

İSVİÇRE DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU FEDERAL YASA TASARISI ve MİLLETLERARASI TAHKİM

M. Turgut TURHAN*

I. GİRİŞ

Hazırlık çalışmaları 70'li yılların başına kadar giden İsviçre Devletler Hususi Hukuku Federal Yasa Tasarısı, 8 yıla varan uzun bir çalışma döneminin sonunda dünya kamuoyuna açıklanmış bulunmaktadır¹. 196 maddelik ayrıntılı düzenlemesiyle mevcut yasa ve yasa tasarılarından hemen ayrılan Tasarının diğer önemli bir özelliği de, alışıla gelmiş aksine, milletlerarası tahkimi düzenlemiş bulunmasıdır. Bu çalışmamızda, henüz yasalaşmamış olan ve komisyon üyelerinin deyişiy-le bir "konsültasyon" dönemi içinde bulunan² Tasarının milletlerarası tahkime ilişkin hükümleri incelenerek tanıtılmaya çalışılacaktır³.

II. TASARININ MİLLETLERARASI TAHKİMİ DÜZENLEMESİNE YOL AÇAN NEDENLER

Tasarının hazırlık çalışmaları sırasında oldukça önemli bir soru Tasarıyı hazırlayan komisyon üyelerini meşgul etmiştir: Acaba milletlerarası özel hukuk ilişkilerinin düzenlenmesini hedef alan bir yasa tasarısı içinde milletlerarası tahkime yer vermek doğru mudur⁴? Bu sorunun yanıtlanması Tasarının hazırlık çalışmaları sırasında iki farklı görüşün karşı karşıya gelmesine yol açmıştır.

Bir görüşe göre, emredici hükümler ayrık kalmak koşuluyla taraf iradelerine mümkün olduğu ölçüde yer veren tahkim kurumu, kaynağını milletlerarası ticaret hayatının gerçeklerinden almaktadır. Bu nedenle, tahkim ilişkisi içinde ortaya çıkan sorunlara uygulanan hukuk kuralları da milletlerarası ticaret hayatının yüzyıllardır süre gelen deneyimlerinden hareketle elde edilen ve bu hayatın içinden kaynaklanan kurallardır. Milletlerarası ticaret hayatının gerek ve gerçekleri-

nin bu derece önemli rol oynadığı bir kurumun DHH. na ilişkin bir yasada yer alması ise milletlerarası ticaret hayatının gerçeklerine aykırıdır. Nitekim, DHH. nun milli plâtfomda kalan kaynaklarına bakıldığında, milletlerarası tahkim kurumuna yer veren yasa ve yasa tasarılarının oldukça az sayıda olduğu görülmektedir. Yasakoyucular milletlerarası tahkim kurumunu düzenleyerek statik kurallarla dondurmak yerine, bu ilişki içinde ortaya çıkabilecek olan hukukî sorunların çözümünü milletlerarası ticaret hukukundan kaynaklanan özgün kurallara bırakmayı tercih etmektedirler⁵.

* A. Ü. Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

1) *Tasarının hazırlık çalışmaları ve Tasarının Almanca ve Fransızca metinleri için bkz. Loi fédérale sur le droit international privé (Loi de d.i.p.) Projet de loi de la commission d'experts et Rapport explicatif de VISCHER, F. et VOLKEN, P. Zürich 1978, sh. 241, sh. 2 ve sh. 188.*

2) *KNOEPFLER, F.: Le projet de loi fédérale sur le droit international privé helvétique, 68, RCDIP. (199), sh. 32; VON OVERBECK, A. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets 7 récents, 176, Rec. Cours. (1982/III), sh. 37.*

3) *Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, Tasarı içinde bulunduğu bu konsültasyon dönemi içinde çok sayıda çalışmaya konu olmuştur. İsviçre DHH. Federal Yasa Tasarısını konu alan bu çalışmaların geniş bir listesi için bkz. Mc CAFFERY, S.: The Swiss Draft Conflicts Law, 28, AJCL. (1980), sh. 253, dn. 9.*

4) *KNOPFLER, sh. 75; VISCHER-VOLKEN, sh. 359.*

5) *VISCHER-VOLKEN, sh. 359.*

Hukukî güvenlik ve kesinlikten yola çıkan ikinci görüşe göreyse, yasakoyucunun amacı, belli bir uyuşmazlık alanı ile ilgili olan kişilerin genel çıkarlarını korumaktır. Bu nedenle, tahkim kurumu her ne kadar milletlerarası ticaret hayatıyla ilgiliyse de, yasakoyucu söz konusu kurumun getireceği hukukî sorunların çözümünü milletlerarası ticaret hayatına bırakamaz. Aksi halde, yasakoyucunun hukuki kesinlik ve güvenliği sağlama ve dolayısıyla tahkim ilişkisi içinde bulunan kişilerin genel çıkarlarını koruma görevini yerine getirememiş olacağı açıktır⁶. Öte yandan, unutmamak gerekir ki milletlerarası ticaret ve iş hayatı da hukukî kesinlik ve güvenliğe ihtiyaç duymaktadır. Tüm insanlar gibi, milletlerarası ticaret hayatının içinde bulunan kişiler de girişecekleri ticari işlemleri çevreleyen hukukî koşulları önceden bilmek ve davranışlarının sınırlarını ona göre tayin etmek istemektedirler⁷. Oysa ki, milletlerarası ticaret hayatının yüzyıllardır süregelen uygulaması dahi, tahkim ilişkisi içinde ortaya çıkabilecek her türlü hukukî sorununun çözümlenmesinde uygulanabilecek kuralların oluşmasını sağlayamamıştır. Yabancı unsur içeren tahkim ilişkileri içinde karşımıza çıkabilecek olan öyle sorunlar vardır ki, bu sorunların çözümünü ne yargı kararlarında, ne de "Lex Mercatoria" da bulmak mümkün değildir. Durum böyle olduğunda, en azından tahkim kurumuna ilişkin bazı temel kuralların yasada yer alması hukukî kesinlik ve güvenliğin sağlanması açısından kaçınılmazdır⁸.

Anılan bu son görüş yanında, Tasarının milletlerarası tahkimi düzenlenmesinde İsviçre'nin bu alanda sahip olduğu özel yerin de önemli bir rol oynadığını belirtmek gerekir. Milletlerarası ticaret hayatına bakıldığında, bu alanda akdedilen ve tahkim şartı içeren sözleşmelerin büyük bir çoğunluğunun hakem mahkemesinin merkezini bulacağı yerin İsviçre olmasını şart kıldıkları görülmektedir. İsviçre'nin milletlerarası ticaret hayatıyla iç içe geçmiş durumda olan ekonomik yapısı, ülkede geçerli olan gelişmiş bankacılık sistemi ve hatta ülkenin hakemlere sağladığı rahat çalışma ortamı, İsviçre lehine

yapılan bu seçimleri yönlendiren temel nedenler arasında sayılmaktadır⁹. Ülkenin milletlerarası tahkim alanında sahip olduğu bu önemli yere rağmen, tahkim kurumu İsviçre'de yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuş değildir. Bunun yanında, tahkim kurumunun usul hukuku ile olan yakın ilişkisi usule ilişkin konuları federal bir yasa ile çözümlenmeyen İsviçre Hukuku içinde sorunun giderek daha da karmaşık bir hal almasına yol açmıştır. Çünkü Helvetia Konfederasyonunu oluşturan 25 kanton, kendilerine tanınan bu serbesti içinde tahkim kurumunu bazen Alman bazen Fransız ve bazen de Avusturya modellerini örnek alarak kantonal usul hukukları içinde çözümlene yoluna gitmişlerdir¹⁰. Tahmin edilebileceği gibi kantonların kendi usul hukukları çerçevesinde getirmiş oldukları farklı çözüm şekilleri ise çok geçmeden karışıklıklara ve yakınmalara yol açmıştır. Ancak tüm yakınmalara rağmen, İsviçre yasakoyucusu konuyu federal bir yasa çerçevesinde düzenlemekten yine kaçınmış ve bunun yerine 29 Mart 1969 tarihli kantonlararası "concordat"ı yayınlamayı tercih etmiştir. Yayımlanan bu concordat ise, sık sık yapılan değişikliklere rağmen geçen zaman içinde eskimiştir. Kantonlararası concordat'ının günümüzde bir yandan tahkimle ilgilenen devletlerüstü kuruluşların getirdiği düzenlemelerin gerisinde kaldığı, diğer yandan da taraflara tanıdığı itiraz yolları ile tahkim kurumunun gereği gibi işlemlerini engellediği tasarımı hazırlayanlarca ifade edilmiştir¹¹. Anılan bu nedenlerle tasarının hazırlanması sırasında ikinci görüş benimsenmiş ve milletlerarası tahkim konusu Tasarının kapsamına alınarak 11 başlık altında düzenlenmiştir.

6) VISCHER-VOLKEN, sh. 359.

7) VISCHER-VOLKEN, sh. 359.

8) VISCHER-VOLKEN, sh. 359.

9) DAVID, R.: *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris 1982, pr. 113, sh. 141; VISCHER-VOLKEN, sh. 358.

10) DAVID, pr. 113, sh. 141-142.

11) VISCHER-VOLKEN, sh. 359.

III. TASARININ MİLLETLERARASI TAHKİME İLİŞKİN OLAN HÜKÜMLERİNİN AÇIKLANMASI

1. Milletlerarası tahkime ilişkin hükümlerin uygulanma alanı (md. 171):

Tasarının "Milletlerarası Tahkim" adını taşıyan 11. Başlığının ilk maddesi olan 171. madde, herşeyden önce Tasarının milletlerarası tahkime ilişkin olarak getirdiği hükümlerin hangi hallerde uygulanacağını belirtmekle işe başlamaktadır. Tasarının, tahkime ilişkin hükümlerin uygulanma alanını belirlemek için getirdiği ölçüt ise gayet açıktır: Buna göre, "hakem mahkemesinin merkezinin İsviçre'de bulunduğu ve tahkim sözleşmesinin yapıldığı anda taraflardan en azından birinin ikametgâhının, mutad meskeninin veya işletmesinin İsviçre dışında bulunduğu her türlü tahkim" milletlerarası tahkim sayılacak ve Tasarının getirdiği hükümlerin uygulanma alanına dahil olacaktır.

Getirilen bu düzenlemeden de anlaşıldığı gibi, tahkimin milletlerarası bir tahkim sayılabilmesi için biri olumlu, diğeri olumsuz iki koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlardan olumlu koşul hakem mahkemesinin merkezinin İsviçre'de bulunması, olumsuz koşul ise, tahkim sözleşmesinin yapıldığı anda, taraflardan birinin ikametgâhının, mutad meskeninin veya işletmesinin İsviçre dışında bulunmasıdır. Aranılan bu iki koşulun da birlikte bulunması halinde tahkim milletlerarası bir tahkim sayılmakta ve Tasarının 171-182. maddelerinde getirilen hükümlerin uygulanma alanına girmektedir. 171. md. tarafından İsviçre'de bulunması şart koşulan hakem mahkemesinin merkezinin neresi olacağı ise aynı maddenin 2. f. sinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, hakem mahkemesinin merkezinin bulunacağı yer öncelikle taraflar veya taraflarca belirlenmiş olan tahkim statüsünce, böyle bir statünün bulunmaması halinde hakemlerce tayin edilir.

Nihayet Tasarının 171. md. si ile ilgili olarak söylenmesi gereken son bir nokta da, getirilen düzenlemede hiç bir şekilde "milletlerarası hakem kararı" veya "milletlerarası hakem mahkemesi" kavramlarının geçme-

mekte oluşudur. Getirilen düzenleme ile sap-tanacak olan nokta, hakem mahkemesinin kendisinin veya kararının "milletlerarası" olması değil, fakat tahkim ilişkisinin kendisinin milletlerarası olması diğer bir deyişle "yabancı unsur" içermesidir. Bu nedenle Tasarının 11. Başlığının adından hareketle, Tasarı ile öğretide son zamanlarda üzerinde durulmaya başlanan "milletlerarası" hakem kararı kavramı arasında bir ilişki kurmak olanaksızdır. Tasarının "milletlerarası tahkim" başlığı ile ifade etmek istediği şey, tahkimin yabancı unsur içeren bir tahkim ilişkisi olmasından başka bir şey değildir.

2. Tahkim edilebilirlik (md. 172).

Hakem veya hakemlere sunulacak bir uyuşmazlığın tahkim edilebilir nitelikte olması, hem hakem mahkemesinin konu itibarıyla yetkisi, hem de hakem mahkemesi tarafından verilen kararın tanınması ve tenfiz açısından önemli bir konudur. Tasarının 172. maddesi, getirdiği düzenleme ile bu önemli konuyu hakem mahkemesinin konu itibarıyla yetkisi açısından düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre, "taraflar mamelekî bir nitelik taşıyan her türlü uyuşmazlığı" tahkim konusu yapabileceklerdir.

Getirilen düzenlemeden de anlaşılacağı gibi, Tasarının 172. maddesi DHH. na ilişkin bir maddi hukuk kuralıdır¹². Getirdikleri bu maddi hukuk kuralı ile, Tasarıyı hazırlayanlar hakem mahkemesinin konu itibarıyla yetkisi sorununu bir bağlama kuralı ile çözümlenmekten kaçınmışlardır. Tasarıyı hazırlayanların maddi hukuk kuralı lehine yaptıkları bu tercihin nedeni ise, tarafların, uyuşmazlık konusunun tahkime elverişliliğinden hareketle hakem mahkemesinin konu itibarıyla yetkisine karşı ileri sürebilecekleri itirazları en az düzeye indirmektir¹³.

Öte yandan, Tasarının 172. maddesinin 1. f. sı ile getirilen bu düzenlemenin, yine Tasarının yetki sözleşmesini düzenleyen 5. md. sinde getirilen düzenlemeyle de uyum halinde olduğunu belirtmek gerekir. Tasarı-

12) VISCHER-VOLKEN, sh. 361; KNOEPFLER, sh. 78.

13) VISCHER-VOLKEN, sh. 361.

nın 5. md. sinde getirilen düzenlemeye göre, "taraf lar mameleki bir konuya ait olmak koşuluyla, belli bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek olan uyuşmazlıklar hakkında yetkili mahkemeyi önceden belirleyebilirler". Görüldüğü gibi, Tasarı genel olarak yetki sözleşmesini düzenleyen bu hükümünde de hakkında yetki sözleşmesi yapılabilecek olan uyuşmazlıkları "malvarlığına ilişkin bir uyuşmazlık" olmakla sınırlamıştır. Aynı ölçütü tahkim edilebilirlik sorunu na da yansıtan Tasarı, böylelikle hakem mahkemesinin konu itibarıyla yetkisine karşı ileri sürülebilecek itirazları en alt düzeye indirmeyi amaçlamış ve tahkim edilebilirlik hakkında da oldukça "liberal" bir ölçüt getirmiştir¹⁴.

3. Devletin tahkime taraf olması (md. 172, f. 2)

Milletlerarası ticaret hayatına yakından bakıldığında, özel hukuk kişisi olan gerçek kişilerle bir kamu hukuku tüzel kişisi olan devlet arasında yapılan tahkim sözleşmelerinin giderek arttığı görülmektedir. Özellikle, devletlerle özel kişiler arasında yapılan sözleşmelerde yer alan tahkim şartları dikkate alındığında, günümüzde özel kişilerle devletlerin karşı karşıya gelebilecekleri tahkimlerin sayılarının hiç de az olmadığı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Tasarıyı hazırlayanlar, anılan bu düşüncelerden hareketle, devletin taraf olduğu tahkim sözleşmeleri hakkında bir düzenleme getirmeyi de ihmal etmemişlerdir. Getirilen bu düzenlemeye göre, "herhangi bir tahkim sözleşmesine taraf olan devlet, tahkim sözleşmesinde öngörülen uyuşmazlığın tahkim edilebilir olmadığını kendi yasalarına göre ileri süremez". Görüldüğü gibi, getirilen bu düzenleme ile tahkim sözleşmesine taraf olan devletlerin kendi yasalarını ileri sürmek suretiyle tahkim konusu yapılan bir uyuşmazlığın tahkime elverişliliği konusunda yapabilecekleri itirazlar önlenmiş olmaktadır.

4. Tahkim şartı (md. 173).

Tasarı 173. maddesinde ise diğer önemli bir konuyu, tahkim şartının geçerliliği konusunu düzenlemektedir. Getirilen düzenleme

içinde Tasarı tahkim şartının şekli bakımından geçerliliği ile, maddi bakımdan geçerliliğini birbirinden ayırmaktadır.

Tahkim, niteliği itibarıyla bilinen diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklıdır. Tahkim sözleşmesiyle, taraf lar, belli bir hukuk düzeni içinde karar verme yetkisini özel irade beyanlarıyla resmi mahkemeler yerine resmi olmayan üçüncü kişilere vermekte ve bu kişileri önceden belirlemektedirler. Bu nedenle, taraf ların uyuşmazlıklarının çözümünü normal devlet yargıcı yerine üçüncü kişilere bıraktıkları tahkim sözleşmesinde, taraf ların bu yöndeki iradelerinin açık ve hiç bir şüpheye yer vermeyecek bir şekilde ortaya çıkmış olması gerekir. Tahkim sözleşmelerinin bu önemli özelliğinin bilincinde olan taraf lar, tahkim şartının şekli bakımından geçerliliğini yazılı şekil şartına bağlamışlardır. Getirilen düzenlemeye göre, "yazılı şekilde yapılmış olan ve taraf larca imzalanmış bulunan tahkim şartı şekli bakımından geçerlidir." Tasarı bunun yanında, günümüz milletlerarası ticaret hayatında oldukça sık rastlanan telex, telgraf ve mektup yoluyla yapılan tahkim şartlarının da şekli bakımından geçerli olduğunu hükme bağlamış bulunmaktadır.

Tahkim şartının maddi bakımdan geçerliliği konusuna gelince, Tasarıyı hazırlayanlar bu konuda tahkime ilişkin milletlerarası düzenlemelerden esinlendiklerini söylemektedirler¹⁵. 1958 tarihli New York Konvansiyonunun V. md. sinin 1. f. sı ve 1961 tarihli Avrupa Konvansiyonunun VI. md. sinin 2. f. sında yer alan hükümler Tasarıyı hazırlayanların çıkış noktasını oluşturmuştur. Anılan bu konvansiyonlardan hareketle Tasarıyı hazırlayanlar tahkim şartının maddi bakımdan geçerliliği konusunda seçime bağlı değişken bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır. Getirilen bu düzenlemeye göre, eğer tahkim şartı a) taraf larca seçilen hukuk, b) tahkim konusu uyuşmazlığı düzenleyen hukuk ve c) İsviçre hukukunda yer alan şartlara uygun ise maddi bakımdan da geçerli olacaktır.

Getirilen bu düzenlemeden de anlaşıldığı gibi, Tasarı şirket ve diğer tüzel kişi-

14) VISCHER-VOLKEN, sh. 361.

15) VISCHER-VOLKEN, sh. 362.

lerin statülerinde yer alan tahkim şartları hakkında bir hüküm içermemektedir. Ancak Tasarının içinde bulunduğu bu suskunluğa rağmen, getirilen düzenlemelerin kıyas yoluyla şirketler ve diğer tüzel kişilerin statülerinde bulunan tahkim şartları için de geçerli olabileceği Tasarıyı hazırlayanlarca ifade edilmiştir¹⁶.

5. Derdestlik (md. 174).

Tasarının 174. maddesi tahkim sırasında karşımıza çıkabilecek olan ilk sorun olan derdestlik konusunu düzenlemektedir. Getirilen düzenlemeye göre, tahkim davası "ta-raflardan birinin tahkim sözleşmesinde belirlenen hakem veya hakemlere başvurduğu, eğer tahkim sözleşmesinde böyle bir belirleme yapılmamışsa hakemlerin tayini için usulî işlemlere başladığı andan itibaren derdesttir". Görüldüğü gibi, Tasarı derdestliği yine seçimlik iki koşula bağlamıştır. Bunlardan il-kine göre, eğer taraflardan birisi hakem sözleşmesine konu olan uyuşmazlığın çözümü için tahkim sözleşmesinde belirlenen hakem veya hakemlere başvurmuşsa hakem davası derdesttir. Yok eğer hakemlerin tayini konusunda tahkim sözleşmesinde bir belirleme yapılmamışsa, hakem davasının derdest olması için taraflardan birinin hakem veya hakemlerin tayini için usulî işlemlere başvurmuş olması yeterlidir.

6. Takip edilecek usul (md. 175)

Tasarının 175. maddesi tahkim ilişkisi açısından oldukça önemli bir konuyu, tahkim sırasında takip edilecek olan usulün belirlenmesi konusunu düzenlemiştir. Tasarı bu konuda güncel gelişmelere uygun hareket etmiş ve tahkim sırasında takip edilecek usulün belirlenmesi konusunda taraflara geniş bir irade muhtariyeti tanımıştır. Getirilen düzenlemeye göre, "taraflar tahkim sırasında takip edilecek usulü ya doğrudan doğruya, ya da belli bir tahkim statüsü veya belli bir usul hukukuna yollamada bulunmak suretiyle kendileri belirleyeceklerdir". Ancak getirilen bu düzenlemeye rağmen, Tasarının takip edilecek usulün belirlenmesi konusunda taraflara tanıdığı irade muhtariyetinin mutlak olmadığını belirtmek gerekir. Çünkü tasarı

aynı maddenin son cümlesinde getirdiği kayıtla, 178-180. md. ler arasında yer alan düzenlemelerin saklı olduğunu belirtmiştir. Getirilen bu kayıt karşısında tarafların yetki (md. 178) ve hükümsüzlük (md. 179-180) itirazları konusunda takip edilecek usulü kendi iradeleriyle belirleyemeyecekleri açıktır.

Tasarının 175. maddesinin 2. f. sında getirilen düzenleme ise tahkim sırasında takip edilecek usulün taraflarca önceden belirlenmemiş olması halini ele almaktadır. Getirilen bu düzenlemeye göre, "eğer taraflar takip edilecek usulü önceden belirlememişlerse, tahkim sırasında takip edilecek usulü belirlemek aslî olarak hakem mahkemesinin görev ve yetkisindedir. Ancak aynı maddenin son cümlesine göre, takip edilecek usulün belirlenmesi sırasında hakem mahkemesinin merkezinin bulunduğu kantonun hukuku da kıyas yoluyla uygulanabilecektir. Nihayet belirtmek gerekir ki, 175. maddeyle getirilen bu düzenleme sadece tarafların takip edilecek usulü hiç belirlememeleri halinde değil, fakat yetersiz olarak belirledikleri hallerde de geçerli olacaktır¹⁷.

7. Hukuk mahkemesine başvurma (md. 176)

Tasarının 176. maddesinde getirilen düzenleme ise hakem mahkemesi ile hukuk mahkemeleri arasında ortaya çıkabilecek olan ilişkilerin hangi yasaya göre düzenlenebileceği sorununu ele almaktadır. Bilindiği gibi, oluşturulması taraflarca öngörülmüş olan hakem mahkemesinin varlığı, hukuk mahkemesinin tarafların gerekli gördüğü konularda önleyici tedbir alma yetkisini hiç bir zaman ortadan kaldırmamaktadır. Tarafların, tahkim ilişkisi içinde gerekli gördükleri tedbirleri almak için hukuk mahkemesine başvurma hakları her zaman vardır. Bu gerçekten hareketle Tasarıyı hazırlayanlar da "hukuk yargıcına başvurmak zorunlu hale geldiğinde, gerekli olan tedbirleri almak hakem mahkemesinin merkezinin bulunduğu kantonun hukuk yargıcına aittir" demek suretiyle sorunu tahkim kurumununun tarihi gelişimi

16) VISCHER-VOLKEN, sh. 362.

17) VISCHER-VOLKEN, sh. 363.

mine uygun bir şekilde çözüme bağlamış bulunmaktadır.

8. Hakemlerin tayini, azli, reddi ve yer değiştirmeleri usulü (md. 177)

Tasarının getirdiği düzenlemeye göre, tahkim sırasında takip edilecek usul sorunundan farklı olarak ele alınması gereken diğer bir sorun da hakemlerin tayini, azli, reddi ve yer değiştirmelerinin hangi usul hukuku kurallarına göre yapılacağı sorunudur. Getirilen düzenlemeye göre, taraflar, tahkimde izlenecek usulün aksine, hakemlerin tayini azli, reddi ve yer değiştirmeleri sorunu hakkında irade muhtariyetine sahip değildirler. Tasarının 177. maddesine göre, hakemlerin tayini, azli, ve reddedilmeleri ile herhangi bir hakeme vekâletin uzatılması, hakem mahkemesinin merkezinin bulunduğu kantonun usul hukuku kurallarına göre belirlenecektir.

9. İtiraz yolları (md. 178-180)

Tasarı itiraz yollarının düzenlenmesi konusunda ikili bir ayırıma gitmekte ve hakem mahkemesinin yetkisine itirazla (md. 178), hakem mahkemesinin uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak verdiği kararın geçerliliğine ilişkin itirazı (md. 179-180) ayrı ayrı düzenlemektedir.

Tasarının hakem mahkemesinin yetkisine olan itirazı düzenleyen 178. maddesinin 1. f. sına göre, "taraflardan birisi hakem mahkemesinin yetkisine itiraz etmek istediğinde, bu itirazını esasa girilmeden önce yapmalıdır". Görüldüğü gibi, hakem mahkemesinin yetkisine itiraz süresi hakem mahkemesinin esasa girme süresiyle sınırlandırılmıştır.

178. maddenin 2. f. sı ise, hakem mahkemesinin yetkisine itiraz edilmesi halinde mahkemenin bu itirazı nasıl karara bağlayacağını düzenlemektedir. Getirilen düzenlemeye göre, "yetki itirazı ile karşılaşan mahkeme, yetki itirazının tek başına ele alınamayacak kadar uyuşmazlık konusu ile sıkı sıkıya bağlı olduğuna kanaat getirdiği takdirde kendi yetkisi konusunda bir ara kararı verir". Aynı maddenin 2. f. sının son cümlesine göre de, "mahkeme yetkisizlik itirazını dava-

nın esasına ilişkin olan itirazla birleştirebilir ve yetkisizlik itirazına ilişkin olan kararını esasa ilişkin olan kararla birlikte verebilir".

178. maddenin 3. f. sı ise, "hakem mahkemesinin yetki itirazına ilişkin olarak verdiği kararların, hakem mahkemesinin merkezinin bulunduğu yerdeki İsviçre yargıcı önünde tekrar bir itiraz konusu yapılabileceğini" hükme bağlamaktadır. Aynı fıkranın son cümlesine göre, "kantonlar, hakem mahkemelerinin yetki itirazına ilişkin olarak verdikleri kararlara karşı yapılan itirazları incelemesi için tek bir kantonal otorite belirler". Tasarayı hazırlayanların ifade ettiklerine göre, İsviçre Hukukuna oldukça önemli bir yenilik getirecek olan bu düzenlemeyle güdülen amaç, itiraz yollarının kötüye kullanılmasını önlemek ve tahkimin daha iyi işlenmesini sağlamaktır¹⁸. Kantonların usul yasaları hakem mahkemelerinin yetki itirazına ilişkin kararları aleyhine kantonal mahkemelere gidilebilmesini sağlamak için çok fazla itiraz yoluna yer vermişlerdir. Kantonal usul yasalarının taraflara sağladığı bu itiraz yolları ise uygulamada kötüye kullanılmış ve tahkim kurumunun İsviçre'deki etkinliği giderek azalmıştır. İşte Tasarayı hazırlayanlar, hakem mahkemesinin yetki itirazına ilişkin kararlara karşı yapılacak olan itirazların tek bir yetkili makam tarafından incelenmesiyle itiraz hakkının kötüye kullanılmasını önlemek istemektedirler.

Aynı isteğin izlerini uyuşmazlığı esastan çözen kararların geçerliliğine ilişkin olan itiraz hallerini düzenleyen 179. maddede de görmek mümkündür. 179. maddeye göre, "hakeme götürülen uyuşmazlığı esastan çözümlen her türlü hakem kararı adalet dağıtmaktan kaçınma veya keyfilik nedeniyle hakem mahkemesinin merkezinin bulunduğu yerdeki İsviçre mahkemeleri önünde hükümsüzlük itirazına konu edilebilir". Görüldüğü gibi, hakem mahkemesinin esasa ilişkin olarak verdiği kararlara karşı yöneltilebilecek olan hükümsüzlük itirazları sadece iki nedene dayandırılabilir. Bunlardan birincisi hakem mahkemesinin adalet dağıtmaktan ka-

18) VISCHER-VOLKEN, sh 363.

çınmış olması, ikincisi ise hakem mahkemesinin keyfî bir karar vermiş olmasıdır. Tasarıyı hazırlayanların ifade ettiklerine göre, "keyfilik" Federal Mahkeme kararları tarafından geliştirilmiş bir hükümsüzlük nedeni olup; hakemlerin "hukuku değerlendirme yetkilerini kötüye kullanmış olmalarını ve belli bir hukuk kuralını ciddi bir şekilde yanlış uygulamış olmalarını" ifade etmektedir¹⁹. Yine keyfî bir uygulamaya yol açmaması için, getirilen bu hükümsüzlük nedeninin de milletlerarası tahkim kurumunun gerek ve özelliklerine uygun olarak kullanılması şarttır. Nihayet belirtmek gerekir ki, Tasarı hükümsüzlük itirazına yol açabilecek nedenleri sınırlandırmakla bu itiraz yolunun da kötüye kullanılmasını önlemek istemiştir.

Tasarının 180. maddesi ise, 179. madde ile getirilen düzenlemeye göre yapılabilecek olan hükümsüzlük itirazının istisnasını düzenlemektedir. Getirilen bu düzenlemeye göre, "ne ikametgâhı, ne mutad meskeni ve ne de işletmesi İsviçre'de bulunmayan taraflar uyuşmazlığın esası hakkında verilmiş olan hakem kararları aleyhine İsviçre mahkemeleri nezdinde itirazda bulunmayacaklarını önceden yazılı bir şekilde kararlaştırabilirler". Tasarıyı hazırlayanların ifade ettiklerine göre getirilen bu düzenlemeyle iki amaç güdülmüştür. Getirilen düzenlemeyle güdülen ilk amaç, İsviçre mahkemelerinin İsviçre ile hiç bir bağı bulunmayan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilmiş olan hakem kararları hakkında hükümsüzlük kararı vermelerini mümkün olduğu ölçüde önlemektir. Getirilen bu düzenlemeyle güdülen ikinci amaçsa, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine yine mümkün olduğu ölçüde etkinlik ve işlerlik kazandırmaktır²⁰.

Tasarının 180. maddesinin 2. fıkrasında getirilen düzenlemeye göre ise, 180. maddenin 1. fıkrasında yer alan bu istisnaî hükmün varlığına rağmen eğer hakem mahkemesinin uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak aldığı karar İsviçre'de icra edilecekse, bu icra işlemi Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanmasıyla gerçekleştirilecektir.

10. Hakem kararının tevdi (md. 181)

Hakem kararlarının ilgili adli mercilere tevdi ve tasdik yolu ile resmîyet kazanması, kantonların usul hukuklarında birbirlerinden farklı şekillerde düzenlenmiş bulunmaktadır. Tasarıyı hazırlayanlar, kantonlar arasındaki bu farklı düzenlemeye son vermek için tasarının 181. maddesindeki düzenlemeyi getirmiş bulunmaktadır. Getirilen bu düzenlemeye göre, "taraflar, masrafları kendilerine ait olmak üzere hakem mahkemesi kararının bir örneğini hakem mahkemesinin merkezine bulunduğu yerdeki adli mercilere tevdi edebilirler. İlgili adli mercii, tarafların istemi üzerine, kararın tenfiz edilebilir olduğunu belirtir". Görüldüğü gibi, getirilen bu düzenleme karşısında hakem kararlarının tevdi zorunlu olmayıp, tarafların ihtiyarına bırakılmıştır.

Hakem kararının adli mercilere tevdi zorunlu olmadığına göre, taraflardan birinin veya her ikisinin kararı tevdi etmek istemesi halinde ne olacaktır? Bu sorunun cevabını da aynı maddenin 2. fıkrasında bulmak mümkündür. Getirilen düzenlemeye göre, "eğer taraflar kararın tevdiinden kaçınırlarsa, tarafların birinin istemi üzerine, hakem mahkemesi kararın bu yasa hükümlerine uygun olarak İsviçre'de alındığını onaylar ve bu onay tevdi yerine geçer".

1. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi (md. 182)

Tasarı yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda ise özel bir düzenleme getirmemiş, bu önemli sorunu doğrudan doğruya 10. Haziran 1958 tarihli "Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin New York Konvansiyonu"na yol-lama yapmak suretiyle çözümlenmiştir. Getirilen bu düzenlemeden çıkarılabilecek tek sonuç, Tasarının son zamanlarda öğretide giderek üstünde daha fazla durulan "milletlerarası hakem" kavramını pek sempatik bulmadığıdır. Çünkü Tasarı açıkça "yabancı

19) KNOPFLER, sh. 77; VISCHER-VOLKEN, sh. 364.

20) VISCHER-VOLKEN, sh. 364.

hakem kararı" kavramına yer vermekte ve "milletlerarası hakem kararı" kavramına hiç değinmemektedir.

IV. GENEL DEĞERLENDİRME

Açıklanan bütün bu hükümlerden sonra tasarının genel bir değerlendirilmesi yapılmak istendiğinde şu sonuca varmak mümkündür: Tasarının amacı, kaynağını milletlerarası ticaret hayatından alan tahkim kurumuna ilişkin belli bazı temel kuralları belirlemektir. Tasarı milletlerarası tahkime ilişkin belli bazı temel kuralların belirlenmesini Lex Marcatoria'nın varlığına rağmen hukukî kesinlik ve güvenlik açısından kaçınılmaz bulmaktadır. Ancak Tasarının bu amacının, çok

önemli bir DHH. değeri olan "hukukî kesinlik ve güvenlik"le, yine çok önemli bir DHH ilkesi olan "irade muhtariyeti"ni karşı karşıya getirdiği açıktır. Nitekim Tasarıyı hazırlayanlar da bunun farkındadırlar ve getirdikleri düzenlemelerin tümünde, hukukî kesinlik ve güvencele irade muhtariyetini bağdaştırmaya çalıştıkları hissedilmektedir. Tasarıyı hazırlayanların bu bağdaştırmayı gerçekleştirmek için izledikleri yol ise, hukukî kesinlik ve güvenliğin tahkim ilişkisi içinde kaçınılmaz olduğunun anlaşıldığı hallerde, irade muhtariyeti ilkesini hukukî kesinlik ve güvenlik lehine sınırlamak olmuştur. Ancak Tasarı bu sınırlandırmayı yaparken de milletlerarası ticaret hayatının gerçeklerine ters düşmemeye özellikle dikkat etmiştir.

TÜRK YABANCI SERMAYE HUKUKUNUN ANAİLKELERİ

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP*

I. KAYNAKLAR

Türkiye dışında yerleşik kişilerin, Türkiyede yatırım yapmaları, yani ticarî faaliyetde bulunmaları, bir ortaklığa katılmaları, şube açmaları, büro, temsilcilik veya acenta kurmaları -esas itibarıyla- bu alanda temel kanun olan Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu (YSTK)¹ ile 8/168 sayılı Yabancı Sermaye Çerçeve Kararnamesi (ÇK)²ne, 30 sayılı karara³ ve bu karara dayanılarak çıkarılmış bulunan 84-30/1 sayılı tebliğ⁴ tâbidir. Bunlar yanında, bazı alanlarda yabancı sermaye yatırımlarını düzenleyen özel kanunlar veya kanunlarda ya da kararlarda özel hükümler de vardır. Petrol arama, çıkarma, işleme ve dağıtımıyla ilgili olarak 6326 sayılı Petrol Kanunu (PK)⁵ birincisine, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu (TuTK)⁶ ve 8/1133 sayılı Turizmi Teşvik Çerçeve Kararı (TÇK)⁷ ikincisine örnektir. Ayrıca, bir kısım ülkelerle yapılmış, konuları sermaye yatırımlarının karşılıklı bir tarzda özendirilmesi olan ve bu

amaçla çeşitli garantileri içeren anlaşmalar da mevcuttur. Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Arasında Sermaye Yatırımlarının Karşılıklı Olarak Teşvik ve Hi-

* *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.*

1) RG. 23.1.1954, S. 8615.

2) RG. 25.1.1980, S. 16880 (mükerrer). Değişiklikler: 8/875, RG. 30.5.1980, 8/1725, RG. 1è.11.1980, S. 8/4319, RG. 9.3.1982, S. 17625.

3) RG. 7.7.1984, S. 18451.

4) RG. 7.7.1984, S. 18451. Ayrıca T.C. Merkez Bankası İdare Merkezince yayınlanan, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 30 Sayılı Karar ile Başbakan Yardımcılığınının 84-30/1 Sayılı Tebliğine İlişkin T.C. Merkez Bankası Genelgesi, Sayı I/A (RG. 13.7.1984, S. 18457).

5) RG. 16.3.1954, S. 8659.

6) RG. 16.3.1982, S. 17635.

7) RG. 27.6.1980, S. 17030.