

ULUSLARARASI İNŞAAT VE İŞ ORTAKLIĞI SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN HUKUKİ ÇÖZÜM YOLLARI

LEGAL SETTLEMENT METHODS FOR THE DISPUTES RESULTING FROM INTERNATIONAL CONSTRUCTION CONTRACTS AND BUSINESS PARTNERSHIP CONTRACTS

Tunay KÖKSAL*

Özet: Günümüzün sınırlar ötesi iş dünyası, birleşme ve devralmaların haricinde ortaklıkların değişik formlarını kullanmaktadır. Bu iş ortaklıklarında belli bir projeyi birlikte üstlenen firmalar, aynı zamanda hukuki bağımsızlıklarını korumaktadırlar. İş ortaklığına dahil müteşebbisler arasındaki bağ sıkı veya gevşek olabilir. Uluslararası Ticaret Hukukunda, uluslararası inşaat sektöründe görülen başlıca iş ortaklığı türleri; Joint Venture, Konsorsiyum ve AB ülkeleri ile onların hukukunu benimseyen diğer ülkelerde Avrupa Ekonomik Menfaat Grubu (The European Economic Interest Grouping)'dir.

Anahtar Sözcükler: FIDIC, Sözleşme Şartları, Uyuşmazlıkların Çözümü, İşveren, Müteahhit.

Abstract: Today's cross-border business world uses various forms of partnerships beside mergers and acquisitions. Companies which undertake a certain project in these business partnerships also protect their legal independence. The links between entrepreneurs included in business partnership can be tight or loose. In International Trade Law, major types of business partnerships of the international construction industry are: Joint Venture, Consortium and the European Economic Interest Grouping (EEIG) in EU countries and other countries where laws of EU countries are adopted.

Keywords: FIDIC, Conditions of Contract, Dispute Settlement, Employer, Contractor.

* Dr., Uluslararası Ticaret / Lojistik ve İnşaat Hukuku Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Uluslararası inşaat sözleşmeleri ve iş ortaklığı sözleşmeleri de dahil olmak üzere bir uluslararası ticaret sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar, sözleşmenin taraflarının tabiyetinde bulunduğu ülkelerden birinin ulusal mahkemelerinde çözümlenebileceği gibi; uzlaştırma ve tahkim gibi uluslararası hukuki çözüm yollarına başvurmak suretiyle de çözüme kavuşturulabilir. Bu bölümde sırasıyla uyuşmazlıkların devlet yargısında ve uluslararası mekanizmalar vasıtasıyla çözümlenmesi incelenmektedir.

A. ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ULUSAL MAHKEMELERDE ÇÖZÜMLENMESİ

“Ulusal mahkemeler, genellikle iç hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmek üzere düzenlendiği için uluslararası inşaat veya iş ortaklığı sözleşmelerinden doğan uluslararası nitelikli ticari uyuşmazlıkların çözümü için gerekli imkan, anlayış ve hukuki yapılanmaya sahip bulunmamaktadırlar. Ayrıca, ulusal mahkemelerin yargılama faaliyetini yürüten hakimler, bağlı oldukları ve kendilerini atayan devletin siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel politikalarına ve değerlerine bağlıdırlar. Bu durumda ise, uyuşmazlığı çözen mahkemenin bulunduğu devletin vatandaşı olmayan uyuşmazlık tarafı, yargılamanın tarafsız olacağına güvenemeyecektir” (Şanlı, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Üçüncü Bası, Beta, İstanbul, Haziran 2005, s.68).

“Ulusal mahkemeler, ulusal hukukun detaylı usul kurallarına sıkı sıkıya bağlı oldukları için davalar uzamakta, yargılama maliyetleri artmakta ve uyuşmazlıkla ilgili adil kararlar verilmesi çoğu zaman mümkün olamamaktadır”. Ayrıca, ulusal mahkemeler, çok çeşitli ve karmaşık nitelikte olan uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak hususunda uzmanlaşmamışlardır. Bunlara ilaveten, ulusal mahkemelerin kararlarının, davalının mal varlığı kararın verildiği ülkede değilse, başka ülkede tenfizi son derece sınırlıdır ve ciddi problemler yaratmaktadır” (Şanlı, a.g.e., s.68).

“İşte yukarıda zikredilen nedenlerle, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümündeki çabukluk, tarafsızlık, verilen kararın icrasındaki kolaylık ve adalete uygunluk bakımlarından uluslararası tahkim ve diğer uzlaştırma yöntemleri, ulusal mahkemelere başvurma alternatifine tercih edilmektedir” (Şanlı, a.g.e., s.68).

“Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde ulusal mahkemelere başvurma alternatifinin içerdiği bu dezavantajlara rağmen kimi zaman tarafların sözleşmelerine koydukları bir yetki şartı ile, belirli bir devlet mahkemesini uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak seçtikleri görülmektedir” (Şanlı, a.g.e., s.68).

“Bu seçimde, belirli bir devletin mahkemesinin delillere ve taraflara coğrafi bakımdan yakın olması, yargılama maliyetinin düşük olması, sözleşme dökümanlarını hazırlayan ve ekonomik bakımdan güçlü olan tarafın karşı tarafa empoze ettiği tip sözleşmeler veya genel şartnameler içinde bir dayatma olması gibi faktörler etkili olabilmektedir.” (Şanlı, a.g.e., s. 69).

Taraflar arasındaki uluslararası ticaret sözleşmelerinde veya iş ortaklığı sözleşmelerinde tahkim öngörülmemişse, uyuşmazlıkların doğal çözüm mercii olarak genel yargı yolu olan devlet mahkemelerine başvurulacaktır.

“Taraflar, başvurulacak devlet mahkemesini bir anlaşma yaparak belirlememişlerse, uyuşmazlığı çözümleyecek mahkemeyi davacının tercihleri belirleyecektir. Davacı; dava ve avukatlık masraflarını, hukuk sistemi hakkındaki bilgi ve tecrübesini, politik güven ve istikrarı, verilen kararın icrasını, ortak lisan ve hukuk kültürüne mensubiyeti, kendisinin kayırılacağını ve yabancı tarafa tercih edileceğini, daha kısa zamanda davanın biteceğini ve benzeri pratik mülahazaları dikkate alarak mahkeme tercihini yapabilir (Ekşi, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul, 1996, s.73). Ancak, sözleşmede herhangi bir tahkim şartının veya yetki anlaşmasının bulunmadığı hallerde, davacının tercihiyle dayanılarak başvurulacak devlet mahkemesinin davaya bakabilmesi, somut olayda mahkemenin kendisini yetkili görmesine bağlıdır” (Şanlı, a.g.e.,s. 69).

“Uluslararası özel hukuk alanındaki tarafların arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçme serbestisine paralel olarak, ulus-

lararası usul hukuku alanında da taraflara uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı merciini seçme serbestisi tanınmıştır. Bu seçim, tarafların aktedecekleri yetki veya tahkim anlaşmaları ile yapılmaktadır” (Şanlı, a.g.e.,s. 70; Yetki şartı veya anlaşmaları hakkında ayrıca bkz. Sargın,F.: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara, 1996).

“Kalkınmakta olan ülkelerle yapılan yatırım anlaşmalarında ev sahibi ülkeler uyuşmazlığın çözüm mercii olarak kendi mahkemelelerinin yetkisini öngören bir klozda ısrarcı olmaktadır. Zira, bu devletler, ülkelerinde inşa edilecek tesislerle ilgili sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların, başka devlet mahkemelerinde karara bağlanmasından endişe duymaktadırlar. Bu ısrarlar aşılamadığında çoğu zaman yabancı müteahhitler, ev sahibi ülke mahkemelerinin yetkisini kabul etmektedirler” (Şanlı, a.g.e.,s. 71).

“Uluslararası ticaret sözleşmelerinde yetkili mahkeme seçilirken, seçilecek mahkemece ileride verilecek kararın icrası imkanları dikkate alınmalı ve yetki klozu buna göre düzenlenmelidir. Uygulamada, tarafların genellikle kendi ülke mahkemelerinin yetkisinde ısrarcı olmalarının, verilen kararın yabancı ülkedeki tenfiz güçlüğü karşısında, kendi aleyhlerine sonuçlanabilmesi mümkündür. Bu nedenle, uluslararası inşaat ve iş ortaklığı sözleşmelerinde yer alacak yetki klozları düzenlenirken ileride elde edilecek kararın, tarafların mal varlıklarının bulunduğu ülkelerde icrası imkanını dikkate almak gereklidir. Elde edilecek mahkeme kararının borçlunun mal varlığının bulunduğu ülkede icra edilebilmesi bakımından, davalı tarafın ülkesindeki mahkemelerin seçilmesi, davacı tarafın ihtiyaçlarına daha uygun düşebilir.” (Şanlı, a.g.e.,s. 71-72).

Uluslararası ticaret sözleşmelerinin tarafları, sözleşmelerinde uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı mercii olarak tahkim, uzlaştırma veya belirli bir devlet mahkemesi üzerinde anlaşmamışlarsa, akdi ilişkilerden doğan uyuşmazlıkları kaçınılmaz olarak ulusal mahkemelerde çözümlenecektir.

“Yabancılık unsuru taşıyan davalara ulusal mahkemelerin bakabilmesi için, kendi hukukuna göre uluslararası yetkisinin bulunması gerekir. Her ülke, hangi türdeki yabancı unsurlu davada uluslararası yetkisini kullanacağını kendisi belirler” (Şanlı, a.g.e., s. 72).

B. ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM DIŞINDAKİ ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZME TEKNİKLERİ İLE ÇÖZÜMÜ

“Uluslararası ticari uyuşmazlıkların tarafların karşılıklı müzakere ve mutabakatları ile çözümlenmesi en ideal uyuşmazlık çözme yöntemidir. Tarafların, bir uyuşmazlığı, yargı yolu ile çözümün getireceği yüksek maliyeti, alacağı zamanı ve ilişkiler üzerinde geleceğe dönük olarak yapacağı tahribatı dikkate alarak, doğrudan müzakereler yoluyla çözmesinde faydaları bulunmaktadır. Bu aşamada devlet mahkemelerinde veya tahkim mahkemelerinde açılacak davaların sonuçta sağlayacağı avantajlar karşılaştırılmalıdır” (Şanlı, a.g.e., s. 371).

“Genellikle sözleşmelerin yorum ve ifasından doğan uyuşmazlıklar, taraflar arasında psikolojik bir gerginliğe yol açabildiği için, bu durum tarafların doğrudan uyuşmazlığı çözmek için müzakereler başlatmasına engel olabilmektedir. İşte bu nedenle, uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak taraflar arasında müzakerelerin başlatılabilmesi ve müzakerelerin sonucunda rizai bir çözüme ulaşılabilmesi için, tarafsız üçüncü kişi konumundaki uzlaştırıcılar veya uzlaştırıcı kuruluşların yardım ve müdahalesine ihtiyaç duyulmaktadır. Üçüncü kişilerin taraflar arasındaki uyuşmazlığa müdahalesi ve yardımı, tarafların anlaşmalarına dayanır. Bu anlaşma, sözleşmeye konulan özel hükümlerle veya tarafların karşılıklı başvurusu ile zımni şekilde yapılabilir” (Şanlı, a.g.e., s. 371-372).

Uyuşmazlıkların mahkemeler ve tahkim yolu dışında çözümlenebileceği başlıca alternatif uyuşmazlık çözme yolları arasında; müzakere, uzlaştırma, hakem-bilirkişilik, teknik expertizlik, ön hakemlik, sözleşmelerin üçüncü kişiler tarafından tamamlanması, yorumlanması veya uyarlanması ve alternatif uyuşmazlık çözme teknikleri sayılabilir.

“Günümüzde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü konusunda mahkemelerin ve tahkimin pahalı olması ve bu yollarla davaların çözümünün uzun zaman alması, alternatif ihtilaf çözme tekniklerini daha cazip hale getirmiştir. Bugün uluslararası alanda bu yeni ihtilaf çözme teknikleri ile ilgili tasarımlar hazırlanmakta ve model kanunlar yayınlanmaktadır” (Şanlı, a.g.e., s. 371-372).

1. MÜZAKERE YÖNTEMİ

Bir uluslararası ticaret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların bir kısmı, doğrudan taraflar arasındaki görüşmeler ile çözümlenebilir.

“Günümüzde, özellikle ihracatı ve yabancı ülkelere yönelik müteahhitlik hizmetlerini desteklemek amacıyla ihracatçının veya yatırımcı müteahhidin yabancı ülkedeki ticari ve politik riskleri sigorta edilmektedir. Bu türden sigorta kapsamında olan mal ve hizmetlere yönelik zararlar söz konusu olduğunda, çoğu kez sigorta şirketi ile uyuşmazlıklar, müzakereler yolu ile çözümlenmektedir” (Şanlı, a.g.e., s.371-372; ayrıca bkz. Scmitthoff, C.M.: The Law and Practice of International Trade, London, 1990, p.471 vd).

“Uygulamada, bir uluslararası ticaret sözleşmesinden uyuşmazlık doğması halinde özellikle zarar gören taraf, uyuşmazlığın müzakerelerle tasfiyesi düşüncesi ile konsolosluklar ve ticari ataşelikler nezdinde girişimlerde bulunmaktadır. Oysa ki, bu tür resmi kurumların taraflar arasındaki özel hukuk ilişkilerine müdahalesi mümkün değildir. Bu nedenle, uyuşmazlık çıktığında, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin dolmamasına dikkat edilerek müzakerelerin belirli bir süre içerisinde bitirilmesinde ve uzlaşma sağlanamamışsa, sözleşmedeki hükümlere göre uyuşmazlığın yargı mercilerine götürülmesinde fayda vardır” (Şanlı, a.g.e., s. 374).

2. TEKNİK (HAKEM) BİLİRKİŞİLİK YÖNTEMİ

“Uluslararası ticaret sözleşmelerinin gittikçe artan karmaşıklığı, teknik sorunların sık sık ortaya çıkması ve bunların sözleşmenin ifasını güçleştirmesi nedeniyle taraflar, sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan sorunların incelenip karara bağlanabilmesi için uzman kişilerin karar ve tavsiyesinden yararlanmak amacıyla, bu teknik sorunların çözümü konusunda “hakem-bilirkişi” denilen uzman kişileri atayabirler. Örneğin bir otoyol yapımı sözleşmesinin ifasında dökülen asfalt veya betonun kalitesi, çoğu kez teknik bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır” (Şanlı, a.g.e., s. 386).

“Hakem bilirkişinin miktar, kalite, seviye, randıman veya yeterlilik gibi konularda yaptığı tespit, taraflar bakımından ikna edici bu-

lunursa dava yoluna gidilmeden uyuşmazlık çözülmüş olur. İşte bu türden ara teknik sorunların, sözleşmenin tam olarak ifasını olumsuz yönde etkilemesini önlemek için, uluslararası inşaat sözleşmelerinde teknik bilirkişiler atanmaktadır” (Şanlı, a.g.e., s. 386).

“Hakem-bilirkişi kararlarının taraflar açısından bağlayıcı olmayacağı kararlaştırılmışsa, bu durumda hakem-bilirkişiler nitelik itibarıyla uzlaştırıcı konumundadırlar. Taraflar, hakem-bilirkişilerce verilen karar veya tavsiyelerin bağlayıcı olacağını kararlaştırmışlarsa, bu kararlar, taraflarca uyulmamış olsa bile, gelecekte açılacak davalarda ilgili oldukları hususlar bakımından kesin delil oluştururlar” (Şanlı, a.g.e.,s. 387).

“Uluslararası ekonomik ve ticari uyuşmazlıkların çözümü alanında kurumsal hakem-bilirkişilik faaliyeti, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO)’na bağlı Uluslararası Teknik Bilirkişilik Merkezi (The International Centre for Expertise) tarafından yürütülmektedir. Bu merkezin teknik bilirkişilik faaliyetlerini düzenleyen en son kuralları, “Teknik Bilirkişilik Kuralları” (ICC Rules for Expertise) ismiyle 1 Ocak 2003 tarihinde yeniden gözden geçirilerek yürürlüğe konulmuştur” (Şanlı,a.g.e.,s.388; bkz. Rules for Expertise of International Chamber of Commerce, ICC Publication No:649, 2002).

“Teknik bilirkişi, kural olarak taraflarca atanır. Böyle bir uzman kişinin atanması ile, mülklerin korunması, delillerin muhafaza altına alınması ve kayda geçirilmesi ve diğer tedbirler için gerekli geçici ara kararlarını alma yetkisi tarafsız uzman bir üçüncü kişiye verilmektedir. Teknik bilirkişinin fonksiyonları, bazı açılardan FIDIC sözleşmelerine göre mühendisin yetkilerine benzerdir. Hakem bilirkişi de, acil durumlarda hızlı hareket etmek durumundadır. Teknik bilirkişi, tarafların ortak rızası ile atandığında, kararlarının genel olarak taraflarca kabul edileceğini bekleyebilir. Oysa ki, FIDIC sözleşmesine göre mühendisi, taraflardan biri olan işveren tek başına atanmaktadır” (Şanlı, a.g.e., s. 389-390).

“Teknik bilirkişilik prosedürüne başvurulmuş olması, tahkime veya mahkemeye başvurmaya engel oluşturmaz. Fakat bu durumda teknik bilirkişi daha sonra aynı uyuşmazlıkta hakem olarak görev kabul edemez. Taraflar, aralarındaki dış ticaret sözleşmesinde MTO Tek-

nik Bilirkişilik Merkezine başvuruyu kabul ettiklerinde, herhangi bir taraf teknik bilirkişi atanması için merkeze başvurulabilir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, MTO Teknik-Bilirkişilik kurallarına göre verilen teknik bilirkişi karar ve tavsiyeleri, taraflar için bağlayıcı değildir” (Şanlı, a.g.e., s. 390).

“MTO, 1 Eylül 2004 tarihinde yürürlüğe giren “Uyuşmazlık Heyeti Kuralları” ile, yeni bir uyuşmazlık çözme tekniği geliştirmiştir (Bkz: Dispute Board Rules, ICC Publication No:829, Paris 2004). Bu yeni kurallar ile, sözleşmelerin ifası sırasında ortaya çıkan sorunların, tarafların anlaşmaları üzerinde kısa sürede çözümü öngörülerek uyuşmazlıkların kronik hale gelmesi önlenmek istenmektedir. Bu kurallar ile, tarafların anlaşmasına bağlı olarak uyuşmazlık heyetlerinin faaliyetlerini idare etmek üzere bir MTO Uyuşmazlık Heyetleri Merkezi (ICC Dispute Board Centre) kurulmuştur. Uyuşmazlık Heyeti Kurallarına göre, tarafların anlaşmaları çerçevesinde üç ayrı türde uyuşmazlık heyeti oluşturulabilir. Bunlar; Uyuşmazlık Değerlendirme Heyeti (Dispute Review Board), Uyuşmazlığı Sonuçlandırma Heyeti (Dispute Adjudication Board) ve Karma Uyuşmazlık Heyeti (Combined Dispute Board)’dir. (Bkz. MTO Uyuşmazlık Heyeti Kuralları, madde 4,5,6)” (Şanlı, a.g.e., s. 390).

“Kuralların 7’nci maddesine göre, Uyuşmazlık Heyetinin üyeleri ve bunların sayısı taraflarca belirlenir. Aksine bir anlaşma olmadıkça heyetler üç kişiden oluşur.10’uncu maddeye göre, heyetin üyeleri göreve başlamadan önce taraflar ile bir “Uyuşmazlık Heyeti Üyeliği Anlaşması” imzalayacaklardır. 8’inci maddeye göre, üyeler göreve başlamadan önce bir “Bağımsızlık Beyannamesi” dolduracaklardır” (Şanlı, a.g.e., s. 391).

“7’nci maddeye göre, Uyuşmazlık Heyeti prosedürü, başvuran tarafın bir dilekçesi ile başlayacaktır. Heyetler, duruşmalar yapabilir. Taraflarca süre uzatımına gidilmedikçe heyetler, kararlarını başvurudan itibaren en geç 90 gün içinde vereceklerdir” (Şanlı, a.g.e., s. 391).

“25’inci maddeye göre, aksi kararlaştırılmadıkça, Uyuşmazlık Heyeti kararları, ilgililer bakımından sonraki aşamada başvuru tahkim veya devlet mahkemesi nezdinde bağlayıcı olacaktır” (Şanlı, a.g.e., s. 391).

3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN SÖZLEŞMEYE MÜDAHALESİ YÖNTEMİ

“Bir uluslararası ticaret sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık halinde, sözleşme ile yetkili kılınan tarafsız ve uzman üçüncü kişiler, sözleşmeye dışarıdan müdahil olarak, sözleşmeyi yorumlayabilir, boşluklarını doldurarak tamamlayabilir veya sözleşmeyi değişen şartlara göre uyarlayabilirler. Bazen taraflar bilinçli olarak ileride oluşacak şartlara göre doldurulmak üzere sözleşmelerinde boşluklar bırakmakta, bazen de sözleşme tekniğindeki zaaf lar veya işin mahiyeti gereği boşluklar ortaya çıkmaktadır” (Şanlı, a.g.e., s. 392).

“Taraflar arasında buna imkan veren bir sözleşmenin veya tarafların birlikte başvurusunun bulunmadığı durumlarda üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi mümkün olamaz” (Şanlı, a.g.e., s. 392).

“Tecrübeler göstermiştir ki, üçüncü bir şahsın müdahalesi, inşaat sözleşmeleri gibi uzun dönemli sözleşmelerde faydalı olmaktadır. 1978 yılında MTO tarafından yürürlüğe konulan 362 numaralı Broşürde yer alan “Sözleşmelerin Uyarlanması İçin Kurallar” (The Rules for Adaptation of Contracts)’a göre faaliyetlerini icra etmek üzere MTO’ya bağlı bir “Akdi Münasebetleri Düzenleme Komitesi” (The Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations) kurulmuştur” (Şanlı, a.g.e., s. 393).

“Bir dış ticaret sözleşmesinin yorumu, tamamlanması veya değişen şartlara uydurulmasına ilişkin bir sorun çıktığında, taraflar müştereken veya taraflardan biri, sözleşmeye müdahale edecek üçüncü şahsın ismini bildirebilir veya bu üçüncü kişinin komite tarafından seçilmesi talebi ile Komiteye başvurabilirler. Kuralların 6(3)’üncü maddesine göre, taraflar üçüncü kişi olarak bir heyeti de seçebilirler. Komite, tarafların müştereken atadıkları tarafsız uzman üçüncü kişiyi veya heyeti onayladığında, üçüncü kişi veya heyet MTO’nun himayesinde ve onun konuyla ilgili kuralları çerçevesinde prosedürü icra ederler” (Şanlı, a.g.e., s. 394).

“MTO’nun 326 nolu Kurallarının 11 (1)’nci maddesine göre, üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesinin kapsamı ve sınırları tamamen tarafların anlaşmasına bağlıdır. Aynı kuralların 11 (3)’üncü maddesine göre, taraflar üçüncü kişi tarafından verilecek tavsiye veya kararın bağlayıcı olup olmayacağını da kararlaştırabilirler” (Şanlı, a.g.e., s. 394).

“Kuralların 8’inci maddesine göre, üçüncü şahıs dosyanın kendisine tevdiinden itibaren en geç 90 gün içinde karar vermek zorundadır. Ancak Kuralların 12’nci maddesine göre, bu süre olayın özelliklerine göre, Komite tarafından uzatılabilir veya kısaltılabilir” (ŞANLI, a.g.e., s. 395).

“Gerek ad hoc olarak atanan ve gerekse MTO himayesindeki kurumsal nitelikli üçüncü kişilerin müdahalesi için başvurmak, yargı yoluna gitmeye engel değildir” (Şanlı, a.g.e., s. 395).

“Üçüncü kişi tarafından verilen kararların bağlayıcılığı taraflarca kabul edilmiş olsa dahi, bu kararlar uyuşmazlığı nihai olarak çözümlen kararlar değil, tarafları yargı mercileri önünde bağlayan bir sözleşme hükmündedir. Uyuşmazlık sulhen çözümlenemeyip tahkim veya mahkeme önüne geldiğinde, hakem veya hakim, sözleşmenin tabi olduğu hukuk çerçevesinde üçüncü kişi tarafından verilen kararı, sözleşmenin bir parçası veya hükmü olarak dikkate alır” (Şanlı, a.g.e.,s.395).

4. ÖN HAKEMLİK YÖNTEMİ

“Uluslararası ticaret sözleşmelerinin ifası sırasında, ifayı ve taraflar arasındaki ilişkileri ciddi şekilde etkileyen hukuki, mali ve teknik sorunlar ortaya çıkabilir. Bu durumlarda sorunlara acilen müdahale edilmesi gerekmektedir. Örneğin, inşaatta kullanılan çimento ve demir kalitesinin düşük olduğu veya işin projesine ve teknik normlara uygun yapılmadığı ya da istihkakların ödenmediği tespit edildiğinde, sözleşmenin geleceği açısından acil bir müdahale gerekecektir. Bu müdahalelerle, tarafların hak ve borçları derhal tespit edilmekte, zararların büyümesi önlenmekte, deliller koruma altına alınmakta ve sonuç itibarıyla alınan acil ve geçici kararlarla taraflar arasındaki husumet büyümeden ve derinleşmeden sözleşmenin sulhane bir şekilde ifası sağlanmaktadır. İşte ön hakem (pre-arbitral referee), hakem veya mahkeme tarafından davaya el konulmadan önceki aşamada, ortaya çıkan sorunlara müdahale eden ve bu sorunları geçici bir şekilde karara bağlayan kişidir. Kuşkusuz taraflar, ön hakeme, ihtilafları nihai olarak karara bağlama yetkisini de verebilirler; bu durumda ön hakem, aynı zamanda hakemdir” (Şanlı, a.g.e., s.395-396).

“Taraflardan biri ön hakem tarafından verilen karara uymadığında, uyuşmazlıklar mecburen, gerek ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir

kararı, gerek delillerin tespitine ilişkin bir karar ve gerekse nihai bir karar elde etmek amacıyla yetkili hakem veya devlet mahkemelerine götürülecektir. Türk Hukukunda 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 6'ncı maddesine göre, hakemlerin ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir veya delillerin tespiti anlamında geçici kararlar vermesi, sınırlı da olsa kabul edilmiştir. Ayrıca, hakem-bilirkişi sıfatıyla ön hakemlerin verdikleri kararların, ileride açılacak davalarda tarafları ve yargı mercilerini bağlayıcılığı kabul edilmiştir" (Şanlı, a.g.e., s. 396).

"Ön hakemlik yöntemi, uluslararası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmak üzere, MTO tarafından 1 Ocak 1990'da yürürlüğe konulan 482 sayılı Broşürde yer alan "Ön Hakemlik Usulüne Dair Kurallar" adı altında düzenlenmiştir" (Şanlı, a.g.e., s. 397; bkz. ICC Pre -Arbitral Referee Procedure, ICC Publication No:482, Paris 1990).

"Yukarıda bahsedilen Kuralların 3(1)'inci maddesine göre, MTO'nun öngördüğü ön hakemlik yönteminin kullanılabilmesi için, taraflar arasında yazılı bir sözleşmenin bulunması gerekmektedir" (Şanlı, a.g.e., s.398).

"MTO himayesinde icra edilecek ön hakemlik yönteminde, sekreteryaya hizmetleri MTO Uluslararası Tahkim Mahkemesi Sekreterliği tarafından yürütülmektedir. Taraflar arasındaki anlaşmaya rağmen ön hakem, taraflarca müştereken atanmamış ise, ön hakemin atanması MTO Uluslararası Tahkim Mahkemesi Başkanı tarafından yapılacaktır" (Şanlı, a.g.e.,s.398).

"Kuralların 6(2)'nci maddesine göre, ön hakem dosyanın kendisine tevdiinden itibaren 30 gün içinde karar verecektir. 6(3)'üncü maddeye göre, esas bakımından yetkili hakem veya devlet mahkemesince aksi kararlaştırılana kadar, ön hakemin kararı taraflar için bağlayıcı olacaktır" (Şanlı, a.g.e., s.68).

5. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZME YÖNTEMLERİ

"Alternatif uyuşmazlık çözme (ADR) yöntemleri, tarafsız bir üçüncü kişinin telkin, tavsiye, teklif ve gayretleri ile mevcut uyuşmazlıkların, milli mahkemeler ve tahkim dışında ve onlara paralel olarak çözümlenmesine ilişkin bir grup ihtiyari uyuşmazlık çözme teknikle-

ridir” (Şanlı, a.g.e., s.399, ayrıca bkz. Connerty, A.: The Role of Alternative Dispute Resolutions in the Resolution of International Disputes, Arbitration International, V.12, No:1 (1996), p.47 vd).

“Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, hukuki uyuşmazlıkları tasfiye etmeyi sağlayan insancıl ve ekonomik teknikler olarak tüm dünyada geniş kabul görmekte ve yasal temellere oturtulmaktadır” (Şanlı, a.g.e., s.400; ayrıca bkz. McMillion, R.: Growing Acceptance for Alternative Dispute Resolutions, ABA Journal, May 1996, V.82, p.106).

“ADR yöntemlerinin ortak özellikleri şunlardır: (1) Prosedüre katılım tamamen ihtiyaridir. (2) Tarafsız üçüncü kişi (arabulucu) tarafından verilen karar, taraflar açısından bağlayıcı değildir. (3) Arabulucu tarafından ortaya konan çözüm ile tatmin olmayan tarafın, daima mahkemelere veya tahkime gitme imkanı vardır” (Şanlı, a.g.e., s.400).

“ABD’de geliştirilen ADR teknikleri, buradan diğer ülkelere yayılmıştır. Günümüzde ABD’nde uyuşmazlıkların yüzde 80’inden fazlası ADR yöntemleri ile çözümlenmektedir” (Şanlı, a.g.e., s.400; Goldsmith, J.C.: Report by the Working Group on Means of Alternative Dispute Resolution [ADR] ,Report on Alternative Dispute Resolution in Europe,Paris,21 April 1995, p.5-6).

“ABD ve Kıta Avrupasında yaygın şekilde kullanılan ADR türü “mini-trial” (mini yargılama) denilen yargılama usulüdür” (Şanlı, a.g.e., s.402; ayrıca bkz.Connerty, s.51). “Bu yöntemde, uyuşmazlığın taraflarını doğrudan karşı karşıya getirmek ve sorunları tartışmak amaçlanır. Mini yargılama, iki tarafın üst düzey temsilcileri ve bunların seçtiği tarafsız başkan olarak üçüncü kişiden oluşan bir heyet tarafından yapılır” (Şanlı, a.g.e., s.403; ayrıca bkz. Goldsmith, a.g.e.,s.11).

“Mini-trial haricinde oldukça çeşitli ADR yöntemleri mevcuttur. Diğer ADR yöntemlerine aşağıdaki teknikler örnek verilebilir:

- Genelde Joint Venture sözleşmesinde kullanılan ve akdi bir temelle dayanan “Dispute Review Board” (Uyuşmazlık Değerlendirme Kurulu) yöntemi,
- Herhangi bir tarafsız arabulucu veya uzlaştırıcının yer almadığı ve doğrudan tarafların üst düzey yetkililerinin iştirak ettiği “Direct Mediation” (Senior Executive Appraisal) “Doğrudan Arabuluculuk” (Kıdemli Yönetici Değerlendirmesi) yöntemi,

- Tarafların sunduğu çözüm önerilerinden birinin hakem tarafından seçimi esasına dayanan “Arbitration Limited to Arbitrator’s Choice” (Baseball or Final Offer Arbitration) yöntemi,
- Günümüzde ABD’de yaygın olarak uygulanan ve resmi yargılamaya geçmeden evvel sivil bir juri tarafından tarafların özet açıklamalarına binaen verilen tavsiye kararına dayanan “Summary Jury Trial” (Kısa Juri Yargılaması)” (Şanlı, a.g.e., s.403-404; Goldsmith, a.g.e.,s.4; Connerty, a.g.e.,s.50 vd).

“ADR yöntemlerinin uluslararası ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların çözümünde de yaygın şekilde kullanılabilmesini teminen MTO, bir dizi kurallar geliştirmiştir. MTO’nun “Uyuşmazlıkların Dostane Halli Kuralları” başlıklı 809 numaralı Broşürü, 1 Temmuz 2001’de yürürlüğe girmiştir” (Şanlı, a.g.e., s.404; bkz. ADR Rules and Guide to ICC ADR, ICC Publication No: 809, Paris, 2001).

“MTO’nun yukarıda zikredilen kuralları ile öngörülen prosedür, tamamen iradidir. Kuralların 5(2)’nci maddesine göre, taraflarca başka bir ADR yöntemi seçilmemişse, kural olarak, tarafların arabulucu (mediator) yöntemini seçtikleri kabul edilir” (Şanlı, a.g.e., s.404).

“Kuralların 7(1)’inci maddesine göre, uyuşmazlıkların dostane halli prosedürü, sonucu da dahil, tamamen gizli olduğu için; taraflar, sunulan bilgi ve belgeleri, teklif ve görüşleri, ikrarları resmi mahkemelerde, hakem mahkemelerinde veya başka makamlar nezdinde delil olarak kullanamazlar. Kuralların 1 ve 2’nci maddelerine göre, taraflar bu prosedür içinde tarafsız üçüncü kişi tarafından verilen karar, teklif, beyan veya belgeleri de ileride herhangi bir yargılama prosedüründe kullanamazlar” (Şanlı, a.g.e., s.405).

“MTO, “Belgeli Akreditiflere İlişkin Yeknesak Örf-Adet ve Uygulama Kuralları” (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits/UCP) ile Belgeli Akreditiflere Göre Bankadan Bankaya Ödemelere İlişkin Yeknesak Kurallar (Uniform Rules for Bank to Bank Reimbursement Under Documentary Credits/URS)’dan doğan uyuşmazlıkların uzman kişiler marifetiyle etkin, ucuz ve süratli bir şekilde çözümü amacıyla “Belgeli Akreditiflerden Doğan Uyuşmazlıkların Teknik Bilirkişi Marifetiyle Çözümüne Dair Kuralları” (Rules for Documentary Credit Dispute Resolution Expert /DOCDEX) 1 Ekim 1997’de

yürürlüğe koymuştur (Bu kurallar için bkz. MTO DOCDEX Kuralları, 557 sayılı Broşür). MTO, DOCDEX'e göre bu faaliyetini, MTO Bankacılık Komisyonunun kontrol ve denetimi altında, Uluslararası Teknik Bilirkişilik Merkezi marifetiyle yürütmektedir" (Şanlı, a.g.e.,s.406).

"DOCDEX kurallarının 2(1)'inci maddesine göre, sözleşmelerinde aralarındaki uyuşmazlıkların MTO DOCDEX kurallarına göre çözümleneceğini kabul eden taraflar, ihtilaf halinde taleplerini Paris'teki MTO'nun bünyesindeki Uluslararası Teknik Bilirkişilik Merkezine ulaştıracaklardır. Kuralların 1(3)'üncü maddesine göre, talebin alınması üzerine merkez, MTO Bankacılık Komisyonu tarafından oluşturulan listedeki 70 farklı ülkeye mensup uzman bilirkişiler arasından üç ismi atayacaktır. Uygulamada kararların yaklaşık 2-3 ay içinde verildiği görülmektedir" (Şanlı, a.g.e.,s.406).

"Kuralların 1(4)'üncü maddesine göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, DOCDEX kararları taraflar için bağlayıcı değildir. Bu kararlar, ileride açılacak davalarda yargı mercileri önünde kullanılmaz" (Şanlı, a.g.e.,s.407).

"Milli mahkemelerde ve tahkimde davaların çözümünün uzun zaman alması ve ciddi masraflara yol açması, uluslararası ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların çözümü için ADR tekniklerinin kullanımını artırmaktadır" (Şanlı, a.g.e.,s.407).

6. UZLAŞTIRMA YÖNTEMİ

"Tarafların anlaşmasına göre uzlaştırıcı, uyuşmazlığın sulhane bir şekilde çözümüyle ilgili olarak ya sadece taraflara tavsiyelerde bulunabilir veya değerlendirmeleri neticesinde bir karar verebilir. Taraflar, bu tavsiye veya karara uyup uymamakta serbesttir" (Şanlı, a.g.e.,s.375).

"Geleneksel olarak uzlaştırıcılar, tarafların ortaklaşa itibar ettiği saygın kişilerdir. Uzlaştırma, taraflarca tahkim veya resmi yargıya bir alternatif olarak öngörülebileceği gibi, bunların bir ön adımı olarak da öngörülebilir. Taraflar, sözleşmelerinde zorunluluk ifade eden kelimelerle tahkim öncesi uzlaştırmaya gidileceğini veya uzlaştırma prosedürünün başarısız şekilde sona ermesinden sonraki belirli tarihte tahkim davasının açılabileceğini belirtmişler ise, ön safha olan uzlaştırma prosedürü tüketilmeden tahkime gidilemez veya sözleşmede

belirtilen süre geçince tahkime gidilemez. Bu türden zorunluluk ifade eden beyanlar taşımayan uzlaştırma klozlarının atlanarak tahkime gidilmesi, tahkim şartının geçerliliğini etkilemez. Genel olarak, taraflardan birinin (davacının) sözleşmedeki uzlaştırma safhasını tüketmeden davasını hakemde veya mahkemede açması, uzlaştırıcı tarafından verilecek karara peşinen uyulmayacağı anlamına gelir ki; bu zımnen uzlaştırma prosedürünün başarısızlıkla sonuçlandığı şeklinde yorumlanabilir” (Şanlı, a.g.e.,s.376).

“Günümüzde uluslararası ekonomik ve ticari uyuşmazlıkların çözümüne katkıda bulunmak amacıyla çok sayıda resmi, yarı resmi veya özel kurum, kurumsal uzlaştırma hizmeti sunmaktadır. Bu kurumsal uzlaştırma hizmetlerinden başlıcalarını sunan kuruluşlar şunlardır: ICC (International Chamber of Commerce), UNCITRAL(United Nations Commission on International Trade Law), ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes), AAA (American Arbitration Association), RCIA (The Regional Centre for International Arbitration/Malesia), CIA (The Chartered Institute of Arbitrators/London), CEDR (The Centre for Dispute Resolution/London), The British Academy of Experts/London, The Society of Construction Arbitrators/London, The Australian Dispute Center, The Australian Commercial Dispute Centre, The British Columbia International Commercial Arbitration Centre/Los Angeles-USA, The Hong Kong International Arbitration Centre, The Japan Commercial Arbitration Centre, The Korean Commercial Arbitration Board, NAI (The Netherlands Arbitrage Institute), Zurich Chamber of Commerce, İTO (İstanbul Ticaret Odası)” (Şanlı, a.g.e.,s.377).

“Uluslararası ticaret uygulamasında en çok kullanılan kurumsal uzlaştırma prosedürleri; MTO, UNCITRAL, ICSID ve FIDIC tarafından yürütülen uzlaştırma faaliyetleridir” (Şanlı, a.g.e.,s.377).

a. ICC Uzlaştırma Kuralları

“MTO’nun uzlaştırmayı düzenleyen kuralları, 1.1.1998’de yürürlüğe konulmuştur (bkz. Guide to ICC Arbitration, ICC Publishing, S.A., Paris, 1994). Ancak MTO’nun 1 Temmuz 2001 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 809 numaralı Broşüründeki “Uyuşmazlıkların Dostane Halli Kuralları”, MTO Uzlaştırma Kurallarının yerini aldığından; bu-

gün artık 1998 tarihli MTO İhtiyari Uzlaştırma Kuralları yürürlükten kalkmıştır” (Şanlı, a.g.e.,s.378; bkz. ADR Rules and Guide to ICC ADR, ICC Publication No:809, Paris, 2001, s.16).

b. UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları

“BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), uzlaştırmada kullanılmak üzere 1980’de bir dizi uzlaştırma kurallarını kabul etmiş ve söz konusu kurallar 4 Aralık 1980’de BM Genel Kurulunca da uluslararası iş dünyasına tavsiye edilmiştir” (Şanlı, a.g.e.,s.378; UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları için bkz. Dayınlarlı, Kemal: UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2007, s.125-168).

“UNCITRAL Kurallarına göre bir uzlaştırma prosedürünün icra edilebilmesi için, tarafların sözleşme ile bu yöntemi kabul etmiş olmaları gerekmektedir. Ayrıca, uzlaştırma yöntemi, tarafların uzlaştırıcının tayini konusunda karşılıklı anlaşmaları halinde yürürlük kazanacaktır. Uzlaştırma, tamamen tarafların uzlaştırıcının hazırladığı anlaşmaya uymalarına bağlı olarak gerçekleşen ihtiyari bir uyuşmazlık çözme yöntemidir. Uzlaştırma Kurallarınının 16’ncı maddesine göre, uzlaştırma prosedürü esnasında taraflar, herhangi bir hak kaybının söz konusu olduğu dava zamanasını süresinin dolması gibi durumlar dışında, uzlaştırma konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak tahkime veya mahkemelere başvurmamayı taahhüt etmişlerdir” (Şanlı, a.g.e.,s.379).

“Uzlaştırma prosedürünün başarısızlıkla sonuçlanması halinde taraflar, uyuşmazlığı tahkime veya resmi yargıya götürebilirler” (Şanlı, a.g.e.,s.379).

c. ICSID Uzlaştırma Kuralları

“Devletler ile diğer devlet vatandaşı kişi ve kuruluşlar arasındaki uluslararası yatırım ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların halli konusunda Dünya Bankası tarafından hazırlanan “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Anlaşma” (ICSID) 1965 yılında kabul edilmiştir” (Şanlı, a.g.e.,s.380; bkz. Convention on the Settlement of Investment Disputes between Parties from Different States and Nationals of Other States).

Türkiye, ICSID Anlaşmasını, 24 Haziran 1987’de imzalamış olup; anlaşma Türkiye açısından 2 Nisan 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Günümüzde 155 ülke ICSID Anlaşmasına taraf olmuştur.

“ICSID Anlaşmasının 1’inci maddesine göre, uyuşmazlıkların tahkim veya uzlaştırma yoluyla çözümünde yetkili olacak bir uluslararası merkez oluşturulmuştur. Washington’da bulunan merkezin adı “Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez” (The International Centre for Settlement of Investment Disputes) dir” (Şanlı, a.g.e.,s.380).

“ICSID Anlaşmasının 28-35’inci maddeleri arasında uzlaştırma prosedürü düzenlenmiştir. Anlaşmanın 28 (2)’nci maddesine göre, adı geçen Merkezde tahkim veya uzlaştırma prosedürünün başlatılabilmesi için, uyuşmazlığa taraf devlet veya diğer devlet vatandaşı gerçek veya tüzel kişinin mensup olduğu devletin ICSID Anlaşmasına taraf olması gerekir ve ayrıca tarafların özel bir anlaşma ile aralarındaki somut uyuşmazlık bakımından Merkezin yetkisini kabul etmiş olmaları gereklidir” (Şanlı, a.g.e.,s.380).

“Merkez, doğrudan uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında uzlaştırıcı veya hakem olarak görev yapmamakta, sadece bu prosedürleri yönetmektedir. Bu bağlamda Merkez, tarafların güvenebilecekleri vasıflı uzlaştırıcı listeleri hazırlar ve uzlaştırma prosedürleri için gerekli sekreteryaya hizmetlerini sunar. Uzlaşma talebinde bulunan taraf, talebin karşı tarafa iletilmesi amacıyla Merkez Genel Sekreterliğine başvurur ve böylece uzlaştırma prosedürünü başlatmış olur. Merkez tarafından bir Uzlaştırma Komisyonu oluşturulur. Anlaşmanın 90’inci maddesine göre, uzlaştırma talebinin Merkez Genel Sekreterliğince kayda geçirilmesinden itibaren 90 gün içinde komisyon oluşturulamazsa, Dünya Bankası Başkanı, tarafların görüşlerini de alarak uzlaştırıcı atamasını re’sen yapar” (Şanlı, a.g.e.,s.381).

“Prensip olarak uzlaştırıcıların, Anlaşmanın 12’nci maddesine göre hazırlanmış bulunan Merkez listesinden seçilmesi şart değildir. Taraflar, dışarıdan da uzlaştırıcı seçebilirler” (Şanlı, a.g.e.,s.381).

“Anlaşmanın 34(2)’nci maddesine göre, taraflar Uzlaştırma Komisyonunun dostane çözüm önerilerini kabul edip uzlaşırlarsa, Komisyon tarafından anlaşma bir rapora bağlanır ve yayınlanır. Uzlaştırma pro-

sedürü başarısızlıkla sonuçlanırsa, Komisyon uzlaşmanın sağlanamadığını bir rapora bağlayıp yayınlatabilir” (Şanlı, a.g.e.,s.381).

“ICSID Kurallarına göre uzlaştırma prosedürü başarılı olup taraflar arasında bir anlaşma sağlandığında, Uzlaştırma Komisyonu raporuna bağlanan nihai metin, sonuç itibariyle bir anlaşmadır. Ancak bu anlaşmanın, hakem kararları gibi akit ülkelerde tenfizen icrası mümkün değildir. Taraflardan birinin, uzlaştırma prosedürü sonucunda varılan bir anlaşmaya sonradan uymaması sebebiyle uyuşmazlığın tahkime veya mahkemeye götürülmesi halinde, bu anlaşma taraflar açısından bağlayıcı bir sözleşme niteliği taşıyacaktır” (Şanlı, a.g.e.,s.382).

d. FIDIC Uzlaştırma Kuralları

“Günümüzde hemen hemen bütün ülkelerde yeni ve yüksek teknolojileri, ihtisası ve büyük mali kaynakları gerektiren sınai, ticari veya turistik tesislerin ve altyapı tesislerinin inşası için uluslararası ihalelere çıkılmaktadır. Yatırım anlaşmaları olarak nitelendirilebilecek anahtar teslimi proje sözleşmeleri, diğer bir deyişle otoyol, demiryolu, liman, havaalanı, metro, atıksu artıma tesisi, baraj, sınai tesis ve benzeri yatırımların inşasına ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesinde FIDIC’in standart sözleşmelerinden önemli ölçüde yararlanıldığından daha önceki bölümde bahsetmiştik. Günümüzde uluslararası yatırım sözleşmelerinin yaklaşık yüzde 30’unda FIDIC kurallarının kullanıldığı bilinmektedir. Dünya Bankası, borç vererek veya doğrudan finanse ettiği projelerin inşasında taraflara FIDIC Kurallarını önermektedir” (Şanlı, a.g.e.,s.383; ayrıca bkz. Dumont, H.A.: The FIDIC Conditions and Civil Law, ICLR (1988), p.43 vd).

“MTO ve FIDIC işbirliği içerisinde, FIDIC Sözleşmelerinden doğan tahkim davaları için özel bir tahkim kodu hazırlamaktadırlar. Halihazırda hazırlık aşamasında olan bu kodun amacı, FIDIC sözleşmelerinden doğacak sorunların MTO tahkimi ile etkin biçimde çözüme kavuşturulmasını sağlamaktır” (Şanlı, a.g.e.,s.383).

“FIDIC Genel Şartnamesinin (1987 baskı) 67’nci maddesine göre, inşaat sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık ister teknik ister hukuki konulara ilişkin olsun, tahkim prosedüründen önce mühendise havale edecektir. Mühendisinin kararı, tipik bir ihtiyari uzlaştırma kararıdır. Ancak, bu karara karşı 70 gün içinde itiraz edilmediğinde, mühendis

kararı taraflar açısından bağlayıcı bir nitelik kazanacaktır; diğer bir deyişle, mühendis kararına konu teşkil eden uyuşmazlıklar bakımından taraflar ve yargı mercileri bakımından kesin delil teşkil edecektir. Bu bakımdan kesinlik kazanmış bir mühendis kararı, hakem-bilirkişi kararı niteliğindedir. Mühendis kararına her iki tarafça uyulmadığı veya mühendisin başlattığı uzlaştırma prosedürüne her iki tarafça iştirak edilmediğinde, tahkime veya mahkemeye gitme imkanının olduğu açıktır” (Şanlı, a.g.e.,s.386).

C. ULUSLARARASI TİCARET SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLU İLE ÇÖZÜMLENMESİ

1. ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM VE TÜRKİYE UYGULAMASI

“Günümüzde uluslararası ekonomik ve ticari uyuşmazlıkların en yaygın çözüm yolu uluslararası ticari tahkimdir. Uluslararası iş hayatındaki hukuki riskleri asgariye indirmede en uygun uyuşmazlık çözme tekniği tahkimdir. Uluslararası ticari ve ekonomik uyuşmazlıklar için tahkimin tercih sebepleri aşağıda sunulmaktadır” (Şanlı, a.g.e.,s.219):

(1) “Tahkim, uluslararası ticaret faaliyetlerini yürütenler tarafından bağımsız ve tarafsız bir yargı mercii olarak algılanmaktadır. Tarafların, objektif davranılmayacağı endişesi ile birbirlerinin devlet mahkemelerine gitmekten çekinmeleri nedeniyle devlet mahkemelerinin tercih edilmemesi, tahkim usulünü popüler kılmaktadır” (Şanlı, a.g.e.,s.220).

(2) “Tahkim, devlet mahkemelerine nispetle kararların daha çabuk verilebileceği bir usuldür” (Şanlı, a.g.e.,s. 220).

(3) “Tahkim mahkemeleri, uluslararası karakterli ticari uyuşmazlıkların çözümünde uzman kişi veya kurumlardır” (Şanlı, a.g.e.,s.220).

(4) “Tahkim usulünde hakemler, devlet mahkemeleri gibi lex fori'nin, kanunlar ihtilafı kuralları da dahil, maddi ve usuli kuralları ile sıkı sıkıya bağlı değillerdir. Tahkim, tarafların iradesine dayanan özel bir yargılama usulüdür. Bu nedenle hakemler, hakimlere nispetle uluslar arası ticaretin ihtiyaçları ile bağdaşmayan mahalli hukukların

emredici ve kamu düzeni kuralları dışına daha kolay çıkabilmekte, uyuşmazlık konusu ilişkinin dahil olduğu sektörlerde cari olan kural, örf-adet ve teamülleri ve taraf anlaşmalarını daha etkin biçimde uygulayarak karar verebilmektedirler. Böylece tahkimde, uluslararası ticaretin mahiyetine ve ihtiyaçlarına, tarafların beklentilerine ve adalet ilkelerine çok daha uygun kararlar verilebilmektedir” (Şanlı, a.g.e.,s.221; ayrıca bkz. Şanlı, Cemal: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s.61).

(5) “Tahkimin uluslararası ticarete tercih edilmesinde en ciddi sebep, mahalli mahkeme kararlarına nispetle hakem kararlarının icrasındaki yaygınlık ve kolaylıktır. Günümüzde Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1958 tarihli New York Anlaşmasına 135 devlet taraftır. Anlaşmaya göre, taraf ülkelerden birinde verilen hakem kararları, diğerlerinde de tenfiz edilebilmektedir. New York Anlaşması, uluslararası bir tahkim hukuku yaratmıştır” (Şanlı, a.g.e.,s.221-222).

“New York Anlaşmasından ayrı olarak, son yıllarda bazı İslam ülkeleri arasında da hakem kararlarının tenfizine ilişkin bölgesel nitelikte çok taraflı anlaşmalar aktedilmiştir. Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizine Dair Riyad Konvansiyonu’na Irak, Yemen, Ürdün, Sudan, Tunus ve Libya taraftır. Anlaşmaya göre, akit ülkelerde verilen hakem kararları, davacının vatandaşlığına bakılmaksızın ve karar esastan herhangi bir işleme tabi tutulmaksızın, Anlaşmada belirtilen şekli şartlar çerçevesinde tenfiz edilecektir. Riyad Konvansiyonu, özellikle New York Anlaşmasına taraf olmayan İslam ülkeleri bakımından büyük önem taşımaktadır” (Şanlı, a.g.e.,s.221; Konvansiyon hakkında bkz. El Ahbad, A.H.: Enforcement of Arbitral Awards in the Arab Countries, Arb. Int., V.11, No: 2,1995).

“Arap devletleri arasında 1987’de “Ticari Tahkime İlişkin Amman Konvansiyonu” kabul edilmiştir. Konvansiyona göre, merkezi Rabat’ta bulunan bir “Arap Ticari Tahkim Merkezi” kurulmuştur. Merkez tarafından verilen hakem kararları, kamu düzenine aykırı olmadığı müddetçe, Konvansiyon’a göre yetkilendirilen akit devlet yüksek mahkemeleri tarafından doğrudan tenfiz edilecektir. Merkez tarafından verilen kararlara, tenfiz sırasında akit ülke mahkemeleri nezdinde itiraz edilemeyecektir. Konvansiyon’a Irak, Ürdün, Libya,

Tunus, Yemen, Filistin, Lübnan ve Sudan taraftır” (Şanlı, a.g.e.,s.221; Konvansiyon hakkında bkz. El Ahbad, a.g.e.,s.180 vd).

(6) “Tahkim yargılamasının ucuz olması, tahkim yargılamasının gizli olması sebebiyle ticari sırların kolayca saklanabilmesi, hakemlerin aynı zamanda birer uzlaştırıcı olmaları sebebiyle tahkimin taraflar arasındaki ilişkilerin daha az tahrip olduğu barışçıl bir usul olması, tahkimin uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilmesinin diğer nedenleridir” (Şanlı, a.g.e.,s.222).

“Tahkim, tarafların serbest iradesine dayanan bir yargılama usulüdür. Taraflar, uyuşmazlıklarını çözecek hakem veya hakemleri, bunların sayı ve niteliklerini, seçim tarzını, tahkim sözleşmesi ve şartının içeriğini, tahkim yerini, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku, tahkim prosedürüne uygulanacak hukuku, esasa uygulanacak maddi hukuku, yargılamanın usul ve şeklini, başvurulacak ispat vasıtalarını ve yargılamada kullanılacak lisanı serbestçe belirleyebilirler. Milli mahkemeler sadece, milli hukuka veya bu hukukun bir parçası olan uluslararası anlaşmalara göre taraf iradelerine getirilen “kamu düzeni” gibi sınırlamaları aşan tahkim prosedürlerine dava sırasında veya kararın tenfizi sırasında müdahale ederek, bu tür tahkim kararlarının icrasını engellemektedirler” (Şanlı, a.g.e.,s.223).

“Taraflar ile hakem veya hakemler arasındaki anlaşmaya “Hakem Sözleşmesi” denilmektedir. Uygulamada, davanın başında taraflar ve hakemlerin iştiraki ile düzenlenip; her iki tarafça imzalanan “görev belgesi” (term of reference/ tensip zaptı) ile bu anlaşma, yazılı hale gelmektedir” (Şanlı, a.g.e.,s.223).

“Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmeyi kabul ettiklerine ilişkin sözleşmeye ise “Tahkim Sözleşmesi” denilmektedir. Tahkim sözleşmesi, ana sözleşmeden ayrı olarak müstakilen yapılabileceği gibi, maddi hukuk sözleşmesi içine dahil edilen bir kloz (madde) şeklinde yani “Tahkim Şartı/Klozu” biçiminde de yapılabilir. Tahkim sözleşmesi ile taraflar, aralarındaki belirli bir özel hukuk ilişkisinden doğmuş veya gelecekte doğacak uyuşmazlıkları, devlet mahkemelerine değil, özel kişilerden oluşan ve hakem denilen şahıslara çözdürme konusunda taahhütte bulunurlar. Buna bağlı olarak, tahkim sözleşmesi, sözleşme konusu uyuşmazlığın devlet yargısına götürülmesi durumunda ilgili hukuk sistemleri nezdinde bir itiraz imkanı sağlamaktadır” (Şanlı, a.g.e.,s.223).

“Tahkim sözleşmesi, maddi hukuk sözleşmesi içinde yer alan bir kloz şeklinde düzenlenmiş olsa dahi, geçerlilik bakımından maddi hukuk sözleşmesinden bağımsızdır” (Şanlı, a.g.e.,s.224).

“Kurumsal tahkim, belirli bir tahkim kurumunun önceden belirlenmiş kurallarına tabi olarak onun kontrolünde cereyan eden tahkimdir. Ad hoc tahkimde tahkim sözleşmesinin detaylı tutulması, özel bir önemi haizdir” (Şanlı, a.g.e.,s.224).

“Tahkim yönteminde taraflar, hakemlerce esasa uygulanacak maddi hukuku da serbestçe seçebilirler. Bu seçim; maddi hukuk sözleşmesi içinde yer alan tahkim klozu içinde, bu klozdan ayrı olarak maddi hukuk sözleşmesi içinde veya bundan bağımsız olarak müstakil bir “Hukuk Seçimi Anlaşması” şeklinde yapılabilir” (Şanlı, a.g.e.,s.227).

“Taraflar, hakemlerce uygulanacak usulü, belirli bir tahkim kurumunun kurallarına ya da ulusal hukuk sistemine atıf yapmak suretiyle veya doğrudan kaleme almak suretiyle kendileri belirleyebilirler” (Şanlı, a.g.e.,s.227).

“Son yıllarda çoğu ülkede uluslararası ticari tahkim prosedürlerinin hukuki rejimini düzenlemek amacıyla özel “Uluslararası Ticari Tahkim Kanunları” çıkarılmıştır. Bu tür özel kanunların çıkarılmasının nedeni, mahalli tahkimi düzenleyen kuralların, uluslararası ticari tahkimin nitelik ve ihtiyaçlarına uygun düşmemesidir. Nitekim, ülkemizde de, 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, 5 Temmuz 2001 tarih ve 24453 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanıp aynı gün yürürlüğe girmiştir. Kanun, tahkim yeri olarak Türkiye’nin belirlendiği bütün uluslararası ticari tahkim prosedürlerini düzenlemektedir. Yerel tahkim ise, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanuna tabi olmaya devam edecektir” (Şanlı, a.g.e.,s.227-228).

“Değişik ülkelerde yürürlüğe konulan Uluslararası Tahkim Kanunlarına, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)’nın 1985 tarihli “Uluslararası Ticari Tahkime Dair Model Kanunu” rehberlik etmiştir” (Şanlı, a.g.e.,s.230).

“Türkiye, 08.05.1991 tarihli ve 3730 sayılı Kanunla onaylanan “Uluslararası Ticari Tahkime Dair 1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Anlaşması”na ve 08.05.1991 tarihli ve 3731 sayılı Kanunla onaylanan “1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Hakkındaki New York Anlaşması"na taraf olmuştur. Yine Türkiye, 27.05.1988 tarihli ve 3453 sayılı Kanun ile "ICSID Anlaşması"na taraf olmuştur. Ayrıca, Türkiye'nin taraf olduğu iki ve çok taraflı "Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmalarının" tamamında, ev sahibi devlet ile diğer akit tarafa mensup yatırımcılar arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının uluslararası tahkim yoluyla çözümü kabul edilmiştir. Her bir anlaşmada farklı bir uluslararası tahkim biçimi benimsenmiştir" (Şanlı, a.g.e.,s.231).

"ICSID ve iki taraflı Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmaları ile Türkiye, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu uluslararası idari sözleşmelerden doğan yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümünü kabul etmiştir. Günümüzde, Türk Hukuku bakımından yabancılık unsuru içeren kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda da tahkim yolu kabul edilmiştir" (Şanlı, a.g.e.,s.234).

4886 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, sadece yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar yada hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanmaktadır.

Sadece tahkime elverişli bulunan, yani tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri yani sulh ve ibra konusu yapabilecekleri yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıkları, 4886 sayılı Kanunun kapsamına dahildir.

Uluslararası ticari bir uyuşmazlığın çözümü için ad hoc (arizi) tahkim usulünü tercih eden taraflar, sözleşmelerinde yapacakları bir atıfla, tahkim prosedürünü UNCITRAL'in 1976 tarihli Ad Hoc Tahkime İlişkin Kurallarına veya Uluslararası Ticaret Odası'nın Tahkim Kurallarına tabi kılabilirler.

2. ULUSLARARASI KURUMSAL TAHKİM

"Günümüzde uluslararası arenada hakemlik hizmeti sunan çok sayıda birbirinden farklı kurumsal tahkim merkezi bulunmaktadır. Bunların bir kısmı, mesleki ve sektörel oda veya birliklere bağlıdır. Bugün itibariyle ülkemizde, uluslararası tahkim alanında aktif bir kurumsal tahkim merkezi bulunmamaktadır. TOBB tarafından, 1990'da

merkezi Ankara'da bulunan bir TOBB Tahkim Divanı oluşturulmuşsa da; adı geçen Divan iş dünyasında aktif bir konuma gelememiştir. Ayrıca, İstanbul Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi, uluslararası ticari uyuşmazlıklarda tahkim hizmeti sunmaktadır. Odanın halihazırda yürürlükte bulunan "İstanbul Ticaret Odası Tahkim, Uzlaştırma ve Hakem-Bilirkişilik Yönetmeliği (Kuralları)" 1979 yılında yürürlüğe girmiştir" (Şanlı, a.g.e.,s.257).

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde Türk dış ticaretçilerinin de sık başvurduğu önemli kurumsal tahkim merkezlerinden (daimi hakem mahkemelerinden) bazıları aşağıda kısaca incelenmiştir.

a. ICSID Merkezi

"Merkez, Dünya Bankası tarafından 1966'da yürürlüğe konulan "Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma" ile kurulmuştur. Merkez, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarından doğan tahkim davalarına bakmaktadır" (Şanlı, a.g.e.,s.259).

"Çok sayıda devletin taraf olmasına rağmen, ICSID tahkimine nadiren başvurulmasının bir nedeni, uluslararası karakterli yatırım anlaşmalarının pek çoğunda taraflarca ICSID dışında bir tahkim sisteminin öngörülmüş olmasıdır. Bu nedenle, ICSID'e genel olarak sadece ev sahibi devletin haksız fiil teşkil eden belirli davranışlarından doğan ve uyuşmazlığın doğmasından sonraki aşamada da ev sahibi devletin merkezin yetkisini kabul ettiği olaylarda gidilebilmektedir" (Şanlı, a.g.e.,s.259).

"Son yıllarda devletler arasında aktedilen pek çok ikili ve çok taraflı anlaşmada doğrudan ICSID'in hakemliği kabul edilmiştir. ICSID'e atıf yapılan ikili ve çok taraflı anlaşmalardan doğan uyuşmazlıkların hakem sıfatı ile Merkez tarafından çözümlenebilmesi için, uyuşmazlığın vukuundan sonraki safhada ayrıca yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında özel bir anlaşmanın yapılması gerekmemektedir" (Şanlı, a.g.e.,s.259).

"ICSID Konvansiyonu'nun 47'inci maddesine göre, Merkez ihtiyati tedbir kararları verebilir" (Şanlı, a.g.e.,s.259).

"ICSID Kurallarına göre verilen kararlar, ICSID sistemi içinde kesinleştiğinde, taraf devletlerde yerel hukukun cebri icra kuralları çerçevesinde doğrudan icra edilebilirler (Şanlı, a.g.e.,s.259).

b. Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi

“Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), 1923 yılında “Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Divanı” (ICC Arbitration Court) adıyla bir tahkim mahkemesi oluşturmuştur. Doğrudan uyuşmazlığı çözümlleyen hakem veya hakem heyeti, her bir somut olayda taraflarca veya tarafların anlaşamadığı ya da tarafların yetki verdiği hallerde Divan tarafından oluşturulmaktadır” (Şanlı, a.g.e.,s.260).

“Günümüzde yürürlükte bulunan MTO Tahkim Kuralları, 1 Ocak 1998’de revize edilen Tahkim Tüzüğüdür (bkz. ICC Rules of Arbitration, ICC Publication No:581, Paris, 1997). MTO tahkim prosedürünün uygulanması, tamamen uyuşmazlık vukuunda tarafların MTO Tahkim Tüzüğüne göre bir tahkimi öngörmüş olmalarına bağlıdır (Şanlı, a.g.e.,s.260).

“MTO tahkim prosedürü, beş aşamadan geçmektedir. Birinci aşamada, Tahkim Tüzüğü’nün 4(1)’inci maddesine göre, davacı taraf veya taraflar, tahkim talebini MTO Tahkim Divanı Sekreteryasına gönderirler. İkinci aşamada, Tüzüğü’nün 7-12 maddeleri arasındaki düzenlemelere göre, tarafların anlaşmasına uygun olarak veya anlaşma sağlanamıyorsa MTO Tahkim Divanı tarafından somut uyuşmazlığı karara bağlayacak hakem mahkemesi oluşturulur. Hakem mahkemesi tek veya üç hakemden oluşur. Üçüncü aşamada, Tüzüğü’nün 13’üncü maddesine göre, hakem mahkemesinin teşkilinden sonra, Sekreteryaya tarafından dosya hakem mahkemesine tevdi edilir. Bu aşamada hakemler ve tarafların iştirakiyle düzenlenen görev belgesinde hükme bağlanan hususlar, tahkim prosedürü boyunca ve hatta tenfiz aşamasında tarafları bağlar. Dördüncü aşamada, Tüzüğü’nün 24’üncü maddesine göre, hakem mahkemesi davayı esastan inceleyerek, görev belgesinin imzalanması tarihinden itibaren altı ay içinde karar tasarisını imzalamaksızın hazırlar ve onay için Divan’a sunar. Hakem mahkemesi, MTO Tahkim Tüzüğü hükümlerini uygulayarak tahkim yargılamasını icra eder. Hakemler, davanın esasını tarafların anlaşmasına, burada hüküm bulunmayan hallerde taraflarca seçilen hukuka göre karara bağlarlar. Taraflar bir hukuk seçmemişlerse, hakemler dava bakımından uygun buldukları bir hukuku uygulayarak uyuşmazlığı esastan kararar bağlarlarken; her halükarda ticari örf ve adeti dikkate alırlar” (Şanlı, a.g.e.,s.261-263).

“Tüzüğün 23’üncü maddesine göre, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakem mahkemesi, taraflardan birinin talebi üzerine, geçici ve muhafaza amaçlı ihtiyati tedbir kararlarını verebilir” (Şanlı, a.g.e.,s.263).

“Beşinci aşamada Tüzüğün 27’inci maddesine göre, MTO Tahkim Divanı, hakem mahkemesince verilen karar taslağını inceler ve gerekli gördüğü şekil değişikliklerinin yapılması yönünde hakem mahkemesine tavsiyelerde bulunabilir veya karar verme özgürlüklerini etkilemeksizin hakemlerin dikkatlerini uyuşmazlığın esasını ilgilendiren bazı hususlara çekebilir” (Şanlı, a.g.e.,s.263).

“Tüzüğün 28 (1)’inci maddesine göre, Sekreteryaya, Divan tarafından onaylanıp, hakem mahkemesince imzalanan karar metnini, tahkim masraflarının tamamının ödenmesi üzerine, taraflara tebliğ eder. Tüzüğün 28 (b) maddesine göre, karar verildiği andan itibaren taraflar için bağlayıcıdır. Taraflar MTO Tahkim Kurallarını seçmekle, verilen karara derhal uyup icra etmeyi ve temyiz ve itiraz yoluna başvurmadan feragati kabul ve taahhüt etmiş sayılırlar” (Şanlı, a.g.e.,s.263).

“MTO tahkimlerinde taraflarca ödenecek tahkim idari giderleri, hakem ücretleri ve bunlarla ilgili avanslar, Tahkim Tüzüğü’nün ekinde yer alan “Tahkim Masrafları ve Ücretleri Tarifesi” ile düzenlenmiştir. Tarife, dava değerine bağlı ve bu değere bağlı olarak artan bir ücret sistemini benimsemiştir” (Şanlı, a.g.e.,s.263).

c. Diğer Kurumsal Tahkim Merkezleri

Uluslararası ticaret sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi için, sözleşme taraflarının başvurabileceği diğer uluslararası kurumsal tahkim merkezlerinin en tanınmış olanları aşağıda sıralanmaktadır (bkz. Şanlı, a.g.e., s. 264-279):

- Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (London Court of International Arbitration),
- Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi (The International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of Russian Federation),

- Avusturya Federal Ekonomi Odası Uluslararası Tahkim Merkezi (International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber-Vienna International Arbitral Centre),
- Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce),
- Amerika Tahkim Odası (The American Arbitration Association),
- Hububat ve Yem Ticaret Birliği Tahkim Mahkemesi (The Grain and Feed Trade Association Arbitration Tribunal / GAFTA Arbitration Tribunal),
- Sıvı ve Hayvansal Yağ ve Tohum Birlikleri Federasyonu Tahkim Mahkemesi (Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Arbitration Tribunal / FOSFA Arbitration Tribunal),
- Rafine Şeker Birliği Tahkim Mahkemesi (The Refined Sugar Association Arbitration Tribunal).

SONUÇ

Yirmibirinci yüzyılın başında, uluslararası müteahhitlik hizmetleri sektörü, inşaatla ilgili yan servisler ve yardımcıları ve ortaklar aracılığıyla faaliyette bulunan özgün yapısı ile, aynı zamanda hem fırsatlar ile hem de zorluklar ile karşı karşıya bulunmaktadır.

Uluslararası müteahhitlik hizmetleri sektörünün yurtdışındaki iş olanaklarını etkileyen geniş faktörler yelpazesinde; altyapı projelerinin uluslararası finansmanı, uluslararası ihale prosedürleri ve standart sözleşme formları, uluslararası tahkim ve uyuşmazlıkların alternatif çözüm mekanizmaları, ihracat kredisi sigortası ve yabancı inşaat pazarlarına giriş engellerinin kaldırılması hususları önceliğe sahip meseleler olarak öne çıkmaktadır.

Global ölçekte altyapı ihtiyacı her geçen gün artmakla birlikte, dünya çapında altyapı alanında yeni inşaat ve bakım faaliyetleri için gereken fonları bulmakta genel olarak güçlük çekildiği gözlenmektedir. Bu durum karşısında yeni bir finansman yöntemi olarak, altyapı yatırımlarının finansmanında ve alt yapı hizmetlerinin yürütülmesinde kamu-özel sektör ortaklığı (Public-Private Partnership) modeline daha fazla işlerlik kazandırmak güncel bir çözüm yolu olarak ortaya çıkmaktadır.

FIDIC tarafından 1999 yılında yayınlanan 5'inci baskı yeni kırmızı,sarı ve gümüş renkli kitapların (genel ve özel şartnamelerin), diğer bir deyişle standart sözleşme formlarının, geçmişte olduğundan daha fazla olarak inşaat riskini müteahhite yüklediği görülmektedir. Ancak Asya, Afrika ve Latin Amerika ülkelerinin çoğunda halen 1987 yılında yayınlanan 4'üncü baskı kırmızı kitap, inşaat sözleşmelerinin hazırlanmasında ve uluslararası ihalelerde yaygın olarak kullanılmakta olup; yeni baskı FIDIC tip şartnamelerinin bu eski baskı versiyonunun tamamen yerini almasının biraz daha zaman alacağı anlaşılmaktadır.

Modern bir ihale sistemi, başvuran isteklilerin etkili bir ön yeterlilik değerlendirmesine alınmasıyla başlamalı ve yüksek kaliteli ihale dökümanlarına dayanan bir ihale prosedürü ve işveren ile müteahhit arasında gelecekteki muhtemel riskleri adil olarak dağıtan dengeli sözleşme şartları ile devam etmelidir.

İnşaat projelerine ilişkin uyuşmazlıkların hızlı, hatta mümkünse çıktığı anda şantiyede çözülebilmesini temin edebilecek alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına, özellikle de uluslararası inşaat projelerinde inşaat sanayinin özel ihtiyacı bulunmaktadır.

Günümüzdeki uygulamada ihracat kredisi sigortası şirketlerinin sağladığı sigortaların kapsamı politik ve ticari riskler ile sınırlı olup; çevresel, sosyal ve kültürel riskleri azaltma kapasiteleri ihmal edilebilir düzeydedir. Geleneksel inşaat faaliyeti, işverenlerin ve onların müşavir mühendislerinin belirlediği teknik kriterlere ve şartlara dayanan talimatları yerine getirdiği için, müteahhitin inşaat işinin çevresel boyutlarını etkileme kapasitesi, üçüncü taraflar tarafından hazırlanan ihale dökümanları ve dizaynlar (çizimler) ile inşaatın yapılmakta olduğu yabancı ülkedeki ulusal mevzuat ile sınırlıdır.

Haziran 2003'de dünyanın en büyük ve en ünlü özel finans kuruluşlarından bazıları Ekvador Prensiplerini kabul etmişlerdir. Bu yol gösterici prensipler, kredi veren kuruluşların finanse ettikleri inşaat projelerinin sosyal açıdan sorumlu ve çevresel açıdan sakıncasız gelişmesini garanti etmeyi amaçlamaktadır. Nitekim, Avrupa Uluslararası Müteahhitler Birliği Genel Kurulu'nun 15 Nisan 2004 tarihinde İstanbul'daki konferansının konusunun "İhracat Kredi Sigortası ve Proje Finansmanında Çevresel ve Sosyal Standartlar"

olarak seçilmesi, gelişmekte olan ülkelerdeki altyapı projeleri için uluslararası finansman sağlamada yeni standartların önemini vurgulamaktadır.

2001 yılında Dünya Ticaret Örgütüne üye olan Çin, taahhütlerinin aksine, kabul ettiği yeni hukuki düzenlemeler ile yabancı müteahhitlerin Çin'in inşaat pazarına girmelerinin önünde yeni giriş engelleri yaratmıştır. Avrupa Komisyonu'nun ve diğer uluslararası kuruluşların işbirliği içinde yürüttükleri Çin Hükümeti nezdindeki ikna çabalarının kısmen başarılı olması sonucunda, Çin inşaat pazarına uluslararası inşaat şirketlerini daha fazla çekebilmek için, Çin'in yeni mevzuatının yabancı müteahhitler için öngördüğü ikamet şartı, yabancı mühendis sayısına getirilmiş olan sınırlamalar, belirli sermaye getirme mecburiyetleri gibi pazara giriş engeli niteliğindeki kısıtlamalar yumuşatılmıştır.

Yukarıda uluslararası müteahhitlik sektörünün gündemindeki son gelişmeler böylece değerlendirildikten sonra, konuyu ülkemizin yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektörü açısından ele aldığımızda sektörün gündemindeki başlıca sorunlar olarak başlıca şu hususlar dikkati çekmektedir: Bürokraside daha etkin bir koordinasyon oluşturma gereği, finansman bulma ve teminat mektubu temin etme güçlüğü, sosyal güvenlik, dış pazarlar hakkında bilgi edinme zorluğu, tanıtım eksikliği, sektörün belli bölgelerde yoğunlaşması ve yeni pazarlara açılmaması, iş alınarak faaliyet gösterilen tüm ülkeler ile "Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi" ve "Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması" anlaşmalarının henüz tamamlanamamış olması, Türk teknik müşavirlik ve mühendislik firmalarının yurtdışında yeterince etkin olamaması, teknik ve tecrübe bakımından yetersiz Türk inşaat firmalarının yurtdışında iş üstlenmesi nedeniyle sektörün olumlu imajının zedlenmesi.

Yukarıda özetlenen sorunlar biran önce halledilerek, ülkemizin halihazırda oldukça yüksek olan mevcut cari açığını kapatabilmek için, geleneksel olarak döviz kazandırıcı ihracat ve turizm sektörlerinin yanısıra, önündeki engellerin kaldırılması ve mümkün olan her türlü hukuki, mali desteğin sağlanması suretiyle acilen yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektörünün önünün açılması zarureti bulunmaktadır.

KAYNAKLAR

I. Kitaplar, Makaleler ve Raporlar

- ARKAN, Sabih: "İnşaat Sözleşmelerinde Teminat Mektupları", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s.309-315.
- DELAUME, G.R.: The Finality of Arbitration Involving States-Recent Developments, Arb.Int, V.5., No:1 (1989).
- DELAUME, G.R.: Transnational Contracts-Applicable Law and Settlement of Disputes, Appendix IV, Booklet D.2 (1988).
- DELAUME, G.R.: Sovereign Immunity and Transnational Arbitration, Arb. Int., V.3,No:1,1987.
- EREN, Fikret: "Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, Ankara, 2001, s.49-86.
- EREN, Fikret: "İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381, s.63-86).
- EREN, Fikret: "İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381, s.89-103).
- SCHMITTHOFF, C.M.: The Law and Practice of International Trade, Nineth Ed., London, 1990.
- ŞANLI, Cemal: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986.
- ŞANLI, Cemal: "21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku", Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 1990.
- ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Üçüncü Bası, Beta, İstanbul, Haziran 2005.
- ŞANLI, Cemal/EKŞİ, Nuray: Uluslararası Ticaret Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 5.Bası, Arıkan, İstanbul, Kasım 2006.
- TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 3.bası, Ankara, 1982.
- TANDOĞAN, Haluk: "Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi,Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)", BATIDER, Cilt XIII, Sayı:3-4, Aralık 1986, s.57-89.
- UYANIK, Nedim: İnşaat İşlerinde Sözleşme Yönetimi, Beta, 2004.

II. Uluslararası Anlaşmalar, Sözleşmeler, Model Kurallar ve İlgili Mevzuat

Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu Tahkim Kuralları/UNCITRAL Tahkim Kuralları),

Convention on the Recognition and Enforcement of the Foreign Arbitral Awards, New York, 1958 (1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfzi Hakkında New York Sözleşmesi),

European Convention on International Commercial Arbitration, Geneva, 1961 (Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa -Cenevre- Sözleşmesi),

General Act for the Pacific Settlement of International Disputes of 1928 (1928 Genel Tahkim Sözleşmesi),

International Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Sözleşme/ICSID Konvansiyonu),

Multilateral Agreement on Investment (Yatırımlar Hakkında Çok Tarafı Anlaşma / MAI),

Regulation on the Procedure of the International Conciliation (Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün Uluslararası Uzlaştırma Prosedürleri Hakkındaki Yönetmeliği),

Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Kuralları / ICC Tahkim Kuralları),

The 1899 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes / La Haye Sözleşmesi,

The 1907 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes / 1907 La Haye Sözleşmesi,

The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States, 1992 (1992 tarihli İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü için Seçimlik Kurallar),

The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of Which Only One is A State, 1993 (1993 tarihli Tarafardan Sadece Biri Devlet Olan İki Taraf Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü için Seçimlik Kurallar),

The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitration between International Organizations and Private Parties, 1996 (1996 tarihli Uluslararası Örgütler ile Özel Kişi ve Kuruluşlar Arasındaki Tahkim için Seçimlik Kurallar),

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu),

- Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes of World Trade Organization (Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Usul ve Kurallar Hakkında Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması),
- United Nations Model Rules on Arbitral Procedure, 1958 (1958 tarihli Birleşmiş Milletler'in Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları),
- ICC Uluslararası Tahkim Divanı Statüsü,
- ICC Uluslararası Tahkim Divanı İç İşlem Tüzüğü,
- ICC Tahkim Tüzüğü,
- 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun,
- 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu,
- Conciliation Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları),
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), (Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanun),
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), (Milletlerarası Ticari Uzlaşmaya İlişkin Model Kanun),
- Principles of International Commercial Contracts (Rome, 2004),(Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler),
- Principles of European Contract Law , 2004 (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, 2004).