E., Hakem Kararlarının Temyizi ve Hakemlerin Direnme Yetkisi, **M.Ü.İ.İ.B.F. Dergisi Özel Sayı**, C. XIV, S. 1, İstanbul 1999, s. 297, Yargıtay 15. HD, 21.01.1981 tarih ve E.1980/2676, K. 1981/57 sayılı kararında tahkimi ‘Hukuken bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki yanın anlaşarak bu uyuşmazlığın giderilmesini özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın bu özel kişilerce incelenip karara bağlanması’ olarak tanımlamıştır, bkz. DAYINLARLI, K., **HUMK’ta Düzenlenen İç Tahkim**, Ankara 1997, s. 3.

¹⁴ Bu çalışmada milletlerarası ticari ameliyelerden kaynaklanan ihtilafların çözümü amacıyla gidilen tahkim mekanizması incelendiğinden sadece milletlerarası tahkim kavramına değinilecektir.

¹⁵ Ticari tahkimin ‘milletlerarası’ karakterinin tayinine ilişkin öğretilerde ileri sürülen görüşler için bkz. ŞANLI, C., **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1986, s. 29.

uluslararası bir kuruluşun standart sözleşmesini kullanmışlarsa - ihtilaf ortaya çıktığında milli yargı yerine milletlerarası hakem heyetine gidebilecektir¹⁶.

B. Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin Uluslararası Sözleşmeler

1. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu

Hakem kararlarının milletlerarası alanda tanınması ve tenfizini sağlama gayesine yönelik bir sözleşme metni üzerinde anlaşmak üzere 1958 yılında BM nezdinde New York'ta toplanan 45 ülke temsilcisinin yaklaşık 10 gün süren çalışmalar neticesinde hazırladığı 16 maddelik New York Konvansiyonu¹⁷, akit devletlerin, geçerli tahkim anlaşmalarını uygulamalarını istemekte, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için çok daha açık kurallar getirmektedir. Konvansiyon, hakem kararlarının uygulanması isteyen tarafın kararın uygulanması için gerekli koşulların yerine getirildiğini ispat etmesini isteyen Cenevre Protokolü ve Sözleşmesinin kurallarını tersine çevirerek; kararın tanınması ve tenfizine direnen tarafın, gerekçelerini sunması ve ispat etmesi gerektiği yönünde hüküm getirmiştir (m.5). 21 Mayıs 1991 tarih ve 20877 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3731 sayılı Kanunla onaylanan New York Konvansiyonu'nun kabulü ile hakem kararının tabiiyetinin -toprakları üzerinde tahkimin cereyan ettiği devletin hukuk düzeni otoritesi altında- tahkim yeri ülkesi olduğu (Toprak Esası) (Madde I/1), akit devletlerden her birinin, New York Sözleşmesi'ne göre milletlerarası (yabancı) sayılan hakem kararlarını New York Sözleşmesi'nde yazılı şartlar dairesinde tenfiz kararı vermeleri amacı sonucunda yabancı hakem kararlarının Türk mahkemeleri tarafından verilmiş Yargı Kararları gibi Türkiye'de İcra ve İflas Daireleri tarafından icra edilmeleri gereği (Madde III), yabancı hakem kararlarının tenfizi usulünün New York Sözleşmesi hükümleri ile düzenlenmiş olması ve New York Sözleşmesi'nin imkân verdiği ölçüde tamamlayıcı hükümler olarak, ilgili diğer milletlerarası antlaşmalar, devletler hususi hukuku ve usul hukuku hükümlerinin tenfiz prosedürü sırasında uygulanması; nihayet New York Sözleşmesi hükümlerine

¹⁶ ŞANLI, C., ibid, s 29.

¹⁷ Türkiye, 10.Haziran.1958 tarihli Sözleşmeyi 21.Mayıs.1991 tarih ve 20877 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 3731 sayılı Kanunla onaylamıştır. Ayrıca, Sözleşmenin İnci maddesinin 3 üncü paragrafına uygun olarak, sözleşmeyi sadece mütekabiliyet esasına göre bu sözleşmeye taraf olan bir devletin ülkesinde verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulayacağını; sözleşmeyi yalnız akdi veya akit dışı hukuki münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını beyan etmiştir.

ters düşen kanun hükümlerinin uygulanmaması Türkiye Cumhuriyeti tarafından da benimsenmiştir¹⁸.

2. Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi

21 Nisan 1961 tarihinde Cenevre’de imzalanan Milletlerarası Ticarî Tahkime Dair Avrupa Sözleşmesi (European Convention on International Commercial Arbitration)¹⁹, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonunun çabalarıyla milletlerarası ticarî ilişkilerde - özellikle Doğu- Batı ticaretinden doğan uyuşmazlıklarda- hakemliği gerçekleştirmeye ve geliştirmeye yönelik bir sözleşmedir²⁰. Avrupa Sözleşmesinin uygulama alanı Sözleşmenin 1. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, taraflar arasındaki sözleşmenin yapıldığı sırada, mutad meskenleri veya muamele merkezleri değişik akit ülkelerde bulunan gerçek veya tüzel kişi tacirler arasındaki mukaveleler ile milletlerarası karakterli ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların halline ilişkin tahkimler sözleşmenin uygulama alanına dâhildir. Sözleşmenin 4. maddesi uyarınca taraflar tahkimin yürütülmesi için daimî bir organize tahkim merkezine başvurabilecekleri gibi, sadece kendi ihtilafları için seçecekleri özel hakemlere başvurma (ad hoc tahkim) yoluna da gidebilirler. Hakemlik anlaşması yapan taraflar hakemliğin türünü, hakemlerin kimler olacağını, cereyan edeceği yeri ve takip edilecek usul kurallarını serbestçe belirleyebileceklerdir. Taraflar aralarında uyuşmazlığın çözümü için özel hakem tayin etmemiş ya da daimi bir hakem kuruluşu seçerek hakemliğin türünü belirlememişler ve daha sonra bu konuda anlaşmazlığa düşmüş iseler, bu durumda Cenevre Sözleşmesi’nin 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca davacı taraf, hakemlik talebinin ileri sürüldüğü anda davalı tarafın mutad meskeni ya da muamele merkezinin bulunduğu ülkedeki ticaret odası başkanına başvurabilir. Ayrıca, eğer hakemliğin cereyan edeceği yer önceden taraflarca belirlenmişse, bu durumda davacı bu ülkedeki ticaret odası başkanına başvurabilir. Taraflarca hakemliğin cereyan edeceği yerin önceden belirlenmediği durumlarda ise, davacının sözleşmenin 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca şartları ve işleyişi Cenevre Sözleşmesi’nin ekinde düzenlenen ‘Özel Komite’ ye başvurma hakkı da mevcuttur. Yine 4. maddenin 2. fıkrasına göre davalı taraf hakemlik talebinin kendisine ulaştığı andan itibaren 30 gün içerisinde kendi hakemini tayin etmediği takdirde, aksine bir anlaşma

¹⁸ BİRSEL, M. T., Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları, Prof. Dr. İrfan Baştuğ’a Armağan, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Özel Sayı 2005, İzmir 2005, s. 11.

¹⁹ Cenevre Sözleşmesi 3730 sayılı ve 8 Mayıs 1991 tarihli Kanunla (RG. 21 Mayıs 1991 – 20877) onaylanmış ve Sözleşme metni (İngilizce orijinal metni ile birlikte) 23 Eylül 1991 tarihli Resmi Gazete’de (sayı 21000) yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁰ KORAL, R., Avrupa Milletlerarası Ticari Hakemlik Sözleşmesi, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C.XXX, S. 3-4, İstanbul 1964, s. 746.

yoksa davacının isteği üzerine bu hakem, hakem tayininde temerrüt eden tarafın hakemlik talep edildiği andaki mutad meskeni ya da muamele merkezinin bulunduğu ülkedeki ticaret odası başkanı tarafından tayin olunacaktır. Kendisine başvurulmuş ticaret odası başkanı 60 gün içerisinde görevinin gereklerini yerine getirmediği takdirde, davacı, bu görevlerin yerine getirilmesi için Özel Komite'ye başvurma hakkına sahiptir. Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku serbestçe tayin edebilirler. Taraflarca böyle bir seçim yapılmamışsa hakemler, uyuşmazlığın türüne göre kanunlar ihtilafı kurallarına uygun olarak belirleyecekleri kanunu uygulayacaklardır. Ancak her halükarda hakemler, anlaşma hükümleri ve ticari âdetleri dikkate alacaklardır²¹. Bu düzenlemenin yer aldığı 7. maddenin ikinci fıkrasındaki hükme göre hakemler, taraflar kararlaştırdıkları takdirde ve hakemliğin tabii olduğu kanunun izin vermesi şartıyla, 'dostane aracı' olarak uyuşmazlığı çözeceklerdir. Maddede kullanılan 'dostane aracı' kavramıyla hakemlere hak ve nasafete göre karar verme yetkisi tanınmıştır²². Cenevre Sözleşmesi'nin dezavantajlarından birisi, hakem kararın uygulanması için gereken şartların yerine getirildiğinin ispat yükünü, kararın uygulanmasını isteyen tarafa bırakmasıdır. Bu ise ilgili tarafa bazen ağır külfet getirmektedir. Sözleşmeye göre, bazı durumlarda, hakem kararının alındığı ülkedeki mahkemelere başvuru yapmak gerekmektedir. Bu ise, milletlerarası ticari ihtilafların çözümünde tahkimin etkili bir biçimde kullanılmasının önünde engel teşkil etmektedir.

3. Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Halline Dair Anlaşma (ICSID Washington Sözleşmesi)

Dünya Bankası 1965 yılında uluslararası doğrudan yabancı yatırımları artırmak, özellikle gelişmekte olan ülkelerde doğrudan yabancı yatırımları teşvik etmek için, "ICSID Sözleşmesi" veya "Washington Sözleşmesi" olarak bilinen uluslararası sözleşme²³ ile Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezini (International Center For The Settlement of Investment Disputes (ICSID) kurmuştur²⁴. 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe giren sözleşme

²¹ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bakınız Cemal Şanlı'nın tartışmacı konuşmacı olarak konuşması, Şanlı, C., **Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 10 Mayıs 1990, s. 37.

²² KAPLAN, Y., **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, Ankara 2002, s. 72.

²³ *Bu sözleşme ülkemizde 27.05.1988 tarihli ve 3460 sayılı Kanun ile onaylanmış ve onay kanunu 02.06.1988 tarihli ve 19830 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme'nin yürürlüğe konulmasına ilişkin 07.10.1988 tarihli ve 88/13325 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ise 06.12.1988 tarihli ve 20011 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.*

²⁴ *ICSID Tüzük ve Kurallarındaki son değişiklikler, Merkez'in İdari Konseyi tarafından kabul edilerek 10 Nisan 2006 yılında yürürlüğe girmiştir.*

ile kurulan ICSID'in temel amacı, Washington Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak âkit devletler ile bu devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının uzlaştırma veya tahkim yolu ile çözülmesi için imkânlar hazırlamaktır (Sözleşme, m.1/2). Bununla birlikte ICSID'in *yargılama yetkisi (jurisdictional capacity)*, bir yatırımla doğrudan doğruya ilgili âkit bir devletle diğer âkit bir devlet uyruğu arasında çıkan ve tarafların Merkez'e arzını yazılı olarak kabul ettikleri hukukî nitelikteki ihtilaflara şamildir²⁵. Ayrıca Sözleşmeyi onaylayan her ülke hangi anlaşmazlık türlerini ICSID'in yargı yetkisine sunup sunmayacağını Merkez'e bildirebilir (Sözleşme, m.26). Bu doğrultuda Türkiye, anlaşmayı onayladığı 3460 sayılı Kanun'da, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin bulunması sebebiyle Türkiye'de mevcut gayrimenkuller üzerinde mülkiyet ve aynı hak iddialarının ICSID'a götürülmeyeceğini öngörmüştür.

C. Tahkimin Türk Hukukunda Düzenleniş Biçimi

1. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)

Türk Hukukunda tahkim kurumu veyahut daha doğru bir ifade ile iç tahkim²⁶, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 407 - 444 maddelerinde düzenlenmektedir. Bu hükümler Türkiye'de gerçekleşebilecek hakem yargılamalarına ilişkin tahkime elverişlilik, tahkim usulü, hakem kararının verilmesi, hakem kararlarının temyizi, hakemlerin seçimi gibi izlenecek prosedürü düzenlemektedir. Tahkim sözleşmesi HMK'nın 412. maddesinde tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşma olarak tanımlanmıştır. Hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu ise 6100 sayılı Kanun'un 408. maddesi cevaplandırmaktadır. Söz konusu maddede '*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir*'

²⁵ Merkez'in yetkisi Sözleşme'nin 25 inci maddesinde şu şekilde belirlenmiştir: "Merkezin yargılama yetkisi, akit ülkeler (yada onları oluşturan alt birimler yada ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır."

²⁶ 6100 sayılı HMK'da düzenlenen tahkim, iç tahkimdir. Zira 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (MTK) 17. maddesi uyarınca MTK'da düzenlenen konularda aksine hüküm bulunmadıkça Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz. Bu maddeye paralel olarak HMK'nın 407. maddesinde "Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılik unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır" hükmüne yer verilmiştir.

hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile tarafların iradesine bağlı olmayan ve dava konusu üzerinde kabul veya sulh yoluyla serbestçe tasarrufta bulunamayacakları hallerde tahkim mümkün değildir. Bu prensibin sonucu olarak, ceza yargısında ve idari yargıya ilişkin uyuşmazlıklarda (kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç) tahkime başvurulamaz²⁷. Bununla birlikte taraflar, hakem veya hakemlerin seçim usulünü kararlaştırmakta serbesttir. Tek hakem seçilecek ise ve taraflar hakem seçiminde anlaşamazlarsa hakem, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından seçilir. Eğer üç hakem seçilecek ise taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki talebinin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki bir ay içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından hakem seçimi yapılır. Üçüncü hakem, başkan olarak görev yapar: Üçten fazla hakem seçilmesi durumunda ise son hakemi seçecek olan hakemler yukarıda belirtilen usule göre taraflarca eşit sayıda belirlenir (HMK madde 416). Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 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, kanun hükümlerini gözeterek uygun bulunduğu bir şekilde yürütür (HMK madde 424). Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir. Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları hâlinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece uzatılabilir. Mahkemenin, bu konudaki kararı kesindir (HMK madde 427)

2. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)

Türk Hukukunda, milli tahkim HMK (m. 407–444)²⁸ düzenlenmiş olmasına karşın, milletlerarası tahkime ilişkin olarak MÖHUK hükümleri (m. 43–45) ve 1991 yılında taraf olduğumuz New York Konvansiyonu²⁹ ile Cenevre

²⁷ AKINCI, Z., *ibid*, s. 67.

²⁸ Yerli tahkim, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile yürürlükten kaldıran 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HMUK) m. 516-536 maddelerinde düzenlenmişti.

²⁹ 08.05.1991 tarihli ve 3731 sayılı Kanunla onaylanan 'Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 10 Haziran 1958 tarihli New York Konvansiyonu'nun konu itibarıyla uygulama alanını açıklayan I. madde hükmüne göre, Anlaşma "tanıma ve

(Avrupa) Sözleşmesi³⁰ dışında bir düzenleme getirme ihtiyacı uzun süre hissedilmemiştir. Fakat milletlerarası ilişkilerin, ticaretin gün geçtikçe yoğunlaşması tahkim alanında da milletlerarası ticaretin ilkeleriyle uyumlu bir yasal düzenleme yapılmasını gerektirmiş ve başta Anayasa'da olmak üzere bazı kanunlarımızda da gerekli değişiklikler yapılarak sonuçta İsviçre Milletlerarası Tahkim Kanunu ile Birleşmiş Milletler Model Kanunu hükümleri dikkate alınarak, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)³¹ hazırlanmıştır. Uzun yıllar süren çabalar ve çok sayıda taslağın hazırlanmasının ardından 24453 sayılı ve 5 Temmuz 2001 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 21 Haziran 2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere çıkarılmış özel nitelikli bir kanun olup, milletlerarası alanda tahkim kuralları arasında birliği ve uyumu sağlamayı ve mahkemelerin milletlerarası tahkim üzerindeki yetkilerini ve denetimlerini azaltarak tahkimi taraf iradesine dayalı liberal bir kurum haline

tenfiz ülkesinden başka bir ülkede verilmiş hakem kararlarını kapsamaktadır. Buna göre, Anlaşmaya taraf olsun veya olmasın, herhangi bir yabancı ülkede verilmiş hakem kararları Anlaşmanın uygulama alanına dâhildir. Ancak Anlaşmanın 1/3.maddesinde, devletlerin onay sırasında Anlaşmanın kapsamını sadece taraf devletlerde verilen hakem kararları ile sınırlandırabilmeleri kabul edilmiştir. Türkiye de bu çekince ile Anlaşmayı onaylamıştır. Bu sebeple, New York Anlaşması Türkiye'de sadece Anlaşmaya taraf olan devletlerde verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizine uygulanacaktır.

³⁰ İkinci Dünya Savaşı sonrasında kutuplaşan Avrupa'nın, Doğu ve Batı Blokları arasındaki ticareti geliştirmek ve bu ülkeler arasında ortaya çıkması muhtemel ticari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebilmesi için gerekli düzenlemeleri yapması amacıyla 1954 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde oluşturulan Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun (Economic Commission For Europe – ECE) çalışmaları sonucunda 21 Nisan 1961 tarihinde İsviçre'nin Cenevre kentinde 'Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi' imzalanmıştır. Sözleşmenin birinci maddesinin 1/a bendinde sözleşme hükümlerinin 'Milletlerarası ticari ameliyelerden doğan veya doğacak olan uyuşmazlıkların halli için aktolunan veya akit sırasında mutata meskenleri veya muamele merkezleri değişik akit devletlerde bulunan hakiki veya hükmi şahıslar arasındaki anlaşmaları...' hakkında uygulanacağı kabul edilmiştir. Aynı maddenin 2/a bendinde ise tarafların esas sözleşmeye eklenen bir şart ile veya esas sözleşmeden bağımsız olarak yapacakları bir sözleşme ile hakemlik anlaşması yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Türkiye hazırlık sürecine katıldığı ve nihai metni Prof. Dr. Rabi Koral eliyle imzaladığı sözleşmeyi ancak 30 yıl sonra, 08.05.1991 tarih ve 3730 sayılı Kanun ile onaylamıştır.

³¹ 21.06.2001 tarihinde kabul edilmiş ve 05.07.2001 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan MTK, esas itibarıyla, milletlerarası tahkimin usul ve esaslarını düzenlemek üzere çıkarılmış olup (m.1/I) yedi bölümden meydana gelmektedir. İlk bölümde Kanunun amacı ve kapsamı ile tahkimde görevli ve yetkili mahkemeler, ikinci bölümde tahkim anlaşması, üçüncü bölümde hakemler, dördüncü bölümde yargılama usulü, beşinci bölümde hakem kararlarına karşı kanun yolu ve kararların icrası, altıncı bölümde tahkim giderleri ve son bölümde de kanunun yürürlüğü ve bu kanunla yürürlükten kaldırılan hükümler düzenlenmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. TANRIBİLİR, F.B./ŞİT, B., Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu (Milletlerarası Tahkim Müessesesi), **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Ergin NOMER'e Armağan, Yıl:22, Sayı:2, 2002, s.827

getirmeyi amaçlamaktadır³². Kanunun uygulama alanı 1. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: ‘Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır’. Buna göre, 4686 sayılı Kanun’un uygulanabilmesi için uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması³³ ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi³⁴ veya bu Kanunun taraflar veya hakemlerce seçilmiş olması gerekmektedir.

3. 4501 Sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun

Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünü sağlamak için başta Anayasada olmak üzere çeşitli kanunlarda değişiklikler yapılmıştır. 13.08.1999 tarihinde 4446 sayılı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun¹⁸⁷ ile Anayasanın 125. maddesi değiştirilmiş ve

³² NOMER, E./EKŞİ, N./ÖZTEKİN, G., **Milletlerarası Tahkim**, 2. Bası, İstanbul 2003, s. 24.

³³ Bir uyuşmazlığın hangi hallerin varlığı halinde yabancılık unsuru taşıyacağı ve buna göre tahkimin ne zaman ‘Milletlerarası Tahkim’ niteliği kazanacağı hususu Kanun’un 2. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir:

‘Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

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 hâllerde 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 hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır’.

³⁴ Tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık yabancı unsurlu ise, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun uygulama alanına girecektir. Tahkim yerinin yabancı bir ülke olarak belirlenmesi halinde de, taraflar ya da hakem veya hakem kurulu Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun uygulanmasını kararlaştırabilirler, ayrıntılı bilgi için bkz. AKINCI, Z., **Milletlerarası Tahkim**, Ankara 2003, s. 49.

Türk Hukukunda kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan ve yabancı unsur içeren uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine imkan verilmiştir.¹⁸⁸ Bu Anayasa değişikliğine paralel olarak 4501 sayılı ve 21.01.2000 tarihli Kamu Hizmeti İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun¹⁸⁹ ile 4493 sayılı ve 20.12.1999 tarihli Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun çıkartılmıştır. 4446 Sayılı Kanunla T.C. Anayasasının 125/1 maddesine eklenen hükme göre: “*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden bunlardan doğan uyuşmazlıkların “milli” veya “Milletlerarası” tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülebilir. Milletlerarası Tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir*”. İlgili Kanun’un 1. maddesinde Kanun’un amacı, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları belirlemek olarak ifade edilmiştir.

III. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM YOLUNUN TERCİH EDİLMESİNİN NEDENLERİ VE UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

A. Milletlerarası Ticari Tahkim Yolunun Tercih Edilmesinin Nedenleri

Uluslararası yatırımcıların, yatırımlarının korunması ve teminatına yönelik tedirginliğin giderilmesi çabalarının bir sonucu olarak ortaya çıkan tahkimin tercih edilmesi şu nedenlere dayanmaktadır:

1. Ulusal Hukuk Mevzuatına Karşı Olan Güvensizlik

Özellikle yatırımcı açısından uyuşmazlığı çözecek kişi veya kurumun uyuşmazlık konusu hakkında uzman olması önem arz etmektedir. Bunun nedeni, uzman kişilerin konu hakkında bilgi ve tecrübesinin olması, tarafsız olması ve bu kişinin vereceği kararın daha fazla güvenilir olmasıdır³⁵. Bu bağlamda; küreselleşen dünya ekonomisinin baş aktörleri olan büyük uluslararası şirketlerinin ticaret yaptıkları her ülkede farklı bir hukuk sistemi ve davaların çok uzun sürmesine neden olan adli mekanizma ile çalışmak istemediğini ve

³⁵ ORMANOĞLU, B, Yabancı Sermaye-Tahkim İlişkisi ve Türkiye’de Yaşanan Gelişmeler, **Sayıştay Dergisi**, Sayı 57, Ankara 2005, s. 94.

hatta - bir adım daha ileri gidersek – yabancı ülke mahkemelerinin potansiyel uyuşmazlıkların çözümünde kendi vatandaşı olan tarafa karşı tarafsız kalamayacağına yönelik endişeleri olduğunu söylemek mümkündür³⁶. Zira bugün için yeryüzünde milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümlenmesi için kurulmuş ve milletler üstü (*supra national*) seviyede görev yapan bir mahkeme bulunmamaktadır. Böyle bir ortamda, milletlerarası ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için devlet mahkemelerine başvurulduğu zaman, yine milli mahkemeler yetkili ve görevli olacaktır. Fakat farklı ülkelerde yerleşik taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların belirli bir devletin milli mahkemeleri tarafından çözülmesi gerek ulusal mahkemelerde görev alan hâkimlerin milletlerarası ticaretin uzmanlık gerektiren konularında bilgi sahibi olmaması, gerekse ulusal yargı sürecinin yürürlükte bulunan maddi ve usul hukuku hükümleri ile bağlı olması ve dolayısıyla ulusal mahkemelerin davalarını bu hükümler doğrultusunda görmelerini gerektirmesi nedeniyle yabancı yatırımcının, devlet mahkemelerinin soruna objektif yaklaşamayacağı veya tam bağımsız olamayacağı yönünde kaygı taşımasına neden olabilmektedir³⁷. Buna karşılık tahkim, esas itibarıyla tarafların iradesine dayanmaktadır. Bu nedenle, hakemler ulusal mahkemeler gibi maddi ve usul hukuku kuralları ile bağlı değildirler. Uyuşmazlık tarafları hakemleri, tahkim yeri ve yöntemini tespit etmekte, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirlemede serbesttirler. Tahkim usulünde hakemler, milli mahkemeler gibi maddi ve usul kurallarıyla sıkı sıkıya bağlı olmadığından milletlerarası ticaretin mahiyet ve ihtiyaçları ile bağdaşmayan mahalli hukukların kuralları dışına çıkabilmekte, ihtilaf konusu ilişkinin dâhil olduğu sektörlerde geçerli olan kural, örf ve adet ile teamüller ve hususen taraf anlaşmalarını kolayca uygulayarak, mahalli mahkemelere nispetle, milletlerarası ticaretin ihtiyaç ve niteliğine, tarafların beklentilerine ve adalet ilkelerine çok daha uygun kararlar verilebilmektedir³⁸.

2. Tahkim Sürecinin Daha Kısa ve Süratli Olması

Hakem kararlarının alınması ve icrasının ulusal mahkeme kararlarına nazaran daha kısa ve süratli olması da uluslararası şirketlerin ticari tahkim

³⁶ KAPLAN, Y., Uluslararası Tahkim, Türkiye Açısından Yeni Gelişmeler ve Önemi, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:77, Sayı:3, İstanbul 2003, s. 576; ŞANLI, C., **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2005, s. 207.

³⁷ ORMANOĞLU, B, **Op.cit.**, s. 94.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ELMAS, Ö.: **Milletlerarası Hakem Kararlarının Tenfizi**, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/hakem_tenfiz.htm, erişim tarihi 25.10.2010, s. 1.

yolunu tercih etmelerinde rol oynayan bir diğ er faktör olarak nitelendirilebilir³⁹. Yukarıda belirtildiği üzere ulusal yargı sürecinin yürürlükte bulunan maddi ve usul hukuku hükümleri ile bağı lı olması, ulusal mahkemelerin davalarını bu hükümler doğrultusunda görmelerini gerektirmektedir. Bunun sonucu olarak ulusal mahkemelerde kısa sürede netice almak, gerek usul hükümlerindeki prosedürün teferruatı – örneğin yerel mahkeme kararlarına karşı temyiz yolunun bulunması, yatırımcı açısından ilave bir zaman kaybı ve maliyet anlamına gelmektedir-, gerekse mahkemelerin yükünün fazlalığı nedeniyle mümkün olmamaktadır. Buna karşılık tahkim süresinin genelde sınırlanmış olması, tatilin söz konusu olmaması, hakemlerin genellikle çok az uyuşmazlık dosyasına sahip olmaları nedeniyle uyuşmazlık konusundaki inceleme ve çalışmalarının daha süratli, kolay ve aralıksız olması tahkimi tercih edilebilir kılmaktadır.

3. Tahkim Yargılamasının Gizli olması

Tahkim davası, hakem heyeti ve tarafların bulunduğu bir ortamda kamuoyuna kapalı olarak görüldüğü için, uyuşmazlık ve uyuşmazlığın dayandığı bilgiler sadece hakemlerin elinde olmakta, bu bilgiler üçüncü kişilere aktarılamamaktadır. Bu bağlamda; hakem yargılamasının gizli olması sebebiyle ticari sırların kolayca saklanabilmesi ve hakemlerin aynı zamanda birer uzlaştırıcı olması sebebiyle tahkim usulünde taraflar arasındaki ilişkilerin daha az tahrip olma gerçeği uluslararası şirketlerin, uluslararası pazarlardaki ticari ilişkilerden kaynaklanan ihtilafların halli için devlet mahkemeleri dışında, kendilerinin de eşit olarak temsil edileceklerine inandıkları bir mekanizma olan milletlerarası ticari tahkim kuralları çerçevesinde oluşturulan hakem heyetine gitmeyi tercih etmelerinde bir diğ er önemli faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.

4. Kullanılan Dil

Mahkemeler, genellikle iddia ve kanıtların kendi ulusal dillerinde sunulmasını istemektedirler. Nitekim Anayasa Mahkemesi 29.01.2014 tarih ve E. 2013/30, K. 2014/13 sayılı kararında “*Devletlerin örgütlenme modeline göre, bazı devletler resmi dil konusuna Anayasalarında yer vermezken, bazı devletler*

³⁹ Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan ‘Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1958 tarihli New York Konvansiyonuna göre, taraf ülkelerden birinde verilen hakem kararları diğ erlerinde tenfiz edilebilmektedir. Konvansiyon bu yönüyle, tüm dünya hukukçuları ve hukuk uygulayıcıları tarafından bilinen beynelmil bir tahkim hukuku meydan getirmiştir. Bu durum, uluslararası şirketlere ve hukukçulara milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözüm metodu ve bu metodun kullanılması ile karşılaşılabilecek sonuçlar konusunda önemli bir hukuki güvence sağlamaktadır.

ise anayasalarında resmi dili tek veya birden fazla şekilde düzenleme konusu etmektedirler. Resmi dilin, hangi dil olacağına ya da olup olmayacağına asli kurucu iktidar karar vermektedir. Türkiye, dil konusunda resmi dil ölçütünü esas almış, bunu Anayasa'da açıkça tek dil esasına göre düzenlemiş ve 1982 Anayasası'nın 3. maddesinde resmi dilin Türkçe olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır. Resmi dil demek, devletin egemenlik erklerinde ve bu erkelerin işleyişinde kullanılan dil demektir. Türkiye Cumhuriyeti'nin yasam, yürütme ve yargı erklerinde ve de bu erklerin işleyişinde kullanılan dil Türkçe'dir" diyerek Türkiye'de ulusal mahkemeler önünde görülecek davalarda kullanılacak dilin Türkçe olacağını açık bir şekilde hükme bağlamıştır. Esas itibarıyla ülke, millet ve devletin birlik ve bütünlüğü ilkesi üzerinde yükselen ve kamu hizmetlerinin herkesin birbirini anlayabileceği, yani hizmet sunan ve alanın birbiri ile anlaşabileceği aynı dil üzerinden gerçekleştirilmesini amaçlayan bu durum özellikle taraflardan birinin yabancı bir yatırımcı olduğu uyuşmazlıklarda uyuşmazlıkların taraflarından en az birisi için kullanılan iletişim dilinden farklı bir dilin kullanılması anlamına gelmektedir. Buna karşılık, Tahkimde ise taraflar, iş ilişkilerini sürdürdükleri ve anlaşabilecekleri dili kullanma imkânına sahiptirler⁴⁰.

B. Milletlerarası Tahkime Yönelik Hukuki ve Sosyo-Politik Eleştiriler ve Milletlerarası Tahkimin Uygulamada Doğurduğu Sorunlar

1. Hukuki ve Sosyo-Politik Eleştiriler

Milletlerarası tahkim günümüzde, yabancı yatırımcıların yatırım yapılacak ülkede aradıkları şartlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak; milletlerarası tahkim mekanizmasının bir devletin egemenlik gücünün yansıması olan yargı alanına -deyim yerindeyse- bir alternatif teşkil etmesi, Türk hukuk doktrinde tahkim konusunda karşıt fikirlerin doğmasına neden olmuştur. Söz konusu görüşler, milletlerarası tahkim isteminin altında küreselleşme ile yayılmaya çalışan yeni bir düzenin hukuki temellerini oluşturmak ve insanlar üzerinde bu sistemi meşrulaştırma çabalarının yatmakta olduğu; tahkim mekanizmasının, Türk yargı sisteminin ana eksinini oluşturan adli yargı - idari yargı ayrımını zedelediği; yabancı sermayenin ulusal hukuk kuralları ile bağlı olmamasının bu tür sermaye sahipleri üzerinde ekonomik ve siyasi kontrol sağlama imkânını ortadan kaldırdığı; ulusal yargının devre dışı bırakılmasının aynı zamanda, birey haklarının, çevre ve sağlık haklarının savunulmasını zorlaştırdığı; yabancı yatırımcıların hak ihlalleri karşısında vatandaşların bireysel başvuru ve yargı hakkının pratikte ellerinden alındığı; tahkim,

⁴⁰ ORMANOĞLU, B, **Op.cit.**, s. 94.

anlaşmazlıkların herkese açık mahkemelerde değil, gizli olarak çalışan hakemler aracılığıyla çözümünü öngörmesi nedeniyle hakem kararları hakkında kuşkuları da beraberinde getirdiği; hakemlerin uluslararası bir uyuşmazlık halinde temel aldıkları tek ölçünün taraflar arasında yapılan sözleşme şartları olması ve dolayısıyla hakemlerin her davada farklı bir sözleşmeyi esas almak durumunda kalmalarının bir sonucu olarak evrensel ve değişmez nitelikteki hukuk kuralları oluşturulmasının mümkün olmadığı; ulusal mahkemelerde görülen davalarda savcı (iddia makamı), avukat (savunma makamı) ve yargıçtan (karar makamı) oluşan bir yapı bulunmakta iken, milletlerarası hakem (tahkim) heyetlerinde hukukçu bulunmasının gerekli olmamasının büyük bir eksiklik olduğu; Ulusal mahkemeler önünde görülen davalarda ulusal ya da uluslararası yazılı hukuk normlarına göre verilen kararlara karşı temyiz imkânı bulunmasına karşın hakem heyetinin aldığı kararların kesin nitelikte, başka bir deyişle tarafların bir üst mahkemeye gitme hakkının olmaması noktalarında yoğunlaşmaktadır⁴¹.

2. Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar

Milletlerarası ticari ilişkilerde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü noktasında büyük milletlerarası şirketler tarafından yukarıda belirtilen yararları nedeniyle en çok tercih edilen çözüm yolu olan tahkim, küçük ve orta büyüklükteki işletmeler açısından uygulamada bazı zorlukları da beraberinde getirmektedir. Bu zorlukların en başında, tahkimin maliyeti ve katlanılması gereken zahmetin seviyesi gelmektedir. Özellikle uluslararası ticari ilişkilerin büyüklüğü, çok yönlü ve çok taraflılığı tahkim yargılamasında dava sürecinin uzamasına sebep olmakta ve bu durum tahkim giderlerinin⁴² git gide artmasına

⁴¹ Milletlerarası Tahkim müessesesine yönelik eleştiriler için bkz. ORMANOĞLU, B, **Op.cit.**, s. 98 vd.

⁴² Tahkim giderlerinin ilk kalemini taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için sarf ettikleri emek ve zamana karşılık hakemlere ödenecek ücret oluşturmaktadır. 5 Temmuz 2001 tarihinde Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe giren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (MTK) 16. maddesi uyarınca, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakemlerin ücreti, dava konusu alacağın miktarı, uyuşmazlığın niteliği ve tahkim yargılamasının süresi dikkate alınarak, hakem veya hakem kurulu ile taraflar arasında kararlaştırılır. Taraflar, hakem veya hakem kurulunun ücretini milletlerarası yerleşmiş kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak da belirleyebilirler. Taraflarla hakem veya hakem kurulu arasında ücretin belirlenmesi konusunda anlaşmaya varılamaz veya tahkim anlaşmasında ücretin belirlenmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmazsa ya da taraflarca bu konuda yerleşmiş milletlerarası kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yapılmamışsa, hakem veya hakem kurulunun ücreti, her yıl Adalet Bakanlığınca ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşleri alınarak hazırlanan ücret tarifesine göre belirlenir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça başkanın ücreti, hakemlerden her birine ödenecek hakem ücretinin yüzde on fazlası olarak hesaplanır. Hakem veya hakem kurulu kararında tahkim yargılamasının giderleri

neden olmakta ve böylece milletlerarası tahkim kullanıcılarının da memnuniyetsizliği sonucunu doğurmaktadır⁴³. Dünya'daki önder şirketlerin bünyelerindeki hukuk danışmanlarıyla yapılan bir çalışmanın ortaya koyduğu sonuçlar da⁴⁴, tahkime dair yaygın bir mit olan 'yabancı devlet yargılamasından daha ucuz olduğu' kanısını çürütmektedir. Toplam 103 katılımcıyı kapsayan bu çalışmada, 80 katılımcının 70'i masrafları en önemli üç endişesi arasında belirtmiş, katılımcıların % 50'si ise en önemli endişesi olarak göstermiştir. Hakemlik görevini yerine getirecek kişi veya kuruluşa, hakemlik konusu uyuşmazlığın niteliği ve hakemlik görevini yerine getirecek kişi veya kuruluşun kim olduğuna göre değişen miktarlarda ödenecek harçlar ve uzmanlık gerektiren bu alanda çalışan avukatlara ödenmesi gereken ama işin önem ve milletlerarası niteliğine binaen, normal bir yerel mahkemede görülecek benzer fakat uluslararası bir nitelik taşımayan bir davada talep edilecek miktardan çok daha yüksek bir yekûn tutan vekâlet ücretleri, tahkimin maliyetini ve dolayısıyla küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin katlanması gereken zahmetin seviyesini artırıcı faktörler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir örnekle ifade etmek gerekirse; farklı bir ülkeden bir tacirle yaptığı milletlerarası bir sözleşmeden doğan 500.000 Euro'luk alacağını temerrüde düşen borçludan tahsil etmek isteyen küçük veya orta büyüklükteki bir işletme, yapacağı takibin başarı şansını doğru olarak değerlendirebilme şansına sahip olmadığı durumlarda, yapacağı takibin masraflarının ve bunun için katlanacağı zahmetin seviyesine göre tahkim yoluna gitmekten imtina edebilecektir. Yurtdışından delil temin edilmesinin gerektiği durumlarda, örneğimizde bahis konusu olan küçük veya orta büyüklükteki işletmemizin katlanacağı zahmetin seviyesinin ve bununla paralel olarak takip maliyetinin artacağı gerçeği de göz ardı edilmemelidir. Küçük veya orta büyüklükteki bir işletme tüm bu masraflara katlanmayı göze aldığı durumlarda dahi, hakemlerin verdiği kararın tenfizinde – özellikle kararın alındığı ülkeden farklı bir ülkede bulunması muhtemel mal varlığı için - sıkıntılar yaşayabilecektir. Öte yandan, mahkemeler tarafından verilen kararlar ile karşılaştırıldığında, hakem kararlarının tenfiz kolaylığının sağladığı zaman ve masraftan tasarruf, mahkemelere nazaran tahkimi her ne kadar daha ekonomik

gösterilir. Yargılama giderleri; hakemlerin ücretini, hakemlerin seyahat giderlerini ve yaptıkları diğer masrafları, hakem veya hakem kurulu tarafından atanan bilirkişilere ve yardımına başvuru diğer kişilere ödenen ücretleri ve keşif giderlerini, hakem veya hakem kurulunun onayladığı ölçüde tanıkların seyahat giderlerini ve yaptıkları diğer masrafları, hakem veya hakem kurulunun, davayı kazanan tarafın varsa vekili için avukatlık asgarî ücret tarifesine göre takdir ettiği vekâlet ücretini, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre mahkemelere yapılacak başvurularda alınan yargı harçları ile tahkim yargılamasına ilişkin bildirim giderlerini kapsar.

⁴³ ERTÜRK, B.H: Milletlerarası Tahkimde Yeni Gelişmeler: Tahkim Yargılaması Süreci ve Masrafların Azaltılması, Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:19, Sayı:2, İstanbul 2013, s. 1596

⁴⁴ Söz konusu çalışmaya ilişkin detaylar için bkz. MISTELIS, L., **Milletlerarası Tahkim: Kurumsal Yaklaşımlar ve Uygulamalar 2006**, TBB Dergisi, Sayı 70, 2007, s. 163 vd.

bir yol hâline getirmekte ise de, tahkimde kaybeden tarafın, hakem kararını gönüllü olarak yerine getirmemesi ve kararın geçersizliği için uğraşması hâlinde, tahkim zaman kaybettirici ve pahalı bir hâl almaktadır⁴⁵. Tüm bu zorluklar göz önüne alındığında, özellikle Avrupa Birliği bünyesinde, yeni bir müesseseye ihtiyaç bulunmaktadır.

III. AVRUPA TİCARET MAHKEMESİ KONSEPTİ

A. Fikri Temelleri

Avrupa Ticaret Mahkemesi fikrinin temelinde, entelektüel yapı taşları Thorstein Veblen ve John R. Commons tarafından döşenen ve zaman içinde çok geniş bir düşünce yelpazesini içine almış olan ‘Kurumsal İktisat Öğreti’sinin bulunduğunu söylemek mümkündür. Bütün kurumsal iktisat düşünürlerini ortak bir paydada toplayan temel nokta, iktisadi alanda açıklayıcı faktör olarak ‘kurumların’ esas alınmasıdır. Kurumsal iktisat düşüncesinin temel kavramı olan ‘kurum’ Veblen tarafından ‘düşünce alışkanlıkları’, Commons tarafından ise ‘bireysel eylemin genişletilmesi, serbestleştirilmesi ve denetiminde ortaya çıkan toplu eylem’ olarak tanımlanırken, aynı kavram Nobel ekonomi ödülü sahibi Douglass North tarafından ‘oyunun kuralları’ şeklinde ele alınmaktadır. North’a göre kurumların en önemli özelliği belirsizliği azaltmalarıdır. Zira kural ve kurumların temel amacı, oyunun nasıl oynanacağını tanımlamak ve belirlemektir. Bu anlamda, bir sözleşmenin taraflarının, sözleşme uyarınca üstlendikleri yükümlülüklerini yerine getirmelerini etkili ve taraflara ek mali külfet getirmeyecek şekilde güvence altına alacak kurumlar, ekonomik büyümenin köşe taşlarını oluşturacaktır⁴⁶. North’un hukuk güvenliğinin tam olarak sağlanamamasının ekonominin gelişimini törpüleyen fiili bir engel oluşturabileceğine vurgu yapan bu görüşü, hukuk çevrelerinde hak ettiği yankıyı her alanda bulamamış olsa bile, Avrupa Ticaret Mahkemesi fikrinin gelişimine ışık tutmuştur.

B. Avrupa Ticaret Mahkemesi’nin Niteliği Nasıl Olmalıdır?

Avrupa Ticaret Mahkemesi fikrinin uygulamaya geçirilebilmesi için cevaplandırılması gereken en önemli soru mahkemenin niteliğidir. Avrupa Ticaret Mahkemesi taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunması halinde gidilebilecek bir tahkim mahkemesi niteliğinde mi olmalıdır yoksa AB hukuku

⁴⁵ AKINCI, Z., *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Ankara 1994, s. 40.

⁴⁶ NORTH, D.C., *Institutionen, Institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung*, Tübingen 1992, s. 65.

çerçevesinde kurulacak bir resmi yargı organı mı olmalıdır? Avrupa Ticaret Mahkemesi fikrinin temel amacı, milletlerarası ticaret alanında KOBİ'lerin karşılaştığı sorunları çözecek esnek, hızlı ve pahalı olmayan, ticari hayatın inceliklerine vakıf ve objektif kararlar verebilecek uzman hâkimlerden kurulu yeni bir yapı kurmak ve böylece tarafların haklarını, bu kurumun kesin bağımsızlığı altında korumak olduğundan bu amaçla kurulacak ticaret mahkemesinin niteliği itibarıyla kanaatimizce taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunması halinde gidilebilecek özel bir tahkim mahkemesi niteliğinde olması gerekecektir. Bunun tabii sonucu olarak, bütün tahkim usullerinde olduğu gibi Avrupa Ticaret Mahkemesi tarafından uygulanan tahkimde de bir uyuşmazlığın ticaret mahkemesi tarafından çözüme bağlanacağına ilişkin olarak, uyuşmazlığın tarafları arasında önceden sözleşmeye konulmuş bir tahkim şartına (prior agreement, arbitration clause) veya uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yapılmış bir tahkim anlaşmasına (ex post facto agreement, arbitration agreement) ihtiyaç olacaktır. Tarafların aralarındaki ihtilafın Avrupa Ticaret Mahkemesi tarafından çözülmesi konusunda mutabakata varmalarıyla, ihtilaf mahkeme tarafından kabul edilerek görüşülmeye başlanacaktır. Buna karşılık AB hukuku çerçevesinde kurulacak bir resmi yargı organı niteliğindeki bir mahkeme ise bazı sorunları da beraberinde getirecektir:

1- Uluslararası mahkeme deyimiyle, genel olarak, devletler arasındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevli, devletler arasında yapılan bir antlaşmayla veyahut uluslararası örgüt kararıyla kurulan ve bağlayıcı kararlar verme yetkisine sahip bağımsız yargı organı ifade edilir⁴⁷. Devletler arasında yapılan bir anlaşma veya uluslararası örgüt kararı olmadan bir uluslararası mahkeme kurulması uluslararası hukuk açısından mümkün değildir, çünkü bir kişinin, tâbi olduğu devletin yargı yetkisini kabul etmediği bir mahkeme tarafından yargılanması ulusal egemenlik anlayışıyla bağdaşmaz. Bu bağlamda; Avrupa Ticaret Mahkemesi'nin yargılama yapma yetkisi Avrupa Birliği'nin kurucu anlaşmaları ile verilen yetkiye dayanan ve dolayısıyla AB üyesi devletlerin tümünün mahkemenin yargı yetkisini kabul etmiş sayılacağı resmi yargı organlarından biri olarak kurulabilmesi, öncelikli olarak AB kurucu anlaşmalarında bu anlamda yapılacak değişiklikleri zorunlu kılacaktır. Her ne kadar, AB'nin kurucu antlaşmaları, Birliğin kuruluşundan günümüze kadar geçen süre içinde değişen şartlara bağlı olarak ve edinilen tecrübeler ışığında birçok defa revize edilmişse de, kuruluşundan bu yana üye sayısı yaklaşık iki katına çıkmış bir Birliğin, mevcut kurumsal yapısı ve karar alma mekanizmalarıyla bu adımı atabilmesi kanımızca –en azından kısa vadede- pek mümkün görünmemektedir.

⁴⁷ KILIÇ, A.Ş., Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 58, S. 3, 2009, s. 618.

2- Roma Antlaşması'nın 240. maddesinde öngörülen “Yetkinin sınırlığı ilkesi “ uyarınca Avrupa Birliği yargı yerlerinin görevine giren davalar ancak, Kurucu Antlaşmalar’ da açıkça öyle olduğu belirlenmiş dava kategorilerine dâhil olan davalardır. Bu kategorilerin dışında kalan davalar, Avrupa Birliği kurumları taraf olsalar ve/veya Birlik hukukunun uygulanması gerekse dahi, üye devletlerin, kendi usul hükümleri uyarınca yetkili kılınmış ulusal mahkemelerde görülecektir. AB hukuku çerçevesinde kurulacak bir resmi yargı organı niteliğindeki Avrupa Ticaret Mahkemesi bu ilkenin bir gereği olarak ancak kurucu anlaşmalarda kendisine bırakılmış iş ve davalara bakacak, kurucu anlaşmalarda mahkemenin yetkisine bırakılan davalara konu olan uyuşmazlıklar için başka bir hukuki çözüm yöntemine başvurulamayacaktır.

3- *Avrupa Birliği Hukuku* çerçevesinde kurulacak bir resmi yargı organı niteliğindeki Avrupa Ticaret Mahkemesi, aday ülke konumundaki ülkemiz açısından da bazı sorunları beraberinde getirecektir. *Uluslarüstü bir kurumsal yapılanma olan Avrupa Birliği, Avrupa ülkesi üye devletlerin belirli alanlardaki yetkileri ortaklaşa kullanmayı kararlaştırmış olmalarından doğmuştur. Uluslarüstü hukukun bölgesel ölçekte ortaya çıkışının tipik bir örneği olan AB hukuk düzeni⁴⁸ esas olarak belirli bir sistem dâhilinde gerçekleşen bu yetki paylaşımı ile ilgili kuralları içermektedir. Yetki paylaşımı uluslarüstü kurumsal yapının işlevselliğinin ve bütünselliğinin tesis edilebilmesi için yasama, yürütme ve yargıya ilişkin belirli konularda, egemenlikten doğan ulusal yetkilerin uluslarüstü organlara devrini zorunlu kılar⁴⁹. Zira AB hukuk düzeni, ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinden tamamen ayrı, bağımsız bir hukuk düzenidir. Başka bir ifade ile, AB'nin kurucu sözleşmeleri temelde uluslararası bir sözleşme, AB hukuku da yine özde uluslararası hukuktan doğmuş olsa da, Birlik hukuku bütünüyle kendine özgü, varlığının meşruiyeti için uluslararası hukuka gereksinim duymayan bağımsız bir hukuk düzenidir ve Birlik hukukuna ait kurallar, Anayasa hükümleri de dahil olmak üzere bütün iç hukuk kurallarının, nitelikleri ve sıraları ne olursa olsun, üstünde yer alırlar. Birlik hukuk düzeninin tamamlayıcı, üst bir ortak çalışma sistemi oluşturabilmesi için, üye devletlerin ulusal hukuk düzenleri karşısında zorlayıcı ve özerk bir konumda olması gerekir. Bu nedenle üye devlet hukuklarının Birlik hukuk sisteminin düzenleme alanına giren konularda yerlerini ortak hukuk sistemine terk etmeleri gerekir. Diğer bir ifadeyle kurucu anlaşmaların düzenleme yapma hususunda topluluk organlarına sınırlı sayım yöntemiyle yetki verdiği konularda, ulusal devletler yetkilerini yitireceklerdir. Bu konularda uluslarüstü bir konuma sahip bulunan AB kurumlarınca verilen kararlara üye devletlerin uymaları gerekmektedir.*

⁴⁸ ERDOĞAN, M., Küreselleşme, Hukuk ve Türkiye, **Liberal Düşünce Dergisi**, Yıl: 7, S.25-26, 2002, s. 57 vd.

⁴⁹ HEKİMOĞLU, M. M., Avrupa Birliği Hukuku ve 1982 Anayasası'na Göre Egemenlik, **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 2, S. 6, 2003, s. 35.

Türkiye'nin AB'ye tam üye olarak katılması halinde Roma Anlaşmasını ve AB organlarının yapmış olduğu tasarrufları kabul etmesi gerekmektedir. Böyle bir kabul bazı egemenlik yetkilerinin AB organlarına bırakılmasını, bazı yetkilerin ise katılma ile birlikte artık katılan devlet tarafından kullanılmamasını zorunlu kılmaktadır. Her ne kadar, Anayasamızın 9. maddesinin son fıkrası; "usulüne göre yürürlüğe konuşmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir" hükmünü içermekte ise de, 1982 Anayasa'sının 90. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yapılan anlaşmaların onaylanması T.B.M.M.'nin anlaşması bir Kanun'la uygun bulmasına bağlıdır. Anayasamıza göre ulusa ait olan egemenlik hakkı sadece anayasada belirtilen yetkili organlar tarafından kullanılabilir. Bu organlar arasında dahi yetki devri kabul edilmemiştir. Egemenlik, yasama, yürütme ve yargı yetkileri olarak anayasada belirtilen organlar tarafından kullanılabilir ve devredilemez (AY md. 6). Bu durumda, egemenliğin sadece bir bölümünü kullanma yetkisine haiz olan T.B.M.M. anayasada açık bir düzenleme yapılmaksızın, egemenlik yetkilerinden feragat edilmesini yahut devredilmesini gerektiren uluslararası anlaşmaların uygun görülmesini bir kanunla uygun bulamaz. Bu bağlamda; ülkemizin Avrupa Birliği ile tam üyelik anlaşması akdetmesi durumunda, Birliğin kurucu anlaşmalarıyla çatışan anayasa ve kanun hükümlerinin değişmesi gerekecektir. Zira ülkemiz AB'ye üye olduğunda, AB'nin resmi yargı organlarından biri olarak kurulacak Avrupa Ticaret Mahkemesi'nin vermiş olduğu temyiz yolu kapalı yargı kararları, gerek Türkiye Cumhuriyeti'ni, gerekse onun uyruğunda bulunan gerçek ve tüzel kişileri bağlayacaktır. Yargı yetkisi, zorunlu yetki niteliğindedir. Üyelik sonrasında Türk makamları, Türk mahkemelerinde verilmeyen ve temyizi imkânsız olan bu kararları icra etmek zorunda kalacaktır. Diğer bir deyişle Mahkeme'ye devredilen yetkiler üzerinde üye devletlerin yetkisi ortadan kalkacaktır. Avrupa Ticaret Mahkemesi tarafından verilmiş olan eski kararlarla oluşan içtihatlar, AB müktesebatının parçası olmaları sebebiyle Türkiye için de bağlayıcı olacaktır. Özetle; Anayasamızın 9'ncü maddesinde öngörülen Türk mahkemelerinin yargı yetkisi, Avrupa Ticaret Mahkemesi'nin sahip olduğu yargı yetkisinin alanı kadar daralacaktır.

C. Bir Tahkim Mahkemesi Olarak Avrupa Ticaret Mahkemesinin Sağlayacağı Yararlar

1- Milletlerarası ticari faaliyetlerin yaygınlaşması, yalnızca farklı uyrukluktaki tarafları değil, aynı zamanda değişik hukuk sistemlerini, kanunları ve terminolojiyi içine alan ticari uyuşmazlıkların artmasına yol açmıştır. Günümüzde milli hukuk sistemlerinin, milletlerarası ticaret ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde yetersiz kalması, tahkimi bu eksikliği

giderici bir kurum olarak geliştirmiştir. Milletlerarası ticari tahkimde uyuşmazlığı çözecek kişilerin, milletlerarası ticaret ve hatta uyuşmazlığın ilgili olduğu sektör hakkında bilgili kişiler olmasından dolayı yargılamanın kazanacağı hız, taraflara tanınan serbesti, tarafların usule uygulanacak hukuku, yargılama dilini, yargılamanın yapılacağı ülkeyi ve hakemleri seçebilmesi sebebiyle ortaya çıkan esneklik ve hakem kararına karşı başvurulabilecek yolların kısıtlanabilmesi, milletlerarası ticari tahkimi devlet yargısına nazaran daha avantajlı kılan sebepler olmakla beraber, bugün kararlarını bütün devletlerin icra etmek mecburiyetinde olduğu uluslararası bir mahkemenin mevcut olmaması, milletlerarası tahkim sonucunda verilen kararların icrasında, özellikle ad hoc tahkim türünde hakem heyetinin oluşturulması ve hakemlik prosedürünün yürütülmesindeki güçlükler, milletlerarası tahkimin en önemli sorununu oluşturmaktadır.

Öte yandan, çok taraflı sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflarda, her bir tarafın kendi arasındaki sözleşmeye göre tahkime gidildiğinden de; dava arkadaşı sayısı kadar tahkim duruşması görülecektir. Bu ise farklı hakem davalarında farklı ve birbirine çelişik kararlar ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Bu çelişkili kararlar, kaybeden tarafın karara itiraz etmesini gerekçelendirebilecektir. Ayrıca davaların ayrı ayrı görülmesi ilave bir masraf ve zaman kaybına da neden olabilecektir.

Tüm bu nedenler göz önüne alındığında özellikle milletlerarası ticari alanda faaliyet gösteren küçük ve orta ölçekli işletmelerin Avrupa iç pazarında daha rahat faaliyet gösterebilmeleri için, yeknesaklaştırılmış hukuk kaideleri vasıtasıyla var olan norm karmaşasına son verilmesi gereğinin yanı sıra, bu tür işletmelerin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda başvurabilecekleri hızlı, pratik ve pahalı olmayan bir mekanizmaya ihtiyaç duyulmaktadır.

Karmaşık ve yüksek maliyetli bir yargılama sürecini beraberinde getiren uluslararası tahkim müessesesinin özellikle KOBİ'ler açısından yetersizliği göz önüne alındığında, ulusal hukuk kurallarının Avrupalılaştırılması çabalarının tek başına sorunun çözümüne katkı sağlayamayacağı, bu kuralları uygulayacak adalet mekanizmalarının da aynı sürece dâhil edilmesi gerektiği sonucuna varmak zor olmayacaktır. Bu anlamda; fikri temelleri Kurumsal İktisat Teorisi'ne dayanan Avrupa Ticaret Mahkemesi konsepti, her ne kadar, kurumsal yapısına ilişkin eksiklikleri içinde barındırsa da, birleşmiş bir Avrupa'da yeknesak hukuk kuralları oluşturulması çabalarının, bu kuralları uygulayacak bağımsız, objektif ve pahalı olmayan kurumsal mekanizmalar olmadan bir anlam ifade etmeyeceği gerçeğini göstermesi açısından önem arz etmektedir. Çok sayıda hukuki ihtilafın olduğu milletlerarası ticari faaliyetlerde küçük ve orta ölçekli işletmelerin haklarını koruyacak ve onların yargı mekanizmasına güvenini artıran yapısı ile milletlerarası ticari uyuşmazlıkların tahkime oranla daha objektif, hızlı ve alanının inceliklerine hâkim bir şekilde

çözümünde en etkili ve emin bir yol olarak gözüken Avrupa Ticaret Mahkemesi milletlerarası ticaret hukukunun gelişmesinde de etkili bir rol oynayacaktır.

2- Avrupa Ticaret Mahkemesi farklı ülkelerden hâkimlerin milletlerarası arası uyuşmazlıkların çözümünde beraberce ve etkin bir şekilde görev yapacakları bir kurum olma niteliğiyle hâkimlerin mesleki gelişimine önemli katkılar sağlayacaktır. Zira milletlerarası unsurlu sözleşmelerden doğan borç ilişkileri alanında taraflara tanınmış olan irade muhtariyeti çerçevesinde taraflar prensip olarak borç ilişkisinin esasına uygulanmak üzere diledikleri ülke hukukunu seçebilme serbestisine sahiptirler. Tarafların tahkime uygulanacak olan hukuk konusunda anlaşmaları durumunda, hakemler bu seçilmiş olan kanunlar ihtilafı kurallarını olaya uygulayacaklardır. Taraflarca herhangi bir hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde ise, hakemler uyuşmazlığın çözümüyle ilgili olarak kendilerini bir hukuki boşluk içinde bulacaklardır. Böyle bir durumda doğal olarak, hakemlerin en kolay ve emin bir şekilde uygulayabilecekleri hukuk, kendi mensubu oldukları veya ikamet ettikleri yerin kanunlar ihtilafı kuralları olacaktır⁵⁰. Bu ‘ulusal hukuk sevdası’, Kropholler’in de haklı olarak ifade ettiği gibi, hakemlerin içine sinmiş olan hukuki bir şovenizmden ziyade, hakemlerin temel bilgi ve donanımlarındaki eksikliklerden kaynaklanmaktadır⁵¹. Bununla birlikte; hâkim belli bir davada yabancı hukuku uygulaması gerekiyorsa bunun hangi hukuk olduğunu kendisi saptayacak ve gereğini yapacaktır. Bu, ‘*hâkim hukuku bilir - jura novit curia*’ ilkesinin bir gereğidir. Ancak, ‘*hâkim hukuku bilir*’ ilkesinin, Türk hukukunun bütünü yanında, yabancı hukuk sistemlerini de kapsayacak bir genişlikte uygulanmasını beklemek, gerçekçi değildir⁵². Bu soyut ve temel ilkeyi bir nebze de olsa ‘gerçekçi’ bir düzeye indirmek için, Avrupa Birliği bünyesinde hâkim değişim programları uygulamaya konulmuştur. Üye devletlerinin adalet mekanizmalarını oluşturan kurumların birbirleriyle işbirliği yapmasını teşvik ve özellikle de hâkimlerin farklı ülkelerdeki meslektaşlarının bilgi ve deneyiminden faydalanmalarını amaçlayan bu programlar - bütün iyi niyetli çabalara rağmen - yabancı hâkimlerin misafir olarak buldukları ülke mahkemelerinde görülen davaların yargılama ve karar süreçlerine direkt olarak katılabilmelerine olanak tanımamaktadır. Avrupa Birliği bünyesinde yürütülen hâkim değişimi programları bu itibarla, bilhassa milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde yargıçlardan kaynaklanan eksiklikleri gidermekte yetersiz kalmış ve yargıçların farklı bir ülkede staj yapmalarına olanak sağlayan dar bir çerçeve ile sınırlı

⁵⁰ KAPLAN, Y., ibid, s. 295.

⁵¹ KROPHOLLER, J. **Internationales Privatrecht**, 6. Aufl., 2006, s. 43.

⁵² Bu soyut ve temel ilkeyi ‘gerçekçi’ bir düzeye indirmek için, MÖHUK’a, hâkimin uygulanacak yabancı hukukun içeriğinin saptanmasında, davanın taraflarından yardım isteyebileceğini belirten bir hüküm eklenmiştir(m. 2/I ikinci tümce). Hâkim ayrıca ilgili kurumlardan ve bilirkişilerden de görüş alabileceği gibi, Türkiye’nin de taraf olduğu Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine ilişkin 1968 tarihli Sözleşme’ye dayanarak ilgili devletten ihtilafı çözmeye yarayacak somut bilgiler talep edebilir.

kalmışlardır. Ancak ‘milletlerarası ticaretin bireysel düzeyde cereyan eden veçhesinin, hem doğrudan doğruya katılanların hem de uluslararası camianın menfaatlerini dengeleyici biçimde, ama kendi şartlarına da daha uygun düşen bir hukuki çerçevede gelişmesini sağlamak için devletsel hukukun dar kalıplarından kurtarılması gerekmektedir’⁵³. Fikri temelinde milletlerarası ticari anlaşmazlıkları çözecek, esnek, hızlı ve pahalı olmayan, uzman otoritelerden kurulu bir prosedür oluşturma yatan ‘Avrupa Ticaret Mahkemesi’ bu noktada bahis konusu amacın gerçekleşmesinde kilit bir rol oynayabilecektir.

3- Avrupa Ticaret Mahkemesi konseptinin temelinde basit, hızlı ve taraf oldukları uyuşmazlıkları mahkemeye taşımak isteyen küçük ve orta ölçekli işletmelere ağır mali külfetler getirmeyecek kurumsal bir yapı oluşturma fikri yattığından, bu mahkemelerde görev yapacak avukatlar ve onlara ödenecek vekâlet ücretlerinin⁵⁴ de bu anlamda doğru bir zeminde ele alınması zaruridir. Tabii oldukları ülkenin mevzuatlarına göre avukatlık yapma hakkına sahip herkesin, yargının bağımsız bir süjesi ve hukuki yardıma ihtiyacı olanların danışmanı ve vekili olarak bu mahkemelerde müvekkillerini temsil edebilmesine olanak tanınması gereği açık olmakla beraber, avukat ile iş sahipleri arasında geçerli ücret sözleşmesi yapılmamış olan veya avukatlık ücretinin kanun gereği karşı tarafa yükletilmesi gereken durumlarda takip edilecek dava için hesaplanacak avukatlık ücretinin de, konseptin temeline aykırılık teşkil etmeyecek makul bir düzeyde tutulmasını sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu amaçla öncelikli olarak, Avrupa Ticaret Mahkemesi önüne gelen davalarda hesaplanacak avukatlık ücretinin, avukatlık mesleğinin icrası ile ilgili ortak menfaatlerin korunması, hukukun gelişmesi ve hukukun üstünlüğü ile ilgili uygulamalar bakımından, adaletin yönetimi ve özellikle hukuk alanındaki somut gelişmeler bağlamında, gerek tam (Avrupa Birliği üyesi, Avrupa Ekonomik Bölgesi ve İsviçre Konfederasyonu), gerek ortak (yedek), gerekse gözlemci üye statüsünde bulunan üye baroları, hukuk alanındaki somut gelişmeler bağlamında; Avrupa’da ve uluslar arası düzeyde temsil etme amacıyla kurulan *Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi (CCBE)*’nin⁵⁵ 28 Ekim 1998 tarihinde Brüksel’de yapılan genel kurul toplantısında kabul edilmiş

⁵³ ARAT, T., **DTÖ Uyuşmazlıklarının Çözümü**, Ankara 1996, s. 2.

⁵⁴ Müvekkile hizmet sunan avukatın yaptığı işin bir kamu hizmeti olduğu 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 1. maddesinde belirtilmiştir. Bir kamu hizmetini yerine getiren avukat verdiği hizmet karşılığı ücrete hak kazanır. Avukatlık ücreti özel hükümlerle düzenlenmiştir. Bu durum onun özel sıfatının, mesleğin kamusal yanı bulunmasının doğal bir sonucudur. Avukat, Borçlar Kanunu anlamındaki vekilden farklı olarak, faaliyeti için mutlaka bir ücret alır. Bu yönüyle Borçlar Kanunu anlamındaki vekâlet sözleşmesi eksik iki taraflı sözleşme olmasına karşın; avukatlık sözleşmesi tam iki taraflı sözleşme niteliğindedir. Avukat, müvekkili ile ücret sözleşmesi yapmış olmasa da, avukatlık asgari ücret tarifesine göre ücret alacaktır.

⁵⁵ CCBE; 700,000’den çok Avrupalı avukatın üyeliği ve katılımından meydana gelmiş bulunan baro ve hukuk birliğinin Avrupa’daki resmi temsilcisi konumunda bulunmaktadır.

bulunan - *Avrupa'da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları (Code of Conduct for European Lawyers)* - baz alınarak tespit edilmesi yerinde olur. Her ne kadar bu noktada; ücret açısından avukatlar için avantaj getirmeyecek böyle bir düzenlemenin, emek ve zaman açısından daha yoğun bir çalışmayı gerektiren Avrupalı nitelikteki davaları üstlenmek konusunda avukatların çekincelerine yol açacağı görüşü ileri sürülebilecek olsa da, bu nevi davalarda edinilecek tecrübe ve tanınırlık düzeyinin uzun dönemde avukatlara getireceği avantajlarında göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

IV. SONUÇ

Günümüzün küreselleşen ekonomik koşullarında, öz kaynaklar ile finanse edilemeyen yüksek maliyetli yatırımlarda yabancı sermayenin önemi ve gerekliliği ortadadır. Bununla birlikte uluslararası ticaret bünyesinde bir takım riskler taşımakta ve uluslararası ticaretle uğraşanlar bu riskleri dikkate almak durumundadırlar. Bu risklerin bazıları uluslararası ticaretin içine aldığı ve cereyan ettiği ülkelerin hukuk sistemlerinden kaynaklanmaktadır. Özellikle taraflardan birinin tarafının yabancı olduğu uyuşmazlıklarda durumunda hâkimlerin kendi vatandaşlarını koruma psikolojisi içine girecekleri, bu duygu ve düşünceler ile karar verecekleri endişesi tarafların sözleşme yaparken ileride çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için milletlerarası tahkim yolunu tercih etmelerine sebep olmaktadır. Ancak; milletlerarası tahkim mekanizması; devlet yargı süreçlerinden süre, sürat ve usul açılarından daha pratik ve kullanışlı olmakla birlikte mali açıdan devlet yargısından çok daha fazla maliyeti olan bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Temelinde basit, hızlı ve taraf oldukları uyuşmazlıkları mahkemeye taşımak isteyen küçük ve orta ölçekli işletmelere ağır mali külfetler getirmeyecek kurumsal bir yapı oluşturma fikri bulunan Avrupa Ticaret Mahkemesi konsepti ile uyuşmazlığın uzman kişiler tarafından çözümlenmesine imkân verilebilecek ve uyuşmazlığı çözecek hâkimlerin uluslararası ticaret ve hatta uyuşmazlığın ilgili olduğu sektör hakkında bilgili ve uzman kişiler olarak belirlenmesi mümkün olacaktır. Her ne kadar devletler, egemenliklerinin bir göstergesi olarak kabul ettikleri yargı erkini *paylaşmayı veya alternatifler oluşturulmasını egemenlik haklarının zedelenmesi olarak algılasa da ve bu anlamda çalışmamızda soyut bir düzlemde gerekliliğini ortaya koymaya çalıştığımız* supranasyonel nitelikteki Avrupa Ticaret Mahkemesi fikri ve devletlerin egemenliği birbirine rakip olarak karşımıza çıksa da, mahkemenin verdiği kararları devletler kendi kurum ve organlarıyla uygulayacaklarından mahkemenin başarısı, bir anlamda, devletlerin egemenliğini kullanabilmesine bağlıdır. Karmaşık ve yüksek maliyetli bir yargılama sürecini beraberinde getiren uluslararası tahkim müessesesinin özellikle KOBİ'ler açısından yetersizliği göz önüne alındığında, ulusal hukuk kurallarının Avrupalılaştırılması

abalarının tek başına sorunun çözümüne katkı sağlayamayacağı, bu kuralları uygulayacak adalet mekanizmalarının da aynı sürece dâhil edilmesi gerektiği sonucuna varmak zor olmayacaktır. Bu anlamda; fikri temelleri Kurumsal İktisat Teorisi'ne dayanan Avrupa Ticaret Mahkemesi konsepti, her ne kadar, kurumsal yapısına ilişkin eksiklikleri içinde barındırsa da, birleşmiş bir Avrupa'da yeknesak hukuk kuralları oluşturulması çabalarının, bu kuralları uygulayacak bağımsız, objektif ve pahalı olmayan kurumsal mekanizmalar olmadan bir anlam ifade etmeyeceği gerçeğini göstermesi açısından önem arz etmektedir. Çok sayıda hukuki ihtilafın olduğu milletlerarası ticari faaliyetlerde küçük ve orta ölçekli işletmelerin haklarını koruyacak ve onların yargı mekanizmasına güvenini artıran yapısı ile milletlerarası ticari uyuşmazlıkların tahkime oranla daha objektif, hızlı ve alanının inceliklerine hâkim bir şekilde çözümünde en etkili ve emin bir yol olarak gözüken Avrupa Ticaret Mahkemesi milletlerarası ticaret hukukunun gelişmesinde de etkili bir rol oynayacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya:** Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye Yayınları, Ankara 1994.
- AKINCI, Ziya:** Milletlerarası Tahkim, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- AR, Aybeniz Akdeniz/İSKENDER, Hüseyin:** Türkiye’de KOBİ’ler ve KOBİ’lerde Planlama, Uygulama ve Denetim, <http://www.mevzuatdergisi.com/2005/03a/06.htm>, (erişim tarihi: 02.03.2011).
- ARAT, Tuğrul:** DTÖ Uyuşmazlıklarının Çözümü, GATT Anlaşmasının Kavranması Stratejik Odak Nokta Projesi, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı, Yayınlanmamış Ön Raporlar, Ankara 1996.
- BİRSEL, Mahmut Tefvik:** Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları, Prof. Dr. İrfan Baştuğ’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Özel Sayı 2005, İzmir 2005, s. 1–38.
- BLESSING, Marc:** Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts, Swiss Commercial Law Series, Vol. 9, Helbing & Linchtenhahn AG (CH) & Co KG München ZN Basel 1999.
- BURGER, C.J.:** Taking Sports out of the Courts: Alternative Dispute Resolution and the International Court of Arbitration for Sport, Journal of Legal Aspects of Sport, C. 10, S. 2, 2000, s. 123 vd.
- ÇELİKEL, Aysel:** Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 1995.
- DAYINLARLI, Kemal:** HMUK’ta Düzenlenen İç Tahkim, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 1997.
- DREHER, Meinrad:** Wettbewerb oder Vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?, in Juristen Zeitschrift (JZ), 1999, s. 105-112.
- ELMAS, Ömer:** Milletlerarası Hakem Kararlarının Tenfizi, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/hakem_tenfiz.htm, (erişim tarihi: 07.03.2011).
- EMEK, Uğur:** Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları, Ankara 1999.
- ERDOĞAN, Mustafa:** *Küreselleşme, Hukuk ve Türkiye, Liberal Düşünce Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 25-26, 2002, s. 53-65.*
- ERGİNAY, Akif:** Vergi Hukuku Prensipleri, Ankara 1953.

- ERTÜRK, Begüm Hande:** Milletlerarası Tahkimde Yeni Gelişmeler: Tahkim Yargılaması Süreci ve Masrafların Azaltılması, Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, İstanbul 201, s. 1595-1619.
- GÖK, Mehmet:** İşgücü Piyasası ve KOBİ'ler, Roma Yayınları, Ankara 2004.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz:** 11 Nolu Protokol'den Sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Yeni Türkiye (İnsan Hakları Özel Sayısı II), Temmuz-Ağustos 1998, Yıl: 4, Sayı: 22, Ankara 1998.
- HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan:** *Avrupa Birliği Hukuku ve 1982 Anayasası'na Göre Egemenlik*, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 6, 2003, s. 32-46.
- KADİRBEYOĞLU, İbrahim:** Futbol Hukuku Tahkim Usulü ve Tahkim Kurulu Kararları, Türkiye Futbol Federasyonu Yayınları, Ankara 1996.
- KAPLAN, Yavuz:** Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçkin yayıncılık, Ankara 2002.
- KAPLAN, Yavuz:** Uluslararası Tahkim, Türkiye Açısından Yeni Gelişmeler ve Önemi, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:77, Sayı:3, İstanbul 2003.
- KILIÇ, Ali Şahin:** Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 58, Sayı: 3, 2009, s. 615-675.
- KOÇAK, Talat Emre:** Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- KORAL, Rabi:** Avrupa Milletlerarası Ticari Hakemlik Sözleşmesi, İÜHFİM, C.XXX, S. 3-4, İstanbul 1964, s. 745-783.
- KROPHOLLER, Jan:** Internationales Privatrecht, 6. Aufl., Verlag Paperback, Tübingen 2006.
- LANDO-NIELSEN, Peter Arnt:** The Rome I Proposal, Journal of Private International Law, April 2007, s. 29–51.
- MISTELİS, Lucas:** Milletlerarası Tahkim: Kurumsal Yaklaşımlar ve Uygulamalar 2006, TBB Dergisi, Sayı 70, 2007, s. 163–186, (Çev: SÜRAL, Bahar Ceyda).
- MÜFTÜOĞLU, Tamer:** Türkiye'de KOBİ'ler, Sorunları ve Öneriler, EGS Bank Yayınları, İzmir 1997.
- NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN, Günseli:** Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Beta Basım Yayım A.Ş., İstanbul 2003.
- NORTH, Douglas C.:** Institutionen, Institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung, Verlag JCB Mohr, Tübingen 1992.

- ORMANOĞLU, Burhan:** Yabancı Sermaye-Tahkim İlişkisi ve Türkiye’de Yaşanan Gelişmeler, Sayıştay Dergisi, Sayı 57, Ankara 2005, s.81-119.
- ÖNEN, Ergun:** Hakem Kararlarının Temyizi ve Hakemlerin Direnme Yetkisi, M.Ü.İ.İ.B.F. Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Halil Nadaroğlu’na Armağan, İstanbul 1999, C. XIV, Sayı 1, s. 297 vd.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice:** Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl 30, S. 1-2, İstanbul 2010, s. 27-88.
- ÖZDEMİR, Süleyman:** İşsizlik Sorununun Çözümünde KOBİ’lerin Desteklenmesi, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 2006.
- SAHTİYANCI, Erkal;** Türkiye’de Küçük ve Orta Ölçekli Sanayiler Durumu ve Sorunları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınları, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara 1995.
- SARIASLAN, Halil:** Orta ve Küçük Ölçekli İşletmelerin Finansal Sorunları, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Yayınları, Ankara 1994.
- SARIKAYA TOSYALI, Birgül:** KOBİ’lerin Türkiye Ekonomisindeki yeri, İzmir Ticaret Odası Yayınları, Yayın No: 20, İzmir 1995.
- SUNGURTEKİN, Meral:** Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1999.
- ŞANLI, Cemal:** Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2005.
- ŞANLI, Cemal:** Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak, Sevinç Matbaası, Ankara 1986.
- TAŞKIN, Alim:** Hakem Sözleşmesi, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- TARMAN. Zeynep Derya:** 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi, BATİDER, 2010, C.XXVI, S.1, s. 143–168.
- YÜCEL, Atilla:** Küçük ve Ortaboy İşletmelerin Pazarlama Sorunları ve Denizli’de Bir Uygulama, Denizli, Pamukkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Denizli 1998.