

T.C.
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

MİLLETLERARASI TİCARİ HAKEMLİK KONUSUNDAKİ
AVRUPA (CENEVRE) SÖZLEŞMESİ

(MİLLETLERARASI TAHKİM HUKUKU DERSİ ÖDEVİ)

Hazırlayan
İ. Halil ASİLBAY

Öğretim Üyesi
Doç. Dr. Yavuz KAPLAN

KAYSERİ
ARALIK 2008

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	2
GİRİŞ	3
I. AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NDE HAKEMLİK SÜRECİ	4
A. Genel Bilgi	4
B. Sözleşmenin Uygulanma Alanı ve Tanımlar	5
1. Sözleşmenin Uygulanma Şartları	5
a. Sübjektif Şart	5
b. Objektif Şart	6
2. Tanımlar	6
a. Hakemlik Anlaşması.....	6
b. Hakemlik	7
c. Muamele Merkezi	7
II. HAKEMLİĞİN OLUŞTURULMASI	8
A. Hakemliğin Türü Belirlenmemişse (m. IV/6).....	8
B. Daimi Hakemlik Belirlenmemişse (m. IV/5)	9
C. Özel Hakem(ler) Tayin Edilmemişse (m. IV/2).....	9
D. Hakemliğin Cereyan Edeceği Yer ve Usul Kuralları Belirlenmemişse (m. IV/1, 3)....	9
III. HAKEM YARGILAMASI	11
A. Hakem Mahkemesinin Yetkisizliği.....	11
B. Görev (Tahkim) İtirazı	12
C. Uygulanacak Hukuk.....	13
D. Hakem Kararının Gerekçeleri	13
E. Hakem Kararlarının İptali	13
SONUÇ	15
KAYNAKÇA	16

GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşı sonrasında ülkelerin Doğu ve Batı Blokları olarak ayrılmaları sonucu bunlar arasında önemli bir kopukluk oluşmuşsa da zaman içerisinde bu ülkeler arasında ortaya çıkan ticaret ihtiyacı ile birlikte, bu ticaretin sorunsuz biçimde gerçekleşmesi ve geliştirilmesi sorunu ortaya çıkmıştır. Bu sorunun çözümü için 1954 yılında Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu çalışmalarına başlamıştır.

Bu komisyonun milletlerarası ticaretten doğan uyuşmazlıkları devlet müdahalesi olmadan çözmek için yürüttüğü çalışmaların sonucu olarak 21 Nisan 1961 tarihinde 22 ülkenin taraf olduğu *Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi* imzalanmıştır.

Bu çalışmada, milletlerarası tahkimin önemli kaynaklarından birisi olan bu sözleşme genel olarak incelenecektir. Öğretide bu sözleşme kategorik olarak incelenmemiş, sadece hükümlerine değinilmek suretiyle ele alınmıştır. Ancak yazıda bu yaklaşım yerine sözleşmenin kategorik olarak değerlendirilmesine çalışılacaktır. Ayrıca, sözleşmeyle aynı alanı düzenleyen 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, söz konusu bu kanunla sözleşmenin genel olarak bir karşılaştırmasının yapılmasının da uygun olacağı düşünülmektedir. Son olarak yazıda, sözleşmenin diline bağlı kalınarak tahkim kavramı yerine hakem(lik) ifadesi kullanılmıştır.

10 maddeden oluşan Avrupa Sözleşmesi, tahkimin tanıma ve tenfiz kısmını düzenleyen 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne göre daha kapsamlı olup uyuşmazlığın hakem önüne götürülmesinden, kararın verildiği hatta kesinleştiği aşamaya kadar olan tahkim sürecini düzenlemektedir. Avrupa Sözleşmesi'ndeki tahkim sürecini genel olarak sözleşmenin uygulanma alanı, hakemliğin oluşturulması ve hakem yargılaması olarak bölümlendirmek mümkündür. Bu nedenle, yazıda da konu bu bölümlendirmeye uygun olarak ele alınıp incelenmiştir.

I. AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NDE HAKEMLİK SÜRECİ

A. Genel Bilgi

1954 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde oluşturulan Avrupa Ekonomik Komisyonu, milletlerarası tahkime ilişkin çalışmalara başlamış ve bu çalışmalar devam ederken¹ 21 Nisan 1961 tarihinde Cenevre'de *Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi* 22 ülke tarafından imza edilmiştir. Türkiye ise, bu hazırlık sürecine katıldığı ve nihai metni Prof. Dr. Rabi Koral eliyle imza ettiği² halde sözleşmeyi 21 Mayıs 1991 tarihine kadar onaylamamış, iç hukukunun bir parçası haline getirmemiştir.

Sözleşmenin hazırlanmasının öncelikli nedenlerinden birisi, Avrupa'nın Doğu ve Batı Blokları arasındaki ticareti geliştirmek ve bu ülkeler arasında ortaya çıkması muhtemel ticari sorunları tahkim yoluyla çözerek, önlemektir.³ Bu yaklaşıma uygun olarak sözleşme her ne kadar, Avrupa devletleri tarafından bir mutabakat metni olarak imza edilmişse de Küba'nın sözleşmeye katılımı dikkat çekicidir.⁴

2001 yılı itibariyle 28 ülkenin kabul ettiği sözleşmeyi⁵ Türkiye, nihai metni imzaladıktan ancak 30 yıl sonra, 1991 yılında onaylamıştır. 08 Mayıs 1991 tarih ve 3730 sayılı Kanunla⁶ Türk hukukuna giren sözleşmenin adlandırılması konusunda hem yargı kararlarında hem de öğretide de bir terim birliği yoktur. Sözleşme, öğretilerde genel olarak "*Avrupa Sözleşmesi*" ya da "*Cenevre Sözleşmesi*" olarak adlandırılmakta ya da her iki

¹ Sözleşme, pek çok maddesi üzerinde tartışmaların devam ettiği bir sırada imzalanmıştır. Bakınız, Ejder YILMAZ, "*Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler (Bir Yorum)*", Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 16.

² Mahmut Tefik BİRSEL, "*Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları*", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, 2005, s. 4.

³ Bu konuda ayrıntılı bir açıklama için bakınız, Ejder YILMAZ'ın tartışmacı olarak konuşması, *Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu*, Ankara 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 48.

⁴ Uğur EMEK, "*Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü*", TC Devlet Planlama Teşkilatı İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı, Ankara Haziran 1999, <http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/emeku/tahkim.pdf>, s. 22.

⁵ Aykut AYDOĞAN, *Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Cereyan Eden Tahkim Usulü*, 1. Bası, İstanbul Temmuz 2003, s. 33.

⁶ Onay kanunu 21.05.1991 tarih ve 20877 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve sözleşme, İngilizce orijinal metni ile birlikte 23 Eylül 1991 tarih ve 21000 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

ifadeye birlikte yer verilmektedir.⁷ 3730 sayılı onay kanundaki tam adı “*Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi*” olan bu sözleşmeyi hem 1923 tarihli mülga Cenevre Protokolü ve 1927 tarihli Cenevre Sözleşmesi⁸ ile karıştırmamak hem de çevirinin orijinal metnine sadık kalmak için bundan böyle bu sözleşmeden “*Avrupa Sözleşmesi*” olarak söz edilecektir.

B. Sözleşmenin Uygulanma Alanı ve Tanımlar

Sözleşmenin birinci maddesinin 1/a bendinde sözleşme hükümlerinin, “*Milletlerarası ticari ameliyelerden doğan veya doğacak olan uyuşmazlıkların halli için aktolunan veya akit sırasında mutat meskenleri veya muamele merkezleri değişik akit devletlerde bulunan hakiki veya hükmi şahıslar arasındaki hakemlik anlaşmaları...*”⁹ hakkında uygulanacağı kabul edilmiştir.

Bent hükmündeki ifadenin lafzından, sözleşmenin uygulanabilmesi için uyuşmazlığın ticari bir işlemde doğması ya da tarafların farklı ülkelerde bulunmasının seçenekli iki ayrı şart olduğu sonucu çıkarılabilir. Ancak öğretilerde bu iki şartın birlikte olması gerektiği konusunda bir fikir birliği¹⁰ bulunduğu gibi bu şartlar sübjektif ve objektif olarak nitelendirilerek ikiye ayrılmıştır. Bu nedenle aşağıda sözleşmenin uygulanması için gereken bu iki şart incelenecektir.

1. Sözleşmenin Uygulanma Şartları

a. Sübjektif Şart

Hakem anlaşmasının yapıldığı sırada, tarafların mutat meskenleri ya da muamele merkezlerinin farklı ülkede bulunması şarttır. O halde, hakem anlaşmasının yapıldığı sırada tarafların mutat meskenleri¹¹ ya da muamele merkezleri farklı ülkelerde değilse Avrupa

⁷ Öğretilerde sözleşme için “Cenevre Konvansiyonu”, “Cenevre Sözleşmesi”, “Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi”, “Avrupa Tahkim Sözleşmesi” gibi ifadeler kullanılmış, ancak çoğunlukla “Avrupa Sözleşmesi” tercih edilmiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de 08.05.1997 tarih, 1996/9616 esas ve 1997/4669 karar sayılı kararında sözleşmeden “Avrupa Sözleşmesi” olarak söz etmektedir.

⁸ BİRSEL, s. 3.

⁹ YAVUZ KAPLAN, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, Ankara 2002, s. 221; Ziya AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, Ankara 2007, s. 331.

¹⁰ KAPLAN, s. 21; AKINCI, s. 45; YILMAZ, s. 16; Cemal ŞANLI, “**21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku**”, Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 3.

¹¹ “Mutat mesken” kavramı hakkında ayrıntılı açıklama için bakınız, Cemal ŞANLI’nın tartışmacı olarak konuşması, **Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu**,

Sözleşmesi'nin hükümlerinin uygulanmasına imkân yoktur. Ancak bu noktada, taraflar arasındaki ilişkinin milletlerarası olup olmadığının nasıl tespit edileceği konusunda sözleşmede bir hüküm bulunmadığı için bir belirsizlik vardır. Öğretide hâkim olan görüşe göre bu tespitin uyuşmazlığı bakan mahkemece yapılmasının uygun olacağı kabul edilmektedir.¹²

b. Objektif Şart

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın milletlerarası ticari işlemlerden doğması, bir başka deyişle milletlerarası ticari iş olması şarttır. Ancak, yine burada da ticari iş nitelendirmesinin nasıl yapılacağı konusunda sözleşmede bir hüküm bulunmadığı için belirsizlik vardır. Öğretide, sübjektif şartta olduğu gibi bu nitelendirmenin de uyuşmazlığa bakan mahkemenin hukukuna göre yapılmasının uygun olacağı görüşü vardır.¹³ Ancak, bu nitelendirme yapılırken milletlerarası ticari iş kavramının iç hukuktan daha geniş yorumlanması ve sözgelimi “*bir bedel karşılığında mal ve hizmetlerin bir ülkeden diğer bir ülkeye taşınması işleri; milletlerarası satış işleri; lisans sözleşmeleri; milletlerarası turnelerin söz konusu olduğu sanat ile ilgili sözleşmeler; radyo/televizyon yayınları*” gibi işlerin ticari iş sayılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴

2. Tanımlar

Avrupa Sözleşmesi'nin birinci maddesinin ikinci fıkrasında “hakemlik anlaşması”, “hakemlik” ve “muamele merkezi” terimleri tanımlanmıştır. Aşağıda sırasıyla bu tanımlara kısaca değinilecektir.

a. Hakemlik Anlaşması

Avrupa Sözleşmesi'nin 2/a bendi hükmüne göre, taraflar esas sözleşmeye eklenen bir şartla ya da bu sözleşmeden bağımsız olarak yapacakları bir sözleşmeyle hakemlik anlaşması yapabilirler. Bent hükmü, bu iki hali de “hakemlik anlaşması” olarak kabul etmektedir. Esas sözleşmeye bir şart eklenmesi suretiyle yapılan hakem kaydına, tahkim

Ankara 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 46–47; Ergin NOMER, **Devletler Hususî Hukuku**, 8. Bası, İstanbul 1996, s. 110–111.

¹² KAPLAN, s. 71; ŞANLI, s. 5.

¹³ ŞANLI, s. 5; Nisim FRANKO'nun tartışmacı olarak konuşması, **Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu**, Ankara 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 29.

¹⁴ YILMAZ, s. 17.

şartı (*kaydı/klozu*) da denilmektedir.¹⁵ Hakem kaydının, esas sözleşmeden bağımsız olarak yapılan hakem anlaşmasından bir farkı yoktur ve bent hükmü de her ikisini hakemlik anlaşması olarak kabul etmiştir.¹⁶

Bent hükmüne göre, hakemlik anlaşmasının geçerli olabilmesi için adi yazılı şekilde yapılması şarttır. Bu şart, içerisinde hakem kaydı bulunan esas sözleşmenin ya da hakem anlaşmanın taraflarca imzalanmasıyla yerine gelmiş olacaktır. Ayrıca, tarafların birbirlerine yolladığı mektup, telgraf yahut teleskriptör metnindeki hakem kaydı da geçerli olacaktır.¹⁷ Yazılı şekil şartına bir istisna olarak, kanunları yazılı şekli aramayan ülkeler arasındaki ilişkilerde, bu ülkelerin kanunlarına uygun şekilde yapılan hakem anlaşmaları da geçerli olacaktır.

Öte yandan Türk tahkim hukukundaki düzenlemeler de bu yönde olup¹⁸ sözgelimi 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun dördüncü maddesinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır.

b. Hakemlik

Avrupa Sözleşmesi'nin 2/b bendinde, sadece belirli olaylar için seçilmiş hakemlerin (*ad hoc*) yanı sıra daimi hakemlik kuruluşları da *hakemlik* kavramı içerisinde değerlendirilmiştir. Burada sözü edilen daimi hakem kuruluşlarının en çok bilinenleri; Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), Amerikan Tahkim Kurumu (AAA), Londra Tahkim Kurumu'dur. Ülkemizde ise İstanbul ve İzmir Ticaret Odalarının tahkim faaliyeti vardır.¹⁹

c. Muamele Merkezi

Avrupa Sözleşmesi'nin 2/c maddesinde muamele merkezi, "*hakemlik anlaşmasını akdeden müessesenin bulunduğu yerdir.*" şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁵ AKINCI, s. 82.

¹⁶ YILMAZ, s. 17; KAPLAN, s. 72.

¹⁷ ŞANLI, s. 6.

¹⁸ KAPLAN, s. 72.

¹⁹ AKINCI, s. 30.

II. HAKEMLİĞİN OLUŞTURULMASI

Avrupa Sözleşmesi'nin "*Hakemliğin Teşkili*" başlığını taşıyan 4. maddesi bazı yazarlara göre sözleşmenin en önemli ve can alıcı maddesi olarak değerlendirilmektedir.²⁰ Gerçekten de bu maddede, hakem yargılamasını yapacak özel hakemin ya da daimi hakemlik kuruluşunun taraflarca belirlenmesi, bir başka deyişle hakemliğin oluşturulması ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasına göre, hakemlik anlaşması yapan taraflar hakemliğin türünü, hakemlerin kimler olacağını, cereyan edeceği yeri ve takip edilecek usul kurallarını serbestçe belirleyebileceklerdir. Eğer taraflar bu hususları belirlememişlerse ve daha sonra da anlaşamamışlarsa bu durumda sorunun nasıl çözüleceği bu maddede düzenlenmiştir. Aşağıda bu durumlar ayrı ayrı incelenecektir.

A. Hakemliğin Türü Belirlenmemişse (m. IV/6)

Taraflar aralarında uyuşmazlığın hakem yoluyla 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 sözleşmenin dördüncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uygulanacaktır. Buna göre 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 belirlenmişse bu durumda davacı bu ülkenin ticaret odası başkanına da başvurabilecektir. Taraflarca hakemliğin cereyan edeceği yerin belirlenmediği durumlarda ise davacının özel komiteye²¹ başvurma hakkı da mevcuttur. (m. IV/3)

Bu hükme uygun olarak hakemlik türünün seçilmesi için kendisine başvuruda bulunulan yetkili ticaret odası başkanı ya da özel komite, tarafları daimi bir hakemlik kuruluşuna gönderebileceği gibi vereceği süre içerisinde hakemlerini seçmeye de davet edebilir.²² Bu son halde maddenin 2, 3 ve 4. fıkra hükümleri uygulanır. (m. IV/6)

²⁰ YILMAZ, s. 19; Aksi görüş için bakınız, Ergin NOMER'in tartışmacı olarak konuşması, **Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu**, Ankara 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 27.

²¹ Burada sözü edilen "özel komite"nin teşekkülü, şartları ve işleyişi Avrupa Sözleşmesinin ekinde düzenlenmiştir.

²² ŞANLI, s. 8.

B. Daimi Hakemlik Belirlenmemişse (m. IV/5)

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü daimi bir hakemlik kuruluşuna bırakmalarına karşın bunun hangisi olacağını belirlememişler ve bu konuda anlaşmazlığa düşmüşlerse bu durumda da yine üçüncü fıkra hükmüne göre, yetkili ticaret odası başkanı ya da özel komiteden daimi hakemlik kuruluşunun hangisi olacağını tespit edilmesi istenilebilecektir.

C. Özel Hakem(ler) Tayin Edilmemişse (m. IV/2)

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü özel hakeme bırakmaları halinde, davalı taraf hakemlik talebinin kendisine ulaştığı andan itibaren 30 gün içerisinde kendi hakemini tayin etmediği takdirde, *aksine anlaşma yok ise* davacının isteği üzerine bu hakem, hakem tayininde temerrüt eden tarafın hakemlik talep edildiği andaki mutad meskeni ya da muamele merkezinin bulunduğu ülkedeki ticaret odasının başkanı tarafından tayin olunacaktır.²³ Ayrıca bu hüküm, taraflarca ya da ticaret odası başkanınca hakemlerden birisinin değiştirilmesi halinde de uygulanacaktır.

D. Hakemliğin Cereyan Edeceği Yer ve Usul Kuralları Belirlenmemişse (m. IV/1, 3)

Aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü özel hakeme bırakan taraflar, hakemliğin cereyan edeceği yeri belirlememişse bu durumda ya taraflarca tayin olunan ya da ikinci fıkra hükmüne göre oluşturulan hakemler, hakemliğin cereyan edeceği yeri belirleyeceklerdir. Hakemlerin bu hususta anlaşamamaları halinde ise bu yer ticaret odası başkanı ya da özel komite tarafından belirlenecektir. (m. IV/4c)²⁴ Bu açıklamalar hakemlerin takip edecekleri usul kuralları açısından da geçerlidir. Ancak, taraflar usul kuralları konusunda anlaşamaz ve hakemler de bu konuda uyuşmazlığa düşerler ise bu halde yetkili ticaret odası başkanı ya da özel komite bu kuralları doğrudan doğruya belirleyeceği gibi, daimi bir hakemlik kuruluşunun yönetmeliğine atıfta bulunmak suretiyle de belirleyebilecektir. (m. IV/4d)²⁵

Yukarıda açıklanan 2, 3, 4, 5 ve 6. fıkra hükümlerine göre kendisine başvuru ve bu hükümlere göre tayin edilen ticaret odası başkanı 60 gün içerisinde bu görevin

²³ ŞANLI, s. 7; YILMAZ, s. 19; KAPLAN, s. 73; Ergin NOMER, Nuray EKŞİ ve Günseli ÖZTEKİN GELGEL, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, C. I, 3. Bası, İstanbul Haziran 2008, s. 47.

²⁴ ŞANLI, s. 7; KAPLAN, s. 72.

²⁵ ŞANLI, s. 9; YILMAZ, s. 20.

gereklerini yerine getirmezse, davacı bu görevlerin yerine getirilmesi için özel komiteye başvurma hakkına sahiptir. (m. IV/7)²⁶

Sözleşmenin hakemliğin teşkilini düzenleyen bu önemli maddesi ile 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7. maddesi ile benzerlik göstermektedir. Ancak Avrupa Sözleşmesi'nde ticaret odası başkanı ve özel komiteye verilen yetki Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda asliye hukuk mahkemesine verilmiştir. Görüldüğü gibi sözleşmede devlet müdahalesi en aza indirgenmiş; böylece tahkim amacına uygun bir düzenleme yapılmıştır. Nitekim bazı yazarlar bunu Türk tahkim hukuku açısından bir yenilik saymışlardır.²⁷

²⁶ ŞANLI, s. 8.

²⁷ ŞANLI, s. 8; KAPLAN, s. 73.

III. HAKEM YARGILAMASI

Avrupa Sözleşmesi'nin 5. ve devamı maddeleri hakem yargılamasına ilişkin hükümler içermektedir. Sözleşmenin 5 ve 6. maddesinde hakem mahkemesinin yetkisi konusunda düzenlemeler yer almaktadır. 7. madde ise uygulanacak hukuka ilişkin olup 8 ve 9. maddelerde de hakem kararları düzenlenmiştir. Aşağıda bu maddeler sırasıyla incelenecektir.

A. Hakem Mahkemesinin Yetkisizliği

Sözleşmenin "*Hakem Mahkemesinin Yetkisizliği Def'i*" başlığını taşıyan beşinci maddesine göre taraflar hakemin yetkisiz olduğunu ileri sürebilirler. Ancak, taraflar bu itirazlarını ileri sürerken itiraz nedenlerine göre ya derhal ya da en geç esasa ilişkin savunmayla birlikte bu itirazlarını ileri sürmek zorundadırlar.²⁸

Buna göre, yetkisizlik itirazında bulunan taraf bunu "*hakemlik anlaşmasının yokluğuna, butlanına veya hükümden düşmüş olduğuna*" dayandırmakta ise bu itirazını hakemlik usulünün yürümesi sırasında en geç esasa ilişkin savunmasını yaptığı sırada ileri sürmesi gerekmektedir. Eğer, yetki itirazı uyuşmazlığın çözümünün hakemin yetkisinin dışında kaldığına yönelikse bu itirazın, yetkiyi aşan konunun ortaya atıldığı anda derhal öne sürülmesi gerekir. Ancak, her iki halde de yetki itirazının gecikmesi hakemin kabul edeceği bir nedene dayanmakta ise itiraz dinlenebilecektir. (m. V/1)²⁹

Yukarıda açıklanan birinci fıkra hükmüne göre süresinde ileri sürülmeyen itirazlar, hakemin uyguladığı kanuna göre sadece taraflarca ileri sürülebilecek bir itiraz ise, bu itirazlar hakem usulünün ilerleyen aşamalarında da dikkate alınmayacaktır. Ayrıca bu itirazlar, esas dava olarak devlet yargısında ya da hakem kararının icrası sırasında da ileri sürülemeyecektir. Ancak mahkeme, bu itirazların zamanında ileri sürülmediğine ilişkin hakem kararını denetleyebilecektir.³⁰ Ayrıca, hakemler gerek kendi yetkileri ve gerekse hakemlik anlaşmasının yahut bir parçası olduğu esas anlaşmanın varlığı ve geçerliliği hakkında karar verme yetkisine sahiptirler ve mahkemenin, kanunun öngördüğü yargı yolları saklı kalmak kaydıyla, yetkileri tartışmalı hakemleri ret etme yetkisi yoktur.³¹

²⁸ KAPLAN, s. 73.

²⁹ YILMAZ, s. 21; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 48-49.

³⁰ YILMAZ, s. 21.

³¹ ŞANLI, s. 9.

B. Görev (Tahkim) İtirazı

Hakemlik anlaşması yapan taraflardan birisinin başvurusuyla uyuşmazlık mahkemeye götürülmüşse bu halde davalı tarafından görevsizlik itirazında bulunulabilir. Öğretide tahkim itirazı olarak adlandırılan görev itirazı, davanın açıldığı ülke hukukunun bu itirazı usule ya da esasa ilişkin saymasına göre, esasa ilişkin savunmadan önce ya da en geç bununla birlikte öne sürmesi gerekir.³²

Hakemlik anlaşmasının varlığı ya da geçerliği hakkında dava açılması halinde (*sözleşmeyi kabul eden ülke mahkemelerinden birisinde karar verilmesi gerektiğinde*) öncelikle tarafların ehliyeti için kendi milli hukuklarına göre karar verecektir. Diğer hallerde ise:

1. Tarafların hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanuna göre,
2. Bu konuda anlaşmada açıklık yoksa *hakem kararının verileceği ülke* kanununa göre,
3. Taraflar hakemlik anlaşmasını bir kanuna tabi kılmamışlarsa ve mahkeme uyuşmazlığa el koyduğu zaman hakem kararının nerede verileceği anlaşılmıyorsa bu halde mahkeme kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek kanuna göre karar verecektir.³³

Ayrıca, uyuşmazlığa el koyan mahkemenin kanununa göre, uyuşmazlığın hakemlik yolu ile çözümünün kabul edilmediği durumlarda ise mahkeme hakemlik yolunun tanınması talebini reddedebilecektir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için hakem yargılaması başladıktan sonra mahkemeye başvurulması halinde mahkeme ciddi nedenler bulunmadıkça uyuşmazlığın esası ya da hakemlik anlaşmasının geçerliliği hakkında karar vermeyi hakem kararının verildiği zamana kadar ertelerler.³⁴

Maddenin son fıkrasına göre, ihtiyati tedbirlerin alınması için mahkemeye başvurulması ise hakemlik anlaşmasıyla bağdaşmayan bir fiil olarak değerlendirilemez ve uyuşmazlığın, işin esası bakımından mahkemeye götürüldüğü anlamına gelmez.³⁵

³² YILMAZ, s. 22; KAPLAN, s. 75; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 47.

³³ KAPLAN, s. 75; Hakim AZİZOV, “**Uluslararası Ticari Tahkim**”, (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Ankara 2004), s. 42.

³⁴ KAPLAN, s. 75; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 48.

³⁵ YILMAZ, s. 23.

C. Uygulanacak Hukuk

Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku serbestçe kararlaştırabilirler. Taraflarca böyle bir seçim yapılmamışsa hakemler, uyuşmazlığın türüne göre kanunlar ihtilafı kurallarına uygun olarak belirleyecekleri kanunu uygulayacaklardır. Ancak her iki halde de hakemler anlaşma hükümleri ve ticari âdetleri dikkate alacaklardır.³⁶

Bu düzenlemenin yer aldığı 7. maddenin ikinci fıkrasında, taraflar kararlaştırdıkları takdirde ve hakemliğin tabi olduğu kanunun izin vermesi şartıyla hakemler “*dostane aracı*” olarak uyuşmazlığı çözeceklerdir. Dostane aracı kavramıyla hakemlere hak ve nasafete³⁷ göre karar verme yetkisi tanınmıştır.³⁸

D. Hakem Kararının Gerekçeleri

Sözleşmenin sekizinci maddesine göre kural olarak, tarafların hakem kararının gerekçeli olmasını kararlaştırdığı kabul edilir. Ancak aşağıdaki durumlarda kararlar gerekçeli olamayabilecektir.

1. Taraflarca hakem kararının gerekçeli olmayacağı açıkça tayin edilmişse,
2. Uyuşmazlığın çözümü, hakem kararlarının gerekçeli olmasını gerektirmeyen bir hakem usulüne tabi kılınmışsa, kararların gerekçeli olması gerekmeyecektir.

Ancak bu son halde taraflar, hakem yargılaması duruşmalı yapılmışsa duruşmanın bitiminden önce, duruşmasız yürümüşse kararın yazılmasından önce kararın gerekçeli olmasını açıkça isterlerse bu taleplerine uygun karar verilecektir.³⁹

E. Hakem Kararlarının İptali

Hakem kararları için sözleşmeyi onaylamış taraf ülkelerin herhangi birisinde iptal kararı alınabilir. Ancak bu iptal kararının, hakem kararın tanınması ve tenfizine engel olabilmesi için, hakem kararının verildiği ülke mahkemesince ya da uyuşmazlıkta hukuku

³⁶ YILMAZ, s. 23; KAPLAN, s. 73; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 49.

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

³⁸ ŞANLI, s. 11; YILMAZ, s. 23; AZİZOV, s. 43.

³⁹ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 49; KAPLAN, s. 74; ŞANLI, s. 11; YILMAZ, s. 24; eleştirisi için bakınız, Ergin NOMER'in tartışmacı olarak konuşması, **Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu**, Ankara 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 37.

uygulanan ülke mahkemesi tarafından verilmiş olması gereklidir.⁴⁰ Ayrıca, iptal kararı aşağıda yazılı nedenlerden birisi ile verilmişse, bu halde de tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır.

1. Hakem anlaşmasının tarafları kendi hukuklarına göre ehliyetsiz iseler veya hakem anlaşması, tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka yahut da (*taraflarca kanun seçilmemişse*) hakem kararının verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise,
2. İptal talebinde bulunan taraf, hakemliğin oluşturulmasından ve hakem yargılamasından usulüne uygun olarak haberdar edilmemiş ya da diğer bir nedenle iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürme imkânından mahrum kalmışsa,
3. Hakem kararı, hakem anlaşması ya da hakem kaydında belirtilmeyen bir uyuşmazlığa ilişkin ise ya da hakem anlaşması ya da kaydının kapsamını aşan hükümler içeriyorsa, (*bu kısım ayrılabiliriyorsa sadece bu kısım için iptal kararı verilmelidir.*)
4. Hakem mahkemesinin oluşturulması veya hakem yargılamasının yürütülmesi tarafların anlaşmasına ya da anlaşma yoksa sözleşmenin dördüncü maddesine uygun değilse hakem kararı iptal edilebilecektir.⁴¹

⁴⁰ KAPLAN, s. 74; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 50; YILMAZ s. 24.

⁴¹ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 50–51; KAPLAN, s. 74; YILMAZ s. 24.

SONUÇ

Milletlerarası tahkimin önemli kaynaklarından birisi olan Avrupa Sözleşmesi ile uygulamada (yargı kararlarında) çok sık karşılaşılmadığı gibi öğretide de bu sözleşmeye ilişkin kapsamlı bir bilimsel çalışma bulunmamaktadır.

Sözleşmenin, özellikle Doğu ve Batı Blokları arasındaki ticaretin geliştirilmesi amacıyla hazırlanmış olmasının buna bir etkisi olabileceği gibi, hakemliği düzenleyen 4. maddesinin de (*kimi yazarlarca “hantal” olarak nitelendirilmesini sağlayacak kadar*) karışık biçimde düzenlenmiş olmasının da önemli bir etken olduğu düşünülebilir.

Bu çalışmada, Avrupa Sözleşmesi'nin en dikkat çekici yönünün devlet müdahalesini en aza indirgeyen hükümleri olduğu görülmüştür. Özellikle ticaret odası başkanları ile özel komiteye tanınan yetkinin, tahkimin amacına uygun düşen düzenlemeler olduğunu belirtmek gerekir. Burada yeri geldiği için değinilmesi gereken bir husus da, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun bu sözleşmeyle benzer hükümlerine rağmen devlet müdahalesini azaltmak açısından bu sözleşmeden daha ileri bir noktada olmamasıdır.

KAYNAKÇA

1. AKINCI Ziya,
Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, Seçkin Yayınevi
2. AYDOĞAN Aykut,
Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Cereyan Eden Tahkim Usulü,
1. Bası, İstanbul 2003, Beta Basım A.Ş.
3. KAPLAN Yavuz,
Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002, Seçkin Yayınevi
4. NOMER Ergin,
Devletler Hususî Hukuku, 8. Bası, İstanbul 1996, Beta Basım A.Ş.
5. NOMER Ergin – EKŞİ Nuray – ÖZTEKİN Günseli,
Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, 3. Bası, İstanbul 2008, Beta Basım
A.Ş.
6. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü,
**Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku
Sempozyumu**, Ankara 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayını
7. AZİZOV Hakim,
“Uluslararası Ticari Tahkim”, (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2004)
8. BİRSEL Mahmut Tefvik,
**“Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel
Boyutları”**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, 2005
9. EMEK Uğur,
“Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü”, TC Devlet Planlama Teşkilatı
İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler ve
Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı, Ankara Haziran 1999,
<http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/emeku/tahkim.pdf>