



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

ULUSLARARASI
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE
USUL, UYGULAMALAR
VE
GÜNCEL SORUNLAR

SEMPOZYUM

09-10 Ocak 2009 - ANKARA

ULUSLARARASI
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE USUL,
UYGULAMALAR
VE
GÜNCEL SORUNLAR
SEMPOZYUMU

09-10 Ocak 2009
ANKARA



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 164

*Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul,
Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu*

ISBN: 978-605-5614-04-1

© Türkiye Barolar Birliği

Birinci Baskı: Ekim 2009, Ankara

Türkiye Barolar Birliği

Oğuzlar Mahallesi

Bariş Manço Caddesi, 1366. Sokak No: 3

06520 Balgat - ANKARA

Tel: (312) 292 59 00 (pbx)

Faks: (312) 286 55 65

web: www.barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobilik.org.tr

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık

Düş Atelyesi (0312.215 70 37)

www.dusatelyesi.com

Baskı

Şen Matbaa

Özveren Sokağı 25/B

Demirtepe-Ankara

(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

**ULUSLARARASI
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE USUL,
UYGULAMALAR
VE
GÜNCEL SORUNLAR
SEMPOZYUMU**

**09-10 Ocak 2009
ANKARA**

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ GÜN AÇILIŞ KONUŞMALARI

Av. Güneş GÜRSELER.....	3
Anthony CONNERTY.....	4

BİRİNCİ GÜN BİRİNCİ OTURUM

*“Uluslararası Ticari Uyuşmazlık Çözümü;
Uluslararası Ticari Tahkim Kurumları;
Ad Hoc Tahkimi ve Tahkimin Geleceği”*

Selma ÇETİNER.....	11
Giovanni de BERTI.....	12
Anthony CONNERTY.....	17
Tartışma.....	25

BİRİNCİ GÜN İKİNCİ OTURUM

*“Devletlerin Uluslararası Uyuşmazlığa Bakışı ve Lex
Mercatoria’nın Rolü”*

Seçkin ARIKAN.....	39
Reza MOHTASHAMİ.....	40
Prof. Dr. Arzu OĞUZ.....	55
Tartışma.....	66

BİRİNCİ GÜN
ÜÇÜNCÜ OTURUM

“İnşaat Endüstrisinde Uyuşmazlık Çözümü”

Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ	83
John TACKABERRY	84
Tartışma	99

BİRİNCİ GÜN
DÖRDÜNCÜ OTURUM

“Enerji Hukukunda Uyuşmazlıklar”

Musa TOPRAK	109
Prof. Mınır MANURIZZAMAN	109
Musa TOPRAK	117
Prof. Dr. Ali ULUSOY	119
Tartışma	127

İKİNCİ GÜN
BEŞİNCİ OTURUM

“Yabancı Unsurlu Kararların Uygulanabilirliği”

Özcan ÇİNE	137
Prof. Guido CARDUCCI	138
Av. Serhat ESKİYÖRÜK	146
Tartışma	154

İKİNCİ GÜN
ALTINCI OTURUM
"Türkiye'de Tahkim ve Adr"

Şamil DEMİR	167
Prof. Dr. Cemal ŞANLI.....	167
Tartışma.....	177
Yrd. Dr. Mustafa ÖZBEK.....	186
Tartışma.....	193

İKİNCİ GÜN
"Kapanış Konuşmaları"

Av. Sani YILDIRIM.....	201
Av. Vedat Ahsen COŞAR	202
Anthony CONNERTY.....	202

Türkiye Barolar Birliği
ULUSLARARASI
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE USUL,
UYGULAMALAR VE GÜNCEL SORUNLAR
SEMPOZYUMU

Birinci Gün
9 Ocak 2009

Açılış Konuşmaları

Güneş GÜRSELER (Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri): Maalesef sizlere dağıttığımız programda yazdığı şekilde uygulayamıyoruz. Çünkü önemli bir kaybı oldu Türkiye Barolar Birliği'nin ve Türkiye barolarının, Türk avukatlarının, önemli bir kaybı oldu. Açılış konuşmasını Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Özdemir Özok yapacaktı... İlk oturumu Ankara Barosu Başkanı Ahsen Coşar yönetecekti... Ama her ikisi de şimdi İzmir'de. İzmir Barosu Başkanı değerli üstadımız, arkadaşımız, dostumuz Av. Nevzat Erdemir'i geçirdiği bir beyin kanaması sonucu kaybettik. Bugün, İzmir'de şu sıralarda toprağa veriliyor, törenler yapılıyor. O nedenle başkanlarımız İzmir'de. Ben törenin şu an İzmir'de yapılıyor olmasını da dikkate alarak Türk savunma mesleğinin bu önemli kaybını hep birlikte anmayı sizlerden diliyorum. Sizleri Nevzat Erdemir için bir dakikalık saygı duruşuna davet ediyorum.

(Saygı Duruşu Yapıldı)

Ruhu şad olsun, teşekkür ederiz.

Arz ettiğim gibi size Türkiye Barolar Birliği Av. Özdemir Özok bir açış konuşması yapacaktı. Maalesef o konuşmayı kendisi belirttiğimiz nedenle yapamıyor. Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı, Yönetim Kurulu üyelerimiz, hepimiz

GÜNEŞ
GÜRSELER'İN
KONUŞMASI

buradayız... Ama bir hukuki içerik taşıyan konuşma yapmayı uygun görmedik. Ben kısaca bir hoş geldiniz deyip sözü IDR Grubu Başkanı sayın Anthony Connerty'ye vereceğim.

Ben sadece sizlere bir teşekkür etmek istiyorum. Bu toplantının gerçekleştirilmesinde Adana Barosu'nun değerli genç elemanlarından sevgili Serhat Eskiörük'ün çok büyük gayretleri oldu, bizi çok yönlendirdi, ona önce teşekkür ediyorum. IDR Gruba çok teşekkür ediyorum, Ankara Barosu'na bütün işbirliği için teşekkür ediyorum. Bu başlıkta bir uluslararası toplantıyı neden Türkiye Barolar Birliği gerekli gördü? Çünkü biz Türkiye'nin bulunduğu coğrafyada Ortadoğu'yla ilişkileri, Orta Asya'yla, Balkanlarla, Avrupa'yla, Akdeniz Bölgesi'yle ilişkileri, gelişen ticari ve ekonomik ilişkileri ve bu ilişkilerin çözümünde uluslararası tahkimin giderek çok daha önem kazanması ve henüz Türkiye'de meslektaşlarımızın uluslararası tahkim konusunda yeterli etkinliğe sahip olmadıklarını ortaya koymak ve bu eksikliği giderecek işbirliğini, bu eksikliği giderecek ilişkileri geliştirmek bu toplantının amacı. IDR Grup Avrupa'da bu konuda, dünyada bu konuda çok önemli çalışmaları olan ve çok önemli üyeleri olan bir grup. Biz bundan sonra da bu işbirliği içinde meslektaşlarımızın uluslararası tahkim konusunda daha etkin olmalarını sağlayacak platformu hazırlamaya çalışıyoruz. Amacımız da bu, bu toplantı bu doğrultudaki çalışmaların başlangıcı olsun diyoruz. Ben tekrar aramızda değerli öğretim üyelerimiz var, sayın Dekanımız burada, herkese çok teşekkür ediyorum. Değerli meslektaşlarımıza, baro başkanlarımıza bu toplantının bugün ve yarın sürecektir toplantının yararlı olmasını diliyorum, saygılar sunuyorum. Tekrar hoş geldiniz.

ANTHONY
CONNERTY'NİN
KONUŞMASI

Anthony CONNERTY (IDR Group Başkanı): Çok teşekkürler, sayın Genel Sekreter. Baylar ve bayanlar, değerli konuklar, günaydın. ADR Group adına sizlere hoşgeldiniz demek istiyorum. Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu ile birlikte bu konferansa katılmak grubumuz adına bir onurdur. Sayın Genel Sekreter'in de belirttiği gib, yalnızca Türkiye Ba-

roler Birliği ve Ankara Barosu'na değil, aynı zamanda bu konferansın gerçekleştirilmesi için Ankara'daki bağlantılarıyla birlikte Londra'da büyük emek sarf eden Serhat Eskiyyörük'e de teşekkür etmek isteriz. Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu'na müteşekkirimiz.

ANTHONY
CONNERTY'NİN
KONUŞMASI

Bugün burada, ADR Group'un birkaç üyesi konuşmalarını sunacaklar. Bu sırada izlere grupla ilgili bilgiler verebileceğimi düşünüyorum. ADR Group yakın zamanda kuruldu. Geçtiğimiz yıl Meclis Binası'ndaki bir öğle yemeğinde kuruldu. ADR, milletlerarası ticari tahkim alanında çalışan uzmanlardan oluşan küçük bir gruptur ve üyeleri arasında dünyanın çeşitli yerlerinden gelen hakemler, avukatlar ve diğer profesyoneller bulunmaktadır. Grubun üyeleri, Paris'te ICC, Londra'da LCIA ve Pekin'de CTAC ve Amerikan Tahkim Birliği'nin uluslararası kesiti gibi önde gelen kurumların kurallarına tebaan uluslararası ticari tahkim usulleri konusunda deneyimlidir. Grup üyelerinin deneyimleri, uluslararası ticari tahkimin devlet boyutuna da uzanmaktadır. Örneğin, grup üyeleri arasında Nijerya Prensi Bola Ajibola ve Mısır'dan Dr. Ahmed El Kosheri de bulunmaktadır ki, bu iki kişi Lahey'deki Uluslararası Adalet Divanı'nda ve yine Lahey'deki Kalıcı Tahkim Mahkemesi'nde uzun yıllar görev yapmıştır. Dolayısıyla, grubun deneyimleri yalnızca uluslararası ticari tahkim düzeyi ile sınırlı değildir. Grup içerisinde, petrol, maden, metal, ticari suçlar ve uluslararası ilişkiler gibi konularda uluslararası ticari tahkim ve uluslararası uzlaşmazlık çözümü alanlarında uzmanlardan oluşan bir danışma kurulu oluşturulmuştur. Grubumuzun web sitesinden daha fazla bilgi alabilirsiniz.

Konferans programına bugün ve yarın yapacaklarımıza bakarsak, konferansımızın konusu uluslararası anlaşmazlık çözümünde usuller, uygulamalar ve güncel sorunlar olacaktır. İlk oturumumuza, Prof. Dr. Selma Çetiner başkanlık edecek ve Giovanni de Berti ve bendeniz ilk oturumda sizlere "*Uluslararası Anlaşmazlık Çözümü, Uluslararası Ticari Tahkim Kurumları ve Ad Hoc Tahkimi*" konusunda konuşmalarımızı sunacağız. Grup konuşmacılarımız arasından ikisi, ne yazık ki aramızda değildir. Bunlardan ilki, Çinli üyemiz, Xing

ANTHONY
CONNERTY'NİN
KONUŞMASI

Xiusong. Kendisi dün bana yaşlı olan babasının Pekin'de hastaneye kaldırıldığını ve bu koşullarda, bizimle bugün burada olamayacağını belirtti. Bu nedenle, Giovanni ve ben deniz konuşmalarımızı bitirdiğimizde, çok kısa olmak üzere Çin hakkında bir sunum yapacağız ve Giovanni uzlaşmayla ilgili olarak Milano ile Pekin ve Şanghay arasında gerçekleştirilen bir çalışma hakkında sizlere bilgi verecek. Ardından, açılımı Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu olan CTAC kurumunun kuralları konusunda kısa bir konuşma yapacak ve dünyanın muhtemelen en büyük ve en yoğun uluslararası ticari tahkim örgütü olan ve içtihatlarla dayanan bu kurum hakkında size bilgi sunacağım.

İkinci otururumuzda, *"Devletler Düzeyinde Anlaşmazlık Çözümü"* ve *"Lex Mercatoria'nın Rolü"* konularını ele alacağız. Bu oturuma, Seçkin Arıkan başkanlık edecek. Burada, ikinci kaybımız olan hakim Thomas Mensah aramızda olamayacak. Kendisi, Hamburg'daki Uluslararası Denizcilik Hukuku Kurulu'nun ilk başkanlığını yapmıştır ve denizcilik alanında bir uzman olarak tanınmaktadır. Ne yazık ki, Afrika dönüşüncü yaptığı bir yolculukta, Tom Mensah bir kaza geçirmiş ve son birkaç haftayı Londra'da bir hastanede geçirmek zorunda kalmıştır. Bu oturumda konuşmacı olarak Reza Montashami ve Prof. Arzu Oğuz'u dinleyeceğiz. Üçüncü oturumumuzun konusu *"İnşaat Sektöründe Anlaşmazlıklar ve Çözümü"*. uluslararası inşaat anlaşmazlıkları konusunda dünyaca tanınan bir uzman olan John Tackaberry QC bizlerle olacak. Kendisi programda bir ADR Group üyesi olarak görünmüyor ama şu anda size memnuniyetle söyleyebilirim ki, kendisi bizim grubumuza katılacaktır. Aynı oturumda, FIDIC Sözleşmeleri'ne ilişkin inşaat anlaşmazlıkları konusunu bizlere Prof. Ziya Akıncı anlatacak.

Dördüncü oturumumuzda, *"Enerji Hukukunda Anlaşmazlık Çözümü"* konusunu ele alacak ve Prof. Ali Ulusoy ile birlikte konuşacak olan Prof. Munir Manurizzaman'ı dinleyeceğiz. Prof. *"Türkiye'deki Enerji Lisanslama Düzeni"* konusunu ele alacak ve bu konuşmanın ardından, günün son oturumunu tamamlamış olacağız. Yarın ise iki oturumumuz olacak. İlk

oturum olan beşinci oturum, Hakem kararlarının İcrası konusunda olacak. Anlaşmazlığın tahkime götürülmesindeki amaca bakarsak, sonuç olarak icra edebileceğiniz bir hakem kararına kavuşmanız gerekiyor. Bu yüzden, hakem kararlarının icrası büyük önem taşıyor. Bu oturumda, grup üyelerimizden bir diğeri olan Guido Carducci bizlere New York ve ICSID Sözleşmeleri çerçevesinde icra konusunda bir konuşma sunacak. Bunun ardından, Serhat Eskiyyörük "*Hakem Kararlarının İcrası Ve Devlet Kurumları*" başlıklı konuşmasını yapacak. Daha önce de belirttiğim gibi, bu konferansla ilgili olarak Londra'daki çalışmalarından ötürü kendisine çok müteşekkirim.

Yarının son oturumu olan altıncı oturumda, "*Türkiye'de Tahkim ve Alternatif Anlaşmazlık Çözüm Yolları*" konusunu ele alacağız. Konuşmacılarımızdan ilki olan Prof. Cemal Şanlı bizlere "*Türkiye'deki Tahkim Uygulaması*"nı, diğeri konuşmacımız olan Dr. Mustafa Özbek ise "*Türkiye'de Yeni Arabuluculuk Kanunu'nun Işığında Anlaşmazlık Çözümünün Geleceği*" konusunu ele alacak.

Baylar ve bayanlar bu konferansın sizler için yararlı ve aydınlatıcı olmasını umuyorum. Teşekkürler.

Türkiye Barolar Birliği
ULUSLARARASI
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE USUL,
UYGULAMALAR VE GÜNCEL SORUNLAR
SEMPOZYUMU

Birinci Gün
9 Ocak 2009

BİRİNCİ OTURUM
*“Uluslararası Ticari Uyuşmazlık Çözümü;
Uluslararası Ticari Tahkim Kurumları;
Ad Hoc Tahkimi ve Tahkimin Geleceği”*

Oturum Başkanı
Selma ÇETİNER
Hacettepe Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dekanı

Selma ÇETİNER (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı): Teşekkür ederiz bay Connerty.

SELMA
ÇETİNER'İN
KONUŞMASI

Günaydın, hepiniz hoş geldiniz. Bu güncel konuya ben de sizler gibi katılımcı olarak gelecektim, ama açılış konuşmasında Güneş beyin de belirttiği gibi ne yazık ki, meslektaşımız İzmir Baro Başkanı Nevzat Erdemir'in kaybıyla böyle programda bir değişiklik oldu. Bundan dolayı özür diliyoruz ve Nevzat beyin yakınlarına başsağlığı diliyoruz, hepimizin de başı sağ olsun.

Tahkim, ülkemizde maalesef mahkemelere bir alternatif oluşturamadı. Bunun nedenleri açılış konuşmasında da söylenildiği gibi yeterince tanınmaması, kurumsal altyapısının oluşturulmaması ve tabii birtakım uygulamadaki aksaklıklardan kaynaklanıyor. Bugün ve yarınki konuşmalara da baktığımızda bu konulara girildiğini görüyoruz. Bu nedenle Barolar Birliği'ne, Ankara Barosuna ve IDR Grubu'na bu konuyu düzenledikleri için teşekkür ediyoruz.

İki konuşmacımız var. Aslında sayın Connerty'nin belirttiği gibi Çin tahkimiyle ilgili de bir konuşmacımız vardı. Ancak o gelemedi, Çin'le ilgili tahkim konusunda yine iki konuşmacımız sayın Connerty'nin konuşmasında da belirttiği gibi bilgi verecekler. Konuşmacılarımızın ilki Giovanni de Berti "*Uluslararası Ticari Uyuşmazlık Çözümüyle*" ilgili bize bilgi verecek. Diğer konuşmacımız da Anthony Connerty "*Türk Tarafların Katıldığı Örnekleri İçeren Uygulamaların Işığında Kurum-*

sal ve Adhoc Tahkimi" konusunda bize bildirecek. İlk konuşmacımızın süresi 20 dakika.

GIOVANNI
DE BERTI'NİN
KONUŞMASI

Giovanni de BERTI (İtalya ve İngiltere Barosu, Tahkim Kurumu (CIARB) Arabuluculuk Komisyonu Başkanı): Çok teşekkür ederim. Öncelikle, sizlerle burada olmaktan onur duydum. Bu güzel, önemli ve tarihi şehirde olmak benim için bir keyiftir. Bu, buraya ilk gelişim. Tarihi açıdan benim ülkeye çok yakın olan başkentinizi uzun zamandır görmek istiyordum. Şimdi, iki ülke arasında çok önemli ve güzel bir ilişki var.

Konuşmamda, özellikle önem verdiğim ve Milano'da Tahkim Kurumu tarafından yürütülen bir projeyi ele alacağım. Akdeniz Projesi (*Mediterranean Project*) olarak adlandırılan bu projenin amacı, hepimize ait olan Akdeniz'in kuzey ve güneydeki iki yakası arasında bir köprü kurmaktır.

İlk olarak, on yıldan uzun bir süre önce Barselona'da Avro-Akdeniz ülkelerinin Dışişleri Bakanları'nın toplandığı ünlü ve tarihi bir konferanstan bahsetmek istiyorum. Bu konferansta, Akdeniz'in bu tarafındaki devletlerden gelen 12 temsilcinin yanı sıra, Avrupa Birliği'nin 27 üyesi yer almıştır. Bu konferansta, "*Avrupa Ortaklığı*" adı verilen ve siyasi, ekonomik, kültürel ve sosyal alandaki çalışmalar yoluyla bir barış, güvenlik ve refah alanı yaratma çabası güdülmüştür. Ayrıca, bugünkü konumuzu oluşturan adalet alanında daha etkin bir işbirliği sağlamak için Barselona Beyannamesi'ne atıfta bulunulmuştur.

Ülkelerimiz arasında iyi ve etkili bir sınırlar ötesi adalet sistemi oluşturulması açısından karşımıza çıkan sorunlar nelerdir? Böyle bir amaç, bütün ülkelerimizde etkili bir anlaşmazlık çözüm sistemi, bu anlaşmazlıkların çözümüne temel oluşturacak yeterli düzeyde kanunlar ve tarafsız, hızlı ve etkili usul uygulamalarının oluşturulması gerekmektedir. Adli sistemlerimizin her birinin amacı budur ama mahkemelerimizde bunun sağlanmadığını sıkça görmekteyiz, çünkü

adli standartlarımız bu tür sınır ötesi ilişkilerde hem maddi çözümlerin gereksinimlerini hem de iş ilişkileri açısından gerekli olan süreç hızlarını sağlayamamaktadır. Aynı şekilde, taraflar -müvekkillerimiz ve hukuki danışmanlar olarak biz- hakkında herhangi bir bilgimizin veya deneyimimizin olmadığı bir hukuk sisteminde çözüm aramak konusunda çekingen davranıyoruz. Bugün dahi incelememize karşın, tahkim ve uzlaşma tarafların bu güçlükleri aşması açısından yerel mahkemelere göre çok daha yeterli olduğunu görüyoruz, çünkü bu sistemler sınır ötesi anlaşmazlıkların kendine özgü özellikleri ve tarafların ihtiyaçları açısından esnek ve uyarlanabilir niteliktedir.

Bu noktada bile, tahkim ve uzlaşma prosedürleri bütün sorunları çözememektedir. Hakemler ve uzlaştırıcılar arasında kültür farklılıkları vardır. Hepimiz farklı kültürlerden geliyoruz, hepimiz belirli bir kültürde yetiştik. Dolayısıyla, aynı çözümlere farklı çözümler ve farklı yaklaşımlar getiriyoruz. Bu farklılıklar hakem kararları ve tahkim ve uzlaşma süreçleri üzerinde belirli bir etkiye sahiptir. Bu yüzden, ticari alışverişler açısından bu kadar birbirine bağlı olan bu alanda, bütün ülkeler tarafından kabul edilebilecek özel bir anlaşmazlık çözüm sistemi oluşturulması gerekmektedir. Böyle bir sistem bütün ülkeler tarafından nasıl kabul edilebilir? Eğer bu sistem bu süreçleri yöneten tahkim kurumları ve bu süreçleri yönlendiren hakemler ve uzlaştırıcılar tarafından kabul edilen genel esaslara dayanıyorsa, bu mümkündür. Bu ilkeler şunlardır: karşılıklı ikili süreç, tarafların eşit değerlendirilmesi ve sürecin makul sürede tamamlanması. Bu süreçlerin zamanlama açısından çok uzun sürmemesini sağlamak kurumun görevidir. Uluslararası anlaşmazlıkların çözümünde profesyonel uygulamalarla başka esaslar da geliştirilebilir.

Buradaki amaç, bölgemizdeki iş sahiplerinin avukatlar olarak bizlerin izleyeceği anlaşmazlıklara uygun hizmetlere erişebileceği bir sistem oluşturmaktır. Ülkelerimizdeki tahkim kurumları, ortak standartlar ve uygulamalardan oluşan bir temel geliştirerek bu amaca doğru ilerlemelidir.

GIOVANNI
DE BERTI'NİN
KONUŞMASI

Milano'daki Tahkim Kurumu, Milano Ticaret Odası'nın özel bir kuruluşudur ve 1985 yılında kurulmuştur. İş sahiplerine ve profesyonellere hem yerel hem de uluslararası ticari anlaşmazlıkların çözümü için hızlı, ekonomik ve etkili bir yol sunmak amacını gütmektedir. Benim kentim olan Milano Lombardi'nin başkentidir. Lombardi ise İtalya'nın kuzeyinde bulunan bir bölgedir. Milano'nun Avrupa'nın kuzeyi ile Akdeniz bölgesi arasında bir köprü olarak önemli bir coğrafi konuma, tarihi geçmişe ve ticari geleneğe sahip olduğunu düşünüyoruz. Özellikle Türkiye ile olan ilişkilerimiz, ortak bölgemizi ilgilendiren ticari anlaşmazlıkların çözümü açısından hizmet sunmak için gerekli olan bütün alt yapıya sahiptir.

Kanımca, bu bölge açısından önem taşıyan diğer bir husus da, bölgedeki ticari ilişkilerin ve dolayısıyla ticari anlaşmazlıkların genellikle küçük ve orta ölçekli girişimleri ilgilendirmesidir. Bu girişimler, denizin sağladığı iş toplamının büyük kısmını temsil eden oldukça aktif ve önemli girişimlerdir. Akdeniz Projesi, 15 yıl kadar önce Milano'da Tahkim Kurumu tarafından başlatılmıştır ve stratejisi, sınır ötesi anlaşmazlıklarda kurumsal tahkim ve uzlaştırma hizmetleri sağlamak üzere, Akdeniz'in güneyindeki ve kuzeyindeki bütün kurumlarla etkin bir işbirliği sağlamaktır. Bu projenin temel amacı, ülkelerimiz arasındaki siyasi ve ekonomik ilişkileri güçlendirmek ve küçük ve orta ölçekli girişimleri desteklemektir. Özel amacı ise, Akdeniz'deki kurumlar ile işbirliği içerisinde ortak bir standart ve uygulama geliştirerek, özel ticari adalet için etkili bir sistem yaratmaktır. Şimdiye kadar, bu projede yer alan ülkeler şöyle sıralanmaktadır: Cezayir, Mısır, Lübnan, Fas, Suriye, Tunus ve Türkiye. Bu ülkelerle birlikte, Milano Tahkim Kurumu birçok iki taraflı ve çok taraflı konferans ve seminer düzenlemiştir. Son beş yılda, 60 kadar toplantı yapılmıştır. Dolayısıyla, 10 yılı aşkın bir süredir, hem Milano'daki hem de Akdeniz'in bu tarafındaki çeşitli kurumlarla toplantılar düzenlenmiştir. Ayrıca, bu yedi ülkeden beş kurumla uluslararası tahkim ve uzlaştırma konulu işbirliği anlaşmaları imzalanmıştır: 2003'te Kahire Bölge Tahkim Merkezi, 2005'te Beyrut'taki ticaret odaları, 2006'da

Suriye ticaret odaları ve İstanbul ticaret odaları. Hizmetlerde, öncelikle tahkim yer almaktadır. Buradaki amaç, anlaşmazlık çözüm hizmetlerinin düzenlenmesi ve sunumuna taze bir yaklaşım getirmektir. Daha önce de belirttiğim gibi, Milano Tahkim Kurumu modern Tahkim Merkezi ile henüz genç bir kurumdur. Bu merkez, günümüzün anlaşmazlık taraflarının ihtiyaçlarını ve beklentilerini karşılamayı amaçlamaktadır. Milano, Avrupa'daki önemli ve eski tahkim kurumuna göre daha az gelenekselcidir. Öte yandan, gelenekselciliğin daha düşük olması, bize daha fazla esneklik ve uyarlanabilirlik katmaktadır. Kuşkusuz, Milano uluslararası tahkimin desteğine de sahiptir. Geçtiğimiz yıl, kurumun takip ettiği 120 tahkim sürecinden otuz kadarı uluslararası tahkim olmuştur.

Tahkim Kurumu'nun kuralları, 2004 yılında esnek ve hızlı tahkim süreçleri sağlamak üzere güncellenmiştir. Kurallar sabit ve katı olmadığından, taraflarca değiştirilebilir. Usul kuralları açıkça belirlenmiş, örneğin bir hakem kararının verilmesi için altı aylık bir normal süre tanınmıştır. Tahkim ücretleri belirlenmiştir. Tahkim için önemli etik kuralları düzenlenmiştir. Hakemler açısından, önemli olan nokta bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını güçlendirmektir. Örneğin, uluslararası tahkimde, taraflar farklı uyruklardan olduğundan, kurallara göre hakemin farklı bir uyruktan olması gerekmektedir. Birden fazla hakem varsa, bu kez tahkim başkanı için bu kural geçerlidir. Kurallar taraflar tarafından değiştirilebilse de, böyle bir değişiklik için her iki partinin de iradesi gerekmektedir. Hükmeden kurum olan tahkim konseyi, hem uluslararası alanda tanınmış uluslararası tahkim uygulayıcıları ve akademisyenlerinin hem de iki uzmanın süreçte yer almasını mümkün kılmıştır.

İtalya'da, uzlaştırma kurumu 15 yıl önceli bir kanuna dayanır. 1993'te, İtalya Ticaret Odası'na hem iş sahipleri arasındaki hem de iş sahipleri ile tüketiciler arasındaki anlaşmazlıkların çözülmesi için hizmet verecek olan bir uzlaştırma komisyonunun kurulması için izin ve talimat verilmiştir. Böylece, uzlaştırma hizmetleri için 1996 yılından bu yana çalışan Milano Tahkim Kurumu kurulmuştur. Kuralları açık ve ba-

GIOVANNI
DE BERTI'NİN
KONUŞMASI

sittir. Uzlaştırıcılar gereken eğitimi almış kişilerdir ve uzlaştırma becerilerinin devamlı olarak gelişmesi için bir sisteme tabidir. 2002 yılında Dünya Tahkim Merkezleri Forumu tarafından oluşturulan “*Etik Kuralları*”na göre “*İş Ahlakı Kuralları*” belirlenmiştir. Çevrimiçi hizmet veren ve Internet üzerinden özel hatlarla sağlanan bir uzlaştırma servisi kurulmuştur.

2006 yılında, bir tarafta Milano Tahkim Kurumu, İtalya Ticaret Odası, diğer tarafta ise Pekin’de bulunan Çin Uluslararası Ticareti Teşvik Konseyi Merkezi arasında bir Çin Ticari Uzlaştırma Merkezi oluşturmak üzere Çin ile bir proje başlattık. Yine uluslararası alanda, 2006 yılından bu yana, Avusturya, Kanada, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri gibi birçok yabancı ülkeden 25 kadar uzlaştırma talebi aldık. Bunlar arasında, başarıyla uzlaşmayalandırılan davalarımız oldu. Çevrimiçi uzlaştırmada, 130’u aşkın talep aldık ve bunlardan yirmisini uzlaştırma anlaşmalarına bağladık. Yakın zamanda, Kasım 2008’de, Tahkim Kurumu resmi bir uluslararası ticari tahkim servisi ile resolvingonline.com adıyla uluslararası bir çevrimiçi uzlaştırma servisini hizmete sundu.

Akdeniz Projesi bu yapılarda nasıl uygulanacak? Bütün ülkelerimiz ve kurumlarımız, bölgemizdeki girişimlere hizmet vermek üzere tahkim ve uzlaştırma servisleri oluşturacaklar ve halihazırda oluşturmaktalar. Bu servisler, hem tahkim ve uzlaştırma şartlarının taslaklarının hazırlanmasında, çok dilli sekretarya hizmetlerinin sağlanmasında ve lojistik desteğin sunulmasında kullanılacaktır. Böylece, lojistik desteğin çok yakın bir zamanda hem Milano’da hem de İstanbul’da aynı şartlarda sağlanması amaçlanmaktadır. Bu açıdan bir program izlenmektedir ve gelecekte, çeşitli ülkelerden iş sahiplerinin hukukçuların katılacağı konferanslar, seminerler ve çalıştaylar yoluyla karşılıklı bir oluşumun yaratılması için yine bu program izlenecektir.

Son olarak, Akdeniz’de bölgemizde faaliyet gösteren bütün iş sahiplerinin ve yatırımcıların yaralanabileceği ve bütün katılımcıların mutabakatına sahip bir özel adalet sistemi oluşturmak amacındayız. Teşekkürler.

Selma ÇETİNER: Thank you very much Mr. Berti. Sayın Berti bize Milan Ticaret Odası tarafından 15 yıl önce başlatılan Akdeniz Projesi'ni tanıttı. Bu projenin KOBİ'lere destek ve alternatif çözüm uyuşmazlıkları üretmek amacıyla kurulduğunu belirtti. Projeye 7 ülkenin ki, ülkemizin de içinde bulunduğu, destek verdiğini söyledi. Bu destek veren ülkelerle kurumsal anlaşma yapıldığını, Türkiye'de de İstanbul Ticaret Odası'yla bir anlaşma imzalandığından bahsetti. Ayrıca Milan Ticaret Odası tarafından yapılan tahkim ve arabuluculuk hizmetleriyle ilgili bilgiler verdi ve Çin'le yaptıkları sözleşmelerden söz etti. Teşekkür ediyoruz verdiğiniz bilgiler için.

SELMA
ÇETİNER'İN
KONUŞMASI

Diğer konuşmacımız sayın Connerty.

Anthony CONNERTY (IDR Group Başkanı): Teşekkürler sayın profesör. Bu benim Ankara'ya ilk gelişim ve umuyorum, daha birçok seyahatimin de ilki olacak. Bugün, kurumsal ve *ad hoc* tahkim konusunu ele alacak ve bu yöntemler için Türk tarafların ve hakem olaran bendenizin müdahil olduğu örnekler vereceğim. Bu iki yöntem arasındaki fark şudur: Bir yanda, Giovanni'nin size anlattığı Milano Merkezi gibi bir Tahkim Merkezi'nin himayesinde ve kuralları altında gerçekleştirilen kurumsal tahkim vardır. Diğer yanda ise, herhangi bir kurumun kurallarına bağlı olmaksızın gerçekleştirilen *ad hoc* tahkim vardır. Konuşmama başlarken, sınır ötesi ve uluslararası anlaşmazlıkların çözümü için kullanılabilen çeşitli süreçleri ele almak istiyorum. Basit bir örneği ele alalım. Farklı ülkelerden gelen iki taraf bir ticari sözleşmeye imza atıyor. Bu sözleşme, dolayısıyla uluslararası veya sınır ötesi bir sözleşmedir. Ticari sözleşmeye imza atan taraflar, tabi ki, anlaşmanın herhangi bir sorun olmadan tamamlanacağını umarlar. Ancak, gerçekte, anlaşmazlıklar çıkacaktır ve dolayısıyla, tarafların sözleşmelerine anlaşmazlıkların nasıl çözüleceği ile ilgili bir şart koymaları gerekmektedir. Devlet düzeyinde, farklı ülkeler arasındaki anlaşmazlıklar Lahey'deki Adalet Divanı tarafından ele alınmaktadır. Ancak, tamamen uluslararası ticari anlaşmazlıkları ele alacak bu tür bir uluslararası

ANTHONY
CONNERTY'NİN
KONUŞMASI

ANTHONY
CONNERTY'NİN
KONUŞMASI

sı mahkeme yoktur. Dolayısıyla, bir ticari sözleşmenin doğabilecek anlaşmazlıkların çözümü için herhangi bir şart taşı-maması halinde, tarafların yabancı bir ülkede, yabancı bir hu-kuk sisteminde ve yabancı bir dille çözüm aramak zorunda kalması mümkündür. Örneğin, İngiliz taraflar arasında çıkan anlaşmazlıklar, İngiliz mahkemelerinde, İngiliz kurallarıyla ve İngilizce dilinde ele alınacaktır. Ancak, bir tarafın Birleşik Krallıktan, diğerinin ise Türkiye'den geldiği bir sözleşme-de, neler yapılabilir? Bu sözleşmede herhangi bir şart yoksa, bu taraflardan birinin Türkiye'de veya İngiltere'de takip edilecek süreçlere maruz kalması ve her iki durumda da, süreci başlatan tarafın yabancı bir ülke, yabancı bir hukuk sistemi ve yabancı bir dille karşılaşması söz konusu olacaktır. Bu sorundan kaçınmanın yolu, uluslararası tahkimden geçer, çünkü sınır ötesi bir sözleşmede, uluslararası ticari tahkimin yabancı bir ülkede potansiyel olarak güçlülere neden olacak bir dava sürecinin takibinin getireceği sorunları makul bir şekilde çözebileceğini düşünüyorum. Çözüm olarak tahkim seçilmişse, kurumsal tahkim ve *ad hoc tahkimi* olmak üzere iki seçenek karşınıza çıkıyor. Kurumsal tahkimde, seçilen kurumun taraflar arasındaki ticari sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekiyor. Öte yandan, alternatifi seçenek olan *ad hoc tahkim* belirli bir kurumun kuralları altında gerçekleştirilmeyen tahkimdir ve iki koşulda ortaya çıkabilir: tarafların sözleşmelerinde tahkim yeri olarak Milano, Ankara, Londra gibi yalnızca şehir belirttiği ama kurumu belirlemediği koşullarda ve sözleşmede tahkime ilişkin herhangi bir şartın bulunmadığı koşullarda. Ancak, bir anlaşmazlık çıktığında, taraflar yeni bir sözleşme imzalamaya karar verebilir ve bu sözleşmeyle, bu anlaşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine karar verebilir.

Ad hoc tahkimde, taraflar tahkimin işleyişine ilişkin kuralları belirleyebilirler. Aynı şekilde, UNCITRAL kuralları gibi kuralları da kullanmak isteyebilirler. Tahkimin karşılaştırmalı avantajlarına ve dezavantajlarına geçmeden önce, anlaşmazlık çözümüne ilişkin olarak bir sözleşmede görmemiz gereken sözleşmesel şartları ele almak istiyorum. Bir sözleşmede, doğru bir şekilde düzenlenmiş tahkim şartı şu unsurları

içermelidir: (Forum) Anlaşmazlık çözümü süreci hangi ülkede gerçekleşecektir? (Hukuk Seçimi) Taraflar arasındaki sözleşmede hangi ülkenin hukuku geçerli olacaktır? (Anlaşmazlık Çözümü Süreci) Yargı yolu mu seçilecektir? Öyle ise, anlaşmazlık hangi ülkenin mahkemelerinde görülecektir? Tahkim olacaksa, *ad hoc* mu yoksa kurumsal mı olacaktır? Belki de alternatif anlaşmazlık çözümlerinden uzlaştırma veya arabuluculuk kullanılacaktır? Ya da uzman incelemesi çözüm olabilir. Petrol sözleşmeleri gibi sözleşmelere baktığınızda, ölçüm gibi özel hususların önemli olduğunu görürsünüz. Burada, anlaşmazlıkları çözenin en hızlı ve muhtemelen en ucuz yolu bir uzmanın anlaşmazlığı incelemesi olacaktır. Dolayısıyla, bu yöntemin sözleşmeye yazılması gerekir.

Şimdi, tahkimin avantajlarını ve dezavantajlarını kıyaslırsak, en önemli avantajı tahkimin tarafları yerel mahkemelerden uzak tutmasıdır. Dünyada, davanın açılmasından, kararın çıkmasına kadar geçen sürenin on yılı bulabildiği ülkeler vardır. Bu, uluslararası ticari tahkimin önemli -belki de en önemli- avantajıdır. Ancak, tarafların prosedür üzerindeki kontrolü gibi başka avantajları da vardır. Yerel mahkemede, karşı karşıya olduğunuz sistemi değiştiremezsiniz. Tahkimde ise, sistemi kendi ihtiyaçlarınıza göre uyarlayabilirsiniz. Örneğin, kurulu siz seçebilirsiniz. Genellikle, -ki İngiltere'de durum böyledir- hakemler de bazı kurumlarda kısıtlı olsa da taraflarca seçilebilmektedir. Çoğu ülkede, hakiminizi seçemezsiniz. Tahkimde, tarafsız bir yer seçebilirsiniz; örneğin anlaşmazlık bir İngiliz ve bir Türk taraf arasındaysa, anlaşmazlık çözümü sürecini Milano veya İsviçre gibi tarafsız bir yerde takip etmeyi seçebilirsiniz. Esneklik, tahkimin diğer bir avantajıdır. Tahkim çok daha esnek bir süreçtir. Ayrıca, çoğu ülkenin mahkemesinde, yıllar alabilecek temyiz süreçleri söz konusudur. Bazı istisnalara tabi olsa bile, hakem kararı nihaidir. Bunlarla birlikte, icra edilebilirlik uluslararası ticari tahkimin en önemli yararlarından biridir. New York Sözleşmesi'nin geçerli olduğu yerlerde, bu sözleşme yardımıyla karar kolaylıkla icra ettirilebilir. Gizlilik diğer bir yararadır. Hassas bir ticari anlaşmazlığın tarafları olan kişiler, davanın açık mahkeme

ANTHONY
CONNERTY'NİN
KONUŞMASI

usulünde görülmesini istemeyebilirler. Tamamen değil ama nispeten gizlilik sağlayan tahkim yolunu seçebilirler. Maliyet tasarrufu ve hız ise diğer bir yararı oluşturur. Tahkim, yargılamaya göre daha hızlı ve daha ucuz olmalıdır.

Ancak, tahkimin dezavantajları da vardır. Onaya tabi bir süreç olduğundan, hakemler yerel hakimlerin sahip olduğu yetkilere sahip değildir. Bir hakim benzer davaları bir araya toplayabilir ya da arka arkaya görebilir. Ancak, bir hakem bu yetkiye sahip değildir. Bu yetkiyi sağlayan bazı kurallar vardır ama genel olarak, hakemler bu yetkiye sahip değildir. Örneğin, eğer bir taraf bir tanığın belirli bir şekilde ifade vermesini emrederse, bir hakim bu kişiyi mahkeme seyrine müdahale yüzünden hapse mahkum edebilir. Ancak, bu hakemin sahip olduğu bir yetki değildir.

Şimdi, kurumsal ve *ad hoc* tahkimine geçmek istiyorum. Bu iki yöntem arasındaki farklılıkların ortaya çıktığı halleri sizlere anlatmıştım. *Ad hoc* tahkimin yararı, tarafların süreci eldeki anlaşmazlığa göre şekillendirebilmeleridir. Kurumsal tahkimde ise, sözleşmeye gelecekte gerçekleşebilecek veya gerçekleşmeyecek bir olaya ilişkin bir şart koyarsınız. *Ad hoc* tahkimde, anlaşmazlık halihazırda ortaya çıkmıştır ve siz, tahkim sürecini söz konusu anlaşmazlığa uyacak şekilde düzenleyebilirsiniz. Örneğin, *ad hoc* tahkimi yoluyla görülen birçok petrol ve gaz tahkimi mevcuttur. Ancak, taslakları dikkatle oluşturulmuş ticari sözleşmelerde, gelecekte ortaya çıkabilecek anlaşmazlıklar için bir tahkim şartı bulunmaktadır. Milano, ICC veya LCIA tarafından yönetilen tahkimlerin kuşkusuz bazı yararları olacaktır. Bu kurum, ticari sözleşmeye otomatik olarak dahil olan bir dizi kural sunmaktadır. Taraflar, bu kurumun sağlayacağı deneyimli sekreteryadan yararlanacaktır. Kurumun taraflardan depozito alması gibi bazı yararları da vardır. Ayrıca, çoğu kurumun sözleşmenize koyabileceğiniz bir model şartı vardır. Örneğin, LCIA'nın gelecekteki anlaşmazlıklar için oluşturduğu model şart şöyledir: "Bu sözleşmeden dolayı veya bu sözleşmeyle bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek herhangi bir anlaşmazlık halinde, sözleşmenin varlığı, geçerliliği veya feshi dahil olmak üzere, söz konusu anlaşmazlık

LCIA'ya sevk edilecek ve LCIA'nın kuralları çerçevesinde tahkim yoluyla çözülecektir. Bu kurallar, bu şarta referans yoluyla sözleşmeye dahil edilmiş sayılır". Ayrıca, bazı özel hükümlerin eklenmesi de tavsiye edilmektedir. Hakem sayısı bir veya üç olacaktır. Tahkimin yasal sürecinin yeri belirli bir ülke ve/veya şehir olacaktır. Tahkim sürecinin dili şu dil olacaktır. Sözleşmenin hükmeden hukuku, şu ülkenin maddi hukuku olacaktır. Bu hususların her biri çok önemlidir ve bu şartların bir sözleşmede yer almaması çok ciddi sorunlara yol açabilir. Anlaşmazlık halihazırda devam etmekteyse ama taraflar arasında tahkime yönelik bir anlaşma yoksa ya da taraflar anlaşmazlık çözümü şartını LCIA tahkimi yönünde değiştirmek istiyorsa, LCIA benzer bir şartın yeni yapılacak sözleşmeye dahil edilmesini tavsiye etmektedir.

Diğer bir önemli nokta da, uluslararası bir tahkim sürecinin işleyiştir. Ben sunumumda, tahkim süreçlerinin düzenlenmesine yönelik UNCITRAL notlarını sizlere sundum. Burada, uluslararası ticari tahkimde karşılaşılabileceğiniz neredeyse her sorun ele alınmıştır. Hem avukatlar hem de taraflar açısından çok yararlı olan bu notlarda, tahkim kuralları, tahkimin dili, tahkimin yeri, idari hizmetler, depozitolar, gizlilik ve tahkim konusu ile ilgili bir sorular listesi bulunmaktadır. ICC kurallarında bu açıdan çok yararlı bir hüküm bulunmaktadır. Çözüm müzakereleri çok önemlidir. Tahkim sırasında bir anlaşmaya varıldığında, ne yapılmalıdır? Belgeler, fiziksel kanıtlar, tanıklar, uzmanlar gibi bütün hususlar UNCITRAL notlarında sunulmuştur.

Sunumumda belirttiğim bir sonraki husus, tahkim kuruluşları ve kurallarıdır. Bu anlamda, kurallarınıza bakmalı ve tahkimin başlatılması, hakemlerin atanması, tahkim kurulunun yetkileri, tahkimin dili ve yeri, hükmeden hukuk -kurulun *ex aequo bono* karar verebilmesi- tahkimin işleyişi, iddialar, tanıklar gibi karara kadar devam eden bütün hususlar belirlenmelidir. Sunumumda verdiğim örnek olan Stockholm kurallarında, bütün bu unsurlar düzenlenmiştir. Ancak, bütün tahkim kurumlarında benzer kurallar görülmektedir; LCIA, ICC ve AAA'ya baktığınızda, benim sizlere kabaca açıkla-

ANTHONY
CONNERTY'NİN
KONUŞMASI

maya çalıştığım benzer düzeni göreceksiniz. Örneğin, LCIA kurallarında, istisnai durumlarda, acil kurul teşkili için bir hüküm bulunmaktadır. Amerikan Tahkim Birliği ise bir adım ileriye gitmiş ve acil bir duruma bakacak ayrı bir hakemin atanmasını sağlamıştır. Aynı kurumda, tahkimin takip edeceği sürecin düzenlenmesi için tarafların bir hazırlık toplantısı yapması yönünde oldukça yararlı bir hüküm bulunmaktadır. Şu anda, Washington'da üç kişiden oluşan bir panelde görev yapmaktayım. Amerika ve İngiltere'deki avukatlarla çalışmalarımıza başladık. Telefon konferansları yoluyla, tahkimin işleyişini kısa bir sürede ve düşük bir maliyetle belirleyebildik.

Önemli farklar açısından son örneğim, CIETA (Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu) olacaktır. Burada, gerçekten çok ilginç bir hükümle karşılaşyoruz: Tahkim ile uzlaştırmanın kombinasyonuna yapılan vurgu dikkat çekmektedir. Burada, bir tahkim kurulunun atanmasının ardından, bu kurul bir anda görev değiştirerek, uzlaştırıcı olarak sürece devam edebilmektedir. Bu bize çok garip gelebilir ama Çinlilere göre mükemmel bir düzendir ve işe yaramaktadır. Giovanni'nin size daha sonra söyleyeceği gibi Çinliler, uzlaştırma ve arabuluculuk konusunda çok ciddi bir deneyim birikimine sahipler.

Bunun ardından, ad hoc tahkim ile UNCITRAL tahkim kurallarını ele aldım ve kurumsal tahkimde, ticari sözleşmenize doğrudan taşınan bir kurallar dizisi var iken, ad hoc tahkimde böyle bir kurallar dizisinin söz konusu olmadığını ve dolayısıyla, bazı kuralların belirlenmesi gerektiğini belirttim. UNCITRAL, özellikle ad hoc tahkimlerde kullanılmak üzere bir kurallar dizisi oluşturulmuştur. UNCITRAL'de hem model Tahkim Yasası, hem de model tahkim kuralları bulunmaktadır. 2001 Türk Uluslararası Tahkim Kanunu büyük ölçüde UNCITRAL'in model kanununa dayanmaktadır. Ancak, UNCITRAL'in tahkime ilişkin bütün hususları kapsayan model kurallarını sadece kabul ederek, doğrudan bir ad hoc tahkime taşımanız mümkündür.

Ele alacağım bir sonraki husus, uluslararası ticari tahkim kararlarının New York Sözleşmesi çerçevesinde icra edilmesidir. Daha önce de belirttiğim gibi, bir anlaşmazlığın tahkime götürülmesinin temel amacı, alınan kararı müvekkiliniz adına icra ettirebileceğiniz bir konuma gelebilmektir. Bu, Türkiye dahil dünyanın en önemli ticaret uluslarının kabul ettiği New York Sözleşmesi çerçevesinde mümkündür. Türkiye bu sözleşmeyi 1992 yılında kabul etmiştir. Kısaca, New York Sözleşmesi bütün akit devletlerin tahkim anlaşmalarını tenfiz etmesini gerektirmektedir. İkinci olarak, akit devletlerin mahkemelerinin tahkim kararlarını icra etmesini ve bir tahkim kararının alındığı hallerde, tarafların yerel mahkemelelere gitmeksizin tahkim sürecine devam etmelerini sağlamasını gerektirmektedir. Mahkemenin tahkim kararının geçersiz olduğuna karar verdiği haller bunun istisnasıdır. New York Sözleşmesi kararlarının icra edilmesi konusu daha sonra Guido Carducci tarafından ele alınacaktır.

Son olarak, sunumumda, Türk tarafların ve hakem olarak bendenizin müdahil olduğu iki örnek verdim. Bunlardan ilkinde, tek hakem olarak atanmıştım. Normal şartlarda, tahkim gizli bir süreç olduğundan, tahkim kararları hakkında çok fazla bilgi veremezsiniz. Ancak, ikinci davada, kurulmuş kararı bir İngiliz mahkemesinde itiraza tabi olduğu için, anlaşmazlık artık kamu alanına geçmiş ve İngiliz mahkemelelerinde rapor edilmiştir. Dolayısıyla bu konuda daha fazla bilgi verebilirim. İlk dava, Amerikan ve Türk taraflar arasındaydı. Burada ilginç olan, hükmeden hukukun Türk hukuku olmasıydı, çünkü tahkim İngiltere'de gerçekleşiyordu. Bu noktada, İngiltere Usul Kanunu'na göre, yabancı bir hukukun uygulanabilmesi için, bu hukukun kanıtla ortaya koyulması gerekmektedir, çünkü tersini kanıtlamadığınız sürece, hakim yabancı hukuku İngiliz hukuku ile aynı tutar. Dolayısıyla, bu davada hem Amerikan hem de Türk tarafı profesör ve avukatlar gibi uzmanlardan yararlandı. İki taraf da Türk hukukunun hükmeden hukuk olduğunu belirttiğinden, kararımı yazarken, Türk hukukunu uygulamak durumunda kaldım.

ANTHONY
CONNERTY'NİN
KONUŞMASI

İngiliz hakimlerin ve hakemlerin yabancı bir hukuku uygulamak zorunda kalması çok ender değildir. Londra'daki Ticaret Mahkemesi'ne baktığınızda, davaların %80'inin yabancı nitelikli olduğunu görürsünüz. Ne tarafların, ne de tahkim konusunun İngiltere ile bağlantısı vardır. Ancak, taraflar sözleşmelerinde anlaşmazlığın İngiltere'nin Yüksek Mahkemesi'nde ve büyük ihtimalle "İngiliz hukuku çerçevesinde" çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bahsettiğim ilk davada, tek hakem bendim. Türk bir tarafın müdahil olduğu ikinci ad hoc tahkim yine bir Amerikan ve bir Türk tarafı arasındaydı ve ben Türk tarafının atadığı hakemdim. Anlaşmazlık, New Jersey'de bulunan bir ABD Demir ve Metal Şirketi ile Ankara'da bulunan bir Demir ve Çelik şirketi arasındaydı. Duruşma, Londra'da gerçekleşti. Sözleşmenin hukukunun ne olduğu konusunda bir anlaşmazlık çıktı. Sözleşmede böyle bir hüküm olmasa da, tahkimin Londra'da gerçekleşeceği belirtilmişti ve İngiliz tahkim kanunları çerçevesinde, hükmeden hukukun İngiliz hukuku olduğuna karar verdik. Türk tarafı ara karara itiraz ettiği için, belgeleriniz arasında Hakim Creswell'in kararını ve dava raporunu bulabilirsiniz.

Şimdi son düşüncelerime geliyorum. Bana göre, sınır ötesi anlaşmazlıklarda uluslararası tahkim kullanımı giderek artacaktır. Zaten yıllar içerisinde bir artış gözlemlenmiştir ve bu kesinlikle devam edecektir. En basit örneği alırsak, Çin'in Dünya Ticaret Örgütü'ne girmesiyle, uluslararası ticaret artış göstermiştir ve uluslararası ticaret arttıkça, anlaşmazlıklar da artar. Uluslararası anlaşmazlıklarla başa çıkmanın yolu ise uluslararası tahkimden geçer. Bu anlaşmazlıkların büyük çoğunluğu Milano veya Londra veya New York hükümleri çerçevesinde çözülecektir. Bu konuda rakamları da biliyoruz. ICC, her yıl gelen tahkimlerin sayısını tutmaktadır. Kurumsal tahkimlerin sayısı belirlidir ama ad hoc tahkimlerin sayısı bilinmemektedir, çünkü herhangi bir kayıt tutulmamaktadır. Benim deneyimlerime göre, ad hoc tahkimin sayısı, kurumsal tahkime göre daha yüksektir. Kanımca her iki yöntem de, yargılama yolu karşısında tercih sebebi olabilecek avantajlar

sunmaktadır. Türkiye, UNCITRAL model kanunu temelinde bir Tahkim Kanunu çıkarmış, New York Sözleşmesi'ni imzalamıştır. Ayrıca, Sayın Genel Sekreter'in belirttiği gibi, Türkiye coğrafi ve tarihsel açıdan gelecekte uluslararası ticari anlaşmazlıkların çözümünde önemli bir rol oynamaya uygun konumdadır. Teşekkürler.

Selma ÇETİNER: Sayın Connerty'ye teşekkür ediyoruz. Bize tahkimle ilgili bilgi verdi, tahkimin bir sözleşme şartı ya da sözleşmeden ayrı konulabileceğinden bahsetti. Tarafların *Ad hoc* ya da kurumsal tahkimi seçebileceklerinden söz etti. Tahkimin avantaj ve dezavantajlarından bahsetti. Avantajlarının süre, tarafların kontrol gücünün elinde olması ve hakemleri seçebilmeleri olduğunu, ama en büyük dezavantajın da hakemlerin gücünün olmayışından bahsetti ki, bunlardan birine biz ihtiyati tedbir verememelerini, daha doğrusu uygulatamamalarının olduğunu biliyoruz. Bunun dışında Türkiye'nin de taraf olduğu tahkimle ilgili davalardan örnekler verdi.

Sorulara geçeceğiz, ama ondan önce bazı telgraflar gelmiş, onu iletmek istiyorum. Başbakan sayın Recep Tayyip Erdoğan, Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Cemil Çiçek, Bayındırlık ve İskan Bakanı Faruk Nafiz Özok, Türk Parlamenterler Birliği Hasan Korkmazcan, Tarım ve Köy İşleri Bakanı Mehmet Mekdi Eker, katılımcılara verimli sonuçlar çıkmasını ve davetler için teşekkür ediyorlar. Bunun dışında Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok bu cenaze nedeniyle katılamadığı için özür dilediğini belirtiyor.

Soruları alalım.

Soru: Sorum Mr. Connerty'ye olacak. Öncelikle kendisi Mediation ve Consulation usullerinden bahsetti. Ben kendisinin bu iki uluslararası doktrinde tartışmalı olduğu için nasıl bir ayırım yaptığını, hangi kriterlerle bir ayırım gözettiğini sormak istiyorum.

TARTIŞMA

İkinci sorum da tahkimi bir IDR usulü olarak mı değerlendiriyor, yoksa sui generis bir usul olarak mı değerlendiriyor?

Bir de son olarak, uluslararası ticarete IDR'nın, yani tahkimin bunların dışında olduğunu varsayarsak eğer IDR'nın ne kadar başarılı olabileceğini sormak istiyorum. Teşekkür ederim.

Anthony CONNERTY: Teknik açıdan bakıldığında, tahkimin bir ADR şekli olduğunu düşünmüyorum, çünkü yerel mahkemeler önünde yargılama ve bir tahkim kurulu önünde tahkim, bir kere başlatıldığında içinden çıkamayacağınız ve nihai sonucun ya mahkeme kararı ya da tahkim kurulu kararı olduğu süreçlerdir. Bu kararlar bazı temyiz kurallarına tabi olsa da nihaidir ve bağlayıcıdır. Bu yüzden, ne yargılamanın ne de tahkimin birer alternatif anlaşmazlık çözümü yolu olduğunu düşünüyorum, çünkü uzlaştırma ve arabuluculuğa baktığınızda, bunlar arasında herhangi bir farklılık göremiyorsunuz. Ancak, bunlar onaya tabi süreçlerdir. İstemezseniz, başlatmazsınız. Ancak, tahkimde böyle bir seçeneğiniz yoktur. Tahkim şartı içeren bir sözleşmeye imza attıysanız, isterseniz de istemeseniz de tahkime gidersiniz. Aynı durum yargılama için de geçerlidir. ADR ise tamamen farklıdır ve uzlaştırma ve arabuluculuk gibi bilindik yolların yanında, uzman değerlendirmesi gibi daha az bilinen yolları da kapsar. Bu süreçlerde, uzlaştırmaya gitmeye karar verebilir ama sürecin yarısında vazgeçebilirsiniz. Bir dava sürecinden veya bir tahkimden vazgeçmeniz ise söz konusu değildir. İlk kısma bu şekilde cevap verebilirim.

Anladığım kadarıyla, ikinci kısım bu iki yolun yararlarını ilgilendiriyor. Uzlaştırma ve arabuluculuğun harika süreçler olduğunu düşünüyorum ve ben de hem bir arabulucu hem de uzlaştırıcı olarak görev yapıyorum. İyi bir uzlaştırıcınız veya arabulucunuz varsa, bir ya da iki gün içerisinde sonuç alabilir ve maliyette büyük tasarruflar yapabilirsiniz. İkinci yararı ise, uzlaştırmada kaybeden veya kazananın olmamasıdır. Tah-

kimde veya yargılamada bir kazanan, bir de kaybeden vardır. Uzlaştırmada ise, iki tarafın da makul ölçüde mutlu olduğu bir durumu yakalarsınız. Böylece, dostluk ilişkileri korunur. Eğer, taraflar gelecekte iş yapmaya devam edecekse, daha fazla önem kazanmaktadır ve hem daha hızlı, hem de daha ucuzdur. Ancak, yargılama veya tahkim yolunu seçmek durumunda olduğunuz bazı davalar vardır. Patent veya marka davaları uzlaştırmaya tabi tutulabilir ama tarafların hakimden veya bir hakem kurulundan bir cevap aradığı durumlar vardır. Bu durumlarda, uzlaştırma işe yaramayabilir. Umarım şimdije kadar sorunuzu yanıtlayabildiğimdir.

Eklemek istediğim bir nokta daha var. Sözleşmelerde, tarafların önce uzlaştırmayı, daha sonra tahkimi denemesini öngören şartlar olduğunu görebilirsiniz. Bu iki süreç arasında da bir zaman sınırlaması belirlenir. Dolayısıyla, bu iki kurumun birbirinden tamamen farklı olduğunu düşünmüyorum; bence, bu iki süreç bir bütünün parçasıdır ki, bu bütün de anlaşmazlık çözümüdür. Bu noktada, *“Önce uzlaştırmayı deneyin. 30 gün içerisinde bir çözüm bulamazsanız, Türk Uluslararası Tahkim Merkezi’nde, Milano’da veya LCIA’da tahkime gidin”* şeklinde bir madde kullanılabilir. Umuyorum, bu tür şartlar içeren sözleşmelerden daha fazla görebileceğimiz gelecekte, çünkü uzlaşmayla bir çözüm sağlayabilerseniz, bu ideal bir sonuç olacaktır. Bu işe yaramazsa, tahkime gidebilirsiniz.

Selma ÇETİNER: Başka soru? Buyurun lütfen.

Av. Fadıl CERRAHOĞLU: Teşekkür ediyorum, çok istifade ettim. Her iki sayın konuşmacı da cevap verebilirler. Türk avukatı olarak milletlerarası tahkimin son zamanlarda hissettiğimiz bir baskısı var. Tahkimin görülür masrafları dışında görünmez masrafları var. Mesela, son geçen sene başımızdan geçti, Cenevre’de bir tahkim duruşması için tahkimin cereyan ettiği otel bizden bir kişi geceliğine 1000 frank istedi. Seyahat masrafları, otel masrafları, lojistik diğer masraflar,

TARTIŞMA

özellikle Türkiye gibi ülkelerde müvekkilleri tahkim yoluyla hak aramak cesaretini bir miktar kırmak. Bu acaba genel bir konsön müdür? Bu konuda bir şeyler yapılabilir mi? Mesela, aklıma geliyor; ICC vesairenin belli otellerle anlaşmalar yapması gibi böyle bir şey düşünülüyor mu? Milletlerarası bir konsön müdür? Bunu rica ediyorum. Teşekkür ediyorum.

Giovanni de BERTI: Uygulama açısından, bunun çok önemli bir nokta olduğunu düşünüyorum. Bu noktanın getirdiği sorun, sürecin sonraki aşamalarında ortaya çıkıyor. Bir anlaşmazlık çıktığında, tahkim şartına bakıyoruz ve Cenevre’de buluşmamız gerektiğini görüyoruz. Bu noktada, maliyetler ortaya çıkıyor. Müvekkiliniz, sizi arayıp, bunun gerçekten gerekli olup olmadığını soruyor. Sorun sürecin başında ortaya çıkıyor. Bu noktada, çok dikkatli olmak gerekiyor. Bu sorun, anlaşmazlık çözümü şartlarının, hükmeden kanun şartlarının çok kısa sürede hazırlanan “gece yarısı şartları” olmasından kaynaklanıyor, çünkü bu şartlar genellikle avukatlar tarafından bir sözleşmenin müzakerelerinin en son kısmında, yani tarafların mutlu olduğu kısımda hazırlanıyor. Tahkim şartı, anlaşmazlık başladıktan sonra imzalanmış ise, o zaman bu tür sorunlar çözülebilir. Ancak, genel olarak, tahkim sözleşmeye bir şart olarak eklenir. Müzakerenin sonunda, taraflar her şeyden memnunken, avukat dahil, hiç kimse yarılamayacağı bir olasılık olarak göremez. Hükmeden hukuk zaten bellidir, çünkü avukatlar bu hususu halihazırda ele almıştır. Ancak, iki yıl veya beş yıl sonra anlaşmazlık ortaya çıktığında, geriye dönüp o zaman mutabık olduğunuz şartı gördüğünüzde şaşırabilirsiniz: “Aman Tanrım! Tahkim için Tayland’a mı gideceğiz? Kim yazdı bu şartı?”. Dolayısıyla, Tayland’a veya Londra’ya veya daha da garip bir yere gitmemiz gerekecektir. Bu gerçekten büyük bir sorun olduğundan, bence hepimiz bu gece yarısı şartı konusunda çok dikkatli olalım ev müvekkil-lerimizin sabırsızlığına aldanmayalım.

Akdeniz Projesi’ne gelirse, bu projenin ana fikri, bir sözleşme taslağını hazırlarken, müvekkillerin kim olduğu, eldeki

konunun ne olduğu gibi hususlara dikkat edilmesi gerektiğidir. Dolayısıyla, elinizdeki sözleşme oldukça büyükse, önemli bir yatırım sözleşmesiyle, kişisel Milano çıkarlarımın aksine, Londra'ya, Paris'e, Cenevre'ye, en büyük kurumlardan birine gitmenizi tavsiye ederim. Büyük bir davada, büyük paralar ve büyük adamlar söz konusu olacak ve dolayısıyla büyük sorunlar çıkacaktır. Bu noktada, tahkim veya uzlaştırma pahalı bir kurumda bile yapılırsa, davanın büyüklüğü bunu kapatacaktır. Müvekkiliniz veya karşı taraf küçük ya da orta ölçekli bir girişimse, sözleşme normal bir ticari sözleşmedir ama bu kadar kapsamlı olmayacaktır. Daha sonra, tahkim şartını yerleştirirken çok dikkatli olun ve ilk adımın uzlaştırma olmasına dikkat edin. Uzlaştırma, tahkimden her zaman daha ucuz, daha hızlı ve daha kolay bir süreçtir. Bunun ardından, tahkimin niteliğine karar verin. Ad hoc mu yoksa kurumsal mı olacak? Eğer ad hoc ise, Türkiye'de, Ankara'da buluşup, tahkimi gerçekleştirebilirsiniz. Ancak, eğer tahkim kurumsal olacaksa, maliyetin düşük olacağı ve kolaylıkla erişilebilecek bir kurum ve bir yer seçin. Akdeniz Projesi'nde, bir Türk taraf ile bir İtalyan taraf arasında bir anlaşmazlık varsa, taraflar Kahire'de veya Beyrut'ta da buluşabilir, çünkü bir taraf diğerinin ülkesine gitmek konusunda tereddütlü olabilir. Bu yerler, dünyanın en pahalı yerleri değildir, kolaylıkla erişilebilir. Burada, tahkim de dahil olmak üzere, aynı lojistik desteği alacağınızı bildiğinizden, bu yerlerden birini rahatlıkla seçebileceğiniz bir anlaşmazlık çözümü sistemi oluşturmak amaçlanmaktadır. Umarım sorunuzu tamamen yanıtlayabilmişimdir.

Anthony CONNERTY: Sayın Giovanni'ye katılıyorum. Burada, kurumsal tahkim ile ad hoc arasındaki fark ortaya çıkıyor, çünkü kurumsal tahkime yönelik bir şart koyduğunuzda, neler olacağını bilemiyorsunuz. Gelecek için teminat sağlıyorsunuz ama bir anlaşmazlığın ortaya çıkıp çıkmayacağını veya nasıl bir anlaşmazlıkla karşılaşacağınızı bilmiyorsunuz. Ancak petrol sözleşmeleri gibi yüksek miktarda bir sözleşme varsa, Cenevre'de karşılaşacağınız yüklü otel faturala-

TARTIŞMA

rı çok da önemli olmayacaktır, çünkü tarafların çekişmesine konu olan rakam milyonlarca Dolar olacaktır. Ancak, sözleşme düşük miktarlıysa, Cenevre hakkında iki kere düşünmeniz gerekir. Bence, bu sözleşmenin niteliğine bağlı olarak değişecektir. Sözleşmenizi bugün oluşturuyorsanız, uzlaştırma şartı ve tahkim şartının beraber olacağı bir filtreleme süreci oluşturmanızı tavsiye ederim. Bu şekilde, bu sorunu halletmiş olursunuz. Bahsettiğiniz örnekte otel faturalarının sorun oluşturması, söz konusu olan miktarın çok fazla olmadığını gösteriyor. Uzlaştırma ile bunu çözebilirsiniz, çünkü uzlaştırma hem daha hızlı, hem de daha ucuz olacaktır. Ancak, son bir husustan bahsetmek istiyorum. Sözleşmedeki tahkim şartına göre, tahkimin Cenevre’de olması gerekiyorsa, tarafların her zaman bu şarta sıkı sıkıya bağlı kalmalarına gerek yoktur. Size daha önce bahsettiğim LCIA model şartı bu hususu da kapsamaktadır. Taraflar, bir önceki sözleşmedeki şartı değiştirebilirler ama bu bütün tarafların onayına tabidir. Benim asıl belirtmek istediğim nokta, bir sözleşmede “önce uzlaştırma, sonra tahkim” şartının bulunması gerektiğidir. Eğer uzlaştırma işe yaramazsa, tahkime gidebilirsiniz.

Selma ÇETİNER: Teşekkür ederiz.

Soru: Her iki konuşmacıya da soracağım; arbitrationun yaklaşık 6 ay sürdüğü ve hızlı sonuçlandığı söylendi. Biz bir AAA arbitrationda 1.5 yıl gibi bir süreçte henüz sonuçlanmadı. Acaba bu eksepşinil mi bizim durumumuz karşılaştığımız, yoksa uygulamada 6 ayın dışına çıkan keyzler çok mu?

Anthony CONNERTY: Burada nasıl bir tahkimden bahsediyoruz? Kurumsal mı olacak? Kurumsal kuralların çoğunda, kararın verilmesine yönelik altı ay gibi bir zaman kısıtlaması olacaktır. Ancak, hayatta hiçbir şey basit veya düz değildir. Tahkimde birçok unsur yanlış gidebilir. Burada birçok açıklama olabilir, çünkü tam esasları bilmiyoruz. Bir ta-

raf, engelleyici teknikler kullanarak süreci bilerek geciktiriyor ve böylece parayı ödemeye zorlanmaktan kaçıyor olabilir. Tahkim nitelik açısından aşırı karmaşık olabilir. Ortaya çıkan anlaşmazlık doğası gereği uzmanların sunacağı kanıtları gerektiriyor olabilir veya öngörülemeyen karmaşıklıklar süreçte gecikmeye yol açabilir. Tahkim kurulunun yetkin olmadığı durumlar olabilir. Burada altı aylık bir zaman sınırlaması olsa bile, tahkim kurulunun buna sıkı sıkıya uyması gibi bir kural yoktur. Sanıyorum bu dava ICDR'ın uluslararası kısmında, AAA'da gerçekleşiyor. Aslında, bu kurum oldukça yetkindir. Ama tabii ki, her şey hakeme bağlıdır. Esasları bilmeksizin, bu konuda başka bir şey söyleyemeyeceğim ki, siz de bize esasları söyleyemezsiniz.

Giovanni de BERTI: Sayın Anthony'ye yine katılıyorum. Genel olarak, kurumsal tahkimin zamanlama açısından, ad hoc tahkime göre daha fazla teminat vermesi gerekir, çünkü ad hoc tahkimde, hakemlerin müvekkiller tarafından atıldığı durumlarda, hakemler güçlüklerden dolayı taraflardan veya avukatlardan sürenin uzatılmasını isteyebilmektedir. Kuşkusuz, buna olumsuz yanıt vermek güçtür. Öncelikle, taraflardan birinin kaybetmek için hiç acelesi olmayacaktır ve bu yüzden süreci memnuniyetle geciktirebilirler. Aynı şekilde, bir çözüme ulaşmak için güzel bir müzakere noktası olarak da kullanılabilir. İki taraf her zaman aynı konumda değildir. Bir taraf süreci sonlandırmak isterken, diğeri bu isteği paylaşmayabilir. Ad hoc tahkimde, hakemlerin bir talebini reddetmek de doğru bir davranış olmayacaktır, çünkü o kişi sizin anlaşmazlığınızı çözecek ve para alıp almayacağınızı belirleyecektir. Bu işin psikolojik yanısıdır. Dolayısıyla, ad hoc tahkimlerin zaman açısından kontrolü kurumsal tahkimlere göre daha güçtür. Kurumsal tahkimde, kurumlar zamanı genellikle kontrol etmektedir. Dolayısıyla, normal şartlarda taraflar ve hakemler kendi başlarına bir gecikmeye karar veremezler, bu gecikmenin kurum tarafından onaylanması gerekir.

TARTIŞMA

Aynı zamanda, burada sorunun yanıtlanması güç kısmına geliyoruz, çünkü uluslararası tahkimde biri Singapur'da, biri Los Angeles'te, diğeri ise Londra'da olan üç hakem seçtiyseniz, bu üç kişinin Cenevre'de bir araya gelmesi sorun olacaktır. Bu kişiler genellikle yoğun çalışan profesyonellerdir. Kendi gündemleri vardır. Bu, bizi yine hakem seçimine ve genel olarak tahkim şartına geri getiriyor, çünkü teoride, Avrupa'nın merkezinde gerçekleşecek bir tahkim söz konusuysa, tek hakemi veya üç hakemi bu yere olabildiğince yakın yerlerden seçmelisiniz. Dünyanın farklı yerlerinden hakemlerin seçilmesi, sorun yaratabilir, çünkü uzman tanıklar, tarafların kendi sorunları, kanıtlar vb. gibi teknik sorunlar ortaya çıkacaktır. Gecikmeler olabilir ve bunun tek ve basit bir yanıtı yoktur.

Anthony CONNERTY: Burada eklemek istediğim bir husus var. Daha önce de söylediğim gibi, Washington'da üç kişiden oluşan bir AAA kurulunda görev yapmaktayım. İkimiz Londra'da, birimiz New York'da yaşıyoruz. Ancak, sık sık üç hakem olarak telefon konferansı yapıyoruz. Bu çok işe yarıyor. Amerikalı başkanımız özellikle çok başarılı. Ancak, bençe her şey kurula bağlı olarak değişiyor. Uluslararası tahkim söz konusu ise, farklı ülkelerde olan insanlarla karşılaşmanız kaçınılmazdır. Ancak, kurulun deneyimli olduğu ve telefon konferansı gibi imkanların kullanıldığı durumlarda, taraflar dünyanın dört bir yanında dahi olsalar, süreç devam ettirilebilir. Yine de, kurul ne kadar deneyimli olursa olsun, tarafların geciktirme taktikleri kuşkusuz birçok sorun yaratabilmektedir.

Selma ÇETİNER: Teknik belki masraf bu otel konusunda çözmüş olacak. Son soruyu alalım.

Av. Hamdi Can ÜNSAL: Her iki konuşmacıya da aslında sorum; biraz burada da bilgi sahibi olan varsa bunlardan da

yararlanabiliriz. Elektronik ortamda acaba tahkimin uygulanmasına ilişkin herhangi bir bilgileri var mı? Uygulanıyor mu, uygulanacak mı? Teşekkür ederim.

Selma ÇETİNER: Bahsettiler ondan kısaca, ama...

Anthony CONNERTY: Bu husus, elektronik tahkimle ne kast ettiğinize bağlıdır. WIPO (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü) alan adı anlaşmazlıkları için böyle bir sistemi halihazırda başarıyla uygulamaktadır. Kuşkusuz, burada söz konusu olan tahkimden ziyade, uzman değerlendirmesidir, çünkü karar itiraza tabidir. Ancak, iddialar, ifadeler ve teslimler tamamen elektronik olarak gerçekleştirilmektedir. Basılı belgeler de üretilir ama temel sistem elektrondur. Ben ve sizin meslektaşlarınızdan biri WIPO'nun alan adı panelinde görev yapıyoruz. Sanıyorum, kararın verilmesi için otuz günlük bir zaman sınırlaması var. Paris'teki ICC'nin de DocDex adı verdiği ve belgelere ilişkin kredi konusundaki anlaşmazlıkları ele alan bir sistemi var. Bu iki sistem aynı zamanda hizmete sunuldu. ICC'nin DocDex'i özellikle bankalar arasında belgelere ilişkin kredinin ödenebilir olup olmadığı konusunda çıkan anlaşmazlıkları ele alıyor. WIPO'da genellikle bir kişilik ama üç kişiye kadar çıkabilen bir panel görev yapıyor. DocDex sisteminde ise, panel üç kişiden oluşuyor. Burada, Tokyo'da, Paris'te ve Londra'da yaşayan üç bankerle çalışmanız mümkün. Ancak, bu şekilde başlatıldığı için, bu süreç elektrondur. WIPO'nun şu anda yirmi altı bin davası var. Bu gerçekten çok sıra dışı bir rakam.

Fiziksel tahkim sürecine gidecek olursak, elektronik olarak gerçekleşen bir tahkim konusunda herhangi bir deneyimim olmadı. Ancak, sizin bahsettiğiniz süreçte, bir duruşmaya gerek duyulmaması lazım. Diğer bir deyişle, bu süreç çok basit olmalıdır, çünkü ciddi miktarda para veya karmaşık konuların ortaya çıktığı aşamalarda, böyle bir davanın elektronik tabanda nasıl karara bağlanabileceğini bilemiyorum, çün-

TARTIŞMA

kü avukatlar olarak, biz tanıkları çapraz sorguya tabi tutmak isteriz. Karşı tarafın kanıtlarına itiraz etmek, belgelerine bakmak isteriz. Bunu karmaşık bir davada elektronik olarak nasıl yapabilirsiniz, bilmiyorum. Ancak, LCIA, ICC ve AAA'nın buna benzer uygulamaları var, zannediyorum.

Giovanni de BERTI: Benim elektronik tahkim süreci konusunda herhangi bir deneyimim olmadı. Örneğin Avrupa Tahkim Mahkemesi'nin tamamen belgeye dayanan tahkim konusunda bazı kuralları var. Tanık veya uzman tanık kullanılmak zorunda değilsiniz; her şey belgelere dayalı olarak gerçekleştiriliyor. Dolayısıyla, oldukça basit ve düz bir süreç söz konusudur. Bir araya gelip, tartışma yapılmasına gerek yoktur. Bütün modern tahkim süreçlerinde olduğu gibi, basılı belge göndermek yerine, elektronik yollarla, özellikle e-posta yoluyla, belgeleri göndermeniz mümkündür ve bu günümüzde çokça yapılmaktadır. Tabi ki, dünyanın öbür yanına sayfa-larca belge göndermenize gerek yoktur. Çevrimiçi anlaşmazlık çözümü -ki kesinlikle uzlaştırmadır- elektronik yollarla gerçekleştirilebilmekte ve başarıyla uygulanmaktadır.

Selma ÇETİNER: Peki, son soru olsun.

Soru: Teşekkür ederim. Zamanımız daraldığı için, Giovanni'nin söyledikleri hakkında iki düşüncemi dile getireceğim. Öncelikle, Connerty'nin önce uzlaştırmanın, sonra tahkimin denenmesi konusunda söylediklerine tamamen katılıyorum. Burada sadece tek bir düzeltmem olacak. Tarafların bu iki aşamalı şartta uzlaştırma ile tahkim için bir zaman sınırlaması koymaları gerektiğini düşünüyorum. Benim önerim bu olacaktır; yoksa uzlaştırmanın sonu gelmez.

İkinci kısa yorumum; Giovanni gece yarısı şartları konusunda kesinlikle haklısınız. Ancak, bu aslında kültürel bir sorun, çünkü hukuk açısından baktığınızda, anlaşmazlık çözümü şartı ve hükmeden hukuk şartı en önemli iki şarttır. Ne

yazık ki, bu şartlar müzakerenin en sonunda ele alınmaktadır. Özellikle hükmeden hukuku bilmeden, her şart için geçerli olan zorunlu kuralların neler olduğunu bilmeden, sözleşmenin bir anlamı yoktur. Bu daha sonra bir yargılamanın başlatılmasına neden olacaktır. Taraflar, müzakereden önce hükmeden kanunu tartıştıklarında, çok daha iyi bir konuma gelir, çünkü böylece uymaları gereken zorunlu kuralları bilirler. Teşekkürler.

Anthony CONNERTY: Bahsettiğiniz ilk husustan devam etmek istiyorum. Uzlaştırmanın da bir sonu olmalıdır ve ben de bir zaman sınırlaması olmalıdır. Yoksa isteksiz bir taraf uzlaştırma sürecinin seyrini değiştirerek, tahkimin başlamasını tamamen engelleyebilir. On yıl önceye ait bir kırmızı kitabım vardı. Bu kitapta, bir dizi model şart vardı ve bunlardan biri uzlaştırmanın önce, tahkimin sonra gerçekleştirilmesini salık veriyordu. Burada sanıyorum otuz günlük bir de zaman sınırlaması vardı. Otuz gün içerisinde çözüm bulunamazsa, tahkim başlar. Bunu belirlemek zorundasınız, yoksa isteksiz olan taraf tahkimin başlamasını sonsuza kadar engelleyebilir.

Giovanni de BERTI: Mantıklı olan da budur. Farklı yetki alanlarında farklı kurallar olabilir. Bazı ülkelerde, mahkemeler uzlaştırma yapılmaksızın bir muameleyi incelemeyi reddedebilir. Bu İtalya'da veya Türkiye'de geçerli değildir. Ülkenin usul kanununda, "*Uzlaştırma anlaşması varsa, taraflar adalete başvuramaz*" şeklinde bir kural olmalıdır ve hakimler uzlaştırma olmaksızın davayı kabul etmeyi reddedebilir. Bildiğim kadarıyla, bazı ülkelerde ve hatta Amerika Birleşik Devletleri'nde, bu eğilim belki biraz fazla ilerledi ve hakimler herhangi bir uzlaştırma anlaşması olmasa dahi tarafların uzlaştırmaya gitmesi için çabalamaktadır. Dolayısıyla, burada bazı endişeler. Uzlaştırma tamamen gönüllü bir prosedürdür; tarafların uzlaştırmaya gitmek konusunda mutabık olmaları gerekir. Belirli mahkemelerin veya hakimlerin gözünde, bu kurum zorunlu bir muamele halini almıştır. En azından bu

TARTIŞMA

noktada durmalı ve bir çözüm üzerinde anlaşmalıyız. Bu uzlaştırma kavramından uzaktır. Uzlaştırma, isteksiz tarafları anlaşmaya zorlamak değil, istekli tarafların bir uzlaştırıcı yoluyla anlaşmaya varmasını sağlamaya çalışmaktır.

Selma ÇETİNER: Her iki konuşmacımıza da teşekkür ediyoruz. Özellikle ben sürelere uydukları için teşekkür ederim, tam zamanında bitiriyoruz.

İkinci oturuma başlamadan önce yarım saat bir kahve aramız var, görüşmek üzere, iyi günler.

Türkiye Barolar Birliği
ULUSLARARASI
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE USUL,
UYGULAMALAR VE GÜNCEL SORUNLAR
SEMPOZYUMU

Birinci Gün
9 Ocak 2009

İKİNCİ OTURUM
“Devletlerin Uluslararası Uyuşmazlığa
Bakışı ve Lex Mercatoria'nın Rolü”

Oturum Başkanı
Seçkin ARIKAN
Ankara Barosu ADR Merkezi Başkanı

Seçkin ARIKAN (Ankara Barosu ADR Merkezi Başkanı): Öncelikle burada bu güzel kalabalığı görmekten dolayı olan mutluluğumuzu ifade etmek istiyorum, hepiniz tekrar hoş geldiniz.

Bu oturumda iki değerli konuşmacımız var. Bunlardan birincisi Sayın Reza Mohtashami. Bay Mohtashami İngiltere Barosu'na kayıtlı olarak avukatlık yapıyor ve Freshfields Uluslararası Hukuk Firması'nın Uluslararası Tahkim Departmanı Ortadoğu sorumlusu olarak görev yapıyor. Yatırım, enerji ve Telekom uyumsuzlukları üzerinde uzmanlığı var. *Xed Professional Issues*'da dahil olmak üzere üzere bu konuda çeşitli eserleri var. Önümüzdeki ay da London Cuort of International Arbutrational Rules'la ilgili yayınlanacak olan kitabın iki yazarından birisi. Kendisi önümüzdeki ay kitabın yayınlanacağını söyledi az önce bana ve *Global Arbitration Review* editör yardımcısı ve Dubai Uluslararası Finans Merkezi'ne Tahkim Kanunu değişikliği hususunda danışmanlık hizmetlerinde bulunuyor. İlk konuşmacı olarak konuşmacılarımız öyle karar vermişler daha doğrusu, ilk olarak kendisinin konuşmasını dinleyeceğiz. Daha sonra Arzu hanımı konuşmasından önce tanıtayım. Buyurun.

REZA
MOHTASHAMİ'NİN
TEBLİĞİ

Reza MOHTASHAMİ (İngiltere Barosu, Freshfields Uluslararası Hukuk Firması'nın Uluslararası Tahkim Departmanı Ortadoğu Sorumlusu):

Çok teşekkür ediyorum. İyi günler değerli konuklarımız. Öncelikle sözlerime bugün burada Ankara'da sizlerle olmanın büyük bir ayrıcalık olduğunu söyleyerek başlamak istiyorum. Bugün sizlere sunum yapma imkanı tanıdığınız için teşekkür ederim.

ORTA DOĞU ÜLKELERİNDE TAHKİM VE GELECEKTEN BEKLENTİLER

I. Giriş

Bugünkü sunumumun konusu Orta Doğu ülkelerinde tahkim olacak. Bu konu, bugün bana ayrılan süre içerisinde kapsamlı şekilde inceleme yapılamayacak kadar geniş bir konu. Dolayısıyla bana ayrılan sürede, dünya çapında bir uluslararası tahkim sistemi kurma ve geliştirmeyi amaçlayan Orta Doğu'nun yeni kurumu hakkındaki üç husus üzerinde durmaya çalışacağım.

1. Öncelikle uluslararası tahkim sistemi hususunda modern kurumsal yapıyı kabul eden orta doğu ülkelerinin kapsamlı bir incelemesini sunacağım. Bu özü itibariyle üç unsuru içermektedir.

a. İlki uluslararası anlaşmaların, özellikle New York anlaşmasının, onaylanmasıdır.

b. İkincisi, ticari tahkim konusunda UNCITRAL Model kanunu gibi yeni düzenlenmiş modern tahkim kanunlarının benimsenmesi.

c. Ve üçüncüsü, oturmuş Avrupa tahkim merkezleriyle rekabet halinde yeni bölgesel ve ulusal tahkim merkezlerinin kurulması.

2. Orta Doğu'daki tahkim durumunu ele alırken söz konusu ikinci unsur da, bu ülkelerin onayladığı iki taraflı doğal yatırım anlaşmalarının (BIT) yaygınlaşmasını ele almak olacaktır.

Bu iki taraflı yatırım anlaşmaların her biri ayrı bir seminer konusu olabilir. Bugün 2500'den fazla imzalanmış bu anlaşmalar uluslararası hukuk sayesinde, yüklenici taraf ülkesinde yatırım yapan yabancı yatırımlarının korunmasını temin etmektedirler. Bu korumalar arasında istimlak ve ayrımcılığa karşı koruma, adil ve eşitlik ilkesi ve diğer tahkim önlemleri sayılabilir. Bu iki taraflı anlaşmalarda genelde, uyuşmazlık halinde tahkim yoluna gidileceğinin kararlaştırıldığını görmekteyiz; dolayısıyla yabancı yatırımcı ev sahibi ülkenin yargı sistemindeki normal uyuşmazlık yollarını tüketmek zorunda kalmadan ilgili ülkeye karşı doğrudan tahkim dava açabilmektedir. Orta Doğu'daki bazı ülkeler şu an BIT yatırım anlaşmaları neticesinde açılan tahkim davalarını tecrübe etmiş bulunmaktadır. Ve bizim de bu davalara kısaca göz atmamız yerinde olacaktır.

3. Üçüncü olarak, Birleşik Arap Emirlikleri'nden ve özellikle yakın zamanda Ortadoğu'da öncü bir tahkim sistemi oluşturmada birçok açıdan öncülük eden Dubai'de meydana gelen gelişmelerden kısaca bahsetmek istiyorum.

II. Tarihsel Bakış Açısı

Ancak öncelikle, Ortadoğu'ya ilişkin her çalışmada olduğu gibi tarihsel bir perspektif edinmek faydalı olacaktır. Tahkim, Orta Doğu'da yüzyıllar öncesine dayanan bir uyuşmazlık çözümü olarak karşımıza çıkmaktadır. Tahkim, Kuran'da

da bahsedilmekte ve Peygamber Efendimizin tahkim yolunu kullandığı davalar bulunmaktadır.

Ancak, şunu söylemek uygun olacaktır, geleneksel Müslüman ülkelerinde kazanan ya da kaybedenin açıkça vurgulanmadan uyuşmazlık çözümü yapılmasının tercih edilmesi nedeniyle, tarihsel olarak tahkimden ziyade arabuluculuğu tercih ettiklerini de söyleyebiliriz. Ancak bu ülkelerde, tahkim ve arabuluculuk ayrımı da açık değildir. Daha modern anlamda tahkim, şeri hukuk sisteminin de tamamıyla kodifiye edildiği gibi yüzyıllar öncesinde Osmanlı İmparatorluğu hukuk sisteminde düzenlenmiştir.

Ve şunu belirtmek yerinde olacaktır, Orta Doğu ülkeleri uluslararası tahkimle genelde XX. yüzyılın büyük bir bölümünde, 1980'ler gibi çok yakın zamana kadar olumsuz ve sorunlu bir deneyime sahiptir. Sömürge dönemlerde yapılmış uzun dönemli petrol imtiyaz anlaşmalarından kaynaklanan, özellikle 2. Dünya Savaşı'nı takip eden yıllarda yapılan eleştirilen tahkim davaları bulunmaktadır. Hakemlerin yerel hukuku ya da şeriati reddettikleri özellikle üç özel tahkim kararı var. Bu üç tahkim kararı, uluslararası tahkim süreci önyargılı ve Batı çıkarları yararına tek taraflı olduğu gerekçesiyle Orta Doğu hükümetlerinin gözünde lekelenmiştir.

Burada en sembolik dava herhalde, 1951'de neticelenen Abu Dabi petrol tahkim davasıdır. Dava Abu Dabi Şeyhi'nin 1939'da Petroleum Development Limited Company'e vermiş olduğu 75 yıllık uzun vadeli petrol imtiyazı sözleşmesi ile ilgiliydi.

Tahkim yargılamasının tek hakemi olan İngiliz Lord Asquith of Bishopstone, imtiyaz sözleşmesine uygulanacak esas hukuku bulmaya çalışırken; eğer bir hukuk sistemi uygulanacaksa bun Abu Dabi hukuku olması gerektiğini vurgulamıştır. Ancak nihai kararda şöyle bir sonuca varmıştır, buradan kısa bir alıntı okumak istiyorum:

"Böyle bir kanunun var olduğu söylenemez. Şeyh, Kur'an'ın yardımıyla son derece ihtiyari bir adalet yönetiyor ve böylesine ilkel

bir bölgede modern ticari unsurların inşasında uygulanabilecek herhangi bir yerleşik hukuki ilkeler bütünlüğünün olduğunu söylemek hayalperestlik olacaktır."

Dolayısıyla bu keskin kelimelerle, sözleşme koşullarının tekrar alıntılıyorum, "medeni milletler genelinin sağduyusu ve yaygın uygulamasına dayalı ilkelerin uygulanmasını davet etmektedir" diye savundu. Bu sonuca vardıktan sonra davayla kesinlikle yakından uzaktan ilgisi olmayan İngiliz hukukunu uygulamıştır. Ancak tabii İngiliz hukuku, kendisinin en aşına olduğu hukuk sistemiydi.

Lord Asquith, kararında Abu Dabi hukukunun uygulanacağına ilişkin hiçbir kanıtın ispat edilemediğini söyleyerek neticeye varabilirdi. Bu kararda çığneden genel değer yargısı, diğer iki ünlü davada da peş peşe şiddetlenerek yinelendi. Detaylı bir şekilde açıklamak istemiyorum, ama 1953 tarihli ve tek hakemin Katar hukukunu yine aynı sebeplerle reddettiği *The Ruler of Qatar v International Marine Oil Company Ltd davası* bulunmaktadır.

Ve 1958'de, tahkim hakeminin Suudi hukukunun madden imtiyazları konusunda belirli bir kanuni düzenlemesi bulunmaması nedeniyle Suudi Arabistan hukukunu uygulamayı reddettiği meşhur *Aramco v the Government of Saudi Arabia* tahkim davası bulunmaktadır.

Bu üç davada da Araplar kaybeden taraf oldu. Ve davanın sonucuyla bir Arap devletinin kanununun dışlanması insanların zihninde çabucak yer edindi. Üzerinden elli yıldan fazla zaman geçen bu üç dava hala belli bir dereceye kadar Orta Doğu'da uluslararası tahkimin görüldüğü perde arkasını oluşturmaya devam ediyor. Bu davaların Orta Doğu'da uluslararası tahkimin gelişimi üzerinde zararlı bir etkiye sahip olduğunda ve başta da söylediğim gibi Batı lehinde ve taraflı olarak görülen tahkime karşı yıllar süren bir güvensizliğe yol açtığına şüphe yoktur.

Ancak Orta Doğu ülkelerinin tahkimle ilgili algılayışları ve ilişkisi yavaşça değişmektedir. Bence bu değişim Orta

REZA
MOHTASHAMİ'NİN
TEBLİĞİ

Doğu ülkelerinin 1970'lerden bu yana tecrübe ettiği ekonomik zenginliğin, petrol fiyatlarındaki büyük artışın, artan gelişimin bir sonucudur. Bu, birçok Orta Doğu ülkesini küresel ekonomik toplumun üyeleri ve küreselleşme sürecinin katılımcıları haline getirmiştir. Dolayısıyla Orta Doğu ülkelerinin sadece Avrupa ve ABD şirketleriyle değil, aynı zamanda Orta Doğu içerisinde, Afrika ve Asya ülkeleriyle arasındaki ticaret ve yatırımın artması uluslararası tahkimin uluslararası ticaret ve yatırımlardan kaynaklanan sorunların çözümünde en etkili aracı olarak kabul edilmesine yol açması bir sürpriz olmamalıdır.

Bu kadar tarihsel yaklaşım yeterli, şimdi bugünkü duruma dönelim.

III. Uluslararası Tahkimde Modern Hukuksal Düzenlemeler

Bence Orta Doğu'daki uluslararası tahkim algısının değişimindeki en iyi önemli kanıtı, bölge ülkelerinin modern tahkim kanunlarının kabul etmesi ve tahkime ilişkin önemli uluslararası anlaşmaları onaylamasıdır.

1958 tarihli yabancı tahkim kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındaki New York anlaşmasına katılım ve uluslararası ticari tahkim konusunda 1985 tarihli uluslararası ticari tahkim hususundaki UNCITRAL model hukukunun kabulü çok önemlidir. Anthony'den bu sabah dinlediğimiz New York anlaşması uluslararası tahkimin başarısında büyük bir etkidir. Anlaşma, taraf devletlerine iki temel görev vermektedir. İlki, yerel mahkemelerin ilgili hallerde tarafları tahkime sevk etmesi ve dolayısıyla ilgili mahkeme yargılamasının durması; ikincisi ise, yabancı tahkim kararlarının aynen bir mahkeme kararı gibi tanınmasını ve tenfizini sağlaması. Tahkim kararın tanınması veya tenfizine engel durumların birkaç istisna hal olduğunu da belirtmek istiyorum.

Uluslararası tahkimin, her yerde olduğu gibi Orta Doğu'da da yayılmasındaki ikinci önemli gelişme ise, tahki-

me ilişkin modern milli yasaların çıkarılmasıdır. Bu kanunlar hukukun modernleşmesini hızlandırmak ve aynı zamanda farklı ülkelerin tahkim uygulamalarının uyumlaştırılmasını teşvik amacıyla olup, genelde UNCITRAL Modern Hukuk esas alınmıştır. Gerçekten de UNCITRAL Modern Hukuk, modern bir tahkim yasası için uluslararası olarak kabul gören yasama modeli olarak değerlendirilmektedir.

Peki, Orta Doğu'nun önde gelen ekonomik güçleri bu iki temel unsurun benimsenmesi konusunda nasıl yer almaktadır?

New York Anlaşması: New York Anlaşması, Yemen ve Irak dışında bütün Orta Doğunun ülkeleri –ben burada Orta Doğuyu geniş anlamıyla aynı zamanda İran'ı ve Kuzey Afrika ülkelerini de kapsayan, bütün Arap ülkeleri olarak değerlendiriyorum– New York Anlaşması'nı kabul etmişlerdir. Bu katılımlardan sonuncusu neredeyse on yıldan beri New York Anlaşması'na katılıp katılmamayı tartışan ve nihayet 2006'da kabul eden Birleşik Arap Emirlikleri'dir. BAE'den sonra biraz daha detaylı bir şekilde bahsedeceğim.

Her ne kadar anlaşmanın onaylanması önemli olsa da asıl önemli test, anlaşmanın yerel mahkemelerce uygulanmasıdır ve bu uygulama noktasında Orta Doğu hala belirsiz durumdadır. Örneğin, Suudi Arabistan'ın New York Anlaşması'nı 1994'te onaylamasına rağmen mahkemeler hala uygulamaya geçmemiştir. Tabii ki Suudi şikayet kurulunun -uluslararası tahkim konularıyla ilgilenen mahkeme– New York Anlaşması'nın yabancı tahkim kararlarının tenfiz talebinin reddedilebileceği sınırlı hallere ilişkin 5. maddesinin geniş anlamda kabul edip etmeyeceği büyük bir belirsizlik olarak kalmaktadır. Ayrıca şunu da belirtmek isterim ki, bölge ülkelerinin büyük bir kısmı devletler ve yabancı yatırımcılar arasındaki uyuşmazlığın çözümüne ilişkin 1965 tarihli Washington Anlaşması'nı da kabul etmişlerdir.

UNCITRAL Model Hukuku: Modern tahkim yasalarının kabulüne bakacak olursak, Orta Doğu'daki gelişimin az olduğunu görmekteyiz. Mısır, Bahreyn, Umman, İran, Ürdün, Tu-

nus gibi birçok ülke UNCITRAL modern kanunu kabul etmiş bulunmaktadır. Bu ülkeler modern hukuku Bahreyn'in yaptığı gibi -Bahreyn tahkim kanunu çok kısadır, bir maddedir ve sadece Bahreyn Tahkim Kanunu'nun modern kanun olduğunu söylemekte ve ilişik eklemektedir- ya tamamıyla kabul etmiş ya da İran gibi diğer ülkeler modern kanunu bazı değişikliklerle kabul etmiştir, ama kanunları ağırlıklı olarak UNCITRAL modern kanundur.

Diğer bazı ülkeler, modern tahkim yasalarını 1981 Fransız Tahkim Yasası'ndan esinlenerek düzenlemişlerdir. Bu ülkeler Lübnan, Fas, Cezayir gibi Fransa'nın kolonyal bir güç olduğu eski koloni ülkeleridir.

Üçüncü grup ülkeler ise ne modern hukuku ne de Fransız hukukunu takip ederler, genelde eski Mısır hukukunu takip etmeye meyillidirler. Bunlar Katar, bugünkü BAE ve Yemen'dir. Buralarda kanunlar kısa ve eski olup ve yeniden düzenlenmeleri gerekmektedir. BAE'nın, UNCITRAL Model Kanunu esinlenerek yapılan bir modern tahkim kanunu çalışması içerisinde olduğunu söyleyebilirim.

Ve çoğu durumda olduğu gibi Suudi Arabistan'ın sadece kendisine özgü bir tahkim kanunu vardır. 1983 tahkim düzenlenmesi olarak adlandırılır ancak Suudi şikayet kurulu tarafından yakından teftiş edilmektedir. Kısaca resim biraz karışık olsa da genel gidişat doğru yöndedir.

Tahkim Kurumları: Şimdi de tahkim konusunda olumlu gelişimin kanıtlanmasındaki üçüncü unsura, tahkim merkezlerinin kurulmasına dönelim. Bu noktada bölgenin tamamında, birçoğu geniş, bölgesel ve uluslararası heveslerle kurulmuş, tahkim merkezlerinin çoğaldığını görmekteyiz. Sadece birkaçından bahsedeceğim.

- Kahire yerel tahkim merkezi Orta Doğu'daki öncü, en eski ve en yoğun tahkim merkezidir. Yirmi yıl önce başlamış ve önemli bir dava sayısına sahiptir.

- Diğer merkezler Tahran'da İran'da yayılmış durumdadır. Örneğin Tahran yerel tahkim merkezi -ki 2005'te Asya

Afrika hukuki danışmanlık örgütü (AALCO) himayesinde kurulmuştur.

- Fas'ta da Arap ticari tahkim merkezi bulunmaktadır.

- Aynı zamanda hepsi yerel ticaret odalarına bağlı olmak üzere Yemen, Dubai, Katar ve Bahreyn'de de tahkim merkezleri vardır. Bahreyn aynı zamanda üç tahkim merkezini içermektedir. Bahreyn ticaret odasının yanı sıra, GCC de vardır. GCC körfezi çevreleyen altı ülke olan Suudi Arabistan, Katar, Umman, Bahreyn ve Kuveyt'ten oluşan Körfez işbirliği merkezidir. Ve bu ülkelerin Bahreyn'de bulunan tahkim merkezleri vardır. Yine üç rakip tahkim merkezine ev sahipliği yapan Bahreyn yine önderliği kapmış durumdadır. Dolayısıyla Bahreyn ve Dubai'nin Dubai'de üçer tahkim merkezi bulunmaktadır. Örneğin Dubai, uluslararası tahkim merkezi anlamına gelen ve yine saygıdeğer bir konuma sahip olan ve on yıldan fazla bir süredir hizmet veren ticaret odasına bağlı olan DIAC. Geçen yıl kurulan, İslami finans işlemleriyle ilgilenen ve bir şeriat uzman hakemleri paneline sahip olan spesifik bir tahkim merkezi de vardır. Üçüncü tahkim merkezi de DIFC-LCIA tahkim merkezidir. DIFC Dubai uluslararası finans merkezi, LCIA da Londra'da kurulu bulunan Londra uluslararası tahkim mahkemeleridir, ikisi Dubai'deki tahkim merkezlerini kurmak için ortak bir girişim yapmışlardır. Merkezlerin çoğalması kısaca böyledir.

IV. İki taraflı Yatırım Anlaşmaları - BIT'ler

Zamanım azaldığı için BIT'lerin incelemesine kısaca bahsedeceğim, Orta Doğu ülkelerinin tahkime bakış açısı açısından ikili taraflı yatırım sözleşmeleri ve yatırımcı-devlet tahkim sözleşmelerindeki artışın incelenmesi önemli bir barometre veya ölçüm aracıdır. Bu konu tahkim hukukunda Orta Doğu dahil tam dünya çapında içtihat yaratması açısından da öneme sahiptir.

1995 yılında yayımlanmış olan önemli bir makalede, kaşifler uluslararası tahkim için yeni bir kıta yaratmalılar demiş-

ti. Bu keşfedilmemiş kıta, coğrafi anlamda bir kıta değil, hukuki açıdandı. Bu yer sözleşmede herhangi doğrudan bir akdi bağlantı olmasa dahi, yatırımcının devlet aleyhine tahkim yargılaması başlatabileceği bir yerdi. Tahkimin yapılacağı bu yer özel olmaktan da öte ve iki taraflı yatırım sözleşmelerinin temel keşfedilen kıta olarak kabul edileceği yeni bir yerdi.

1990'lı yılların ortalarına kadar, ICSID tarihinde toplam yaklaşık sadece 30 kadar dava bulunmaktaydı. 2005 yılına geldiği zaman, ICSID kayıtlı dava sayısının 200'e yaklaştığını ve her yıl ortalama 25 yeni davanın kaydının yapıldığını görmekteyiz. Şu an, 125 adet görülmekte olan ICSID davası ve çok daha fazla UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre yürütülmekte olan BIT-İki Taraflı Yatırım Sözleşmesi kaynaklı tahkim davası bulunmaktadır.

Daha önce de belirttiğim üzere, şuan 2500'ün üzerinde BIT-İki Taraflı Yatırım Sözleşmesi bulunmakta ve yatırımcılar giderek BIT'leri daha fazla kullanmakta ve böylece başarı beklemektedirler. Orta Doğu bölgesi de tahkim konusundaki bu gelişmelerden soyut değildir. Suudi Arabistan, Birleşik Arap Emirlikleri, Fas, Lübnan, İran dahil birçok Orta Doğu ülkesinin bu tip tahkim sözleşmesine imza atmıştır. Misal olarak, İran ilk defa üstelik bir Türk yatırımcı olan Turkcell tarafından İran-Türkiye İkili Yatırım Anlaşması'na dayanarak böyle bir dava ile karşı karşıyadır. Yine Mısır, 11 defa ICSID usullerine göre dava edilmiştir.

Daha ilgi çekici bir konu da, Orta Doğu şirket ve yatırımcılarının kendilerine ait zengin petrol kaynaklarını sadece Avrupa veya ABD değil, Afrika, Asya ve diğer Orta Doğu ülkeleri de dahil olmak üzere yurtdışına yapacakları yatırımlarında davacı olarak ICSID davalarına görmememiz olasıdır.

Hatta böyle ilk dava 2005 yılında Umman yatırımcı tarafından, bir yol inşaat projesi kapsamında Umman-Yemen İkili Yatırım Sözleşmesi esas alınmak suretiyle Yemen Cumhuriyeti'ne karşı açılmıştır. Dessert Line Projects v Yemen tahkim davası geçen sene Umman yatırımcı lehine neti-

celenmiş ve sonrasında Yemen devleti tarafından tahkim kararı uyarınca ödemeler yapılmıştır.

Bu çok önemli gelişmeler, Orta Doğu'da tahkim aleyhine olan tarihi karşıtlık düşünüldüğünde, bölgede tahkim konusunda değişen bakış açısını göstermektedir.

V. Dubai'deki Son Dönemdeki Gelişmeler

Son olarak, geçtiğimiz üç yıl içerisinde uluslararası tahkimin gelişmesi ve desteklenmesi amacıyla tahkim alanında çarpıcı değişimler geçiren BAE üzerine kısaca yoğunlaşmak istiyorum.

Öncelikle BAE, önemli bir başlangıç olarak 2006 yılında New York anlaşmasını kabul etmiştir.

İkinci olarak da geçtiğimiz 2008 yılında taslak model hukuku hazırlanan ve UNCITRAL model hukukunu ve onun tenfize ilişkin maddelerini esas alan bir tahkim kanunu oluşum süreci içerisindeydi. Halen medeni usul hukukunda yer alan tahkim bu yeni kanun düzenlemesi ile BAE'nin uluslararası tahkim merkezi olması için ilgiyi arttıracaktır.

Ve üçüncü aşama Eylül 2008'de yeni tahkim kanununun Dubai uluslararası finans merkezinde ya da DIFC'te kanunlaştırılmasıydı.

Bir arada değerlendirildiğinde, bu gelişmeler BAE'de şimdiye kadar eksik olan etkin bir uyuşmazlık çözümleme sistemi kurma amaçlı en son önlemler dizisidir. BAE ve özellikle Dubai, yabancı yatırımcıların endişelerinde ifade ettiği gibi, çoğu zaman Dubai'deki hukuki ve sözleşmeye dair hakların uygulanmasını belirsiz bırakan mevcut hukuki yapıya sahipti. Ne zaman Dubai'de sözleşme haklarını uygulatmaya çalışmak isterseniz birçok dava riskiyle karşı karşıya kalabilirsiniz.

Bir örnek vermek gerekirse, meşhur Bechtel tahkimini ele alalım. Bildiğiniz üzere Bechtel havaalanlarını birleştiren çeşitli tesisler inşa etmek üzere Dubai hükümetiyle bir sözleş-

REZA
MOHTASHAMİ'NİN
TEBLİĞİ

me yapan çok büyük bir ABD şirkettir. Tahkim davasında yaklaşık 25 milyon dolarlık bir karar kazanmıştır. Ancak tahkimin yeri Dubai olan davada, Dubai hükümeti ödeme yapmayı reddetti ve karar Dubai mahkemelerince feshedildi. Feshin sebebi ise, İsviçreli hakemin olaya şahitlik eden ve olayı duyan herkesin yeminini tam anlamıyla dinlemediğiydi. Bu sebeple karar feshedildi. Tahmin edebileceğiniz üzere bu dava uluslararası tahkim çevresinde bir nevi ünlü, Dubai için de bir sıkıntı kaynağı oldu.

Dubai özellikle daha çok yabancı yatırım çekmeye ve Orta Doğu'da finansal ve ticari merkez olmaya çalıştığı için Dubai'nin Orta Doğu'da önemli bir tahkim merkezi amacındadır ve burada da DIFC devreye girmektedir.

DIFC 2004'ten bu yana hizmet vermektedir. Dubai'nin merkezinde kurulu bir yer olan otonom teamül hukuku yargılama yetkisine sahiptir. Otonom olması BAE'nin medeni ve ticari kanunlarının DIFC sınırları içerisinde uygulanmaması bağlamındadır.

DIFC söylediğim üzere uluslararası banka ve şirketleri çekecek istikrarlı ve yatırıma açık bir ortam kurmak için küresel bir finans ve bankacılık merkezi olma amacıyla kurulmuştur. Dubai hükümeti temiz yasal temeller ile bağlayarak yeni bir adım attı ve hükümetin dünyanın her yerindeki özellikle Londra'daki büyük finansal merkezlerden ödünç aldığı temellerle yasal ve düzenleyici bir sistem kurdu. En çok etkilenecek yer Londra olmasından dolayı da teamül hukukunu kabul etti. DIFC'nin yasal sistemi bahsedeceğim üzere kendi mahkemeleri ve kendi hakimleri tarafından denetlenmektedir.

DIFC'nin yasal alanı yakın tarihte kanunlaşan tahkim kanunu yani, geçen yıl Eylül'de kanunlaştırılan DIFC tahkim kanunudur. Yeni kanun ağırlıklı olarak UNCITRAL model hukukuna göre şekillendirilmiştir ve öncü tahkim merkezlerinin modern tahkim kurallarına eşdeğerdir. Yakın zamanda oluşturulan DIFC-LCIA tahkim kurumunun başlamasını

takiben DIFC'nin Orta Doğu'da önemli bir tahkim merkezi olarak kurulması amaçlanmıştır.

DIFC'nin yasal sistemi hakkında birkaç kelime söyleyeyim, detayları yine size verilecek olan kağıt içerisinde bulacaksınız. Bahsettiğim üzere yasal silueti tamamen yenilemek, kendisini bütün UAE medeni ve ticari kanunlarının uygulanmasından muaf tutan UAE anayasasına yeni bir ek yapılmasını gerektirmiştir. 2003 tarih ve Anayasal Değişiklik No: 1 ile BAE Başkanlığı, Yüksek Federal Konsey'e tavsiyesiyle ve Federal Ulusal Konsey onayıyla BAE Anayasası'nın 121. maddesini değiştirerek, Birliğe; *"Birliğe uygulanacak kanun ve kuralardan muaf Finansal Muafiyet Bölgeleri talimat ve oluşumu"* kurmasına izin vermiştir. Yine federal düzeyde iki ayrı yasal düzenleme daha yapılmıştır. İlki; BAE içerisindeki herhangi bir Emirlikte federal düzeyde finansal muafiyet bölgeleri kurulmasına izin veren 2004 tarihli 8 Sayılı Federal Kanun olup, ilgili maddenin 3. maddesinde finansal muafiyet bölgelerinin her tür federal medeni ve ticari kanunlarının uygulanmayacağı belirtilmiştir. İkinci olarak; 2004 tarihli 35 sayılı Federal Kanunu resmi olarak DIFC'nin Dubai'de kurulduğunu hüküm altına almıştır.

Dubai'ye gelecek olursak, Dubai hükümeti DIFC'nin finansal ve idari bağımsızlığını tanıyan ve DIFC'nin kurulduğu yasal çerçeveyi oluşturan DIFC kanununu kabul etmiştir. Bu çerçeve üç farklı yapıdan oluşmaktadır: DIFC'nin kanun yapan bölümü olan DIFC otoritesi. Dolayısıyla DIFC otoritesi kendi sözleşme kanununu, güvenlik kanununu, şirketler kanununu vs. kanunlaştırmıştır. DIFC'nin hisse değişimi yeri olan DIFC finansal hizmetler otoritesi hisse değişiminin düzenlenmesine bakmaktadır. Ve son olarak DIFC mahkemelerinin DIFC adli otoritesi.

2004 tarih ve 12 Sayılı Dubai Kanunu'na göre Dubai DIFC mahkemelerine kurmuştur. Bu mahkeme sisteminde bir mahkeme ve bir temyiz mahkemesi bulunmakta olup ve mahkemelerin DIFC ya da herhangi bir kurulu şirketine ilişkin medeni ve ticari davalar üzerinde özel yetki alanı vardır;

DIFC'ye kadar yargılanmış bir sözleşme ya da DIFC tarafından sonlandırılmış bir anlaşmadan kaynaklanan medeni ve ticari davalar ve DIFC içerisinde meydana gelen bir olaydan kaynaklanan ya da ona ilişkin medeni ve ticari davalar. Ayrıca DIFC'nin hiçbir cezai yetki alanının olmadığını eklemem gerekir. Dolayısıyla DIFC içerisinde hala BAE cezai kanunlarına tabisiniz.

DIFC'nin mahkemeleri Dubai ve BAE'deki diğer mahkemelerden ayrı ve bağımsızdır ve DIFC temyiz mahkemesinin yargısı nihaidir. Diğer mahkemelere başvurma hakkı yoktur. Dubai mahkemeleri DIFC'de oturan tahkim yargıçları tarafından açıklanan DIFC hükümlerini içeren BAE'deki DIFC mahkemelerinin kararını uygulatmalıdır. Dubai mahkemeleri, DIFC Mahkeme kararlarını, emirlerini ve DIFC kararlarını Yargısal Hiyerarşi Kanunu m. 7'ye göre davanın esasına girmeden uygulayacaktır. Dolayısıyla DIFC karar ve hükümlerinin otomatik olarak tanınması ve uygulanması DIFC yasal sisteminin bağımsızlığı ve etkinliği için vazgeçilmezdir. DIFC New York Anlaşması ve BAE tarafından onaylanan diğer anlaşmalarla bağlıdır. Yani eğer Türkiye'de uygulamak istediğiniz bir DIFC tahkim kararınız varsa BAE'de New York Anlaşması işlemektedir.

Önce de belirttiğim üzere DIFC mahkemeleri ağırlıklı olarak İngiliz mahkemeleri örneğine göre şekillendirilmiştir ve DIFC hakimi olabilmek için Anglo-Sakson hukuk sistemi içerisinde deneyimli avukat veya hakim olmak ön şarttır. Şu an, üç emekli İngiliz hakimi, Singapur'dan bir emekli hakim, Malezya'dan emekli bir hakim ve Yeni Zelanda'dan da bir hakim olmak üzere bu altı hakim DIFC mahkemelerinin ilk derece ve temyiz mahkemesi hakimlerini oluşturmaktadır. İngiliz hukukunun DIFC üzerindeki etkisi, 2007 tarihli DIFC Mahkemeleri Usulü Kanunu'nun İngiliz Usul Hukuku Kanunu ve 2006 yılı Deniz ve Ticari Mahkeme Kitapçığı esas alınması suretiyle düzenlenmesinden de görülebilir. Yine İngiliz hukukuna olan bağlılık, DIFC hukukundaki bir boşluk halinde İngiliz hukukunun uygulanacağını söyleyen birçok DIFC kanununda bulunan maddelerden de açıkça görülmektedir.

DIFC'de tahkim: Yeni tahkim kanununa göre; DIFC'ye herhangi bir bağlantının olmasa dahi taraflar DIFC'yi tahkim yeri olarak seçebilmektedirler. Gerçekten de yeni bir tahkim merkezinin, DIFC-LCIA'nın kurulmasıyla ispatlandığı üzere DIFC'nin politikası ve Dubai hükümetinin amacı DIFC'yi Orta Doğuda öncü bir tahkim merkezi olarak kurmaktır.

Şubat 2008'de DIFC, LCIA ile DIFC-LCIA Joint Venture Tahkim Merkezi kurulduğunu açıklamıştır. Bu LCIA için de ilk kez böylesi bir stratejik ortaklık anlaşmasıdır. Tahkim Merkezi, LCIA Mahkemesi'nin danışmanlığında 17 Şubat 2008 tarihinde LCIA'nın denenmiş ve güvenilir tahkim kurallarının biraz değiştirilmesi suretiyle elde edilmiş kurallarını kabul etmiştir. Merkezin Sekreteryası DIFC içerisinde yerleşik olup, LCIA'nın dava yönetim merkezi ve bilgi merkezi, işlevi LCIA sekreteryası yardımıyla Londra'dadır.

DIFC Tahkimine ilişkin Tahminler: Birkaç sonuç cümlesi söylemek gerekirse, DIFC tahkim kanunu özelde BAE'nin ve daha geniş anlamda Orta Doğu'nun yasal ve ticari alanında makbul bir ilavedir. Ancak DIFC tahkimi pratikte nasıl gelişecektir? Kısacası bilmiyoruz, şimdiye kadar bir örneği olmadı, zaten çok yeni ve bekleyip görmemiz gerekiyor. Fakat rahatça bazı erken yorumlar yapabileceğimizi düşünüyorum.

İlk bakışta, DIFC'deki tahkimin görünümü umut verici. Bu özellikle BAE ve Orta Doğu şirketlerini içeren her daim gelişen ticaret ve yatırım akışı bağlamında baktığınızda böyle. Bu tahkim ve dava sayısında nihai bir artışı tetikleme eğilimindedir. Bölgeler arası ticaretteki artan cereyan yanında aynı zamanda Orta Doğu şirketlerinin batılı şirketler ile olan ilişkilerindeki pazarlık pozisyonlarının artması, yani Orta doğu ülkeleri arasındaki ticaret de kurulu Avrupa merkezleri seçimi için sözleşmenizde engel teşkil etme eğilimindedir. Bir Hintli üretici ve bir Mısırlı dağıtıcı arasındaki dağıtım anlaşması bağlamında Paris ya da Londra'yı tahkim merkezi olarak seçmek çok mantıklı değildir.

Bu bağlamda bakıldığında, DIFC Orta Doğudaki diğer potansiyel tahkim merkezleri üzerinde rekabetçi bir avanta-

REZA
MOHTASHAMI'NİN
TEBLİĞİ

ja sahiptir. DIFC-LCIA tahkim merkezinin kurulması tahkimi iyileştirir, DIFC'nın nötr İngilizce konuşulan yargıdan, olumlu tahkim rejiminden ve altı hakimden bahsettiğim üzere deneyimli bir mahkeme tarafından desteklenen mahkemedен oluşan tam bir tahkim hizmetleri paketinin kullanıldığı tahkim sunmasına imkan tanıyarak ününü artırır. Dubai'de yer alan yerel sekreterlik tarafından gözetilen modern ve saygın tahkim kuralları olan DIFC kuralları Orta Doğu'daki taraflar için popüler bir durak olan Dubai'de tahkim duruşmalarına ev sahipliği yapacak ulaşılmaz imkanlar geliştirmiştir.

Toparlamak gerekirse, DIFC projesi Dubai hükümetinin Dubai'nin hızlı gelişimini bölgesel bir finansal ve adli bir merkez haline dönüştürmek adına attığı geniş bir bölüm olduğunu söyleyebileceğimiz düşünüyorum. Hukuki inşa işinin çoğu şu anda bitmiş durumdadır ve yasal yapılar yerindedir. Bir sonraki aşama bu yapının pratikte nasıl işlediğini görmektir.

Teşekkürler.

Seçkin ARIKAN: Sayın Mohtashami beye çok teşekkür ediyoruz. Kendisine olan sorularınızı lütfen saklayın, diğer konuşmacımız da sunumunu tamamladıktan sonra soruları toplu olarak almayı düşündük.

Sıradaki diğer konuşmacımız sayın Prof. Dr. Arzu Oğuz, kendisi Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi. Sanıyorum çoğunuz tanıyor sunuz. 1986 Ankara Hukuk Fakültesi, 1997'de Mönchen'den doktorasını aldı sayın Oğuz, 1999'da yardımcı doçent, 2002'de doçent ve 2003 yılından beri de profesör olarak ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Hukuk Ana Bilim Dalı öğretim üyesi ve Başkanı olarak görev yapıyor. Kendisinin Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve İngiltere'de karşılaştırmalı hukuk alanında ve uluslararası ticaret hukuku *Lex Mercatoria* üzerine çalışmaları var. Yayınlanmış 5 kitabı, çok sayıda makalesi var. Çok uzatmadan sözü kendisine veriyorum, buyurun Hocam.

Prof. Dr. Arzu OĞUZ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Teşekkür ederim. Önce küçük bir düzeltme yapmak zorundayım; doçentlikle profesörlük arasında bir yıl olmuyor. Aksi takdirde soru işaretlerine yol açacaktı, o nedenle, yoksa çok önemli bir husus değil aslında, ama teşekkür ederim, ama arada 5 yıllık fark olması gerekiyor.

Değerli konuklar, öncelikle bugün burada aranızda olmaktan duyduğum mutluluğu ifade ederek söze başlamak istiyorum ve bugün sizlerle paylaşacağım konu programda da yer aldığı üzere "*Lex Mercatoria'nın Uluslararası Uyuşmazlıklardaki Rolü*" başlığını taşımakta. Konuyla bir parça ilgilenen herkes bilir ki, "*Lex Mercatoria*" kavramı üzerinde çok fazla tartışılan, üzerinde hatta uyuşulamayan ve kutuplaşmalara yol açan bir konu. Yani "*Lex Mercatoria*" söz konusu olduğunda hukukçular iki arada bir derede olamıyorlar, ya tamamen karşısında oluyorlar ya da "*Lex Mercatoria*"yı çok seviyorlar. Benim hangi gruba ait olduğumu sunumun sonuna doğru zaten anlayacaksınız.

Bu tartışmalar biraz da şuradan kaynaklanıyor; herhangi bir yasa koyucu otoriteden kaynaklanmadan da hukuk yaratılabilir mi sorusu ya da anlayışına verilen birtakım yanıtlar var ve bu yanıtlar da *Lex Mercatoria* konusundaki teorik tartışmaları oluşturmakta. Tabii ki, bu teorik tartışmalara yer vermeye zamanımız yetmeyecek 20-25 dakika içerisinde. Yine de *Lex Mercatoria'nın* tarihsel kökenine şöyle kısaca bir göz atacak olursak çok yenilerde tartışılan bir kavram olsa da *Lex Mercatoria'nın* tarihsel kökenlerinin Ortaçağa kadar uzandığını da görmekteyiz. Hatta Roma hukukuna kadar dayandıran müelliflerin sayısı da az değil. Ancak günümüzde güncelliğinin artmasının en büyük nedeni münferit ulusal hukukların varlığı olgusunun uluslararası ticaretin evrenselliği olgusuyla giderek daha az bağdaşması.

Yabancı unsur taşıyan ihtilaflar uluslararası özel hukukun bu ihtilafları bir hukuk düzenine tabi tutması ve uluslararası unsurlu bir vakanın bir hukuk düzeninin ulusal anlayışına göre biçimlenmiş normlarına göre çözmeye çalışmakta.

Fakat özellikle sözleşmeler açısından olaya yaklaşıldığında şahıslar ve eşyalardan farklı olarak doğal bir bağlama noktasının olmadığı bu tür olaylarda görülmektedir. Bu nedenle de sözleşmenin yapıldığı yer ya da sözleşmenin ağırlık noktası gibi herhangi bir bağlama noktası son derece keyfi olabilmekte. Uzaktan yapılan sözleşmelerde sözleşmenin yapıldığı yer belirsiz olabildiği gibi ağırlık noktası teorisi somut bağlama kurallarıyla düzenlenemediği için hakime çok geniş bir takdir yetkisi verilmekte ve hukuki kesinliğin zedelenmesine yol açabilmekte böyle bir çözüm yolu.

Ben etkinliğin genel konusuna uygun olarak *Lex Mercatoria*'nın tahkim uygulamasındaki rolüyle sunumumu sınırlandırmak istiyorum ve konuyu ele alırken biraz önce de vurguladığım gibi teorik tartışmalardan çok örneklerle açıklamayı tercih ettim. Zamanımız ne kadar az olursa olsun yine de herhangi bir devlet otoritesine dayanmayan ve *Lex Mercatoria* adında bir kodifikasyona sahip olmayan bir hukuk sistemi olarak nelerin *Lex Mercatoria*'nın kaynağını oluşturduğu konusunu da belki sadece ana başlıklarıyla biraz hatırlamakta yarar var. Bu arada özür dilerim, özgeçmişimi düzeltiyim derken power pointi açmayı unuttum.

Lex Mercatoria'nın kaynaklarını kısaca hatırlamak gerekirse, standart sözleşmeler, bir örnek kurallar, ticari teamüller, devletlerarasında yapılan anlaşmalar, model kanunlar, uluslar üstü hukuk, hukukun genel ilkeleri ve uluslararası tahkim olarak kısaca belki saymak şimdilik yeterli, süremiz kalırsa ve sorular gelirse bu konuya tekrar dönmemiz mümkün olur.

Lex Mercatoria'nın kaynaklarının en azından sayılmasından tahkimin uluslararası ticaret konusunda ne kadar önemli olduğu anlaşılmakta, uluslararası tahkim uygulaması uluslararası ticarete hukuk yaratmak için yeni metotların bulunmasına son derece uygun düşmekte. Tebliğimde de *Lex Mercatoria*'nın uluslararası tahkim uygulamasında ne ölçüde bağımsız bir hukuk düzeni olarak kabul edildiği, tahkimle ilgili mevzuatta *Lex Mercatoria*'ya ne ölçüde ve nasıl yer verildiği ve hakemlerin hangi koşullarda ve nasıl *Lex Mercatoria*

anlamındaki ulusal kurallardan bağımsız hukuk kurallarını uyguladıkları hususlarına yer verilmeye çalışılmıştır. Tabii ki, bu kararların hemen hemen hepsini incelemek olanaksızdır, ancak burada sadece *Lex Mercatoria* teorisinin kurulmasına ve hatta bağımsız bir *Lex Mercatoria* eğer yaratılabilecekse bunun yaratılmasına katkısı olabilecek kararlara değinmeyi tercih etmiş bulunmaktayım.

Uluslararası tahkim kararlarından *Lex Mercatoria*'ya bakacak olursak, bu hakem mahkemelerindeki uygulamada dört uygulama alanı birbirinden ayrılmalı. *Lex Mercatoria*'nın tarafların seçimi üzerine uygulanması, *Lex Mercatoria*'nın objektif bağlama kuralı olarak uygulanması, *Lex Mercatoria*'nın ulusal bir hukuk düzeniyle bir arada uygulanması ve *Lex Mercatoria*'nın bir hakkaniyet kuralı olarak uygulanması. Belki seçilmiş örneklerle açıklamak bu dört uygulama alanını son derece yerinde olacaktır diye düşünüyorum. Her şeyden önce *Lex Mercatoria* tarafların seçimi üzerine uygulanır. UN Citral model kanunundan da anlıyoruz ki, kural olarak taraflar uygulanacak hukuku seçebilirler. Hakemler tarafların seçmesi durumunda *Lex Mercatoria*'yı uygulurlar. Burada örnek olarak The Government of The State of Kuwait vs. The American Independent Oil Company olayı verilebilir. Olayda American Independent Oil Company, Kuveyt Devleti'nin 1977 yılında şirketin mal varlığını devletleştirmesi üzerine Kuveyt Devleti'ne karşı tazminat talebinde bulunmuş. Her iki taraf da uygulanacak hukukla ilgili olarak hakem sözleşmesine şu şartı koymuşlar: Taraflar arasındaki esasa ilişkin sorunları, maddi hukuka ilişkin konuları idare eden hukuk tarafların vasıfları, ilişkilerinin sınır aşıcı karakteri ve modern dünyanın hukuki ilke ve uygulaması dikkate alınarak mahkeme tarafından tayin edilecektir. Bu şartla *Lex Mercatoria*'nın aslında açıkça anılmamış olduğu görülmekte, burada daha çok sözleşmenin uluslararası niteliği dile getirilmiş. Günümüzün modern dünyasında hukukun ve ticari ilişkilerin önde gelen ilkeleri karara temel oluşturmalıdır bakış açısıyla doğrudan doğruya *Lex Mercatoria* alanına dahil olan iki anahtar sözcükten bahsedildiği düşünülmektedir. Taraflar daha

önce yaptıkları anlaşmada hukukun hangi genel ilkelerinin sözleşmenin yorumlanmasında dikkate alınması gerektiğini kararlaştırmaktadır. Taraflar hukuki ilişkilerini aralarındaki sözleşme itibariyle *good will* ve *good fate*, “iyi irade veya iyi niyet ilkesine dayandırırılar” şeklinde tercüme edebiliriz, bu iki ilke de modern uluslararası ticari ilişkilerin temel ilkeleri olarak görülmektedir.

Taraflar belli bir hukuk düzeninin uygulanmasına değil de, uluslararası olarak tanınmış genel ilkelerin uygulanmasını tercih etmektedirler. Bu nedenle de bu anlaşma özellikle dikkate değer bir anlaşma, çünkü taraflar burada ne birinin, ne diğerinin mensup olduğunu ya da üçüncü bir hukuk düzenini seçmiş değiller. Onun yerine uluslararası ticaretin kendiliğinden işleyen mekanizmasına güvenmişler, menfaatlerinin en iyi hukukun genel ilkelerinin uygulanmasıyla korunacağını düşünmüşler ve buna uygun olarak da hakeemin yorumunda bu ilkeleri kullanmasını, uygulamasını, somut olaya uygun düşmeyecek herhangi bir hukuk düzeninin uygulanmasından daha güvenilir bulmuşlardır. Bu noktada uluslararası ticaret hukukuyla uluslararası hukuk arasındaki sıkı ilişki de ortaya çıkmakta, ama bu ilişki biraz da taraflardan birinin devlet olmasında da kendisini göstermekte. Yine devletler hukukunda olduğu gibi sadece bir devletin hukuku değil, hukukun uluslararası alanda tanınmış genel ilkeleri, özellikle devletler hukukunda sıkça uygulama alanı bulan ve bu nedenle de uluslararası ticaret ve devletler hukuku arasında bağ oluşturmaya uygun bir genel ilke olan iyi niyet ilkesi uygulanmakta.

Lex Mercatoria' nun objektif bağlama kuralı olarak uygulanmasına gelince, *Lex Mercatoria'* nun gelişim aşamasını izleyebilmek için hakemlerin, tarafların *Lex Mercatoria'* yı seçmemeleri durumunda bile objektif bağlama yoluyla *Lex Mercatoria'* yı uyguladıkları kararlar vardır ve bunlar da büyük anlam taşımaktadır. Objektif bağlama kavramı altında UN Citral model kanunu ve diğer hakemlikle ilgili kanunlarda hakemlere verilen kanunlar ihtilafı kuralına göre saptanan ve hakemin uygulanabilir bulduğu hukukun uygulanması yetkisi anla-

şılmalıdır. Hakem bu yetkiye sadece tarafların herhangi bir hukuku seçmemiş olmaları durumunda sahiptir. Münferit durumda hakemler kendilerinin yarattıkları kanunlar ihtilafı kurallarıyla maddi kural olarak *Lex Mercatoria'*ya ulaşmaktadır. Yine Türkiye'yi de ilgilendiren çok ünlü bir hakem kararı olan Society Norsolor ve Society Pabal ticaret şirketinde hakemler belli bir gerekçeyle *Lex Mercatoria'*yı uygulamışlar. Bu gerekçeyi kısaca okumak gerekirse, “uygulanması yeterince zorunlu olan uygulanacak ulusal hukukun seçiminde zorluklarla karşılaşan mahkeme, sözleşmenin uluslararası karakteri itibarıyla uygun bulunduğu takdirde özel bir mevzuata yapılmış zorunlu, zorlayıcı göndermeyi Türk veya Fransız bir kenara bırakarak milletlerarası *Lex Mercatoria'*yı uygular” demişler. Bu kararda *Lex Mercatoria* açık bir ifadeyle uygulanacak hukuk olarak belirtilmiş ve tarafların ulusal hukuklarının yanında eşit düzeyde bir alternatif olarak anılmış. Başka dikkati çeken bir nokta bu kararda *Lex Mercatoria'*nun ulusal hukuk düzenleriyle eşit düzeyde görülmesinin yanı sıra *Lex Mercatoria'*yla bonafides arasında, yani iyi niyet ilkesi arasındaki sıkı ilişki. Yine bu hakem kararında da bonafides ilkesi uluslararası ticaret hukukunun temel bir taşı olarak belirlenmiş, anılmış.

*Lex Mercatoria'*nun ulusal bir hukuk düzeniyle bir arada uygulanması da uygulamada sık karşılaşılan bir durum. Bu yöndeki kararların çoğalmasında tabii *Lex Mercatoria* yönündeki eğilimi de güçlendirmekte. Burada da yine salt Pasific Properties Limited ile Mısır Cumhuriyeti arasında çıkan bir ihtilaftan dolayı verilen bir kararı belki anmak lazım. Burada Southern Pasific Properties Limited ile Mısır Turizm Bakanlığı 1974 yılında Mısır'da iki turizm merkezinin yapımı için anlaşmışlar. 1977 yılında ilk merkezin yapımına başlanmış, ancak bir şekilde çok eleştiri almış bu proje ve halk gösterilerinde protesto edilmiş ve bunun üzerine de hükümet bir kararname çıkararak projenin devamını engellemiş. Bunun üzerine şirket sözleşmenin sona erdirilmesinden dolayı tazminat talebinde bulunmuş. Görevlendirilen hakem mahkemesi Mısır hukukunu uygulanacak hukuk olarak saptamış. Bununla birlikte mahkeme ahde vefa ilkesi veya el koyma halinde hakkaniyete

uygun tazminat gibi birtakım genel hukuk ilkelerinin Mısır hukuk sistemiyle bağdaşmadığını saptamış ve bundan dolayı da Mısır hukukuna atıf, gönderme, milletlerarası hukukun bu ilkelerini içerecek ve Mısır hukuku anılan ilkeleri ihlal etmediği ölçüde bu hukuka dayanılabilecek şekilde yorumlanacaktır diye bir karar vermiş. Bu gibi olaylarda hakem mahkemesi ulusal bir hukuka bağlanmayı tümüyle reddetmemiştir aslında, ancak uluslararası ticaretin özel gereksinmelerinden dolayı *Lex Mercatoria'*yı uygulamaya çalışmaktadır şeklinde literatürde yorumlanmaktadır. Gerçi burada daha objektif olmak gerekirse doğrudan *Lex Mercatoria'*dan değil de, uluslararası hukukun ilkelerinden söz edilmiş aslında. Burada ihtilaf taraflarından birinin devlet olması nedeniyle de devletler hukukuna ilişkin gerekçeler getirilmesi de dikkate çekmektedir.

*Lex Mercatoria'*nın hakkaniyet kuralı olarak uygulandığını da görüyoruz. *Lex Mercatoria* ana uygulama alanı bugüne kadar hakemlerin özellikle dostane aracı olarak da, bu dostane aracı ya da dostane çözüm şeklinde Türkçeye sık sık tercüme edilen kişilerin görevli oldukları, yani taraflarca açık bir şekilde hakkaniyete uygun karar verme konusunda yetkilendirildikleri olaylardır. Bu tarafların isteklerine de uygun düşen bir durum, çünkü taraflar hakemin katı bir şekilde kanun normlarını uygulamasını değil, hakkaniyete göre karar vermesini talep ederler. Olaylardan birinde bir klozda, daha doğrusu önerilen bir klozda hakkaniyet hakeminin ya da dostane aracının düşüncesi bir ölçüde açıklığa kavuşturulmakta. Denilmekte ki, hakem hakkaniyete ve kanaatine göre karar vermeye yetkili olacak ve hukukun katı kurallarını izlemeye mecbur olmayacaktır. Burada da tarihsel gelişimin asıl aşamasına bakacak olursak, hukuktaki her zaman geçerli olan yapı-değer ikileminin de yine bir yansımasını görmekteyiz.

Dostane aracı dediğimiz kişi hukuk uygulamasının yanı sıra bir tür kanun koyucu işlevi de görmekte, bundan dolayı da özellikle uluslararası hukukta tahkim alanında hakkaniyete uygun karar vermek ve böylece *Lex Mercatoria'*yı tahkim uygulamasının içine sokmak için son derece uygun olanaklar yaratılmaktadır. Bu özellikle de *Lex Mercatoria* taraftarlarının

hakem olarak çalıştıkları alanlarda daha çok geçerli olarak karşımıza çıkmakta. Bir hakemin bu şekilde dostane aracı olarak verdiği kararlar tarafları bağlar, ancak hakem de bu şekilde karar verirken tamamen serbest bir takdir yetkisine sahip olmayıp doğal olarak kamu düzenini de dikkate alacaktır.

Bugün, şu ana kadar gördüğümüz olaylarda hakemlerin kararlarında sadece *Lex Mercatoria'*ya dayanmayıp, yani doğudan doğruya bir hukuk sistemi olarak dayanmamakla birlikte ona bir boşluk doldurucu işlev yüklediklerini görmekteyiz. Bu noktada *Lex Mercatoria'*nun bonafides ya da pacta sunt servanda gibi hukukun genel ilkeleriyle bir arada kullanılması da son derece dikkat çekmektedir. Bununla belki de henüz yeni bir uluslararası ticaret hukuku yaratıldığını söylemek mümkün değil, ancak bu şekilde kararlar giderek buna doğru yönlendirilmekte diye düşünebiliriz.

Modern *Lex Mercatoria* öğretisi sadece şu ana kadar anlatıldığı gibi uluslararası tahkim uygulamalarında yer almakta, *Lex Mercatoria'*ya dayanılarak verilen hakem kararlarının ulusal mahkemelerce tanınması durumunda ve *Lex Mercatoria'*ya bazı ulusal kanunlarda yer verilmesiyle de gündeme gelmekte. Bu noktada da *Lex Mercatoria'*nın ulusal mahkeme kararlarında ve ulusal kanundaki yerine kısaca değinmek belki doğru olacaktır. Yine bu konuda verilen örnekler de bu konuda en önemli olarak değerlendirilen kararlar ya da kanunlar olmalı.

Bunlardan biri *Lex Mercatoria'*ya dayanılarak verilen mahkeme kararlarını ulusal mahkemeler tarafından tanınmasına örnek olarak vereceğimiz kararlardan biri de *Society Fujrole* ve *Bank de Proche Orient* hakem kararı. Bu ihtilaf Fransız mahkemesi Fujrole'ün Lübnan firması Proche Orient'e karşı Fransız başvuru mahkemesinin de Fransız Yargıtayı'nın da İkinci Hukuk Dairesi'nde açtığı bir davaya konu olmuş. 1 Ağustos 1975 yılında taraflar bir sözleşme yapmışlar. Bu sözleşmeyle Fujrolle Suriye hükümeti arasında bir inşaat sözleşmesi yapılmasına aracılık etmesi karşısında bank ..porşoriente ödeme yapmayı taahhüt etmiş. Sözleşme şartlarından birine göre,

söz konusu inşaat sözleşmesi 30 Haziran tarihine kadar gerçekleşmezse fujrol ile bank arasındaki sözleşme de geçersiz olacaktır. İnşaat sözleşmesi 24 Mayıs 1976'da yapılmış, ancak 27 Aralık 1976 tarihinde yürürlüğe girmesi gereken bir kanunun çıkarılması koşuluyla yapılmış. Bunun üzerine fujrol firması 25 Aralık 1976 tarihinde bankanın ücretini ödemeyi reddetmiş ve banka sözleşmede yer alan hakem koşulunu yürürlüğe sokmuş. Hakem mahkemesi 1 Kasım 1978'de fujrolün bankaya kısmi ifa gerçekleştirdiği için kararlaştırılan bedelin bir kısmını ödemesi gerektiğine karar vermiş. Mahkeme kararının gerekçesinde tarafların uygulanacak hukuku açıkça seçmediklerini, bu nedenle uluslararası ticaretin genel ilkelerinin uygulanabilir olduğunu belirtmiş. Bu karar üzerine Fujrole'ün karar vermiş. Hatta mahkeme, yüksek mahkeme hakemin Fransız Medeni Usul Kanunu'na göre değerlendirmesini yapmış ve bu hükümlere göre hakemlere anlaşma şartları dışında veya talep edilmemiş şeyler hakkında karar vermelerini yasaklamış. Bu inceleme sonunda Fransız Yargıtayı uluslararası ticaret hukukunun genel ilkelerinin uygulanmasıyla sadece uygulanacak hukukun belirlendiğini, hakemliğe ilişkin sınırların aşılmasının ve de ilgisiz bir soruya cevap vermenin söz konusu olduğuna karar vermiş. Yani bu her iki olgunun da bulunmadığında uluslararası ticaret hukukunun uygulandığına karar verilmiş.

Bu karar da aslında *Lex Mercatoria'*nın uluslararası hukukların yanında ya da onların üzerinde uluslararası bir hukuk sistemi olarak tanındığına dair açık bir ifade içermemekte. Gerçekten de burada Fransız Yargıtayı uluslararası hukukun genel ilkelerinin uygulanmasından kaçınılamayacağını saptamış. Bu kararda mahkemenin *Lex Mercatoria'*nın yanında bir tavır aldığını söyleyen eserlerin sayısı ancak bununla birlikte oldukça fazla. Hakemin hukukun genel ilkelerine dayanması ve belli bir hukukun seçilmesinden feragat edilmesinin mahkeme tarafından benimsenmediği bu nokta da gözden kaçırılmamalı. Aslında her somut olayda hukukun genel ilkeleri bazında verilen kararın uygulanması söz konusu olabilecek ulusal hukuklara aykırı olmaması çok şaşırtıcı görülmemek-

te, meğer ki, somut olayda kararı inceleyen ulusal mahkeme tarafından bu uygulamadan kaçınma konusunda bir neden ortaya çıkmış olsun.

Bir başka karar da *Fratelli da Miano vs. Agust Topfer* şirketine karşı, burada da İtalyan Yüksek Mahkemesi İtalyan şirketi *Fratelli da Miano* tarafından iptali istenen Hamburg'ta bulunan August Töpfer Gembicha lehine verilen kararın tanınıp tanınmaması konusunda bir karar vermek durumunda kalmışlardır. Olayı kısaca özetlemek gerekirse; taraflar yaptıkları bir sözleşmeyle Hamburg'ta bulunan Töpfer firmasının İtalyan şirketine büyük miktarda şeker göndereceğini kararlaştırmışlar, İtalyan şirketi arada ortaya çıkan fiyat artışını karşılamak istememiş, bundan dolayı belli bir tazminat talebinde bulunulmuş ve tahkim kılavuzunda belirtildiği üzere Londra'da bulunan uzmanlık hakemliğine başvurulmuş. Verilen kararda tahkim sonucunda İtalyan firmasının Töpfer firmasına 304 000 Alman Markı tazminat ödemesi gerektiğine karar verilmiş.

Burada da yine *Lex Mercatoria* uygulandığına ilişkin bir belirti bulunmamakla birlikte yine sözleşmeye hangi hukukun uygulanması gerektiğinin belirsiz olmasından dolayı yine burada da *Lex Mercatoria*'nın izlerini arayan eserlerin sayısı oldukça fazla. İtalyan mahkemesi münferit ulusal kanunlardan bağımsız bir *Lex Mercatoria*'nın varlığından söz etmekte, ancak tacirler topluluğunun egemenliği olan bir güç oluşturmaması nedeniyle kendisine ait olan uluslar üstü hukukun uygulanmasının ancak devlet düzeni ve onun araçlarının kullanılması yoluyla uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

Bir başka kararda sosyete *norsolor*, sosyete *pabalk* ticaret şirketi. Madem zamanımız daralıyor, bu kararlar da aslında konuyla ilgilenen kişilere çok yabancı kararlar olmayabilir. Bunların da önemli bir kısmında hukukun genel ilkeleri, özellikle de iyi niyet ilkesine büyük ölçüde dayanıldığını söylemek gerekir. Bir başka karar yine *Deutche Schlacht Baut Thief Bor Gesellschaft* ve *Shell International Petrol Limitet Şirketi* arasında gerçekleşmiş. Burada da özellikle başvuru mahkemele-

rinin verdikleri kararlar, daha doğrusu tahkim kararlarını tanımaları da *Lex Mercatoria*'nın giderek daha fazla kabul gördüğüne işaret etmektedir diye yorumlamak gerekiyor. Kararların gerekçelerini ne yazık ki zamanımızın darlığından ötürü çok fazla değinemedim.

Bu arada İsviçre mahkemeleri önünde de uluslararası hakem kararlarının tanınmasına örnek olabilecek iki önemli karar var. Bunlardan biri 9 Mayıs 1985 tarihli uluslararası banka garantisini konu alan bir kararda Zürih Yüksek Mahkemesi kanunlar ihtilafına değil, *Lex Mercatoria*'ya dayanmış ve gerekçesinde de banka garantisinin uluslararası ticari ilişkilerin bir kurumu olduğunu, ulusların üzerinde bir hukuk olan *Lex Mercatoria*'ya ait olduğunu ve buna uygun olarak da uluslararası ticaretin gereklerine uygun bir biçimde yorumlanması gerektiğini belirtmiş. Bu yorum yine ticari ilişkilerde iyi niyet ilkesine dayanılarak ve uluslararası ticari ilişkilerin ihtiyaçları dikkate alınmak suretiyle yapılmış. Burada yine bir mahkemenin bir hakem kararının tanınmasını konu almayan somut bir olayda uluslararası özel hukuka hiç gitmeden, sadece sözleşme şartlarından birini yorumlamak suretiyle doğrudan doğruya *Lex Mercatoria*'yı uygulaması bakımından dikkate değer bir karar olduğunu söylemek gerekir bu Zürih Yüksek Mahkemesinin kararını.

Bundan başka yine Waatländer Kanton Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da genel ilkelere göre verilen bir hakem kararının iptaline yönelik dava reddedilmiş, bu arada da olayda tarafların hakemi hiçbir hukuk düzeniyle bağlı olmamak üzere yetkilendirdiklerini görmekteyiz. Dikkati çeken husus bu. Bu arada ulusal kanunlarda *Lex Mercatoria*'ya da giderek daha fazla değinildiğini, *Lex Mercatoria*'nın ya açıkça anıldığını bazı kurallarda, bazı kurallarda ise yine dolaylı olarak değinildiğini bahsetmekle yetinmek istiyorum.

Sonuç olarak birkaç bir şey daha söylemek istiyorum: Deminden beri sunmaya çalıştığım, incelemeye çalıştığım hakem kararlarına baktığımızda *Lex Mercatoria*'nın artık seyrek durumlarda da olsa tanınıp uygulandığını görmekteyiz. Di-

ğer yandan da uluslararası alanda *Lex Mercatoria*'nın giderek tanındığını, kabul edilmesi gereken bir gerçek olarak kabul etmek gerekir. Sadece İtalyan, en çok açıkça anan İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin kararları kadar, belki biraz daha çekimser davranan Fransız, Avusturya ve İngiliz kararları da bu konuda bir gelişme olarak değerlendirilebilir. Ancak bu konuda İtalyan Yüksek Mahkemesi oldukça cesaretli davranıyor diyebiliriz.

Bundan başka yine uluslararası alanda baktığımızda *Lex Mercatoria*'ya, uluslararası ticarete iyi niyet gibi belli ilkele-ri devreye soktuğu sürece kabul görmekte, yani uluslararası genel hukuk ilkelerinin bu arada rolünü yadsımamak gerekiyor. Yine de ulusal mahkemeler açısından olaya yaklaştığımızda özellikle hakem mahkemelerinde *Lex Mercatoria* kavramıyla ne anlaşıldığı konusunda çok büyük bir belirsizlik var hala. Her ne kadar tarihsel gelenekselle ortaya çıkan ve karşılaştırmalı hukuk çalışmalarıyla kazanılan hukukun genel ilkeleriyle *Lex Mercatoria* arasındaki bağlantı kavranmış da olsa *Lex Mercatoria*'nın somutlaştırılması konusunda bazı ciddi problemler var, ama yine başka bir tebliğ konusu olabilecek birtakım model kanunlar, gerek *Ole Lando*, gerek UNIDURO-IT gibi bazı model kanunların da *Lex Mercatoria*'nın bir kodifikasyonunu oluşturduğu şeklinde görüşler de var.

Bu arada şunu da söylemek gerekir; *Lex Mercatoria* konusundaki teorik tartışmalar hukukun devlet eliyle yapılması düşüncesine aşırı bağlılıktan kaynaklanmakta. Oysa Avrupa hukuk geleneğinin farklı bir gelişim çizgisi var ve farklı alternatifler de var. Yani, hukuku devlet yaratır saplantısından vazgeçilip evrensel hukuk geleneği incelendiği anda *Lex Mercatoria* ya da diğer hukukun birleştirilmesi çalışmaları konusundaki şüphelerin de kendiliğinden ortadan kalkacağını düşünmek gerekir.

Aristo'dan bu yana hukukun gelişimi bize göstermektedir ki, ne somut olayı çözmeye yarayan yapısal kanunlar, ne de değer yargılarına dayanan hukuk uygulamasının bir yana bırakılmaması, bunların bir arada değerlendirilmesi gerekir.

ARZU OĞUZ'UN
KONUŞMASI

Bu arada aile, miras, eşya gibi bölgesel hukuk geleneklerine sıkı sıkıya bağlı hukuki alanlarda bile artık teknolojik, ekonomik gelişmelerin sonucunda toplumsal hayatın benzer biçim alması karşısında yapısal değerlere çok fazla bağlı kalınmayacağı da aşikar bir durum olarak karşımıza çıkmakta ve daha esnek bir hukuk anlayışına doğru gidilmektedir.

Yering tarafından da belirtildiği üzere sadece ticaret ulusalcılık ilkesine karşı ortaya çıkan bir olgu, *Lex Mercatoria* ise uluslararası kabul görmüş olan hukukun genel ilkelerine dayanan bir hukukun birleştirilmesinin işaretini bize vermekte diyorum ve bitiriyorum. Sabrınız için teşekkür ediyorum.

TARTIŞMA

Seçkin ARIKAN: Zamanımızı biraz zorluyoruz, sanıyorum karnınız da acıkmıştır, ama en azından birkaç soru almak istiyorum. Buyurun.

Turgut KALPSÜZ: Önce sayın Mohtashami'ye bir sorum var. Bugün İslam hukukunda da tahkim kabul edilmiştir, kendileri de biliyorlar. Fakat bugünkü manada anlaşılmıyordu. Yani tahkim tarafların hakemleri yetkilendirmesinden ibaretti. Bu bir mukabele dahi değildi. Yetki itası mahiyetindeydi. Halihazırdaki modern hukukta ise tahkim bir mukaveledir. Tahkim taraflar arasında yapılan bir mukaveledir, hakemlerle taraflar arasındaki mukavele başkadır. Taraflar aralarındaki ihtilafın tahkim yoluyla hallini yekdiğerine karşı taahhüt etmişlerdir. Binaenaleyh bu modern anlayış kontinental Avrupa anlayışına uygundur, İslam hukukuna uygun değildir.

Burada sormak istediğim husus şu: UNCITRAL model kanunu esas alındı denildi, buna karşı yapılan itirazları beyefendi mutlaka biliyordur. Gelişmiş modellerin kendi ihtiyaçlarına göre ortaya attığı ve onlar tarafından da hazırlanmış bir model kanundur. Bunun için birçok gelişmemiş ülkelerin ihtiyaçlarına uygun değildir fikri vardır. Buna rağmen birçok ülkelerde alındı. Acaba burada, yani İslam devletlerinde bunun alınması, model kanununun iktisabı yalnız enternas-

yonel tahkim hakkında mıdır? Türkiye’de öyledir, Türkiye’de dahili tahkim başka hükümlere tabidir, İsviçre’de de öyledir, Fransa’da da öyledir. *Enternasyonal Arbitation* ayrı kaidelere tabidir. Türkiye’de dahili tahkim İsviçre Nöşatel kaidelerine tabidir hala, enternasyonal tahkimde UNCITRAL misal alınmıştır. Fransa’da da, İsviçre’de de bu şekildedir. Fransa’da da aşağı-yukarı aynı kanunda, fakat enternasyonal tahkim için farklı hükümler vardır.

Sormak istediğim husus birincisi bu. İkincisi beyefendi dediler ki, tabii New York fevkalade ehemmiyete haiz ve New York birçok Arap memleketlerinde İslam memleketleri tarafından da benimsenmiş vaziyette. En geniş katılım olan anlaşma hala dünyada. Tabii, New York’a göre dahili mahkeme, milli mahkemeler tarafından verilen kararlar, yani ifa engellerinin mevcut olup olmadığına dair kararları inceleyecek ve tevhid edecek bir belirli mahkeme yok. Binaenaleyh New York’un arzu edilen tevhidi sağlayabileceği fikrinde midirler? Bu benim için fevkalade münakaşalıdır.

İkinci sualim hanımefendiye müsaade ederseniz; ben şahsen *Lex Mercatoria*’nın son derece karşıyındayım. Ben bir ticaret hukukçusuyum. *Lex Mercatoria* isminden de anlaşılacağı üzere tacirlerin hukukudur, umumun hukuku değildir. Başlangıçta da tacirlerin hukuku olarak teessüs etmiştir, umuma hitap etmez, belli bir zümrenin hukukudur. Yani bütün diğer şahısları o zümrenin hukukuna tabi kılmanız hakkaniyete uygun olmaz. İkincisi, hakkaniyet tamamen farklı bir kavramdır *Lex Mercatoria*’da, *Lex Mercatoria* ne zaman savunulur? Le Mainres Rech sona erdiği zaman, yani Roma hukukunun sağladığı hukuk birliği dağıldığı zaman Avrupa’da yeni devletler ortaya çıktı. Tabii, bu hukuk birliğinin muhafazası için Le Mainres Rech olarak *Lex Mercatoria*’ya sarılındı. *Lex Mercatoria* aşırılmıştır, son derece eskidir ve fevkalade yanlış anlaşmalara müsaittir. Her defasında hanımefendi Bonafides, *Lex Mercatoria*’dan tamamen farklı bir esastır. Keza *amiable composition* son derece farklıdır, tahkim dahi değildir *amiable composition*. Onun için bütün dayanılan, yani *Lex Mercatoria*’nın tatbiki gibi görülen bütün hususlar haddizatında başka başka

TARTIŞMA

hukuki müesseselerin tatbikatıdır. Mesela, hüsnüniyet esasının, mesela, Bonafides'in hakkaniyet esasının, milletlerarası ticaretin, ayrıca ben uluslararası ticaret denmesine de son derece muhalifim. Ticaret ... uluslararası olmaz, milletler arası ticaret vardır. Hatta Milletlerarası Ticaret Odası o kadar buna muhaliftir ki ulustan ulusa olmasına, ulusla herhangi bir ilişkisi olan bir kimsenin hakemliğini kabul etmez Milletlerarası Ticaret Odası, yani tamamen milletler arasındır, ulusun burada işi yok. Ben ulustan kurtulmak için tahkime gidiyorum, devlet mahkemelerinin hegemonyasından kurtulmak için tahkime giderim. Bırakın yakamı, ben bu beylere itimat ediyorum, ben onlara ihtilafımı hallettireceğim derim, tamamen farklı bir müessesedir. Milletlerarası ticaret demek lazım, uluslararası ticaret mevcut değildir. Yine *Lex Mercatoria*'ya baktığımızda bu kavram nispi kaidelerden itibaren ticaret hukukunun bir kavramı olarak çıktı. Yani nispi kaideleri biliyorsunuz tamamen ticari teamül kaideleriyle bunun hem Anglosakson memleketlerinde, hem de kuzey konusunda hem Almanya'da tatbiki, hatta bir kısım İspanya'da tatbiki söz konusu olunca buna müştereken *Lex Mercatoria*, çünkü deniz tircileri loncasının kararlarından tereküp ediyordu ve her defasında bu kararlarda loncamız ihtilafı tezekkür etmiştir. "*Karar şudur ki*" diye gider, altında yazardı. Sonra bunun önce ilmi bir eser, sonra da kaideler haline getirdiler. Yani hanımefendinin atıfta bulunduğu kararlardan kendisinin temas etmediği birisinin hakemi benim. Yani, TEK'le Finlandiyalılar arasındaki ihtilafta Prof. Tersî başhakemdi, ben Türk hakemdim. Dediler ki Tersî'ye "*herhangi bir millete atıf yapmak istemiyorum hukuka; milletlerarası ticaret hukukunun umumi kaidelerine ve devletler hususi hukukunun keza umumi kaidelerine göre karar verilecek*". Derhal taraf avukatları "*bizim müdafaa hakkımızı selbediyor*" dediler. Ben buna o zaman itirazında bulunacağım" dedi. Ben neye göre bunun itirazında bulunacağım? Ben takas itirazında bulunacağım. Ben birtakım usulü şeylere ve esasa muktedir hükümleri kullanacağım burada, ticari defterlerdeki kayıtları kullanacağım. Bunlara dair herhangi bir yerde bir hüküm yok. Siz bana uygulayacağınız hukuku tam söyleyin ki,

ben müdafaamı yapabileyim o hukuk zaviyesinde. Siz böyle umumi hükümleri, umumi kaideleri size göre de değişir, bana göre de değişir. Kaç ticaret hukuku hocası varsa hepsine göre ticaret hukukunun umumi kaideleri farklıdır. Hatta hakkaniyet idesi dahi devamlı değildir, izafidir. Milletten millete değişir, zamandan zamana değişir.

Binaenaleyh bunlar sıhhatli bir hukuk tatbikatına elverişli değildir. Hanımefendi bilirler, Almanya’da tahsil etti. Fevkalade güzel bir şey var. Diyor ki, pekala hakem ehliyeti supranational tahkim hakkında söylüyorlar. Supranational tahkim yoktur, hakem heyeti gökyüzünde bir yerde bir koltuğa oturmuş değildir. Bir yerde yeryüzüne inip ayağını basmak mecburiyetindedir. Bu meşhur bir laftır ve daima benim de bütün neşriyatımda zikredilmiştir. Milletlerarası eşya hukukunu yazdı sonra, ben size veririm. Bu kafi bir şey, bir dayanak olamaz kanaatindeyim. Bugün artık *Lex Mercatoria*’ya ihtiyaç yok. Bugün Birleşmiş Milletler var, hukuku çok geniştir. Bugün ICC var, bütün ödeme alanını tanzim ediyor. Viyana Satış Sözleşmesi bütün satış alanını tevhit ediyor milletlerarası alanda.

Seçkin ARIKAN: Ama bunların tüm devletler tarafından kabul edilmiş olması gerekiyor. O yaygınlığa kavuşmuş durumda mı? Bu söylediğiniz düzenlemelerin bütün devletler tarafından da kabul edilmiş olması gerekiyor.

Turgut KALPSÜZ: Birçoğu evet. Mesela, kredi dokümanter fevkalade geniş bir sahaya sahiptir.

Prof. Dr. ARZU OĞUZ: Kabul etmeyen bir devletle yapılan ticari ilişkilerde ne olacak hocam?

Turgut KALPSÜZ: Buna atıfta bulunuluyor. 600 numaralı ICC’nin neşriyatıdır. Yani benim karşılaştığım bütün mu-

TARTIŞMA

kavelelerde buna atıf vardır. Keza, mesela, milletlerarası bir satış yaptığınız zaman milli hukuka gitmek istemezseniz zaten devletler tarafından yapılmış değil, tamamen milletlerarası her türlü devletten ari olarak hazırlanmış 1980 tarihli meşhur Viyana Satış Sözleşmesi var.

Prof. Dr. Arzu OĞUZ: Boşlukları nasıl dolduruyoruz Hocam? Viyana Satım Sözleşmesinde bazı boşluklar var, onları nasıl dolduruyoruz?

Turgut KALPSÜZ: 4. maddesi var, orada söylüyor. Onun çaresini söylüyor.

Prof. Dr. Arzu OĞUZ: O zaman hukuki kesinlik...

Turgut KALPSÜZ: 4. madde söylüyor. Taraflar eğer belli bir kanuna atıf yapmışlarsa siz de söylüyorsunuz. Esasen sizin ... kabul edilse dahi bu *Lex Mercatoria* prensibal değildir, sekonderdir. Çok talidir, prensibal tarafların iradesidir. Tahkim sahasında en yüksek etik prensip tarafların iadeleridir. Onun üzerine hiçbir şey gidemez. Onun için bu kusura bakmayın, bu benim hazırladığım ticaret hukuku hocası olarak, hele deniz ticareti hukuku olarak, çünkü *Lex Mercatoria'*nın çıkış noktası deniz hukukudur, o itibarla bunları serdettim. Teşekkür ederim.

Seçkin ARIKAN: Biz teşekkür ederiz hocam.

Prof. Dr. Arzu OĞUZ: Söz vermeden önce tabii önceliği ilk konuşmacımıza vereceğiz, ama seyircilere, dinleyicilerimize bir şey söylemek istiyorum. Konuşmamın başında belirtmiştim, *Lex Mercatoria'*nın iki arada bir derede kalan hukukçusu olmaz dedim. Çok keskin iki uç vardır, burada bu-

nun örneğini size isteyerek yaşatsam yapamazdım. Hocamıza o yüzden teşekkür ediyorum.

Reza MOHTASHAMİ: Teşekkür ederim. Sorunuza cevaben birkaç yorum. Evet, Ortadoğu ülkeleri doğru yönde gidiyorlar ve bütün bu tahkim merkezlerini kurmada ilerleme kat ediyorlar. Ve bu çok etkileyici.

Bu altyapının bir çoğu test edilmemiş durumda, kağıt üzerinde mükemmel görünüyor. Ancak asıl hakikat gerçekten de denediğinizde, hükümet karşısında bir karar aldığınızda görülecek. Dubai olsun Suudi Arabistan ya da Bahreyn olsun hükümet karşısında, mahkeme karşısında bu kararı aldığınızda ve bunu uygulamaya çalıştığınızda, bütün bunların işe yaradığını ancak o zaman bileceğiz.

İkinci soruya da seri şekilde görüşümü belirtmek istiyorum. Bir hükümet ve bir yatırımcı arasında yapılan bir sözleşme tahkim hükmüne değinmekte kesinlikle haklısınız. Hükümet tahkimde yer almıyor, tahkim kararının hükümsüz ve geçersiz olduğunu iddia ediyor, tahkim mevkii mahkemesine gidiyor, feshediliyor ve tahkim anlaşması feshinin emri geçersiz. Ne yaparsınız? Tamamen haklısınız. Eğer siz, yatırımınız uygulanabilir çift taraflı bir yatırım anlaşması kapsamında korunuyorsa o zaman ihkak-ı haktan imtina etme hakkınız olur.

Sizin için iki davaya değineceğim. Bir tanesi bir ICSID-davası. Ummanlı bir yatırımcı tarafından Yemen hükümetine karşı açılan dava. Taraflar yurtdışında yapılan bir inşaat projesinde sözleşmeden doğan bir tahkim anlaşması yapmışlar. Sözleşmeden doğan tahkim sürecini kabul etmişler; Ummanlı sözleşmeci lehine bir hüküm vardı. Hükümet Ummanlı sözleşmeci üzerinde anlaşmaya varılması hususunda baskı kurdu. Ummanlı yatırımcı geçen yılki iddiaya benzeyen adalet iddiasına dayalı çıkış işlemlerini başlatmıştır. Sizin çizdiğiniz senaryonun aynısı daha eski bir davada France Telecom ile Lübnan arasında oldu, France Telecom ve Lübnan hükü-

TARTIŞMA

meti arasında tahkim kararıyla birlikte bir imtiyaz sözleşmesi vardı.

Lübnan hükümeti, hükümetin kabineleri, bakanlar kurulu, parlamento, başkanlar, Tanrı ve diğerleri olmaksızın bir tahkim kararının tarafı olamayacağını açıkladı. Yüksek idari mahkeme, Lübnan'ın en yüksek idari mahkemesi tahkim anlaşmasını feshetti. Ancak şanslıyız ki biz France telecomu temsil ediyorduk. Fransa ve Lübnan arasında çift taraflı bir yatırım anlaşması vardı ve çift taraflı yatırım anlaşması tahkimi içerisindeki bütün sözleşme iddialarımızı ihkak-ı haktan imtina edebildik.

Prof. Dr. Arzu OĞUZ: Hocamızın yorumlarına birkaç bir şey söylemek istiyorum. Hocamız dedi ki, *Gemeines Rech*'ten sonra ortaya çıktı. Oysa *Lex Mercatoria*'nın kökenine belki de *lus Civile* ile *lus Gentium* arasındaki yapı değer ikilemine kadar geriye götürmek mümkün hocam, tıpkı *common law*'da da olduğu gibi *common law* ve *equity law* arasındaki ilişkiye de benzer bir şekilde. Bir de dediniz ki, sadece tacirleri ilgilendiriyor. Ben hiç aksini söylemediğimi düşünmüyorum, tabii tacirleri, benim yaptığım kira sözleşmesine uygulanmayacak tabii ki, o da belki bir yerde ticari, ama daha çok tacirleri ilgilendiriyor. Tabii ki, umuma şamil edemeyiz. Birincisi bu. Uluslararası ticaret hukuku kavramını da kitabımda kullandım, ama burada hiç kullanmadım farkındaysanız, çünkü sevmiyorum. Aslında benden sonra bu konuda makale yazan arkadaşlar da *Lex Mercatoria* dediler, uluslararası ticaret hukuku kelimesini pek kullanan olmadı kavramını, çünkü tam oturmuyor, haklısınız. Naçizane kabul edilirse ben ona dünya ticaret hukuku demek istiyorum ileride. Böyle bir kavram geliştirdim, kitabımın ikinci baskısında öyle diyeceğim *Lex Mercatoria*'ya, dünya ticaret hukuku demek istiyorum.

Bunun dışında başka hatırlamıyorum, bana hatırlatın, ama zamanla değiştiğini bazı kavramların, zamanla değişiyor dediniz veya bir devlet başka türlü anlıyor, bir devlet başka, zaten bunun için insanlar oturuyor çalışıyor hocam, komis-

yonlar kuruyorlar hukukun yeknesaklaştırılması için, hukukun birleştirilmesi için. Deniliyor ki, bu şekilde her kavramın her ülkede her toplumda her zamanda farklı anlaşılması zaten adalet duygusunu yanıltıyor. Son zamanlarda moda olan bir laf biliyorsunuz, hukuk yanılır adalet yanılmaz diyelim ve adaleti yanıltmamak açısından zaten bu kavramların birleştirilmesi için insanlar uğraşüyor benim bildiğim son 50 yıldır çok daha yoğun bir şekilde özellikle. Bütün bunların herhalde bir anlamı vardır diye düşünüyorum.

Bir de *Lex Mercatoria* kendini zorla uygulattıran bir hukuk sistemi değil, seçerseniz uygular. Siz hakemseniz, beğenmiyorsanız uygulamazsanız. Taraflar eğer seçmişlerse mecbur uygulayacaksınız, ama taraflar seçmeyecekse uygulamak zorunda değilsiniz. Ben beğeniyorum, ben hakem olursam uygulayacağım.

Seçkin ARIKAN: Şöyle bir orta noktanız var hocam; tarafların iradesi üstündür dediniz. Arzu hanımın geldiği yer de orası.

Turgut KALPSÜZ: Ben şimdiye kadar *Lex Mercatoria*'yı benimseyen mukaveleye rastlamadım.

Seçkin ARIKAN: Bundan sonraki soruları ticaret hukuku hocası öğretim üyesi olanları almayacağım. Zamanında bitirmek için buyurun, çok teşekkürler hocam. Tabii büyük keyif sizi dinlemek. Ben zaman sıkıntısı ve iki hukuk profesörü arasında kalmış bir zavallı avukatım hocam.

Prof. Dr. Arzu OĞUZ: Ama *Lex Mercatoria*'nın doğası bu, bu gayet normal bir şey.

Seçkin ARIKAN: Buyurun, bu tarafa geçeceğim şimdi.

Ziya AKINCI (Galatasaray Üniversitesi): Ben pratiğe yönelik olarak sormak istiyorum. Önce Sayın Mohtashami'ye, evvela iki konuşmacıya da çok teşekkür ederiz. Dubai'deki tahkimin gelişmelerini açık söylemek gerekirse İstanbul tahkimini veya Türk tahkimini uluslararası düzeyde bu seviyeye getiremediğimiz için içimiz sızlayarak dinledik, ama bir sorum olacak: Acaba Dubai'de tahkim yapıldığı zaman Dubai Mahkemelerinin yetkisini dışlamak mümkün mü? İptal davası açılmayacağı hususunda bir feragat klozu konulabilir mi?

İkinci sorum yine Ortadoğu'daki tahkimle ilgili olarak biz uygulamada bilhassa Ortadoğu'da iş yapan Türk müteahhitlerinin karşılaştığı tecrübelerden görüyoruz ki, bir taraftan Ortadoğu'da tahkim geliyor, ama diğer taraftan bilhassa devletin tarafı olduğu uyuşmazlıklarda açık söylemek gerekirse bizi şaşırtan iptal kararlarına rastlıyoruz. Hatta öyle ki, burada sadece hakem kararı değil, tahkim şartının iptali söz konusu olabiliyor. Ben bir adım daha atıp, acaba böyle bir durumda tahkim şartı iptal edilip artık yatırımcının tahkime gitme imkanı kalmadığı için uluslararası adaletin temel ilkelerine aykırılık, binael of justice sebebine dayanarak bir yatırım ihtilafı ICSID nezdinde başvurmak mümkün olur mu?

Eğer sınırlarımı aşmayacaksam sayın Başkan, küçük bir soru soracağım kıymetli meslektaşım Prof. Oğuz'a; *Lex Mercatoria*'yı akademik olarak çok büyük heyecanla derslerde anlatıyoruz, yazıyoruz, ama açık söylemek gerekirse vicdanen söyleyelim, bir ortaklar sözleşmesinde, lisans sözleşmesinde, inşaat sözleşmesinde uygulanacak hukuk klozu yazacak olsak gönül rahatlığıyla *Lex Mercatoria* diyebilir miyiz? Bu sözleşme ifa edilirken dönüyorlar soruyorlar bize, burada bir şey çıktı, ortakların hakları borçları nelerdir, dağıtım sözleşmesinde müşteri tazminatı olacak mı, olmayacak mı? Buna acaba yeterince açık, öngörülebilir bir cevap verebilir miydik? Bence akademik heyecanımızın yanı sıra uygulama açısından bunu da düşünmek lazım. Kuşkusuz eğer taraflar seçmişse, hakem-

ler uygularsa tanıma tenfiz açısından bu sonuçlara varmak mümkün, ama netice olarak uygulanacak hukuk klozuna *Lex Mercatoria*'yı koymak acaba en azından bugün için ne kadar gerçektir? Çok teşekkür ederim sabrınız için.

Seçkin ARIKAN: Biz teşekkür ederiz

Reza MOHTASHAMİ: Birçok önemli noktaya değindiniz. Açık olmak gerekirse, DIFC Dubai'nin ortasında ayrı bir fiziksel yer. Çok tuhaf bir kavram bu. Ve bu fiziksel alan içerisinde BAE'nin medeni ve ticari kanunları işlemiyor, yani DIFC otoritesi kendi kanunlarını yaşıyor. Ve ortak kanun adli sistemini onaylamış bulunuyor. Dolayısıyla, DIFC içerisinde boşluk varsa İngiliz hukukuna dönüyorlar. Beş hakim DIFC mahkemelerine bağlı, yani yetki alanları yine DIFC ile sınırlı. Dubai, BAE kendi hakimlerine sahip, bunlar BAE hukuku uyguluyor, bu iki sistemi birbirinden ayırmamız gerekiyor.

Yeni tahkim hukuku, bütün tarafların DIFC'i tahkim mevkii olarak görmenize olanak sağlar ve siz de tıpkı Genova, Paris, Ankara, ya da İstanbul'u görebildiğiniz gibi DIFC'i tahkim yeri olarak kabul edebilirsiniz.

Eğer tahkim yeriniz olarak DIFC'i seçerseniz ve DIFC, sizin tahkiminiz DIFC mahkemelerinin denetimsel yetkisi altına girer. Böylece, içsel tedbirlerle yardım talep ederseniz, tahkim kararının feshi için yollar aramak isterseniz, hükmün tanınmasını isterseniz, o zaman mahkemelere gidersiniz. Aksi halde, mahkemeler hiçbir şey yapmaz. Bu UNCITRAL tipi kanundur. Bu yüzden, sizin tahkim meselenizle ilgili kararı verecek olan hakemlerdir. İzin verin bitireyim.

DIFC tahkimini seçebilirsiniz, herhangi bir kurallar bütününü, istediğiniz tahkim kanunlarını uyarlayabilirsiniz, DIFC'deki ICC tahkimine başvurabilirsiniz.

Yine, bu Paris'te, Ankara'da, İstanbul'da, ya da İzmir'de ICC tahkimine gitmekten farklı değildir. Böylece, hakeminiz

TARTIŞMA

LCII kanunları yükümlülüğünde olur, ICC kanunları sizin anlaşmanızla ilgili alınacak kararı belirler ve karara bağlanmasını istediğiniz için DIFC mahkemelerine başvurursunuz. İşte bu da DIFC mahkemelerinin rolünün oluştuğu yerdir.

Prof. Dr. Arzu OĞUZ: Gönül rahatlığıyla ne derece koyabiliriz diyorsunuz? Akademik heyecan dediniz hocam, tabii akademik heyecan olmadan zaten uygulama alanındaki bazı gelişmeler de olmaz. Ben biraz sizin yaklaşımınızı daha uygulayıcının yaklaşımı olarak gördüm. Anladığım kadarıyla bir sözleşme hazırlarken böyle bir şey koyarsam ileride benim müvekkilimin başına ne gelir diye daha çok düşünüyorsunuz. Herhalde benim akademik yönüm biraz daha ağır bastığı için ben daha çok devletler özel hukukunun problem çıkardığı ya da hukuki kesinliği zedelediği durumlarda acaba nasıl bir alternatif üretebiliriz diye düşünüyorum. Somut olayları çözmeye yönelik değil, belki benim de önüme bir sözleşme gelse belki model kanunlardan birinin adını açıkça anmaya *Lex Mercatoria* demektense tercih edebilirim "*Lex Mercatoria*" yazsam da, ama ben akademik bir konuşma yaptığımı düşünüyorum ve dediğim gibi birtakım sorunlarla karşılaşıldığı zaman buna alternatif olarak bizler neyi geliştirmeliyiz diye düşünerek *Lex Mercatoria*'yı savunan yurtdışındaki pek çok meslektaşımın görüşlerini de bu şekilde paylaştım.

Seçkin ARIKAN: Bu da hocalarımız arasındaki İstanbul ve Ankara yaklaşımları.

Özgün TÜRKÖZER: Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden yeni mezun oldum, şu an avukatlık stajımı yapıyorum. Ben daha az yorucu sorular soracağım muhtemelen daha yeni deneyim kazanan birisi olarak sorum Mohtashami beye olacak. Öncelikli olarak farklı bir sistem İslami hukuk sistemi ve DIFC benim çok ilgimi çekti. Çünkü çok farklı bir hukuki yetki alanı tanınmış. Burada benim ilgimi çeken önce-

likli nokta 5 hakimin bulunduğundan bahsettiniz, five judges ve bunun yanında tahkim mahkemesinde hakemlerin tahkim prosedürünü yürüttüğünü tahmin ediyorum. Bu 5 hakimin tahkim prosedüründeki rolü var mı? Varsa nedir? Bu hakimler ICC'deki gibi taslaklar üzerinde değerlendirme yapabiliyorlar mı ya da tahkim hakemlerinin seçilmesinde herhangi bir rolleri var mı?

İkinci sorum, LCIA'le beraber olduğundan bahsettiniz. Bu durumda rules of arbitration mı uygulanıyor, yoksa aynı zamanda *common law* sisteminin etkisi altında olduğundan bahsettiniz. *Common law* sistemi de uygulanıyor mu? Nasıl bir düzenleme var? Eğer rules of arbitration'dan farklı bir sistem gözetiliyorsa bu durumda aralarında ne tür bir fark var?

Son sorum DIFC'nun yetkisinin DIFC'de imzalanan sözleşmelerle sınırlı olduğundan bahsettiniz. Bunu sizin söylediğiniz şekilde tırnak içinde "*DIFC's jurisdiction is limited to the contracts to be executed at the DIFC*" Böyle bir durumda ben DIFC'de bir tahkim yürütmek istiyorsam sözleşmeyi LCIA *Rules of Arbitration*'a referans göstererek yapabilir miyim, yoksa her şekilde DIFC'de imzalamış olduğum bir sözleşmeden mi kaynaklanması gerekiyor ihtilafın? Teşekkür ederim.

Seçkin ARIKAN: Biz teşekkür ederiz.

Reza MOHTASHAMİ: Teşekkür ederim. Çabuk olalım çünkü zamanımız bitiyor ve hepimiz acıktık. Herkesin benden nefret etmesini istemem. Bütün konuşmacılara teşekkür ederim tabi ki. Çok çok kısa, çok çok pratik.

Tarafların şartlarına uyması gereken bir uluslararası anlaşma düşünelim. Bu anlaşma *Lex Mercatoria* tarafından yönetilecek. Bu şartlar uluslararası tüccarlar tarafından mı uygulanacak? Muhtemelen evet ancak yalnızca tahkim kanunlarının sağladıklarına bağlı olarak. Yani bu şartların ihlal edilip edilmediğine dair evrensel bir kesinlik yok ve uluslararası tahkim mahkemesinin bunları uygulayacak mı? Kısmen evet, an-

TARTIŞMA

çak yine de uluslararası tahkim mahkemesinin meseleyi hangi tahkim kanunlarına göre çözeceğini görmek zorundayız. Örneğin, Fransız *Cor de Cassation* 14 ve 16. maddeleri buna izin verirken başka kanunlar için vermeyecektir. Herhangi analizin başlangıç noktası olan devlet mahkemesi huzurunda uluslararası dava olan uluslararası anlaşmazlık çözümünün diğer koluna bakalım. Sonra da bu anlaşmanın *Lex Mercatoria* tarafından yönetilmesini savunan aynı şartıyla aynı anlaşmaya geçelim. Bu şart ulusal bir hakim tarafından mı yürütülecek, İtalyan, Fransız, Türk ya da bunlar gibi?

Bu bazı özel uluslararası kanunlara bağlı. Basitleştirmek için Avrupa'yı ele alalım. 27 ülke. 1980 Roma Anlaşması, burada bulunan hepimiz bunu biliyoruz. Cevap hayır, kesinlikle hayır. 3. madde kanunun seçilmesine yalnızca ulusal hukuki sistemlerde için veriyor. Seçilen uygun sözleşme için seçilen yasal sisteme tabi olacaksınız ulusal anlaşmalar için bazı yerel kurallar olup olmadığını belirtmek için bundan bahsetmek istenebilir.

Bunun gibi *Lex Mercatoria* da geçerli olmayacak. hakim Roma Anlaşması'nın 4. maddesini uygulayacak yani sanki taraflar uygulanacak kanunu seçmemiş gibi yapacak. Bu maddeyi tamamen atlıyoruz.

Bu madde işlevsel olmayacak. Bu günlerde bu salondaki herkesin bildiği üzere Roma Anlaşması Avrupa düzeyinde gözden geçirilmektedir çünkü çok taraflı bir anlaşmaydı, artık 17 Haziran 2008 itibari ile bir yönetmelik.

Bildiğiniz üzere komisyonun *Lex Mercatoria*'yı destekleyen bir taslak hazırlamıştır, uluslararası sözleşmeler ticareti için tek taraflı bir ilke olabilecek yazılı formda değil. Sadece bu kapsamda tabi ki de *Lex Mercatoria* yetkisinin olması durumunda tahmin edilebilirlikte tatmin edici bir kesinlik seviyesi elde edersiniz.

Fakat günün sonunda görüşmelerin son aşamasında hükümetler bu açıklığı karşılıklı olarak *Lex Mercatoria* ile ortadan kaldırmıştır, bu şu adan zarar yaklaşımının standart zıt-

laşması olan anlaşmanın revize edilmiş şekli olan yönetmeliktir.

Hükümetler *Lex mercatoria'*ya güvenmiyorlar çünkü yasal belirginliğin ve yasal tahmin edilebilirliğin, uluslararası ticaretin çıkarlarının aksine tahmin edilemez olacağını düşünüyorlar, yani Roma anlaşmasının üçüncü maddesine baktığımızda davanın bir örnek olmasının milli hakimler tarafından uygulanmayacağını görürüz. Tekrar uluslararası... tamamen farklıdır. Çok yorucu olan sunumunuz için size teşekkür ederim, bu bir iltifat. Ve tekrar yaklaşımlar farklı olduğu için bu tahkimdir, devlet mahkemeleri huzurunda yapılan bir görüşme değildir. Sabrınız için teşekkür ederim.

Seçkin ARIKAN: Süre çok kısıtlı, yemek arasında lütfen devam edin, olur mu? Çok affedersiniz.

Son bir soru alacağım.

Prof. Dr. Arzu OĞUZ: Teşekkür ediyorum, ama demin de söylediğim gibi, taraf iradeleriyle sonuçta belirlenmişse, yani taraf iradeleri böyle bir şeyi öngörüyorsa sadece Avrupa Birliği açısından bahsettiniz anladığım kadarıyla. Örnek olarak Avrupa Birliği'ni verdiniz. Teşekkürler verdiğiniz bilgi için.

Seçkin ARIKAN: Sabrınız için çok teşekkür ediyorum. Burada olduğunuz için de çok teşekkür ediyorum. Öğleden sonraki oturumlarda görüşmek üzere, buluşmak üzere hoşça kalın.

Türkiye Barolar Birliği
ULUSLARARASI
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE USUL,
UYGULAMALAR VE GÜNCEL SORUNLAR
SEMPOZYUMU

Birinci Gün
9 Ocak 2009

ÜÇÜNCÜ OTURUM
“İnşaat Endüstrisinde
Uyuşmazlık Çözümü”

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ

Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ: Bugün burada tertip olunan konferansın üçüncü oturumunda "*İnşaat Endüstrisinde Uyuşmazlıkların Çözümü*" hakkında bildiri verilecektir. İki profesör verecekler. Birincisi, sayın Tackaberry'dir. John Tackaberry uluslararası inşaat sözleşmelerinde uyuşmazlık çözümü hakkında, ikincisi sayın Prof. Dr. Ziya Akıncı tarafından FIDIC sözleşmelerinde uyarınca inşaat uyuşmazlıklarının çözümü üzerine verilecektir.

Size kısaca önce Mr. John Tackaberry'yi takdim etmek istiyorum. Kendisi Birleşik Krallık Hukuk Danışmanı'dır. Avukatlık ve hakemlik yapmaktadır. Qusend University Of Technology'de inşaat hukuku ziyaretçi profesörlüğü yapmaktadır. Bunun dışında İngiltere'de Kaliforniya, Hongkong ve Malezya barolarına kayıtlı avukatlık yapmaktadır. Ayrıca Birleşmiş Milletler Tazminat Komisyonu eski üyesi'dir. CIBR'de Tahkim Kurulu eski başkanı, inşaat hukuku kurulu kurucu başkanlığı ve Avrupa İnşaat Hukuku Kurumu eski başkanlığı görevlerinde bulunmuştur. Yine ünlü "*Handbook for Arbitration Practicese*" isimli kitabın editörüdür. Görülüyor ki, bugün bize konferans verecek olan inşaat hukukunda tahkim üzerine sayın John Tackaberry esasında, bu hususun, bu hukukun tam milletlerarası bir kompetanıdır ve kendisini burada dinlemekle büyük şeref duyacağız ve zevk alacağız, öyle zannediyorum.

JOHN
TACKABERRY'NİN
KONUŞMASI

Prof. John TACKABERRY (Birleşik Krallık Hukuk Danışmanı): Profesör Kalpsüz'e bu cömert tanıtımından dolayı teşekkür ediyorum. Ankara'ya en son 1958 Temmuzunda gelmiştim. Dün gece buraya geldiğimde, her şeyin bu elli yıl içerisinde çok değişmiş olduğunu gördüm. Buraya geri dönmek ve bu konferansta konuşma fırsatı bulmak benim için bir zevktir. Bunları belirttikten sonra, sunumumun sizlere biraz fazla gerçekçi gelebileceğini söylemeliyim. Benden önce, avukat Berti'nin Milano'daki önemli tahkim merkezi hakkındaki, Anthony Connerty'nin tahkim konusunda, Reza Montashami'nin DIFC konusunda ve Profesör Oğuz'un *Lex Mercatoria* konusundaki konuşmalarını dinlediniz. Benden sonra ise Profesör Akıncı karşınıza çıkacak. Umuyorum, yirmi dakikalık konuşmam size aşırı gerçekçi gelmez. Dosyam belgeleriniz arasında mevcut.

Öncelikle belirtmek istediğim temel nokta; büyük bir inşaat projesini tasarlıyorsanız, sorun olasılıklarını değerlendirmek çok önemlidir. Deneyimlerime göre, sözleşme müzakeresi anında, insanlar projenin herhangi bir sorun olmadan devam edeceğine hem iyimser hem de haklı olarak inanmaktadır. Ancak, bu noktada anlaşmazlıklar ve anlaşmazlık çözümü konusuna dikkatlerini tam olarak vermezler. Bazı insanlar, bunun kötü şans getirdiğine bile inanır. Bence, bu hususlar her ihale ya da müzakerede en baştan ele alınmalı ve en baştan itibaren akılda tutulmalıdır. Bu açıdan, geçmişe bakacak ve büyük bir inşaat alanındaki koşulları anlatmaya çalışacağım. Bu geçmiş ve koşullar, bu projelere ilişkin olarak ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümüne nasıl yaklaşılması gerektiği konusunda rehberlik sağlayacaktır.

İnşaat sahası, oldukça yoğun, sıkıştırılmış bir topluluktur. Orada çalışan kişiler, her zaman yoğun bir baskı altındadır. Küçük veya büyük her proje -ki proje büyüdükçe, bu etki de artar- saha içinde inanılmaz derecede karmaşık birer altyapıya ve özellikle de uluslar üstü büyük projelerde olmak üzere, saha dışında ise çok karmaşık birer altyapıya sahiptir. Çok farklı gruplardan gelen tedarikçiler ve taşeronlar vardır. Ça-

lıştığımız ortam çok da samimi olmayabilir. En son baktığım Türk davasında, büyük çalışmalar için çok uygun olduğunu düşünmediğim Toros Dağları'nda büyük bir proje yapılmaktaydı. Çalışmanın kalitesi çok önemlidir. Bu alanı kapattıktan sonra, çalışmadaki hataları düzeltmeniz çok zor olacaktır. Sonuç olarak, böyle bir sözleşmenin idaresi ve işleyişi, saha içerisinde olup bitenlere ilişkin ayrıntılı bir bilgi birikimi gerektirir. Önceleri, anlaşmazlık çözümü büyük ölçüde bir mühendis veya bir mimar tarafından üstlenilmekte ve bu kişi saha içerisinde ortaya çıkabilecek ve saha dışına taşabilecek birçok anlaşmazlığı yalnızca vereceği ve tarafların mutabakatla karşılayacağı bir kararla çözebilmekteydi. Taraflar bu karardan hoşnut olmasalar da, bunu bağımsız ve muhtemelen doğru bir karar olarak kabul etmekteydi. Bu süreç hızlıydı, çağdaş ve ucuzdu. Bu üçü, eski sistemin önemli özellikleriydi. Karar ne kadar zayıf ve yetersiz olursa olsun, bu üç temel kriteri karşılıyordu.

Saha içinde çalışan veya sahayı sürekli olarak ziyaret eden kişilerin, büyük bir projede çalışan insanların çalışmalarından duyduğu gururu, hayranlık uyandıracak bir sonuç elde etme isteğini ve işler yolunda gitmediğinde hissettiği hayal kırıklığını sahaya çok daha az giden bizlerden çok daha iyi anladığını hatırlamakta yarar vardır. Dolayısıyla, bu kişiler sahadaki insanların üzerindeki baskıyı çok daha iyi anlayabilmektedir ve kanımca, bir noktada bu tür bir projeye ilişkin anlaşmazlık çözümüne müdahil olmuş bir kişinin bunu aklında bulundurması gerekir, çünkü bu hızlı ve etkili bir şekilde çözümlenmeyen bütün anlaşmazlıkların önemli bir özelliğidir. Anlaşmazlıkların hızlı ve etkili bir şekilde çözülememesinin getirdiği sonuçlardan biri, ilk sorunla ortaya çıkan, çoğalan, gelişen, güçlenen bir yakınma duygusudur. Bu yakınma ne kadar güçlüyse, söndürülmesi de o kadar zor olacaktır.

Ancak, yine belirtmek isterim; projelerin çoğu çok başarılı bir şekilde tamamlanmaktadır ve bu projede yer alan kişilere büyük faydalar sağlamaktadır. Dolayısıyla, projenizi yöneten kişilerin, çalışmaların tamamlanmasındaki basit fiziksel

JOHN
TACKABERRY'NİN
KONUŞMASI

sorunlarla ve herkesi makul ölçüde mutlu etmenin getirdiği daha güç sosyal sorunlarla başa çıkmaları için gereken yönetim becerilerine sahip olması gerekir. Daha önce belirttiğim gibi, mühendis ve mimar bu görevi üstlenmekteydi ama bu durum bir süre içerisinde değişti, çünkü özellikle de müteahhitlerin mühendislere duyduğu güven kayboldu. Aynı zamanda, iş sahipleri mühendislerin ve mimarların kendi isteklerini gerektiği gibi gözetmesi için onlara çok daha fazla baskı uygulamaya başladı. Bu aşamada, insanlar halihazırda uzunca bir süredir büyük inşaat sözleşmelerinin bir parçası olan tahkim şartlarını kullanmaya başladı. Güven kaybının sonuçlarından biri, zaten endüstri insanları olan mühendisler ve mimarlar tarafından yürütülmekte olan tahkim sürecine duyulan güvenin de zamanla kaybolması oldu. Bu kişiler, çoğunlukla herhangi bir neden belirtmeksizin kısa ve tek cümlelik yanıtlar veriyorlar ve dolayısıyla, daha kaba bir yaklaşım sergiliyorlardı. Bu yaklaşım önceleri kabul görse de, güven kaybıyla birlikte, kabul edilebilirliğini kaybetti.

Tahkimler daha uzun, daha karmaşık, daha pahalı süreçler haline geldi ve neredeyse her proje bitiminde ortaya çıkmaya başladı. Bu yüzden, ne güncel, ne hızlı ne de ucuzdu. Sonuç olarak, bu projelere bakıldığında, bu her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. İnsanlar, anlaşmazlık çözümü için başka yollar aramaya başladı. Bu aşamada ortaya ilk çıkan yöntemlerden biri arabuluculuk, uzlaştırma veya yönetsel kovuşturma oldu. Bu kapsamda, anlaşmazlık alınıyor, bir veya en fazla iki gün ayrılıyor, bazen tarafsız bir üçüncü kişi bulunuyor, ilgili şirketlerden bir üst düzey yönetici çağrılıyor, bir gün veya iki gün sunumlar yapılıyor ve eldeki durumdan bir çözüme ulaşmanın mümkün olabileceği umuluyordu. Uzlaştırma yaklaşımının getirdiği avantaj, çözümlerin tahkimde veya yargılamada ulaşılacak olan çözümlerle sınırlı olmamasıydı. Taraflar farklı çözümler de bulabiliyorlardı. Bu süreçte, tarafsız bir üçüncü kişi varsa, süreç daha pahalı bir hal alsada, yine de çok etkili bir mekanizmadır. İki taraf da anlaşmak istiyorsa, bu tarafsız üçüncü kişi bir kolaylaştırıcı

görevi olarak, tarafların inceleyebilecekleri olası hatları önerebilir veya bir adım daha atarak bir tavsiyede bulunabilir. Ancak, süreç sonunda ortaya çıkan karar veya tavsiye bağlayıcı değildir. Bağlayıcı olabilecek tek şey imza altına alınmış bir anlaşmadır. Bu durumda, günün sonunda bir çözüme ulaşılması gerekir. Dolayısıyla, bu mekanizmalardan biridir ve bütün büyük inşaat projelerinde, çok düzeyli tahkim şartlarıyla karşılaşsınız. Bu yöntem, özellikle de gelecekte birlikte yeniden çalışılmasının söz konusu olduğu uzun vadeli ilişkiler açısından yararlıdır.

Uzlaştırma/arabuluculuğun ardından, İngilizler "hükme bağlama" (*adjudication*) adı verilen ve yirmi sekiz günü ender olarak aşan oldukça hızlı ve basit bir süreç geliştirdiler. Bu süreçte, çoğu hukuki sürecin duruşma, temellendirme gibi birçok gerekliliği uygulanmamaktadır. Hükümü veren kişi yalnızca bir yanıt sunar ve bunu 28 gün içerisinde yapar. Bu yanıt bağlayıcı değildir ama geçici bir süre icra edilir. Hüküm verme sürecinde bir karara ulaştıysanız, doğrudan mahkemeye gidebilir ve mahkemeden söz konusu miktarın hemen ödenmesine yönelik bir karar çıkacağından 1.000 davadan 999'unda emin olabilirsiniz. Bu sürecin çekiciliğinin ve bu kadar basit ve kaba olmasının nedeni, geçici olması ve tahkime ya da yargılamaya gidene veya anlaşana kadar kaleni zi korumasıdır. Bu süreç, Birleşik Krallık'ta o kadar popüler olmuştur ki, inşaat anlaşmazlıklarında neredeyse her zaman kullanılmaktadır ve şu anda 5 farklı kamu hukuku yargı dairesi tarafından da kabul edilmiş durumdadır. Bu süreç, her türlü inşaat sözleşmesine yerleştirilebilir ve çok hızlıdır. Bu sürecin 42 günden daha fazla uzatılması, taraflar bir anlaşma yapmadıkça, mümkün değildir ve bu 42 günü dahi alabilmek için, süreci başlatan tarafın onayını almanız gerekir. Bu tehlikeli bir süreçtir, çünkü bazı durumlarda tuzak olarak kullanılmaktadır.

Tahkime girmeden önce çok kısa bir şekilde değinmek istediğim son nokta, anlaşmazlık çözümü kurullarıdır. Bu yolla, farklı disiplinlerden gelen bir veya üç kişiden oluşan ve

JOHN
TACKABERRY'NİN
KONUŞMASI

sahayı düzenli olarak ziyaret eden bir ekip oluşturursunuz. Bu bireylerin her biri bağımsızdır. Sorunları, taraflarıyla tartışırlar ve ya çözümler sunar ya da tavsiyelerde bulunurlar. Sundukları çözümlerin onaylanması gerekirken, tavsiye yapısı söz konusuysa, tavsiye sözleşme sonuna kadar bağlayıcıdır. Ancak, bu durumdan memnun olmayan bir tarafın, bu süreci ileriye götürme fırsatı her zaman vardır. Yine, çağdaşlığı, hızı ve nispeten ucuz oluşuyla, bu çok başarılı bir mekanizmadır. Özellikle Uzak Doğu ülkelerinde, tek kişilik anlaşmazlık kurullarının ortaya çıkan sorunlarla ilgilendiğini görürsünüz ki bu da kişinin saha dışından olması haricinde, eski düzene bir geri dönüştür.

Tahkimin bu süreçlere göre avantajı, sonucunun bağlayıcı olması ve prosedürlerinde normal şartlarda beklenen prosedürlerin kullanılmasıdır. Tahkim konusu benden önceki konuşmacılar tarafından halihazırda ele alındı. Bu noktada benim yapabileceğim tek şey, anlaşmazlık çözümü şartınıza çok hızlı bir tahkim koşulu koymanızın mümkün olduğunu söylemektir. İngiltere Hükümeti standart forma bütün tahkimlerin altı ay içerisinde karara bağlanmasını zorunlu kılan bir şart koydu. Bu çok uzun bir zaman gibi görünebilir ama İngiltere Kütüphanesi'nin mekanik, mühendislik ve elektrik sözleşmesinde bir şeyler yanlış gittiğinde, taraflar tahkimin altı ay içerisinde tamamlanamayacağını düşündü. Bana göre, bunu yapmak mümkündü ama bu süreçte, söz konusu tahkimin tabi olduğu kurallar çerçevesinde tamamen mümkün olabilecek bir dizi acımasız mekanizmanın kullanılması gerekirdi. Bu kendilerine açıklandıktan sonra, taraflar anlaşmaya vardı. Daha kısa süreli tahkim şartları da koyabilirsiniz. Ancak, bu tür bir sürece giren bütün taraflar, zaman sınırlaması olduğunda, bu sınırlamanın uzatılmasının zor olacağını bilmelidir, çünkü her iki tarafın mutabakatı gerekli olabilir. Dolayısıyla, sürecin zamanında tamamlanacağından emin olmadan veya biri küçük çaplı, diğeri ise büyük çaplı tahkimleri kapsayacak iki sözleşme oluşturmadan, sözleşmeye bu tür bir şart asla koyulmamalıdır.

Bu konudaki son düşünceme gelirsek; büyük bir inşaat sözleşmesindeki anlaşmazlık çözümü şartına baktığınızda, gördüğünüz ya standart formda bir sözleşme ya da özellikle eldeki proje için oluşturulmuş tek seferlik bir sözleşme olacaktır. Standart formda sözleşmelerde, şartın içerisinde belirtilen kuralları, şartın bir tahkim şartı olup olmadığını, ön uzlaştırma aşamasının olup olmadığını veya ilk aşamalarda bir anlaşmazlık kurulunun yararlı olup olmayacağını değerlendirmek yerinde olacaktır. Ancak, aynı zamanda standart formda bir sözleşmedeki bir şartın tadilatında çok dikkat edilmesi gerekir. Burada, süreç tek bir süreç olarak oluşturulacaktır ve diğer şartlar üzerinde herhangi bir etkisi olmadığından emin olmak için, sözleşmenin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerekir. Sözleşme, ad hoc bir sözleşmeyseniz, yani proje için tek seferlik olarak oluşturulmuşsa, kuşkusuz, önünüzde açık bir kitap vardır ama yine de, dikkatli olmak gerekir. Bir tahkim şartı koyacaksanız, size ya aşına olduğunuz veya aşına olabileceğiniz bir merkezi ve kuralları dizisini seçmenizi öneririm, çünkü o yola girmeden önce neye adım attığınızı bilmek önemlidir. Bu yola girdikten sonra, zaten kurumsal süreç başlar. Kurumların birçoğu çok güzel hizmetler sunmaktadır ama herhangi biri, hiç kural olmamasından her zaman daha iyidir.

Öyleyse, sonuç olarak ne söyleyeceğim? Anlaşmazlık çözümü, büyük inşaat projelerinin için bir sorundur. Yıllarca sürer. Sözleşme sırasında ve sonraki süreçte çok yakından izlenmelidir. Bu noktada, hız ve ekonomi isteği ile yanıtta doğruluk isteği arasındaki dengenin önemi unutulmamalıdır. Çok karmaşık bir anlaşmazlıkta, hem hız ve ekonomiye hem de doğru bir yanıtı aynı anda sahip olamazsınız. Basit ve hızlı bir yanıtı ihtiyacınız varsa, öyle bir süreci sözleşmeye dahil edin. Eğer doğru bir yanıt arıyorsanız, o zaman tahkimin çok da hızlı olmayacağı gerçeğini kabul etmeniz gerekir. Bu yararlı tavsiyenin ardından, tek bir ayrıntı daha vereceğim. Bir anlaşmazlığı az ya da çok kabul edilebilir koşullarda çözme fırsatınız varsa, bu her zaman kabul görecektir. Anlaşmaya yönelik tartışmalar asla bir zayıflık göstergesi değildir. Bu, iyi

bir ticari mantığın göstergesidir. Dikkatli olmazsanız, büyük bir tahkim, bu tahkimi yürüten profesyoneller haricinde yalnızca birkaç kişiye yarar sağlayacaktır. Teşekkürler.

TURGUT
KALPSÜZ'ÜN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ: Efendim, birinci konferans bitti. Müsaade ederseniz benden evvel başkan beyin yaptığı gibi aynı şekilde sualleri her iki konuşmacı da konuşmasını bitirdikten sonra kime tevcih ettiğinizi belirterek alacağım sizlerden ve konuşmacılar cevaplandıracaklar zamandan tasarruf etmek mülahazasıyla.

İkinci konuşmacımız Prof. Dr. Ziya Akıncı Bey. Zannediyorum ki, birçoğunuz tanıyor sunuz, kendisi tahkim sahasının tanınmış simalarındandır. Aslında en büyük referans milletlerarası konferanslarda tahkimin golyadı olarak tavsif edilen Prof. Rabi Koral'ın talebesidir, doktoralıdır. Hem doktora tezi hem doçentlik tezi tahkimle alakalıdır ve birçok meseleye ışık tutmuştur. Halihazırda da milletlerarası Tahkim Kanunu hakkındaki komentarı o sahanın en teferruatlı, en tatmin edici kitabı mahiyetindedir. Kendisi önce Dokuz Eylül Üniversitesi'nde başladı akademik kariyerine, daha sonra İstanbul'a, Galatasaray Üniversitesi'ne nakletti. Hala orada ders vermekte ve bize gayet kıymetli kendisi gibi akademisyenler yetiştirmektedir. Böyle bir arkadaşımın inşaat hukuku üzerinde konuşacak olmasından dolayı bahtiyarım. Tabii, ben şahsen inşaat mukavelelerinde tahkimde bütün zorluğun işe mühendislerin karışmasından ileri geldiği kanaatindeyim. Çünkü onlar büsbütün işi içinden çıkılmaz hale getirmişlerdir. Biz hukukçular olsak gayet kolay bunu kendi aramızda yapabiliydik. Prof. Akıncı'yı da dinledikten sonra isteyen arkadaşlarım suallerini sorabileceklerdir.

ZIYA
AKINCI'NIN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Ziya AKINCI (Galatasaray Üniversitesi): Çok teşekkür ederim hocam mültefit sözleriniz için, hak etmediğim bu güzel sözler için çok teşekkür ederim. Evvela başlamadan önce bu organizasyona ev sahipliği yapan Türkiye Ba-

roler Birliği'ne, Ankara Barosu ve ADR grubuna bu nazik daveti için çok teşekkür ederim. Gerçekten çok güzel bir organizasyon yaşıyoruz ve katılımcıların hem soruları, hem katılımları da bizi çok sevindiriyor. Onun için öncelikle bu hususu belirtmek istiyorum. Bay Tackaberry çok mütevazı bir şekilde başladı konuşmasına, ama öyle güzel ispatladı ki, hakikaten bay Tackaberry'den öğreneceğimiz her zaman çok şey var. Bu alandaki hem uygulama hem de yazdıklarıyla hepimizi eskilerin deyimiyle tenvir, aydınlatmaya devam ediyor.

Ben esasında bay Tackaberry'nin bıraktığı yerden devam etmek istiyorum. Neden milletlerarası inşaat hukuku üzerinde, bir sektör üzerinde konuşuyoruz? Çünkü milletlerarası inşaatın hakikaten kendisine özgü birtakım özellikleri var. Evvela bay Tackaberry de belirtti, inşaat projeleri bir havaa-lanını düşünün, bir metro inşaatını düşünün, oto yolları düşünün, baraj projelerini düşünelim, kısa sürede ifa edilen işler projeler değil, ciddi anlamda yıllara yayılan bir ifa süreci söz konusu. Yine bu işin yapılmasında sadece bir eser sözleşmesi, istisna sözleşmesi değil, buna bağlı birçok yerel izinler söz konusu. Özellikle inşaatın yapıldığı yer hukukuyla ilgili bizim Marmaray projesini düşünelim; Avrupa yakasında kazmayı vurdular, antik bir liman çıktı. Üsküdar'da kazmayı vurdular kiliseler çıktı, külliye çıktı. Bir sürü SİT kurumundan tutun, bir sürü yerel idarenin izni, hatta inşaatı durdurması izinler alınmış olsa bile söz konusu oldu. Yine aynı şekilde bir doğal-gaz projesinde, herhangi bir altyapı projesinde özel hukukla belki alakası olmayan birçok kamu hukukuna ilişkin izin ve hukuki prosedürün dahil olduğunu görüyoruz. Yine aynı şekilde milletlerarası inşaat projelerine pek çok farklı menfaat gruplarının dahil olduğunu görüyoruz. Örneğin, proje bir uluslararası kurum tarafından finanse ediliyor olabilir ki, büyük projelerde çoğu zaman Dünya Bankası gibi, Avrupa Yatırım Bankası gibi veya özel bir milletlerarası finans kurumu projeye dahil olmakta ve en az yüklenici ve işveren kadar sözleşmede menfaati bulunmakta, etkisi bulunmaktadır. Aynı şekilde teminat mektuplarının alınması veya bizim ülkemizi

ZİYA
AKINCI'NIN
KONUŞMASI

İlgilendiren projelerde hazine garantisıyla ilgili projeler işe bambaşka bir hukuki boyut kazandırmakta.

Sözleşmenin taraflarına baktığımız zaman borçlar hukukunda bize hep fakültede anlatılır, terziye gittik, elbise sipariş ettik, istisna sözleşmesi, ama burada bakıyoruz inşaat sözleşmesi birbirinden farklı tarafların dahil olduğu, yine klasik olarak bir tarafta yüklenici, diğer tarafta iş sahibi söz konusu, ama bakıyoruz yüklenici dediğimiz kişi birden fazla müteahhit, bunlar kendi aralarında ortak girişim kurabilirler, konsorsiyum kurabilirler, parça parça işi alabilirler, işin içinde tedarikçiler var, işin içinde alt müteahhitler var, danışman firmalar var, sadece tasarımı yapan firmalar var. Dolayısıyla netice olarak milletlerarası inşaat projesine birden çok taraf, birden çok hukuk, birden çok kültür, birden çok lisan katılıyor ve uzun sürede devam ettiği için adeta yaşayan bir mekanizma gibi hukuki problemler de bu projelerle birlikte ortaya çıkıyor, geliyor. Hatta bazen öyle oluyor ki, çözülemeyecek duruma geliyor. Bu uyuşmazlıkta da bu tür talepler acaba nasıl çözümlenecek, bunun üzerinde duracağız. Tabii, bu kadar karmaşık bir yapıdan bahsettiğimizde iş dünyasının her seferinde oturup bu karmaşık yapı için ayrı ayrı sözleşme hazırlaması son derece meşakkatli, zaman açısından ciddi bir zaman gerektiren ve masraf açısından ciddi bir masraf gerektiren bir süreç olabilir. Bunu bir yerde engellemek için Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu'nun, kısaca FIDIC olarak kısaltılan, merkezi Cenevre'de olan bir kurumdan bahsetmek gerekiyor. FIDIC'in en önemli özelliği standart sözleşmeler hazırlamak. Biraz önce bahsettiğimiz o karmaşık yapıların kendi özelliklerine göre hazır sözleşmeler sunmak uygulayıcılara ve eğer taraflar bu hususta anlaşılırlarsa bu standart sözleşmeleri kullanabiliyorlar. Tabii ki, bu standart sözleşmelerin kullanılabilmesi için tarafların bu hususta anlaşmaları gerekiyor. Bunu tekrar bahsetmek gerekir, çünkü bundan evvel *Lex Mercatoria*'dan akademik olarak oldukça tartışıldı.

Bu sözleşmeler uygulamada renklerine göre isimlendiriliyor ve bu kitaplar yeşil, kırmızı, sarı, gri kitap olarak adlan-

dırılıyor. Belki sarı, kırmızıyı başta söylemek gerekiyordu. İlk olarak yeşil kitap kısa form kitap, bu özellikle basit hükümler içeren, dili itibariyle basit nitelikte olan bir kitap ve küçük projeler için tasarlanmış, ama uygulamada bu kitap fevkalade benimsendiği söyleniyor. Küçük projeler için değil, büyük projelerde de, küçük olmayan projelerde de kullanıldığı ifade ediliyor. Kırmızı kitap yine pek çok uyuşmazlıkta karşımıza çıkıyor, tasarımını iş sahibinin yaptığı projeler, kuşkusuz burada risk iş sahibinde. Bunun neticesinde nispeten düşük maliyet, daha düşük, daha rekabetçi bir fiyat almak mümkün, ama kırmızı kitap dediğimiz zaman risk ağırlıklı olarak iş sahibinde. Sarı kitap çok kısa tanıtmak açısından söylüyoruz, tasarımını yüklenicinin yaptığı projelerde kullanılıyor. Burada risk yüklenici de ve bunun neticesi olarak daha pahalı teklifler gelebiliyor. Gri kitap dediğimiz anahtar teslimi projeler için, burada anahtar teslimi proje dediğiniz zaman artık bütün riskleri neredeyse yükleniciye transfer ediyoruz. İş sahibinin riski neredeyse yok, sonuçları neredeyse satım sözleşmesine yaklaşıyor. Adı üstünde “turn key” anahtar çevireceksiniz ve tesis hazır işlemeye gelecek, ama tabii bütün riskleri yükleniciye attığınız zaman fiyat itibariyle daha pahalı olabiliyor. Bu riskleri maliyetliyor tabii ki teklif eden yüklenici.

FIDIC sözleşmelerinde talep prosedürü belirli bir sıra içerisinde ve belirli bir öneme haiz. Evvela, burada talepte bulunabilmek için talep bildirimini yapmak gerekiyor. Biraz sonra bunu hukuken anlatacağız. Yine aynı şekilde talepler söz konusu olduğu zaman mühendisin kararı gerekiyor. Bunun da aynısına gireceğiz. Biraz önce bay Tackaberry de bahsetti, Uyuşmazlıkları Çözüm Komitesi diye, DAB diye bir komite var bir çözüm metodu olarak ve bundan başka FIDIC sözleşmelerinde kabul edilen dostane çözüm yolu var ve nihayet tahkim, eğer tahkim klozu varsa veya yoksa uyuşmazlığın mahkemede çözümlenmesi söz konusu olacak.

Dedik ki, FIDIC sözleşmelerinde, milletlerarası inşaat sözleşmelerinde evvela talep bildiriminde bulunmak gerekiyor. Zira yüklenici herhangi bir ek süre veya ek ödemeye

ZİYA
AKINCI'NIN
KONUŞMASI

hakkı olduğunu düşünüyorsa bu durumu mühendise yazılı olarak başvuracaktır. Daha sonradan *"benim şu talebim vardı, bu şekilde"* denilmemesi için bu talebi zamanında bildirmesi gerekiyor. Bunun zamanı FIDIC uyarınca başvuru yüklenicinin durumu öğrenmesinden itibaren en geç 28 gün içerisinde yapılacaktır. Tabii, bu oldukça önemli bir madde, zira bu 28 gün içerisinde bu talepte bulunulmazsa FIDIC uyarınca artık işin süresinin uzatılması veya ek ödemeyle ilgili bir hak söz konusu olmayacaktır. En son versiyonunda FIDIC'in -dört versiyonu vardır, bu yeni versiyonunda- bu açık olarak yazılmıştır. Tabii, burada dikkat etmek gerekiyor; acaba böyle bir hüküm mukayeseli hukukta nasıl karşılanıyor? Bizim 15. Hukuk Dairesi'nin bu konuyla alakalı kararı var ve bunun geçerli olduğunu söylüyor, ama bazı hukuk sistemleri, örneğin, Hindistan böyle bir klozun hak düşürücü olduğu için geçerli olmadığını söylüyor. Onun için uygulanacak hukuku da dikkate almakta fevkalade yarar var. Sadece bildirimde bulunmak söz konusu değil, fakat 42 gün içerisinde süre uzatımı veya ek ödemeyle alakalı belgeler, bilgiler mühendise verilmesi gerekiyor ki, bu mekanizma neyi sağlıyor? Artık mühendisin konu hakkında bilgilenmesi ve mühendisin bir karar vermesi için.

Peki, mühendisten bahsediyoruz, mühendis dediğimiz şey nedir? Hocam biraz önce *"bütün işleri karıştıran mühendis"* dedi. Gerçekten inşaat tahkimlerine baktığımızda bizim Türk filmlerinde esas oğlan derdik, mühendisin esas oğlan olarak karşımıza çıktığını görürüz. Çünkü sözleşmenin feshi, ödeme taleplerinin reddi hep mühendisin kararları neticesinde gerçekleşiyor. Evvela mühendis tarafsız mı? Bu çok tartışılan bir husus, Türk Yargıtay kararlarında da tartışıldı. Özellikle son versiyona kadar bu hususta çok açık bir ifade yoktu, ama FIDIC'in son versiyonunda mühendisin iş sahibi adına hareket ettiği açıkça belirtiliyor. Nedir mühendisin görev ve yetkileri? Mühendis işin evvela projeye uygun ifa edilmesini sağlayacaktır, mühendis gerektiği takdirde iş değişikliği yapabilir, iş değişikliğine karar verebilir. Bununla beraber mühendis yükleniciyi, tarafları sözleşmedeki borçlardan ibra edemez.

Bu yetkisi yoktur ve mühendisin bazı durumlarda arabulucu olarak görev yapması söz konusudur.

Mühendisin görev ve yetkilerine biraz daha ayrıntılı değinecek olursak, yeni FIDIC'te işveren adına hareket ettiğinin açıkça belirtildiğini görüyoruz, ama bununla beraber bu yetkinin taraflardan herhangi birisinin görev, yükümlülük veya sorumluluğunun ortadan kaldırılması düzeyinde olmadığını da belirtmek gerekir. Yine aynı şekilde mühendis tarafından gerçekleştirilecek herhangi bir onay veya sertifikanın herhangi bir sorumluluğun ortadan kaldırılması anlamına gelmeyeceği FIDIC'te açık olarak belirtilmiş. Mühendis talimatları fevkalade önemli ve yüklenici buna uymak zorunda. Tıpkı sözleşmenin bir hükmü gibi, bununla beraber mühendisin herhangi bir talimatının bir değişiklik oluşturması durumunda bunun gerektirdiği ek süre veya ek ücret talep edilebilir, ama yüklenicinin görevi mühendisin talimatını yerine getirmek.

Yüklenicinin herhangi bir talebiyle ilgili olarak mühendis 42 gün içerisinde karar vermek durumunda, mühendis gerekli görürse başka bilgiler isteyebilir, belgeler isteyebilir, ama her halükarda kararını 42 gün içerisinde verecektir. Mühendis bu kararı verirken adaletili bir şekilde karar vermesi beklenmektedir. Tabii burada mademki iş sahibi adına hareket ediyor, o zaman nasıl tarafsız bir karar verilecek? Esasında bay Tackaberry de buna değindi ve bazı uygulamada bazı mühendislerin özellikle iş sahibi lehine yorumlar, kararlar verme eğiliminde olduğunu görüyoruz, ama iyi bir mühendisin belki de iş sahibine yapabileceği en iyi şey doğru bir karar vermek. Çünkü mühendisin kararının yanlış olması, başka bir deyişle yüklenicinin haklı talebinin reddedilmesi durumunda buna karşı biraz sonra göreceğiz, hukuki yollar vardır ve bunun neticede bu haksız kararın iş sahibine maliyeti çok daha fazla olabilecektir.

Taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık çıkarsa DAB (*Disputal Education Board*) dediğimiz bir uyuşmazlıkları çözüm kurulu oluşturulmuştur. Bu kurumun özelliği bu kurul üyeleri genellikle üç kişiden oluşur, ama özellikle masraflı olma-

sın diye bir kişi de yapılabilir. Sözleşmenin imzalanmasından itibaren prensip olarak görev yaparlar. Bunun yararı nedir? Mahkemeler, hakemler hatta uzlaştırıcı ihtilafa ne zaman vaziyet eder? İhtilaf çıktıktan sonra, projeye, sözleşmeye ihtilaf çıktıktan sonra görür. Halbuki böyle bir kurul daha sözleşme imzalandığından itibaren görevde olduğu için uyuşmazlığı çok daha iyi algılaması ve çok daha iyi bir çözüm bulması ümit edilmektedir. Uyuşmazlığı Çözüm Kararı Komitesi başvuruyu almasından itibaren 84 gün içerisinde karar verecektir. Bu karar eğer 28 gün içerisinde itiraz edilirse taraflar üzerinde bağlayıcı değildir. Tabii, bunun mefhumu muhalifinden, karşıt kavramından eğer 28 gün içerisinde itiraz edilmezse artık bağlayıcı olacaktır. Dolayısıyla 28 gün içerisinde itiraz edilirse ne kadar karar adil olursa olsun Uyuşmazlığı Çözüm Komitesine göre, bu kararın tarafları bağlayıcı etkisi olmayacaktır. Yine FIDIC'te belirtilen bir başka husus, tahkime gidebilmek için eğer varsa Uyuşmazlığı Çözüm Komitesi'nden, DAB'ye başvuru yapılması şartıdır. Başka bir deyişle, Uyuşmazlıkları Çözüm Kurumu'na başvurma tahkimin ön şartı olarak açıkça ifade edilmiştir.

Uyuşmazlıkları Çözüm Kurulu'nun bağlayıcılığından bahsettik, önemli bir husus. Eğer 28 gün içerisinde itiraz edilirse bağlayıcı değil. Peki, 28 gün içerisinde itiraz edilirse o takdirde ne olacaktır inşaat uyuşmazlıklarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda? Bu takdirde taraflar dostane çözüm yollarını deneyeceklerdir. Buna göre tahkime gidebilmek için tarafların 56 gün boyunca dostane çözüm yollarını denemesi gerekmektedir. Burada bir soru aklınıza gelebilir; acaba taraflar bu dostane çözüm yollarında 56 günü beklemeden veya hiç kullanmadan tahkime gidebilir mi? Buna ilişkin farklı hukuk sistemlerinde farklı çözümler yer almaktadır. Bazı hukuk sistemleri dostane çözüm yollarına başvurmanın tahkimin ön şartı olduğunu belirtmektedir. Ancak bizim Yargıtayımızın vermiş olduğu bir kararda eğer taraflardan biri "*ben artık uzlaşmıyorum, aramızdaki uyuşmazlık o boyutta ki, tahkime gidiyorum*" dediyse bu takdirde tarafların uzlaşma niyeti olmadığı için tahkimi durdurup tekrar tarafları uzlaşmaya gönderme-

nin bir yararı yoktur Kaldı ki, taraflar tahkim içerisinde de her zaman uzlaşabilir demişlerdir. Tabii, bu karar eleştirilebilir, Yargıtayın bakış açısı çok pragmatiktir. Mademki taraflar uzlaşmıyor, Yargıtaya, tahkime başvurdu, öyleyse artık zorla bunları bir daha uzlaşma prosedürüne göndermeyelim denilebilir, ama öbür taraftan da şu menfaat olabilir: Denilebilir ki, bu bir sözleşmesel hak ve en azından bunun denenmesi gerekiyordu, ama Yargıtayımız ki, bu olayda bir devlet kurumu taraftı, uzlaşmanın pek gerçekçi olmadığını görerek tahkimi durdurup tekrar tarafları uzlaşmaya gönderme temayülünde olmamıştır.

Nihayet, eğer dostane çözüm yolları da sonuç vermezse, bu durumda tahkime başvurulabilir. Tahkim hakkında uzun uzun konuşmayacağım, çünkü pek çok konuşmacı çok kıymetli bilgiler verdi ve verecek, ama konuyla ilgili olarak evvela FIDIC sözleşmesinde tahkime başvurulabilmesi için yine aynı şekilde tahkim koşulunun bulunması gerekir. FIDIC sözleşmesinde prensip olarak tahkim vardır, hatta ICC tahkimi öngörülmüştür. Ancak taraflar her zaman için bunu değiştirebilir veya çıkarabilir. Eğer tahkim şartı çıkarılmamışsa uyuşmazlık tahkime gidecektir.

FIDIC sözleşmesinde uygulanacak hukuk ve tahkim diliyle ilgili maddeler vardır. Tarafların bunu belirlemesi durumunda FIDIC sözleşmesi kullanılmakla beraber bir milli hukuk uygulanacak hukuk olarak hakemlerce uygulanacaktır. Yine aynı şekilde sözleşme dili tahkim dili olarak kabul edilecektir eğer taraflar arasında özellikle tahkim diline ilişkin bir husus yoksa. Hakem kararı ve uyuşmazlıkları çözüm kurulu kararı arasında nasıl bir irtibat var? Bunlar birbirinden farklı müesseseler, dolayısıyla tarafların Uyuşmazlık Çözüm Kurulunda söyledikleriyle sınırlı olması şartı yoktur. Bir talep hakkında, bir kleyim hakkında DAB' de farklı şeyler söyleyebilir, ama tahkim başladığı zaman bunu daha geliştirebilir, yeni belgeler kuşkusuz verilebilir.

Son olarak, bir-iki dakika içerisinde bizim Yargıtayımızın milletlerarası inşaat projeleriyle ilgili verdiği birkaç ka-

ZİYA
AKINCI'NIN
KONUŞMASI

rarına değinmek istiyorum. Evvela milletlerarası inşaat projesi veya milletlerarası tahkim dediğimizde ne anlıyoruz? 15. Dairesi'nin 96 yılında vermiş olduğu bir kararda tarafların tahkimde Milletlerarası Ticaret Odası kuralları uygulanmasına kararlaştırmalarının tahkimi başlı başına yabancı bir tahkim haline getirmediğini ifade etmiştir. Dolayısıyla Türkiye'de verilen bir hakem kararı Milletlerarası Ticaret Odası tahkim kuralları uygulansa da yabancı hakem kararı gibi tenfiz edilmeyecektir, Türk hakem kararı olarak icra edilebilecektir. Zaman zaman özellikle inşaat sözleşmelerinde hem mahkemeleri, hem de hakemleri yetkili kılan tahkim şartları bulunmaktadır. Yargıtay 15. Dairesi'nin, inşaat işleyle uzman 15. Daire'nin vermiş olduğu bir karar da nispeten yeni bir karar 2007 tarihli, böyle bir tahkim şartının tarafların tahkim iradesi tereddütsüz olmadığı için geçersiz olduğunu söylemiştir. Taraflar hem hakem hem de mahkemeyi yetkilendirirse bu geçersizdir demiştir, ama daha güzel olarak demiştir ki Yargıtay, bunun için hakemlerde itiraz edilmesi gerekir. Ayrıca bir dava açılmasına gerek yoktur. Dolayısıyla bizim "kompetens kompetens" dediğimiz teoriyi 2007 tarihli kararında Türk Yargıtayı vurgulamıştır.

15. Hukuk Dairesi'nin bir başka kararında, birden çok talebin kleymlerin olduğu bir davada Yargıtayımız hakemlerin talep dışı karar vermelerini yetkilerini aşması olarak belirtmiştir ve böyle bir hakem kararının iptal edilebileceğini söylemiştir. Eğer bu talepler birbirinden ayrılabilirse kısmi iptal mümkündür, ancak hakem neticede hüküm kısmında toplam bir tazminata hükmetmişse o zaman ciddi sıkıntı vardır. Çünkü hukuk hakem kararı ayırlamayacağı için kararın tümü iptal edilebilecektir.

15. Daire'nin 1997 tarihli enteresan bir kararında sözleşmeye, daha doğrusu yürürlükteki Türk kanunlarının esas alınacağına ilişkin bir hükmü Yargıtayımız Türk usul hukukunu da kapsadığına karar vermiştir. Bu karar doktrinde oldukça eleştirilmiştir, ama bizim yeni diyeceğim, bundan sonra yapılan Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda buna ilişkin bir hüküm vardır. Bu sebeple taraflar özellikle belirtmedikçe hukuk

seçimi esasa uygulanacak hukuk anlamına gelecektir, usule uygun hukuku kapsamayacaktır.

Bizim eski bir kararımızda, 1976 tarihli Keban Barajı'nın inşasıyla ilgili uyuşmazlıkta hakemlerin ICC tahkiminde, Milletlerarası Ticaret Odası tahkiminde hakemlerin karar verdikten sonra bu kararın Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı tarafından gözden geçirilmesinin hakem bağımsızlığına aykırı, dolayısıyla Türk kamu düzenine aykırı olduğuna karar verilmiştir ve bu kararın tenfizi reddedilmiştir. Ancak bu karar hem Türkiye'de, hem yurtdışında oldukça yankı yaratmıştır. Daha sonraki kararlarında, özellikle 1990 ve sonrası kararlarında Yargıtay açık bir şekilde Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Tüzüğü'nün 21. maddesinde yer alan Tahkim Divanı'nın yetkisinin Türk kamu düzenine aykırı olmadığını mükerrer kararlarıyla ifade etmiştir. Dikkatiniz için çok teşekkür ediyorum.

ZİYA
AKINCI'NIN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ: Teşekkür ederim her iki konuşmacıma da ve hakikaten Türkiye Barolar Birliğinde diğer bu toplantıyı birlikte tertip eden müesseselere böyle istisnai konular üzerinde bu kadar kıymetli konuşmacılar temin ederek bu kadar ehliyetli kompetan konuşmacılar temin ederek bizleri tenvir ettiği için ayrıca teşekkür etmek istiyorum. Hakikaten bu malumat, burada verilen malumat esasında ulaşılması, bütün olarak ulaşılması oldukça zor malumattır. Yalnız ilgililer tarafından bilinir.

TARTIŞMA

Şimdi her iki konuşmacıya da sualler sormak üzere dinle-yicilere söz vereceğim. Buyurun Cemile Hanım.

Cemile GÖKYAYLA: Sayın Tackaberry'ye bir soru yöneltmek istemiştim. Milletlerarası inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar belki de yargılamanın en zor yürütüldüğü uyuşmazlıklar. Çünkü birkaç temel problem var. Bir, son derece teknik ve çok ciddi mühendislik bilgisi gerektirebiliyor

TARTIŞMA

ya da en azında mühendislikle anlatılan bir şeyi anlayabilme kabiliyeti gerektiriyor. Buradan da iki şey ortaya çıkıyor; ya hakem heyetiniz mühendis bir ekip olacak ya da taraflar export, witness kullanmak zorunda. Aksi takdirde milletlerarası inşaatta iddialarınızı kanıtlamanız hiç kolay değil. Dolayısıyla diğer taraftan taraflar kendi "eksport witness"larını, party expert witness oluyor ve tarafların ücretlerini ödediği ve bazen expert witness nasıl bağımsız olur, ama parasını ben ödüyorum gibi özellikle tahkimin yeni geliştiği ülkelerde sorun yaşadığımız expert witness kavramını anlamakta zorlandığımız oluyor. Ben sizin expert witness'a, taraf bilirkişisine, taraf "expert witness"ına bakışınızı merak ediyorum. Diğer tarafın "expert witness"nın hiç cross yapmaması durumunda esporlardan hiç cross yapılmayanlar hakkında ne düşünürsünüz? Hakem olsaydınız onların çürütülemediğini mi, yoksa taraf o konuda cross exam yapmak istemiyor, ama yazılı sunacak diye mi düşünürsünüz? Tarafın cross exam yapmamasını nasıl yorumlardınız?

Bir de son olarak, milletlerarası inşaat sözleşmelerinde doğan uyuşmazlıklarda "bifurcation" konusunda ne düşünüyorsunuz? Bifurcation sizce tahkimi milletlerarası inşaatta daha maliyeti düşüren, ama zamanı artıran bir şey midir? Özellikle milletlerarası inşaat uyuşmazlıklarında tercih edilebilir mi? Quantum responsibility aşamasında. Çok teşekkür ederim.

John TACKABERRY: İlk olarak, tarafların çağırdığı uzman tanıklarla herhangi bir sorunun olmadığını söylemeliyim. Bunun nedeni çok basittir. Yetkin ve becerikli kişiler olan ve harika işler çıkaran mühendislere ve mimarlara büyük saygım vardır. Ancak, bu tanıklar çok teknik bir konu hakkındaki ifadelerini tam olarak açıklayabilmelidir ve çoğu bu beceriye sahiptir. Deneyimlerime göre, söyleyeceklerini talimat olarak almış tanıklar ile kendi bağımsız görüşlerini ifade eden tanıkları birbirinden ayırmak mümkündür. Panelde bir mühendis bulunmamasına rağmen, kurulun durumu uzmanların birin-

den ya da ikisinden daha iyi anladığı davalarda bulundum, çünkü mühendislik ve mimarlık kavramları doğru bir şekilde açıklandığında herkesçe anlaşılabilir. Ayrıca, tarafın davasını savunan kişinin, konu hakkında yetkin olmasa da, sorunları ve teknik gereklilikleri anlayabilmesi çok büyük bir kolaylaştırıcı etkidir, çünkü bu açıklama ile yetkin bir mühendisin açıklamasını bir arada görmek, size çok iyi bir temel sağlayacaktır. Kuşkusuz, böyle bir dileğiniz varsa, kurul üyelerinden birinin bir mühendis ya da mimar olmasını sağlayabilirsiniz. Bu biraz sorunlu bir tercihtir, çünkü kurulunuzun bağımsızlığından emin olmak istersiniz. Yine de böyle bir üyenin yararı dokunacaktır. Dolayısıyla, uzman tanıklarla herhangi bir sorunum yok. Ancak, kurulun atadığı bir uzman olarak görev yapmanın her zaman zor olduğunu düşünmüşümdür, çünkü odada iki taraf var ve ikisi de sizi sorgulamak istiyor; size çok dostça davranmayabilirler. Yine de, yetkin ve deneyimli bir mühendis bununla da başa çıkabilir; buna karşın, her iki tarafın da kurul mühendisini sorgulamasına izin vermekteki amaç, bu kişinin kanıtlarla desteklenmeyen belirli bir kuramı benimsememiş olduğundan emin olmaktır. Bence, kurul mühendisi, her bir taraf tarafından çağrılan mühendislerin kurul karşısına çıkmasından daha az tatminkardır.

Bir tarafın diğer tarafın mühendisinin kanıtlarını sorgulamamasına gelince, bu açıdan iki hususu belirtmek isterim. Günümüzde, bir kurulun duruşma başlamadan önce itiraz ve kabul edilen kanıtları belirlemeden bir tahkim yürütmesi sıra dışıdır. Bir ön duruşma ile hangi tanıklara itiraz edeceğinizi, hangilerini kabul edeceğinizi belirtirsiniz. Dolayısıyla, bir kişinin duruşmaya gelip sorgulanmaması şaşırtıcı olacaktır. Ancak, böyle bir durum varsa ve sorun zamanın kısalığı değilse –ki modern tahkimlerde bu da söz konusu olabilir– en azından konunun ne olduğunu sorarsınız. Bu kanıtı kabul ediyor musunuz? Buna itiraz ediyor musunuz? Yoksa kanıtı değerlendirmesi için kurula mı bırakmayı seçersiniz? Burada da, bu üç yanıt arasından doğru olanı alabilmek için ısrarcı olmanız gerekir. En azından, onlara bunu neden yaptıklarını

TARTIŞMA

sorabilirsiniz. Söylemezlerse, bunu da öylece kabul edersiniz. Bu kadar basittir.

Ayrırmaya gelirsek; örneğin, sorumluluğu ve kuantumu birbirinden ayırmak çekici bir fikirdir. Bunu yapar ve iki gün içerisinde yükümlülüğü tahkime, kuantumu ise uzlaştırmaya tabi tutarsanız, bu harika bir fikir olur. Bunun tersini yaparsanız, bu korkunç bir fikir olur, çünkü açıklayamadığım bir sebepten dolayı, taraflar her zaman kaybettikleri savaşı daha ortasında yeniden çıkarmaya çalışır. Bu yüzden, biraz şüpheli yaklaşıyorum. Hazırlıklara ilişkin hususlar da böyledir. Bu noktada, dikkatli olmanız gerekir. Bu, süreci yavaşlatacak ve maliyeti arttıracaktır. Maliyet hep beklediğinizden fazladır ama aldıklarınız her zaman istediğiniz kadar olmayabilir. Bu yüzden, tek ve sürekli bir sürenin ayrılması daha avantajlı olabilir. Bu noktada en fazla iki hafta uygun bir süredir – taraflar üç hafta isterlerse, buna izin vermemelisiniz. *“Yalnızca iki haftanız var. Yarı yarıya bölünecek. Konumunuzu açıklayın”*. Bu çok daha basittir, serttir ve hızlıdır.

Seçkin ARIKAN: Uzun konuşacak gibi miyim hocam? Merhaba. Ziya beyden rica ediyorum, milletlerarası tahkime gittiğimizde FIDIC sözleşmelerinde tarafların ihtiyati tedbir türü talepleri olabiliyor. Bu taleplerin Türkiye’de uygulamasıyla ilgili son durumu eğer varsa hazırlığınız birkaç kelime söyleyebilir misiniz?

Prof. Dr. Ziya AKINCI: Teşekkür ederim. Evvela bizim kanunumuza göre hakemlerin ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz kararı vermeleri mümkün biliyorsunuz, ama bu son derece kısıtlanmıştır. Kaldı ki, asıl ihtiyati tedbir kararları inşaat işlerinde hakem heyeti bile kurulmadan ihtiyaç oluyor. Çünkü malum, teminat mektuplarının paraya çevrilmesinden korkuyor yüklenici, eğer iş geciktirse yüklenici gecikme benden kaynaklanmadı veya geçici kabul yapılmadıysa, vesaire belki ihtiyati tedbire en sık konu olan şey teminat mektuplarının

paraya çevrilmemesi. Bunun için zaten bizim kanunumuzda bu açıkça da yazılıdır, bunun için mahkemelere müracaat etmek hakem heyeti kurulmadan dahi fevkalade mümkün. Dolayısıyla uyuşmazlığın tahkimde çözülüyor olması mahkemelerden ihtiyati tedbir kararı alınmasına engel değildir, ama yurtdışından verilmiş olan bir ihtiyati tedbir kararının Türkiye’de tenfizi mümkün değildir biliyorsunuz, çünkü Türkiye’de ancak kesinleşmiş mahkeme ve hakem kararlarının tenfizi mümkündür. Dolayısıyla Türkiye’de icra edemeyeceğiniz bir ihtiyati tedbir kararı Türk mahkemesinin vermiş olacağı bir ihtiyati tedbir kararıdır. Teşekkür ederim.

Fadıl CERRAHOĞLU: 28 gün içinde müteahhit bildirecek süre uzatımı, vesaire. Bildirmedi, mühendis sahada, iş sahibi sahada, biliyor ki, mesela kış şartları gelmiş, şu gelmiş, bu gelmiş bu iş yapılamaz. 28 gün içinde bildirmedi diye FIDIC mevzuatı içinde müteahhit bütün haklarını kaybeder mi? 15. Hukuk Dairesi kararından kat’an nazar arz ediyor. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ziya AKINCI: Efendim, yeni FIDIC’ten önceki 4. versiyonu konuşalım. 4. versiyonda buna ilişkin bir husus yoktu, açıklık yoktu ve tartışılıyordu. Yeni versiyonda özellikle bu tartışmalar dikkate alınarak 28 günlük süre bizim Türk hukukundaki vasıflandırılmasıyla hak düşürücü süre olarak ifade edildi, ama buna rağmen tereddüdünüz doğrudur. Acaba zamanaşımı süresi varken 28 gün içerisinde bildirim yapılmadı diye bu hak ortadan kalkacak mı? Biraz önce dediğim bazı hukuk sistemlerinde böyle bir hüküm taraflar kararlaştırsalar dahi bu ilgili devletlerin emredici kurallarına aykırı olduğu için kabul edilmiyor. Buna ilişkin olarak IBA’in International Bar Association’un inşaat grubunun, construction grubunun *“hangi hukuk sistemlerinde FIDIC 20.1’i geçersiz kılıyor”* diye çok yeni bir araştırması oldu. Dolayısıyla bu pek çok hukuk sisteminde sizin dediğiniz gibi tartışıldı, ama yeni FIDIC yapılırken bu tartışmalar dikkate alınarak açıkça belir-

TARTIŞMA

tildi ki, 28 gün içerisinde bildirim yapılmazsa ek süre ve ek ücretle ilgili olarak talep ileri süremez.

Özgün TÜRKÖZER: Avukatlık stajımı yapıyorum. Benim sorum da hakem kararlarının tenfizine ilişkin olacak, Ziya beye yöneltmek istiyorum: Bildiğiniz gibi yabancıların Türkiye’de mahkeme kararlarını tenfiz ettirirken bir teminat vermesi yükümlülüğü var. Aynı madde 32 uyarınca galiba, -tam olarak maddeyi hatırlayamıyorum- aynı madde hakem kararlarının tenfizi için de geçerli mi? Bu konuyla ilgili bir bilginiz var mı? Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Ziya AKINCI: Efendim, biliyorsunuz söz konusu teminat yabancıların, daha doğrusu ikametgahı olmayanların Türkiye’de dava açmalarıyla alakalı Usul Kanunu’nun, dolayısıyla sadece tenfiz için değil, dava ve icra takibiyle alakalı. Evvela, pratikte bu çok fazla sorun değil, çünkü pek çok ülkeyle ya ikili anlaşmamız var, ya çok taraflı anlaşma dolayısıyla zaten bu teminat söz konusu olmuyor. Kaldı ki, New York Sözleşmesi’nde biliyorsunuz özel bir hüküm vardır, der ki; yabancı mahkeme kararlarının tenfizi akit devletlerde kendi mevzuatında aranan şartlardan daha ağır olmayacaktır. Dolayısıyla bütün bunlardan istifade ederek teminattan muaf tutulmanız mümkün olabilecektir.

Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ: Bu mühendisin hukuki durumu şimdiki gibi tavzih edilmemişti. Malumu aliniz Yaşar Karayalçın uzun bir makale yazdı bu hususta, mühendisin hukuki durumu hakkında. Şimdi tavzih edildi, yani müteahhidin adamı, müteahhit namına işe müdahale eden. İş sahibinin bir adamının verdiği bir karar nasıl oluyor da karşı taraf için mahkeme tarafından ittihaz edilen bir karar gibi kesin karar oluyor? Bu adam hakim değil, mühendis, hangi hukuka istinaden bunu verecek?

Salondan: Hocam, ne kadar tarafsız olursa esasında iş sahibine o kadar iyi, ama ben kendim tecrübe ettim, bir şeyde kendi kontrol dairesine atamıştı mühendis olarak, ama daha enteresan da bir uluslararası FIDIC Konferansında FIDIC başkanı anlatmıştı; bir projede iş sahibi mühendis olarak karısını atamış. Dolayısıyla tarafsızlık zaman zaman son derece.

Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ: O halde her iki konuşmacıya da çok teşekkürler ederim. Bu inşaat hukukunun tahkimle alakalı en münakaşalı, tartışmalı hususları üzerinde verdikleri tatminkar ve tenvir edici açıklamalar için. Dinleyicilerin de sabrına teşekkürler ediyoruz, sağ olun.

Türkiye Barolar Birliği
ULUSLARARASI
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE USUL,
UYGULAMALAR VE GÜNCEL SORUNLAR
SEMPOZYUMU

Birinci Gün
9 Ocak 2009

DÖRDÜNCÜ OTURUM
“Enerji Hukukunda Uyuşmazlıklar”

Oturum Başkanı
Av. Musa Toprak

Musa TOPRAK: Değerli konuklarımız, “Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Konferansı”nın birinci gününün son oturumuna; dördüncü oturuma başlıyoruz. Başlığımız “Enerji Hukukunda Uyuşmazlıklar”, konuklarımız Prof. Munir Manurizzaman ve Prof. Dr. Ali Ulusoy. Sözü öncelikle yabancı konuğumuza vereceğimiz için onun hakkında kısaca bilgi vermek istiyorum. Prof. Munir Manurizzaman İngiltere Portsmouth Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmalar Bölümü Başkanlığı dışında Londra Üniversitesi, Quin Mary, Kanada Western Ontario Oxford ve Cambridge üniversiteleri dahil değişik ülkelerde kurulu çeşitli üniversitelerde profesörlük görevinde bulunmuştur. Londra, Teksas, Paris, Strazburg Tahkim Kurumları üyesidir. Bangladeş Başkanı’nun dışişleri danışmanlığı görevinde bulunmuştur. *OGAL, Oil Gas and Energy Law Intelligence* ve *TDM, Transnational Disprit Management* ve benzeri hukuki yayınların editörlüğü görevlerini de üstlenmiş durumdadır. Kendisi bugün petrol ve gaz endüstrisinde uyuşmazlıklar ve doğal kaynaklar, gerçi çevirimizde tam şeyini bilmiyorum, o yüzden “*Issue of Research Nationalizm*” başlığıyla bir sunuş yapacak. Buyurun, söz sizin.

Prof. Munir MANURIZZAMAN (İngiltere Portsmouth Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmalar Bölümü Başkanlığı): Günü son konuşmacılarını alıyoruz. Derler ki, bu dünyada daha fazla kalmak, bir sonrakine erken gitmekten her zaman daha iyidir. Benim ele alacağım konu oldukça özel bir

MUNİR
MANURIZZAMAN’IN
KONUŞMASI

MUNİR
MANURIZZAMAN'IN
KONUŞMASI

konu "Petrol ve Gaz Anlaşmazlıkları ve Doğal Kaynak Milliyetçiliği". Gördüğünüz gibi, petrol ve gaz yatırımlarının kendine özgü bazı nitelikleri vardır, çünkü bunlar otuz yıl sürebilen uzun vadeli yatırımlardır. Daha önce çok daha uzun olan bu süre, 1970'li yıllarda devletlerin doğal kaynaklar üzerinde güç ve egemenlik uygulamaları ile kısalmıştır. Ancak, bu endüstri bu uzun süre içerisinde birçok riskle karşılaşmaktadır. Yatırım sözleşmelerinde jeolojik riskler söz konusudur -keşifteki başarı oranı beklenenden düşük olabilir. Ayrıca, sözleşmenin başlangıcındaki anlayış, kurallar ve esaslar zaman içerisinde devlet tarafından değiştirilebilir ve bu değişiklikler bazı sonuçlarla karşı karşıya kalmanıza neden olabilir. Teknik riskler de söz konusudur. Bu tür bir yatırımda, sondaj sözleşmeleriniz, boru döşeme sözleşmeleriniz ve birçok farklı alt-yapı sözleşmeniz olacaktır. Dolayısıyla, bir şeyler yanlış gittiğinde, birçok farklı sorunla ve anlaşmazlıkla karşılaşacaksınız. Günümüzde, iklim değişikliğine bağlı olarak ortaya çıkan çevresel riskler de vardır. Dolayısıyla, yabancı yatırım ve boru döşeme projelerinin çevresel düzenlemeleriyle ilgili olarak birçok sorunla karşılaşacaksınız. Ayrıca, güvenlik riskleri de olabilir, çünkü boruların savaş halinde olabilecek birden çok ülkeden geçtiğini biliyorsunuz. Yakın zamanda, bildiğiniz gibi Rus borusu bir geçiş ülkesinden geçiyordu. Bu aşamada, Rus gazının Avrupa Birliği'ne iletilmesinde bazı sorunlar doğdu. Bu bağlamlarda, birçok anlaşmazlık söz konusu olabilir. Ticari riskler de vardır. Bazı durumlarda, petrol fiyatı fiçı başına 12 Dolar'dan başlayarak, zaman içinde fiçı başına 140 Dolar'a kadar çıkabilmektedir. Bu tür durumlarda, hükümetler kardan daha fazla pay almaya çalışabilir ve dolayısıyla, şirket hükümetle zorlu bir anlaşmazlığa düşebilir. Birçok ülkede, hükümetlerin yabancı yatırım üzerinde egemen güç kullanmaya başladığını ve yabancı yatırımlardan daha fazla pay almaya çalıştığını görüyorsunuz. Dolayısıyla, son yıllarda birçok ülkede anlaşmazlıklar çıkmıştır ve bunlar hala devam etmektedir.

Hukuki ve düzenlemelere ilişkin riskler de olacaktır. Hükümet, ev sahibi ülkedeki yatırımları ve çalışmalarını kontrol

ediyor olabilir. Birçok ülkede petrol ve gaz projeleri özelleştirilmiş olsa da, hükümet iç fiyatlandırma veya çevresel hususlar gibi birçok unsuru hala kontrol etmektedir. Bir hükümet birçok düzenleme yapabilir ve tedbir alabilir. Bu yüzden, her an bir anlaşmazlık ortaya çıkabilir. Petrol ve gaz endüstrisi uzun vadeli projelerden oluştuğu için, her zaman bu tür riskleri barındıracaktır. Son zamanlarda, dünyanın dört bir yanında doğal kaynak milliyetçiliği adı verilen olguyu gözlemliyoruz, çünkü enerji ve petrol fiyatlarının artmasıyla, birçok ülke doğal kaynaklar üzerinde ciddi düzeyde kontrol uygulamaya başlamış ve eylemlerindeki bu tür milliyetçi yaklaşımlar, egemen gücün birçok açıdan yabancı yatırımcının uygulanması olarak ortaya çıkmıştır.

Bu terim tam olarak ne anlama gelmektedir? Doğal kaynak milliyetçiliği nedir? Kuşkusuz, yazında, gazetelerde, birçok kaynaktan ve medyada hükümetlerin kendi katılımlarından en üst düzeyde yararlanmak ve yatırım koşullarını değiştirerek karı en üst düzeye çıkarmak istediğine dair çeşitli açıklamalar yer almaktadır. Yatırım yapıldığında, şartlar ve koşullar döngünün en alt kısmındadır. Fiyatlar o kadar yüksek değilken, yabancı yatırımcı ne pahasına olursa olsun ülkeye çekilmekte ve sözleşmelerinde karlı koşullar sağlamaktadır. Fiyatlar yükselmeye başladığında ise, pastanın en büyük parçasını alma sırası hükümete geçecektir, çünkü müzakere gücü hükümetin elindedir. Bu noktada, petrol ve gazın taşıdığı önemden dolayı, birçok yabancı yatırımcı, petrol ve gaz şirketi onların ardında sıra olacaktır. Böylece, hükümet egemen haklarını uygulamaya ve kardan daha fazla pay almaya başlayabilir. Bu sağlandıktan sonra, hükümetin müzakere gücü öncelinden daha yüksektir.

Bazı durumlarda, doğal kaynak milliyetçiliği ABD'nin dünyadaki konumuna karşı bir antipati olarak algılanmaktadır. ABD'nin çok uluslu şirketleri, dünyada baskın konumdadır; dolayısıyla, ev sahibi devletler, yani gelişmekte olan ülkeler için, güçlerini çok uluslu şirketler üzerinde uygulamak için çok uygun bir zamandır ve dolayısıyla, bu ülkeler bu siyasi durumdan faydalanmaya çalışmaktadır. Bu, doğal

kaynak bakımından zengin olan birçok ülkenin genofobik eğiliminin bir başka şeklidir.

Son birkaç yılda doğal kaynak milliyetçiliğinin gelişimine baktığımızda, NEO'nun eski gücüne kavuştuğunu görüyoruz. NEO 1970'lerde yabancı yatırımcıların ev sahibi ülkenin hukukunun uygulanması, anlaşmazlıkların yerel mahkemelerce çözülmesi ve hükümetin doğal kaynaklar üzerindeki egemenliğini vurgulaması le kontrol altına alınması kavramı olarak ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla, son birkaç yıl içerisinde, yüksek enerji fiyatlarıyla birlikte, doğal kaynaklar üzerindeki güç doğal kaynak milliyetçiliği temelinde vurgulanmıştır. Bu doğal kaynak milliyetçiliği, ev sahibi ülkenin finansal güç kazanmasıyla daha da alevlenmektedir, çünkü enerji fiyatları yüksektir ve dolayısıyla, doğal kaynak açısından zengin ülkelerin kapısında yığılan yabancı yatırımcı sayısı daha fazla olacaktır.

Son birkaç yıldaki senaryoya baktığımızda, dünyanın toplam petrol ve gaz rezervlerinin %77'sinin devlet elinde olduğunu ve dünyanın petrol kaynaklarının yalnızca %10'unun uluslararası petrol şirketlerinin erişimine sunulduğunu görüyoruz. Dünyanın doğal kaynak bakımından zengin ülkelerinden biri olan Rusya'da, 2000'den önce petrol üretiminin %90'ı özel ellerdeydi. Günümüzde ise, petrol ve gaz üretiminin %80'i devlet kontrolündeki şirketler tarafından yürütülmekte ve Rusya'nın döviz gelirlerinin %60'ı petrol ve gazdan gelmektedir. Yakın zamanda, ülkedeki en büyük petrol şirketi olan Gas Prom, Rusya'daki iki önemli petrol rezervinde ciddi menfaat elde etmiştir. Yine Latin Amerika'da aynı senaryoyu görüyorsunuz. Venezüella, Bolivya, Ekvator aynı anda doğal kaynakları ve yabancı yatırımcılar üzerinde egemen kuvvetlerini uygulamış ve bu amaçla birçok kaynak çıkarmıştır. Orta Asya, Güney Amerika, Doğu ve Batı Afrika gibi birçok başka ülkede, benzer duruşlar benimsenmiştir. Gördüğümüz gibi, doğal kaynak milliyetçiliğinin dokusu, enerji fiyatlarının yükselmesiyle birçok ülkede kendisini göstermiştir. Ancak, şimdi fiyat düşmeye başladığından, bu andan itibaren farklı bir senaryo gözlemlenecektir.

Uluslararası petrol şirketleri ve ev sahibi devletlerarasında anlaşmazlıklara yol açan bütün bu hususlara baktığımızda, bu hususa eğilmek ve doğal kaynak milliyetçiliği ile başa çıkmak için bir çeşit mekanizmanın oluşturulması gerektiğini görüyorsunuz. Kuşkusuz, hukukun üstünlüğü hususu endüstrideki düzeni ev sahibi devlet ile uluslararası petrol şirketleri arasındaki ilişki bağlamında korumayı amaçlamaktadır. Bu tür bir himaye, farklı kaynaklardan elde edilebilir. Bunlardan ilki ulusal mevzuattır; farklı ülkelerde, yabancı yatırımcılara himaye sağlayan yabancı yatırım mahkemeleri veya bir yabancı yatırım kanunu olabilir. Gördüğünüz gibi, ulusal mevzuat yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki bir anlaşmazlıkta o kadar etkili değildir, çünkü ev sahibi devlet kendi ülkesinin kanunlarını kendi çıkarı yönünde istediği an değiştirebilir. Ancak, ulusal mevzuatın yabancı yatırımcılar açısından ne kadar koruyucu olabileceği, yanlı bir soru olabilir. Bununla birlikte, yabancı yatırımcıların korunması için birçok mekanizma vardır. Ulusal yasal kuruluş anlaşmalarının yapılabileceğini gördük. Birçok ülkede, yabancı yatırımcılara ülke kanunları ilgili birçok konuda değişse bile, -10 yıl, 20 yıl- sözleşmenin süresi boyunca sözleşmenin değiştirilmeyeceği ve koşullarının aynı kalacağı konusunda bir teminat verilmektedir. Ancak, yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki sözleşme her zaman aynı kalacaktır. Bu ne kadar etkili olabilir? Bu konuya tekrar döneceğim.

Yatırım sözleşmesi istikrar ve tahkim şartları da içerebilir. Bir sözleşme şartı olan istikrar şartı ne kadar etkilidir? İstikrar şartlarının türleri nelerdir? Bunlara birazdan geleceğiz. Yatırım sözleşmelerinde, tahkim şartının olmaması, yabancı yatırımcıyı ciddi risklerle karşı karşıya bırakabilir. Benden önce sunulan konuşmalarda, bu konuyla ilgili birçok bilgi verildi. Onlara burada girmeyeceğim. Buradaki önemli nokta, tahkim şartı olmadan, uluslararası bir petrol ve gaz şirketi ve yabancı yatırımcı olarak siz, ciddi bir sorunla karşılaşabilirsiniz, çünkü anlaşmazlığı ele alan ev sahibi devletin yerel mahkemesi hükümetin politikasından, bazı genofobik ideallerden etkilenbilir ve kendi yerel şirketlerini ya da devlet girişimlerinin le-

hine davranabilir. Dolayısıyla, tahkim şartı olmazsa olmaz bir şarttır. Bu şart oldukça, sözleşmenin hükmeden hukukunun ev sahibi ülkenin hukuku olması da sorun yaratmayacaktır, çünkü tahkimi uygulayan uluslararası kurumlar uluslararası hukuk esaslarını birçok noktada uygulama alanı bulacaktır. Bazı durumlarda ise, devletin kendi kanunları uluslararası kanunları kapsıyor olabilir.

Ayrıca, devletlerarasında da iki taraflı yatırım koruma anlaşmaları, yatırımın teşviki ve korunması gibi yatırım anlaşmaları yapılabilir. Bir sayıma göre, bu anlaşmaların sayısı 2500 ila 3000'dir. Bu anlaşmalar, yabancı yatırımcının menfaatini korumak için çeşitli koruma mekanizmaları temin etmektedir. Bunların yanında, NAFTA ve Enerji Tüzüğü Anlaşması gibi çok taraflı yatırım anlaşmaları da vardır. Yatırım anlaşması rejimleri söz konusu ise, doğrudan ve dolaylı kamulaştırma hükümleri gibi koruyucu şartlar görebilirsiniz. Ev sahibi devlet bir yabancı yatırımcının mülkünü kamulaştırırsa, diğer ayrıntılı hükümlerin yanında, yatırımcıya tazminat verilmesini sağlayacak bir hüküm olacaktır. Bunun yanında, adil ve tarafsız muamele, yerel ve en ayrıcalıklı ulus hükümleri, şemsiye şartı veya kazancın geri gönderilmesi gibi hükümler ve teminatlar da olabilir. Ancak temelde, yabancı yatırımcı için koruma üç düzeyde gerçekleşir. Bunlardan ilki ulusal mevzuat düzeyidir ki, bunun etkinliği tartışmalıdır. Yatırım sözleşmesi düzeyi ikinci düzeydir ve ev sahibi devlet ve yabancı yatırımcının kendi devleti arasındaki anlaşmalar da farklı bir düzey vardır.

Anlaşmazlık çözümü mekanizmalarına gelirse, bu sabah uluslararası tahkimin de birçok yönünü keşfettik. Öncelikle, sözleşme temelli tahkim uygulanabilir. Yatırım sözleşmesinde, taraflar herhangi bir anlaşmazlık halinde ad hoc veya kurumsal tahkimin uygulanabileceğini belirtebilirler. Ayrıca, yatırımcı-devlet tahkimi gerçekleştirilebilir. Bazı durumlarda, iki taraflı veya çok taraflı yatırım koruma anlaşmalarında, tahkimin başlatılması için böyle bir ilave şarta gerek duyulmadığı görülmektedir. Geleneksel ve modern arasında bir farklılık söz konusudur. Geleneksel yaklaşım, tahkim

için partiler arasında bir anlaşmanın varlığının gerektiğini ve tarafların anlaşmasının tahkimin temelini oluşturduğunu belirtmektedir. Ancak, anlaşmalarda, karşı tarafın onayının alınmasına gerek bırakmayan bir koşul olabilir, çünkü bu şart genellikle şemsiye anlaşması olarak bilinen anlaşma ile hali-hazırda sağlanmıştır.

Yatırımcı-devlet anlaşmazlıkları bağlamında uzlaştırma bazı durumlarda çok sorunlu olabilir, çünkü yatırım anlaşmazlığı siyasi bir nitelik kazanabilir. O günün hükümeti, ülkenin tek doğal kaynaklarının keşfi ve kullanımına ilişkin faaliyetlerde bulunan bir yabancı yatırımcı ile çok büyük bir anlaşmazlığa düşebilir. Yatırım milyonlarca Sterlin değerinde olabilir. Yatırım sözleşmesinde bir uzlaştırma şartına yer verdiğiniz ve uzlaştırma sırasında, taraflar hukuk kurallarını ve esaslarını kullanmaksızın bir orta noktaya varabilirse, örneğin muhalefet partisi hükümetin yabancı yatırımcıya gösterdiği bu rızayı her zaman abartarak sunabilir. Bu ise, günün hükümeti açısından çok risklidir. Hatalar yapılır ama bu hatalar hükümet için çok pahalıya patlayabilir.

Hatalar insanlar için, yargılamak ise siyaset içindir. Uzlaştırmada, bir şey yanlış giderse, bunun bedeli hükümet için çok ağır olabilir. Dolayısıyla, uzlaştırma yatırımcı-devlet anlaşmazlıklarında genel olarak tercih edilen bir yol değildir. Bazı durumlarda, bütün bu mekanizmaların doğal kaynak milliyetçiliği bağlamında kullanıldığını görebilirsiniz; ancak hukukun işleyişi farklı belgelerdeki bu koruyucu mekanizmaların tümüne etki sağlayabilecek şekilde gelişmeyebilir, çünkü devletin yüksek enerji fiyatı döngüsünde yabancı yatırımcıya veya petrol şirketlerine karşı müzakere gücü o kadar büyüktür ki, devlet egemen gücünü dilediği an vurgulayabilir. Dolayısıyla, yabancı yatırımcı tahkim veya başka bir yola başvurmak için hükümete karşı gelmek istemeyebilir ki, bunun örnekleri yakın zamanda Bolivya, Ekvator ve diğer ülkelerde görülmüştür. Bunun nedeni, yabancı yatırımcının bu doğal kaynaklara erişim sahibi olmanın daha iyi olduğunu düşünmesidir, çünkü fiyatlar yüksek de olsa, yatırımcı kar

etmektedir. Bu kaynağı kaybetmektense, bir orta yol bulmak daha iyidir, çünkü bir daha geri dönme şansı verilmeyebilir.

Doğal kaynak milliyetçiliği bağlamında anlaşmazlıklardan kaçınmak ve riskleri yönetmek için birçok mekanizma kullanılabilir. Öncelikle, devletin öz kaynağa katılımı; bazı durumlarda, hükümetin öz kaynağa katılmasına izin verirseniz, hükümet bu projenin başarısızlığını her zaman kendi başarısızlığı olarak görecektir ve dolayısıyla, bu projenin başarısı, hükümetin başarısı olacaktır. Böylece, proje hükümetin gözünde siyasi bir sürece de dönüşecektir. Hükümet, bu noktada yabancı yatırımcıyı tehlikeye atmak istemez. Dolayısıyla, doğal kaynak milliyetçiliğinin etkilerinden bu şekilde kaçınmak mümkündür. Bir yatırımın yapıldığı yerdeki nüfus için sosyal ve ekonomik faydalar öngören hükümler varsa, bu hükümler şirketin sosyal sorumluluğu bağlamında yapılacak ve dolayısıyla, yabancı yatırımcıya karşı çok fazla bir tepki olmamasından dolayı, hükümet bu tarz bir doğal kaynak milliyetçiliğini uygulayamayacaktır.

Dünya Bankası ve diğer mali kuruluşların projenin mukrizi olarak sürece dahil edilmesi gibi başka mekanizmalar da kullanılabilir. Böylece, ev sahibi devlet mali kuruluşun zaman içinde alabileceği intikamdan dolayı, yabancı yatırımcıya karşı herhangi bir eylemde bulunmayabilir. Ayrıca, ABD OPIC (Deniz aşırı Özel Sigorta Sistemi) gibi siyasi risk sigortaları da kullanılabilir. Yabancı yatırımcılar, devletin sponsorluğunda bu tür siyasi risk sigortalarından yararlanabilirler. Bunlarla birlikte, Dünya Bankası'nın himayesinde MIGA (Çok Taraflı Yatırım Teminat Kurumu) gibi hükümler vardır ve bütün bu risk sigorta araçları uygulamada doğal kaynak milliyetçiliğinin önüne geçebilir.

Özetlemek gerekirse, istikrar şartlarıyla başladık. Hakem olarak, bu istikrar şartlarının doğal kaynak milliyetçiliği karşısındaki gücünü değerlendirdiğinizde, ulusal kaynaklar üzerindeki egemenliğe etki kazandırma eğilimi sergileyebilir ve devlete kendi doğal kaynaklarını yönetmesi ve yatırımın çeşitli yönleri üzerinde kontrol sahibi olması için doğrudan bir

hak verebilirsiniz. Ancak, günün sonunda en önemli olan, yabancı yatırımcının tazminat hakkının bulunmasıdır. Ev sahibi devlet bu istikrar şartına karşı ne yaparsa yapsın, yatırımcı istikrar şartının bulunmadığı koşula göre daha yüksek bir tazminata hak kazanacaktır. Dolayısıyla, tazminat açısından, hazır bir koruma sağlanmaktadır.

Diğer bir husus da, modern istikrar şartlarının devletlerin bu egemen gücü uygulamasına izin vermesi ama aynı zamanda, yabancı yatırımcının hakları ile ev sahibi devletin egemenliğini uygulaması arasında iyi bir denge kurmasıdır. Böylece, sözleşmenin bir şekilde etki altında kalması ve ilk sözleşmenin dengesini değiştirmesi halinde, devlet yabancı yatırımcıya tazminat ödemek zorundadır. Bu, istikrar şartına getirilen modern bir mekanizmadır. Teşekkürler.

Musa TOPRAK: Çok teşekkür ederiz, son derece bilgilendirici bir sunumdu. Prof. Munir Manurizzaman öncelikle doğal kaynaklara ilişkin yatırımların, enerji yatırımlarının uzun vadeli olduğuna dikkat çektikten sonra işletme ömrü içerisinde yatırımın karşılaşılabileceği tehlikeler hakkında bilgiler verdi. Jeolojik, teknik, çevresel, güvenlik riskleri, ticari ve idari riskler ve yasal risklerin söz konusu olabileceğini ve bu bakımdan ülkelerin doğal kaynakların ve ekonomik değeri arttıkça uluslararası enerji pahalılandıkça, ülkelerin ekonomik anlamda egemenlik haklarına dayanarak doğal kaynak milliyetçiliği, research nationalism olarak tanımlanabilecek bir politika izlemekte olduklarını belirtti ve bu konuda öncelikle Rusya örneğini ortaya koydu. 2000 yılı öncesinde yüzde 90'ı özel işletmelerin elinde olan enerji piyasasında bugün yüzde 80'i aşan kamulaştırma olduğunu, aynı şekilde Venezüella örneğinde de Venezüella önderliğinde Latin Amerika'da ve Orta Asya ve Batı Afrika'da da aynı örneğin tekrarlandığı hakkında bize bilgi verdi. Bu örneklerin fiyatların yükseldiği bir piyasada ortaya çıktığını ve fiyatlar düşmekte olduğuna göre düşüş eğilimi devam ettiğinde buralarda farklı senaryolar görebileceğimize dikkat çekti. Mevzuat yatırım sözleşmesi

MUNİR
MANURIZZAMAN'IN
KONUŞMASI

MUSA
TOPRAK'IN
KONUŞMASI

ve yatırım anlaşmaları ayrımı yaptıktan sonra yabancı yatırımın korunması için yapılabilecekler konusunda bilgi verdi ve uyuşmazlık çözümü bakımından tahkim ve mediasyon imkanları ve gereklilikleriyle uyuşmazlıkların ortaya çıkmasından önce kaçınım ve riskleri önleme politikası hakkında özellikle hükümetlerin ortaklığı veya Dünya Bankası ve uluslararası finans kurumlarını projeye dahil etmek gibi çeşitli önlemlerin kaçınım bakımından yararlı olabileceği konusunda dikkat çekti ve mali, idari ve yasal konularda yapılacak olan istikrar anlaşmalarıyla stabiliteyi sağlayacak olan anlaşmalarla doğal kaynak milliyetçiliğine yönelik bir dengeleme sağlanabileceğini de ortaya koydu.

Diğer konuşmacımız Prof. Dr. Ali Ulusoy, onun hakkında bilgi vermek isterim. Ali Ulusoy Bursa Işıklar Askeri Lisesi ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki eğitiminin ardından 1991 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi olmuştur. Prof. Dr. Ali Ulusoy Bordeaux IV Montesquieu Üniversitesi'ndeki bağımsız idareler konusundaki yüksek lisansının ardından doktora bölümünü yine aynı üniversitede kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi konusunda tamamlamıştır. Yüksek lisansını 1994 ve doktora bölümünü de 1998 yılında tamamlamış. Ardından University of Kaliforniya Los Angeles'ta misafir öğretim üyesi olarak görev yapmıştır. Hala Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde İdare Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyesi olan Ulusoy akademik ve idari görevlerinin yanı sıra Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu, Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulu gibi kuruluşlarda da hukuki danışmanlık yapmıştır. Aynı zamanda EPDK'nın Hukuk Dairesi'nin kurucu başkanı olduğunu belirtmek isterim. Çalışma alanları ekonomik idare hukuku, üst kurullar ve regülasyon, enerji hukuku, telekomünikasyon hukuku, kamu ihaleleri, rekabet hukuku, laiklik ve dinsel özgürlükler şeklinde sıralanabilir. Hala idare hukuku, ekonomik kamu hukuku, enerji hukuku ve telekomünikasyon hukuku alanında dersler vermektedir. Sayın Hocam, söz sizin.

Prof. Dr. Ali ULUSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi): Teşekkür ederim sayın Başkan. Sunuşumun konusu "*Türk Enerji Hukukunda Lisans Rejimi Üzerine Düşünceler*", ismi enerji hukuku olmakla birlikte ben ağırlıklı olarak elektrik hizmetleri konusunda sunuş yapacağım.

Hemen değinmek isterim ki, şu anda mevzuatta enerji konusunda elektrik alanındaki lisans hususuna ilişkin düzenlemelerin aynısı diğer alanlarda da mevcut. Elektrik, doğalgaz, petrol ve LPG piyasalarında her bir piyasanın kendi kanunu var, her kanunda da lisans konusundaki düzenlemeler aşağı-yukarı aynı. Onun için elektrik alanındaki bu konuda söyleyeceklerim üç aşağı-beş yukarı diğer alanlarda da, diğer enerji piyasasına ilişkin diğer alanlarda da geçerli.

Öncelikle şunu ifade etmek istiyorum; elektrik piyasasında olduğu gibi diğer enerjiyle ilgili diğer piyasalarda da piyasada faaliyette bulunabilmek için idareden, yani Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'ndan tek yanlı olarak verdiği bir ruhsat almak gerekiyor. Buna *lisans* deniliyor. Kanun ismine lisans diyor, ama bu aslında idari hukuk anlamında bir ruhsat. İdarenin kamu kudreti kullanarak, kamu gücü kullanarak tek yanlı olarak verdiği bir *izin* niteliğinde.

Bu başka nasıl olabilirdi? Öncelikle Danıştay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin çok yerleşik içtihatlarında da öngörüldüğü gibi enerji alanında elektrik alanı için söylersek üretim, iletim, dağıtım ve toptan satış ve perakende satış hizmetlerinin her birini yüksek mahkemeler *kamu hizmeti* olarak niteliyor. Biraz sonra değineceğim, bana göre özellikle bir geçiş döneminden sonra bunların bir kısmını artık kamu hizmeti olarak nitelemeye bana göre gerek yok, ama şu andaki pozitif hukukumuzda bu alanların her biri kamu hizmeti olarak kabul ediliyor.

Bu alanlarda bu kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için tek yanlı ruhsat usulü dışında başka hangi usuller öngörülebilirdi? İki ayrı usul daha öngörülebilirdi hukukumuzda göre: Birincisi *imtiyaz sözleşmesi* şeklindeki bir sözleşme aracılığıyla,

ALİ
ULUSOY'UN
KONUŞMASI

idari sözleşmeyle bu hizmetler yürütülebilirdi. Nitekim bunun başka alanlarda örnekleri de var. Mesela, GSM telekomünikasyon alanında bu cep telefonu işletmeciliği bu şekilde imtiyaz sözleşmesi usulüyle yürütülüyor. Bunun dışında üçüncü bir yol daha vardı ki, bu 1999 Anayasa değişikliğinden sonra hukukumuzda mümkün oldu. Bu da *özel hukuk sözleşmeleriyle* bu kamu hizmetleri yürütülebilirdi.

Demek ki, kanun koyucunun bu konuda üç seçeneği vardı. Enerji hizmetlerinin özel kişilerce yürütülebilme usulünü öngörme konusunda tek yanlı ruhsat usulü imtiyaz sözleşmesiyle, bu hizmetlerin yürütülmesi usulü ve özel hukuk sözleşmeleriyle yürütülmesi usulü. Kanun koyucu bunlardan ilkinin benimsediği mevcut kanunlarla.

Burada hemen şöyle bir noktaya dikkat çekmek gerekiyor; 1999 Anayasa değişikliğinden sonra kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle de yürütülmesi mümkün hale geldikten sonra ki, anayasaya bu konuda özel bir hüküm konuldu. 1999'da Anayasa'nın 47. maddesine, herhalde dünyada Anayasasına böyle bir hüküm koyan "*kamu hizmetleri özel hukuk sözleşmeleriyle yürütülebilir*" şeklinde ve bir de Anayasa'nın 125. maddesine kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların ulusal veya uluslararası tahkim yoluyla çözümlenebileceğine dair de bir özel düzenleme yapıldı. Bu iki konudaki düzenlemenin anayasaya konulduğu bizden başka dünyada herhalde bir örnek yoktur.

Bu Anayasa değişikliği üzerine 3996 sayılı bir Kanun var; "*Yap-İşlet-Devlet Kanunu*" olarak bilinen kanun bu. Bu kanunda da bir değişiklik yapıldı ve denildi ki, "*bu yap-işlet-devlet sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleridir*". Ayrıca elektrik hizmetlerinin de bu Yap-İşlet-Devlet Kanunu çerçevesinde yürütülebilmesine olanak tanındı. Yani özel hukuk sözleşmeleriyle elektrik hizmetlerinin yürütülmesine bu yasal düzenlemelerle olanak tanındı.

Bundan yaklaşık bir yıl sonra Elektrik Piyasası Kanunu çıkarıldı. Elektrik Piyasası Kanunu'nda da bu konuda tekrar sıfırdan yeni bir düzenlemeye geçilmiş oldu ve elektrik hiz-

metlerinin yürütülmesi bu sefer ruhsat usulüne bağlanmış oldu. Yani idarenin tek yanlı izin usulü öngörüldü.

Bizde biliyorsunuz büyük toplumsal sorunlarda neredeyse hep aynı durum oluyor. Hep uç noktalarda geziniyoruz. Önce bir tepki olarak bir şey yapılıyor, bir uç bir şey yapılıyor, sonra ona tepki olarak öbür uçta anormal radikal bir şey yapılıyor, ama hiçbir zaman bu tür konularda nedense biz uzlaşmacı bir noktaya gelemiyoruz.

Neden uç taraf diyorum bu iki yol için? Bir kere ruhsat usulü öngördüğünüz zaman idare için bu olumlu bir şey belki. Olumlu bir şey derken, çünkü idare bir kamu hizmetini bir özel kişiye gördürecek, fakat bu kamu hizmetini özel kişiye gördürmenin şartlarını özel kişiyle hiçbir şekilde müzakeretmeyecek, her şeyini kendisi belirleyecek. Tek yanlı olarak idare şartlarını kendisi belirleyecek. Bir sözleşme söz konusu olmadığı için özel kişiyle şartları belirlemesi, hizmetin yürütülme şartlarını belirlemesi ve bunu karşı tarafın da müzakeret edebilmesi söz konusu değil, idare tek yanlı belirliyor ve kamu gücünün kullanılarak, kamu kudreti kullanılarak tesis edilen bir idari işlem niteliğinde olduğu için prensip olarak bunun tahkime gitmeye de, tahkime götürmeye de elverişli bir şey değil bu, idarenin kamu gücü kullanılarak tek yanlı tesis ettiği bir karar olduğu için.

Öbür tarafta niye uç nokta diyorum özel hukuk sözleşmeleri konusuna? Bu da şu anlamda uç nokta; özel hukuk sözleşmesiyle bir kamu hizmeti yürüttüğünüz zaman idarenin bu sefer hareket alanını çok daraltmış oluyorsunuz. Çünkü hizmetin kamu hizmetinin bireylere sunumu için veya aksama-dan sunulması için veya güncel gelişmelere kamu hizmetini uydurabilmek için bir değişiklik söz konusu olduğunda eğer sözleşmede başta öngörülmemişse idarenin tek yanlı olarak sözleşmede öngörülemeyen bir inisiyatif alması söz konusu değil özel hukuk sözleşmelerinde bilindiği gibi, ama kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bana göre burada bir orta nokta, bir uzlaşma noktası oluşturuyor. Çünkü birinci noktada idare burada sonuçta bir sözleşme söz konusu olduğu için hizmetin

ALİ
ULUSOY'UN
KONUŞMASI

yürütülme şartlarını veya en azından maddi boyutunu sözleşmeciyile, yani karşı tarafla müzakere edebiliyor veya karşı tarafa da bir inisiyatif vermiş oluyorsunuz. Tek yanlı olarak belirlemiyor her şeyini idare, bu açıdan bir önemi var.

Diğer açıdan biliyorsunuz, tahkimle ilgili tartışmalar 1999 yılındaki Anayasa değişikliği öncesinde ve sonrasında yaşanmıştı çok büyük ölçüde, tahkim bu tür konularda özellikle uluslararası yatırımların gerektiği bu tür büyük altyapı projelerinde önemli kamu hizmetlerinde uluslararası tahkim bir zorunluluk olarak öngörülmüştü. Çünkü yatırım yapmak için devletin tabii elinde yeteri kadar imkan yok. Bunun için de ulusal veya uluslararası yatırımcıların yatırım yapmasına ihtiyaç duyuyor. Fakat bunlar da doğal olarak bu yatırımların hukukten en azından güvence altında olabilmesi için uluslararası çıkan uyuşmazlıkların daha tarafsız, uluslararası bazda tarafsız bir merci tarafından çözümlenmesini istiyorlar. Tahkim yoluyla çözümlenmesini tercih ediyorlar. Böylece yatırımlarının hukukten daha güvencede olacağını düşünüyorlar.

Bu çerçeveden bakarsak, bu artık kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde de ulusal veya uluslararası tahkim mümkün hale geldiği için imtiyaz sözleşmesiyle kamu hizmetlerinin yürütülmesinde yatırımcılar açısından çok önemli bir sorun kalmadı. 1999'daki bu Anayasa değişikliğinden sonra özellikle, hem de her ne kadar kamu hukuku rejimine tabi olsa da, bu bir sözleşme, imtiyaz sözleşmesi de bir sözleşme. Dolayısıyla iki tarafın iradesinin uyuşmasıyla ancak hukuk düzeninde yürürlüğe girebilen bir işlem, hukuki işlem niteliğindedir. Diğer yandan idare için yine bazı avantajlar sağlayabiliyor. Özellikle kamu hizmetinin zorunlu kıldığı bazı durumlarda hizmetin aksamaması için veya hizmetin bireylere daha iyi sunulabilmesi için idarenin tek yanlı olarak bazı konularda bazen inisiyatif almasına da izin verebiliyor.

Yalnız bu noktada genellikle hep yanlış anlaşılıyor. İdari sözleşmelerde örneğin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde idarenin tek yanlı olarak sözleşmede değişiklik yapabilme hakkından hep bahsedilir. Fakat bunu şöyle anlamamak la-

zım; idare keyfi istediği zaman sözleşmede istediği gibi değişiklik yapabilir şeklinde algılamak lazım ki, böyle algılanıyor maalesef. Bu doğru bir algılama değil. İdare ancak kamu hizmetinin zorunlu kıldığı durumlarda kamu hizmetinin aksamaması için sözleşmede hüküm bulunmasa bile sözleşmede tek yanlı değişiklikler yapabiliyor, ama sözleşmenin mesele mali dengesinde veya sözleşmenin mali hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapamıyor. İdari sözleşme de olsa sözleşmenin mali hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapması söz konusu değil.

Ayrıca kamu hizmetini zorunlu kılması nedeniyle sözleşmede tek yanlı değişiklik yapmak zorunda kalırsa karşı taraf için, yani özel işletmeci için bundan dolayı bir mali kayıp varsa bu mali kaybı da karşılamak zorunda idare. Buna sözleşmenin mali dengesinin korunması ilkesi diyoruz idari sözleşmelerde. Dolayısıyla öyle biraz da kamuoyunda böyle bir izlenim var. Sanki idari sözleşme olduğunda idare istediği gibi keyfi değişiklik yapabilir sözleşmede gibi bir yaklaşım var, bir imaj var. Bunun idare hukuku açısından doğru olmadığını burada hemen belirtmek istiyorum.

Burada benim gelmek istediğim nokta şu; elektrik hizmetlerinde üretim, iletim, dağıtım, toptan satış ve perakende satış olarak elektrik hizmetlerini ayırırsak bunlarda dağıtım faaliyeti çok özellikte, dağıtım faaliyeti çok önemli. Neredeyse bu elektrik hizmetlerindeki en anahtar, en kilit faaliyet dağıtım faaliyeti.

Dağıtımdan neyi kastediyoruz? İletim şebekesinden gelen elektrik dağıtım şebekesine aktarılıyor. Elektrik dağıtımıcısı ne iş yapıyor? Bir kere şebeke işletmeciliği yapıyor. Ana iletim şebekesinden gelen elektriği dağıtım tesislerini kullanarak evlerimize kadar getiriyor ve "taşımaya" karşılığı taşınan elektrik birimi üzerinden bir taşıma bedeli alıyor. Bir de bunun yanında ayrıca bizzat tüketicilere, nihai tüketicilere elektrik satıyor. Bir tür elektrik ticareti, elektrik satımı yapmış oluyor.

ALİ
ULUSOY'UN
KONUŞMASI

Üretim faaliyetinde böyle bir kamu hizmeti boyutu çok ağırlıklı bir boyut değil, belli bir geçiş döneminden sonra üretim faaliyetinin aslında kamu hizmeti olmaktan çıkarılmasına da bana göre hiçbir engel yok. Çünkü elektrik üretip satmak ticari herhangi bir malı üretip satmakla eşdeğer bir şey'. Serbest piyasa "oturduğu" zaman rekabet de oluştuktan sonra üretim faaliyetinin artık kamu hizmeti olarak görmeye bana göre gereklilik yok. Buradaki lisansın/ruhsatın bir kamu hizmeti görme ruhsatı olarak değil de, salt bir tür "kolluk ruhsatı" tarzında bir ruhsat haline gelmesine bir engel yok.

Perakende satış faaliyetinde durum biraz daha farklı, o konuda çok ayrıntıya girmek istemiyorum zamanımız sınırlı olduğu için. Kanunda zaten orada rekabete açılması gereken bir faaliyet olarak görülmeyle birlikte özellikle kanunda yapılan son değişiklikten sonra perakende satış faaliyeti bir anlamda "dondurulmuş" durumda, yani ayrı bir piyasa faaliyeti olmaktan çıkarılmış durumda.

İletim faaliyeti kanuna göre zaten rekabete açılması mümkün olan bir faaliyet değil, devlet tekelinde kalması öngörülen bir faaliyet. Dolayısıyla bunun görülüş usulünün ruhsat/lisans mı olması yoksa imtiyaz sözleşmesi mi olması tartışmasını yapmak anlamlı değil. Yani ruhsat usulü olarak kalması mümkün.

Burada dediğim gibi en önemli, en kritik faaliyet dağıtım faaliyeti. Dağıtım faaliyetinin de elektrik hizmetlerinin düzenli bir şekilde rekabete açılabilmesi için en kritik faaliyet dağıtım faaliyeti. Bunu da sağlayabilmek için dağıtımcinun mutlaka özel işletmeci olmasında yarar var. Yani kamunun elinde olduğu sürece dağıtım, elektrik piyasasının rekabete açılması fiilen mümkün değil. Tabii, rekabet kültürü çok yerleşmiş olsa batı Avrupa'da olduğu gibi, bu konunun önemli olmadığı söylenebilir, yani dağıtım tesislerini kamu da işletse, özel kişiler de işletse çok önemli değil denilebilir, ama bizde rekabet kültürü yerleşemediği için dağıtım faaliyetleri kamunun elinde kaldığı sürece piyasada rekabeti sağlamak mümkün olamıyor. Mesela, EPDK TEDAŞ'a bir kamu şirketi oldu-

ğu için rekabeti bozsa da gereken yaptırımları uygulayamıyor. Bunun tabii siyasi nedenleri de olabiliyor, başka nedenleri de olabiliyor, ama sonuçta fiilen uygulanamıyor.

Bakın 2001 yılındadır Elektrik Piyasası Kanunu'nun yürürlüğe girmesi, tam 7 yıldır, hatta 8 yıldır bu kanun yürürlükte ve kanunun en temel amacı elektrik hizmetlerini rekabete açmak. Geline nokta rekabete açılabilen elektrik hizmetlerinin yüzde olarak sayarsak böyle yüzde 10-15'i, en fazla bilemediniz yüzde 20'si rekabete açılabilmiştir. Bunun da nedeni, rekabete açılmamasının da nedeni TEDAŞ'a gereken, olması gerektiği kadar regülasyon -regülasyon otoritesini ve aynı zamanda Rekabet Kurulu'nu- uygulayamamasıdır. Çünkü mesela, TEDAŞ'a hala rekabeti sağlamanın en temel ön şartlarından biri şudur; bir kere faaliyetlerinizin hesaplarını ayırıştırmanız lazım, bir kere hesap ayırışımı yapmak en temel nokta. Daha hesap ayırıştırmasını bile yapmaya zorlamadılar TEDAŞ'ı. Bunun belki TEDAŞ açısından başka nedenleri de olabilir. Çünkü TEDAŞ piyasada kar getiren bazı faaliyetleriyle kar getirmeyen ve kamu hizmeti olmasından ötürü mutlaka yapmak zorunda kalmakla birlikte zarar ettiği bazı faaliyetlerini kar ettiği faaliyetleriyle bir anlamda peçelemeye de ihtiyaç duyabiliyor. Bunda kendisi açısından bazı haklı nedenler olabiliyor, ama sonuç olarak TEDAŞ'ın hesap ayırıştırmasını bile yapması daha mümkün olmadı. Onun için özelleştirme yapmak, yani dağıtım faaliyetlerinin özelleştirilmesi elektrik hizmetlerinin rekabete açılması için en kritik nokta ve en önemli nokta. Bu da şu anda biliyorsunuz dağıtım hizmetlerinin özelleştirilmesine başlandı. Buna henüz yeni başlandı, sadece iki-üç bölgede henüz bunlar tamamlanamadı. Toplam henüz daha özelleştirilecek 17-18 ayrı bölge daha var. Bunun için de start verilmiş durumda şu anda, fakat burada önemli olan nokta şu:

Dağıtım faaliyetlerinin görüş usulünün neden ruhsat usulü değil de, yani lisans usulü değil de imtiyaz sözleşmesi usulü olması gerektiğini söylüyorum? Dağıtımın özelleştirilmesini daha düzgün yapabilmek için. Bunun için tabii kanun değişikliği gerekiyor. Ama bu değişiklik yapıldı da dağıtım fa-

ALİ
ULUSOY'UN
KONUŞMASI

aliyetleri imtiyaz sözleşmesi usulüne çevrilirse bir kere özelleştirme bu faaliyetlerinin düzgün bir şekilde özelleştirilmesi çok kolaylaşmış olacak bana göre.

Böyle bir faaliyeti özelleştirmek için veya düzgün bir şekilde özelleştirmek için iki nokta çok önemli; birinci nokta olabildiğince talebi çok artırmaya çalışacaksınız. Yani bu faaliyete, bu özelleştirmeye ilgi duyabilecek ulusal veya uluslararası yatırımcıların sayısını olabildiğince artırmanız lazım ki, iyi bir fiyat ortaya çıksın, yani yarışma sağlayabilesiniz, rekabeti sağlayabilesiniz. Bu çok önemli. İkinci nokta da, ihale sürecinin çok "temiz" olması gerekiyor. Tırnak içinde söylüyorum burada "temiz" olmayı, tabii ne demek istediğimi anladınız. İhalede yani özelleştirmeye olan talebi artırabilmeniz için çok fazla sayıda yatırımcıları bu özelleştirmeye çekebilmeniz için en önemli noktalardan tahkim imkanının olması. Bu tahkim imkanının olabilmesi için de şu andaki bu ruhsat usulü istisnai bir yol dışında, elverişli değil.

Burada çok ayrıntıya girmek istemiyorum şu anda vaktinizi almamak için, bu şu anda elektrik dağıtım özelleştirmelerinde uygulanan usul kabaca şöyle başlayan özelleştirmelerde; her bir dağıtım şirketi bir anonim şirket olarak yapılandırılıyor. Bu her bir anonim şirkete önce EPDK dağıtım lisansı veriyor. Dağıtım lisansı vermesinin anlamı şu: EPDK bu anonim şirkete o bölgede uzunca bir süre için, mesela, 30-40 yıl için dağıtım tesislerini işletme hakkı vermiş oluyor. Bunun için de bir işletme hakkı devir sözleşmesi yapılıyor ayrıca TEDAŞ'la bu şirket arasında o tesislerin devri için. Özelleştirmede ise aslında sadece bu şirketin hisseleri satılacak özel kişilere. Gerçekte bu şirketi değerli kılan en önemli konu o işletme hakkı, devir hakkı ve lisans. Bunları aldığınız anda o şirketin değeri sıfıra iner. Dolayısıyla idarenin tek yanlı ruhsat işlemi niteliğindeki o lisan ve bundan çıkan uyuşmazlıkları tahkim yoluna götüremediğiniz için, yaptığınız işin, yani özelleştirmenin çok da cazibesi kalmıyor. Çünkü hukuken "güvençeli" bulunmuyor. Dolayısıyla yatırımcılara bunun cazip gelmesi de mümkün değil tahmin edebileceğiniz üzere. İşte eğer

o lisans, tek yanlı idari işlem yerine imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olsa, bu olgu değişecek.

Toparlarsam, iletim hariç, elektrik hizmetlerinde bu lisans usulünün bu tek yanlı ruhsat usulünden sözleşme usulüne -en azından dağıtım hizmetleri için- değiştirilmesinin çok daha uygun olacağını düşünüyorum. Bunun özelleştirmeyi kolaylaştıracağını ve bu anlamda kamu yararına da daha uygun bir şey, yani piyasada serbest rekabetin sağlanabilmesi için çok gerekli bir unsur olduğunu düşünüyorum. Bunun için de hem idarenin menfaatlerini düşündüğümüzde, hem de özel yatırımcıların menfaatlerini düşündüğümüzde, bu ikisinin menfaatlerini uzlaştırabileceğimiz en makul noktanın bu hizmetlerin imtiyaz sözleşmeleriyle yürütülmesi olduğunu düşünüyorum.

Beni sabırla dinlediğiniz için hepinize teşekkürler.

Musa TOPRAK: Çok teşekkür ederim hocam. Ben dinleyicilerimizin tepkisini alma riskini göze alarak bazı başlıkları gene de vurgulamak istiyorum. Öncelikle Ali Ulusoy hocamız lisans olarak adlandırdığımız düzenlemenin idare hukuku anlamında bir ruhsat olduğunu belirttikten sonra kamu hizmetinin özel kişiler eliyle yürütülmesindeki üç yola dikkatimizi çekti. Burada ruhsat, imtiyaz sözleşmesi ve özel hukuk sözleşmeleri ve özel hukuk sözleşmelerinin Anayasa değişikliğiyle, Anayasa'nın bir parçası olduğunu belirttikten sonra ruhsat ve özel hukuk sözleşmelerini iki ayrı uca yerleştirerek burada ortada olan yöntemin, yani diğer iki uca nazaran ortada olan yöntemin imtiyaz sözleşmeleri olduğunu belirttikten sonra kamu hizmetinin zorunlu kılmasıyla sözleşmelerde yapılacak değişikliğe mutlaka mali dengenin tesis edilmesi şartıyla izin verildiğini hatırlattı. Dolayısıyla burada ya mali hükümlerde değişiklik olmaması veya diğer değişikliklerin mali hükümlerde denge tesis edilmesi şartına bağlı olduğunu vurguladı. Elektrik üretimi konusunda ise üretim, iletim, dağıtım bölümlenmesini yaptıktan sonra üretimin zaten artık yakın öngörülebilir bir gelecekte kamu hizmeti olarak

TARTIŞMA

adlandırılmayacağını vurguladı. İletimin devlet elinde olması nedeniyle bir tarafa bırakıldığında geriye kalan en önemli konunun, dağıtımın özel hukuk kişileriyle yürütülmesinin önemini vurguladı ve burada ülkemizde rekabet kültürünün yerleşmemiş olmasından ötürü devletin kuruluşlarının, devlete ait iktisadi teşekküllerin aradan çıkmasının önemini ve burada da özelleştirme sürecinde talip olanların çokluğunu, talip olanların çokluğunu artırmak için de özendirmeyi sağlamak için tahkim şartının önemini ortaya koydu ve zaten kendisinin de konuşmasının sonunda vurguladığı gibi ruhsat ve diğer yandan özel hukuk sözleşmelerinin ortasında yer alan idarecinin ve idarenin ve yatırımcının menfaatlerini dengeleme bakımından imtiyaz sözleşmelerinin esas olarak tercih edilmesi gereken ve kullanılacak yöntem olduğunu belirtti.

Biz zaten geç başladığımız için affınıza sığınarak birazcık daha süreyi uzatmak istiyorum. Uygun görürseniz sorular için 20-25 dakikalık bir zaman kullanabiliriz.

Fadı CERRAHOĞLU: Ali Ulusoy hocama bir şey sormak istiyorum. Bu enerji projelerinin tahkiminde Ziya bey hocam da yakından biliyor, özel hukuk sözleşmeleri milletler arası tahkime gittiği vakit bu sözleşmelerin geçerliliği özel hukuk kurallarına mı tabidir, yoksa mesela, Danıştay'ın o özel hukuk sözleşmesine imkan veren idari tasarrufu iptal etmesi bu sözleşmelerin de geçersizliğini otomatik olarak intac eder mi sorusu bütün bu enerji ihtilaflarında söz konusu olmuş ve anlayabildiğim, benim tespit edebildiğim ki, kısmı azamına dahil oldum, hayır, özel hukuk sözleşmeleri kendi kurallarına, Borçlar Kanunu'nun 19, 20. maddesi kurallarına tabidir geçerliliği bakımından. Bunu imtiyaz sözleşmesi yaparsanız, özel hukuk yerine imtiyaz sözleşmesi yaparsanız ve imtiyaz sözleşmesini de milletlerarası tahkime tabi kılarsanız Danıştay'ın imtiyaz sözleşmesine imkan veren idari tasarrufu iptal etmesi halinde o tahkimin kıymeti ne olacaktır? Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ali ULUSOY: Hocama teşekkür ediyorum. Öncelikle tabii konuya çok yakın olmayanlar için çok kısa bir hatırlatmada bulunmak istiyorum. Hocamın bahsettiği ve şu anda tahkimde olan uyuşmazlık çıkan birçok konunun aslı şu; 3096 sayılı bir Kanun var, o kanuna göre yapılmış olan, yapılan özelleştirmelerde o kanunla yapılmış olan ve imtiyaz sözleşmesi olarak akdedilmiş olan sözleşmeler vardı. 1999 yılından önce bunların büyük bir kısmı akdedilmiş ve bir kısmı yürürlükteydi, bir kısmı yürürlüğe girmemişti. Sonra 1999 yılındaki Anayasa değişikliğinden sonra bir yasal düzenlemeyle bu imtiyaz sözleşmesi olarak akdedilmiş olan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi haline getirildi. Dolayısıyla bu sözleşmelerin niteliği kanun koyucu tarafından idari sözleşmeden özel hukuk sözleşmesine çevrilmiş oldu. Dolayısıyla bunlar özel hukuk sözleşmesi olarak tabii kanun koyucu bunları özel hukuk sözleşmesi haline getirdiği için hocamın sorduğu soruya şöyle bir yanıt verebilirim; bunlar artık özel hukuk sözleşmesi olduğu için özel hukuk açısından bu sözleşmelerin geçerliliği ne olarsa bana göre o olacak. Yani burada eğer sorun şuyorsa sorunun temelinde, bu sözleşmelere dayanak teşkil edebilecek veya bu sözleşmelerle bağlantılı olabilecek idari bir işlemi diyelim ki, Danıştay iptal etti. Orada mesela, çıkan uyuşmazlıklarda onların bir kısmı Bakanlar Kurulu Kararlarının Danıştay tarafından iptal edilmesi nedeniyle bu sözleşmelerin dayanaksız kaldığı gibi bir iddia söz konusuydu.

Burada sonuçta bunlar gelinen noktada özel hukuk sözleşmesi olduğu için, bir de hemen şunu hatırlatayım; bu geçici bir süreçte, yani artık 2001 yılından sonra, bu yeni kanundan sonra, Elektrik Piyasası Kanunundan sonra bunların hepsi ruhsat usulüne bağlandığı için bu tür uyuşmazlıkların 2001 yılından sonra çıkması mümkün değil, hepsi 2001'den önceki uyuşmazlıklarla ilgili geçici bir sorun bu, ama tabii önemli bir sorun ve benim düşünceme göre burada sonuç olarak yürürlükte olan, ortada olan kanun koyucu tarafından niteliği değiştirilmiş özel hukuk sözleşmesi haline getirilmiş sözleşmeler söz konusu olduğu için bu sözleşmelerin geçerliliği, tahkim önünde bu sözleşmelerin geçerliliğinde özel hukuk

TARTIŞMA

kurallarının uygulanmasının daha uygun olduğunu düşünüyorum. Yani özel hukuka göre o sözleşmeler nasıl geçerli olacaksa, geçerlilik şartları neyse onun uygulanması gerektiğini düşünüyorum.

Burada Bakanlar Kurulu dayanağı olan. sözleşmelerin dayanağı olan Bakanlar Kurulu Kararı'nın iptal edilmesinin idari yargıda hiçbir anlamı olmayacak mı denilirse onun tabii başka sorumlulukları olabilir. O Bakanlar Kurulu Kararı'nın iptali sonucunda diyelim ki, o sözleşmeleri aslında imzalamaması gerektiği halde imzalayanlara cezai sorumluluk, disiplin sorumluluğu, vesaire olabilir miydi? Onda da muhtemelen zaten süreler geçmiştir şu anda, o açıdan hukuki bir yaptırım uygulanabileceğini çok zannetmiyorum, ama sonuçta gelinen noktada tartışılan özel hukuk sözleşmesi haline gelmiş bir sözleşme hukuken geçerli midir, yürürlükte midir, değil midir tartışması ise bunun borçlar hukuku kurallarına göre çözümlenmesi gerektiği düşüncesindeyim.

Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ: Bilhassa Fadıl beyin müdahalesi üzerine söz almak ihtiyacını hissettim. Ben birçok ihtilafta enfastriktür yatırımları için yapılmış olan baraj ve elektrifikasyon ihtilaflarında Anayasa değiştirilmeden de tahkim yaptım. Binaenaleyh Anayasa'nın değiştirilmesi, Danıştay Kanunu'nun değiştirilmesi hiçbir ihtiyaç değildi, zaruri değildi katiyen, çünkü ondan evvel de Danıştay tarafından bu tasdik edilmişti. Tahkimde görülen ihtilaflar muteber addedilmişti, yani bir Anayasa mahkemesinin ters bir kararı yüzünden Anayasa değişikliğine gidilmiştir ve bu cihetin ayrıca kanuna derç edilmesi cihetine gidilmiştir. Yani hiçbir Anayasa'da söylediği gibi böyle bir hüküm yoktur.

Bu Kanun'un ifadesine göre amme hizmetle kamu hizmetlerinin ifası maksadıyla yapılan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri diyor. Binaenaleyh bunlar kamu hizmetinin ifası maksadıyla yapılmış olan sözleşmelerdir. Sözleşme kavramı hiç şüphesiz borçlar hukukundadır. Fakat sözleşmenin nevinin tayini her disipline göre değişir. Muhterem Hocamız Lütfün

beyin idari sözleşmeler hakkındaki mufassal eseri herkesin malumudur. Orada bunu söyler. Yani burada sözleşme kavramı dolayısıyla sözleşmenin inikadı, sözleşmenin muteberiyet şartları, vesaire özel hukuk hükümlerine tabi olabilir, ama sözleşmenin akıbeti idari sözleşme olarak tayin edilecektir. Yani idari sözleşmenin yürürlüğü idari sözleşmenin tatbikatı özel hukuk sözleşmesinden farklıdır. Çünkü burada devlet her şeye rağmen temişiyet tasarrufuna istinaden hareket etmemektedir. Yine de hakimiyet tasarrufu, yani bir amme hizmetinin görülmesini tayin bakımından müdahale etmektedir. Onun için bu tamamen yekdiğerine musabı sayılamaz.

Diğer taraftan tahkimin, tahkim hukukunun en belli başlı kaidesi tahkim şartının istiklali meselesidir. Tahkim şartı derç edildiği sözleşmeden müstakildir. Hiçbir şekilde, öyle ki, o kadar müstakildir ki, hakemler bu sözleşmenin muteber olup olmadığını hükme bağlayabilirler. Eğer zaten müstakil olmasaydı hakemler bu salahiyyete haiz olmazlardı. Çünkü bu sözleşmeye tabi olarak onun içine derç edilen şart da hükümsüz olacaktı Borçlar Kanunu'na göre, binaenaleyh tahkim sözleşmesi müstakildir sözleşmeden tamamen ve o sözleşme meriyette kalır. O sözleşmeye göre hakemler tayin edilen acaba bu sözleşmenin dayanağı var mıdır, yok mudur? Yani sözleşmenin içine derç edildiği veya halli için derpiş edildiği sözleşme muteber midir, batıl mıdır? Bu hususu dahi tayine salahiyyetlidirler. Bu zaviyeden bakılmalı.

Diğer yandan ben Ali beyin fikrine pek iştirak edemiyorum. Yani bence elektrik üretimi asıl amme hizmetiyle alakalı. Çünkü bir kimse, hiç kimse ben elektrik üretmiyorum diyebilir mi? Yani dağıtma tabii ticari bir iş şeklinde cereyan ediyor daha ziyade, çünkü bunun karşılığında para alınmıyor. Belli hizmet veriliyor, ticari bir hizmet, ama asıl elektrik üretimi mühim. Halihazırda elektriğimizin olmamasının sebebi bunun için gerekli yatırımların yapılmaması, yani binaenaleyh üretimin aksaması. Bence devletin müdahalesi burada asıl üretim faaliyetinde olmalı. Çünkü hiç kimse üretmediği zaman elektrik de olmaz, üretildiği zaman tebziatı mühimdir, mümkündür. Tabii, burada eğer tam temişiyet tasarrufu

TARTIŞMA

derseniz idare de tıpkı fert gibi aynı şartlarla her bakımda ona eşit olarak bur mukavele yapıp, özel hukuk mukavelesi, borçlar hukuku mukavelesidir, ama buna mukabil idare herhangi bir ekstra salahiyyete haizse amme menfaati namına buraya müdahalede veya amme menfaati namına burada söz söylemeye o zaman bu mukavele idare bir mukaveledir ve onun akıbetine tabi olmak gerekir. Teşekkür ederim.

Musa TOPRAK: Biz teşekkür ederiz hocam.

Prof. Dr. Ali ULUSOY: Bir eklemede bulunayım. Fadıl hocanın sorduğu son bir nokta vardı, ona değinmeyi unuttuğumu fark ettim. Eğer imtiyaz sözleşmesi usulüne tabi olursa o zaman bu sözleşmeden önce bu sözleşmeyle bağlantılı idari bir işlemin idari yargı tarafından iptal edilmesi durumunda bu imtiyaz sözleşmesinden dolayı tahkime gidilmesinin bir anlamı olacak mı veya bunun sonucu ne olacak gibi bir soru var. Zaten imtiyaz sözleşmelerinden 99'dan önce çıkan sorun imtiyaz sözleşmelerinden çıkan uyuşmazlıkların tahkime gidilememesi nedeniyle çıkıyordu ve bu nedenle sonradan bunların niteliğinin değiştirilmesi söz konusuydu, ama artık imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime gidilebilmesi artık mümkün hale geldi. Hem Anayasa'ya hüküm konuldu, hem bu konuyla ilgili özel bir yasal düzenleme yapıldı. Artık bir de öncekinde mevcutlarda çıkan sorun şuydu; önce Bakanlar Kurulu bir karar alıyordu, bir şirketi görevlendiriyordu tek yanlı bir kararla, Bakanlar Kurulu kararıyla, sonra Bakanlar Kurulu'nun görevlendirdiği bu şirketle bakanlık sözleşme imzalıyordu. Bu sözleşme önce imtiyaz sözleşmesiydi, sonradan özel hukuk sözleşmesi haline geldi. Fakat burada sorun şuydu; bu iki bakanlar kurulu kararıyla imzalanan sözleşme birbiriyle direkt bağlantılı, yani biri diğerrinin sebebi-sonucu gibi bir konumdaydı. Bakanlar Kurulu işlemini idari yargı iptal ettiğinde buna dayanılarak çıkarılmış olan sözleşmenin akıbetinin ne olacağıyla ilgili önemli hukuki sorunlar çıktı, ama şu andaki mevcut durumda eğer

Enerji Piyasası Düzenleme Kanunu'nda, Elektrik Piyasası Kanunu'nda bir düzenleme yapılır da, dağıtım hizmetlerinde imtiyaz sözleşmesi usulü öngörülürse böyle bir sorun olmayacak. Çünkü artık Bakanlar Kurulu kararı alınmasına gerek yok, yani doğrudan şirketle EPDK mı olacak, artık kim olacaksa idare arasında sadece doğrudan bir imtiyaz sözleşmesi imzalanacak ve bu da zaten Anayasaya göre, kanuna göre tahkime gidilebilen bir sözleşme ve tahkim öngörülüyorsa da zaten artık hiçbir şekilde onunla ilgili uyuşmazlık idari yargıya gitmeyecek. Dolayısıyla bu mevcutlarla ilgili yaşanan hukuki sorunların böyle bir olasılıkta yaşanmayacağını düşünüyorum hocamın sorusuna yanıt olarak.

Tabii Turgut Kalpsüz hocamın görüşüne çok da belki uzatmaya gerek yok, ama elektrik üretimi aslında bir hizmet değil, elektrik üreterek bir hizmette bulunmuyorsunuz, elektrik üretimi bir mal, elektrik dediğiniz bir mal, ürettiğiniz zaman o malı üretiyorsunuz, birine satıyorsunuz.

Esas burada önemli olan kamu hizmeti boyutu dağıtımda. Çünkü dağıtım nihai tüketiciye -serbest olmayan tüketiciye- elektrik tedarik etmede tekel konumunda. Serbest tüketici diye bir kavram var enerji hukukunda. Serbest tüketici büyük elektrik tüketen sanayiciler, büyük işletmeler. Bunlar zaten herkesten, üreticiden doğrudan elektrik satın alabiliyorlar. Bunların herkesten elektrik satın alması mümkün, ama sıradan halka, normal tüketicilere -serbest olmayan tüketici onlar-, üretici doğrudan elektrik satamıyor. Şu anda onlara ancak dağıtımçı elektrik satabiliyor. Yani esas nihai tüketicinin elektrik alması, elektrik hizmetlerinden yararlanması dağıtımçı sayesinde sağlanıyor. Biliyorsunuz, elektrik bir an bile kesintiye, aksamaya uğraması mümkün olmayan bir hizmet, artı elektrik hizmetinde şöyle bir özellik var; depolayamıyorsunuz, depolamanın mümkün olmadığı bir mal. Dolayısıyla bu dağıtımda en küçük bir aksama elektrik kamu hizmetinin aksaması anlamına geliyor ve vatandaşlar açısından, yani o hizmetten yararlananlar açısından en hayati nokta orası. Kamu hizmeti boyutu en önemli elektrik faaliyeti o olduğu için, regülasyona en çok ihtiyaç duyan alan da o.

Elektriğe talep yüksek olduğu zaman -elektrik bir mal olduğu için-, herkesin serbest piyasada istediği fiyattan satabildiği bir şey olduğu için üretime herkes talip. Bugün üretimin yeteri kadar olamamasının nedeni başka. Finansmanla ilgili sıkıntılar olduğu için, hazine garantileri kaldırılmış olduğu için büyük elektrik üretim projeleri devreye geçirilemiyor. Bu ayrı bir konu olduğu için buna şu anda girmek istemiyorum. Ama bana göre esas kamu hizmeti boyutu dağıtımdadır. Üretim boyutunun kamu hizmeti niteliği bana göre yoktur ya da çok azdır. Çünkü hukuken artık elektrik serbest piyasada üretilip satılabilen bir maldır.

Musa TOPRAK: Ben bir müdahale yapabilirsem eğer, doğru anladıysam elektrik üretiminin tam olarak rekabetçi piyasayı sağlayabilecek düzeye gelmesinden sonra.

Prof. Dr. Ali ULUSOY: O boyuta gelinceye kadar zaten kamu hizmeti boyutu aksamaması için üretim faaliyeti de bir geçiş döneminde regüle edilip denetlenecek. Yani ona da geçici bir kamu hizmeti statüsü sağlanacak.

Musa TOPRAK: Başka soru? Galiba herkes yoruldu. Son oturum olmanın dezavantajı diyeyim. Çok teşekkür ediyorum. Yarın sabah gene iki oturumumuz daha var. Saat 09.30'da gene burada bu otelde aynı salonda toplantımız devam edecek. Şimdilik oturumu kapatıyoruz, çok teşekkür ediyoruz her iki konuşmacımıza da, değerli dinleyicilerimize de.

Türkiye Barolar Birliği
ULUSLARARASI
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE USUL,
UYGULAMALAR VE GÜNCEL SORUNLAR
SEMPOZYUMU

İkinci Gün
10 Ocak 2009

BEŞİNCİ OTURUM
“Yabancı Unsurlu Kararların
Uygulanabilirliği”

Oturum Başkanı
Av. Özcan ÇİNE
Türkiye Barolar Birliği
Hukuk İşleri Müdürü

Özcan ÇİNE (Türkiye Barolar Birliği Hukuk İşleri Müdürü): Değerli katılımcılar, konuklarımız; *“Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar”* konulu konferansımızın ikinci gününe hoş geldiniz. Bu iki günlük konferansımızın dünkü ilk bölümünde birçoğunuz bulunmuştu. *“Uluslararası Uyuşmazlık Çözümleri, Uluslararası Ticari Tahkim Kuruluşları, Ad Hoc Tahkimi ve Geleceği, Lex Mercatoria'nın Yeri, İnşaat, Petrol ve Gaz Endüstrisinde Uyuşmazlık Çözümü”* konuları hep birlikte konuşuldu tartışıldı. Bugünkü bölümdeyse bu oturumda tahkim kararlarının uygulanabilirliği konusunu konuşup, tartışacağız. Çok değerli iki konuşmacımız var, konuşmacılarımızdan ilki sayın Guido Carducci, kendisi Paris'te hukuk profesörlüğü yapmakta, aynı zamanda Paris ve Roma barolarına kayıtlı avukat. UNESCO Uluslararası Standartlar Bölümü eski Başkanı, başta ICC olmak üzere çeşitli tahkim kuruluşlarında tahkim hakemi olarak görev yapmış bir kişi. Değerli konuşmacımız bizlere New York ve ICSID'in tahkim kuralları konusunda bir tebliğ sunacak.

Diğer konuşmacımız Av. Serhat Eskiyyörük. Kendisi Adana Barosu'na kayıtlı avukat, ama şu anda Londra'da doktora çalışması yapmakta. Tahkim konusunda yoğun, oldukça fazla çalışmaları var. Ayrıca değerli meslektaşımın önemli bir özelliği de bu toplantının organizasyonunda bizlere çok büyük katkı sunmuş olması. Kendisi tahkim konusunda devletler ve devlet kuruluşları aleyhine verilen tahkim kararları konusunda bizlere bir sunum yapacak. Değerli konuklar; bir

ÖZCAN
ÇİNE'NİN
KONUŞMASI

5, 10 dakikalık gecikmemiz oldu, salon ve bazı teknik sorunlarla katılımcıların yerlerini alması bakımından, o bakımdan 9.30-10.30 olan saatin 10.45 olarak bitmesini ayarlamış bulunuyoruz. Değerli konuşmacılarımızın 20'şer dakikalık bir konuşma süresinde sunumlarını yapacaklar ve bir 10, 15 dakika da sorular ve bunların cevaplarını konuşup tartışacağız. Değerli konuklar; şimdi benim görevim, yetkim bu kadar, hocalarımız ve konunun uzmanları yanımda, tahkim konusunda çok fazla bir şey söylemek istemiyorum, burada trafik zabıtası görevi yapacağız süreye dikkat edip ve sizlerin soruları varsa sunumların bitiminde onları alacağız. İlk konuşmayı yapmak üzere değerli dostumuz sayın Guido Carducci'yi konuşmasını yapmak üzere bekliyoruz, buyurun sayın Carducci.

GUIDO
CARDUCCI'NİN
KONUŞMASI

Prof. Guido CARDUCCI (UNESCO Uluslararası Standartlar Bölümü Önceki Başkanlarından): Teşekkürler, sayın Başkan. Hepinize günaydın. Varlığınız için teşekkürler. Öncelikle, sizlerle burada olmam için beni davet etme inceliğini gösterdikleri için organizasyon komitesine samimiyetle teşekkür etmek istiyorum. Bu benim için bir onurdur. Burada olmaktan çok keyif alıyorum. Sunmam istenen konu, konferans açısından, oldukça geniş bir konudur, çünkü yirmi dakika içerisinde sizlere iki sözleşmenin genel bir bakışını sunmam gerekiyor. Olabildiğince açık ve analitik olmaya çalışacağım.

Uluslararası bir tahkimden kazanan taraf olarak çıkmak, çok uzun süren bir süreçtir. Başarısız olan taraf tahkim kararına uygun davranmadığı sürece, başarısız bir zafer olarak kalacaktır. Çoğunlukla, başarısız olan taraf uluslararası tahkim kararlarına kendi rızasıyla riayet etmektedir ki, bu tahkimin uluslararası tahkim toplumu tarafından kabul görmüş bir özel adalet yolu olduğunun güzel bir göstergesidir. Ancak, vereceklinin rızasıyla riayet etmediği birçok karar da vardır. Bu tür davalarda, savaşı ve tahkimi kazanmış olan alacaktır, bu kararın başarısız olan tarafın veya varlıklarının bulunduğu ülkede tenfiz ve icra ettirmek isteyecektir. Burada, kişi-

nin ve varlıklarının tabii olduğu hukuki sistemler farklı olabilir. Buradaki amaç, kişiden çok, varlıklarına ulaşmaktır. Cezai değil, medeni hukuk kapsamındayız bu minvalde.

Naçizane, benim açımdan, tenfiz ve icra arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Bu iki terim bazı hallerde eş anlamlı olarak anılsalar da, anlamları farklıdır. Yasal açıdan baktığımızda, bu iki terim birbirinden kesinlikle ayrılmalıdır. Bir tahkim kararının tenfizinde, kararın özel bir karar olduğunu unutmamamız gerekir. Hakemler önemli avukatlar olabilirler ama o süreçte özel bireylerdir, hakim değildirler. Bir devletin adına adalet dağıtmazlar. Böyle bir yetkileri, böyle bir resmi ve idari yetkileri yoktur. Tahkim kararı ise en az bir sözleşme kadar özel niteliktedir. Bu yüzden, bunu belirttikten sonra, tenfiz büyük önem kazanır, çünkü bazı gereklilikler altında bazı koşulları temin eder. Tahkim kararına hukuki varlık katar. Bir tahkim kararı tenfiz edilmediği sürece, söz konusu yasal sistem gözünde yasal varlıktan yoksundur. Bazı hallerde, sadece icra ya da sadece tenfiz gereklidir. Bu, başarılı olan tarafın hedefine göre değişir. Örneğin, sadece alacaklı olduğunu gösterir kanıt toplamak istiyorsa, o zaman icraya gerek kalmaksızın, tenfiz yeterli olacaktır. Burada önemli olan başarılı olan tarafın gözünde tehlikede olan hukuki amaçtır. Burada, tenfiz karara yasal varlık katmakla kalmaz, aynı zamanda yasal etkiler de katar. Kararın kaziyeye-i muhakemesi buna bir örnektir ve çok önemlidir. Kaziyeye-i muhakeme karar verilen hususlara ilişkin olarak başka hiçbir işlemin yapılamayacağı anlamına gelir.

Bir tahkim kararının icrasına ilişkin olarak, icra tenfizden çok farklıdır. Zaman açısından asla tenfizden önce olamaz, genellikle arkasında olur. Bazı sistemlerde, bu iki süreç aynı anda gerçekleşebilir ama tenfizden önce gelmesi mümkün değildir, çünkü mantıken bir tenfizdir ve icra ayrı ve müteakip bir evredir. İcra, belirli bir ulusal sistemde, belirli bir devletin zorlayıcı çerçevesi altında ve kararın mağlup tarafa ve varlıklarına karşı uygulanması amacıyla tahkim kararına devlet yardımı katması anlamındadır. Burada da, cezai hukukun değil, özel hukukun kapsamındayız. İcranın sonuçlar ülke-

lerin adli yollar açısından sunduğu öngörülere göre değişecektir (*lex fori*). Burada, en yaygın çözüm olan vereceklinin mallarına el koyulmasından, banka hesaplarının dondurulmasına kadar farklı yöntemler kullanılabilir. İstisnai olmak üzere bazı sistemlerde, bu hapis cezasına kadar gitmektedir. Bu nedenle, her bir ülkenin, genellikle hukuk muhakemeleri usulü kanununda bulunmak üzere, yabancı bir tahkim kararının tenfizinin ve icrasının koşullarını belirleyen farklı kuralları vardır. Yabancı tahkim kararı, farklı bir bölgede, farklı bir ülkede verilen karar anlamındadır. Uluslararası tahkimin, tarafların uyruğu, ikameti veya hükmeden hukuk gibi birçok açıdan uluslararası nitelik kazanabileceğini biliyoruz. Ancak, normal şartlar altında, 'yabancı tahkim kararı' dediğimizde kast edilen, tahkim kararının tenfiz ve icra amaçlarıyla sunulacağı ülkeden farklı bir ülkede bulunan bir tahkim kurulu tarafından verilmiş olan karardır.

Açıkçası, sistemden sisteme değişen yerel mevzuata girmek için yeterli zamanımız yok. Bugün, sizlere bu konuları düzenleyen iki temel sözleşmeyi anlatacağım. Bunlardan ilki, hepimiz bildiği New York Sözleşmesi'dir. Açık adı, 1958 Yabancı Tahkim Kararlarının Tenfizi ve İcrasına İlişkin Sözleşme'dir ve New York'ta 10 Haziran 1958'de düzenlenmiştir. Bu sözleşmenin 143 adet taraf devleti bulunmaktadır ki, bu da ülkeler topluluğunun dörtte üçüne denk gelmektedir. Başlığından da anlaşılabilir gibi, tenfiz ve icraya özgü bir sözleşmedir ve bu konuda dünyanın İncil'i gibidir. Genel olarak, çeşitli tahkim kararlarını kapsayan ticari tahkimi ele alır. Türkiye bu sözleşmeyi 2 Temmuz 1992'te kabul etmiştir.

İkinci sözleşme, devletler ile başka devlet uyrukluları arasındaki Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümüne İlişkin 1965 Washington Sözleşmesi'dir (ICSID). Bu sözleşme yalnızca yatırım tahkimini ele almaktadır. Daha teknik açıdan bakarsak, devletler kamu hukuku terimlerinde bir egemen devlet ile yabancı bir şirket arasında gerçekleştirilen sözleşmeleri kapsayan devlet sözleşmeleri olarak tanımladığımız hususları ele alır. Çok taraflı da olabilir ama bir taraf yabancı bir şirkettir. 155 ülke tarafından imzalanmıştır ama halihazırda 143 taraf

ülkede icra edilmektedir. Türkiye de 3 Mart 1989 tarihinde atıldığı imzayla bu sözleşmeye taraf olmuştur. Birkaç dakika içerisinde bu iki sözleşme arasındaki benzerlikleri ve farklılıkları sizlere aktaracağım.

Bu iki sözleşmenin benzerlikleri sadece birkaç tanedir. İki sözleşme de çok taraflı sözleşmelerdir. Bunun birçok sonucu vardır; bu sözleşmeler devletler kamu hukukundaki diğer anlaşmalar gibi iş dünyası tarafından değil, hükümetler tarafından müzakere edilir. Bu anlaşmalar, yalnızca sözleşmeyi kendi mevzuatından geçiren ülkeler için bağlayıcıdır. Burada sözleşmelerin sadece imzalanması yeterli değildir. Bunun ardından, sadece Washington ya da New York sözleşmeleri değil, bütün anlaşmaların ulusal düzeydeki etkisi yerel olarak geçerlidir ve akit devletlerin yerel kuralları ve hükümlerini aşmaksızın sözleşmenin uygulama kapsamı içerisinde geçerlidir.

Farklılıklara gelirsek, bunlar çok daha önemli ve çok daha büyüktür. Aslına bakılırsa, bu iki sözleşme birbirinden çok farklıdır. İlk olarak, felsefeleri ve amaçları bakımından, New York Sözleşmesi yalnızca tenfiz ve icrayla sınırlı olduğundan sadeci bir yaklaşım sunar. Tenfiz ve icra amacıyla oluşturulan gereklilikler, asgari gerekliliklerdir. Diğer bir deyişle, bu kurallar sözleşmenin tenfiz ve icranın arandığı ülkeden talep ettiği asgari gerekliliklerdir. Aynı şekilde, ilgili bir taraf sözleşmeyi bir kenara bırakarak, kararını tenfiz ve icra ettirmek istediği ülkenin kendi ulusal hukuku veya anlaşması çerçevesindeki daha da elverişli kuralları kabul edebilir. Hepimizin bildiği gibi, anlaşmazlık çözümünde, devlet mahkemeleri önünde uluslararası yargılama usulü ve uluslararası tahkim kurulları önünde uluslararası tahkim usulü söz konusudur. İlk seçenek olan yargılamada, mahkeme kararları vardır. Eğer bir mahkeme kararı menşe ülkesinde iptal edilir ya da bozulursa, farklı bir hukuk sisteminde yasal açıdan ölü sayılacaktır, çünkü doğduğu ülkede yasal açıdan ölüdür. Tahkim kararları ise kedi gibi dokuz canlıdır, çünkü temelinde özel bir edimdir. Dolayısıyla, bir ülkede mecburiyet dolayısıyla ölebilir ama başka bir ülkede yeniden doğabilir. Sizlere bir örnek

GUIDO
CARDUCCI'NİN
KONUŞMASI

vermek istiyorum. Birkaç davada, tahkim kararı bir bölgede verildi ama o ülkede bozuldu. Bu iki üç ay içerisinde, kazanan taraf bu tahkim kararını yurtdışında, başka bir hukuk sistemi çerçevesinde yeniden sunmayı denedi. New York Sözleşmesi buna izin vermiyor, çünkü Madde 5'e göre, tahkim kararı bağlayıcı değilse -ki burada değil- o zaman icra edilmesi de mümkün değildir. Ancak, madde 7 başarılı bir tarafın sözleşme haricinde farklı mecralarda tenfiz ve icra bulmasına izin verdiğinden, yerel mevzuatta bu mümkün kılınmıştır. Örneğin, Fransız hukuk çerçevesinde, Cor de Cassation'un 23 Mart 1994 tarihli Hilmartonne İçtihadı var. Bu karar, menşe ülkesinde iptal edilmiş bir tahkim kararının Fransa'da tenfizine ve icrasına izin veren birçok karardan birisidir. Ancak bu, New York Sözleşmesi çerçevesinde değil, Fransa Uluslararası Tahkim Kuralları'nın 1502. maddesi çerçevesinde yapılmıştır.

Washington Sözleşmesi'ne gelirsek, bu sadeci bir kurallar dizisi değildir. Uluslararası bir kanunu, uluslararası hukukta kendi kendine yeten bir sistemi temsil eder. Tahkim sürecinin, tahkim talebinden, kararın iptaline kadar bir bütün olarak kapsar. İcraya yalnızca birkaç hüküm ayırmıştır ki, bu yalnızca tenfiz ve icra konularını ele alan New York Sözleşmesi'ne göre büyük bir farklılıktır. Son olarak, kendi kendine yeten bir sistemdir ve tenfiz ve icra açısından daha elverişli olabilecek diğer yerel kuralların uygulanmasına açıkça bir izin vermemektedir.

Sözleşmelerin öngördüğü tahkim kararları açısından da kapsamaları farklıdır. New York Sözleşmesi'ndeki tahkim kararları, Washington Sözleşmesi'ndekinden çok daha yüksektir. New York Sözleşmesi'nin uygulama alanına giren bir tahkim kararı çıkarmak, Washington Sözleşmesi'ne göre çok daha kolaydır. New York Sözleşmesi çerçevesinde, yalnızca akit devletler değil, bütün devletlerde çıkarılmış bir kararın tenfizini ve icrasını talep edebilirsiniz. Akit devlette, sözleşme ancak ifade edildiği gibi tenfiz ve icra talebinde bulunursanız bir gereklilik haline gelir. Örneğin, Türkiye bu teminatı onay sırasında vermiştir. Dolayısıyla, Türkiye'de herhangi bir ül-

kede değil, ancak başka bir akit ülkede oluşturulmuş bir karar hakkında New York Sözleşmesi kullanılabilir.

Dolayısıyla, sözleşme, sözleşmesel olsun veya olmasın, herhangi bir yasal ilişkiden doğan bütün kararlar için geçerlidir. Örneğin, fiziksel ve yasal şahıslar dahil olmak üzere, herhangi iki taraf arasında bir karar alınabilir ki, bu IC-SID Sözleşmesi'nden çok farklıdır. Dolayısıyla, 1958 New York Sözleşmesi'nin geçerliliği için gereken tek şey, tenfiz ve icranın bir akit devlet önünde aranmasıdır. Washington Sözleşmesi'nin kapsamı ise oldukça dardır, çünkü yalnızca sözleşmenin uygulama kapsamına göre verilmiş olan kararlar sözleşmenin yabancı bir devletinde tenfiz ve icra edilebilir ki, burada yalnızca bir akit devlet ile başka bir akit devlet uyruğu taşıyan yabancı bir şirket arasındaki anlaşmazlıkları kapsar. Hepimizin bildiği gibi, anlaşmazlığın yatırımla ilgili olması gerekmektedir. Bu terim sözleşmenin içerisinde tanımlanmamışsa da, yatırıma ilişkin oldukça geniş bir içtihat söz konusudur.

Sözleşme çerçevesinde tenfiz ve icra, kararın varış ülkesinin, söz konusu kararın o ülkenin nihai bir devlet mahkemesi kararı ile aynı koşullar altında uygulanmasını sağlamakla yükümlü olduğu anlamına gelir. Bu çok büyük bir yükümlülüktür ve bir devletler kamu hukuku yükümlülüğüdür. Burada, ICSID Sözleşmesi'nin 54 ve 55 sayılı maddeler çerçevesinde icraya bağışıklık kavramını kapsam dışı bırakmadığını belirtmeliyim. Burada, ülkenin hukuku bir hükümetin veya devlet kurumunun devlet mahkemesinin nihai bir kararına karşı icraya bağışıklık kavramına karşı çıkmasına izin veriyorsa, devlet ICSID kararına karşı bu ülke içerisinde kararın icrasına karşı çıkabilecektir.

Bu tenfiz ve icra mekanizması, yalnızca Washington Sözleşmesi çerçevesinde verilmiş tahkim kararları için geçerlidir. Diğer bir deyişle, kararın bu sözleşmeden herhangi bir şekilde ayrılması, kararı bu dar tanımdan çıkaracaktır. Buna ek olarak, sözleşme kararın yalnızca tarafların birine hükmedilen maddi yükümlülüğü kapsayan kısmı için geçerlidir. Ancak,

GUIDO
CARDUCCI'NİN
KONUŞMASI

bu mekanizmada diğer hukuk yolları kapsam dışındadır. Medeni hukuk sistemlerinde en yaygın çözüm yolu olan aynen ifa bunun bir örneğidir ve tenfiz ve icra mekanizmasından yararlanamamaktadır. Ayrıca, parasal olmayan diğer tazminat yolları da uygulama kapsamında değildir.

Buradaki engeller nelerdir? New York Sözleşmesi'nde, tenfizin ve icranın reddedilebileceği bütün koşulların ünlü bir Madde ile listelenmiş olması ilginçtir. Bu eksiksiz bir listedir ve kararın varış ülkesi bu listeye herhangi bir eklemede bulunamaz.

Tenfiz ve icranın reddinin gerekçeleri nelerdir? Tarafların yetersizliği, tahkim anlaşmasının geçersizliği, sürecin ihlal edilmesi, tahkim kararının hukuk yollar olmadan veya bunlar haricinde alınması -*extra petita*- veya kararın kurulun kendi yetki alanını aştığı hallerde verilmesi -*ultra petita*- tahkim kurulunun, tahkim kurumunun veya tahkim prosedürünün tarafların anlaşmasına uygun oluşturulmaması veya taraflar arasında tahkimin gerçekleştirildiği ülke hakkında bir anlaşma sağlanamaması, henüz bağlayıcılık kazanmamış veya askıya alınmış kararlar. Bunların yanında, Paragraf 2'de, bu beş koşulun anca ve ancak başarısız olan tarafın talebi üzerine ve yerel mahkemeye bu beş gerekçeden en az birinin varlığını gösterir kanıt getirmesi halinde uygulanacağı öngörülmüştür.

Tenfiz ve icranın reddi için başarısız olan tarafın inisiyatifine dayanmayan iki gerekçe daha mevcuttur; ancak, bunlar tenfiz ve icranın arandığı varış ülkesi tarafından ortaya koyulur. Bunlardan İlki, anlaşmazlığın tahkim edilememesidir, çünkü bildiğiniz gibi her anlaşmazlığın tahkimi mümkün değildir. Tahkim, devlet mahkemelerinin karşısında sınırsız bir alternatif değildir. İkinci olarak, kamu politikasının ihlali söz konusudur. Zorunlu kuralların ihlali, rekabet kanununun ihlali, başka birçok ülkede tanınmayan cezai tazminatın verilmesi gibi maddi gereklilikler söz konusu olabilir. Ayrıca, sürecin ihlali, kurul teşekkülünde yolsuzluk veya tarafsızlık eksikliği gibi usul gerekliliklerin de kapsayabilir.

Kısaca ICSID Sözleşmesi'nden bahetmek gerekirse, IC-SID Sözleşmesi kendi kendine yeten bir sistemdir ve merkezleşmiş bir iptal prosedürü vardır. Bir tahkim kararının iptali bu yüzden farklıdır. Karar ICSID'in konumlandığı Washington'da iptal edilirse, bütün akit devletlerde iptal edilmiş olur. Dolayısıyla, hem kavramsal hem de yasal açıdan buradan büyük bir farklılık var, çünkü bu farklı mekanizmanın yasal sonuçları çok sayıda ve çok önemlidir.

Sizlere sadece bilgi vermek açısından, iptal prosedürünün gerekçesi olabilecek beş durum vardır:

1. Kurulun gerektiği gibi teşekkül edilmemesi.
2. Kurulun yetkilerini açıkça aşması.
3. Kurulda yolsuzluk tespiti.
4. Temel bir usul kuralının ciddi olarak ihlal edilmesi.
5. Tahkim kararının temelini oluşturan sebepleri belirtmemesi.

Açıkça görüldüğü üzere, bu gerekçelerden bazıları New York Sözleşmesi'nin 5. maddesinde belirtilenlerle aynıdır. Ancak, burada ICSID sistemi çerçevesinde, iptale yol açabilecek gerekçelerin sayısı çok daha azdır, çünkü kamu politikası gibi açık uçlu iptal gerekçeleri tamamıyla kapsam dışındadır. Kamu politikasına uygunluk bir gereklilik değildir.

Konuşmamı burada bitireceğim, çünkü zamanımız kalmadı. Dikkatle dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Özcan ÇİNE: Evet, değerli Carducci'ye teşekkür ediyoruz. Şimdi diğer meslektaşımız Av. Serhat Eskiyörük, buyurun Serhat bey.

Av. Serhat ESKİYÖRÜK Teşekkür ederim başkanım. Öncelikle ben de Türkiye Barolar Birliği'ne, Ankara Barosu'na ve IDR Grubu'na böyle organizasyonu gerçekleştirdikleri için ayrı ayrı teşekkür etmek istiyorum. Saygıdeğer konuklarımız; benim bugün üzerinde konuşmak istediğim konu tahkim kararlarının tenfizinde devletin dokunulmazlık kalkana dayanması nedeniyle yaşanabilecek sorunlar. Hazırladığım çalışmanın İngilizce olması nedeniyle yazılı sunumum İngilizce, ancak konuşmamı Türkçe yapacağım, yazılı sunumdaki bu farklılığını lütfen mazur görün.

Tahkim hukukunda devletin dokunulmazlığı konusunun önemi ve uluslararası arenada bu hususta tartışmaların yoğunlaşmasının temel nedeni olarak; devlet ve devlet kurumlarının tahkim anlaşmalarında yer almasının artık istisna olmaktan çıkması ve, devlet aleyhine hükmedilen tahkim kararlarının tanıma, tenfiz ve icra aşamalarında yaşanan sıkıntıların giderek artması olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle 1970'li yıllarda Amerika tarafından öncülüğü yapılan ve son 20 yılda sayıları giderek artan BIT- iki taraflı yatırım anlaşmaları ve çok taraflı-milletlerarası anlaşmalar sonrası, devletlerin ticari ve yatırım projelerinde sıkça taraf olarak yer aldığını görmekteyiz. Devletlerin özel hukuk alanına giren projelerde yer almasının yıl be yıl arttığını istatistikler bize göstermektedir. Normal koşullarda, devletin taraf olduğu bir uyuşmazlıkta devlet mahkemelerin yetkili olduğunu ve uyuşmazlıkta nihai kararı verdiğini bilmekteyiz. Ancak devletin taraf olduğu uluslararası bir projede, uyuşmazlıkların o devletin mahkemelerince görülmesi ve yargılama sırasında devletin üstünlüğü ilkesinin gözetilebilmesi, yabancı yatırımcılara özellikle de idare ve ticaret hukuku ayrımı olmayan yatırımcıların anlayışına farklı gelebilmektedir. Ayrıca yabancı yatırımcılarda, devlet mahkemelerinin, o devletin taraf olduğu davalarda taraflar arasında eşitlik ilkesini tam anlamıyla uygulayacağı hususunda tereddütler olduğunu görmekteyiz. Yine uyuşmazlık halinde yabancı yatırımcılar, hiç bilmedikleri bir usul ve esas hukukla karşı karşıya kalma durumunda olacaklardır. Ayrıca az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerdeki ağır bürok-

ratik yapı ile karışık ve uzun zaman alabilecek hukuki ve idari sistemle karşı karşıya gelme ayrı bir tereddüt sebebi olduğu gözlenmektedir. Bu bahsettiğim nedenlerden dolayı yabancı yatırımcıların, uluslararası projelerde doğrudan bir uyuşmazlık çözüm yolu olan tahkim yolunu tercih ettiklerini ve yatırım anlaşmalarında tahkim klozları koyarak uyuşmazlık halinde yerel mahkemeler yerine tahkim yoluna gitmeyi talep ettiklerini görmekteyiz. Tahkimin seçilme nedenleri ve avantajlarını önceki konuşmacılarımız ayrıntılı olarak belirttiler, ben özellikle tahkim yargılamasının seri ve esnek olması, yargılama neticesi verilen tahkim kararların nihai ve bağlayıcı olması ve bu kararların milletlerarası ve ikili anlaşmalar vasıtasıyla dünya çapında tanınma ve tenfizinin mümkün olması özelliklerini tekrar hatırlatmak istiyorum.

Devletler açısından bakarsak, ülke hukukunda doğrudan uyuşmazlık çözüm yolunun mümkün kılınması; o ülkede yabancılar için uygun yatırım ortamı oluşturulması, yabancı yatırımcıların teşviki ve buna bağlı olarak da uluslararası finansal kuruluşların bu projelere destek vermesi açısından büyük önem arz etmektedir. Devlet aleyhine verilen kararların tenfizinde devletin dokunulmazlığı ilkesine geçmeden önce konferans sunumunun, konunun çok geniş bir alanı kapsaması nedeniyle sadece uluslararası ticari tahkim ve ağırlıklı olarak New York Konvansiyonu açısından irdeleyeceğimi belirtmek istiyorum.

Devletin dokunulmazlığı ilkesinin temelinde; devletin egemenlik gücü ve bir devlet mahkemesinin diğer bir devletin egemenlik gücü üzerinde bir yaptırım uygulayamaması, diplomatik ve konsolosluk hukuklarında bu konudaki eğilimler ve uluslararası hukukun kabul ettiği normlar olduğunu söylemek mümkün. Devletin dokunulmazlığı ilkesine ilişkin iki temel teori bulunmaktadır; ilki devlet dokunulmazlığını tam anlamıyla kabul etmekte ve devlet malı kesinlikle dokunulmazdır, hiçbir malı hacze konu olamaz, hatta devlet tenfiz yargılamasına dahi tabi tutulamaz olduğunu belirtmektedir. Diğer teori ise, kısıtlı devlet dokunulmazlık ilkesini kabul eden yaklaşımdır. İlk teori olan, dokunulmazlı-

ğı tam anlamıyla kabul eden yaklaşımın eski Sovyet ülkelerinde dahi artık terk edildiğini görmekteyiz. Diğer bir ifadeyle, kesin dokunulmazlık teorisi yerine, genelde kısıtlı devlet dokunulmazlığı ilkesi benimsenmektedir. Burada uyuşmazlık konusu eylem ve işlemin idari mi, ticari mi olduğu ayrımı ön plana çıkmakta ve devletin yapmış olduğu ticari aktiviteleri neticesi verilen tahkim kararlarının tenfizinin mümkün olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Kısıtlı devlet dokunulmazlığı ilkesini benimseyen ülkelerde bu soruya prensipte olumlu cevap verildiğini görmekteyiz.

Devlet veya devlet kurumu aleyhine verilmiş bir tahkim kararının, tanıma, tenfizi ve icra aşamalarında ayrı ayrı devletin dokunulmazlığı kalkmasının karşımıza çıkabildiğini görmekteyiz. Tahkim heyetinin yetkisine ilişkin itirazlar yanında, tahkim yargılaması neticesinde verilen kararın tanınması aşamasında da, devletler ile yapılan tahkim sözleşmelerinin açık ve yazılı olmasının büyük önem arz ettiğini özellikle belirtmek istiyorum. Gelişmiş ülke hukuklarında genel hakim olan ilke; Amerikan Liamco davasında da açıkça teyit edildiği üzere, tahkim anlaşmasında bulunan taraf devlet veya devlet kurumu dahi olsa, tahkim yargılamasına ve onun neticesi olan tahkim kararı ile kararın tanınmasına saygı göstermek durumundadır. Ancak, tahkim sözleşmesinin tahkim kararının tanınması üzerine olan olumlu etkisi, tahkim kararının infazında da aynı etkiye sahip mi, özellikle önem arz eden hususun burada olduğunu düşünüyorum.

Öncelikle şunu belirtmek istiyorum, tahkim kararları doğrudan tanıma ve tenfiz edilememekte, icra edilememekte; yerel mahkemelerimiz tarafından tanıma ve tenfize ilişkin prosedür gerektirmektedir. Diğer bir ifade ile hakem heyetlerinin kendi kararlarını tanıma, tenfiz ve icra yetkisi bulunmamaktadır. Prof. Carducci'nin belirttiği üzere genellikle birçok tahkim kararı gönüllülük esasına göre tenfiz edilmektedir. Bunun başlıca etkenleri arasında tahkim kararlarının uluslararası vasıtalar, özellikle New York Konvansiyonu suretiyle dünya çapında tenfizinin mümkün olmasını söyleyebiliriz. Eğer devlet tahkim kararının gereğini yerine getir-

mez, gönüllü olarak uygulamazsa ne olacak, esas sorun burada ortaya çıkmaktadır; tenfize ilişkin uluslararası ve iki taraflı anlaşmaların konuya bakış açısı nasıl? Devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda, devletlerin en azından aleyhe olan kararları yerine getirmekte yavaş hareket ettiğini, kararların yerine getirilmesinin uzun süreler aldığını görmekteyiz. Peki, devlet aleyhine verilmiş ve gönüllü icra edilmeyen tahkim kararının yerine gelmesi nasıl olacak? Mesela Almanya aleyhine alınan bir karar İngiltere'de Alman hükümeti malları aleyhine nasıl tenfiz edilecek, İngiltere mahkemesi bu konuda nasıl bir tutum izleyecek? Tüm bu bahsettiğim hususlar devletin tenfize dokunulmazlığına ve devlet malının icradan muafiyetine ilişkin dokunulmazlığını ilgilendiren hususlardır. Bu konuda ülke uygulamalarına baktığımız zaman görüyoruz ki, devletlerin sadece hukuk sistemleri değil, politik ve ekonomik koşulları da bu hususta belirleyici etken olmaktadır. Şöyle ki, bir tahkim kararını bir devlet aleyhine infaz ettiğiniz zaman, yabancı bir devlet malını haciz yaptığınız zaman, bu sadece yargılama yetkisi değil, diğer devletin egemenlik haklarına da müdahale söz konusu olması nedeniyle ve devletlerarasındaki ikili ve çok taraflı ilişkiler nedeniyle hassas bir konu arz ediyor.

Bildiğiniz üzere, tahkim kararının tenfizi hususunda iki temel konvansiyon bulunmaktadır; bunlar 1958 tarihli New York Konvansiyonu ve ICSID Konvansiyonu'dur. Ben özellikle yabancı tahkim kararlarının tanınması ve tenfizi konusundaki 1958 tarihli New York Konvansiyonu üzerinde durmak istiyorum. Önceki konuşmacılarımız da belirttiği üzere New York Konvansiyonu'nun önemi hem uluslararası tahkim kararlarının tanıma ve tenfizini sağlaması ve dünya çapında 140'tan fazla ülkenin bu konvansiyona üye olması nedeniyle geniş bir uygulama alanına sahip olması dışında; devletin taraf olduğu tahkim kararlarına da uygulanabilmesidir. Ancak New York Konvansiyonu'nu ayrıntılı incelediğimiz zaman, devletin dokunulmazlığı konusunda hiç bir hüküm içermediğini, bu hususta sessiz kaldığını, böylelikle de konuyu genel itibarıyla kararın tenfiz edileceği ülke hukuku-

na bıraktığını söyleyebiliriz. Diğer önemli Konvansiyon olan ICSID Konvansiyonu ise, bilindiği üzere yatırım uyuşmazlıkları neticesinde verilen ICSID tahkim kararlarına uygulanabilir ve yine Prof. Carducci'nin ayrıntılı bahsettiği üzere kendi içinde otonom bir sisteme sahip, kendi tanıma ve tenfiz usulünü barındıran bir yapıya sahiptir. Konvansiyon'un 53. maddesi, ICSID tahkim kararlarının nihai ve bağlayıcı olduğunu belirtmektedir. Yine 54. maddede, Konvansiyon'a taraf devletlerin ICSID kararlarını tanıma ve tenfiz etme sorumluluklarını açıkça vurgulamıştır. Ancak 54/3 ve 55. maddelere baktığımız zaman, devlet mallarına karşı dokunulmazlık ilkesinin ve tahkim kararlarının devlet malları aleyhine karar icrasının, tanıma ve tenfiz usul ve sorumluluğundan ayrı olduğu vurgulanmaktadır. Buna göre, yabancı devlet malı aleyhine icra aşamasında, kararın tenfiz edileceği ülke hukuku ön plana çıkmaktadır ki, bu da devletin dokunulmazlığına ilişkin uygulamada çeşitliliğe neden olmaktadır. Konuyla ilgili olarak başkaca konvansiyon ve çalışmalar da bulunmakta olup, 1972 Avrupa Konvansiyonu, 1991 tarihli Uluslararası Hukuk Komisyonu ve Uluslararası Hukuk Kurumu'nun hazırlamış olduğu çalışmalar ile Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1991 yılı taslak konvansiyonu esas alınmak suretiyle hazırladığı konvansiyonu sayabiliriz. Belirtmiş olduğum bu konvansiyonlar ve milletlerarası hukuk vasıtalarının hepsinde kısıtlı devlet dokunulmazlığı ilkesinin hâkim olduğunu belirtmek isterim.

Ülke uygulamalarına baktığımız zaman ise; özellikle Anglo-Sakson hukukuna sahip İngiltere, Kanada, Amerika Birleşik Devletleri'nin devletin dokunulmazlığı konusunda özel düzenleme ve kanunlara sahip olduğunu görmekteyiz. Amerika Birleşik Devletleri 1952 yılından itibaren *Tate Letter* dediğimiz anlayıştan sonra devlet mallarına aleyhine tanıma ve tenfizde, kısıtlı devlet egemenliği ilkesini kabul etmiştir. Birleşik Krallık ise 1977 yılında *Trendtex* davasıyla kısıtlı dokunulmazlık ilkesini onaylamıştır. Peki, 'civil law' dediğimiz ayrıntılı yazılı kanunlara sahip ülke kanunları nasıl bir yaklaşım içerisindedir? Ülke uygulamalarına baktığımız zaman,

'civil law' ülkelerinin genellikle bu konuda yazılı bir düzenleme yoluna gitmedikleri, mahkeme içtihatlarına dayanan bir sisteme başvurdıklarını görmekteyiz. Peki, mahkemelerde nasıl bir uygulama söz konusu? İsviçre gibi bazı ülkelerde yabancı devlet malları aleyhine tenfiz yapabilmek için, tahkim kararı ile o ülke hukuku arasında güçlü bir bağlantı -'binnen-beziehung' bulunmasını aramaktadır. Mesela İngiliz devleti aleyhine olan bir tahkim kararını İsviçre'de uygulamak için, o kararın İsviçre arasında bir bağlantı olması gerekmektedir. Ünlü Liamco davasında, yabancı devletin İsviçre'de mallarının bulunması dışında, tahkim yerinin İsviçre olması dahi, yeterli bağın kabulü için yeterli görülmemiş; sözleşmenin ifa yeri veya sözleşmenin yapıldığı yerin İsviçre olması gibi daha güçlü bir bağlantı olması gerektiği vurgulanmıştır. Yine Amerika Birleşik Devletleri'nde benzer korumacı bir yaklaşım olduğunu görmekteyiz. Bu ülkelerin bu yaklaşım nedenleri arasında, İsviçre bankalarının pozisyonu ve Amerika'nın yabancı yatırımcı ve yabancı finansal kaynakların muhafaza edilmesi için bir uygun ortam oluşturmak olduğunu söylemek yanlış olmaz. Yunanistan gibi bir kaç ülkede ise, bir tahkim kararının yabancı bir devlet aleyhine tenfiz edilebilmesi için idari kontrol aşamaları bulunmakta ve Adalet Bakanlığı'nın onayı gerekmektedir. Yine İspanya ve İtalya'da da benzer uygulama bulunmaktaydı, ancak 2001 yılında İspanyol Anayasa Mahkemesi tenfiz için idari izin aşamasının gerekmediğine hükmetmiş, böylece Anayasa Mahkemesi yabancı devlet malları aleyhine doğrudan tenfiz yolunu açmıştır.

Türk hukukuna baktığımız zaman ise, İcra İflas Kanunu'nun 82/1 maddesinde devlet mallarının haczedilemeyeceği ilkesi bulunduğunu görmekteyiz. Burada acaba devlet mallarının haczedilemeyeceği ilkesi, tüm devlet malları için mi geçerli, yoksa sadece Türk devlet malları için mi geçerli sorusu ortaya çıkıyor. Bu hususla ilgili olarak Yargıtay, sadece Türk devlet mallarının haczedilemez olduğunu belirtmiş, diğer bir ifade ile İcra İflas Kanunu'nun devlet malının dokunulmazlığına ilişkin maddesinin sadece Türk devlet malları için uygulanacağına hükmetmiştir. Yabancı devlet malları

SERHAT
ESKİYÖRÜK'ÜN
KONUŞMASI

için ise, diplomatik ve konsolosluk amaçlı yabancı devlet mallarının koruma altında olduğunu, bu korumanın 1961 tarihli Viyana Konvansiyonu tarafından güvence altına alındığı vurgulanmıştır. Öte yandan, diplomatik ve konsolosluk amaç dışındaki yabancı devlet mallarının ise haczinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Türk hukukunda, konsolosluk ve diplomatik mallar dışında yabancı devlet mallarının belirli bir koruma altında olmadığını ve bu serbestliğin akademik çevrelerce eleştirildiğini de görüyoruz.

Şimdi özel korumaya tabi devlet malları üzerinde kısaca durmak istiyorum. Biraz önce bahsettiğim üzere diplomatik ve konsolosluk malları 1961 Viyana Konvansiyonu ile özel bir koruma altında olup; Konvansiyon'un 22/3 maddesi gereğince devlet ve konsolosluk hizmetlerine atanmış yabancı devlet malları, hiçbir şekilde, hatta yetkili organlarca dokunulmazlık hakkından feragat edilmiş olsa dahi haczi mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Yine askeri malların özel bir konumu olduğunu, mesela askeri hizmete tahsis edilmiş askeri gemi, uçak ve mühimmatın özel bir korumaya sahip olduğunu görüyoruz.

Diğer önemli menkul mallar ise, banka hesaplarıdır. Yabancı devletler, konsolosluk ve merkez bankaları hesaplarını başka ülkelerde açabildiğini ve bu durumda konsolosluk ve yabancı devlet merkez bankası hesaplarının hukuki durumu ve dokunulmazlığı tartışmaları ortaya çıktığını görmekteyiz. Gerçekten de, banka hesaplarının en fazla haciz talebine uğrayan menkul mal olduğu ve bu sebeple birçok uyuşmazlığa konu olduğunu bilmekteyiz. Ülkelerin konuya ilişkin genel yaklaşımından baktığımız zaman, gerek konsolosluk hesaplarının, gerekse de merkez bankası hesaplarının dokunulmazlık güvencesi altında olduğunu söyleyebiliriz. Ancak konsolosluk hesapları, konsolosluk hizmeti dışında farklı amaçlı bir hesap içeriyorsa; yani söz konusu banka hesabı hem konsolosluk işlem ve giderleri için, hem de devletin ticari amaçları ve gelirleri için kullanılıyorsa karşımıza önemli bir soru çıkıyor. Birleşmiş Milletler Konvansiyonu 21. madde ve İngiltere Almanya gibi birçok ülke hukukunda görüyo-

ruz ki, konsolosluk hesaplarının kamu amaçlı olduğu ilkesi prensipte kabul edilmekte ve hesabın niteliği konusunda tereddüt halinde, başkonsolosluk tarafından hesabın niteliğine ilişkin verilecek beyannamenin yeterli delil olarak kabul edilmektedir. Ancak hesabın niteliğine ilişkin bu karinenin aksinin ispatı mümkün ve bu durumda ispat yükü hesabın ticari amaçlı kullanıldığını iddia eden alacaklı tarafa düşmektedir. Konsolosluk adına aynı bankada konsolosluk ve ticari amaçlı ayrılabilen hesaplar bulunması halinde ve koşulların oluşması halinde ise; ayrılabilen ticari hesabın haczi prensipte mümkün olmaktadır.

Diğer önemli banka hesapları, Merkez Bankası hesaplarıdır. Konsolosluk giderleri için kullanılan hesapların kesin dokunulmazlığı bulunmasına karşın, “Merkez Bankaları”nın genel bir dokunulmazlığa sahip olması yanında, bu korumanın nihai nitelikte olmadığını söyleyebiliriz. Diğer bir ifade ile “Merkez Bankası” hesaplarının dokunulmazlığından feragat mümkün bulunmaktadır. Ülkenin yetkili organlarınca, “Merkez Bankası” hesaplarının dokunulmazlık hakkından açık ve yazılı feragatları bulunması halinde, işbu hesapların haczinin mümkün olduğu birçok ülke mahkemesince karar verilmiştir. Diğer devlet mallarından kültürel ve eğitim amaçlı malların da genelde korumaya tabi olduğunu, mesela İsviçre Yüksek Mahkeme kararlarında görmekteyiz.

Son olarak şunu belirtmek istiyorum, devlet malları aleyhine haciz konusunda yine dönüp dolaşık ilk tahkim sözleşmesinin ne kadar önemli olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır. Devlet ve devlet kurumları ile yapılacak sözleşmelerde yabancı yatırımcılar için özellikle, açık ve yazılı olarak belli malların haczinin mümkün olduğunun belirtilmesi büyük önem arz edebilir. Buna ilişkin Türk müteahhitleri, Türk yatırımcıları dış ülkelerde sözleşmelerinde bu hususa çok dikkat etmeleri diye düşünüyorum. Elbette yabancı ülkenin, kararın tenfiz edileceği ülkenin iç hukuku büyük önem arz etmektedir. Devlet ve devlet kurumlarımızın ise, tahkim anlaşmasına girdikleri hallerde, devlet mallarının yurtdışında nerede konumlandığı, tenfiz ülke hukukunun yapısı ve işleyişi, hangi usul-

SERHAT
ESKİYÖRÜK'ÜN
KONUŞMASI

lerin uygulandığına çok dikkat etmesi gerekmektedir. Özellikle Paris Yüksek Mahkemesi (Core de Cassation) tarafından 2004 yılında verilen Creighton kararında, yabancı bir devletin ICC Milletlerarası Tahkim Sözleşmesi'ne göre yapılan tahkim sözleşmesine imza atması o devletin; hem normal devlet yargılamasından, hem de tahkim yargılaması neticesinde varılan kararının tanıma, tenfiz ve de icrasına ilişkin dokunulmazlık hakkından feragat etmiş kabul ettiğini hatırlatmak istiyorum. Neticesi tahkim anlaşmalarının iyi hazırlanması ve sözleşme yapım aşamalarında özenle hareket edilmesi büyük önem arz etmektedir. Teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

TARTIŞMA

Özcan ÇİNE: Evet, değerli meslektaşımıza biz de sunumu için teşekkür ediyoruz. Şimdi araya geçmeden önce bu konuda sorularınız varsa o soruları alalım ve konuşmacılarımız onları cevaplasınlar, buyurun.

Ziya AKINCI: Her iki konuşmacıya da çok teşekkür ediyorum. Benim sorum Prof. Carducci'ye, eğer mümkünse bizimle akademik ve/veya profesyonel tecrübesini paylaşmasını rica ediyoruz. ICSID kararlarının tenfizi gerçekten hem akademik olarak, hem uygulama açısından çok ilginç. Özellikle devletin ICSID kararının tenfizini reddetmesi halinde ki bunu ICSID açısından en popüler olan Arjantin'le ilgili olarak çok sık duyuyoruz, ama uygulamada bu nasıl gerçekleşiyor? Yani 54. madde uyarınca tabii ki konvansiyon gereği devletin kararı rızaen icra etmesi gerekiyor, ama diyelim ki devlet ben bunu icra etmeyeceğim, bu parayı ödemeyeceğim diyor kısaca. Bunun için en pratik çözüm ya da herkesin en çok konuştuğu şey diplomatik baskının uygulanması, benim sorum bununla alakalı. Bu diplomatik baskının içeriği ve yöntemi nedir? Yani Dünya Bankası'ndaki borçların ertelenmemesi veya yeni kredi açılmaması mı veya bununla ilgili uygulamada kullanılan yöntemler nedir, acaba bununla ilgili doğrudan veya dolaylı kendisinin tecrübesi var mı, eğer varsa bizimle paylaşabilir mi? Çok teşekkür ediyorum.

Prof. Guido CARDUCCI: Bu ilginç soru için size çok teşekkür ederim. Şimdi dilerseniz, en temelden başlayalım. Öncelikle, Karar için yabancı iptal prosedürü için ICSID bünyesinde bir ad hoc kurul imkanı vardır. Daha önce de söylediğim gibi, iptal yalnızca Madde 52'nin öngördüğü hallerde mümkündür. Ad hoc tahkim kurulu kararı iptal ederse, New York Sözleşmesi'nin aksine karar tamamen iptal olur. Ancak, kurul kararı onaylarsa ve tahkim kurulu bu beş gerekçeden herhangi birinin ihlal edilmediğine karar verirse, kararın muhatabı olan devletin icraya bağışıklıktan yararlanma şansı hala vardır. Kuşkusuz, burada söz konusu olan yargıya bağışıklık değil, icraya bağışıklıktır. Bu açıdan, madde 55 devletler kamu hukukuna ait bir savunma olan ve ICSID sistemine özgü olmayan bu geleneksel savunmaya imkan vermiştir. Açıkça görüldüğü gibi, örneğin elimizde Arjantin'e karşı bir karar varsa, Arjantin'in kendisini ve varlıklarını kararın icrasından koruyabileceği ve Arjantin kanunları çerçevesinde, bir devletin bu tür bir bağışıklık savunması imkanına sahip olduğu varsayılmaktadır, çünkü standart kural, bir kararın icrası ve tenfizi yükümlülüğü çerçevesinde, bu ICSID kararının yerel bir nihai mahkeme kararıyla aynı koşullar altında muamele görmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu nihai sınavdır. Arjantin'in veya başka bir ülkenin Madde 55 çerçevesinde bağışıklığına karşı çıkabileceğini varsayarsak, hikaye burada bitmeyecektir, çünkü ICSID Sözleşmesi çok iyi hazırlanmış ve üzerinde düşünülmüş bir sözleşmedir. Dolayısıyla, bu durumda farklı bir kapı açılır ve bu kapı daha önce de belirtildiği gibi diplomatik korumadır. Burada, madde 27'ye atıfta bulunuyorum. Bir şirket Arjantin'e karşı bir tahkim prosedürünü kazanmışsa ve Arjantin bu icra yükümlülüğüne uymuyorsa, madde 27 çerçevesinde diplomatik korumadan yararlanabilecektir. Bu konu çok önemlidir ve iki temel özelliği vardır. Şirketin uyuşgunu taşıdığı devlet diplomatik koruma yükümlülüğü taşımaz. Bu, şirket ile kendi hükümeti arasındaki dahili bir meseledir. Bu, hükümetin şirketine diplomatik koruma açısından neler sağlamak istediğine bağlı olarak değişir. Bu, siyasi bir karar ve si-

TARTIŞMA

yasi bir değerlendirmedir. Burada bir otomatikleştirme veya bir mekanizma söz konusu olamaz. Benim A ülkesinin bir şirketi olmam, A ülkesinin bana sınırsız diplomatik koruma vermek zorunda olduğu anlamına gelmez. Sonuç olarak, bu koruma bu ülke ile şirketin faaliyet gösterdiği ülke arasındaki siyasi ilişkiye bağlıdır.

Bunu belirttikten sonra, diplomatik koruma sağlamak konusunda bir siyasi irade varsa, bu farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki müzakeredir. Arjantin, Arjantin'de bir yatırımdan dolayı o ülkede faaliyet gösteren ülkenin uyuşmazlığında olduğu diğer ülkenin isteği üzerine bir müzakere başlatarak, kararın icrası konusunda bir anlaşma sağlamaya çalışabilir. Örneğin, şirket hükümeti aracılığıyla kararda bir azaltmaya gidilmesini kabul edebilir ama bunun için, gelecek yıllarda daha fazla iş olacağına dair siyasi bir taahhüt talebi olabilir. Bu, diplomatik zarfta sunulan ticari bir müzakeredir. Ayrıca, hükümet garantileri söz konusu olabilir. Şirketin hükümeti, miktarın belirli bir kısmını karşılayabilir ve diğer hükümetten bono olarak alabilir. Burada birçok farklı imkan vardır ve bunlar, iki hükümetin müzakere gücüne bağlı olarak değişir. Bu bir sır değildir. Bütün bu süreçler yasalardan çok, siyasidir ve siyasi açıdan hassastır.

Ayrıca, daha yasal yapıda çözümler de bulabiliriz, çünkü ülkenin hükümeti eğer isterse bağlayıcı olmayan ama sözleşme çerçevesinde icrası zorunlu olan bir ICSID kararına uymama hususunu Uluslararası Adalet Divanı'na da götürebilir. Bu da bir seçenektir. Burada da, durum siyasi açıdan çok hassastır, çünkü burada uyruk devleti ile Arjantin karşı karşıya gelecektir. Dolayısıyla, Lahey Mahkemesi'nde devletler kamu hukukunun devletlerin anlaşmazlıklarında uygulandığını görebiliyoruz. Bu husus siyasi açıdan çok hassastır, çünkü devlet şirket adına hareket etmektedir ama formel açıdan Arjantin'in karşısına devletler kamu hukuku açısından çıkan bir devlet kurumu olacaktır, çünkü bu şirketin uluslararası hukuk nezdinde, ICJ nezdinde bir salahiyeti yoktur. Teoride çok fazla seçenek vardır ama uygulamada, her şey iki hükü-

met arasındaki siyasi ilişkilerin niteliğine bağlıdır. Genel olarak, bundan fazlasına giremeyeceğim. Teşekkür ediyorum.

Av. Serhat ESKİYÖRÜK: İzninizle çok kısa eklemek istiyorum, ICSID tahkim kararının uygulanması için devlet aleyhine yapılacak politik baskıya ek olarak, ilgili ülkenin Dünya Bankası'ndaki kredibilite hususu da bulunmakta. Yani ICSID kararını yerine getirmeyen taraf ülkenin, ICSID in Dünya Bankası'yla bağlantılı bir kurum olması nedeniyle, Dünya Bankası'ndaki kredibilitesi düşebilmekte ve Dünya Bankası'ndan talep edilecek krediler üzerine olumsuz etkisi olabilmektedir. Bir de ICSID kararlarının, Konvansiyon'un 54/1. maddesi uyarınca yerel mahkeme kararı niteliğinde bulunduğunu unutmamak gerektiğini düşünüyorum. Bu sebeple, mahkeme kararı niteliğindeki bir kararın devletin yetkili organları tarafından yerine getirilmemesi nedeniyle şikayet yoluna gidilebilir mi tartışmaları da bulunmakta. ICSID kararının devlet ve devlet organları tarafından yerine getirilmemesinin insan haklarına aykırılığı konusunda ise kısaca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany* davasını örnek göstermek istiyorum. İlgili davada, nihai bir kararın icrasının yerine getirilmemesinin ECHR 6.1 maddesini ihlal iddiasında bulunulmuştu. Mahkeme, ticari bir uyuşmazlık ile ilgili olarak bir devletin diğer bir devlet hakkında dokunulmazlık sınırlarını tahsisini, uluslararası hukukta yer alan devletlerarasındaki işbirliği ve ilişkilerin korunmasına ilişkin bir amaç taşıdığına ve bu sebeple uluslararası hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme başvuruda dosyanın esasına girmeden, devletlerin ikili ilişkilerinin temini ve korunması üzerinde durmuştur.

Av. Haluk HÜDAYIOĞLU: Her iki konuşmacıya, Carducci ve sayın meslektaşım Serhat Eskiörük'e teşekkür ediyorum. Şimdi sorum şu, iki devlet arasında, örneğin bunun biri Almanya olsun biri Türkiye olsun, burada bulunan özel şirketler aralarında yapmış oldukları ticari sözleşme dolayı-

TARTIŞMA

sıyla tahkim maddesini koyuyorlar ve ihtilaf dolayısıyla tahkime gidiyorlar. Tanıma ve tenfiz aşamasında bir sıkıntıyla karşılaşılıyor. Bu tanıma ve tenfizin uygulanabilirliği deniliyor ki mahkeme kararına bağlı. Mahkeme kararı olmadan bunun yürürlüğü söz konusu olmuyor deniyor. Peki, o zaman arabuluculukla tahkim arasında bir benzerlik ortaya çıkıyor. Arabuluculukta da bir yerde uygulanabilirlik mahkeme kararına bağlı. O zaman bu her iki müessese arasında kesin olarak nasıl bir şekilde bir farkı ortaya koyabiliriz? Tahkimde bu şekilde devlet otoritesini ortaya koyar, devlet baskısıyla uygulanamama rizikosuyla karşılaşılırsa illa ki mahkeme kararı gerekiyorsa yabancı şirket bu durumu nazarı itibare almaz mı ve o ülkede yatırımı yaparken bu mahsurları dolayısıyla konuya sıcak bakmaz mı? Benim kanaatim sıcak bakmayacaktır ve yabancı sektör yatırımdan kaçacaktır. Teşekkür ediyorum, bu sorum Serhat beye.

Serhat ESKİYÖRÜK: Teşekkür ederim efendim, cevap vermeye çalışayım. Tahkimle arabuluculuk arasındaki fark her ne kadar tanıma ve tenfizin yerel mahkemeler aracılığıyla yapılmasını öngörse de New York Konvansiyonu ve ICSID Konvansiyonu vasıtasıyla tanıma ve tenfiz yerel mahkemeler tarafından bir sorumluluk atfediliyor ve normal koşullarda devletin durumunda bir hassasiyet oluşturuyor. Burada devlet bir istisnai, biz istisnai halleri konuşuyoruz, normal hallerde beş tane yazılı olan şart dışında o tahkim kararı istisnai haller dışında ve yazılı sınırlı haller dışında tanınması ve tenfiz edilmesi gerekiyor ve diğer bir husus da New York Konvansiyonu nedeniyle 140'dan fazla dünya ülkesinde burada, Almanya'da haczedemiyorsanız İngiltere'deki mallarını da haczedebilirsiniz, böyle bir imkan da sunmakta New York Konvansiyonu. İlla belli bir ülkede o ilişkinizi tanıma ve tenfizde sorun yaşadığınız zaman tabii mükerrerlik tabii aynı alacağa mükerrerlik ilkesi olmaması kaydıyla diğer ülkede de normal tanıma ve tenfiz edilebiliyor, bu konuda bir fark bulunuyor. Tabii arabuluculukta da mevcut gelişmeler var, özellikle yeni bir Avrupa Konvansiyonu var, yine yakın

gelecekte ona ilişkin kararlarda da yaklaşımcı bir gelişme olduğunu söylemek mümkün.

Prof. Guido CARDUCCI: Çok teşekkürler. Bir tahkim kararı aldığımızda ve bu kararı yurtdışında, kararın menşee ülkesinden farklı bir hukuk sisteminde tenfiz ve icra ettirmek istediğimizde, bir yerel mahkeme karşısına çıkmamız gerekiyor. Ancak bundan çok fazla korkmamıza gerek yok, çünkü New York Sözleşmesi geçerliyse, en başından beri kararınızın tenfizini ve icrasını engelleyebilecek gerekçelerin madde 5 çerçevesinde sunulanlarla sınırlı olduğunu biliyorsunuz. Dolayısıyla, burada New York Sözleşmesi'nin uygulanmadığı yerlere göre büyük bir avantaj söz konusudur, çünkü uygulaması yoksa her bir hukuk sistemine özgü olan yerel koşullarla yüz yüze gelmek zorunda kalırsınız. Bunu unutmamalıyız.

Tahkim ile uzlaştırma arasındaki ayırım, tahkim kararının tenfizi ve icrası için yerel bir mahkemenin karşısına çıkma gereği yüzünden ortadan kalkmaz. Uzlaştırmanın sonucunda asla bir tahkim kararı alınamaz. Uzlaştırma, üçüncü bir tarafın sürece dahil olarak, taraflar arası iletişimi ve anlaşmayı kolaylaştırmasıdır. Geleneksel olarak, uzlaştırmanın sonucunda bir tasarruf ortaya çıkar. Ancak, uzlaştırma başarısız olursa, ortaya hiçbir şey çıkmayacaktır. Başarı varsa, uzlaştırma sonucunda, tarafların kendi aralarında yaptığı bir sözleşme olarak bir tasarruf ortaya çıkar. Uzlaşımcı sözleşmede bile yararlanmaz, çünkü iki taraf arasındaki sözleşmeye taraf değildir. Ayrıca, taraflardan biri bu sözleşmeye, uzlaştırmaya uygun davranmazsa, ihlal söz konusu olursa, yine bir devlet mahkemesine başvurarak, kararı uygulatmanız gerekir. Burada korkuya gerek yoktur, çünkü uzlaştırmada da ihlal söz konusu olduğunda, hakim karşısına çıkmanız gerekir. New York Sözleşmesi geçerli olmayacak ve dolayısıyla size yardım edemeyecektir. Uzlaştırma ve tahkim arasındaki ayırım, esastan da ötedir. Bu ayırım, yerel mahkeme karşısına çıkılması ile ortadan kalkmaz. Teşekkürler.

TARTIŞMA

Antony CONNERTY: Uzlaştırma ve tahkim arasındaki fark açısından bir şey ekleyebilir miyim? Uluslararası tahkimde New York Sözleşmesi çerçevesinde icra edilen bir karar verilir ama Guido'nun da belirttiği gibi, bir uzlaştırma sonucunda yalnızca bir sözleşme oluşturulur. Bu yüzden, diğer bütün sözleşmeler gibi, bu sözleşme yerel bir mahkemede dava konusu edilebilir. Ancak, uygulamasını bilmesem de, teoride, sözleşme haline gelmiş bir uzlaşmanın bir New York tahkim kararına dönüştürülmesi mümkündür.

Sayıyorum, UNCITRAL'in uzlaşma model kanunu bir uzlaşmaya varmış olan tarafların, uzlaştırıcıdan görev değiştirerek bir hakem olarak görev yapmasını isteyebilmesini sağlamıştır. Böylece, bu kişi sözleşmeyi etki açısından bir New York Sözleşmesi kararına dönüştürür. Stockholm Uzlaşma Kurallarında da böyle bir hüküm vardır, çünkü bu kurallara göre uzlaştırıcı, uzlaştırıcı kimliğinden çıkarak, bir hake-me dönüşebilir ve teoride bir tahkim kararı verebilir. Bunun daha önce denenip denenmediğini bilmiyorum ama teori geçerlidir.

Prof. Guido CARDUCCI: Anthony, bu mümkündür ama uzlaştırmadan tahkime geçişin sürecin erken safhalarında gerçekleştirilmesi gerekir. Sizin belirttiğinizi sağlayabilmek, yani New York Sözleşmesi kapsamına girebilecek bir karara varmak için, bir tahkim kararı gereklidir. Uzlaştırma, asla bir tahkim kararıyla sonuçlanmayacaktır. New York Sözleşmesi kapsamına girecek bir sonuç için –ki bu çok güzel bir şeydir– tarafların uzlaştırmayı yeterince erken bir noktada durdurarak, *“sayın Carducci, çalışmalarınız için teşekkürler ama biz anlaşmaya varmak üzereyiz ve biliyoruz ki, New York Sözleşmesi ile daha kolay tenfiz ve icra sağlayabileceğiz. O yüzden bir tahkim başlatmayı düşünmeliyiz”* diyebilirler. Stockholm Odası Kuralları buna izin vermektedir ama vermese dahi, tarafların bu hakkı her zaman mevcuttur. Bu çok önemli bir noktadır, çünkü prosedürün bu noktasında sayın Carducci sadece uzlaştırıcı olmaktan çıkmamakta, aynı zamanda bir hakemin titrini

ve yetkilerini de almaktadır. Sonuç olarak, açık bir şekilde tasarlanmış bir tahkim anlaşması hazırlanmalıdır, çünkü tenfiz aşamasında, New York Sözleşmesi'nden yararlanmak istiyorsanız, bir tahkim anlaşmazı yazmanız gerekmektedir. Ben bunu kendim de uyguladım. Taraflarıma bu çözüme katıldığımı belirttim ve onlar da öyle devam ettiler. Bu kesinlikle mümkündür. Teşekkürler.

Özcan ÇİNE: Değerli konuklar; zamanımızı çok aştık, çok kısa soru sorarsanız, bundan sonraki oturumun durumunu tehlikeye sokmayalım, buyurun.

Salondan: Çok az zaman verdiniz, o yüzden iki kızsız soru sormak istiyorum. Bir tanesi dünden beri parçaları birleştirdiğimiz zaman ortaya şu çıktı. Dün sayın Mohtashami neyi anlattı, Dubai mahkemelerindeki iptal kararlarını, aslında iptal sebebi olmamasına rağmen Dubai mahkemelerinin bazı hakem kararlarını iptal edebildiğini anlattı. Ondan sonra New York Konvansiyonunu görüyoruz, diyor ki, karar verildiği yerde iptal edilmiş olsa bile tenfiz yeri mahkemesi kararı tenfiz edebilir. Bunları birleştirdiğimiz zaman özünde anstral modul low'daki, Cenevre Konvansiyonu'ndaki iptal sebeplerinin ve New York Konvansiyonu'ndaki tenfiz engellerini kıyasladığımız zaman bunlar büyük ölçüde de benzerlik gösteriyor, neredeyse aynı sebepler. O zaman belki de New York Konvansiyonu şuna izin veriyor, adalet duygusundan ziyade başka kaygılarla iptal edilen hakem kararlarını başka bir ülkede tenfiz etme imkanı tanımak, New York Konvansiyonu'nun amacı ya da ikincil amaçlarından biri budur desek bu görüşü benimle paylaşabilir misiniz?

İkinci soru da ICSID Konvansiyonu'nda spesifik performance aynen ifa kararlarının ICSID prosedüründeki tenfiz muafiyetinden faydalanamadığını anladım, sadece *pekuneri evard* (ekonomik karar) geçti. Örneğin benim yatırımım, otelim kamulaştırıldı ve hakemlerden ben otelin iadesini talep

TARTIŞMA

ettim ve hakem kararı otelin iadesi şeklinde. O zaman bu IC-SID anlamında tenfizden, ICSID Konvansiyonu'nun 55, 56. maddelerinden faydalanamayacak mıydı bu karar?

Prof. Guido CARDUCCI: Teşekkürler. Bu açıdan, herhangi bir kafa karışıklığının olmaması gerekiyor. New York Sözleşmesi madde 5 ile, tenfiz ve uygulamanın yerel düzeyde gerçekleştirilmemesini gerektiren gerekçeleri belirtmektedir. Burada, yasal açıdan canlı olan bir unsurun -kararın- tanınması ve icrası ile yine kararın kendisi olan yasal açıdan canlı bir unsura öldüren iptali birbirine karıştırmayalım. Daha önce de söylediğim gibi, -şimdilik ICSID'i bir kenara bırakalım- New York Sözleşmesi çerçevesinde madde 5.1.e bu konuda oldukça açıktır. Karar menşe ülkesinde reddedilirse, tanınması veya icrası mümkün değildir. Ancak, madde 7 ilgili tarafların kararın varış ülkesindeki yerel hukuku kullanmasına izin vermektedir. Dolayısıyla, o ülke ve o ülkenin mevzuatı madde 5.1.e'den daha genişse, taraf karar menşe ülkede iptal edilmişse bile, kararın o ülkede tanınmasını ve icrasını talep edebilir. Fransız İçtihadı buna izin vermektedir, çünkü ilgili kanunun 1502. maddesi oldukça açıktır ve kararın menşe ülkede bozulmuş olmasını sorun olarak kabul etmemektedir. Buradaki tanıma New York Sözleşmesi kapsamında değil, yerel hukuk kapsamında olacaktır.

Bu tür durumlarda, menşe ülkesinde iptal edilmiş ve artık herhangi bir hukuki gücü olmayan bir karar, Fransa'da yasal etkiye kavuşacaktır. Tahkim kararı, bir devlet mahkemesi kararı değil, özel bir edimdir. Ona hangi yasal sistem etki verirse, o etkiye sahip olacaktır. Buna karşın, devlet mahkemesi kararı, verildiği devlet mahkemesinin özgüdür. Dolayısıyla, iptali halinde, herhangi bir yasal etkisi kalmayacaktır. Tahkim kararı için, madde 7 dolayısıyla, bu mümkündür. Ancak, menşe ülkenin Fransız hukuku gibi daha liberal hükümler sunması gerekir. Bu ilk sorunuzun cevabıydı.

İkinci soru çok güzel bir soru ve size bunun için teşekkür ediyorum. Sözleşme, tanıma ve icra konusunda öngör-

düğü mekanizmanın tamamen maddi yükümlülüklerle sınırlı olduğunu açıkça belirtmektedir. Dolayısıyla, aynen ifa yolu bu kapsamda değildir. Bu yüzden, tahkim kararının bu kısmı için, başka çözümler aranmalıdır. Bazı durumlarda, New York Sözleşmesi bile yararlı olabilir. Burada, dikkatli olmamız gerekir; çünkü kararın varış devleti tarafından herhangi bir ihlal söz konusu değildir ve diplomatik koruma kapısının bir daha açılması söz konusu değildir. Bu yüzden, akit devlete karşı olan görev, tahkim kararının fiilen adalet kısmına değil, yalnızca maddi yükümlülük kısmı için geçerlidir. O yüzden, elinizde memnun olmadığınız bir anlaşma varsa, bu soruyu taslağı hazırlayanlara, yani hükümetlere yöneltiniz.

Özcan ÇİNE: Evet, şimdi kahve aramıza geçiyoruz, ikinci oturumu fazla geciktirmeyelim. 11.30' da ikinci oturuma başlayacağız, teşekkür ediyoruz arkadaşlar.

Türkiye Barolar Birliği
ULUSLARARASI
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE USUL,
UYGULAMALAR VE GÜNCEL SORUNLAR
SEMPOZYUMU

İkinci Gün
10 Ocak 2009

ALTINCI OTURUM
“Türkiye’de Tahkim ve ADR”

Oturum Başkanı
Şamil DEMİR
Anlaşmazlık Çözümleri Derneği
Başkan Yardımcısı,
Ankara Barosu
ADR Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi,

Şamil DEMİR (Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Derneği Başkan Yardımcısı, Ankara Barosu ADR Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi): Değerli meslektaşlarım, sayın yargıçlar, Sayın Yargıtay Üyem; konferansımızın altıncı ve son oturumunda yine çok değerli konuşmacılarla karşınızda olmaktan mutluluk duyuyoruz. Oturumumuzun ilk bölümünde sayın Prof. Dr. Cemal Şanlı tarafından Türkiye’de tahkim uygulaması ve prosedürü konulu bir konuşma yapılacaktır. Ardından sayın Yrd. Doç. Doktor Mustafa Özbek tarafından yeni arabuluculuk tasarısıyla birlikte uyuşmazlık çözümünde Türkiye’nin geleceği konulu bir konuşma yapılacaktır.

Oturumumuzun ilk konuşmasını sayın Prof. Dr. Cemal Şanlı yapacaktır. Sayın Şanlı İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 1977 yılında mezun olmuştur, aynı yıl aynı üniversitede, özel hukuk kürsüsünde asistan olarak görev başlamıştır. 1985 yılında milletlerarası tahkim, ticari tahkim teziyle hukuk doktorası unvanı almıştır. 1987 yılında yardımcı doçent, 1990 yılında doçent, 1996 yılındaysa profesör olmuştur. Şu an İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanlığı’nı yapmakta olan Şanlı uluslararası özel hukuk ve uluslararası ticari tahkim alanında yayınlanmış pek çok kitap ve makale ve monografinin yazarıdır. Aynı zamanda İstanbul Barosu’na kayıtlı avukatlık yapan Şanlı birçok ulusal ve uluslararası tahkimde hakem olarak görev yapmıştır. Şimdi sözü kendilerine veriyorum.

CEMAL
ŞANLI'NIN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı): Önce belirtiyim ki; bugün boğazım çok kötü. Sesimdeki arıza sebebiyle özür diliyorum, mikrofona mümkün mertebe yaklaşarak sorunu hafifletmeye çalışacağım. Öncelikle teşekkürleriniz için teşekkür ederim. Ben, bu kısa zaman dilimi içerisinde Türkiye’de yerel ve uluslararası tahkimin hal ü vaziyeti hakkında konuşacağım. İki bölüme ayıracağım konuşmamı: Birincisi mevzuat, ikincisi uygulama.

1. Mevzuat olarak gelişmiş ülkelerin tahkim sistemlerinden çok farklı olmadığımızı söyleyebilirim. Türk hukuku pek çok Batı Avrupa hukukunda olduğu gibi ikili bir sistemi benimsemiştir. Yabancılık unsuru içermeyen, yani yerel tahkime ilişkin bir mevzuat, yabancılık unsuru içeren tahkimlere ilişkin ayrı bir mevzuat şeklinde bir ikili sisteme sahip olduğumuzu söylemeliyim. Türk hukukçularının hepsinin yakinen bildiği üzere yerel tahkim 1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 516. maddesiyle başlayan ve tahkim başlığını taşıyan bölüm hükümlerine tebaan yürütülmektedir. Milletlerarası tahkimle alakalı birkaç düzenleme vardır, bu ana düzenleme 21.06.2001’de yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanunu’dur. Bu kanun esas itibarıyla İsviçre’deki Devletler Özel Hukuku Kanunu’nun uluslararası tahkime ilişkin kısmından ve Unstreal’in tahkim kuralları esas alınarak tanzim edilmiştir. Bunun yanında Türkiye’ye özgü bir iki düzenleme vardır, bu da 1998, 1999 ve 2000 yıllarında Türkiye’de ortaya çıkan uluslararası karakterli idari sözleşmelerde tahkim yolunun mümkün olup olmadığı konusunda ortaya çıkan krizi çözmek üzere çıkarılan düzenlemelerdir. Bu anlamda birinci düzenleme Anayasa’nın 125. maddesini değiştiren 4446 sayılı Kanun’dur. Bu düzenlemeyle Türk hukukunda açıkça uluslararası karakterli idare hukuku sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yerel ve uluslararası tahkime gidilebileceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa’nın 125. maddesinde yapılan bu değişikliği somut hayata geçirmek üzere de 21.01.2000 tarihli 4501 sayılı Kanun çıkarılmış-

tır, bu kanun da 125. maddede yapılan değişikliği teyit etmiştir.

2. Bunların dışında, Türk milletlerarası tahkim alanını tanzim eden 1958 tarihli New York Konvansiyonu vardır. Türkiye bu konvansiyona taraf olmuştur ve dünya üzerinde bu konvansiyon etrafında yabancı hakem kararlarının icrası konusunda yeknesak bir hukuk teşekkül etmiştir. Türkiye de bu yeknesak hukukun bir parçası haline gelmiştir. Diğer bir düzenleme ICSID Konvansiyonu'dur, -bundan da konuşmacılar yeterince bahsettiler. Bu, sadece Türkiye'deki yatırım uyuşmazlıklarından doğan "özel" bir tahkimi öngören bir konvansiyondur. Burada, ICSID Konvansiyonu'yla alakalı olarak bir hususa temas edeyim. ICSID Konvansiyonu'na Türkiye'nin taraf olması demek, konvansiyona taraf ülke vatandaşları gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye'de yaptıkları yatırımlardan doğan uyuşmazlıkları doğrudan doğruya ICSID'e götürebilecekleri anlamına gelmez. Konvansiyonun çok önemli bir özelliğidir ki; ICSID ancak tarafların açık bir anlaşmasıyla tahkim yetkisini kullanabilir. Bu anlaşma ihtilaf çıktıktan sonra taraflar arasına yapılan özel bir anlaşmayla gerçekleşmektedir. Ancak, daha çok tatbikatta iki taraflı devletler arasında akdedilen yatırımların korunması ve teşviki anlaşmalarıyla bu rıza (anlaşma) gerçekleşmektedir. Gerçekten de Türkiye'nin imza koyduğu pek çok Yatırım Anlaşmasında akit devlet vatandaşları gerçek ve tüzel kişilerle ev sahibi devlet olan Türkiye arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının ICSID'e götürülebileceğine dair hüküm bulunmaktadır. İkili anlaşmalardaki bu kloz, ICSID'e başvuruyu temin eden bir rıza, bir anlaşma yerini almaktadır. Son yıllarda Türk devletine karşı ICSID nezdinde açılan davaların hemen hemen tamamı, -bir tanesi hariç- iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki ICSID'e yetki tanıyan tahkim klozlarına dayanmaktadır.

Görüldüğü üzere, Türk Milletlerarası Tahkim Mevzuatı bir sürpriz içermemektedir. Gelişmiş ülkelerdeki düzenlemelere eş düzenlemeler bulunmaktadır. Sadece, 1999 ve 2000 tarihinde çıkan Anayasa değişikliği ve 4501 sayılı Kanun gibi düzenlemeler bize özgüdür. Diğerleri bütün modern ülkele-

CEMAL
ŞANLI'NIN
KONUŞMASI

rin tahkim düzenleri ile ahenklidir. Diyebilirim ki; Türkiye'de yerel ve uluslararası tahkimle alakalı sorunlar, mevzuatla ilgili değil, tatbikatla ilgilidir. Bu itibarla, güncel Türk uluslararası tahkim sisteminin mukadderatını, önemli ölçüde, yüksek mahkememizin yorumları belirlemektedir.

3. Takdir edersiniz ki; 20 dakikalık süre, bu sorunları tüketici biçimde ortaya koymaya uygun değildir. Ayrıca, boğazımdaki ağrılar sebebiyle ben de bunların tamamını anlatmaya uygun değilim! Sadece, ana hatlarıyla Türk tahkim hukukunun karşı karşıya olduğu kriz alanlarından bahsedeceğim.

Burada, öncelikle ve üzülerek belirteyim ki; Türkiye'de tahkim metodu gelişmiş ülkelerin aksine, uyuşmazlıkların çözüm yöntemi olarak bir alternatif yöntem konumunda değildir. Yani milli mahkemelerin yükünü hafifleten, adaletin hızlı tecellisine hizmet eden bir mekanizma fonksiyonunu görmemektedir. Yerel tahkim fevkalade istisnai olarak kullanılmaktadır. Vakit olmadığı için Amerika, İngiltere ve sair gelişmiş ülkelerdeki tahkimin kullanım oranını ortaya koyan istatistiki bilgilere girmiyorum. Mümkün olsa idi bu bilgiler sizin için çok şaşırtıcı gelebilirdi... Mesela Amerika Birleşik Devletleri'nde iş davaları dediğimiz davaların yüzde 80'e yakını tahkim yoluyla çözümlenmektedir. Türkiye'de ise iş davalarında tahkim yolu kapalıdır!... Tabii son düzenlemeyi hariç tutarak söylüyorum. Son çıkan Sosyal Güvenlik Yasasında bir yeni düzenleme getirildi ve tahkim imkanı getirildi. Ancak, bu tarihe kadarki uygulamada, Yargıtay işçiyi ancak hakimlerin koruyabileceği anlayışıyla iş davaları bakımından tahkimi yasaklamıştır. Yine, pek çok gelişmiş ülkede mahkemelerimizin büyük ölçüde vaktini alan kira davaları, tahkim yoluyla tasfiye edilmektedir. Türk Yargıtayı geçmiş yıllarda verdiği kararlarla, kiracıyı ancak devlet hakimlerinin koruyabileceği düşüncesiyle kira hukukunda tahkime izin vermemiştir.

Türk tahkim tatbikatında bunun gibi pek çok patolojik durumdan bahsedebiliriz. Milli yargının tahkimi güven duyulmayan bir yargılama usulü olarak görmesi sebebiyle dir

ki; Türkiye’de tahkim kurumu gelişmemiştir ve resmi mahkemelerin yükünü hafifleten bir yargılama usulü olmamıştır. Gerçekten de; dünyanın her yerinde tahkimin devlet yargısının yükünü hafifleten bir alternatif ihtilaf çözme tekniği olarak iş görebilmesi için, milli mahkemelerin himayesi şarttır. Milli mahkemelerin toleransı, milli mahkemelerin himayesi olmadan tahkim gelişmez. Milli mahkemelerin, yani devlet hakimlerinin tahkimi hasım olarak gördükleri; otoritelerine bir müdahale olarak gördükleri yerde tahkim gelişmez. Yargıtay kararlarında, bu anlayışın izlerini maalesef çok sık gözlemliyoruz. Bu sebeple diyebilirim ki; Türk tahkim hukukunun önündeki en ciddi sorunlardan bir tanesi, devlet hakimlerinin tahkime bakış açısındaki olumsuzluktur.

4. Türk tahkim hukukunun gelişmesini engelleyen ciddi sebeplerden biri de 1927’de İsviçre’den aldığımız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 519. maddesindeki düzenlemedir. Bunu, aynen, orijinal haliyle hâlâ muhafaza ediyoruz. Bugün dünyanın hemen hemen her yerinde bu düzenleme değişmiştir. Madde 519’a göre şayet taraflar arasındaki mukavelede bir tahkim şartı olduğunda ve dava açmak isteyen taraf tahkim başvurusunda bulunduğu, diğer taraf *“hakemlerin yetkisi yoktur”*, *“bu tahkim şartı hükümsüzdür, geçersizdir”* diye yarım satırlık bir beyanda bulunduğu, tahkim prosedürü kolayca sabote edilebilmektedir. Bunun üzerine tahkimi sürdürmek isteyen tarafın devlet mahkemesinde tahkim şartının geçerli bulunduğu tespitini amacıyla bir dava açması lazım. Bu dava hasımlı, ihtilafı kaza şeklinde görülmektedir. Bu dava sonunda verilen karar temyize tabidir, dosya Ankara’ya Yargıtay’a gidecek ve Yüksek Mahkeme’nin tozlu raflarında yerini alacaktır. Temyiz sonunda verilen karar tashih-i karara tabi değildir. Daire kararında ve yerel mahkeme kararında tahkim şartı geçerlidir denir ise, tahkim iki veya üç sene önceki durduğu yerden yeniden başlayacaktır. 519. maddedeki düzenleme çok anlamsız bir düzenlemedir. Tahkim şartının geçersizliğine veya yokluğuna ilişkin itiraz yapıldığında, hakemlerin yetkisini aştıkları iddiası zımnında zaten yüksek mahkeme bunu temyizen inceleyebilir. O itibar-

la 519. maddenin tahkimi sabote eden, prosedürü tahrip eden ve inkıtaya uğratan bir düzenleme olmaktan çıkarılması gerekir. Nitekim, yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda tahkim klozunun geçersizliğine yönelik itirazları değerlendirme yetkisi hakemlere bırakılmıştır ve hakemlerin bu yöndeki değerlendirmeleri temyize konu yapılabilmektedir. 519. madde düzenlemesi, tahkime karşı çıkan kötü niyetli davalının tahkim prosedürünü kolayca uzatmasına hizmet etmektedir ve çok defa tahkimi sürat bakımından resmi yargının gerisine çekmektedir. Bu durumda, insanlar, niçin tahkimi tercih ettiklerini anlayamamaktadırlar...

5. Gerek yerel tahkimi, gerekse uluslararası tahkimi büyük ölçüde baltalayan ve resmi yargının zaman ve sürat bakımından gerisine düşüren ikinci uygulama ise, belirli bir hukukun seçildiği durumlarda hakem kararının esastan bu hukuka uygun olup olmadığının incelenmesine izin veren 1994 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararıdır. Bahse konu kararlar, şayet taraflar hakemlerce bir milli hukukun uygulanacağını kararlaştırmışlar ise, temyiz üzerine devlet mahkemelerinin hakem kararını esastan incelemesi kabul edilmiştir. Esastan inceleme ne demek? Esastan inceleme, temyiz mahkemesince hem vakıaların yeniden incelenmesi ve değerlendirilmesini, hem de hukuki tavsifin denetlenmesi yeniden yapılmasını kapsamaktadır. Bu içtihadı birleştirme kararı sebebiyle, isteyerek veya istemeyerek tahkime giden pek çok ilgili, devlet mahkemelerini seçmediklerine bin defa pişman olmaktadır. Çünkü hakem kararı, biraz evvel belirttiğim gibi tamamen esastan bir normal alt mahkeme kararı gibi esastan incelemeye tabidir ve pratikte de pek çok karar şu veya bu sebeple bozulmaktadır. Her hakem kararı bozulduğunda, bizim hukukumuzda göre yeniden bir hakem mahkemesinin teşekkül ettirilmesi gerekmektedir. Yeniden atanan ve ücretleri yeniden belirlenen bu hakem heyetinin kararı da yeni bir karar olduğundan bu da esastan incelemeye tabidir. Hakem kurulları, temyiz incelemeleri ve bozmalar peş peşe gelmektedir. Bu, tahkimi resmi yargının çok gerisine götürmektedir. 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme kararı karşısında, uyuşmaz-

lıkların çözüm yolu olarak tahkim usulünün niçin seçildiğini anlamak ve açıklamak mümkün bulunmamaktadır.

6. Burada üzerinde durulması gereken uluslararası tahkime ilişkin bir kaç mesele vardır: Bunlardan biri, HUMK'ya tabi kılınan ve Türkiye'de cereyan eden yerel bir tahkimde taraflarca Türk hukuku dışındaki bir yabancı hukuk seçilmişse, Yargıtay'ın bu yabancı hukuka göre esastan incelemeyi nasıl yapacağıdır. Bu konuda, Yargıtay henüz bir karar vermemiştir ve bildiğim davalarda Yargıtay şayet taraflar maddi hukuk olarak tahkimi Türk hukukuna tabi tutmuşlarsa, hakem kararı Yargıtay tarafından esastan Türk hukukuna uygunluk bakımından denetlenecektir. Taraflar HUMK'ya tabi bir tahkimi esastan yabancı bir hukuka tabi kılmışlar ve karar da hakemlerce yabancı bir maddi hukuka göre verilmiş ise, Yargıtay yabancı hukuka göre bir uygunluk denetimi yapmamaktadır.

7. Buraya kadar anlattıklarımın, Yargıtay'ın tahkimin esasına müdahalesini 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme ile sınırlı zannedebilirsiniz. Yani, Yüksek Mahkeme'nin tahkimin esasına müdahalesini, taraflarca tahkimin bir maddi hukuka tabi tutulduğu tahkimlerle sınırlı olduğunu düşünebilirsiniz. Durum böyle değildir. Yargıtay, taraflarca hakemlerin hakkaniyet ve nısfete göre karar vereceklerinin kararlaştırıldığı tahkimleri de esastan incelemektedir. Yargıtay, burada da hakemlerin hakkaniyet ve nısfeti doğru uygulayıp uygulamadığını denetlemektedir. Sonuç itibariyle, Yargıtay 2000 senesinden bu yana verdiği pek çok kararda, hakkaniyet ve nısfete göre verilen kararlarda da hakkaniyet ve nısfete uyulup uyulmadığını esastan incelemektedir. Peki, hakkaniyet ve nısfete uyma ne demektir? Mesela bir kararda sözleşme hükümlerinin yanlış yorumlanması, bir başka kararda taraflardan birine atfedilen kusurun yeterince dikkate alınmaması hakkaniyet ve nısfete aykırı bulunmuş, karar iptal edilmiştir. Netice-ten, diyebiliriz ki; hakkaniyet ve nısfete tabi tahkimlerde de Yargıtay hakem kararlarını esastan aynen birinci grupta ifade ettiğim gibi incelemektedir. Sonuç şudur: Türk yerel tahkim hukukunda Yargıtay'ın, devlet mahkemelerinin esastan incelemeyeceği bir tahkim modeli kalmamıştır ve her iki tahkim

CEMAL
ŞANLI'NIN
KONUŞMASI

türünde de bu incelemenin derecesi ve sınırları aynıdır. Hakem kararlarının esastan incelenmesi ve bozma üzerine yeniden yeni bir hakem mahkemesinin oluşturulması..., sürat bakımından yerel tahkimi devlet yargısının gerisine düşürmüştür, tahkimi alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmaktan çıkarmıştır.

8. Buraya kadar söylediklerim, esas itibariyle, yerel tahkim alanındaki kriz noktalarına ilişkindir. Şimdi Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tatbikatından bahsedeceğim. Biraz evvel, 2001'in altıncı ayında ülkemizde bir Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun çıktığını söylemişim. Bu kanun Türkiye'de yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği tahkim davalarını yönetmek üzere çıkarılmış bir usul kanunudur, yani bir tahkim usulü kanunudur. Zaten Kanununun 1. maddesi de bunu söylemektedir. Ancak, Yargıtay, - özellikle 15. Hukuk Dairesi- 2001'den bu yana verdiği kararlarla, Kanun'un sadece 2001 yılından sonra yapılan, yani Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yürürlüğünden sonra yapılan sözleşmelerden doğan yabancı unsurlu tahkimlere uygulanacağı içtihadında bulunmuştur. Bu içtihada göre, şayet tahkim anlaşması 2001'in altıncı ayından önce yapılmışsa, -milletlerarası karakterli de olsa- tahkim HUMK'ya tabidir. Bu sebeple uygulamada 2001'in altıncı ayından önce yapılmış uluslararası karakterli tahkim anlaşmalarına dayanan tahkimlerin tamamı, Yargıtay'ın bu içtihadı sebebiyle HUMK'ya tabi olarak yürütülmektedir ve bu tahkimler de 1994 tarihli içtihadı birleştirme kapsamında mütalaa edilerek esastan incelemeye tabi tutulmaktadır. Böylece, büyük ümitlerle çıkarılan Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tatbikatı da pek çok dava bakımından devre dışı bırakılmıştır.

Bilindiği üzere, kanun koyucu milletlerarası karakterli tahkimler bakımından yerel usul kanununun yerel tahkime ilişkin düzenlemelerini uygun görmemiş, yepyeni bir kanun çıkarmıştır. Bu, (özel) bir tahkim alanını düzenleyen tipik bir usul kanunudur. Bütün hukukçular bilmektedir ki; usul kanunları yürürlüğe girdiği andan itibaren kapsamına dahil ve kesin hükme bağlanmamış bütün meselelerde "der-

hal" uygulanır. Maalesef Yargıtay, hukuk alanındaki bu açıklığa rağmen tahkim anlaşmasının yapıldığı tarihteki yasanın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu olduğu, tarafların tahkim anlaşmasını bu Kanunu dikkate alarak yaptıkları gerekçesiyle bu tahkimlerin HUMK'ya tabi olacağı neticesine ulaşmış ve bu yolla pek çok yabancılik unsuru taşıyan tahkimi de HUMKy'a tabi tutmuştur.

9. Yüksek Mahkeme'nin son zamanlarda çıkan bazı kararlarında da Milletlerarası Tahkim Kanununun kapsamına giren hakem kararları bakımından da esasa girme eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere, Milletlerarası Tahkim Kanunu, dünyadaki benzerlerine uygun olarak ve doğru olarak, hakem kararına karşı açılacak iptal davasında esasa girme yasağı getirmiştir. Burada, mahkemeler hakem kararını esastan inceleyemez, sadece Kanunda sayılan iptal sebepleri bakımından hakem kararını değerlendirir. Bu kritik konuda, müsaade ederseniz, birkaç davaya referans verecek konuşmamı bitireyim. Mesela Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2007 tarihli kararını tasdik eden Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 28.01.2008 tarihli bir kararında, hakemlerin delilleri değerlendirmesi incelemeye tabi tutulmuş ve keşif delilinin yeterince hakemlerce değerlendirilmemesi, kanundaki iptal sebeplerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılık sayılmış ve bu gerekçeyle hakem kararı iptal edilmiştir. Yine, İstanbul 9. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2006 tarihli kararını bozan Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 23.11.2006 tarihli bir kararında, müteahhit tarafından yapılmayan ek iş bedellerinin de alacağa eklenerek müteahhit alacağının çıkarılmamış olması, yani davacının zarar ziyan talebinin eksik hesaplanması, kanundaki iptal sebeplerinden hakemlerin yetkilerini aşmaları olarak nitelendirilmiş ve hakem kararı iptal edilmiştir.

Bu gerekçelerden ne anlaşılmaktadır?

Benim anladığım, Yüksek Mahkeme'nin; Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kapsamına giren tahkimlerde de iptal sebeplerini esasa girmeye izin verecek şekilde yorumlama

CEMAL
ŞANLI'NIN
KONUŞMASI

eğilimi içerisinde olduğudur. Bunun bir gelenek olduğu ve zihinsel bir durumla ilgili olduğu açıktır. Yüksek Yargıtay, sivil bir yargılama biçimi olan tahkime gerekli himaye ve toleransı göstermediği müddetçe, yasalar resmi yargının hakem kararlarının esasına müdahalesini önlemeye yetmeyecek gibi gözükmektedir. Bu, Türk tahkim hukukunun bünyesinde barındırdığı en ciddi, en kritik problemidir.

10. Son bir durumdan bahsedip, konuşmamı bitireceğim. Bildiğiniz gibi, Türkiye’de de pek çok ICC tahkimi yürütülmektedir. Özellikle, Türk kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu pek çok sözleşmede ICC tahkimi yer almaktadır ve tahkim yeri Ankara veya İstanbul olarak belirlenmektedir. Yargıtay’a göre ICC kurallarına teb’an Türkiye’de verilen hakem kararları Türk hakem kararıdır ve Türk hukuku içinde verilmiş kararlardır. Yüksek Mahkeme’ye göre ICC kurallarını, yani Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Tüzüğü’nü seçme yabancı bir usul hukukunu seçme anlamında değildir. Bu tahkimler, hukuki çerçeve ve hukuki meşruiyet temeli olarak Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tabidir. Ancak, Yüksek Yargıtay’ın Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun zaman itibariyle uygulanması konusundaki uygulaması, ICC kurallarına tebaan Ankara’da veya İstanbul’da yürütülen tahkimler sonucu verilen kararlar bakımından da tuhaf bir sonuç ortaya koymaktadır. Yargıtay uygulamasına göre yabancılık unsuru içeren ve ICC kurallarına tabi kılınan tahkimini dayandığı tahkim şartı veya sözleşmesi, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun yürürlüğünden evvel yapılmış ise, Ankara veya İstanbul’da ICC kurallarına göre verilen hakem kararı HUMK’ya tabidir ve 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı mucibince Yargıtay’ın esastan incelemesine tabidir. Burada, Türkiye’de ICC kurallarına göre cereyan eden tahkimin esasına tarafların seçimi gereği yabancı bir maddi hukuk uygulanmış ise, Yüksek Yargıtay’ın bu hakem kararını yabancı hukuka uygunluk bakımından esastan inceleyip incelemeyeceği bilinmemektedir.

Hepinize teşekkür ederim.

Prof. Dr. Cemal ŞANLI: Sayın Profesör Cemal Şanlı'ya teşekkür ederiz. Bundan sonraki konumuz programdan da anlaşıldığı gibi arabuluculukla ilgili. Bu nedenle bu kısma ilişkin soruları şimdi almayı düşünüyorum, buyurun.

Abdülhalim EKE: (Ankara Barosu) Cemal hocama teşekkür ederim. Tahkimin tevdi niteliğinde olduğu dün beyan edildi. Avukatlık Kanunu'nda şöyle bir hüküm var, avukatlar ve taraflar bir araya gelir ve ihtilafı sonlandıracak bir metin hazırlar ve imza altına alırlarsa bu ilam hükmündedir. Yani bunun tanınması olmaz, tenfizi olmaz, belki genel hukuk kaidelerine göre iptali için davası açılabilir. Tahkim hukukunda Avukatlık Kanununun bu hükmü nasıl uygulanabilir yahut tahkim şartı olarak Avukatlık Kanunundaki usule tabi olacağı sözleşmeye derç edilirse ne tür hüküm ve sonuçlar doğurur? Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Cemal ŞANLI: Avukat arkadaşımızın sorusu, benim uzmanlık alanıma girmiyor, onu Mustafa bey cevaplasın

Şamil DEMİR: Bu konuda kitabında bölüm de olduğu için, meslektaşım Avukatlık Kanunu 35/a maddesinden bahsediyor, bu konuda Mustafa beyin çalışmaları var, sözü kendisine teslim ediyorum.

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK: Teşekkür ederim sayın Başkan. Değerli meslektaşına çok kısa bir cevap vermek istiyorum. Avukatlık Kanunu 35/a maddesine göre hazırlanan tutanakların doğrudan tahkimle bağlantısı yoktur. Çünkü kendisi zaten ilamlı icraya dayanak belgedir, İcra İflas Kanunu'nun 38. maddesine göre kabili icradır, icra müdürlüğüne sunulmak suretiyle icra emri gönderilerek icraya koyulabilir. Aynı bir sözleşme yapılarak bu sözleşmeden doğan,

TARTIŞMA

ben bu sözleşmeyi de avukatlık ücret sözleşmesi olarak anlıyorum, esasa ilişkin uyuşmazlıklarda nasıl bir şeyi kastediyorsunuz? Yani avukat ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda tahkime başvurulabilir, o da caiz.

Abdülhalim EKE: Şimdi 35/a'daki ücrete ilişkin değil, taraflar arasındaki ihtilafa ilişkin, tahkim de taraflar arasındaki ihtilafa ilişkin. Avukatlık Kanunu'ndaki usul tahkime ne ölçüde uygulanabilir, tahkim koşulu içerisinde böyle bir hüküm yer alırsa ne yaparız? Yani tahkim sözleşmesi Avukatlık Kanunu anlamında bir belgeye dönüştürülürse ya da dönüştürülse bir kolaylık oluşturur mu?

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK: Şimdi bu da tabii aydınlandı. Şöyle olabilir, buna uygulamada "*terdidli uyuşmazlık çözüm şartları*" deniyor. Yani bir uyuşmazlık çözüm şartı içinde öncelikle tarafların uzlaşmaya, müzakereye, ardından uzlaşmayla sonuç alınamazsa arabuluculuğa, bununla da belli bir süre içinde, örneğin 45 gün içinde süre alınamazsa tahkime başvurulacağı kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda 35/a maddesi işletilebilir, eğer uzlaşmaya varılırsa ilamlı icraya dayanak belge olduğu için zaten devamını gitmeye gerek yoktur, uzlaşmaya varılmadığı takdirde de arabuluculuk ve tahkim yollarına gidilebilir. Bu şartın bağlayıcılığı konusu dün tartışıldı, o konuda doktrinde farklı görüşler var, iç hukuklara göre de değişebilir, ama bizim iç hukukumuza göre ilamlı icraya dayanak belge olduğu için kabili icradır. Ayrıca 35/a maddesine göre hazırlanan bu tutanak da irade fesadı hallerine göre Borçlar Kanunu genel hükümlerine göre iptal edilebilir.

Av. Bedri VAROL: Cemal hocama teşekkür ediyoruz. Bu milletlerarası tahkimle ilgili olarak hakem kararlarının yerel mahkemelerde iptali ya da yüksek mahkemelerde iptalinin tartışmalarına son vermek için ICC, CIARB ya da diğer ku-

rulu mahkemelere bir Yargıtay vazifesi görecek bir temyiz heyeti oluşturulması şeklinde çalışmalar olduğu konusunda Cemal hocamdan bir bilgi almak istiyorum. Bir de özellikle ICC kurallarının 29. maddesinde yer alan kararların tavzihine ilişkin bir yolla hakem kararının iptaline ilişkin Milletlerarası Tahkim Kanunu 15. maddesindeki yolun aynı anda paralel olarak yürütmesi sonucunda ortaya çıkacak birtakım tartışmalar söz konusu olabiliyor. Örneğin hakem tavzih talebini kabul ettiği zaman taraflardan birinin bir zeylnameyle düzeltiyor kararını. O zeylnamenin içeriği tartışmalı olabiliyor çoğu zaman, o arada iptal davası da açılmış oluyor, ama bu sefer de zeylnamenin tebliğinden itibaren geçecek 30 günlük süre yeni bir tartışma başlatabiliyor. Bu konuda görüşlerinizi lütfederseniz sevinirim.

Prof. Dr. Cemal ŞANLI: Arkadaşımızın birinci sorusu hakkında hiçbir bilgin yok. Yani uluslararası tahkim kararlarının tenfizi, iptali davalarıyla ilgili özel bir gerek alt mahkeme, gerekse yüksek mahkeme dairesi olarak çalışma olduğu konusunda bir fikrim yok, böyle bir çalışma hakkında da bilgin yok. İkinci suali tabii enteresan, Milletlerarası Tahkim Kanunu'yla ICC veya bir başka yabancı kurumsal tahkim örgütünün kurallarına göre yürütülen tahkim düzeni çok defa birbiriyle uyuşmayacaktır. Birinde mesela hakem kararının tevdi yeri mahkeme, birinde sekreteryaya. Birinde hakemler kararı temyiz yolu açık olmak üzere verme mecburiyetinde, bu ifadeyi kullanma mecburiyetinde, ICC veya bir başka kurumda böyle bir şey yok. Bilakis ICC Tüzüğü'ne göre hakem kararı verildiği andan itibaren taraflar bakımından vacibü raiyedir eskilerin tabiriyle, bağlayıcıdır, geçerlidir, uyulması gerekir. Zaten problem burada, yani Milletlerarası Tahkim Kanunu'yla ICC veya bir başka uluslararası tahkim örgütünün kurallarına tebaan Türkiye'de yürütülecek tahkimlerde hangisine uyulacak? Ancak somut olarak arkadaşımızın sorduğu soruyu şöyle cevaplayabilirim, tavzih konusunda ICC Tüzüğü'nde de hükümler vardır, binaenaleyh tavzih konusu ICC Tüzüğü'ne göre kotarılmalı, sonuçlandırılmalıdır, Millet-

TARTIŞMA

lerarası Tahkim Kanunu'na göre değil. O zaman diyeceksiniz Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki tavzih düzenlemesi ne zaman uygulanacak? Yabancı bir tavzih hükmü, düzenlemesi içeren yabancı bir tahkim kurulu seçilmediğinde tabii ki Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki sistem uygulanacaktır. Teşekkür ederim.

Salondan: Öncelikle konuşması için sayın Şanlı hocamıza teşekkür ederim. Benim sorum, öncelikli sorum yeni MHUK'taki bir değişikliğe ilişkin, bildiğinizi gibi eski MHUK'ta kesinleşmiş hakem kararlarının tenfizinden bahsediliyordu, fakat yeni MHUK'ta taraflar için bağlayıcılık kazanmamış ve kesinleşmemiş hakem kararlarından bahsediliyor. Bu durumun hakem kararlarının tenfizindeki etkisi nedir, özellikle bunun ihtiyati hakem kararları üzerindeki etkisi nedir? İkinci sorum kira sözleşmelerinin tenfiz edilemezliğinden bahsetti Sayın Şanlı hocamız.

Prof. Dr. Cemal ŞANLI: Hayır, öyle bir şey söylemedim. Tahkime elverişli olmamasından bahsettim.

Salondan: Pardon, tahkime tabi tutulmamasından bahsetti. Fakat Yargıtay'ın gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerinde tahkime gidilebileceğine ilişkin bir içtihadı var.

Prof. Dr. Cemal ŞANLI: Ama alakası yok, kira dediniz.

Salondan: Zaten sorum da gayrimenkullara ilişkin ayrımı nasıl yapıyor Yargıtay? Son sorum da rekabet hukukundan doğan ihtilaflarda da tahkime gidilebilirlik dünyada tartışılan bir konu, fakat Türkiye'de bununla ilgili bir Yargıtay kararı yok, bu konuda sizin görüşünüz nedir?

Prof. Dr. Cemal ŞANLI: Teşekkür ederim. 2007'den önceki Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da zuhulen, yanlışlıkla yabancı hakem kararlarının kesinleşmesinden bahsedilmiştir. Bu yeni Kanun'da düzeltilmiştir. Neye göre düzeltilmiştir? New York Konvansiyonu'nun 5. maddesinde bainding tabiri kullanılmıştır, doğrusu da budur. Tabii bu vesileyle itiraf etmem lazım, Yargıtayımız hakem kararlarının kesinleşme şartı bakımından çok ileri ve çok enteresan kararlar vermiştir. New York Konvansiyonu'nun tatbikatında en çok komplikasyon yaşanan alan dünyada hakem kararlarının kesinleşmesi meselesi olmuştur. Yıllarca pek çok ülkede hakem kararının tenfiz edilebilmesi için önce verildiği ülkede kesinleştirilmesi, bir mahkeme kararından geçirilmesi, sonra bunun ülkede tenfizin istenmesi yolu benimsenmiştir. Fakat bu aslında double exquatır dediğimiz bir çifte tenfiz olduğu için burada New York Konvansiyonu'nda kastedilen kesinleşmenin hakem kararına karşı o tahkimin tabi olduğu tüzük hüküm için de bir üst merci bulunmaması. Yani hakem kararının taraflar bakımından bainding olması, bağlayıcı olması yeterli sayılmıştır, Yargıtay da bu istikamette kararlar vermiştir. Yargıtayımızın bu içtihatları da dikkate alınarak yeni Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda bu tabir, kesinleşme atılmış, sadece bağlayıcı olma tabiriyle iktifa edilmiştir.

Arkadaşımız, gayrimenkullarla ilgili tahkime gidilemeyeceği konusunda Yargıtay'ın kriterinin ne olduğunu sordu. Kuşku yok ki bu soruların cavabı çok uzun vakit alır. Kısaca söyleyeyim. Gayrimenkulla ilgili bir ihtilaf parasal bir ihtilafsa, taraflara terettüp eden edimler parasal edimlerse Yargıtay tahkimi kabul etmektedir. Mesela kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bir ihtilaf taraflardan birinin para edimini yerine getirmemesiyle ilgiliyse tahkimin önünü açmaktadır, ama kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak davacı hükmen tescil talebinde bulunmuşsa, kendi edimini yerine getirdiğini, yani kendisine düşen yapıyı, eseri imal ettiğini, ama karşı tarafın tapu devirlerini yapmadığını hükmen hakemden bir tescil talebinde bulunursa bunu reddetmektedir.

TARTIŞMA

Yargıtayın kirayla alakalı kararları tahkime kapalıdır, çünkü orada kiracının devlet mahkemeleri tarafından daha iyi korunacağı fikri vardır. Sınır söyledim gibi parasal taleplerle ilgiliyse gayrimenkulla ilgili olmakla beraber uyuşmazlık, tahkimi kabul etmekte ve aynına ilişkin bir imar işlemi, bir tescil, bir tapu işlemi gibi resmi dairelerin bir işlem yapmasını gerektiren bir şeyse bunun hakem kararlarıyla olamayacağı kanaatindeyim. Üçüncü sorunuz rekabet hukukunda tahkim, bu çok tartışılan bir şeydir. Müsaade ederseniz buna girmeyelim, bu konumuzu çok uzatır. Teşekkür ederim.

Şamil DEMİR: Son sorumuzu alacağız.

Av. Haluk HÜDAYIOĞLU: Şimdi konu şu, Türkiye tahkim konusunda uluslararası birtakım sözleşmelere bağlı ve New York Konvansiyonu, Washington Konvansiyonu gibi. Şimdi Türkiye'yle yabancı bir ülke, Almanya'yı örnek verdik, bir konuda ihtilafa düştü özek sektör iki taraflı ve tahkime gidildi. Şimdi tahkim konusu bağlayıcı deniyor, ama iptal hükümleri dışında, bu iptal hükümleri içinde beş tane istisnai hüküm var. Şimdi bu istisnai hükümlerle ilgili olarak diyelim ki Türk tarafı mahkemeye gitti, burada bu defa mahkeme süreci başlayacak. Mahkeme süreci Yargıtaya gitti ve iptal dolayısıyla Yargıtay 15. Hukuk Dairesi sayın hocamın dediği gibi esasa giriyor, esasta keşif yapılmış mı yapılmamış mı, ne dereceye kadar deliller değerlendirilmiş noktasına varıncaya kadar üzerine düşmeyen konularda birtakım araştırmalara giriyor. Şimdi diyelim böylesi bir karar verdi, o zaman bizim Türkiye olarak bu sözleşmelere bağlılığımızın derecesi tartışmaya açık olmaz mı ve bu durumda yabancı ülkenin temsilcisinin arayacağı haklar neler olabilir? Arayacağı haklar dediğimde tabii Yargıtay en yüksek merci olduğuna göre bunu Türkiye'de aramayacak, uluslararası mercilere gidecek, bu konuda belki de Avrupa'daki bir mahkemeye, insan hakları demeyeceğim, çünkü o konuyu aşılıyor, böyle bir mahkeme var, o mahkemeye gidecektir diye ümit ediyorum. Bu konu

hakkında sayın Şanlı hocamdan aydınlanmak istiyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Cemal ŞANLI: İtiraf edeyim ki; soru zor bir soru. New York Konvansiyonuna tabi hakem kararlarının tenfizinde keyfi, anlamsız, absürd bir gerekçeyle bir yabancı hakem kararının tenfizi reddedilirse veya yabancıya aldığı hakem kararı bahsettiğim gerekçelerle iptal edilirse, ne olacaktır? Kuşkusuz, tenfizin reddi veya iptal, anlaşmalara veya kanunna dayandığı ölçüde geçerlidir. Orada söyleyecek bir şey yok. Ancak, New York Konvansiyonu'nun kötü bir uygulaması yapılmışsa, Türk mahkemesinden tenfizi reddedilen veya Türk mahkemesince iptal edilen bir hakem kararının borçlunun mal ve alacaklarının bulunduğu başka bir ülkede tenfiz edilip edilemeyeceği veya icra edilip edilemeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir. Diğer bir ifade ile davacı Türk mahkemesinin tenfizini reddettiği hakem kararını davalı tarafın mal ve alacaklarının bulunduğu veya bulunabileceği bir başka Newyork Konvansiyonu'na üye ülkede yeniden bir tenfiz davasına konu yapabilir mi? Bu uluslararası tahkim literatüründe çok tartışılan bir konudur. Prensipte olarak bu sorunun cevabı olumludur. Çünkü, tenfiz talebinin reddi hakem kararının iptali mahiyetinde değildir. Akit ülkeler, yerel mülahazalarla, özellikle kamu düzeni konusundaki yerel mülahazalarla New York Konvansiyonu'na tabi bir hakem kararının tenfizini reddedebilirler. Bunun örnekleri de var. Mesela Libya Mahkemeleri, İsveç şirketinin Libya Milli Denizcilik Şirketi aleyhine aldığı hakem kararının tenfizini boykot kanunlarına, yani geminin yapımında İsveç firması tarafından İsrail menşeli yedek parçaların kullanıldığı gerekçeyle hakem kararının tenfizini reddetmiş veya iptal etmiştir. Buna rağmen karar, Fransa'da ve Belçika'da tenfiz edilmiştir. Newyork Konvansiyonu'na göre hakem kararlarının özellikle kamu düzenine veya sair yerel mülahazalarla iptal veya tenfizinin reddi halinde, yani milletlerarası tahkimin mahiyetine uygun düşmeyen gerekçelerle tenfizin reddedildiği veya iptal

TARTIŞMA

kararı verildiğinde, bu kararların bir başka ülkede icrası veya tenfizi açık bulunmaktadır. Teşekkür ederim.

Av. Erkan KAYNARCA: Söz hakkı verdiğiniz için teşekkür ederim, çok kısa tutacağım. Bu geçiş aşamasına belki faydalı olur diye şunu söylemek istiyorum, yani bizler Ankaralı hukukçular olarak arabuluculuğun daha fazla yenleşmesinde de gönülümüzde yer var, ama hocam o kadar güzel konuyu ortaya koydu ki hukukçular tahkim gibi 80 senedir bu ülkede olan bir kurum bile kullanılmıyor, nedenlerini anlattı. Ben hocamın şahsında diğer konuşmacılara da çok teşekkür ediyorum, hakikaten çok faydalanıyoruz. Fakat dünya o kadar farklı aşamalardan geçti ki toplam kalite yönetimi, vesaire, bizim koştığımız yolun prosedürü Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ki, hocam da bu kürsüde ilerliyor, bizi aydınlatacak, yani biz yürüdüğümüz yoldaki kanunları düzeltiyoruz. Yani Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun artık değişmesi gerektiği, sıradan 10 kişilik şirket bile çeşitli prosedürlerle yolunu düzenliyor, bizler bir araya gelip devleti ikna edemiyoruz. Sizlerin sözleriniz daha fazla dinleniyor, bu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'yla bu işin artık yürümeyeceği, tahkime yardımcı olmadığı, arabuluculuk kurumuna yardımcı olmadığı konusunda sizler, yetkin ağızlar bunu daha yüksek seslerle söylerseniz hepimiz faydalanacağız. Varlığınızdaki ötürü çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Cemal ŞANLI: Müsaade ederseniz, Hakan beyin bu temennisi üzerine bir cümle sarf edeyim. Sevindirici bir gelişme olarak ifade edeyim ki; arabuluculuk kanun taslağı geçen hafta bizim bölümümüze de intikal etti. Görüşümüze henüz bildirmedi. Bu, uyuşmazlıkların uzlaştırma veya arabuluculuk yöntemi ile tasfiyesi konusunda siyasi bir iradenin varlığını göstermektedir. Hiç kuşku yoktur ki, Türkiye ADR (*Alternative Dispute Resolution*) konusunda çok geç kalmıştır. Ancak, geç de olsa bir gelişmedir. İkinci sevindirici ve önemli gelişme, yeni bir Hukuk Usulü Muhakemele-

ri Kanunu taslağı da vardır. Zannediyorum önümüzdeki dönem bu da parlamentoya intikal edecektir. Kanundaki tahkim hükümleri de tamamen değişmiş vaziyettedir. Tamamen modernize edilmiş, Milletlerarası Tahkim Kanunu'yla hemen hemen pek çok noktada birleştirilmiştir. Böylece, yerel ve uluslararası tahkime ilişkin pek çok sorun önümüzdeki yıllarda çözümlenmiş olacaktır. Teşekkür ederim.

Şamil DEMİR: Sayın Cemal Şanlı'ya verdiği değerli bilgilerden dolayı teşekkür ederiz. Geciktiğimiz farkındayız, ama yeni bir konuşmacımız var. Sayın Mustafa Özbek 1998 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu, 2003 yılında medeni usul hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümü ve arabuluculuk teziyle hukuk doktorası unvanı aldı. 2005 yılından bu yana Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde medeni usul hukuku, icra iflas hukuku, tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözümü dersleri vermektedir. Yayımlanmış pek çok makalesi ve monografisi bulunan Özbek "*Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*" isimli kitabın da yazarıdır, yakında bu kitabın da ikinci baskısı çıkacaktır. Sizlerin de bildiğiniz gibi arabuluculuk kanun tasarısı gündemimizi oldukça işgal ediyor. Bu tasarı iki aşamada meclise sevk edildi. İlk aşamasında barolarımızdan ve meslek örgütlerinden gelen tepkilerle bazı değişikliklere uğradı. Yeni halinde de arabuluculuk tutanağının artık icra mahkemesinin onayından geçtikten sonra ilam hükmünde olacağına yönelik düzenlemeyle birlikte, değişiklikle birlikte buna yönelik tepkilerin biraz azaldığını gözlüyoruz. Ancak bazı barolarımız hala tamamen karşı çıkmak yönünde eğilim sergilemekte, buna karşılık Ankara Barosu'nun resmi görüşünü söylemek gerekirse biz Ankara Barosu olarak arabuluculuğun karşısında değiliz. Arabuluculuğun avukatlık mesleğinin yeni iş alanları elde edebilmesi için veya yeni yollar açıp, yeni kazanç kapılarına sahip olabilmesi için yeni bir olanak olduğunu, bu mesleğin, bu yeni yaratılacak mesleğin avukatlık mesleği içerisinde eritilmesi ve avukatlar tarafından yapılması taraftarıyız. Yine tasarıdaki her mesleğe açık arabuluculuğa karşı olduğumuzu her

ortamda ifade ediyoruz. Ülkemizde yeterince hukuk fakültesi mezunu vardır ve bu hukuk fakültesi mezunlarının arabuluculuğu hakkıyla ifa edeceğini düşünüyoruz. Bu düşüncelerle konu hakkındaki projeksiyonu daha iyi yapacağını düşündüğüm sayın Mustafa Özbek'e sözü veriyorum.

MUSTAFA
ÖZBEK'İN
KONUŞMASI

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Teşekkür ederim. Değerli konuklar, sayın hocalarım, değerli meslektaşlarım; öncelikle hepinize saygılarımı arz ediyorum. Sempozyumun son günü, hepimiz yorgunuz, bunun bilinciyle elimden geldiği kadar kısa bir sunum yapmaya çalışacağım. Organizasyon Komitesin'e de böyle güncel bir konuda böyle seçkin bir kitleyle bizi buluşturduğu için ayrıca teşekkür etmek istiyorum.

Ben Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın yasalaşmasından sonra Türk hukukundaki gelişmelere medeni usul hukukçusu gözüyle bakmaya çalışacağım, kısa bir projeksiyon tutmaya çalışacağım.

Öncelikle Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nı irdelediğimizde, okuduğumuzda elde edeceğimiz ilk sonuç, "*adalete erişim*" akımının Arabuluculuk Kanunu'nun yasalaşmasıyla güçleneceğidir. Adalete erişim, önemli bir teorik gelişme olarak hukukumuzda giderek daha çok telaffuz edilmektedir. Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın genel gerekçesinde, hak arama hürriyetinin bir uzantısının adalete erişim olduğu vurgulanmıştır. Yalnız Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama hürriyeti değil, kuşkusuz sosyal devlet ilkesi de hak arama hürriyetine ilaveten, adalete erişimin bir dayanağıdır.

Gene Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, 2008 Yargı Reformu Stratejisi Taslağı'na baktığımızda, adalete erişimin ayrı bir başlık altında incelendiğini memnuniyetle görüyoruz. Adalete erişim, anglo-amerikan hukuku, Kıta Avrupa'sı hukuku ve Avrupa Birliği hukukunda giderek önem kazanan bir kavramdır. Adalete erişimin kökeni daha geçmişe dayan-

maktadır, hatta Avrupa için Bir Anayasa Oluşturan Anlaşma Taslağı'nda da adalete erişime özel olarak yer verilmiştir.

Adalete erişim bize ne kazandıracak, neden adalete erişim hakkının üzerinde durmak önem arz ediyor? Adalete erişimin temel amacı mahkemelere, avukatlara, bilgiye, hukuk kurumlarına erişim kadar, yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarına erişim demektir. Dolayısıyla adalete erişim, hak arama hürriyetinden daha geniştir. Sadece mahkemelere değil, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına erişimi de sağlar. Bu bağlamda kişilerin ihtiyaçlarına uygun çözüm yollarına erişim imkanı sağlanmalıdır. Devlet bunu bir ödev olarak temin etmelidir. Anlaşmazlıkların sadece dava yoluyla değil, dava dışında, resmî yargı organları dışında çözülmesi toplumun bazen daha lehinedir.

Burada dört temel aşamada alternatif uyuşmazlık çözümünün, yani İngilizce kısaltmasıyla ADR olarak ifade edeceğim, ADR'nin dört değişik yansımasını görmekteyiz. Birincisi ADR, adalete erişim akımı sonucunda medenî yargılama hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Resmî yargı süreci, dava süreci, yargı dışı uyuşmazlık çözümünü kolaylaştırma-
lıdır. Bu bağlamda hâkim uzlaşmayı teşvik etmelidir. Belli davalarda yargılamadan önce mahkeme kökenli ADR'ye başvuru zorunlu tutulabilir. Gene bu kapsamda belli uzmanlık gerektiren uyuşmazlıklarda, çevre uyuşmazlıkları, tıbbi haksız fiillerden doğan uyuşmazlıklar gibi, bu alandaki uzmanların görüşlerinden bir ADR yöntemi olarak yararlanılabilir.

İkinci olarak ADR'nin diğer bir görünümü, medenî yargıya alternatif ADR'dir. Burada ADR mahkeme sürecinin bir parçası değildir; mahkemeye başvurmadan, dava açmadan başvuru bir ön aşamadır. Örneğin tüketici hakem heyetleri veya tüketici ombudmanları, tüketici arabuluculuk heyetleri buna örnek gösterilebilir.

ADR'nin üçüncü yansıması hukuk uyuşmazlıklarından sakınma yolu olmasıdır. Bu çerçevede anlaşmazlık, hukuki bir uyuşmazlığa dönüşmeden, adli bir sorun haline gelmeden çözülmekte ve ADR'nin faydalarından yararlanılmakta-

dır. Buna da örnek olarak kurumsal tahkim ve arabuluculuk hizmetleri gösterilebilir.

Son olarak da, genel olarak toplum düzeyinde anlaşmazlıktan sakınma yöntemi olarak ADR'nin kullanılması görülmektedir. ADR sayesinde sosyal uzlaşma, toplumsal uzlaşma teşvik edilir, geliştirilir. Bunun yansıması ilkokulda, ortaokulda, eğitimin daha ilk safhalarında çocuklara arabuluculuk ve uzlaşma hünerlerinin öğretilmesidir. Bu bağlamda ADR'nin bir diğer yansıması da onarıcı adalet akımı, akran arabuluculuğu gibi ceza ve çocuk arabuluculuğu yöntemlerinin gelişmesidir.

Adalet erişim akımını bu şekilde çok hızlı geçtikten sonra, Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın ikinci bir sonucuna geçilebilir. Arabuluculuk Kanun Tasarısı kanunlaştığında, ülkemizde adliyelerin yapısı da kanımca değişecektir. Bu noktada ilham kaynağı olan görüş doktrinde, Prof. Frank Sander tarafından 1976 yılında, Amerika Barolar Birliği'nin düzenlediği Paund Konferansı'nda savunulan görüştür. Amerika Barolar Birliği'nin, "*heyecan verici ve yeni bir görüş*" olarak daha sonra nitelendirdiği bu görüşte Sander, yargı örgütünün yapısını sorgulamıştır. XX. yüzyılda yargı örgütü acaba şu an bizde olduğu gibi kişilere tek bir çözüm seçeneği sunan bir yapıda mı olmalıdır, yoksa adliyeye giren kişilere adalet erişim hakkı çerçevesinde seçenek olarak, bir dizi uyuşmazlık çözüm yolu mu sunulmalıdır? İşte Sander'in teorisinin görüşünün özü bu noktadadır. Sander'e göre XXI. yüzyılda çağdaş bir yargı örgütü kişilere tek bir uyuşmazlık çözüm yolu sunmamalıdır. Bugün ülkemiz açısından konuya bakarsak uyuşmazlığa düşen bireyler adliyeye gittiklerinde, adliyenin kapısından girdiklerinde tek bir uyuşmazlık çözüm yoluyla karşılaşır, o da dava yoludur. Halbuki Sander'in teorisine göre adliyeye başvuran kişi hemen dava yoluna sevk edilmemelidir. Önce bu kişinin uyuşmazlığı bir uzman gözüyle irdelenmelidir. Bunun belirli kıstasları vardır. Bu kıstaslara göre kişinin uyuşmazlığı incelendikten sonra, mevcut uyuşmazlığın türüne en uygun yonteme veya yontemler silsilesine bu kişi

havale edilmelidir. Bu etkin bir uyuşmazlık çözüm sisteminin gereğidir.

Etkin bir uyuşmazlık çözüm sisteminde altı temel kriter öngörülmüştür. Birincisi bu sistemin masraflarıdır. İkincisi sistemin süratidir. Üçüncüsü hatasız karar verme kabiliyetidir. Dördüncüsü tarafların ve halkın gözündeki güvenilirliğidir. Beşincisi işlevselliğidir ve altıncısı, belli hallerde sonucun öngörülebilir olmasıdır. Son ilke, medenî yargılama hukukunda sürpriz karar verme yasağı olarak bildiğimiz ilkedir. Buna göre farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temel özellikleri ortaya koyulmalıdır. Örneğin tahkimin, arabuluculuğun, müzakerenin veya bunların birleşmesinden oluşan karma yöntemlerin, ön tarafsız değerlendirme, arabuluculuk hakem gibi yöntemlerin özellikleri nelerdir? Bu özellikler dikkate alınarak, bu özelliklerden hareketle mevcut uyuşmazlığa en uygun ADR yolu nasıl seçilir? Böylece Sander, uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tarafların üzerindeki kontrol gücüne göre hiyerarşik bir sıralamaya tabi tutmuştur. Bu sıralamada tarafsız bir üçüncü kişinin müdahale gücünün en yüksek olduğu usulden başlayarak, tarafsız üçüncü kişinin müdahale gücünün en aza indiği usule kadar bir silsile, hiyerarşik bir düzenleme yapılmıştır. Slaytta da gördüğümüz gibi şeklin sağ tarafına kaydıkça tarafsız üçüncü kişinin uyuşmazlık çözüm sürecindeki kontrolü daha fazladır, buna karşılık tarafların kontrolü daha azdır. Bunun tipik örneği tahkim ve dava sürecidir. Dava sürecinde usul kurallarını kanun belirler, tarafların bir düzenleme yapması mümkün değildir. Tahkim sürecinde bir nebze daha esneklik görülse de, örneğin kurumsal tahkim gibi birtakım kurumların tahkim kurallarının benimsenmesi halinde gene bu özgürlük daha da sınırlanmıştır. Buna karşılık tarafsız dava değerlendirmesi, arabuluculuk ve en az resmi olan kolaylaştırma, yani müzakere sulh yöntemine kaydıkça tarafların uyuşmazlık çözüm süreci üzerindeki iradesi, kontrolü en üst düzeydedir.

Sander'in bu orijinal görüşleri çerçevesinde Anglo-Amerikan yargı örgütü, tekrar şekillendirilmiştir. Artık Amerikan mahkemeleri ve bunun uzantısı Avrupa Birliği hukukunda

MUSTAFA
ÖZBEK'İN
KONUŞMASI

birçok Kıta Avrupa'sı hukuku ülkesinin mahkemeleri, örneğin 1999 Hukuk Usulü Kurallarıyla İngiltere ve Galler, Hollanda, Almanya, Fransa gibi ülkeler de, yargı örgütlerinde bu değişikliği gerçekleştirmiştir. Buna göre adliyeler basit birer adliye olmaktan çıkarılmış ve kapsamlı bir uyuşmazlık çözüm merkezi haline dönüştürülmüştür ve Sander'in bu görüşü, Amerika Barolar Birliği tarafından yeni bir isimle adlandırılmıştır. Buna, İngilizce'si itibarıyla "*Multi-Door Court House*" denilmiştir, yani federal yargı merkezinin daha net bir tasviriyile "*multi-option ADR*", "*çok seçenekli ADR*" kavramı karşımıza çıkmıştır.

Çok seçenekli adliye anlayışının temeli, az önce vurguladığımız gibi adalete erişimin kolaylaştırılması, kişilerin karşılaştıkları sorunların azaltılması, kişilere uyuşmazlıkların çözülebileceği çeşitli seçenekler sunulması ve mahkemelerin etkinliğinin bu şekilde arttırılmasıdır. Böylece dava sayısı azaltılacak, yargıdaki pahalılık ve gecikme mümkün olduğu kadar düşürülecektir.

Bu görüşün temelindeki dayanak, uyuşmazlıkların kendine özgü özellikleri olmasıdır. Dolayısıyla öncelikle uyuşmazlığın niteliği teşhis edilmelidir. Teşhisten sonra tedavi aşamasına geçilmelidir. Uyuşmazlığın çözülmesi için en uygun yöntem hangisidir? Dolayısıyla kişinin önünde, uyuşmazlığın tarafının önünde sadece dava yolu değil, diğer uyuşmazlık çözüm yolları da mevcut olmalıdır. Bu noktada sistemin özü, kişinin doğru ADR yoluna havale edilmesidir. Doğru ADR yolunu belirleyecek olan da, bu konuda eğitilmiş inceleme memurudur; yani mahkeme kalem personelidir.

Bu belirlemede etkili olacak unsurlardan birincisi, davanın yapısı ve niteliğidir. İkincisi davanın karmaşıklığı ve davadaki taraf sayısıdır. Üçüncüsü davanın tarafları arasındaki ilişkiler ve müzakere gücünde bulunan eşitsizliklerdir. Dördüncüsü, taraflar arasındaki müzakerelerin geçmişi ve uzlaşma seçeneklerinin niteliğidir. Çok seçenekli adliye teşkilâtına yönelik pilot projeler, ADR yöntemlerinin mahkeme çatısı altında kurumsallaşabileceğini ve mahkemeler eliyle de başa-

ıyla uygulanabileceğini göstermiştir. Bu bağlamda uzman bir inceleme memuru, uyuşmazlığı belirlenen kriterler çerçevesinde inceleyip uygun görülen ADR yoluna sevk etmelidir. İnceleme memuru yanında kuşkusuz taraf avukatlarının da bu konuda bilgili olması, müvekkilini aydınlatması şarttır. Aydınlanmış irade özel hukukta olduğu gibi Medenî Yargılama Hukukunda da büyük değer taşımaktadır.

Çok seçenekli adliye anlayışı için sadece inceleme memurunun uzmanlığı yeterli olmayıp, gerekli bürokratik esneklik sağlanmalı ve uyuşmazlıkların incelenme ve değerlendirilme aşaması büyük bir titizlikle yapılmalıdır. Uyuşmazlığın ADR yoluna sevkinde gönüllülük esası benimsenebileceği gibi, belli uyuşmazlıklarda, örneğin miktar veya değeri belli bir tutarın altındaki uyuşmazlıklarda zorunluluk esası da benimsebilir. O halde başarılı bir çok seçenekli adliye için, öncelikle programa gereken maddî kaynak sağlanmalı, yargı sistemi bilen, ADR ve müzakere hünerlerine hâkim kişilerden oluşan kalem personeli yetiştirilmeli, bu konuda gönüllü avukatların ve diğer kişilerin desteği sağlanmalı, yargı organı ve baroların bu programlara desteği alınmalıdır. Son olarak da bu tür bir programda çeşitli ADR yolları taraflara sunulmalıdır.

Arabuluculuk Kanunu Tasarısı yasalastığında, Türk yargı örgütünde de mahkemelerin basit birer adliye binası olmaktan çıkarılıp, kişilere birden fazla uyuşmazlık çözüm yolunun bir tercih, bir seçenek olarak sunulduğu çok seçenekli adliye merkezlerinin, yani tam teşekküllü uyuşmazlık çözüm merkezlerinin geliştirilmesi yararlı olacaktır. Böylece avukatlık mesleğinde gelişme kaydedilecek ve "arabulucu avukatlık" karşımıza çıkacaktır. Dolayısıyla yeni bir mesleğin doğumu gündeme gelecektir. Diğer bir sonuç olarak eğitim, hukuk eğitimi tekrar şekillenecek, gerek hukuk fakültelerinde gerek barolar nezdindeki stajlarda, arabuluculuk ve müzakere hünerlerine daha çok yer verilecektir. Mahkeme kökenli ADR'nin gelişimi, mahkeme dışı ADR'nin de önünü açacaktır. Devlet politikası haline getirilen, yargı eliyle tarafların uzlaşmaya teşviki, zamanla tarafların bunu öğrenmesini sağlayacak, artık taraflar uyuşmazlıklarını mahkemeye git-

MUSTAFA
ÖZBEK'İN
KONUŞMASI

meden, müzakere ederek, arabulucu avukatlarının yardımıyla mahkeme dışında çözme becerisine daha çok sahip olacaklar ve bütün bu sıralanan sonuçların neticesinde, adaletin hizmetlerinin etkinliğinde gözle görülür bir artış olacaktır. Bugün ilk derece mahkemelerine ve oradan Yargıtaya, yürürlüğe girdiği takdirde istinaf mahkemelerine, bir şaleden akan su gibi dava yığılmaktadır. Bu dava yığılmasının önü kesilmediği takdirde, adaletin etkinliğinde belirgin bir artışın görülmesi güçtür.

Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın bir diğer getirisi, arabuluculuğa ilişkin etik kuralların oluşturulmasıdır. Bu etik kurallar, avukatlık meslek kurallarını da tekrar şekillendirecek ve avukatlık meslek kuralları da tekrar gözden geçirilecektir. Gene Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın yasallaşmasıyla yalnız hukuk uyuşmazlıklarında değil, ceza uyuşmazlıklarında, aile uyuşmazlıklarında ve idare hukuku uyuşmazlıklarında da alternatif uyuşmazlık çözümünün önü açılacaktır. Son olarak, Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'yla sosyal uzlaşmanın da toplum temeline yayılacağını ümit etmek mümkündür.

Değerli konuklar; Arabuluculuk Kanunu Tasarısı yasalışığında, bir davanın yargılama hukuku süreci değişecek ve daha farklı bir dava akışı görülecektir. Bu konuya burada girmemiz tabii ki mümkün değil. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Arabuluculuk Kanunu Tasarısı birlikte değerlendirildiğinde, arabuluculuk sürecinin işleyişi slaytta görüldüğü gibi daha farklı olacaktır. Dolayısıyla arabuluculuğun usul ve esasları belirlenirken, sadece Arabuluculuk Kanun Tasarısı'na değil, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na da bakmak gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'yla yeni öngörülen bir kesit olan ön inceleme kesiti, mukayeseli hukuktaki örneklerinden görüldüğü gibi, yargılamanın seyrini değiştirecek, hızını arttıracak ve davaların daha kısa sürede bitmesine sebep olabilecektir. Çünkü ön inceleme, hâkimin ve tarafların dava şartlarını ve ilk itirazları inceleyip yargılamaya hazırlık yapmasını sağlayacak bir kesittir. Aynı şekilde bu kesit, davanın arabuluculuğa havale edileceği odak noktası olacaktır. Bu noktada hâkime ve ta-

raflara düşen görev de çok büyüktür. Ben daha fazla sözümü uzatmak istemiyorum, hepimiz çok yorgunuz. Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum, saygılarımı arz ediyorum.

Şamil DEMİR: Sayın Özbek'e teşekkür ederiz. Süremizi oldukça aştık, bu nedenle varsa sadece üç soru alacağım, buyurun.

TARTIŞMA

Salondan: Ben öncelikle sayın Özbek'e teşekkür ediyorum. Tek bir sorum olacak, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk kanununda yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda bu kanundan faydalanılabileceğine ilişkin bir hüküm var. Burada yabancılik unsurunu hangi kriterlerle belirleyebileceğiz, bu konudaki görüşünü almak istiyorum. Teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK: Arabuluculuk Kanun Tasarısı'na yabancılik unsurunun da dahil edilmesi, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi'ne uygun olmuştur, dolayısıyla çok isabetli bir düzenlemedir. Yabancılik unsurunun da belirlenmesinde Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un koymuş olduğu kriterlerin esas alınması kanımca mümkündür. Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda bu noktada bir açıklık yoktur, zaten buna gerek de yoktur. Dolayısıyla devletler özel hukukunun genel prensiplerinin uygulanabileceği kanaatindeyim. Sayın Hocamın da bu noktada görüşlerini belki arz edebilirse, değişik bir bakış açısı olur; çünkü ben medenî usûl hukukçusuyum.

Şamil DEMİR: O da size katılıyor, acaba başka soru var mı?

Av. Hamdi Çağan ÜNSAL: Benim sorum şu yönde, biraz evvel bahsedilirken arabuluculuğu bir yargı ön şartı ola-

TARTIŞMA

rak tavsiye ettiniz, en azından belirli bir miktar veya konularla sınırlandırmak kaydıyla. Eğer sınırlamada kriter olarak bir miktar alınacaksa miktarı hangi kriterlere göre saptayacağız, yani bu konuda herhangi bir düşünceniz var mı? Teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK: Evet, teşekkür ederim. Miktar konusu tabii değişik görüşlere göre değerlendirilebilir. Mukayeseli hukukta bu rakamlar çok değişiyor. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki eyaletlerde 10.000 dolar, 25 bin dolar, 100.000 dolar gibi rakamlar olabiliyor. Şimdi miktarın bizim için çok önem taşıdığı nokta şu, bu miktar hak arama hürriyetini kısıtlar mı, kısıtlamaz mı, konuya o pencereden bakmak lazım. Yoksa miktar yüksek tutulabilir, somut bir kriter de soruyorsanız örneğin görev sınırı gibi bir miktar olabilir. Gerçi ben 6.000 küsur liralık görev sınırının düşük olduğu kanaatindeyim, ama önemli olan burada şu, miktar ne olursa olsun, tarafların arabuluculuğa başvurma zorunluluğu öngörülürse hak arama hürriyeti kısıtlanmıyor. Çünkü arabuluculuk sonunda verilen karara uymak ihtiyari, dolayısıyla arabuluculuk bu yönüyle tahkimden ayrılmakta. Anayasa Mahkemesi'nin Avukatlık Kanunu'ndaki avukatlık ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda hakem heyetlerini iptal eden kararına dikkat edersek orada Anayasa Mahkemesi çok önemli bir vurgu yaptı. Uyuşmazlıkların alternatif yöntemlerle çözümü desteklenebilir, teşvik edilebilir, ama bunun ön koşulu hak arama hürriyetinin kısıtlanmamasıdır dedi. Dolayısıyla miktar kanun koyucunun belirleyeceği bir takdirdir, önemli olan bunun sonuçlarıdır. Bizim tasarıda tamamen gönüllülük esası benimsenmiştir, arabuluculuğa başvuru da gönüllüdür, ama mukayeseli hukukta yaptığımız incelemede şunu görüyoruz. ADR'nin bizim gibi yeni tanındığı ülkelerde belli bir miktarın altındaki uyuşmazlıklarda zorunluluk esasının getirilmesi faydalı. Çünkü taraflar bilmedikleri için bilmedikleri yöntemle de başvurmakta isteksiz kalacaklardır, ama belli bir süre, örneğin beş yıllık bir geçiş döneminde zorunluluğun öngörülmesi bu sürecin tanıtımı açısından faydalı

olmuştur, pilot uygulamalar bunu göstermiştir, ama kanun koyucu takdirini daha farklı kullanmıştır.

Salondan: Teşekkürler, sayın Başkan. Benim bir sorudan ziyade, Milan'daki deneyimlerimizle ilgili bir katkı olacak. Hakimler ve mahkemeler uzlaşmanın kendileri aleyhine bir kurum olmadığını, aslında adaletin normal işleyişine paralel bir çözüm yolu olduğunu anladığında, uzlaşmanın gerçekten gelişmeye başlayacağını düşünüyorum. Yakın zamanda, e-Milan adını verdiğimiz ve Milan Yargıtayı'nın sponsorluğunda gerçekleşen bir gönüllü projesi başlattık. Bu projeye birlikte, hakimler taraflara uzlaşmaya gitme yolunu tavsiye etmekte ve onlara Milan'daki kabul görmüş, akredite uzlaştırma kurumlarının ve akredite uzlaştırıcıların bir listesini vermektedir. Böylece, davanın devamından kaçınma olasılığı sağlanmıştır. Bu projede, hakimlerin tarafları uzlaşmaya gitme yönünde teşvik ettiği birçok davamız oldu ve bunların bir kısmı başarıyla tamamlandı. Umuyorum, bu uygulama gelecekteki yıllarda da devam eder.

Şamil DEMİR: Katkınızdan dolayı teşekkür ederiz, sanırım Mustafa beyin kısa bir eklemesi olacak.

Şamil DEMİR: Katkınızdan dolayı teşekkür ederiz, sanırım Mustafa Beyin kısa bir eklemesi olacak.

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK: Evet, şimdi aslında değerli meslektaşımız da az önce bu hususu vurguladı. Erkan Kaynarca beyin de söylediği gibi, bizim şu anki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu aslında sulha teşvik var. Yani hâkimin tarafları uzlaşmaya davet etmesi, sulha teşviki şu an bizim kanunumuzda 213. maddede mevcut. Hatta 236. maddeye göre "*sulh müzakereleri sırasında sebkededen edilen ikrar muteber değildir*". Arabuluculuk Kanunu'ndaki gizlilik mefhumu

TARTIŞMA

da, bizim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş, ama doktrinde haklı olarak savunulduğu gibi HUMK ne yazık ki gerektiği gibi uygulanamamakta. Bunun tipik bir örneği de iş mahkemeleridir. İş mahkemelerinde sözlü yargılama usulünün en önemli kesitinden biri, aslında tarafların uzlaşmaya teşvikidir. Keza aile mahkemelerinde sulha teşvik bir dava şartıdır. Yargıtay'ın bu konuyla ilgili bir kararı var, orada Yargıtay, aile mahkemelerinde hâkimin sulha başvurusu, uzlaşmayı teşvik etmesini bir dava şartı kabul etmiştir. Bu kesit olmadan yargılamaya geçildiğinde, bunu bir bozma sebebi saymıştır. Dolayısıyla bizim hukukumuzda aslında bunun dayanakları var. Sayın konuğumuzun da ifade ettiği gibi; ama biz bunu uygulamakta ne derece başarılıyız? İşte bunun özünde de, arabulucu avukatlık eğitiminin, müzakere hünelerinin çok iyi öğretilmesi yatmaktadır.

Dünyanın en iyi kanunlarını da yapsak, müzakere hüneleri ve arabuluculuk eğitimini veremediğimiz takdirde, müesseseyi yerleştirmemiz mümkün değildir. Bu eğitim sadece hukukçular arasında değil, toplum çapında da olmalıdır. İlkokuldan başlayıp üniversitelere kadar ve hatta yetişkin insanlar arasında da bu eğitimin yayılması sağlanmalıdır. Türkiye'nin alanında en başarılı kadrosu tarafından hazırlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda da, hâkimin tarafları sulha teşviki özel olarak öngörülmüştür. Bu anlamda HMK Tasarısı'nda iki tür alternatif uyuşmazlık çözümü vardır; birincisi yargısal uzlaşma, yani hâkimin tarafları uzlaşmaya teşviki, ikincisi hâkimin gerek gördüğü takdirde tarafsız bir üçüncü kişiyi, yani arabulucuyu atamasıdır. Hakim böyle bir durumda bir ara kararı verecektir. İşte hâkimin bu ara kararının ilk etkisi, davayı erteleyici etkidir. Davayı erteleyici etkisiyle dava, doğrudan Arabuluculuk Kanun Tasarısı'na bu aşamadan sonra intikal edilecektir. Arabuluculuk Kanununda öngörülen arabuluculuk süreci uygulamaya başlayacaktır. Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla Arabuluculuk Kanunu girifttir, birbiriyle bir bütündür. Teşekkür ederim.

Şamil DEMİR: Konuşmacılarımıza teşekkür ederiz. Böylelikle altıncı oturumun da sonuna geldik. Dün biz diğer konuşmacılarımıza ve oturum başkanlarımıza bir resepsiyonla katılımlarından dolayı plaket töreni düzenlemiştik. Ancak huzurdaki konuşmacılarımıza bunu veremedik. Bu nedenle kendilerine plaket sunmak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcımız Sani Yıldırım'ı davet ediyorum, buyurun efendim.

Türkiye Barolar Birliği
ULUSLARARASI
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE USUL,
UYGULAMALAR VE GÜNCEL SORUNLAR
SEMPOZYUMU

İkinci Gün
10 Ocak 2009

“Kapanış Konuşmaları”

Av. Sani YILDIRIM (Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı): Değerli konuklar, değerli katılımcılar, değerli meslektaşlarım; iki gündür çok güncel ve çok teknik bir konuyu tartıştık ve ilk defa ben bu kadar dikkatle izlenen bir etkinlik gördüm, hepinize teşekkür ediyorum. Şüphesiz ki buna benzer etkinliklerimiz daha da devam edecektir. Burada hizmeti geçen yabancı konuklarımıza tekrar teşekkür ediyorum, bu birlikteliğimiz sürecektir. Değerli konuklar; bir meslektaşımızın m. 35/a sözleşmesiyle ilgili bir sorusu vardı, ona ben kısaca değinmek istiyorum. Yani burada avukatlar ve tarafların birlikte yapmış oldukları sözleşme tahkimle ilgili olmayan, avukatlara daha geniş yetki veren ve mahkeme hükmü mahiyetinde olan bu sözleşmenin tahkim usulüne uygun olmadığı, tahkimle ilgisinin olmadığını belirtmek istiyorum.

Şimdi tabii arabuluculukla ilgili de birkaç cümle söylemek gerekiyor. Biz Türkiye’de baroları arabuluculuk yasasıyla ilgili birkaç kere topladık ve çok tartışıldı. Arabuluculuk yasasına tepkiler de çok geldi baştan, çünkü burada arabulucu olan şahsın hukukçu değil de başka mesleklerden de olması mümkündür. Tabii arabuluculuk Avrupa’da birkaç çeşit uygulaması olan bir müessesedir, bir düzenlemedir, bizdeki şu anda Meclis’te bulunan tasarı gönüllülük esasına ve yargı öncesine bağlanmıştır. Bazı uygulamalarda yargıya intikal eden ve hakim nezaretinde arabuluculuk uygulamaları da vardır. Şimdi tabii ki avukatlık mesleğine mensup olanlar, meslektaşlarımızın arabulucu olması şartıyla bur düzenlemeye Barolar Birliği olarak da destek veriyoruz. Ancak biliyorsunuz

yasalar meclisten geçerken bir teklifle, bir öneriyle anında değişebiliyor. Bizim bu arabuluculukla ilgili şüphelerimiz, yani ileride kanunlaşma aşamasında avukatların dışında mesleklerin de arabulucu olma noktasında bir değişiklik yapılırsa tabii yapılmaması için bunu takip ediyoruz, yapılırsa bunun Anayasa Mahkemesi'ne kadar gidilmesi noktasında da bir çalışma içerisinde olacağımızı bilgilerinize arz ederim. Barolar Birliği adına hepinize sevgi ve saygılarımızı sunuyorum, sağ olun.

Değerli hocam Cemal beye katkıları için teşekkür ediyorum, plaketi huzurunda vermekten dolayı onu duyarım, buyurun. Mustafa Öbek beyefendiye de bu arabuluculuk noktasındaki çalışmaları nedeniyle teşekkür ediyoruz ve plaketin genç arkadaşımıza daha uzun çalışmalara hız vermesi noktasında teşvik olmasını diliyorum, sağ olun.

Av. Vedat Ahsen COŞAR: Bu iki günlük güzel toplantıyı düzenleme konusunda ben Ankara Barosu temsilcisi olarak görev yaptım. Aynı zamanda Barolar Birliğinden çok büyük destek aldık. Yabancı konuklarımızın tamamının temini konusunda ADR Gruptan çok yararlandık. Özellikle sayın Serhat Eskiörtük'ün çok faydasını gördük, onun da beraber çalıştığı sayın Connerty bu organizasyonun gerçekleşmesi konusunda çok emekler sarf etti. Kendisine Barom, Barolar Birliği ve şahsım adına teşekkür ederim. Son olarak kapanış konuşmasını yapmak için kendisine sözü veriyorum, teşekkür ederiz.

Anthony CONNERTY: Gerçekten çok teşekkürler. ADR Grup adına kısa bir şekilde değinmek istiyorum. Türkiye Barolar Birliği'ne ve Ankara Barosu'na Grup üyelerini bu konferansta konuşma yapmak üzere davet ettikleri için teşekkür etmek istiyorum. Bu konferansın her anından keyif aldık. Oturumlar boyunca, çok ilginç hususlar dile getirildi. Örneğin, son oturumda hem çok ilginç, hem de önemli meseleler ele alındı. Ben dünyanın birçok yerinde birçok farklı konferansa

katıldım ve kanımca, bu konferansın önemli özelliklerinden biri soru-cevap oturumlarında dinleyiciler, konuşmacılar ve oturum başkanı arasında gözlemlediğim etkileşimdi. Umarız, bu konferans ADR Grup ile Türkiye Barolar Birliği arasındaki işbirliğinin ilk adımı olur. Özellikle de Ankara'da bulunduğumuz süre içerisinde bize göstermiş olduğunuz samimiyetten ötürü sizlere teşekkür etmek isteriz.

Av. Vedat Ahsen COŞAR: Çok teşekkür ediyoruz, saygılar sunuyoruz, hoşça kalın.



15.00 TL

Barış Manço Caddesi 1366. Sokak No: 3 06520 Balgat / Ankara
Tel: (+90.312) 292 59 00 (Pbx) Faks: (+90.312) 286 55 65
web: www.barobirlik.org.tr • e-posta: yayin@barobirlik.org.tr