

Çin ve Türk Ticari İlişkilerinde Tahkim

Prof. Dr. Ziya AKINCI

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1) İkili Ticari İlişkilerde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Tahkim

Türkiye ile Çin Halk Cumhuriyeti arasındaki ilişkiler her iki ülkenin milletlerarası ticarete daha gittikçe daha önemli rol alması sebebiyle hızla gelişmektedir. Tarihi ipek yolu bugün artık bir doğu ve batı arasında bir enerji koridoruna dönüşürken, Türkiye ve Çin milletlerarası alanda oynadıkları önemli rol ile tarihe geçmektedir.

Milletlerarası ticaret hukuku, uyuşmazlıkların çözüm yöntemini sadece devlet yargısı ile sınırlamamış, müzakere, uzlaşma, mini yargılama, tahkim gibi birçok yöntemin gelişmesine neden olmuştur. Bu çözüm yolları içerisinde tahkim, özellikle bağlayıcı etkisi yüzünden en çok tercih edilen yöntem olarak kabul görmüştür. Hatta icra edilebilirlik, tarafsızlık, sürat, uzmanlık gibi avantajları dolayısıyla, milletlerarası uyuşmazlıklar açısından tahkim kavramı, devlet yargısından daha yaygın bir çözüm yolu haline gelmiştir.

Tahkim, kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısında çözümlenmesi yerine, hakem adı verilen kimseler aracılığı ile çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmalarıdır. Görüldüğü gibi, tahkim yargılamasında hakem kavramı ön plana çıkmaktadır. Özellikle hakemlerin uyuşmazlık konusunda uzmanlaşmış kişiler arasından seçilebilmesi, tahkim yargılamasında daha çabuk ve daha iyi sonuç alma imkânını ortaya çıkarabilmektedir.

2) Türk ve Çin İlişkilerinde Tahkimin Avantajları

Türk ve Çin ticari ilişkilerinde uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi çeşitli avantajlar sunmaktadır. Öncelikle uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi nötr bir yol olması sebebiyle taraflara güven verecektir. Gerçekten taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda, Türk

tarafın Çin mahkemelerine gitmesi veya Çinli tarafın Türk mahkemelerine gitmesi yerine, her iki tarafın kabul edeceği bir ülkede ve yine tarafların kararlaştıracağı hukuka tabi olarak uyuşmazlığın milletlerarası tahkim yolu ile çözümlenmesi taraflar açısından daha uygun olacaktır. Zira prensip olarak hiçbir taraf diğer tarafın mahkemesinde yargılanmayı tercih etmeyecek, başka bir deyişle ihtilaf çıkması durumunda, hiçbir taraf diğer tarafın daha avantajlı olmasını istemeyecektir.

Gerçekten milletlerarası tahkim her iki tarafa da eşit uzaklıkta olan ve taraflardan birinin herhangi bir avantajla yargılamaya başlamadığı bir çözüm yoludur. Örneğin uyuşmazlığın Çin mahkemelerinde çözümlenmesi durumunda Türk taraf Çin devletinin yargılama usulünde ve resmi dilinde yargılamaya tabi olurken, yetkili mahkeme önünde kendisini temsil edecek Çinli bir vekil tarafından temsil edilecektir. Buna karşılık, Çinli taraf kendi dilinde ve yargılama usulünde yargılanırken, mahkemede kendi avukatları tarafından temsil edilebilme imkânına sahip olacaktır.

Tarafların Türk ve Çin ticari ilişkilerinde uyuşmalıkların uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunu seçmelerindeki bir başka avantaj, hakem kararının icrası açısındandır. Zira tarafların uyuşmazlıkların çözümü ile en önemli beklentilerinden biri, söz konusu kararın icra edilebilir olmasıdır. Türkiye ve Çin Halk Cumhuriyeti 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınma ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesine taraf bulunmaktadır. Esasında bu sözleşmeye milletlerarası ticarete rol oynan tüm devletler taraftır. Bu sebeple, taraflar tahkim yeri olarak hangi devleti kararlaştırırlarsa kararlaştırırsınlar, verilen hakem kararı Çin veya Türkiye’de icra edilebilecektir.

Ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti İle Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari Ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması imzalanmıştır (RG. 12.11.1994, No. 22109). Aşağıda inceleneceği üzere bu ikili anlaşma hakem kararlarının karşılıklı olarak tanınması ve tenfizini düzenlemektedir.

3) Türk ve Çin Tahkim Kanunları

Türk hukukunda milletlerarası tahkimi düzenleyen en önemli Kanun, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’dur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’muz da iç tahkimi düzenlemektedir. Türk hukukunda gerek Milletlerarası Tahkim Kanunu gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun tahkimi düzenleyen hükümleri Birleşmiş Milletler tarafından model olarak hazırlanmış olan kanun (UNCITRAL Model Kanun) esas alınarak hazırlanmıştır. Başka bir deyişle Türk hukukunda tahkimi düzenleyen hükümler, birçok

devlette ve milletlerarası alanda kabul edilen ve kullanılan model kanun esasına dayanmaktadır.

Çin Halk Cumhuriyeti'nde Model Kanun sadece Hong Kong'da kabul edilmiştir. Bunun dışında Çin Halk Cumhuriyeti'nin tahkim kanunu Model Kanuna dayanmayıp, kendi kanun koyucusunun hazırladığı hükümlere dayanmaktadır. Bu sebeple, Çin Halk Cumhuriyeti tahkim alanında bir UNCITRAL Model Kanun ülkesi olmadığı için, aşağıda inceleneceği üzere, kendisine özgü bazı kurallar içermektedir ve uygulamacıların bu düzenlemeler hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir.

4) Türk ve Çin Hukukunda Milletlerarası-Yerli Tahkim Ayrımı

Türk Hukukunda hangi tahkimlerin milletlerarası tahkim olarak kabul edileceğini Milletlerarası Tahkim Kanunumuzun 1. ve 2. Maddeleri düzenlemiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu, milletlerarası tahkimin kapsamını son derece geniş olarak belirtmiştir. Buna göre tarafların işyeri, sözleşmenin ifa edileceği yer, taraflardan birinin yabancı sermayeli olması, yabancı kredi kullanılması, yabancı teminatın söz konusu olması, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişinin gerçekleştirilmesi durumlarında milletlerarası tahkim söz konusu olacaktır. Görüldüğü gibi Türk Hukukunda milletlerarası tahkimin kapsamı son derece geniş tutulmuştur.

Çin Hukukunda uygulama açısından önemli bir farklılık, yabancı yatırımcı tarafından kurulmuş olsa dahi, Çin'de kurulan bir şirketin taraf olduğu bir uyuşmazlık milletlerarası tahkim olarak nitelendirilmeyecektir. Buna göre, bir Türk yatırımcının Çin'de kurduğu veya ortak olduğu bir şirket ile bir başka Çinli şirket arasındaki tahkim, Çin hukuku açısından yerli tahkim olarak nitelendirilecektir. Başka bir deyişle, Türk yatırımcının dâhil olduğu bu şirket yabancı sermayeli veya yabancı ortaklı olsa dahi, yerli bir Çin şirketi olarak nitelendirilecek ve Çin hukuku açısından tahkime yabancılık unsuru katmayacaktır.

5) Türk ve Çin Hukukunda Kurumsal ve Ad Hoc Tahkim

Milletlerarası uygulama dikkate alındığında, milletlerarası ticarî tahkimin kurumsal olarak (enstitü tahkimi) veya herhangi bir kuruma bağlı olmaksızın (ad hoc) gerçekleştiği görülmektedir. Kurumsal tahkimde, tahkimin cereyan edeceği kurumun önceden hazırlanmış yargılama kuralları vardır. Taraf iradeleriyle düzenlenmemiş hususlar, bu kurumun kurallarına göre yönetilecektir. İşte, böyle bir kurumun organizasyonuna tâbi olarak ve bu kurumun tahkim kurallarına göre yürütülecek tahkim, kurumsal tahkimdir.

Bazı durumlarda taraflar, herhangi bir tahkim kurumuna tâbi olmaksızın, hakem veya hakem kurulunu oluştururlar. Taraflar tahkimin ağırlıklı olarak kendi denetimlerinde gerçekleşmesini istediklerinde, hakemleri, tahkim yerini, tahkim usulünü ve esasa uygulanacak maddî hukuku kendileri tayin ederler veya hakemlere bu konuda yetki verirler. Tahkim mahkemesi, tarafların anlaşmasıyla ve sadece o taraflar arasındaki somut olay için geçici olarak oluşturulan, milletlerarası alanda belli bir kuruma bağlı olmadan yapılan bu hakemliğe ad hoc tahkim (geçici, arızî, ad hoc arbitration) denilmektedir.

Ülkemizde de İstanbul Ticaret Odası ve İzmir Ticaret Odası'nın tahkim faaliyeti vardır. Bunun dışında taraflar herhangi bir tahkim kurumunu kararlaştırmadan ad hoc tahkimi de tercih edebilirler.

Başta CIETEC olmak üzere Çin Halk Cumhuriyeti'nde de tahkim kurumları mevcuttur. Ama daha da önemlisi, Çin Hukuku açısından geçerli bir tahkim şartından bahsedebilmek için mutlaka bir tahkim kurumunu seçmek gerekir. Başka bir deyişle, Çin Hukukuna göre ad hoc tahkim mümkün değildir. Bu sebeple, Çin ve Türk ticaretinde uygulamacıların mutlaka (yerli veya yabancı) bir tahkim enstitüsünü seçmeleri gerekmektedir.

6) Tahkim Yeri

Tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunun kararını vereceği yeri ifade etmektedir. Tahkim yeri kavramı, esas itibariyle coğrafi bir kavram olsa da sonuçları itibariyle son derece önemli bir hukukî kavramdır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere, tahkim yeri, tahkime Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanıp uygulanmaması açısından önem taşımaktadır. Yine tahkim yeri, hakem kararının iptal sebepleri ve iptal davasının açılacağı yer, tahkim usulüne uygulanacak hukukun belirlenmesi, tahkim anlaşmasının geçerliliği, tahkime elverişlilik ve hakem kararının tenfiz engellerinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gibi konularda önemli hukukî sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple, milletlerarası tahkim uygulaması dikkate alındığında, taraflar ve hakemler tahkimin en sağlıklı şekilde gerçekleşeceğine inandıkları ülkeleri tahkim yeri olarak seçmektedirler.

Tahkim yeri, doğrudan taraflarca kararlaştırılabileceği gibi, taraflar, tahkim yerini belirli bir kurum veya kişinin belirlemesi yolunda da anlaşabilirler (MTK.m.9). Tahkim yerini belirleyecek olan kurum veya kişi tahkim anlaşmasında belirtilebileceği gibi, tarafların kabul ettikleri tahkim kuralları

da (örneğin MTO Tahkim Kuralları), tahkim yerini belirleyecek kurumu düzenleyebilir.

Türk hukukunda yabancı unsurlu olmayan ve tamamen iki Türk firması arasındaki uyuşmazlığın yabancı bir ülkede tahkim yolu ile çözülmesi mümkündür. Oysa Çin Hukukunda sadece yabancı unsurlu uyuşmazlıklar için yurt dışında tahkime gidilebilmektedir. Bu sebeple Türk yatırımcısının Çin'de kurduğu veya ortak olduğu bir şirket ile bir başka Çin'li firma arasındaki uyuşmazlık yabancı unsurlu sayılmayacağı için yurt dışında tahkime gitme imkânı olmayacaktır.

Milletlerarası ticaret uygulamasında Türk işadamları açısından en sık kullanılan tahkim yerleri Paris, İsviçre (Cenevre, Zürih), Londra ve Viyana olarak sayılabilir. Kuşkusuz bu sıralamada Avrupa'daki tahkim yerlerinin coğrafi olarak yakınlığı rol oynamaktadır. Uzakdoğu'da özellikle Singapur, Hong Kong ve Kuala Lumpur gibi merkezlerin nötr tahkim yeri olarak sık tercih edildiği görülmektedir.

7) Hakem Seçimi

Milletlerarası tahkimde kabul gören en önemli prensiplerden biri olan irade serbestisi prensibi, hakem seçimi usulünde de ön plana çıkmaktadır. Türk hukukunda, hakemlerin belirlenmesi usulü, tamamen tarafların isteğine bırakılmıştır. İrade serbestisinin bir sonucu olarak, çok istisnai sınırlamalar hariç olmak üzere, taraflar diledikleri kişileri hakem olarak seçebilecekleri gibi hakemlerin seçilmesi usulünü ve sayısını da istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Taraflarca, hakemin (hakemlerin) kim olacağı önceden saptanabileceği gibi, uyuşmazlık doğduktan sonra da belirlenmesi mümkündür.

Türk hukukunda seçilecek hakemle ilgili olarak herhangi bir önkoşul söz konusu değildir. Hakemlerin Türk olması, hukukçu olması gibi bir zorunluluk bulunmayıp, bu konuda taraflara irade serbestisi tanınmıştır. Türk tahkim uygulamasında ITO Tahkiminde hakem listesi oluşturmuş ve hakemlerin bu listeden seçilmesini öngörülmüştür. Bu durum, tarafların irade serbestisini kısıtladığı gibi tahkimin temel prensipleri ile çelişmektedir. ITO Tahkiminde bu durumun iyileştirilmesi halinde, özellikle milletlerarası tahkim açısından ITO tahkimi daha cazip hale gelecektir.

Buna karşılık Çin tahkim uygulamasında prensip, hakemlerin listeden seçilmesidir. Hakemlerin listeden seçilecek olması, doğal olarak tarafların seçim imkânı kısıtlamaktadır. Özellikle yabancı bir tarafın tahkime taraf olması durumunda, listeden hakem seçimi daha büyük zorluk çıkaracaktır.

8) Tahkim Şartının Geçerliliği

Tahkim şartının geçerliliği, hakem kararının iptali ve tenfizden engellenmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Türk Hukukunda geçerli bir tahkim şartının varlığına çok önem verilmekte ve tarafların tahkim iradesinin tereddütte yer bırakmayacak açıklıkta olması beklenmektedir. Bu sebeple diğer bazı hukuk sistemlerinde geçerli olsa dahi seçimlik tahkim şartları (taraflara hakeme veya mahkemeye gitme olanağı veren) veya bağlayıcı olmadığı ifade edilen tahkim şartları geçersiz olarak kabul edilmektedir.

Çin tahkim uygulamasında da uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenebilmesi için öncelikle geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı aranmaktadır. Ayrıca, Çin Hukukunda tahkim anlaşmasının kapsamının belirli olması gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, geçerli bir tahkim anlaşmasının söz konusu olabilmesi için, tarafların belirli bir tahkim kurumunu yetkilendirmiş olmaları beklenmekte ve ad hoc tahkim kabul edilmemektedir.

9) Tahkime Elverişlilik

Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesinin bir diğer koşulu tahkime elverişliktir. Zira Türk Hukukunda Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/2/a maddesinde "hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması" hakem kararının iptali sebebi olarak sayılmıştır.

Türk Hukukunda Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinde "bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz." denilmektedir. Kanun koyucu ilk olarak "Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesinin mümkün olmadığını" ifade etmektedir. Kanun'un metninde de açıkça ifade edildiği üzere, sadece Türkiye'de bulunan taşınmazlarla ilgili uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine sınırlama getirilmiştir. Bu sebeple, Türkiye'de bulunmayan bir taşınmazla ilgili bir uyuşmazlığın, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca tahkime elverişli olmadığı ileri sürülemezdir.

Çin Hukukunda ticari ilişkiler prensip olarak tahkime elverişlidir. Aile hukuku, miras hukuku, idare hukuku konularında tahkime gidilemeyeceği belirtilmektedir.

10) Tahkim Anlaşmasının Özerkliği ve Hakemlerin Kendi Yetkileri Hakkında Karar Vermeleri (Kompetenz-Kompetenz)

Tahkim anlaşmasının, taraflar arasındaki asıl sözleşme içerisinde yer alan bir tahkim şartı şeklinde yapılması mümkündür. Asıl sözleşmenin geçerliliğinin taraflar arasında ihtilâflı olması durumunda, tahkim şartının bu iddialardan nasıl etkileneceği sorusu ortaya çıkacaktır. Zira bir sözleşmede tahkim şartı yer aldığı zaman, prensip olarak bu sözleşmeden doğan bütün uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenecektir. Ancak asıl sözleşmenin geçersizliği söz konusu olduğunda, bu sözleşmenin bir maddesi olan tahkim şartının da geçersizliği söz konusu olacak mıdır? Tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı veya ayrılabilirliği (severability/separability) olarak adlandırılan teoriye göre, geçerlilik açısından, tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsız düşünülmesi kabul edilmiştir. Buna göre, asıl sözleşme ile ilgili geçerlilik iddiaları, yine hakemler tarafından karara bağlanacak ve asıl sözleşmenin geçersizliğinin iddia edilmesi, tahkim şartını kendiliğinden geçersiz ve etkisiz duruma getirmeyecektir. Hakemler, yapacakları yargılama sonucunda, içinde tahkim şartının da bulunduğu asıl sözleşmenin geçersiz olduğuna karar verirlerse, içinde tahkim şartının da bulunduğu asıl sözleşmenin geçersiz olduğuna karar verilmesi, hakem kararını geçersiz duruma getirmeyecektir.

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinde de kabul edilmiştir. Buna göre, *"tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz"*. Aynı şekilde Çin Hukukunda da tahkim anlaşmasının özerk olduğu, başka bir deyişle tahkim şartının bulunduğu sözleşmenin geçersiz olması durumunda dahi tahkim şartının geçerliliğini koruyacağı ve (asıl) sözleşmenin geçersizliği dâhil tüm ihtilafların tahkim yolu ile çözümleneceği kabul edilmektedir.

Tahkim yargılaması sırasında tahkim şartının geçerliği ile ilgili olarak karşılaşılan bir başka sorun, davalının, uyuşmazlığın tahkim anlaşması kapsamına girmediği ve bu sebeple uyuşmazlığın devlet mahkemesi tarafından çözülmesinin gerektiğini ileri sürmesidir. Böyle bir durumda, çözülmesi gereken ilk problem, uyuşmazlık için hakemlerin yetkili olup olmadığına kimin karar vereceğidir. İşte, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar vermesi veya hakem mahkemesinin yetkisini karara bağlama yetkisine kompetenz-kompetenz denilmektedir.

Hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar vermesi ve tahkim şartının bağımsızlığı (özerkliği) prensipleri birbirini tamamlayan prensip-

lerdir. Her iki prensip de, asıl sözleşmenin veya tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi durumunda dahi, hakemlerin yetkisinin kendiliğinden ortadan kalkmayacağını, tam tersine, geçersizlik ve yetkisizlik hakkında yine hakemlerin kendisinin karar vereceğini ifade etmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/H maddesi uyarınca, hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebileceği belirtilmiştir. Hakemler kendi yetkileri hakkında karar verirken, tahkim anlaşmasını sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendireceklerdir. Bu sebeple, tahkim şartı veya sözleşmesi geçersiz olsa bile maddî hukuk sözleşmesinin geçerli olması mümkündür. Aynı şekilde, tahkim sözleşmesi geçerli olduğu hâlde, hakemlerin maddi hukuk sözleşmesinin geçersizliğine karar vermeleri de mümkündür.

Türk Hukukunda farklı olarak Çin hukukunda hakemlerin yetkisine yapılan itirazlarda hem hakemler hem de mahkemeler yetkili kılınmıştır. Ancak taraflardan birinin hakemin yetkisi ile ilgili olarak mahkemeye başvurusu durumunda tahkim duracak ve mahkemenin yetki ile ilgili olarak vereceği karar beklenecektir.

11) Tahkim Dili

Türk Hukukunda taraflar tahkim dilini istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Tahkim yeri Türkiye olsun ya da olmasın, tahkim dilinin Türkçe olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Taraflar Türkiye'nin tanıdığı herhangi bir devletin resmi dilini tahkim dili olarak seçebilirler. Bu durumda aksi kararlaştırmadıkça hakemlere verilecek her türlü dilekçe belge ve hakem kararının, tahkim dilinde olması ve duruşmaların tahkim dilinde yapılması gerekmektedir.

Çin Hukukunda ise taraflar tahkim dilini kararlaştırabilirler ancak aksi kararlaştırılmadıkça tahkim dili Çince (Mandarin)dir. Bu sebeple, Çin ile iş yapan işadamlarının tahkim şartında tahkim dilini mutlaka yazmaları gerekecektir.

12) İhtiyati Tedbir

Milletlerarası tahkim uygulamasında en çok tartışılan konulardan bir tanesi hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisidir. İhtiyatî tedbir ve ihtiyati haciz kararı verme yetkisi bir taraftan davacının davayı kazanması hâlinde elde edebileceği hakkının önceden güvenceye alınması için gerekli tedbirlerin alınmasını temin ederken, diğer taraftan, daha yargılama sonuç-

lanmadan somut etkiler doğurması itibariyle, önemli bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır. Tahkim yoluna başvurulması hâlinde, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararı gerektiğinde, bu talepler hakkında kimin karar vereceği sorunu ortaya çıkacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 3. maddesinde ifade edildiği üzere, *"milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler, sadece bu Kanun'un hükümlerine göre müdahalede bulunabilirler."* Bu madde, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, mahkemelerin tahkime müdahalesini en aza indirmek istediğini açıkça ifade etmektedir. Bununla beraber, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz konularında, gerek söz konusu kararların daha kolay icra edilebilmesi gerekse bu yetkilerin en uygun şekilde kullanılmasını temin için, hakemlerle birlikte, mahkemelere de karar verme yetkisi tanınmıştır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca, *"tarafardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez"*. Bu maddeyi gerekli kılan ihtimallerden ilki, aşağıda görüleceği üzere, Milletlerarası Tahkim Kanunu hakemlere ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verme konularında belirli ölçüde yetkiler vermesine rağmen, yine aşağıda inceleneceği üzere, bazı durumlarda, hakemlerin yetkisi dışında kalan ve mahkemeler tarafından alınması gereken geçici tedbirlerin söz konusu olabilmesidir.

Çin Hukukunda ihtiyati tedbir sadece mahkemelerden istenebilmektedir. Başka bir deyişle, Çin Hukukunda hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verme yetkileri yoktur.

13) Esasa Uygulanacak Hukuk Seçimi

Türk ve Çin hukukları taraflara uygulanacak hukuk konusunda irade serbestliği tanımaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca, *"hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyumsuzluğunun esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir"*. Tahkimde esasa uygulanacak hukuk belirlenirken, öncelikle taraf iradesine önem verilmektedir. Uyuşmazlığın tahkimde çözümlendiği durumlarda, taraflar, esasa uygulanacak maddi hukuku serbestçe seçebilirler.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12. maddesi, hukuk seçiminin açık olarak yapılması konusunda bir zorunluluk öngörmemektedir. Böylece, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi tahkimlere konu olan sözleşmelerde zımnî hukuk seçimi mümkündür. Ayrıca tarafların bir sözleşmeye birden fazla hukukun uygulanmasını öngören hukuk seçimi yapmaları da müm-

kündür. Yine söz konusu madde uyarınca, hakemler uyuşmazlığın çözüm- lenmesinde taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini dikkate alacaklardır. Gerçekten milletlerarası tahkim uygulaması dikkate alındığında, birçok uyuşmazlığın sadece sözleşme hükümlerinin dikkate alınması yolu ile çö- zümlenebildiği dikkati çekmektedir. Bunda milletlerarası ticarî ilişkilerin, oldukça detaylı sözleşmelerle düzenlenmesi veya tarafların bu alandaki standart kurallara atıf yapması önemli bir rol oynamaktadır.

Gerek Türk Hukuk gerek Çin Hukuku Kıta Avrupası hukukuna ben- zerlik göstermektedir. Özellikle her iki ülkenin Alman Hukukuna yakınlığı dolayısıyla Türk ve Çin ticaretinde uygulanacak hukuk olarak İsviçre veya Alman Hukukunun seçilmesi tarafların beklentileri açısından uygun ola- caktır.

14) Hakem Kararına Karşı Başvuru Yolları

Milletlerarası ticaretin gelişmesine paralel olarak hakem kararlarına karşı başvurulacak yolların azaltılması yönünde bir eğilim bulunmaktadır. Bu eğilimin temelinde hakem kararlarına karşı başvurulacak yolların kötü- ye kullanılması yatmaktadır. Aynı eğilim, Milletlerarası Tahkim Kanu- nu'nun hazırlanmasında da dikkate alınmıştır. Buna göre Türk Hukukunda hakem kararlarına karşı başvurulacak tek kanun yolu iptal davası açılması- dır. Aynı şekilde Çin Hukukunda hakem kararına karşı başlıca başvuru yolu hakem kararının iptalidir.

Türk ve Çin hukukunda iptal sebepleri incelendiğinde, benzer sebeple- re dayanılarak hakem kararının iptalinin istenebileceği görülmektedir. Buna göre;

- *Tahkim anlaşmasının bulunmaması*
- *Hakemlerin yetkiyi aşması*
- *Hakem heyetinin oluşturulmasında usulsüzlük*
- *Adil yargılama prensibinin ihlali*
- *Kamu düzenine aykırılık*
- *Hakem kararının tahkime elverişli olmayan bir konuda verilmiş olması*

durumlarında hakem kararının iptali istenebilir.

Türk hukukundan farklı olarak Çin hukuku "kararın dayandığı delille- rin sahte olması, suistimal, hukukun ihlali" durumlarında da hakem kararı- nın iptal edilebileceğini düzenlemektedir. "Kararın dayandığı delillerin sahte olması ve suistimal" olarak ifade edilen durumlarda, Türk hukukun- da kamu düzenine aykırılık sebebiyle hakem kararının iptali talep edilebilir.

Ancak Türk hukukunda "hukukun ihlali" bir iptal sebebi olarak sayılmamıştır. Zira böyle bir inceleme hakem kararının esasın incelenmesi anlamına gelecektir ki, Türk hukukunda iptal davasının amacı hakem kararının doğruluğunu incelemek değildir. Oysa görüldüğü gibi, Çin Hukukunda hukukun ihlali, hakem kararının iptali için bir sebep olarak sayılmıştır.

15) Hakem Kararlarının Tenfizi

Yabancı olarak nitelendirilen mahkeme kararları ve hakem kararları ancak tanıma veya tenfiz edilebilme koşulu ile bir başka ülkede sonuç doğurabilirler.

Hem Türkiye hem de Çin Halk Cumhuriyeti Hakem kararlarının Tanınma ve Tenfizi Hakkındaki 1958 tarihli New York Sözleşmesine taraftır. Buna göre, yabancı hakem kararlarının tenfiz edilebilmesi için, yabancı hakem kararının tenfizine engel bir durum olmaması gerekir. Bu sebeple, yabancı hakem kararının, ancak tenfizine engel olan bir durum varsa tenfiz edilmeyeceği söylenebilir. Hakem kararının tenfizine engel bir durum olmaması üzerine, yabancı hakem kararının icra edilmesi mümkün olacaktır. Bu nedenle yabancı hakem kararının tenfiz edilebilmesi için bir tenfiz davası açılarak, mahkemeden, yabancı hakem kararının tenfizine engel bir durum olmadığına ilişkin karar alınması gerekmektedir.

Tenfiz edilmek istenen yabancı hakem kararının, geçerli bir tahkim sözleşmesine veya tahkim şartına dayanması gerekir. Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise tenfiz talebi reddedilecektir. Aynı şekilde, tahkim anlaşmasının taraflarının ehliyetsiz olması durumunda da geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti İle Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari Ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması imzalanmıştır (RG. 12.11.1994, No. 22109). Söz konusu ikili anlaşmanın 26. madde si hakem kararlarının tenfizini düzenlemektedir. Bu madde öncelikle mahkeme kararlarının tenfizini düzenleyen 23. Maddeye atıf yapmaktadır. Buna göre;

Tanıma ve Tenfizin Reddi

21. maddede belirtilen kararlar veya hakem kararları, talepte bulunulan mahkemelerde, aşağıdaki durumlarda tanınmayacak veya tenfiz edilmeyecektir:

1. Kararların veya hakem kararlarının talepte bulunan Akit Tarafın mevzuatına göre, kesinleşmemesi veya icra kabiliyetini haiz olmaması,
2. Talepte bulunan Akit Tarafın adli makamının, talepte bulunulan Akit Tarafın mevzuatına göre, davaya bakma yetkisinin bulunmaması,

3. Kararların itiraz olunduğu Akit Tarafın kanunlarına göre, yargılamaya katılmayan ve aleyhinde karar verilen tarafın, usulüne uygun olarak davet edilmiş olması veya hukuki ehliyetsizliği sebebiyle, savunma veya muteber bir şekilde temsil edilme hakkından yoksun bırakılmış olması, 4. Talepte bulunulan Akit Tarafın hakem mercilerinin veya mahkemelerinin aynı anlaşmazlık konusu ile ilgili olarak, aynı taraflar arasında açılmış bulunan davada nihai karar vermiş olmaları veya davaya bakmakta olmaları veya aynı anlaşmazlık konusunda üçüncü bir Devlet tarafından verilen nihai kararı tanımış olmaları.

Bundan başka Türkiye Cumhuriyeti İle Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari Ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması'nın 26. Maddesi uyarınca;

Hakem kararları, bu kısmın 3. bölümünde belirtilen diğer şartlara ilaveten, aşağıdaki koşulları ihtiva ettiği takdirde, tanınacak ve tenfiz edilecektir:

1. Talepte bulunulan Akit Tarafın kanunlarına göre, sözleşmeden doğan veya sözleşmeden doğmayan ticari ihtilaflar hakkında verilen hakem kararları kapsamında bulunan kararlar olması.

2. Hakem kararının, belirli bir ihtilaftan veya özel bir hukuki ilişkiden kaynaklanan müstakbel davalara ilişkin olarak, taraflar arasında hakem merciinin yetkisini tespit eden yazılı bir anlaşma uyarınca verilmiş olması ve keza hakem kararının, yukarıda söz konusu edilen hakemlik mercii tarafından, anlaşmayla tespit edilen yetki çerçevesinde verilmiş olması.

Görüldüğü gibi, hakem kararlarının tenfizi için aranacak koşullar 1958 tarihli New York Sözleşmesinde aranan koşullar ile benzerlik göstermektedir. Sözleşmenin 5. Maddesi "kamu düzenini" düzenlemektedir. Buna göre, şayet Akit Taraflardan biri adli yardım talebinin yerine getirilmesini kendi egemenlik, güvenlik veya kamu düzenine aykırı görürse bu talebi reddedebilir. Bununla beraber, red gerekçesi diğer Akit Tarafa bildirilecektir.

Sonuç

Milletlerarası tahkim Türk ve Çin ticaretinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için özellikle nötr özelliği ve icra edilebilirliği açısından uygun bir çözüm olacaktır.

Türk Hukuku ve Çin Hukuku tahkim açısından bazı farklı yaklaşımlara sahiptir. Çin Tahkim Kanunu, Türkiye'den farklı olarak UNCITRAL Model Kanuna dayanmamaktadır. Çin'de veya Çin ile iş yapan kişiler, Çin hukukunda yabancılik unsurunun bize göre daha dar tanımlandığına dikkat etmelidir. Buna göre Türk yatırımcıların Çin'de kurduğu veya ortak olduğu şirketler, yerli şirket olarak kabul edilecek bu şirketlerin diğer Çin

firmaları ile olan uyuşmazlıkları yerli tahkim olarak nitelendirilecektir. Sadece yabancı unsurlu uyuşmazlıklar için Çin dışında tahkime gidilebileceği göz önüne alındığında, konunun önemi daha açık ortaya çıkmaktadır.

Çin ile ilişkilerde tahkim şartı yazarken dikkat edilmesi gereken bir husus, Çin Hukukunun ad hoc tahkimi kabul etmeyip mutlaka bir tahkim kurumunun seçilmesini aramasıdır. Ayrıca Çin Hukukuna göre hakemler ancak tahkim listesinden seçilebilmektedir. Çin hukuku uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça tahkim dili Çince (Mandarin)dir. Bu sebeple, Türk tarafların tahkim şartında tahkim dilini belirlemeleri büyük önem kazanmaktadır. Esasa uygulanacak hukuk açısından Çin ve Türk Hukuklarının Kıta Avrupası hukuku ile olan yakınlığı dikkate alındığında İsviçre veya Alman Hukuku her iki taraf için de tercih edilebilir. Ancak kuşkusuz esasa uygulanacak hukuk belirlenirken tarafların beklentisi ve sözleşmenin niteliği dikkate alınmalıdır. Nihayet, Çin Hukukunda Türk Hukukundan farklı olarak hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verme yetkileri yoktur ve ihtiyati tedbir için mahkemeye müracaat edilmesi gerekmektedir.