

TÜRK SERMAYE PİYASASINDA TAHKİM UYGULAMASI VE ETKİNLEŞTİRİLMESİNE YÖNELİK ÖNERİLER

M. Kubilay DAĞLI*

Yasemin ÇAKIR*

GİRİŞ

Globalleşen dünyamızda sınırların önemi gittikçe azalmaktadır. Teknolojik gelişmeler birçok imkânı girişimcilerin ve yatırımcıların hizmetine sunmakta, internet ve benzeri gelişmeler uluslararası mal ve hizmet sunumunda rekor artışlara neden olmakta ve mal ve hizmet sunumu eskiye göre daha karmaşık bir yapıda cereyan etmektedir. Bu ortamda ulusal şirketler pazar paylarını büyütmek ve daha etkin rekabet imkânları elde etmek amacıyla, gerek farklı ülkelerde yaptıkları yatırımlar, gerekse uluslararası şirketlerle yaptıkları evlilikler yoluyla çok uluslu nitelikte şirketlere dönüşmektedir. Tüm bu gelişmeler farklı ülkelerde hizmet ve mal sunan uluslararası şirketlerin faaliyetlerini sürdürmeleri sırasında ortaya çıkan ihtilaflarda, kendilerini hukuken güvencede hissetmeleri ihtiyacını doğurmuştur. Zira çok uluslu şirketlerin faaliyet gösterdikleri ülkelerin iç hukuk sistemine göre işlem yürütmek zorunda olmaları, ilgili ülkenin ulusal yargısının tarafsızlığına güvenememeleri sorununu da beraberinde getirmiştir.

Küreselleşme ile birlikte yoğunlaşan bu gelişmelerin en fazla etkili olduğu sektörlerin başında şüphesiz finansal hizmet sektörü gelmektedir. Artık internet kanalıyla Türkiye’de yerleşik bir yatırımcı Londra’da kurulmuş bir aracı kurumun web sitesinden Brezilya tarafından ihraç edilmiş tahvilleri satın alabilmektedir. Ancak finans piyasasında alım satım işlemlerinin bu kadar kolay gerçekleşmesine karşın, hukuk sistemlerinin önemli ölçüde farklılık arz etmesi sebebiyle aynı kolaylık, farklı ülkelerde yerleşik olan yatırımcılar ile aracı kuruluşlar arasında finansal hizmetlerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde görülememektedir. Bu noktada şirketlerin imdadına tahkim yetiştirilmektedir.

* Sermaye Piyasası Kurulu Uzmanı

* Sermaye Piyasası Kurulu Uzmanı

Tahkim müessesesi, uluslararası nitelikteki sözleşmelerde bir tarafın hukukuna olan güvensizlik sebebiyle ve usul ve esasa uygulanacak hukuku tarafların serbestçe tayin edebilmesi ile işin mahiyetine vakıf bağımsız hakemlerin işe el koyması imkânlarını sunması gibi yönleriyle uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde sıklıkla tercih edilen bir yöntemdir. Tahkim sayesinde uluslararası şirketler farklı ülkelerde çıkacak ihtilaflarda hem düzenlemeler konusundaki belirsizlikleri bertaraf etmekte, hem de haklılıklarını tarafsız bir mercide ispat edebilme imkânı elde etmektedirler.

Son yıllarda ülkemizde yatırım ve işlem yapan yabancı şirket sayısının artması, tahkimin önemini ve yeniden değerlendirilmesi gereğini gündeme taşımıştır. Buna ek olarak son dönemde İstanbul'un finans merkezi olmasına yönelik çalışmalar, özellikle finansal alanda tahkimin bir kez daha gündeme gelmesini sağlamıştır. İstanbul'da meydana getirilmesi düşünülen finans merkezinin en önemli yapıtaşlarından birisi, ülkemize gelecek yabancıların hukuken kendilerini güvende hissetmelerini sağlayacak bir sistemin oluşturulmasıdır. Yargı sisteminin ağır işlemesi ve finansal konular üzerinde mahkemelerin yeterince ihtisaslaşmamış olmasının ülkemiz açısından bir dezavantaj olarak gündeme getirildiği bir ortamda, tahkimin etkin ve güvenilir bir uyuşmazlık çözüm müessesesi olarak işler hale getirilmesinin, İstanbul'un global oyuncular için cazibe merkezi haline getirilmesine yönelik çalışmalarda kilit bir rol oynayacağı düşünülmektedir.

Mevcut düzenlemeler çerçevesinde, ülkemizde borsa işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (İMKB) ve Vadeli İşlemler ve Opsiyon Borsası A.Ş. (VOB) nezdinde tam olarak tahkim niteliği taşımayan, ancak etkin olarak işlemekte olan bir sistem bünyesinde çözülebilmektedir.

Sermaye piyasasında tahkime ilişkin yegane düzenleme ise, Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği (TSPAKB) Statüsü ve Statü'ye dayanılarak hazırlanan Tahkim Kuralları ile yapılmıştır. Statü'de 2003 yılında yapılan değişiklik ile *"Üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak; bu amaçla, hakem listesi oluşturularak, tarafların mutabakatı halinde hakem veya hakemleri atamak suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde tahkim hizmeti verme"* Birliğin görevleri arasında sayılmış ve anılan hükme dayanılarak TSPAKB tarafından sermaye piyasasında tahkime ilişkin kurallar ve hakem listesi oluşturularak yayımlanmıştır.

Ancak sermaye piyasasında TSPAKB nezdinde tahkime ilişkin somut düzenlemelerin yapılmasının üzerinden uzun bir süre geçmiş olmasına rağmen, sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim, halen piyasa aktörleri tarafından tercih edilen etkin bir uygulama olarak benimsenmemiştir.

Makalede, uluslararası gelişmelerden doğan ihtiyaçlar da göz önünde bulundurularak, tahkime ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda ve sermaye piyasası mevzuatında yer alan düzenlemeler ve tahkime ilişkin yurt dışı uygulamaları ışığında, sermaye piyasasında tahkime işlerlik kazandırılmasına yönelik önerilere yer verilmektedir.

I. TAHKİM

Genel Bilgiler

Adli yargıya karşı istisnai nitelikte bir yargı yolunu teşkil eden ve oldukça eski ve köklü bir geçmişe sahip olan tahkim literatürde;

- Taraflar arasında doğmuş veya ileride doğabilecek olan belirli hukuki uyuşmazlıkların, devlet mahkemeleri dışında, genellikle taraflarca belirlenen ve adına hakem denilen tarafsız özel kişiler eliyle nihai olarak karara bağlanmasını (Şanlı, 1996:17),

- Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarını ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasını (Kuru, 1991:3965),

- Kanunun yasaklamadığı konularda, taraflar arasında doğmuş veya doğması muhtemel anlaşmazlığın, bir akit veya kanun hükmü uyarınca, devlet yargısına başvurulmadan, taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya kanunun yetki tanıdığı şahıs veya mercilerce tayin edilmiş kişiler aracılığıyla çözülmesini (Yeğengil, 1974:94)

ifade edecek şekilde tanımlanmıştır.

Bir yargılama hukuku kurumu olarak tahkim, son çeyrek yüzyıla kadar mahkeme yargısı ile birlikte, ancak ona oranla sayısal olarak istisnai bir şekilde uygulanmakta iken, günümüzde özellikle uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu çerçevede, tahkim bir yandan iç hukuk bakımından geç çalışan devlet mahkemelerine bir alternatif olarak değerlendirilmekte, bir yandan da etkin bir uluslararası uyuşmazlık çözüm yöntemi olmaktadır (Özer, 2002:5).

Taraflar tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında kararlaştırdıkları tahkim yönteminde, hakem tarafından verilecek kararları başlangıçta kabul etmiş olmaktadır. Tahkim, bu yönü ile taraf iradelerini barışçıl yoldan uzlaştırma amacına hizmet etmektedir. Tarafların, hür ve serbest iradeleri ile resmi yargıya gitmeksizin, mevcut veya muhtemel hukuki uyuşmazlıklarını çözmek amacıyla tahkim sözleşmesi yapmaları, tahkimin istisnai bir yol ve özel bir yargı türü olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır (Özer, 2002:5).

Tarafların aralarında anlaşarak, uyuşmazlığı hakem aracılığı ile çözmeyi kararlaştırmaları durumunda ihtiyari tahkim söz konusudur. Bazı hallerde ise, bir uyuşmazlığın çözümü için hakeme başvurmak mecburidir ki, buna mecburi tahkim denir. Tahkimin hangi hallerde mecburi olduğu özel kanun hükmü ile belirlenir. Mecburi tahkime konu iş ve davalarda, taraflar mahkemelerde dava açamazlar, kanunla gösterilen hakemlere başvurmaya mecburdurlar.

Literatürde, mecburi tahkime konu durumlar arasında 91 sayılı Menkul Kıymet Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 13 üncü maddesinde düzenlenen Borsa üyesi kurumlar arasındaki uyuşmazlıklar sayılmaktadır. Söz konusu maddede; Borsa üyeleri arasında borsa işlemlerinden dolayı çıkacak uyuşmazlıklarının hal merciinin Borsa Yönetim Kurulu olduğu, Borsa Yönetim Kurulu'nun kararlarına karşı Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) nezdinde itiraz edilebileceği ve SPK'nın bu ihtilaflar konusundaki kararlarının nihai olduğu hükümlerine yer verilmektedir.

Türk Hukukunda Tahkim

Türk hukukunda hakemlik konusunu düzenleyen temel yasa 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'dur. HUMK'un 516-536'ncı maddeleri arasında düzenlenen tahkim esas itibarıyla iç hukukumuza ilişkin hakemlikle ilgili düzenlemeleri kapsar. Milletlerarası tahkim konusu ise, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda düzenlenmiştir.

HUMK'un 518 inci maddesi uyarınca tahkim sadece tarafların iradesine tabi olan uyuşmazlıklar hakkında geçerlidir. Diğer bir ifadeyle taraflar ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri, sulh olabildikleri, davadan feragat edebildikleri konularda tahkim sözleşmesi yapabilirler. Cezai veya idari yargıda tahkim kararlaştırılmaz.

Tahkim sözleşmesi yazılı olmalıdır (HUMK m. 517/1). Yazılı şekil ispat şartı olmayıp, şekil şartıdır. Tahkim sözleşmesi bağımsız bir sözleşme

biçiminde yapılabileceği gibi bir sözleşmede bu sözleşmeden çıkacak uyuşmazlıkların hakemler tarafından çözümleneceğine ilişkin tahkim şartı biçiminde de kararlaştırılabilir (HUMK m. 516). Uygulamada genellikle tahkim sözleşmesi tahkim şartı olarak sözleşmeye konulan bir madde şeklinde düzenlenmektedir.

Yargı fonksiyonunu üstlenmiş olan Devlet, hakem mahkemeleri tarafından verilen ve kesinleşen kararları mahkemelerin verdiği kesin hükümlerle eşit tutmuştur. Sadece mahkeme kararları kural olarak kesinleşmeden icra edilebildiği halde hakem kararları kesinleşmedikçe icra edilemez (HUMK m. 536).

Taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi varsa, uyuşmazlık halinde taraflar mahkeme yerine tahkim yoluna gitmek zorundadırlar. Tahkim yanında mahkemelerin yetkisi alternatif bir yol olarak saklı tutulamaz. Mahkeme yanında tahkim yolunun da kararlaştırılması halinde uyuşmazlık mahkemede çözümlenir.

Hakemlerin seçimini taraflar serbestçe kararlaştırabilirler. Bu konuda taraflar bir kişiyi hakem olarak seçebileceği gibi üç kişi de hakem olarak seçilebilir. Medeni hakları kullanma ehliyeti olan her gerçek ve tüzel kişi hakem olarak seçilebilir. Ancak hâkimler hakem olamazlar. Eğer tahkim sözleşmesinde taraflar hakemlerin kim olacağını ve nasıl seçileceğini belirtmemiş iseler, hakemler üç kişi olarak uyuşmazlığı çözmeye yetkili ve görevli hâkim tarafından seçilebilir (HUMK m. 520).

Hakemler yapmış oldukları görevin karşılığında ücret alırlar ancak kendi ücretlerini belirleyemezler. Hakem ücreti taraflarca kararlaştırılabilir ya da hakemlerdeki dava karara bağlandıktan sonra, hakemlerin yetkili ve görevli mahkemede açacakları bir eda davası üzerine mahkeme tarafından tayin edilir. Mahkemenin taraflar arasındaki uyuşmazlığın değerine, hakemlerin uyuşmazlığı çözmekteki gayretine göre bir ücret tayin etmesi gerekir. Ancak bu çözüm son derece uzun ve hakemlik yapacak kişiler için ilave yük getirecek bir yol olduğu için günümüzde kurumsal tahkimde, hakemlerin ücreti önceden tarifeler şeklinde ve dava konusunun değerine göre değişen bir oran dikkate alınmak suretiyle belirlenmektedir.

Tahkimde hakemlerin uygulayacakları yargılama usulünü taraflar belirlemiş olabilirler. Bu halde hakemler tarafların belirlediği kurallara göre yargılama yapacaktır. Buna karşılık, taraflar yargılama usulünü kendileri belirlememiş ise, hakemler yargılama usulünü kendileri belirler. Hakemler

uyuşmazlığı kanunlara göre çözümlenmek zorunda olmayıp, adalet ve nesafet esaslarına göre karar verebilirler.

HUMK'un 529 uncu maddesine göre, hakemler ilk toplantılarını yaptıkları tarihten itibaren altı ay içinde karar vermek zorundadırlar. Taraflar bu sürenin uzatılmasını kararlaştırabilirler.

HUMK'un 530 uncu maddesine göre hakem kararında, öncelikle uyuşmazlığın sebebi belirtilmelidir. Bu tarafların iddia ve savunmalarına göre belirlenecektir. Daha sonra kararın dayandığı hukuki gerekçe ve kararın kendisi yazılmalıdır.

Hakemler kararlarını yetkili ve görevli mahkeme kalemine verirler. Karar mahkemece taraflara tebliğ edilir. Kararın mahkeme tarafından taraflara tebliğ tarihinden itibaren taraflar kararı temyiz edebilir. Temyiz sonunda hakemlerin verdikleri karar onanırsa karar kesinleşmiş olur. Yine süresi içinde karar temyiz edilmezse karar kesinleşir. Kararın kesinleşmesi büyük önem arz etmekte olup, hakem kararları ancak kesinleştikten sonra icra edilebilmektedir.

Hakem kararlarına karşı olağan kanun yollarından yalnız temyize başvurulabilir. Temyiz süresi on beş gündür. Temyiz dilekçesi kararı tebliğ eden mahkemeye verilir (m. 532).

Temyiz sebepleri HUMK'un 533 üncü maddesinde açıkça sayılmıştır. Temyiz incelemesi istenebilecek sebepler;

- i) Tahkim süresi bittikten sonra karar verilmiş olması,
- ii) Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması,
- iii) Hakemlerin yetkileri dâhilinde olmayan bir konuda karar vermiş olmaları,
- iv) Hakemlerin iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemiş olmaları olarak sayılabilir.

Kanun hakem kararlarının ancak yukarıda sayılan dört sebepten birine dayanılarak bozulabileceğini, bunun dışındaki hallerin temyiz sebebi teşkil etmeyeceğini kabul etmektedir. Ancak yukarıda sayılanlar dışında bazı önemli usul hataları Yargıtay tarafından temyiz sebebi olarak kabul edilmektedir. Örneğin davalıya tebliğ yapılmadan, savunması alınmadan karar verilmiş olması, hakem kararlarının adalet ve nesafete aykırı olması, hakemlerin kararlarında kendilerine hakem ücreti tayin etmeleri, hakemlerin kamu düzeni ile ilgili olan usul hükümlerine uymamış olmaları temyiz sebebi sayılmıştır.

II. TAHKİMİN OLUMLU VE OLUMSUZ YÖNLERİ

Günümüzde özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim ile çözümlenen uyuşmazlık sayısı artmaktadır. Zira günümüzde uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesinin olumlu yönleri, olumsuz yönlerinden daha fazladır. Tahkimin olumlu ve olumsuz yönlerine aşağıdaki durumlar örnek verilebilir:

Gizlilik

Tahkimde duruşmalar ve verilen kararlar kamuya açık değildir. Gizlilik olarak adlandırılan bu özellik sayesinde taraflar, aralarındaki ihtilafın boyut ve içeriği hakkında başkalarının bilgi sahibi olmaması, ticari sırların açığa çıkmaması, bilinmesi istenmeyen ilişki ve olayların basına yansımaması gibi olanaklara sahip olmaktadır. Gizlilik prensibinin gereği olarak, verilen hakem kararları tarafların izni olmadıkça yayınlanamaz (Turan, 2002:12).

Hakemlerin Uyuşmazlıkla İlgili Teknik Bilgiye Sahip Olmaları

Bir uyuşmazlığı çözümlleyen hâkimin uyuşmazlıkla ilgili özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurması gerekecektir (HUMK m. 275). Bu durum, hem zaman kaybına hem de masrafa neden olacaktır. Özellikle bilirkişi raporuna itiraz edilmesi ve daha sonra birkaç kez bilirkişiye başvurulması süreci daha da uzatacaktır. Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi durumunda ise, hakemlerden birisinin veya tümünün uyuşmazlıkla ilgili teknik ve özel konuda bilgi sahibi olması durumunda, mahkemelerde bilirkişiye başvurulması nedeniyle oluşan zaman ve kaynak kaybı olmayacaktır. Ancak, teknik bilgiye sahip olan hakemlerin hukuki bilgiye sahip olmamaları bu durumun olumsuz yönünü oluşturabilecektir.

Yargılama Süresi ve Karara Karşı Kanun Yolları

Tahkim aracılığıyla uyuşmazlıkların çözümlenmesi kural olarak mahkemelerdeki yargılamaya nazaran daha kısadır. Hakemler tarafından ilk toplantının yapıldığı tarihten itibaren 6 ay içinde karar verilmesi gerekmektedir. Tahkim sonunda verilen karara karşı kanun yolları da sınırlı olduğundan, kanun yollarına başvuru ve bu nedenle uğranılan zaman kaybı da yoktur. Verilen hükmün kesinleşmesi ve icrası daha çabuk olabilmektedir.

Ücretler

Tahkim yargılamasında ücretler, hakem ücretleri, bilirkişi ve keşif ücretleri, yargılama giderleri vb. masraflardan oluşmaktadır. Maliyetin önemli bir bölümünü oluşturan hakem ücretleri, HUMK'a göre taraflar arasında

serbestçe kararlaştırılabildiği gibi, dava sonuçlandıktan sonra davayı görmeye yetkili hâkim tarafından davanın değeri ve hakemlerin uyuşmazlığı çözmekteki gayreti göz önünde bulundurularak da belirlenebilmektedir. Uygulamada, uyuşmazlığın belli bir mesleğin mensupları arasında olması durumunda, genellikle hakem ücretleri, uyuşmazlığın taraflarının mensup olduğu meslek birlikleri tarafından tarifeler halinde belirlenmektedir.

TSPAKB nezdindeki tahkim yargılamasında da hakem ücretlerinin TSPAKB tarafından belirleneceği karara bağlanmıştır. Tarifeler halinde belirlenen hakem ücretlerinin, davanın değeri dikkate alınmaksızın maktu bir tutar olarak belirlenmesi durumunda, özellikle küçük meblağlı uyuşmazlıklarda tahkimin maliyeti, adli mahkemelerde görülen davaların maliyetinden daha yüksek tutarlı olabilmektedir. Ancak ilerleyen bölümlerde yer verilen ülke uygulamalarında da ifade edildiği üzere, bazı ülkelerde tahkim yatırımcılar açısından ücretsiz olarak uygulanabilmekte, tahkim masrafları sektör katılımcıları tarafından karşılanmaktadır.

Uygulanacak Hukukta Muayyenlik Sağlanması

Bu durum özellikle çokuluslu şirketler açısından tahkimin olumlu yanlarından birini teşkil etmektedir. Zira, faaliyet gösterdikleri ülkelerde yaşayacakları muhtemel uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenebilmesi, dolayısıyla uyuşmazlığa uygulanacak hukukun taraflarca serbestçe belirlenebilecek olması hususu çokuluslu şirketlerin faaliyet gösterdikleri her ülkenin hukuk sistemini ayrı ayrı inceleme zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır.

III. SERMAYE PİYASASINDA TAHKİME YÖNELİK DÜZENLEMELER

Mevzuatta borsa uyuşmazlıklarına ilişkin temel düzenlemeler, İMKB nezdindeki işlemler için Menkul Kıymet Borsaları Hakkındaki 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin (KHK) 13 üncü maddesi ile İMKB Yönetmeliği'nin 42 nci maddesinde yer alırken, VOB bünyesindeki işlemlere ilişkin olarak ise Vadeli İşlemler ve Opsiyon Borsası Yönetmeliği'nin 108 ila 116 ncı maddeleri ile VOB'un 2006/35 sayılı Genelgesinde yer almaktadır.

91 Sayılı KHK'nin 13 üncü maddesi ile İMKB Yönetmeliği'nin 42 nci maddesinde yer alan hükümler uyarınca Borsa üyeleri arasındaki borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların Borsa bünyesinde çözülmesi zorunludur, borsa üyeleri ile müşterileri arasındaki uyuşmazlıkların ise borsa uyuşmazlığı

kapsamında İMKB Yönetim Kurulu tarafından çözülmesi mümkün olmakla birlikte adli yargıya intikali de mümkündür.

Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik'in "Borsa işlemleri" başlıklı 54 üncü maddesi uyarınca ise borsa işlemi, borsa üyeleri tarafından müşterilerden alınan emirlerin borsaya intikal ettirilmesi ve bu suretle söz konusu emirlerin borsa eksperleri huzurunda sistemde karşılıklı eşleşmesi olarak ifade edilmektedir. Bu kapsamda virman talimatının yerine getirilmemesi, repo işlemleri, kamu menkul kıymetlerinin müşteriye teslim edilmemesi, kredili işlemlerden kaynaklanan ihtilaflar, temettü bedelinin tahsil edilmemesi gibi konular borsa işlemi dışındadır.

VOB bünyesinde gerçekleşen işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ise, Vadeli İşlemler ve Opsiyon Borsası Yönetmeliği'nin 108 ila 116 ncı maddeleri ile VOB'un 2006/35 sayılı Genelgesi'nde yer alan hükümler çerçevesinde VOB tarafından çözümlenebilmektedir.

Dolayısıyla İMKB ve VOB bünyesindeki borsa üyeleri ile yatırımcılar arasında ortaya çıkan uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, tahkime benzemekle birlikte, bir çok yönü itibariyle tahkimden ayrılmakta ve alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mevcut durum itibariyle sermaye piyasasında tahkime ilişkin yegane düzenleme ise TSPAKB Statüsü ile yapılmıştır.

Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği (TSPAKB ya da Birlik) Statüsü'nün, Birliğin görev ve yetkilerini düzenleyen 6 ncı maddesinin (g) bendinde "*Üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak; bu amaçla, hakem listesi oluşturarak, tarafların mutabakatı halinde hakem veya hakemleri atamak suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde tahkim hizmeti vermek*" Birliğin görevleri arasında sayılmıştır.

Anılan hükme dayanılarak, TSPAKB tarafından üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında **borsa işlemleri dışındaki sermaye piyasası faaliyetlerinden** doğan uyuşmazlıkların çözümü için "Tahkim Kuralları" oluşturulmuştur. Söz konusu tahkim kurallarına göre, tarafların ihtilaflarını TSPAKB Tahkim Kuralları uyarınca tahkimle çözüleceğini yazılı olarak kararlaştırmış olmaları halinde, söz konusu uyuşmazlıkların çözümünde bu kuralların geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. TSPAKB üyeleri hem VOB'da işlem yapan hem de İMKB'de işlem yapan aracı kuruluşlardan oluşabilmektedir.

TSPAKB Tahkim Kuralları, genel olarak HUMK'ta tahkimi düzenleyen hükümlere paralel olarak oluşturulmuştur.

Tahkim Kuralları'nda tahkim masraflarına, hakemlere, yargılama usulüne ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Tahkim masraflarına ilişkin hükümlerde, tahkim ücretlerinin TSPAKB Yönetim Kurulu tarafından belirleneceği ifade edilmiş olmakla birlikte, mevcut durumda, hakem ücretlerine, sekreteryaya giderlerine ve yargılama masraflarına ilişkin olarak TSPAKB tarafından kamuya duyurulmuş maktu ya da oransal herhangi bir tarife bulunmamaktadır.

Hakemlere ilişkin olarak oluşturulan kurallar çerçevesinde ise, tarafların anlaşmaları durumunda, hakem heyeti başkanı olacak kişinin TSPAKB listesinden seçilmesi şartı ile kendi hakemlerini TSPAKB listesi dışından seçmeleri mümkün kılınmaktadır. Ancak bu uygulamanın, kurumsal tahkim hizmeti sunan kuruluşun, tahkim hizmeti kapsamında yerine getirdiği en önemli işlev olan tarafsız, yetkin ve güvenilir kişilerden oluşan bir hakem listesinden hakem atama hususuna aykırılık oluşturabileceği düşünülmektedir. Zira ihtilafın TSPAKB tarafından atanan tarafsız ve yetkin hakemler yerine, tarafların seçtiği ve objektif olamama riski altında bulunan hakemlerce çözümlenmesi durumunda varılan netice sağlıklı olamayabilecektir.

IV. TAHKİME İLİŞKİN YURT DIŞI UYGULAMALARI

Ülkemizde uygulaması henüz yaygınlaşmamış olan alternatif çözüm yöntemlerine ABD'de ve Avrupa ülkelerinde oldukça yaygın bir şekilde başvurulmaktadır. Bu bölümde, sermaye piyasalarında tahkime ilişkin yurt dışı uygulamaları ile uygulamalara teşkil eden düzenlemelere yer verilecektir.

ABD UYGULAMALARINDA TAHKİM

Sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yöntemleri ABD'de sıklıkla başvuru olan yöntemler arasında yer almaktadır. Söz konusu çözüm yöntemlerine ilişkin hizmetler, genellikle aracılık sektöründe faaliyet gösteren kişi ve kurumların üye olduğu öz düzenleyici kuruluşlar tarafından kurumsal olarak sağlanmaktadır.

ABD'de sermaye piyasasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yollara, özellikle de tahkime başvurulmasının yaygın bir uygulama olmasının en önemli sebebi ABD Yüksek Temyiz Mahkemesi'nin (Supreme Court) 1987'de görülen bir davada (Shearson vs. McMahon davası) verdiği

karar sonrasında, sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkime başvurulmasını zorunlu tutmuş olmasıdır.

Tahkimin mecburi tutulması, ABD öz düzenleyici kuruluşları tarafından sunulan kurumsal tahkim hizmetinin gelişmesini, uyuşmazlıkların çözümünde hızlı ve ekonomik olma açısından önemli avantajlar elde edilmesini sağlamış olmakla birlikte, yatırımcılardan, anayasal bir hak olan yargıya başvuru hakkını aldığı ve kurumsal tahkim hizmetinde, hizmeti sunan kuruluşun aracılık sektörünün öz düzenleyici kuruluşu olması ve hakemler arasında mutlaka sektörden birinin yer alması gerekçesi ile, tahkimin adil olmayabileceği şeklinde eleştirilmektedir. Bu konuda tahkimin ihtiyari olması gerektiği yönünde fikirler sıkça dile getirilmektedir. Sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de ihtiyari tahkim uygulaması olmasına ilişkin bir öneri içeren “Arbitration Fairness Act of 2007” ABD Parlamentosuna sunulmuş bulunmaktadır.

Alternatif çözüm yöntemlerinde kurumsal olarak hizmet veren öz düzenleyici kuruluşlar arasında, FINRA (Financial Industry Regulatory Authority), NASAA (The North American Securities Administrators Association) ve SIFMA (The Securities Industry and Financial Markets Association) başta gelmektedir. Anılan kuruluşlar içinde ise, 26.07.2007 tarihinde National Association for Securities Dealers’ın (NASD) ve New York Stock Exchange (NYSE) Regulation Inc.’nin birleşmesi neticesinde kurulmuş bir öz düzenleyici kuruluş olan FINRA, 5100’ü aşkın üyesi ile en fazla üyeye sahip olan ve bundan dolayı en fazla tahkim başvurusunun yapıldığı öz düzenleyici kuruluş unvanına sahiptir.

ABD’de kurumsal tahkim hizmeti veren diğer öz düzenleyici kuruluşlar gibi FINRA da bünyesinde tahkim usulü ile çözümlenen uyuşmazlıklarda, Securities Industry Conference on Arbitration (SICA) tarafından oluşturulan Uniform Code of Arbitration’da (UCA) belirlenen prosedürlere uyulmasını gerekli kılmaktadır.

FINRA bünyesinde alternatif çözüm yöntemlerine ilişkin olarak sunulan hizmetler, “Uyuşmazlık Çözüm Birimi” olarak ayrıca yapılan bir bölüm tarafından yürütülmekte olup, bu birim tahkim sürecinde başvuruların kabul edilmesi, hakemlerin atanması, kararların tebliğ gibi birçok konuda sorumlu olarak yer almaktadır.

Tahkim sürecinin aşamaları, tahkim masrafları ve hakem kararlarının uygulanması ile ilgili hususlara aşağıda yer verilmektedir.

FINRA Bünyesinde Tahkimde İzlenen Aşamalar

FINRA bünyesinde görülecek bir tahkim davasının aşamaları aşağıdaki gibidir¹:

1) Tahkim Başvurusunda Bulunulması: Uyuşmazlığa ilişkin olarak taraflardan birinin tahkim talebi üzerine, Uyuşmazlık Çözüm Birimi, başvurunun gerekli unsurları taşıyıp taşımadığını kontrol eder.

2) Tahkim Talebinin Karşı Tarafa İletilmesi: Uyuşmazlık Çözüm Birimi, başvuruyu karşı taraf niteliğinde olan kişi/kurum ya da kurumlara iletir ve ilgili kişi veya kurumlara iddialara ilişkin cevaplarını iletmeleri için süre verir (Bu süre genellikle 20 gün olarak belirlenir).

3) Cevabın İncelenmesi: Uyuşmazlık Çözüm Birimi, karşı tarafın cevabını inceler ve talepte bulunan taraf ile talebin yöneltildiği taraf ya da taraflar dışında müdahil olması gereken bir taraf olup olmadığına karar verir.

4) Hakemlerin Seçilmesi: Somut uyuşmazlığın çözümünde görev yapabilecek hakem listesi, hakemlerin, tarafların bulunduğu ve duruşma yapılmasını istedikleri yer ile uyuşmazlığın tarafları ile ilişkili olma hususlarını dikkate alan bir bilgisayar programı aracılığı ile oluşturulur ve listede yer alan hakemlere ilişkin özgeçmiş bilgileri ile birlikte taraflara gönderilir. Taraflar uyuşmazlıkta görev yapmasını istedikleri hakemleri belirli bir sıralama ile Uyuşmazlık Çözüm Birimi'ne bildirirler ve tarafların tercihleri göz önünde bulundurularak hakemler Uyuşmazlık Çözüm Birimi tarafından atanır.

100.000 USD'nin altındaki tutarda talep içeren davalarda tek hakem görevlendirilir ve hakem FINRA Uyuşmazlık Çözüm Komitesi tarafından atanır. Üç hakemli uyuşmazlıklarda, hakemlerden biri menkul kıymet sektörü ile hiçbir şekilde bağlantısı olmayan hakemler arasından kamu hakemi olarak seçilmektedir. Ancak sektörle bağlantısı olmayan bu hakem de yine FINRA listesinde yer alan hakemler arasından seçilmektedir. Atanan hakemler, taraflarca ancak tarafsız olamayacakları gerekçesi ile reddedilebilirler.

5) Ön Duruşma: Hakemlerin atanması sonrasında, tarafların ve hakemlerin katılımı ile bir ön duruşma yapılır

6) Keşif: Uyuşmazlığa ilişkin tüm bilgi ve belgeler hakemlerce talep edilir ve ilgili bilgi ve belgeler üzerinde inceleme yapılır.

7) Duruşma: Tahkim sürecinde, 25.000 USD'nin altındaki tutarlarda

¹ Bknz. <http://www.finra.org/ArbitrationMediation/Parties/ArbitrationProcess/index.htm>

talep içeren uyuşmazlıklarda tarafların isteğine bağlı olarak, söz konusu tutarın üstünde talep içeren davalarda ise mecburi olarak duruşma yapılır. Duruşmalarda taraflar vekilleri tarafından temsil edilebilir. Duruşmada taraflar iddialarına ilişkin kanıtları ve karşı iddialara ilişkin itirazlarını ileri sürerler.

8) Hakemlerin Kararlarını Oluşturması: Hakemlerce tarafların ileri sürdükleri kanıtlar, ilgili bilgi ve belgeleri üzerinde yapılan keşif, inceleme ve gerekli görülmesi durumunda ifadesine başvuru üçüncü kişilerin ifadeleri değerlendirilerek karar oluşturulur.

9) Hakem Kararı: Hakemlerce davanın kapatılmasından itibaren 30 gün içinde oluşturulan nihai kararın Uyuşmazlık Çözüm Birimi tarafından uyuşmazlığın tüm taraflarına yazılı olarak iletilmesi gerekmektedir.

Tahkim Masrafları

FINRA bünyesinde görülen bir tahkim davasında, taraflar olası bir uyuşmazlığın masraflarını FINRA web sitesinde yayımlanan bir hesap makinesi aracılığı ile hesaplayabilmektedirler. Söz konusu hesaplamada, tahkime konu uyuşmazlıkta talep edilen unsurun maddi bir tutarın ödenmesi ya da bir edimin yerine getirilmesi, maddi talep söz konusu olması durumunda talep edilen tutar, duruşma talebi olup olmadığı ve kaç duruşma yapılması talep edildiği hususları dikkate alınarak, tahkimde başvuru ücreti belirlenmektedir².

Örneğin talep edilen maddi tazminat tutarının 5.000 USD, manevi tazminat tutarının ise 2.500 USD olduğu, duruşma olmaksızın dosya üzerinden incelemenin talep edildiği tek hakemli bir davada, dava açma masrafı, başvuru harcından ibaret olmak üzere 325 USD olarak hesaplanmaktadır.

Maddi tazminat tutarının 100.000 USD, manevi tazminat tutarının ise 150.000 USD olduğu, 4 duruşma yapılmasının talep edildiği 3 hakemli bir davada ise, 1.425 USD başvuru ücreti, 5.625 USD duruşma ücreti olarak toplam 7.050 USD dava açma masrafı hesaplanmaktadır.

Hakem Kararlarının Uygulanması

FINRA bünyesinde yürütülen tahkim davalarında hakem ya da hakemler tarafından verilen kararın gereği, kararın ilgililere tebliğini izleyen 30 gün içinde yerine getirilmelidir. Yatırımcının zararının tazminine hükmeden

² Bknz. <http://apps.finra.org/ArbitrationMediation/ArbFeeCalc/1/Default.aspx>

bir hakem kararının gereği olarak, 30 gün içinde ödenmesine hükmedilen tutarın ödenmemesi durumunda, faiz işlemeye başlar. Ayrıca kararın gereğinin yerine getirilmediği FINRA'ya bildirildiğinde, FINRA yükümlülüğünü yerine getirmeyen üyenin üyelikliğini geçici ya da sürekli olarak iptal edebilir.

Diğer taraftan, hakem kararlarının gereğinin, kararın ilgililere tebliğinden itibaren 1 yıl içinde yerine getirilmemesi durumunda, zararının tazminine hükmedilen tarafça mahkemeye başvuru olarak, kararın mahkeme kararı niteliğini alması ve diğer mahkeme kararları gibi icra kabiliyeti kazanması sağlanabilir.

AVRUPA UYGULAMALARINDA TAHKİM

Avrupa uygulamalarında alternatif çözüm yöntemlerine ilişkin mekanizmalar genellikle ticaret odaları, meslek birlikleri ve menkul kıymet ve emtia borsaları nezdinde örgütlenmiş olan tahkim merkezleri bünyesinde işletilmektedir. Avrupa ülkelerinin ülke bazındaki uygulamaları ile Avrupa Birliği kapsamındaki uygulamalar tahkim açısından incelendiğinde, sermaye piyasası işlemlerinden ya da finansal işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak Avrupa'da, ABD'de FINRA bünyesinde olduğu gibi merkezi bir mekanizma olmadığı görülmüştür. Bunun yerini, örneklerinden birini Hollanda'daki Finansal Hizmetler Şikayet Enstitüsü (KiFiD) gibi kâr amacı gütmeyen organizasyonlarla, alanında uzman avukatlar ve hukukçularca kurulmuş tahkim merkezleri almıştır.

Almanya, Fransa, Hollanda, Belçika ve Yunanistan medeni usul kanunları incelendiğinde, tahkime ilişkin düzenlemelerin temel nitelikler itibarıyla birbirine oldukça yakın özellikler arzettiği görülmektedir. Zira başta Almanya olmak üzere, birçok Avrupa ülkesinin tahkime ilişkin düzenlemeleri, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun (UNCITRAL) tahkime ilişkin düzenlemelerinden etkilenmiştir.

Kurumsal tahkim hizmeti veren kuruluşların ise, kurulu olduğu ülkenin tahkime ilişkin yasal düzenlemeleri çerçevesi içinde, bazı ayrıntılarda farklılaştırmaya giderek kendi tahkim kurallarını oluşturduğu görülmüştür. Bu çerçevede, Hollanda'da NAI, Belçika'da CEPANI, İngiltere'de Londra Uluslararası Tahkim Heyeti (London Court of International Arbitration-LCIA) tarafından oluşturulmuş tahkim kuralları incelenmiş ve bu kuruluşlar tarafından benimsenen kuralların, 1966 yılında uluslararası ticaret hukukunun uyumlaştırılmasını ve bütünleştirilmesi amacıyla Birleşmiş Milletler

bünyesinde oluşturulmuş bir komisyon olan UNCITRAL tarafından 1976 yılında oluşturulan tahkim kuralları ile benzeştiği görülmektedir.

İngiltere Finansal Piyasasında Tahkim

İngiltere sermaye piyasalarında tahkim 2000 yılındaki Finansal Hizmet ve Piyasalar Kanunu ve 2006 yılındaki Tüketici Kredileri Kanunu'nun verdiği yetki ile Finansal Ombudsman Hizmeti (Financial Ombudsman Service) adı altında yatırımcılara ve finansal hizmet sağlayıcılarına verilmektedir. Üyeleri İngiltere düzenleyici otoritesi (Financial Services Authority- FSA) tarafından atanan 9 kişiden oluşmaktadır. Uyuşmazlıkların çözüldüğü alan finansal hizmetler olması nedeniyle bankacılık, sigorta, mortgage, emeklilik fonları, krediler, finansal tavsiyeler gibi alandaki birçok konu Finansal Ombudsman Hizmeti kapsamında yer almaktadır.

Ombudsman hizmetinden yararlanabilecek şikayetçi taraf

- a) Gerçek kişi yatırımcılar,
- b) Yıllık ciro rakamı 1 milyon paundun altında kalan işletmeler,
- c) 1 milyon paundun altında gelir elde eden hayır kurumları,
- d) 1 milyon paundun altında net varlığı bulunan vakıflardır.

Parlamento tarafından kurulan kamu kurumu niteliğindeki kar amacı gütmeyen bu yapının en önemli özelliği tüketiciler için bu hizmetin ücretsiz olmasıdır. Ancak taraflar avukat vasıtası ile başvuru yapmışlarsa kazanan taraf ödediği avukatlık ücretini talep edememektedir. Ombudsman hizmetinin ücreti finansal hizmetler endüstrisi tarafından yapılan ödentiler ve uyuşmazlıklarda işletmelerden alınan tutarlardan oluşmaktadır.

İngiliz sisteminde başvuru yapılan uyuşmazlıkların büyük bir kısmı ombudsmanın yasal yetkileri kullanılmadan uzlaşma yoluyla çözümlenmektedir. Diğer durumlarda uyuşmazlığın ombudsman tarafından karara bağlanmasını takiben, kararın taraflar tarafından olumlu bulunması durumunda karar her iki taraf için de bağlayıcı nitelik kazanacaktır. Ancak verilen kararı tarafların uygun bulmadıkları durumda genel yargı yoluna gitme hakları bulunmaktadır.

Ombudsman Hizmeti herhangi bir tazminat mekanizması içermeyip yatırımcının zararı veya mağduriyeti olması durumunda ilgili işletmeye ödeme yapması konusunda veya uygulamalarını düzelterek yatırımcı mağduriyetinin giderilmesi konusunda uyarma yetkisine sahiptir. Hizmet bu yetkisini yukarıda

ifade edildiği gibi 2000 yılında çıkan Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu'ndan almaktadır.

Ombudsman Hizmeti 100.000 paunda kadar olan meblağlarda mağdur olan yatırımcılara ödeme yapılması konusunda karar vermekten, yetersiz hizmet alan yatırımcıya özür mektubu gönderilmesine karar vermeye kadar geniş bir yetkiye sahiptir.

Ombudsman hizmetinden yararlanmak için şikâyetçinin 6 ay içerisinde başvuru yapması gerekmektedir. Başvuru tarihinden itibaren ayrıntılı inceleme gerektirmeyen durumlarda genellikle uyuşmazlıklar 6 ay içerisinde çözümlenmektedir. Ombudsman tarafından verilen kararlara çok yüksek bir oranda uyulmasına rağmen bazı durumlarda uyulmaması durumları ile de karşılaşmaktadır. Bu gibi durumlar genellikle ilgili şirketin finansal durumun söz konusu ödemeyi karşılamaya yetmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda yatırımcının parası Yatırımcıları Tazmin Fonu'ndan karşılanmaktadır.

Öte yandan ilgili kuruluşun mali durumunun uygun olmasına rağmen ödeme yapmaması durumu oldukça nadir olsa da yine de ihtimal dahilinde olup, bu durumda FSA'nın ve Ticari Kartel İdaresi'nin idari yaptırım yetkileri devreye girmektedir.

Bunlara ek olarak İngiltere'de 2000 yılında yürürlüğe giren Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu tarafından verilen yetki ile ombudsman kararları mahkemeler kanalıyla zorla uygulanabilmektedir. Söz konusu ombudsman kararı için mahkeme yeniden olayın esasına girmemekte sadece kararın uygulanması yönünde karar vermektedir. Bu noktada söz konusu kararların oldukça etkin bir uygulanma mekanizmasına sahip olduğu söylenebilir.

Almanya Finansal Piyasasında Tahkim

Almanya'da birçok banka ve büyük sigorta şirketleri gönüllü bir şekilde ombudsman adı verilen kişilere uyuşmazlıklarının çözülmesi amacıyla başvurumaktadırlar. Tamamen bağımsız olan bu mekanizma sektör birlikleri bünyesinde oluşturulmuştur. Ombudsmanlar belirli bir zaman için atanırlar ve verdikleri kararlar nedeniyle görevden alınamazlar.

Almanya'da ombudsmanlar oldukça bilgili ve konusunda iyi eğitim almış kişilerden oluşmaktadır. Özellikle eski yargıçların ombudsman olarak atanması Almanya'da yaygın bir uygulamadır.

Tahkim başvurusu ücretsiz olmakla beraber posta, fotokopi, telefon gibi yan masraflara başvuruyu yapan taraf katlanmak zorundadır. Bazı

ombudsmanlar 5.000 Euro'ya kadar olan uyuşmazlıkları çözebilme yetkisini haiz olup, bu ombudsmanların kararları ilgili şirketler açısından bağlayıcı niteliktedir. Bununla birlikte bazı ombudsmanların kararları ise tavsiye niteliğinde olup, bağlayıcı nitelikte değildir. Ombudsman kararları veya tavsiyelerinin yatırımcılar tarafından olumlu karşılanmaması durumunda yargı yoluna başvurma imkanı bulunmaktadır.

Almanya'da diğer ülkelerden farklı olarak öncelikle yatırımcının ihtilafı olduğu kuruma ombudsman sistemi içerisinde olup olmadığı ve sistem içinde ise hangi ombudsmanın ihtilafları incelediğine ilişkin bilgi talep etmesi gerekmektedir. Sigortacılık ve bankacılık konusunda farklı ombudsmanlar bulunduğu gibi bankacılık içinde de birden fazla ombudsman bulunmaktadır.

1998 yılında çıkan Alman Menkul Kıymet Ticareti Kanunu'nun (Securities Trading Act) "Tahkim Anlaşmaları" başlıklı 9 uncu bölümündeki 37h maddesinde tahkim anlaşmalarının ancak her iki tarafın da Ticaret Kanunu kapsamında tacir olması durumunda bağlayıcı nitelikte olacağı ifade edilmiştir.

Hollanda Finansal Piyasasında Tahkim

2007 yılında finansal hizmetlerden kaynaklanan müşteri şikayetlerinin çözümü için Finansal Hizmetler Şikayet Enstitüsü (KiFiD – Klachteninstituut Financiële Dienstverlening) kurulmuştur. KiFid üyeleri banka temsilcileri ve tüketici birlikleri tarafından oluşan bir kurul tarafından seçilmekte olup, bu hizmetin bedeli sektör tarafından finanse edilmektedir. Arabuluculuğun ücretsiz olduğu bu sistemde tahkim için ise sembolik bir ücret olan 50 Euro alınmaktadır.

Kararlar bağlayıcı olmayıp, taraflar tarafından haksız olduğu düşünülen kararlar mahkemeye götürülebilmektedir.

Uygulamada yatırımcı KiFid'e başvurmadan önce ihtilafı olduğu finansal kuruma başvuru yapmış ve problemin çözülememiş olması gerekmektedir. Ayrıca ihtilaf herhangi bir şekilde başka bir kurum tarafından inceleme aşamasındaysa KiFid bu durumu bekletici mesele yapabilmektedir. KiFid nezdindeki uyuşmazlık komitesi özellikle finansal hizmetlerden kaynaklanan sorunların çözümü ile ilgilenmektedir.

Fransa Finansal Piyasasında Tahkim

Fransa'nın arabuluculuk konusunda ayrıntılı düzenlemeleri olmasına rağmen sermaye piyasasına özgü bir tahkim kurumu ve düzenlemesi

bulunmamaktadır. Arabuluculukta ise ombudsman adı verilen uzman kişi tarafların uzlaşarak bir karara varmasını sağlamaktadır. Bu hizmet Fransa’da ücretsiz olarak Autorité des Marchés Financiers (Fransız düzenleyici otoritesi) bütçesinden verilmektedir.

Arabuluculuk hizmetinin kapsamı incelendiğinde hem borsa içi hem de borsa dışı uyuşmazlıklar kapsam alanındadır. Son olarak arabuluculuk süreci taraflardan birisinin yargı yoluna başvurması durumunda kesilmektedir.

V. TÜRK SERMAYE PİYASASINDA TAHKİMİN İŞLERLİĞİ

Sermaye piyasasında, aracı kuruluşlar arasında ya da aracı kuruluşlar ile müşterileri arasında borsa dışı işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde TSPAKB bünyesinde oluşturulan tahkim uygulamasına ilişkin somut düzenlemenin yapılmasının üzerinden uzun bir süre geçmiş olmasına rağmen, sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim, halen piyasa aktörleri tarafından tercih edilen etkin bir uygulama olarak benimsenmemiştir.

Diğer taraftan, Birlik Statüsü’nün 6 ncı maddesinin (g) bendinde “Üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak” da Birlik’in görevleri arasında sayılmıştır. Birlik bu görevini arabuluculuk hizmeti kapsamında yerine getirmektedir. Arabuluculuk hizmetinde, üye ya da yatırımcı arabuluculuk kapsamında çözümüne yardımcı olunmasını istediği uyuşmazlığı bir dilekçe ile TSPAKB’ye bildirmekte, Birlik uyuşmazlığın karşı tarafından konu ile ilgili tüm bilgi ve belgeleri istemekte, söz konusu bilgi ve belgeleri incelemek suretiyle oluşturduğu görüşünü taraflara bildirmektedir. Arabuluculuk faaliyetinde Birlik tarafından talep edilen herhangi bir ücret bulunmamaktadır.

Birlik bünyesindeki tahkim müessesesine henüz herhangi bir başvuru olmamasına karşılık, 2002 yılından bu yana arabuluculuk hizmeti kapsamında uyuşmazlığının çözümüne Birlik tarafından yardımcı olunması talebiyle genel olarak hesap işletim ve eft ücretleri, virman taleplerinin yerine getirilmemesi, saklama komisyonları, bedelli rüçhan hakkı kullanımı ve komisyon iadesine ilişkin olarak yapılmış 69 başvuru bulunmaktadır. Bu durumun, sermaye piyasasında yatırımcıların ve aracı kuruluşların sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde maliyet unsurunu da göz önünde bulundurarak alternatif çözüm yöntemlerine başvurma hususuna yatkın olduklarına emare teşkil ettiği düşünülmektedir.

Anılan hususlar göz önünde bulundurularak, sermaye piyasasında kurumsal tahkim müessesesine işlerlik kazandırılmasına ilişkin tespit ve önerilere aşağıda yer verilmektedir.

Borsa İçi Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Çözümlemesine İmkan Verilmesi

TSPAKB Tahkim Kuralları çerçevesinde, üyeler arasında ya da üyeler ile müşterileri arasında sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan ve tahkim yolu ile çözülebileceğine hükmedilen uyuşmazlıkların borsa dışı işlemlerden kaynaklanması gerekmektedir. Genel olarak borsa dışı uyuşmazlıklar, komisyon ücretleri, EFT ve hesap ekstresi ücreti, komisyon iadesi, portföy yönetimi, hisse senedine ilişkin rüçhan haklarının kullanılmaması, temettü bedelinin tahsil edilmemesi, hisse senedi saklama komisyonu vb. konulara ilişkin olmaktadır. Söz konusu uyuşmazlıklarda, genellikle uyuşmazlık konusu meblağın büyük olmaması ve uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi durumunda tahkim masraflarının uyuşmazlık konusu tutara yakın olması başvuru yapılan uyuşmazlık sayısını azaltmaktadır.

Mevcut durum itibariyle İMKB ve VOB bünyesindeki işlemlere ilişkin üyeler arası borsa içi uyuşmazlıklar zorunlu olarak, borsa üyeleri ile yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıklar ise ihtiyari olarak ilgili Borsaların Yönetim Kurulları tarafından çözümlenmektedir. Müşteriler ile borsa üyeleri arasındaki ihtilafların çözümünde tarafların aynı zamanda adli yargıya başvurma hakkı da bulunmakta olup, uyuşmazlığın adli yargılama konusu edilmesi durumunda dava sonuçlanıncaya kadar İMKB’de uyuşmazlık dosyası işleminden kaldırılmaktadır.

Söz konusu hükümler çerçevesinde Borsa uyuşmazlıklarının özel bir yöntemle İMKB ve VOB nezdinde çözümlenmesinin hukuki niteliği irdelendiğinde, anılan yöntemin tahkim benzeri bir usul olarak yorumlanabilecek olmasına karşın, tahkim usulünün geçerli olabilmesi için gereken şartları içermediği ve tahkim yargılamasından farklı olarak tarafların tahkimden vazgeçerek adli yargıya başvurma hakkının bulunması ve uyuşmazlık sonrasında varılan karardan sonra da adli yargıya başvurma hakkı göz önünde bulundurulularak tahkimden farklı bir alternatif çözüm yöntemi olduğu görülmektedir.

Nitekim Borsa uyuşmazlıklarının İMKB Yönetim Kurulu tarafından 91 sayılı KHK ve İMKB Yönetmeliği çerçevesinde çözümü için öngörülen usulü tahkim şeklinde yorumlayan Yargıtay görüşlerinin varlığına karşılık, söz konusu görüşler literatürde hukuki dayanaktan yoksun görülmüş; ayrıca

Danıştay 10. Dairesi'nin 25.11.1996 tarih ve E. 1995/6027, K. 1996/7741 sayılı Kararında, 91 sayılı KHK'nın 13 üncü maddesi ile getirilen uyuşmazlık çözüm yönteminin tahkim olmadığı sonucuna varılmıştır. Danıştay 10. Dairesi'nin anılan Kararı'nda, tahkim usulünün olabilmemesinin yasal düzenlemede bu usulün açıkça yer almasına ve ayrıntılı biçimde düzenlenmesine bağlı olduğu, adli yargının yetkisini de sınırlar nitelikte olan bu usulün 91 sayılı KHK'nın 13 üncü maddesi ile yapılan düzenlemede yer almadığı hükmüne varılmıştır (Konuralp, 1998:606).

Bu çerçevede, İMKB ve VOB bünyesindeki borsa işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ilgili Borsaların Yönetim Kurulları tarafından çözümünün, anılan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim usulüne başvurulmasını ikame edici bir uygulama olmadığı, borsa dışı işlemlerin yanı sıra, yatırımcılar ile borsa üyeleri arasında borsa içi işlemlerden kaynaklanan ihtilafların çözümünde de tahkim usulüne başvurulabilmesine imkân tanınmasının sermaye piyasasında tahkim yoluna başvuruları artıracakı düşünülmektedir.

Tahkim Masraflarının Öngörülebilirliği

Mevcut durum itibariyle, TSPAKB bünyesindeki tahkim uygulamasında hakem ücretleri ile tahkim masraflarına ilişkin olarak ilgili taraflara duyurulmuş bir tarife bulunmaması, aracı kuruluşların ya da yatırımcıların tahkime başvurmaları durumunda ödemeleri gerekecek masraf konusunda bir öngörüye sahip olmamalarına, dolayısı ile de uyuşmazlığın tahkim ile çözümlenmesi durumunda elde edecekleri fayda ve katlanacakları maliyet konusunda bir belirsizlik olmasına ve tarafların tahkime başvurma hususunda çekingen davranmalarına neden olabilmektedir. Bu hususa ilişkin olarak, tahkim masraflarına ve hakem ücretlerine ilişkin tarifelerin, uyuşmazlıkların değerini de dikkate alacak şekilde belirlenerek kamuya duyurulması faydalı olacaktır.

Ayrıca, yukarıda ayrıntılı olarak yer verildiği üzere, FINRA bünyesindeki tahkimde; taraflar, FINRA'nın internet sitesinde yer alan özel bir hesaplayıcı aracılığıyla tahkime konu uyuşmazlığın değeri, talep edilen maddi ve manevi tazminat tutarı, duruşma yapılma talebi gibi hususları dikkate alınarak tahkim yargılamasında ödeyecekleri ortalama masrafi öğrenebilmektedir.

Benzer şekilde, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın tahkim usulü ile çözümlenmesinde ödeyecekleri masrafi ortalama olarak hesaplayabilecekleri bir hizmetin sermaye piyasasında kurumsal tahkim hizmeti verecek kuruluş

tarafından da internet aracılığıyla sağlanması, tarafların tahkim usulüne başvurma hususunda maliyetin belirli olmamasından kaynaklanan tereddütlerin giderilmesinde etkin olacaktır.

Öte yandan özellikle tahkim konusunda İngiltere, Hollanda ve Almanya gibi ülkelerde sektör katılımcıları tarafından yatırılan ödentiler veya sektör tarafından kurulan bir takım organizasyonlar kanalı ile tahkim ve arabuluculuk hizmetleri finanse edilmektedir. Ülkemizde de yatırımcıların alternatif çözüm yollarına ücretsiz olarak başvurabilmesinin sağlanmasının yatırımcıların kısa sürede masrafsız şekilde haklarına kavuşmasını sağlayacağından sermaye piyasasına olan güveni artıracığı düşünülmektedir.

Bu kapsamda Ülkemizde de tahkim yolunun ücretsiz hale getirilmesi ciddi bir seçenek olarak değerlendirilmeye alınmalıdır.

Aracı Kuruluşların ve Yatırımcıların Tahkim Konusunda Bilgilendirilmesi

Sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin işlerlik kazanmasına yönelik olarak atılması gereken en önemli adımlardan biri de tarafların tahkim uygulaması ve faydaları konusunda yeterli ölçüde bilgilendirilmesidir.

Bu kapsamda, sermaye piyasası katılımcılarına tahkimin tanıtılması, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesinin teşvik edilmesine yönelik olarak çeşitli toplantılar düzenlenmesi ve dokümanlar hazırlanması sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesine ilişkin uygulamanın benimsenmesi açısından önem taşımaktadır.

Hakem Listesinin Yeterli Bilgi İçermesi

Sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların %80'inin tahkim ve arabuluculuk yöntemi ile çözümlendiği Amerika Birleşik Devletleri'nde FINRA bünyesinde yürütülen tahkim müessesesinde, 7500'den fazla hakem içeren bir hakem listesi bulunmakta, tarafların tahkim talebinde bulunmalarını müteakip tarafsızlık ve coğrafi yakınlık esaslarına göre sistem tarafından otomatik olarak üretilen bir hakem listesi, hakem olarak atanabilecek kişilerin son 10 yıllık iş tecrübelerini ve diğer ilgili bilgilerini içeren geniş bir özgeçmiş ile birlikte taraflara gönderilmekte, taraflar bu listede yer alan hakemler arasından hakemlerini serbestçe tayin etmektedirler.

Zira sonuçları itibariyle bağlayıcı olan ve oldukça sınırlı durumlarda temyiz talebinde bulunulabilen tahkim usulünün en temel unsuru olan hakemlerin yetkinliği, güvenilirliği ve tarafsızlığı konusunda yatırımcıların ve aracı kuruluşların mütereddit olmasına sebebiyet vermeyecek şekilde, gerekli bilgileri içeren hakem listelerinin hazırlanması önem taşımaktadır.

Bu bağlamda, FINRA uygulamasında olduğu üzere, ülkemizde sermaye piyasasında tahkim hizmeti verecek kuruluş tarafından ilan edilen hakem listesinin taraflarca tahkim talebinde bulunulması sonrasında, tarafsızlık ilkesi esas alınarak somut olayda hakemlik yapabilecek kişileri içerecek şekilde daraltılması ve hakemlik yapabilecek kişileri içeren listenin, listede yer alan kişilerin mesleki tecrübelerine ve özgeçmişlerine ilişkin yeterli bilgiye yer verilmek suretiyle hazırlanarak taraflara tebliğ edilmesi önem taşımaktadır.

VI. SONUÇ

Son yıllarda ülkemiz sermaye piyasalarında gerek yatırımcı gerek aracı kuruluş olarak yabancı katılımcı sayısının artması ve İstanbul'un küresel bir finans merkezi haline getirilmesine yönelik çalışmaların hız kazanması ile birlikte, özel bir uzmanlık gerektiren sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü hususunda tahkim müessesesinin önemi bir kez daha gündeme gelmiştir. Mevcut durum itibariyle, sermaye piyasasında tahkime ilişkin olarak yasal altyapı bulunmakla birlikte, tahkimin piyasa katılımcıları arasında maliyet avantajı, hızlı sonuçlandırılma, gizlilik gibi olumlu yönlerinin bilinirliğinin yetersiz olması, tahkim yolu ile çözümlenebilecek uyuşmazlıkların nispeten düşük tutarlı olan borsa dışı işlemler ile sınırlı olması gibi sebeplerle, sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim, piyasa katılımcıları tarafından benimsenen bir usul olamamıştır.

Mevcut konjonktürde tahkimin kazandığı önem de göz önünde bulundurularak, sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim müessesesine işlerlik kazandırılması amacına yönelik olarak;

- Borsa içi uyuşmazlıkların çözümünde de tahkim usulüne başvurulmasına imkân tanınmasının,

- Piyasa katılımcılarının uyuşmazlıkların çözümünde tahkime başvurmaları durumunda ödemeleri gerekecek masraf konusunda bir öngörüye

sahip olmamalarının, dolayısı ile de uyuşmazlığın tahkim ile çözümlenmesi durumunda elde edebilecekleri fayda ve katlanacakları maliyet konusunda bir belirsizlik olmasına ve tarafların tahkime başvurma hususunda çekingen davranmalarına neden olabileceği hususunun göz ardı edilmemesinin; bu sakıncaların ortadan kaldırılmasına yönelik olarak, sermaye piyasasında kurumsal tahkim hizmeti verecek kuruluşun tahkim masraflarına ve hakem ücretlerine ilişkin tarifeleri, uyuşmazlıkların değerini de dikkate alacak şekilde belirleyerek ilgili taraflara duyurmasının; ayrıca FINRA uygulamasında olduğu üzere, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın tahkim usulü ile çözümlenmesinde ödeyecekleri masrafı ortalama olarak hesaplayabilecekleri bir sanal hesaplayıcının internet aracılığı ile kullanıma sunulmasının,

- Yatırımcıların uyuşmazlıklarının tahkim yöntemi sayesinde kısa sürede uzman kişilerce çözümlenmesinin yatırımcıların sermaye piyasalarına olan güveni artıracığı, aynı zamanda adli yargıya ve İMKB ile VOB'a intikal eden sermaye piyasası ihtilaflarını azaltacağı düşünüldüğünden, İngiltere, Almanya ve Hollanda uygulamalarında olduğu gibi tahkim yönteminin yatırımcılar açısından ücretsiz veya çok cüzi bir sabit ücret olarak belirlenmesinin, ana katkının aracı kuruluşların katılımı ile oluşturulacak bir fondan sağlanmasının,

- Piyasa katılımcılarına tahkimin tanıtılmasına ve uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesinin teşvik edilmesine yönelik olarak bilgilendirme amaçlı çeşitli toplantılar düzenlenmesinin ve tanıtıcı dokümanlar hazırlanmasının,

- Hakem listelerinde yer alan kişilerin mesleki tecrübeleri ile özgeçmişlerine yer verilmesinin, sonuçları itibarıyla bağlayıcı olan ve oldukça sınırlı durumlarda temyiz talebinde bulunulabilen tahkim usulünün en temel unsuru olan hakemlerin yetkinliği, güvenilirliği ve tarafsızlığı konusunda yatırımcıların ve aracı kuruluşların tereddüde düşmemeleri açısından büyük önem taşıdığı göz önünde bulundurularak; ilan edilecek hakem listesinin taraflarca tahkim talebinde bulunulması sonrasında, tarafsızlık ilkesi esas alınarak somut olayda hakemlik yapabilecek kişileri içerecek şekilde daraltılmasının ve hakemlik yapabilecek kişileri içeren listenin, listede yer alan kişilerin mesleki tecrübelerine ve özgeçmişlerine ilişkin yeterli bilgiye yer verilmek suretiyle hazırlanarak taraflara bildirilmesinin sermaye piyasasındaki işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim uygulamasının işlerlik kazanmasında etkin olacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- CANTOR, Mark (2006), *Comparing Expedited Emergency Relief Under the AAA/ICDR, ICC and LCLA Arbitration Rules*, Alternatives to the High Cost of Litigation Journal, International Institute for Conflict Prevention&Resolution, Vol.24, No.8, New York
- COX, HILLMANN, LANGEVOORT (2006), *Securities Regulation*, Aspen Publishers, New York
- KONURALP, Aynur ve Haluk KONURALP (1998), *Borsa Uyuşmazlıkları*, Ali BOZER'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- KURU, Baki, Ramazan ARSLAN ve Ejder YILMAZ (2002), *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- NORTON ROSE (2006), *“Arbitration in Europe”*, A Norton Rose Manual, Second Edition No: NR2403 06/06, Hong Kong
- ÖZER, Ayça (2002), *Aracı Kuruluşlar ile Yatırımcılar Arasında Sermaye Piyasası Faaliyetlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi*, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara
- PEKCANITEZ, Hakan, Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES (2006), *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara
- RISSE, Jörg (2003), *Arbitration in Germany: SchiedsVZ Journal*, German Law Journal, Vol.4, No.2, Frankfurt
- ŞANLI, Cemal (1996), *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul
- TURAN, Gökçen (2002), *Sermaye Piyasasında Bir Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Tahkimin Uygulanabilirliği ve ABD Sermaye Piyasasında Tahkimin Uygulanış Şekline Örnek Olarak NYSE ve NASD Düzenlemeleri*, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara
- YEĞENGİL, Rasih (1974), *Tahkim*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.