

**ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN
HAZIRLANMASI VE ÇIKACAK UYUŞMAZLIKLARIN
ÇÖZÜM YOLLARI**

Dr. Av. Muhammed HARDALAÇ

Ankara

GİRİŞ VE AMAÇ.....	I
1.GENEL BİLGİLER.....	1
1.1.TERİM TANIMLARI.....	1
1.2.ANTLAŞMA VE ANLAŞMA ARASINDAKİ FARK.....	1
2.ULUSLAR ARASI TİCARET KAVRAMI.....	2
2.1.ULUSLARARASI TİCARETİN TANIMI.....	2
2.1.1.Ekonomik Açıdan Üretim Azlığı veya Fazlalığı.....	2
2.1.2.İhtiyaçların Uluslararası Alanda Giderilmesi, Taşımacılık ve Güvenlik Sorunu.....	2
2.1.3.Yapılacak Ticari ilişkinin Taraf Hukuk Zeminlerinden Birine Oturtulması.....	3
2.1.4.Çıkacak Uyuşmazlıklarda Hangi Hukuk Yolunun Seçileceği Sorunu.....	3
2.2.ULUSLARARASI TİCARETİN GELİŞİMİ.....	3
2.3.ULUSLARARASI TİCARETİN TERCİHİ.....	4
2.4.ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELER.....	4
3.ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN HAZIRLANMASI.....	6
3.1. SÖZLEŞMENİN SÖZLEŞME YAPMA EHLİYETİ SAHİP KİŞİLERCE YAPILMASI.....	6
3.2.SÖZLEŞME YAZILI OLMALIDIR.....	8
3.3.İLGİLİ HUKUKA GÖRE GEÇERLİ BİR SÖZLEŞME YAPILMALIDIR.....	10
3.4. SÖZLEŞME MÜSTAKİL BİR MADDİ HUKUK SÖZLEŞMESİ OLMALIDIR.....	11
3.5.SÖZLEŞME KONUSU MALIN GÖZETİMİ.....	13
3.6.SÖZLEŞME ESASLI UNSURLARI TAŞIMALIDIR.....	14
3.7.SÖZLEŞME FİKRİ MÜLKİYET HAKKININ AKİBETİNİ AÇIKLAR NİTELİKTE OLMALIDIR	17
3.8.SÖZLEŞME MÜCBİR SEBEP HALİNİN SONUÇLARINI AÇIKLAMALIDIR.....	18
3.9.SÖZLEŞME DE BİR HUKUK SEÇİMİ YAPILMALIDIR.....	19
3.10.SÖZLEŞMEDEKİ DİL VE YORUM SORUNU ÖNLENMELİDİR.....	23
4.ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN HUKUKSAL YOLLARLA ÇÖZÜMÜ.....	24
4.1.UYUŞMAZLIKLARIN ULUSAL MAHKEMELERDE ÇÖZÜMÜ.....	25
4.1.1.Uyuşmazlığın Tarafların Seçtiği Ulusal Mahkemede Görülmesi.....	25
4.1.1.1.Taraflarca Türk Mahkemelerinin Seçilmesi.....	26
4.1.1.2.Taraflarca Yabancı Mahkemelerin Seçilmesi.....	27
4.1.2.Uyuşmazlığın Tarafların Doğrudan Başvurduğu Ulusal Mahkemede Görülmesi.....	30
4.1.2.1.Doğrudan Milli Mahkemelere Başvurulması.....	31
4.1.2.2.Doğrudan Türk Mahkemelerine Başvurulması.....	33
4.2.UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLU İLE ÇÖZÜMÜ.....	37
4.2.1.Türk Hukukunda Tahkimin Yeri.....	38
4.2.2.Tahkim Sözleşmesi.....	39
4.2.3.Uygulanabilir Hukuk.....	40
4.2.4. Hakem Heyetinin Oluşturulması.....	41
4.2.5. Tahkimde Ehliyet.....	41
4.2.6.Tahkimin Ticari Olma Özelliği.....	42
4.2.7.Tahkimin Uluslararası Nitelikte Olması.....	42
4.2.8.Tahkim Kararlarının Tanınması.....	43
4.2.9.Tahkim Kararlarının Tenfizi.....	44
4.3.TAHKİM VE ULUSAL MAHKEMELERİN KARŞILAŞTIRILMASI.....	45
4.3.1.Ulusal Mahkemelere Karşı Tahkimin Avantajları.....	46
4.3.2.Tahkime Karşı Ulusal Mahkemelerin Avantajları.....	47

4.4.TAHKİMDE YER ALAN KURUMLAR.....	48
4.4.1.Kurumsal Tahkim.....	49
4.4.2.Ad Hoc (Özel Seçilmiş) Tahkim.....	49
4.5.ULUSLARARASI TAHKİM KURUMLARI.....	50
4.5.1. Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID).....	50
4.5.1.1.ICSID ve Türkiye.....	51
4.5.2. Milletlerarası Ticaret Odasının Tahkim Divanı (ICC).....	51
4.5.3. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonun Tahkim Kuralları.....	52
4.6.UYUŞMAZIKLARIN ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI İLE ÇÖZÜMÜ.....	53
4.6.1.ADR Yöntemleri.....	54
5.SONUÇ.....	54

GİRİŞ VE AMAÇ

Son yıllarda haberleşme ve ulaşım alanında ki meydana gelen hızlı gelişmeler daha önceden ülke bazında olan ticari yaşamın uluslar arası arenaya taşınmasında etkili olmuştur. Uluslararası ticaretin aktörü olan taraflar, kendi ülkeleri dahilinde yapmış oldukları ticari ilişkilerinde örf ve adetlerini içerir, hukuk kültürleri ile yoğrulmuş yasal düzenlemeler dahilinde gerçekleştirmekteydiler. Ancak gelişen ticari yaşam tarafları çok uluslu devletlerin hukuk rejimleri içerisinde işlem yapmaya mecbur kılmıştır. Bu durum dolayısıyla uluslar arası ticaret hukuku kavramının gelişmesine sebep olmuştur.

Gelişen ticaret hukuku taraflar arasındaki ilişkide yer alan hukuki rejimin tayininde sorunlar yaşamaya başlamıştır. Şöyle ki ticari ilişki bir ülkede başlamakta diğer bir ülkede anlaşmaya varılmakta hatta başka bir ülkede de sona ermekteydi. Böyle bir durumda taraflar ve ülke hukuk rejimleri kendi çıkarlarına göre ticari ilişkiyi ya hep birlikte kabul etmekte yada hep beraber reddetmekteydiler. Uluslar bu sorunu sadece ülkesellik esasını belirleyerek aşamıyorlardı. Çünkü uluslar arası ticaret genel anlamda her iki tarafa da borç yüklemektedir. Dolayısıyla kendi ülkesinde ki taraf hem alacaklı hem borçlu sıfatlarını şahsında birleştirmektedir. Sonuç olarak ülkelerin hukukları bu sorunlara çözüm bulamaz duruma gelmişti. Bunun ilişkileri üzerine ülkelerin uluslar arası ticareti düzenleme amacıyla ortak hareket etmeleri sonucu çeşitli çok taraflı ticari ilişkileri düzenleyici sözleşmeler hazırladılar. Bu sözleşmeleri hazırlarken esas olarak devletlerin hukuki sınırlarını belirlemeye çalıştılar hangi devletin ticari ilişkinin hangi evresinde yer alacağını belirlemek bu sözleşmelerin ana temeliydi. Gelişen bu süreç sonrasında yerel mahkemelerde yapılan yargılamaların gerek maddi açıdan külfetli olması ve gerekse süre bakımından uzun zaman alması tarafları ticaret konusunda uzman kişilerin bulunduğu heyetlerin incelemesi sonucunda tarafların sulh ile çözüm aradığı bir merciye kavuşturmuştur. Süreç içerisinde sonuç alınan tahkim kararlarında ise ortaya bu kararların ulusal mahkemelerde tanınması ve tenfizi sorununu ortaya çıkarmıştır. Taraflar gerek ticari ilişkilerini uzun süre devam ettirmek amacıyla ve gerekse kısa sürede etkin sonuç alabilmek adına son dönemlerde alternatif çözüm yollarına başvurmaktadırlar. Ancak tahkim kararlarında olduğu gibi bu kararlarında ulusal mahkemelerde ki icrai etkisi tartışmalı ve taraf ülkenin yasal mevzuatına bağlıdır.

Uzun yıllar süren, ekonomik açıdan külfetli olan tahkim ve mahkeme yargılamaları yapmış oldukları ticari ilişkiden en yüksek menfaat ile ayrılmak isteyen taraflara en doğru çözümün yapılacak ticari ilişkilere dair sözleşmelerde tüm çıkabilecek uyuşmazlıklara yönelik düzenlemelerin önceden görülerek taraflarca çözüme bağlanmasını, öngörülemez uyuşmazlıklar içinde uygulanacak hukuki rejimin belirlenmesini öğretmiştir. Bu öğretisi günümüzün ticari ilişkilerinin temel taşları olmuştur.

1.GENEL BİLGİLER

1.1.TERİM TANIMLARI

Antlaşma; Milletlerarası hukukun bu yetkiyi tanıdığı kişiler arasında bir hukuk ilişkisi kurmak kurulan bu ilişkiyi değiştirmek veya bunu ortadan kaldırmak amacıyla yapılan hukuki ilişki olarak tanımlanabilecektir.

Anlaşma; Meclislerin onayına sunulmayan antlaşmaya nazaran daha az önemli konularda varılan mutabakatlardır

Sözleşme; Genel bir uygulama maksadı güdülerek hukuki, ticari, kültürel ve teknik konularda yapılan mutabakatlara verilen isimdir.

Senet; İki veya daha fazla taraf arasındaki anlaşmayı belgelendirilmek amacıyla imzalanan evraktır.

Tahkim Yolu; Tarafların doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığı aralarındaki anlaşmaya göre hakem veya hakem kuruluna götürdükleri, usulü taraflarca belirlenebilecek özel bir yargılama faaliyetidir.¹

Milletlerarası tahkim anlaşması: Yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi için yapılan anlaşmayı ifade eder.²

1.2.ANTLAŞMA VE ANLAŞMA ARASINDAKİ FARK

Antlaşma ve anlaşma yakın anlamlı kelimeler olmakla birlikte, anlaşma kelimesi anlam bakımından daha düşence merkezli iken, antlaşma kelimesi ise daha eylem bazlıdır. Antlaşma milletlerarası devletler hukuku alanında kullanılan bir sözleşme türüdür, milletlerarası yapılan görüşmeler sonucunda kaleme alınan bir metnin imzalanmasıdır imzalanan bu metni devletlerin ilgili kurullarından kabul gördükten sonra yürürlüğe girer. iki devlet arasında olabileceği gibi çok taraflı da olabilir. Anlaşma gerek kişiler gerekse kurumlar arasında başta ticari olmak üzere birçok konuda varmış oldukları mutabakatı içeren bir sözleşme türüdür.

¹ 4501 sayılı kanun madde 2/1

² 4501 sayılı kanun madde 2/2

2.ULUSLAR ARASI TİCARET KAVRAMI

2.1.ULUSLARARASI TİCARET TANIMI

Ticaret, genel olarak üretici ve tüketici arasında var olan malların el değıştirmesi (alım-satım) ve hizmet etkinliklerine ilişkindir. Tek devlet açısından bakıldığında iç ve dış ticaret ayırımına gidilirken, devletlerarası toplulukta bu ayırım, ulusal ve uluslararası ticaret adlarını almaktadır.

Uluslar arası ticaretin genel kapsamı olan dünya ticareti, yeryüzündeki devletler arasında, her bir devletin dış ekonomi politikaları ile sınırlı olmak üzere, malların ve ticari hizmetlerin değışimine yönelik ilişkilerin tümü şeklinde tanımlanabilir.

Dünya üzerinde uluslar arası ticaretin yapılabilmesi ve geliştirilebilmesi için bazı ön koşullara ihtiyaç duyulmaktadır.

2.1.1.Ekonomik Açıdan Üretim Azlığı veya Fazlalığı

Ekonomi politikası açısından, belirli sınırlar içinde bulunan çeşitli ülkelerde ihtiyaç boşluklarının varlığı veya üretim miktarının ülke ihtiyacını aşması yani üretim fazlalıklarının bulunması olgusu, bütün dünya ticaretinin temelini oluşturmaktadır.

Malların ve hizmetlerin değışimine yönelik siyasal iradenin varlığı, her türlü dünya ticaretinin en önemli psikolojik itici gücüdür. Ancak, bu iradenin her zaman bazı gelişmelerin sonucunda doğal olarak ortaya çıktığı söylenemez. Çünkü ekonomik ihtiyaçlara veya fazla üretime rağmen, ekonomiye yabancı nedenlerle az veya çok dışa kapanmaların olduğu siyasal tablolar görülmüştür.

2.1.2.İhtiyaçların Uluslararası Alanda Giderilmesi, Taşımacılık ve Güvenlik Sorunu

Değış-tokuş (mübadele), alım-satım ve bunları gerçekleştirecek taşıma olanakları olmaksızın hangi türden olursa olsun hiçbir ticaret gerçekleşemez; buna bağlı olarak, dünya ticareti de var olamaz. Taşıma olanakları, maddi bakımdan dünya ticaretinin sınırlarını, kapsamını, yoğunluğunu ve yönünü belirler. Taşıma yöntemleri, iç su yollarını da içeren kara ulaştırması yanında deniz ve hava ulaştırmasından ibarettir. Daha ilk çağlarda, taşımacılık yollarının hukuki durumu, pratik bir anlam kazanmıştır.

Sonuç olarak; dünya ticaret hukuku ve uluslar arası ulaştırma hukuku birbirleriyle çok yakından ilgili ve uygulamada da içice geçmiş iki daldır.

2.1.3.Yapılacak Ticari ilişkinin Taraf Hukuk Zeminlerinden Birine Oturtulması

Ticari ilişkide bulunacak tarafların yapacakları değiş-tokuş, alım-satım türlerinden hangisinde olursa olsun ticari ilişkiye konu olacak malın üretim aşaması, lazım gelen kalite düzeyi, malın teslim zamanı, teslim edilecek mala karşılık alınacak ödeme veya mal vb tüm hususların hangi taraf ülke kurallarına göre yapılacağı belirlenmelidir.

2.1.4.ıkacak Uyuşmazlıklarda Hangi Hukuk Yolunun Seçileceği Sorunu

Uluslar arası ticari ilişkiler kurulurken, devam ederken veya sona erdikten sonra taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıklar söz konusu olabilecektir. Bu uyuşmazlıkların çözümü yolunda taraflar ticari sözleşmeler hazırlanırken veya uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak hukuk kurallarını belirleyerek bu sorunun çözümünü sağlayabilecektir.

2.2.ULUSLARARASI TİCARETİN GELİşİMİ

Uluslararası ticaretin gelişimi üç aşamada gerçekleşmiştir: Birinci aşamada, II. Dünya Savaşı sonrası dönemde ulusal ekonomiler ya da ulus devletler arasındaki ticaret artmıştır. 1918–1929: Liberizasyon dolayısıyla serbestleşme görölür. Ülkeler bu dönemde serbestleşmeyi gerçekleştirebilmek için ekonomik duvarlarını aşağıya doğru indirmişlerdir. 1929 Ekonomik bunalımı ilk önceleri Amerika'da çıkmış ancak daha sonra etkilerini tüm Dünya'da göstermiştir. Bu dönemin özellikleri; iş gücü gelirinin düşmesi, tüketimin daralması, üretilen malların tüketilememesi, kredilerin ödenememesi, finansın darboğaza girmesi ve borsanın çökmesidir. Bu kriz dönemi ticaretin kısıtlandığı bir dönemdir.

1970'lerden 1980'lerin sonuna kadar olan dönem ikinci aşamayı oluşturmaktadır. Bu dönemde hızlı teknolojik gelişmeler olmuş ve ticaret kısıtlamaları sistemli şekilde azaltılmış, çokuluslu şirketler ortaya çıkmıştır. Uluslar arası ticaret bu kısıtlamaların azalması ile faaliyet alanını genişletmiştir

Üçüncü aşama ise, 1990'ların sonunda dijital teknolojiler ve iletişim ağlarındaki gelişmelerle belirlenen sınırsız ekonomidir. Bu aşamada bilgi çok önem kazanmıştır. Bilgiye erişimin hızlanması ve kolaylaşması ile ülkeler arasındaki ilişkiler dengeli hale gelmiş ve uluslar arası ticaret günümüzdeki konumuna ulaşmıştır.

2.3.ULUSLARARASI TİCARETİN TERCİHİ

Ulusal planda ticaret ile uğraşan gerçek ve tüzel kişilerin bu faaliyet alanlarını uluslar arası plana taşımalarında bazı tercih sebepleri yer almaktadır. Bunlar; ihracat gelirlerinin çekiciliği, geliri arttırmak, üretimdeki iç pazar fazlası ham ve mamul maddelerin satışı, ulusal pazardaki yoğun rekabet ortamı, yüksek kapasite, dış pazara uygun fiyatlarla girebilmek için düşük maliyetler, iç pazardaki düzensiz talep sorunu nedeniyle satışta sürekliliği sağlamak, ülke ekonomisine katkıda bulunmak, sadece ihracat pazarına uygun ürünler üzerinde çalışma, dış pazarda tanınmışlıktır. Tüm bu sayılan pozitif değerlerin yanında uluslar arası ticaret; iş yapacağınız şirket ve ortam açısından bilgiye olan uzaklık, gümrük, döviz gibi yeni katmanlar ve yabancı dile ihtiyaç duymaktadır. Bu sayılan nedenlere rağmen tarihte gelişim gösteren uluslar arası ticaret hiç ivme kaybetmeden günümüze kadar ulaşmıştır.

2.4 ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELER

Genel anlamda "ticaret" üretici ve tüketici arasındaki mal ve hizmetlerin el değiştirmesi olarak ifade edilmektedir. "uluslar arası ticaret" ise farklı ülkelerde ikametgâhı, iş merkezi veya mutlak meskeni olan veya farklı devletlerin vatandaşlığına sahip olan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki mal ve hizmet değişimlerini ifade etmektedir. Bu tanımın yapılması ile günümüzde doktrin ve yargı kararları arasında kalan uluslar arası ticari akitler kavramı tam olarak tanımlanamamaktadır. Bunun için konuyu ayrıntıları ile incelemeliyiz. Bir görüşe göre sözleşmenin birden çok hukuk sistemi ile olan irtibatı esas alınmak ve bu nitelikteki sözleşmeler uluslar arası nitelikte sayılmaktadırlar. Bir başka görüşe göre ise sözleşmelerin uluslar arası niteliğini tespit, sözleşme ile ilgili şahsi ve coğrafi unsurlardan hareket edilmelidir. Buna göre akdin tarafları farklı devlet vatandaşlığına veya farklı ülkelerde ikametgâha veya mutlak meskene sahipse veya akit konusu şey, hizmet ya da ödemeler bir

ülkenin sınırlarını aşmakta ise³ sözleşme uluslararası niteliktedir denilmektedir. Bu konuda son dönemde genel kabul gören görüş ise sözleşmenin maddi karakterini ön planda tutmakta ve uluslar arası ticareti ilgilendiren ya da uluslar arası ticaretin yarar alanına giren sözleşmeler uluslar arası nitelikte sayılmaktadır. Yapmış olduğumuz çalışmamızda da bu görüşü hâkim kılmaktayız şöyle ki sözleşmenin hukuki, şahsi veya coğrafilik unsurları ile değil, maddi ve ekonomik karakteristik özelliklerinden hareketle onun uluslar arası nitelik taşıyıp taşımadığına karar verilmelidir.⁴

Ulusal alanda yapılacak ticari sözleşmelerin şartlarını belirleyecek, çıkabilecek uyuşmazlıklarda çözüm yollarını sunabilecek bir Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu bulunurken, uluslar arası ticari ilişkilerde bu imkân bulunmamaktadır. Yani bu sözleşmelerin hazırlanmasında esas alınacak bir Uluslar arası Borçlar Kanunu yada Uluslar arası Ticaret Kanunu bulunmamaktadır. Yine bu sözleşmesel ilişki sürecinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünü sağlayacak Uluslar arası Ticaret Mahkemesi de bulunmamaktadır. Böyle uluslar arası ticari uyuşmazlıkların çözümünde esas itibarıyla milli hukuk sistemi ve bunların seçimine yönelik taraf iradeleri belirlemektedir. Muhakkak tarihi süreç içerisinde devamlı gündemde olan uluslar arası ticaret kendine göre kuralları, tip sözleşmeleri, çeşitli genel şartları beraberinde geliştirmiştir. Ancak tüm bunların uygulanması ancak taraf iradelerinin uyuşmasına bağlıdır. Uluslararası alanda genel kabul gören genel nitelikli bir hukuk sisteminin bulunmayışı sözleşmeye taraf kişi iradesini önem olarak ön plana çıkarmıştır. Taraflar serbest iradeleri ile gerçekleştirmiş oldukları bu sözleşmelerdeki hususları dikkate alarak ileride çıkabilecek bir hususun önüne geçebilecekleri gibi, bunları dikkate almayarak sorunlara göz kırpaabileceklerdir. Herkes tarafından genel kabul gören bir ilke olan belirsizlik ilkesi hukuk açısından tam bir çıkılmaz sokaktır. Dolayısıyla uluslar arası ticari ilişkinin tarafları sözleşme yapılırken dikkate alacakları birçok husus ilerideki uyuşmazlıklara çözüm olabilecektir. Muhakkak tüm uyuşmazlıklar önceden belirlenerek sözleşme ile hükümlendirilemez ama uyuşmazlıkta hangi hukuk biriminin kullanılacağı belirlenerek söz konusu bilinmezliğin önüne geçilebilecektir. Bu sebeptendir ki sözleşmenin taraflarının ve ilişkilerinin geleceği, sözleşmenin yapımı safhasında gerçekleşmektedir. Böylelikle

³ Şanlı,C; Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara-1986,syf 29-31

⁴ Aynı yönde Şanlı Uluslararası Ticari Anlaşmaların Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları İstanbul-2005, syf 6

sözleşmeler yapılırken konu olan uyuşmazlığın hangi taraf lehine sonuçlanacağı da bir nebze olsun belirlenmektedir. Yukarıda değinmiş olduğumuz hususlar uluslar arası ilişkilerde sözleşmenin önemini ve ileride ki hukuki durum üzerindeki etkisinin önemini bir kez daha açıklamaktadır.

3.ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN HAZIRLANMASI

Uluslararası ticari ve ekonomik faaliyette bulunan aktörler, bu faaliyetlere iştirak etmeden evvel, kar, zarar ve risk analizleri yapmakta ve kararlarını daima bu analiz sonuçlarına oturtmaktadırlar. Bu safhada tarafların yaptığı kar, zarar ve risk hesaplamalarını, ileride ortaya çıkabilecek muhtemel uyuşmazlıklar, bunların çözüm yolları ve maliyetleri etkilemektedir. Uluslararası ticarete potansiyel ihtilaflar ve bunların çözüm yolları, karar aşamasında belirleyici olan muhtemel maliyetlerin önemli bir unsurunu teşkil edince, ister istemez taraflar; daha sözleşme aşamasında ihtilafların çözüm yolları üzerinde düşünmek zorunda kalmaktadırlar. Burada ilk aklı gelen, sözleşmenin yapımı sırasında bazı hukuki tedbirleri almak, böylece muhtemel ihtilafları kaynağında önlemektir. Sözleşme sırasında alınacak hukuki tedbirler, en azından, ihtilafların etkin ve kolay çözümüne hizmet edecektir.

3.1. SÖZLEŞMENİN SÖZLEŞME YAPMA EHLİYETİ SAHİP KİŞİLERCE YAPILMASI

Taraflar arasındaki ticari ilişkilerin temelini ve muhtevasını oluşturan sözleşmenin, hukuki bakımdan hak ve borçlara kaynaklık edebilmesi için, her şeyden önce ait olduğu hukuk sistemine göre geçerli ve taraflar için bağlayıcı olması gerekir.

Herhangi bir sözleşmenin taraflar açısından bağlayıcı ve geçerli sayılabilmesi için ise, her şeyden önce tarafların sözleşme yapma ehliyetini haiz olmaları gerekir. Sözleşme yapma ehliyetini haiz olmayanlar veya bu ehliyeti kısıtlanmış olanlar arasında yapılan sözleşmeler geçerli ve bağlayıcı değildir ve bu şekilde yapılan sözleşmelerden haklar ve borçlar doğmaz. Bu sebeple, uluslararası ticarete farklı ülke, hukuk ve kültürlerden gelen tarafların, sözleşmenin hazırlanması safhasında sözleşme yapma ehliyetine sahip olup olmadıklarını araştırmaları ehemmiyet kazanmaktadır. Uluslar arası ticarete uygulama göstermiştir ki "ehliyetsizlik" etrafında ticari ilişki süresince ortaya çıkabilecek pek çok sorun sözleşme

hazırlanırken "ehliyet" sıfatına dikkat edilerek aşılmaktadır. Bu yüzden uygulamada sözleşmelerin hazırlanmasında taraflar birbirlerinin imza sirkülerini veya gerçek kişi iseler yetki belgelerini isteyerek "ehliyet" sıfatından emin olmaktadırlar.

Uluslar arası ticari sözleşmelerin hazırlanması safhasında tedbirli bir tacir, muhatap tarafın ehliyetini araştırırken bağlı olduğu ülke hukuki statüsünü incelemelidir. Tüzel kişilik ehliyetinde ise tüzel kişiliğin hangi haklardan yararlanabileceği, hangi borçları yüklenebileceği, hak ve borçlara getirilen sınırlamaların neler olduğu, bu hak ve borçların kimler tarafından kullanılacağı hak ve fiil ehliyetini yöneten hukuka göre belirlenecektir.

Mukayeseli Hukuka göre gerçek ve tüzel kişilerin sözleşme yapma ehliyetlerini de kapsayan hak ve fiil ehliyetleri, onların şahsi statülerini yöneten hukuka tabidir. Diğer bir ifadeyle gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyetine sahip olup olmadıkları veya bu ehliyetin sınırlarını, gerçek kişilerin vatandaşlığında bulunduğu veya ikametgâh ya da mutat meskeninin bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenir. Tüzel kişiler (şirketler, vakıflar, dernekler ve sair mal toplulukları)in hak ve fiil ehliyeti ise, "tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer hukuku"na veya "kuruluş yeri hukuku"na tabidir. Pek çok milli hukuk sisteminde yer alan birinci düzenlemeye göre tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti, tüzel kişinin hayat merkezi durumundaki yönetim ve denetim organlarının ve genel kurul faaliyetlerinin icra edildiği idare merkezinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Yine, pek çok hukuk sisteminde yer alan ikinci düzenlemeye göre ise tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti, tüzel kişinin teb'an kurulduğu ülke hukukuna tabidir.

Türk Hukukunda ise gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti, ilgilinin milli hukukuna; yani ilgili şahsin vatandaşlığında bulunduğu ülke hukukuna tabi kılınmıştır. (MÖHUK.m.9)Ancak, milli hukukuna göre ehliyetsiz olan yabancı gerçek kişiler Türk Hukukuna göre ehil iseler, Türkiye'de yaptıkları hukuki işlemler bakımından ehliyetli sayılmışlardır. (MÖHUK. m.9/2) Bu istisna, Türkiye'de işlem güvenliğini temin amacıyla öngörülmüştür. Türk Hukukunda tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti ise, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabi kılınmıştır. (MÖHUK. m. 9/4). Prensip olarak idare merkezi, tüzel kişinin statüsünde gösterilen yerdir. Bununla beraber,

herhangi bir tüzel kişinin gerçek ya da fiili idare merkezi Türkiye'de ise, Türk Hukuku uygulanacaktır. Bu ilke işlem güvenliğinin korunması amacıyla kabul edilmiştir.

Günümüzde pek çok devlet veya devlet kuruluşu, özel hukuk kişileri gibi: uluslararası ticaret hayatına iştirak etmektedir. Bunlarla ilgili bir ihtilaf hususunda yabancı bir devlet mahkemesine veya hakem mahkemesine gidildiğinde, çok defa yabancı devletin pasif dava ehliyetine sahip olmadığı yani yargı muafiyeti bulunduğu itirazı ile karşılaşılır. Bu sebeple, yabancı devlet veya devlet kuruluşu ile yapılan akitlerde devlet veya devlet kuruluşunun aktif ve pasif dava ehliyetine sahip olduğu, yapılan sözleşmenin bir özel hukuk tasarrufu olduğu tüm bu nedenler dolayısıyla yargı muafiyeti iddia ve itirazının ileri sürülemeyeceğini belirten hükümlere yer verilmelidir.

Buraya kadar değinilen hususlar ışığında uluslar arası ticari sözleşmelerin hazırlanması safhasında " sözleşme yapma ehliyeti" ilkesinin önemini bize göstermektedir. Şu husus unutulmamalıdır; "Sözleşme yapma ehliyeti"ne sahip olma muhatap tarafın tabi olduğu hukuk sistemine göre değerlendirmek mecburiyetindedir. Taraflar, sözleşmeye uygulanmak üzere aşına oldukları veya uygun buldukları bir hukuk sistemini seçmek suretiyle de ehliyetle ilişkin ortaya çıkabilecek muhtemel sorunları önleyemezler. Çünkü kural olarak Uluslararası Özel Hukuk sistemlerinde, sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk, tarafların hak ve fiil ehliyetlerine uygulanmaz. Bu itibarla uluslararası ticarete iştirak edenlerin, muhataplarının sözleşme yapma, sözleşmeden doğan hak ve borçlara ehil olma, dava açabilme ve davalı olabilme ehliyetlerinden sözleşme öncesi safhada emin olabilmeleri için, muhataplarının bağlı olduğu şahsi hukuki statülerini düzenleyen yabancı hukuklara göre araştırma ve değerlendirme yapmalarını zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk yerine getirildiğinde, ileride ehliyet meselesi etrafında ortaya çıkabilecek pek çok uyuşmazlık, sözleşme safhasında önlenmiş olacaktır.

3.2.SÖZLEŞME YAZILI OLMALIDIR

Uluslararası ticaret uygulamasında olabilecek ihtilafların, sözleşmenin hazırlanması safhasında önlenbilmesinin diğer bir yolu da, taraf iradelerinin akdin esaslı unsurlarının uyuşmasından sonra yazılı ve usulüne uygun bir sözleşme ile senede bağlanmasıdır. Uluslararası ticari ilişkilerin temelinde yer alan sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması mecburiyeti yoktur. Genel olarak hukuk sistemlerinde ve uluslararası anlaşmalarda, şekil bakımından "sözleşme serbestisi" benimsenmiştir. Ulusal alanda yapılan ticari ilişkiler taraflar bilmektedirler ki aralarında çıkabilecek bir uyuşmazlık veya eksiklikte, ülke hukukuna tabi olacaklardır. Hâlbuki uluslar arası alanda yapılan sözlü bir ticari anlaşma ileride çıkabilecek hukuki sorunlarda hangi ülke hukukunun uygulanacağı ve ispat yükümlülüğü açısından sıkıntı yaşatacaktır. Bu belirsizlik uluslararası ticari ilişkiler alanında sözleşmelerin yazılı ve detaylı biçimde hazırlanmasını lüzumlu kılmaktadır.

Uluslararası ticari sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması sonucunda

- İspat sorunları azaltılır.
- Sözleşme ilişkisi hukuki bir rejime bağlanır.
- Sözleşme ilişkisi kesin ve belirli olur.
- Sözleşmeye ilişkin süreler kolay belirlenecektir.

Uluslar arası ticari sözleşmeler ile ilgili olarak sözleşme süresince ortaya çıkabilecek uyuşmazlık ve hukuki sorunların çözümünde en nitelikli uyuşmazlık çözücü ilke sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasıdır. Yazılı şekilde yapılan bir sözleşme tarafların anlaşılabilir irade hususundaki farklı görüşlerinin uyuşmazlığa konu olmasını engelleyici niteliktedir. Sonuç olarak yazılı şekilde yapılacak bir sözleşme ileride ortaya çıkabilecek birçok sorunun önünü kesmektedir.

3.3.İLGİLİ HUKUKA GÖRE GEÇERLİ BİR SÖZLEŞME YAPILMALIDIR.

Uluslar arası ticari sözleşmeler hazırlanırken kurulan ticari ilişkinin belirlenecek bir hukuk sistemine dayandırılması gerekmektedir. Taraflarca belirlenen bu hukuk düzenine göre de yapılan sözleşmenin geçerli olması gerekmektedir. Açık bir hukuk seçiminin yapıldığı durumlarda bile, çok defa tarafların sözleşme boşluklarını dolduracak hukuk sisteminin ilgili hükümleri hakkında gerekli bilgiye sahip olmadıkları görülür. Uluslararası ticari sözleşmelerin, ileriki safhalarında boşlukların doldurulması veya tamamlanması amacıyla herhangi bir milli hukuk sistemine başvuruyu asgariye indirecek biçimde hazırlanması gerekir. Bu ise mümkün olduğu ölçüde kendi kendine yeterli veya kendi kendini idare edebilecek detay ve muhtevada bir sözleşmenin hazırlanması ile mümkün olacaktır. Özellikle sözleşmede, ana unsurların detaylı biçimde düzenlenmesi gerekir. Günümüzde, uluslararası ticarete yaygın biçimde kullanılan INCOTERMS'lerle bu hususlar, sözleşmeye ithal edilen kısa rumuzlarla önemli ölçüde düzenlenmiştir.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi uluslar arası ticari sözleşmeler şekil serbestisine sahiptir. Taraflar sözleşmelerinde arzuladıkları şekli kullanabileceklerdir. Ancak ulusal hukuk sistemlerinde istisnaen; herhangi bir menfaati olmaksızın borç altına giren üçüncü kişi durumundaki borçluların, zayıf tarafı, tüketicileri veya kamu menfaatini korumak amacıyla ya da ülkedeki işlem güvenliğini korumak amacıyla muayyen akitlerin geçerli sayılabilmesi için belirli şekilde yapılması veya bazı makamlarca onaylanması veya bazı makamlar nezdinde tescil edilmesi öngörülmüştür. Diğer bir ifade ile sözleşmelerin kurulabilmesi için gerekli olan taraf iradelerinin uyuşmasına ilaveten, geçerlilik bakımından bazı şekil formalitelerin de yerine getirilmesi aranmıştır. Örneğin Türk hukukunda finansal kiralama sözleşmelerinin geçerliliği noterliklerde resmi şekilde yapılması ve özel sicile kaydedilmesine bağlanmıştır.⁵ Hukuk rejimi tarafından belirlenen bu işlemler yerine getirilmediği takdirde tarafların uygun yöndeki irade açıklamaları ilgili düzenleme açısından işlem göremeyecektir. Bu hukuk düzeninde sözleşme geçerli olmayacaktır. Bazen de geçerlilik için yapılacak işlem hukuk düzeni içerisinde bulunan bir makamın sözleşmeyi onaylamasıdır. Bu onay makam tarafından yapılmadığı takdirde hukuk düzeninde sözleşme geçerlilik kazanmayacaktır.

⁵ Finansal Kiralama Sözleşmeleri hakkında bkz:Finansal Kiralama K. M.8

Uluslararası karakterli sözleşmeler, "şekil" bakımından LRA Kuralı gereğince yapıldıkları ülke hukukuna tabi kılınmışlardır. Ancak, Türk Hukukunda olduğu gibi, bu konuda sözleşmenin esasına uygulanan hukuka da yetki tanınmıştır. Buna göre, yapıldığı ülkenin veya esasa uygulanacak hukukun öngördüğü şekle uygun yapılan akitler, şekil bakımından geçerlidir.⁶ Bununla beraber, yukarıda açıklandığı gibi, bazen ifa yeri hukukunda öngörülen şekil, tamamen kamu düzeninin korunmasına hizmet edebilir ve farklı yöndeki düzenlemeler geçerli sayılmayabilir. Bu sebeple uluslararası ticaret kişilerinin ileride sözleşmenin şekil bakımından geçerli olup olmadığı iddiası etrafında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları işin başında önleyebilmek ve ileride şaşırtıcı durumlarla karşılaşmamak için müzakere safhasında sözleşmenin şekil ve esas bakımından tabi olduğu (hususen sözleşmenin ifa edileceği) ülke hukuklarında tarafların iradi mutabakatlarına ilave olarak aranan şekil şartlarını incelemeleri ve sözleşmelerini buna göre düzenlemeleri uygun olur.

3.4. SÖZLEŞME MÜSTAKİL BİR MADDİ HUKUK SÖZLEŞMESİ OLMALIDIR

Uluslar arası ticari sözleşmelerin hazırlanması safhasında; özellikle usulüne uygun sözleşme konusu mal veya hizmetin tanımı, özellikleri, ifa yeri, ifa şekline, mülkiyetin el değiştirmesinde tarafların sorumluluğuna ve tüm bu hususlara uygulanacak hukukun seçimine ilişkin konularda açık ve detaylı hükümlere yer verilmelidir. Eğer bu hususlar açık bir şekilde ifade edilmez ise olası bir uyuşmazlıkta uygulanabilecek hukuk sistemi tarafından belirlenecektir.

Uluslar arası ticarete usulüne uygun maddi bir sözleşme hazırlanırken sözleşmenin tarafları öncelikle ödeme yöntemi hususuna yoğunlaşmaktadırlar. Uluslar arası ticarete taraflar ödeme ülkesinin kambiyo rejimi çerçevesinde ödeme yöntemini serbestçe belirleyebilmektedir.⁷ Uluslar arası ticarete yaygın ve güvenilir ödeme yöntemi akreditiftir. Bunun dışında;

⁶ Şanlı Uluslararası Ticari Anlaşmaların Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları İstanbul-2005, syf 22

⁷ Şanlı Uluslararası Ticari Anlaşmaların Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları İstanbul-2005, syf 23

- Peşin ödeme
- Vesaik mukabili ödeme
- Mal mukabili ödeme
- Takas
- Kabul kredili ödeme
- Müşterek hesap yolu ile ödeme yöntemleri de kullanılmaktadır.

Uluslar arası ticarette Taraflar arasındaki ilişkilerin zaman içinde yoğunlaştığı ve belirli bir güven ortamına kavuştuğu durumlarda, bankaların satıcıya karşı alıcı yararına sorumluluk almadığı akreditif dışındaki diğer ödeme yöntemleri seçilebilir. Böylece akreditif giderlerinden tasarruf edilmiş olur. Ancak, tarafların ilk defa karşı karşıya geldiği veya güven ortamının gelişmediği durumlarda, alıcı yanında doğrudan bankaların sorumluluğunu da öngören akreditif usulünün; özellikle rücuu gayrikabil teyitli akreditif usulünün ödeme yöntemi olarak kullanılması uygun olur. Bu tür akreditifte satıcı, mal bedelini alıcı, akreditif bankası ve teyit bankasından isteyebilir. Bunlar satıcıya karşı mal bedelinden müteselsilin sorumludurlar⁸.

Bu durum, satıcı bakımından bazı avantajlar sağlar: Birincisi satıcı, mal bedeli alıcı tarafından bankaya ödensin veya ödenmesin, doğrudan pek çok olayda kendi ülkesinde bulunan teyit bankasına müracaat imkânını elde edecektir. Satıcı, bedel ile ilgili olarak yargı yoluna gitmek mecburiyetinde kaldığında da dava yeri satıcının kendi ülkesi olacaktır. İkincisi, ödeme olmaması durumunda satıcı, kendi ülkesindeki tanıdık bir banka ile muhatap olacaktır. Bu durumda birçok uyuşmazlık sulh yoluyla çözülebilecektir. Üçüncüsü ise, eğer satıcı kendi ülkesinde itibarlı bir bankanın teyidini almış ise bu durumda bu banka satıcıya (alıcının ödeme yapmaması durumunda bile) uluslararası alanda itibarına gelebilecek zedelenmenin bile önüne geçmek için ödeme yapacaktır.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz ödeme türü olan akreditif satıcı açısından birçok riski bünyesinde barındırmaktadır. Satıcı yabancı olduğu bir ülkedeki bankayla

⁸ Çelikel A Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı, 11, Bası, İstanbul-2003, Syf 469-500

muhataptır. Özellikle kendi ülkesinde itibarlı bir bankadan teyit alınmaması durumunda risk daha çok olacaktır. Çünkü teyitsiz şekilde yapılan akreditif ödeme şeklinde ödeme yapılmadığı takdirde satıcı yabancı ülkede alacağını dava yoluyla alma yoluna gidebilecektir.

Şu unutulmamalıdır ki akreditif sadece sözleşme bedelinin ödeme şeklini göstermektedir, diğer tüm unsurlar taraflar arasında sözleşme ile belirlenmelidir. Bazı durumlarda uluslar arası ticari sözleşmelerin hükümleri ile ödeme şekli olan akreditif sözleşmesinin hükümleri çelişebilmektedir. Bu durumda ödemeye ilişkin hususlar akreditif sözleşmesine göre bunun dışında kalan unsurlar ise tarafların üzerinde irade beyanlarını açıklamış oldukları sözleşme hükümlerine göre sonuçlandırılacaktır.

3.5.SÖZLEŞME KONUSU MALIN GÖZETİMİ

Uluslar arası ticarete taraf iradelerinin uyuşmasının sebebi tarafların elindeki malı satması ve bunun karşılığı olan maddi bedeli almalarıdır. Sözleşme genellikle söz konusu olan malın el değiştirilmesi üzerine yapılmaktadır. Ancak malın üretim, temin, yüklenme ve saklanma süresi içerisinde istenilen özellikleri korumasıdır. Taraflar sözleşme hazırlarken konu olan malın özellikleri ile ilgili olarak detaylı bir düzenleme yapacaklarına şüphe yoktur ancak bu demek değildir ki eksikler olmayacaktır. Bu tür durumlarda taraflar malın özelliklerinin istenilen şartları taşıdığı belirtir bir rapor düzenleyebilirler. Düzenlenen bu rapor kimyasal analizleri içeriyorsa bu durumda buna analiz belgesi denilmektedir. Bu ve bunu benzeri belgelerin düzenlenmesi çoğu zaman alıcı için malın özellikleri için yeterli derecede güven vermemektedir, çünkü başka bir ülkede yapılan teknik içerikli raporlardan bahsedilmektedir. Bu raporların alıcının ülkesinde ki geçerliliği bir belirsizlik durumu içermektedir. Diğer bir gözetim malın satıcıya teslim olununcaya kadar alıcının bir temsilcisi tarafından sözleşme konusu mal hakkında gözetim de bulunmasıdır. Bu gözetim şekli zorluklar çıkarmaktadır çünkü malın teslimi süresine kadar geçen sürede ki teknik durum bir kişinin gözetimini yeterli kılmayacaktır. Belki her aşama için ayrı uzmanlık gerektiren kişilerin gözetiminde olması gerekir. Bundan dolayı bu gözetim biçimi de uygulamada zorluklarla karşılaşmaktadır. Uluslar arası ticari sözleşmelerde alıcının malın gözetimi ile ilgili olarak uygulamada en çok itibar edilen yol tarafsız ve uzman kişiler tarafından

malın sözleşme konusu özelliklere sahip olup olmadığına dair hazırlamış oldukları gözetim raporlarıdır. Düzenlenen bu raporlar aynı zamanda satıcı için malının garantisi şeklindedir. Uygulama da bu durum alıcının başka ülkedeki malın sözleşme de konu olan özelliklere sahip olduğunu belirtmektedir. Çoğu zaman bu gözetleme raporları satıcının mal bedelini alabilmesi için ödeme bankasına sunması gereken evraklar arasında yer almaktadır. Alıcının isteği üzerine sözleşmeye dâhil olunan gözetleme raporuna ait masraflar alıcıya aittir.

Gözetleme raporlarını hazırlanması teknik anlamda uzmanlık gerektirmekte ve vermiş oldukları raporun genel anlamda kabul görmesi gerekmektedir. Bu raporları düzenleyen şirketler çok uluslu şirketlerdir. Birçok ülkede şirket ve şubeleri bulunmaktadır. Bu şirketler genel anlamda kabul görmüş şirketlerdir. Bu şirketlerin vermiş oldukları raporlarda gerçeği yansıtmayan veya yanıltıcı ifadelerin bulunması durumunda taraflar haksız işleminden dolayı bu şirketlere karşı dava yoluna başvurabilecek ve uğradıkları zararı isteyebileceklerdir.

Tüm bu değinilen gözetleme unsurları demek değildir ki malın tam anlamıyla istenilen özelliklere sahiptir, çünkü mal hakkında yapılan inceleme yüzdeler bir hesaptır. Örneğin pirinç alımına ilişkin yapılan bir sözleşme sonucunda paketlerde ki tüm pirinçler kontrol edilemeyecektir. Ancak bunların hesabı üzerinden yüzdeler bir kısım incelenerek gözetleme raporu hazırlanacaktır. Yine de taraflar arasında sözleşme hazırlanırken sözleşmeye konu olan malın miktar, kalite ve özelliklerinin her iki tarafça kabul edilen bir gözetleme şirketi tarafından incelenerek gözetleme raporu hazırlanması ileride ortaya çıkabilecek birçok uyuşmazlığın önünü kesecektir.

3.6.SÖZLEŞME ESASLI UNSURLARI TAŞIMALIDIR

Uluslararası ticari sözleşmeler bakımından sözleşme konusu malın nerede ve hangi şartlarda teslim edileceği mülkiyet ve hasarın hangi anda alıcıya geçeceği, ifa öncesi ve sonrası satım işlemi ve malla ilgili işlemleri kimin yapacağını ve bunlara ilişkin

masraflara kimin katlanacağı neticeten tarafların belli başlı hak ve borçlarının neler olacağı hususlarının açık ve dünyanın her tarafında kabul gören anlayışlara uygun olarak düzenlenmesi büyük önem taşır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu düzenlemeler yazılı şekilde yapılmadığında, ileride sözleşmeden doğacak ihtilaflar, ihtilafın götürüldüğü yargı merciinin uyguladığı çok farklı hükümler içeren mahalli hukuk sistemlerine göre karara bağlanacaktır. Bunun ise, taraflar bakımından büyük bir belirsizlik arz edeceği aşikârdır.

Ancak, belirtmek gerekir ki taraflar tüm belli başlı hak ve borçlarını uygulamada ki hukuk sistemlerini dikkate alarak sözleşmelerini bu hükümlere dayanarak hazırlamaları zor olacaktır. Sözleşmelerde esas olarak taraflar mal ve bu malın karşılığının belirlenmesi hususun da anlaşılır, ancak bu hususların dışında olan ve sözleşme ile düzenlenmesi gereken hususlar da bulunmaktadır.

MTO, INCOTERMS (Uluslararası Ticari Terimlerin Yorumuna ilişkin Kurallar) adı altında, sözleşmelerin muayyen veçhelerini; özellikle teslim şekillerini ve bununla ilgili masrafların paylaşımını, hasarın geçişini ve malla ilgili belgelerin temin yükümlülüğünü ve bunlara ilişkin masrafların kime ait olacağı hususlarını 13 adet sözleşme tipi geliştirmiştir⁹

TERMS'lerin en son revize edilen ve MTO'nun 560 nolu Broşüründe yer alan kuralları 2000'de yürürlüğe konmuştur. Bunlar:

- EX Works/Ticari İşletmede Teslim,
- FCA (Free Carrier/Taşıyıcıya Masrafsız Teslim)
- FAS (Free Alongside-Ship/Gemi Doğrultusunda Masrafsız Teslim)
- FOB (Free on Board/ Gemi Bordasında Teslim)

⁹Aynı yönde; Şanlı Uluslararası Ticari Anlaşmaların Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları İstanbul-2005, syf 31

- CFR (Cost-Freight/Mal Bedeli + Navlun)
- CIF (Cost, Insurance and Freight/Mal Bedeli + Sigorta + Navlun)
- CPT (Carriage Paid to/Taşıma Ücreti Ödenmiş Olarak)
- CIP (Carriage and Insurance Paid/Taşıma ve Sigorta Ödenmiş Olarak Teslim)
- DAF(Delivered at Frontier/Sınırdaki Teslim)
- DES (Delivered ex Ship/Gemide Teslim)
- DEQ (Delivered ex Quay/Rihtimde Teslim-Gümrük Resmi Ödenmiş Olarak)
- DDU (Delivered Duty Unpaid/Gümrük Resmi Ödenmeden Teslim)
- DDP (Delivered Duty Paid/Gümrük Resmi Ödenerek Teslim)dir.

Taraflar bu rumuzlardan birini seçtiklerinde, ayrıca sözleşmelerinde teslimatın nerede yapılacağını, teslim öncesi ve sonrası masrafların kime ait olacağını, hasar ve mülkiyetin hangi anda alıcıya geçeceğini, ithal ve ihraç ile ilgili işlemleri kimin yaptıracağını ve bunlarla ilgili masrafları kimin ödeyeceğini, belirtilen fiyatın sigorta ve navlun giderlerini kapsayıp kapsamadığı hususlarını detaylı hükümlerle ayrıca düzenlemelerine gerek yoktur.

INCOTERMS'lerden biri seçildiğinde, yukarıda belirtilen türden tarafların hak ve borçları sözleşmede farklı biçimde düzenlenmemiş. ise seçilen INCOTERMS altında yer alan hükümler tarafından düzenlenecektir. Bu hükümler, tarafların atıfta bulunduğu sözleşme hükümleri olarak uygulanacaktır.

Önemle belirtelim ki; prensip olarak MTO INCOTERMS'ler ihtiyari kurallardır ve tarafların bunlara sözleşmede atıfta bulunmaları halinde uygulamalar. MTO INCOTERMS'lerine herhangi bir atıfta bulunulmaksızın buradaki klostlar kullanıldığında, bununla tarafların ilgili milli hukuk sistemlerindeki benzer düzenlemeleri mi, yoksa MTO'nun 560 Nolu Broşüründe yer alan INCOTERMS'leri mi kastettiği bir yorum sorununun gündeme getirir. Sözleşme süresince, bu tür yorum

sorunları ile karşılaşmamak için 560 Nolu Broşürdeki INCOTERMS'ler veya herhangi bir mahalli hukuk sistemindeki INCOTERMS'ler seçilmek istendiğinde, sözleşmede buna hususen atıf yapılmalıdır. Bu tür bir açıklığın bulunmadığı durumlarda, MTO INCOTERMS'lerinin uluslararası karakterli ticari örf-adet kuralları olduğu ve bu sebeple uluslararası ticaretin objektif kurallarını teşkil ettiği, tarafların muayyen ticari terimleri kullanmakla bu objektif normlara atıfta bulunduğu söylenebilir.

Yukarıda değinilen hususlar uygulamada karşımıza tarafların arasındaki sözleşmede yer alan menşei açıklanmayan ticari terimlerin ilgili milli hukuka mı? Yoksa MTO INCOTERMS'lerine mi atıfta bulunduğu hususu karşımıza çıkarmaktadır. Çünkü birçok ulusal hukuk mevzuatı sözleşmelerde uygulanması için pek çok klozu uygulamaya sokmuştur. Bu sorunun önüne geçebilmek için taraflar sözleşme hazırlanırken eğer MTO INCOTERMS'lere atıf yapıyorlarsa revizyon tarihini de belirterek bu ifadeye yer vermeleri ile gerçekleşecektir. Böylelikle ileride çıkabilecek pek çok uyuşmazlığın önüne geçilebilecektir.

3.7.SÖZLEŞME FİKRİ MÜLKİYET HAKKININ AKİBETİNİ AÇIKLAR NİTELİKTE OLMALIDIR

Uluslar arası ticaretin günümüzde gelmiş olduğu seviye karşımıza diğer bir sorunu daha çıkarmaktadır. Bu da günümüzde önemi artan fikri ve sınaî hakların sözleşme uyarınca taraflar arasında el değiştirip değiştirmeyeceğidir. Bu sorun son zamanlarda hızla gelişen ve ekonomik değer olarak önem kazanan fikri ve sınaî hakların uluslar seviyesinde hukuk mevzuatına giriş şekillerinde ki farklılıklardır. Taraflar kendi hukukları gereğince fikri ve sınaî hakkı devretmesi gerekmezken karşı tarafın milli hukukuna göre bu hakkı karşı tarafa devretmek zorunda kalabilecektir.

- Alım-satım
- Distribütörlük
- Tek satıcılık
- Temsilcilik
- Franchising

- İşletmecilik vb

Sözleşmelerde fikri ve sinai hakların karşı tarafa devrinin gerekip gerekmediği açıklanmalıdır. Sözleşmenin hazırlık safhasında yapılacak bu düzenleme ileride ki uyumsuzlukların önünü önceden kesecek niteliktedir.

3.8.SÖZLEŞME MÜCBİR SEBEP HALİNİN SONUÇLARINI AÇIKLAMALIDIR

Ulusal ve uluslar arası ticari sözleşmelerde tarafların amaçları en kısa zamanda edimleri tam olarak yerine getirme ve sözleşme ilişkisinde arzu edilen menfaatin sağlanması ile bu sözleşme ilişkisinin bitirilmesidir. Tarafların bu arzuları ahde vefa ilkesinin de gereğidir. Ancak olaylar ve zamanın akışı her zaman tarafların istediği şekilde gelişmeyebilir. Tarafların sözleşmenin başında arzuladıkları ve açıkladıkları irade beyanı gelişen süreç içerisinde bir taraf açısından yapılması zorlaşabilir hatta imkânsızlaşabilir. Beklenmeyen bir halin ortaya çıkması ile edimin ifası imkânsız hale gelir veya ekonomik açıdan önemli bir denge bozukluğu ile edimin ifasının istenmesi iyi niyet ve hakkaniyete aykırı bir hal alır. Örnek olarak;

- Harpler, İç karışıklıklar, Ayaklanmalar, İsyan
- Grevler
- Yangın
- Doğal afetler (sel)
- Ekonomik anlamda beklenmeyen değişiklikler
- Enflasyon, Devalüasyon

Yukarıda örneklendirmiş olduğumuz örnek mücbir sebeplerin sözleşmenin ifası sürecinde ortaya çıkması durumunda, bu durumun mücbir sebep teşkil edip etmediği taraflar arasında ciddi sorun olacaktır. Eğer taraflar sözleşme aşamasında bunları belirlememişse bu durumun tespiti tarafların uygulama için seçtikleri hukuka göre tatbik olunur böyle bir hukuk seçimi de yapılmamışsa bu durumda iç içe geçen ve çözülmesi gereken hususlar yer alacaktır.

Uygulamada uluslar arası ticari sözleşmeler hazırlanırken taraflar ileride ortaya çıkabilecek mücbir sebebin tarafların hak ve borçlarını ne şekilde etkileyeceğini

açıklaması yönünde beklenmeyen hal klozlarını kullanmaktadır¹⁰. Kullanılan bu klozlar sayesinde taraflar beklenmeyen bir durum ile karşılaştığı zaman bu durumun klozlarda sayılması durumunda mücbir sebep sayılmasını ve buna göre sonuç doğurmasına imkân verecektir. Böylece beklenmeyen bir durumun varlığında sözleşmenin feshinin mi gerektiği yoksa sözleşmenin yeni şartlara göre yeniden mi uyarlanacağı, yeniden uyarlanacaksa bu uyarılmanın kim tarafından (heyet, mahkeme) yapılacağı da belli olacaktır. Taraflar mücbir sebep olan genel veya özel durumları, bu durumların karşı tarafa ihbar süresini ve şeklini, tarafların sorumlulukları üzerindeki etkisini sözleşmeye koyacakları bu klozlarla önceden belirleyebilecektir

Taraflar sözleşme hazırlanırken mücbir sebep klozlarına değinmedikleri takdirde tahkim seçeneğini de sözleşmeye koymamışlarsa uygulanacak ulusal hukuk genel anlamda tatbik olunacak hukuk rejimi etrafında mücbir sebebin varlığını tespit etmekte ve bu şekilde sözleşmeye etki etmektedir. Ancak eğer taraflar böyle bir durumda tahkime gitmeyi kararlaştırmışlar ise Tahkim, sözleşmeye mücbir sebep ile ilgili hüküm koyma yetkisinin sözleşmenin hazırlık safhasında taraflara ait bir yetki olduğunu belirtmekte ve belirtilmeyen bu hususlar ile ilgili olarak iradi bir sessizlik diyerek tarafların bu hususlara iradeleri ile değinmedikleri kararını vermektedir. Taraflar uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunu benimsemiş iseler sözleşmenin hazırlanması safhasında beklenmeyen sebeplere ilişkin hükümleri sözleşmeye eklemeleri gerekmektedir. Tahkim uluslar arası alanda ticaret yapan kişilerin fiyat açısından değişiklikler ile ilgili hususlara değinilmemesini basit bir unutkanlık olarak görmemekte ve tarafların bu durumu iradeleri ile ortaya koydukları kanaatindedir. Hazırlanan sözleşmelerde bu husus göz ardı edilmemelidir.

3.9.SÖZLEŞME DE BİR HUKUK SEÇİMİ YAPILMALIDIR

Uluslararası ticari ve ekonomik sözleşmelerin, taraflarca geçerli bir hukuk sistemine tabi kılınması, teorik ve pratik bakımdan gereklidir. Bu hukuk sistemi, taraflar arasındaki sözleşmenin genel hukuki çerçevesini ve geçerliliğini belirler. Tarafların sözleşmede düzenlemedikleri konular, belirlenen hukuk rejiminin kuralları ile

¹⁰ Montague,A.A. Hardship Clauses IBL V13 (1985) syf 135-137

doldurulur. Gerçekten de tarafların tüm mevcut ve muhtemel sorunları kapsayacak şekilde bir sözleşme yapmaları mümkün değildir. Bu itibarla pratikte daima, sözleşmede düzenlenmeyen konularda uygulanmak üzere bir hukuk sistemine başvuru ihtiyacı doğar. Diğer taraftan, taraf iradelerinin bağlayıcılık gücünü bir hukuk sisteminden alması gerekir. Bir başka ifade ile taraf iradelerine geçerli kılan ve bu sebeple anlaşma hükümlerini taraflar bakımından geçerli ve bağlayıcı kılan bir hukuk sistemine ihtiyaç vardır. Uluslararası Özel Hukuk alanında sözleşmelerin daima muayyen bir hukuk sisteminin temelleri üzerine bina edilmesi ihtiyacı vardır.

Taraflar arasında yapılacak ulusal düzeydeki bir anlaşmada taraflar iradeleri ile öngöremedikleri olayların sözleşme süresi içerisinde önlerine çıkmaları durumunda bilmektedirler ki ulusal hukuklarının bu alanda yapmış olduğu düzenleme uyuşmazlıklarına uygulanabilecektir. Ancak olay uluslar arası ticari sözleşmeler boyutuna geldiği zaman uygulanacak hukukun tarafların iradesi ile seçilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hangi hukuk sisteminin uygulanacağına dair olan sorun hukuk seçimi ile giderilecektir.

Uluslar arası ticari sözleşmeler hazırlanırken taraflar sözleşmelerine ihtilaf halinde uygulanacak hukuku seçerler böylece hazırlanan sözleşme de bu hukuk rejimine paralellik gösterecektir. Böylece ileride çıkabilecek uyuşmazlıklar önceden önlenecektir.

Belirlenen hukuk rejimi ve uyuşmazlık durumunda başvurulacak yargı mercii arasında uyum sağlanmalıdır. Belirlenen hukuk ile başvurulacak yargı merciinin aynı olması pratik bakımdan ciddi kolaylıklar sağlar. Çünkü herhangi bir yargı merciinin en iyi bildiği ve olaya en kolay tatbik edebileceği hukuk, kendi hukukudur. Yargı mercii ile uygulanacak hukuk farklılaştığında, mahkeme bakımından uygulanacak hukukun tüm detayları ile temini ve yorumunda güçlükler ortaya çıkacaktır. Bu güçlükler davayı ciddi şekilde uzatacaktır. Yine bu gibi durumlarda uygulanacak hukukun temini, tercümesi, tasdik ve yorumu yargılama masraflarının artmasına neden olacaktır. Diğer taraftan seçilen hukuk ile yargı mercii arasındaki farklılık bazen, seçilen hukukun bazı hükümlerinin uygulanamaması sonucunu doğurur. Çünkü yargı mercii kendi hukukunun uygulamasını gerektirdiği kamu yararı vb hukuk ilkelerini sözleşmede tarafların açıklamış olduğu irade beyanlarının önünde tutacaktır. Bu gibi

durumlarda tafraların belirlemiş olduğu birçok ilke seçilen fakat sözleşmeye uyum göstermeyen hukukun emredici hükümleri karşısında uygulanamaz bir duruma gelecektir.

Uluslararası Özel Hukuk alanında akdi ilişkilerden doğan sorunlara uygulanacak hukukun tespiti konusunda tarafların irade serbestîsi vardır. Hemen hemen tüm milli Devletler Özel Hukuku yasaları ve konuya ilişkin uluslararası anlaşmalar ile bu serbestîyi kabul etmiştir¹¹. Ancak bazı ülkelerin Milletlerarası Özel Hukuk yasalarına göre tarafların hukuk seçimi konusundaki irade serbestîsi sınırlıdır ve bu yasalara göre taraflar ancak sözleşme ile irtibatı olan geçerli bir hukuk sistemini seçebilirler¹². Taraflar, irade serbestîsine sınırlamalar getiren bir ülkenin mahkemelerini seçmek durumunda iseler, yargı yeri ilkesinin tatbikine iznin verileceği bir hukuku seçmelidirler. Aksi halde, akdi ilişkiye tarafların seçtiği hukuk değil, davanın görüldüğü devletin Devletler Özel Hukuku yasalarının yetkili kıldığı hukuk uygulanır.

Uygulamada tarafların sadece yapmış oldukları sözleşme ile bağılı oldukları anlaşma türleri de görülmektedir. Bunlar genellikle devletler veya devletler ile uluslar arası kurumlar arasında yapılmaktadır. Bu sözleşmelerin bu şekilde yapılmasının sebebi ileride ulusal hukukta meydana gelebilecek değişikliklerden etkilenmemektir.

Uygulamada tarafların iradeleri ile yapmış oldukları sözleşmeler seçilen hukuka göre geçersiz olması durumunda bile seçilen hukuken geçerli olacağı ve uyuşmazlıkların seçilen bu hukuk rejimine göre yapılması doğru bulunmuştur. Asıl olan hukuk seçiminin ayrı bir sözleşme ile belirlenmesidir.

Milli hukuk sistemlerinin zaman aşımı konusundaki farklılıkları da uluslararası karakterli sözleşmelerin hazırlanmasında daima dikkate alınmalıdır. Kıta Avrupası Hukuk sistemine dâhil hukuklarda, zaman aşımı maddi hukuka ilişkindir ve bu sebeple seçilen hukuka tabidir. Anglo-Sakson hukukuna ve bu hukukun etkin olduğu hukuk sistemlerine göre ise usule ilişkindir ve taraflarca seçilen hukuka değil, lexfori'ye tabidir¹³. Bu itibarla tarafların, sözleşme yapımı safhasında, zaman aşımını

¹¹ Şanlı, Milletler arası Ticari Tahkimde Esas Uygulanacak Hukuk, syf 105

¹² Delaume, Transnational Contracts, syf 6

¹³ Şanlı, Milletlerarası Akitlerde Zamanaşımı syf 638

usulü nitelikte sayan bir ülkede yargı merciine gitmeyi veya uygulanacak hukuk olarak bu türden ülke hukukunu seçmeyi düşündüklerinde, ileride zaman aşımı konusunda seçilen hukukun uygulanmayacağını, bunun yerine davanın görüldüğü ülke hukukunun uygulanacağını bilmeleri gerekir. Aksi halde, beklenmedik sonuçlarla karşılaşılır.

Federe Devletlere ilişkin olarak da hangi federe devletin hukukunun seçildiği belirlenmelidir aksi takdirde ileride bu konuda uyuşmazlık ortaya çıkabilecektir.

Günümüzün ticari hayatının gelişmesi ve hacim kazanması sonucunda şemsiye diye adlandırılabilen yeni sözleşme türleri ortaya çıkmaktadır. Gerek işin büyüklüğü gerekse niteliği bakımından birçok uluslar arası firma ile çalışmanın gerekli olduğu sözleşme türleridir. Örneğin bir havaalanı inşaatında ortaya birçok iş sözleşmesi ve bu işleri bitirmeye talip uluslar arası nitelikte pek çok firma (İnşaat, Radar, Logistik vb) çıkacaktır. İş alan asıl firmaların altında çalışacak alt taşeronlar tüm bunların kendi aralarında ve asıl işveren ile yapacakları sözleşmeler ayrı hukuk rejimlerine tabii olabilecektir. Ancak ileride ki uyuşmazlıkların önüne geçebilmek amacıyla tek hukuk rejiminin belirlenmesi uyuşmazlıkların çözümü ve süresi açısından daha nitelikli olacaktır.

Devletlerin hukuk hiyerarşisi sıralamasında ülkemizde de olduğu gibi uluslar arası antlaşmaların önemi büyüktür. Devletler taraf oldukları bu antlaşmalara göre hukuki düzenlemeleri yapmaktadırlar. Çoğu zaman ticari anlaşmalar hazırlanırken bu Uluslar arası antlaşmalar göz ardı edilmektedir. Bu durumun önüne geçebilmek için taraflar anlaşma hazırlanırken uluslar arası alanda bağlayıcı olan bu antlaşmaların kendi sözleşmelerinde uygulanmamasını açık bir şekilde dile getirmeleri gerekmektedir. Aksi bir durumda devletin taraf olduğu ancak sözleşmenin taraflarının istemedikleri hukuk normlarına tabi olacaklardır.

Uygulamada tarafların uluslar arası ticari sözleşmelerde bir atıf yaparak sözleşme hükmü haline getirebilecekleri kurallar bulunmaktadır. Örneğin;

- MTO'nun 560 numaralı broşüründe yer alan vesikalı krediler (Akreditifler) için yeknesak kural ve uygulamaları
- 322 sayılı Broşüründe yer alan "Tahsiller Hakkında Yeknesak Kuralları

- 421 sayılı broşürde yer alan mücbir sebep ve beklenmeyen hal kurallarını
- Sair uygulama kodları FIDIC, GAFTA, FOSFA vb¹⁴

Unutulmamalıdır ki bu kodlar sözleşmeye uygulanırken esas alınan hukuk ile olan çelişkileri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bölümde sonuç olarak söyleyeceğimiz genel anlamda devletler tarafların sözleşme alanında serbestliğini kabul etmişlerdir. Ancak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için her zaman tatbik olunacak bir hukuk rejimi esas alınmalıdır.

3.10.SÖZLEŞMEDEKİ DİL VE YORUM SORUNU ÖNLENMELİDİR

Bir sözleşmenin uluslar arası nitelik taşımasının ilk önceliği farklı dilleri kullanan tarafların bir araya gelerek iradelerini uyuşturmalarıdır. Bu uyuşma farklı dillere sahip taraflar için bu dil farklılığından dolayı kolay olmamaktadır. Dildeki bu farklılık yorum açısından da farklılıkları beraberinde getirebilmektedir. Dil kendi hukuk kültürünün anlayışı içerisinde açıklamaya çalışmaktadır. Farklı hukuk kültüründe bunun yansıması daha değişik olabilecektir.

Taraflar sözleşmelerini hazırlarken irade beyanları doğrultusunda miktar, cins, ödeme şekli, kalite, risk vb hususları kullanmış oldukları dil ve hukuk kültürüne göre anlamlandırırılar. Bundan dolayı uluslar arası hukukta taraflar aynı kavramları kullandıkları zaman bile hukuk kültürlerinin farklı olmalarından dolayı farklı şeyleri ifade etmeye çalışmış olabilirler. Dolayısıyla taraflar birbirlerinin ne ifade ettiklerini değil ne anladıklarını da bildikleri takdirde pek çok ihtilafın önüne geçilecektir. Yorum içeren ifadeler süreç içerisinde uyuşmazlığın ortaya çıkması durumunda her taraf kendi yorumunu belirtecek ve bu durumu içinden çıkılmaz bir yapıya sürükleyecektir. Taraflar sözleşmelerini ortak bir dil üzerinde yoruma çok yer vermeyecek şekilde hazırlamalıdır.

Uluslar arası sözleşmelerin hazırlanması safhasında kullanılan farklı dillerin yorumu hakkında çıkabilecek uyuşmazlıklarda tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk böyle bir hukuk yoksa sözleşmedeki uyuşmazlığa bakan mahkemedeki kanunlar ihtilafına göre belirlenen hukuk uygulanır.

¹⁴ Ekşi N, Kanunlar İhtilafı Alanında “Incorporation” Syf 263

4.ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN HUKUKSAL YOLLARLA ÇÖZÜMÜ

Uluslar arası ticari sözleşmelerde ideal olan sözleşme süresi boyunca herhangi bir sorunun ortaya çıkmaması ve tarafların karşılıklı edimlerini eksiksiz olarak yerine getirmeleridir. Ancak şartlar bu şekilde gelişmemektedir. Taraflar sözleşme hazırlarken yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi ileride çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne geçebilmek adına sözleşmedeki hususları eksiksiz hazırlamak isterler. Bu çoğu zaman uyuşmazlıkların önüne geçmekte ancak çoğu zamanda uyuşmazlıkları tohumlamaktadırlar.

Uluslar arası ticari sözleşmelerde çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için gereken mali ve hukuki yük ulusal uyuşmazlıklar için gerekenden daha yüksektir. Taraflar veya en azından bir taraf yabancı bir ülkedeki yargılamaya katılacaktır. Uygulanacak bu yabancı hukukun tercümesi ve temini, mahkeme için gerekli delillerin bu yabancı ülkede bulunarak mahkemenin önüne sunulması, mahkemenin sonuçlanması durumunda ilamların yerine getirilmesini başka bir ülkede olması durumunda bu ülkede yapılan yargılamanın sözleşmenin diğer tarafının ülkesinde kabul görmesi bu uyuşmazlıkların çözümünde karşımıza çıkabilecek durumlardır.

Uluslar arası ticari sözleşmeler hazırlanırken tarafların insan unsurunun devreye girmesi her ne kadar eksiksiz bir sözleşme yapılması ümit edilse de eksikler ortaya çıkmaktadır bu uyuşmazlıkların çözümünde;

- Devlet mahkemeleri
- Tahkim ve uzlaştırma heyetleri
- Diplomatik girişimler
- Alternatif ihtilaf çözme yöntemleri kullanılmaktadır.

Uyuşmazlıkların çözümünde gerek tahkimin gerekse ulusal mahkemelerde davacı tarafından aranan hakkın süre bakımından çok uzaması ve maddi olarak ek bir külfeti

ifade etmesi tarafları çözüm yolunda alternatif arayışlara itmiştir. Öncelikle ulusal mahkemeler ve tahkimi ardından bu alternatif çözüm yollarını inceleyeceğiz.

4.1.UYUŞMAZLIKLARIN ULUSAL MAHKEMELERDE ÇÖZÜMÜ

Ulusal mahkemeler bağlı bulundukları devlet adına yargılama faaliyetlerini icra eden ihtilaf çözme kurumlarıdır¹⁵. Bu yargılama faaliyetinde bulunan hâkimlerde devletin genel sosyal, ekonomik, kültürel politikalarına az da olsa bağlıdır. Bu durumda uluslar arası nitelik taşıyan bir durumda yabancı tarafın kendisine eşit davranılmayacağı hissi uyandıracaktır. Tüm bu sıkıntılara rağmen sözleşmenin tarafları uyuşmazlık durumunda mahkeme seçimini yapabilmektedirler. Bu seçimi pek çok pratik ve hukuki mülahaza etkileyebilir. Davacı dava ve avukatlık masraflarını, hukuk sistemi hakkındaki bilgi ve tecrübesini, politik/hukuki güven ve istikrarın, verilen kararın icrasını, ortak lisan ve hukuk kültürüne mensubiyeti, , daha kısa zamanda davanın biteceğini, adalete en uygun kararın elde edileceğini dikkate alarak mahkeme tercihinin yapabilir¹⁶. Ancak önemle belirtelim ki; davacının tercihinin bağlı olarak başvuru ulusal mahkemesinin davaya bakabilmesi, somut olayda mahkemenin kendisini yetkili görmesine bağlıdır. Bununla birlikte herhangi bir tahkim veya yetki anlaşmasının bulunmadığı hallerde, davacının mahkeme seçimi, seçilen mahkemenin uluslar arası yetki kuralları ile sınırlıdır.

4.1.1.Uyuşmazlığın Tarafların Seçtiği Ulusal Mahkemede Görülmesi

Uluslar arası ticaretin gereği olarak taraflara verilen sözleşme serbestisinin bir uzantısı olarak taraflara uyuşmazlık durumunda yetkilendirecekleri mahkeme seçiminde de bu özgürlük tanınmıştır. Bu yargılama hususunda ki seçim hakkı ticaretin doğası ve insan hakları bakımından taraflara kazandırılmaktadır. Taraflar uyuşmazlık durumunda başvurulacak mahkeme seçimini kendi iradeleri ile yapmaktadırlar. Bu seçimlerinde sözleşme de yer verdikleri klotlarında göz önüne alarak en kısa zamanda en etkin sonucu veren mahkemeyi seçmelidirler.

¹⁵ Şanlı, Ticari Uyuşmazlıkların Çözümü, Syf 68

¹⁶ Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi Syf 124,125

4.1.1.1.Taraflarca Türk Mahkemelerinin Seçilmesi

Yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda, Türk mahkemelerinin seçimine ilişkin yetki anlaşmalarını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisini düzenlemek amacıyla çıkarılmış bulunan 2675 Sayılı Kanunla Türk mahkemelerinin yabancılik unsuru taşıyan davalarda yetkili mahkeme olarak seçimine dair sözleşmelerin geçerliliği ve hükümleri, HUMK'undaki yetki anlaşmalarını düzenleyen hükümlere atfen düzenlenmiştir. HUMK'nun 22. maddesine göre:

"Mahkemenin salahiyeti intizamı amme esasına binaen tayin edilmemiş olan hallerde, iki taraf bir veya müteaddit muayyen hususa müteallik ihtilaflarının salâhiyettar olmayan mahal mahkemesinde görülmesini tahriren mukavele edebilirler. Bu halde işbu mahal mahkemesi o davaya bakmaktan imtina edemez."

denilmektedir.

Uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin seçimini öngören anlaşmalardaki yetki şartı veya ayrıca düzenlenecek bir yetki anlaşması ile bu düzenleme yapılabilecektir. Bu anlaşmaların şekli bakımından yapıldığı ülke hukukuna değil Türk hukukuna tabii oldukları esastır. Türk hukukunda yetki anlaşması yazılı şekle tabidir ancak bu usul açıklanmamıştır. Borçlar Kanunundaki hükümlerince burada adi yazılı şekil şartı esas alınmıştır.

Esas bakımından Türk mahkemelerinin yetkili kılınması için HUMK 22. madde uyarınca

- İhtilafın belirli olması,
- Mahkemenin belirli olması,
- Kamu düzeni uyarınca başka bir mahkemenin yetkili olmaması gerekir

Sözleşme hazırlanırken yetkili kılınacak mahkeme imzalandığı tarih itibariyle belirlenmelidir. Burada ki belirlilik imzalandığı tarih itibariyle yetkilendirilen mahkemenin bilinebilir olmasıdır. Sadece Türk mahkemelerini yer belirtmeksizin genel anlamda yetkili kılan anlaşmalar geçersizdir. Çünkü HUMK 22 madde yetki tanıyan anlaşmalarda iç hukuka göre yetkili kılınan mahkeme belirtilmelidir. Türk hukukunda kamu düzenine dayanarak yetkilendirilmiş mahkemeler görülmeksizin mahkeme yetkilendirilemez örneğin taşınmazlara ilişkin HUMK 13. maddesinde yer alan yetki kuralı kamu düzenindendir, bu bertaraf edilerek yetki sözleşmesi ile yetkisiz bir Türk mahkemesi yetkilendirilemez. Unutmamak gerekir ki HUMK 22 madde gereğince Türk mahkemelerinde verilen karar yabancı ülke veya davalının mallarının bulunduğu ülkede tenfiz şartına bağlanmıştır. Kararın geçerliliğinde taraf iradesine serbestlik tanınmıştır.

Açılan davalara ilişkin itirazlar Türk usul hukuku sistemi içerisinde değerlendirilmektedir. Ancak dava yetkili kılınan Türk mahkemeleri ile yabancı devlette açılan davaya karşı derdestlik sebebi olmayacaktır. Çünkü dava yetki anlaşması ile belirlenen Türk mahkemelerinde değil yabancı mahkemelerde görülmektedir. Ancak hukukumuzda yetkisiz dahi olsa yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine engel hüküm bulunmamaktadır.

4.1.1.2.Taraflarca Yabancı Mahkemelerin Seçilmesi

Uluslar arası nitelikteki sözleşmeler hazırlanırken taraflar geniş bir irade serbestisine sahiptir. Özellikle uyuşmazlıkta yetkili mercinin belirlenmesinde çeşitli sorunlar çıkmaktadır. Günümüzün ticari hayatı tarafları büyük meblağ ve uzun zamanlı işlere yönlendirmektedir. Doğal olarak taraflar kendi bildikleri hukukun yetkilendirilmesi için çalışmakta hatta sırf bu yüzden sözleşmeler kurulmadan sona erebilmektedir. Bu uyuşmazlıkların çözümünde milli mahkemelerin kullanılması çoğu zaman pratik anlamda uygun görülmemektedir. Bunun sebeplerinden ilki, milli mahkemelerin tabi oldukları usul hukuku sistemleri, prensip olarak ulusal ihtilafların niteliği dikkate alınarak hazırlanmıştır. Bu sebeple bunlar, çok defa uluslararası karakterli davaların niteliğine uygun düşmez. Yine, milli mahkemelerin usul hukuku sistemine sıkı sıkıya bağlı olması, bürokrasiyi arttırmakta, sistemi hantallaştırmakta ve dolayısıyla davaların uzamasına yol açmaktadır. İkincisi, milli mahkemeler belirli bir devlete

bağlılığın doğal sonucu olarak kamu düzeni mülahazaları ile tarafların sözleşmesel düzenlemelerine tam ve etkin bir geçerlilik tanımazlar. Bu ise, uluslararası ticarete fevkalade önemli olan hukuki güven ve istikrar ihtiyacını ortadan kaldırır. Üçüncüsü, milli mahkemeler, devlete bağlı bir organizasyon yapısına sahip olmalarının gereği olarak, somut davada bağlı olduğu devletle davada taraf olanların mensup olduğu devletler arasındaki siyasal, sosyal ve ekonomik olayların etkisinde kalabilir. Bu ise mahkemelerin somut olayda, tarafsız ve adil davranmasına engel olabilir. Dördüncüsü ise, mahkemelerce verilen kararların, borçlunun mallarının bulunduğu bir başka yabancı ülkede icrası, ciddi güçlükler taşır. Çünkü genel olarak mahkeme kararları devletlerin ülkeleri üzerindeki egemenlik haklarının ifadesi olarak algılanır ve bu sebeple yabancı mahkeme kararları bir başka ülkede kolayca icra edilmez. Bunu temin eden tenfiz antlaşmaları günümüzde oldukça sınırlıdır¹⁷.

Uluslararası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümleneceği mahkemeleri tarafların serbest iradeleri ile belirlemeleri, Türk Hukukunda kabul edilmiştir. 2675 Sayılı Kanunun 31. maddesine göre, taraflar;

"Yer itibarıyla yetkinin kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar arasındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler".

denmektedir.

Buna göre Türk mahkemelerinin yetkisini dışlayarak yabancı bir devlet mahkemesinin yetkili kılınabilmesi için uyuşmazlığın;

- Türk mahkemelerinin yer itibarıyla yetkisinin kamu düzeni esasına göre tayin olmaması
- Yabancılık unsuru taşıması
- Borç ilişkilerinden doğması
- Yetkili kılınan mahkemenin belirlenmesi gerekir.

¹⁷ Şanlı,Uluslar Arası Ticari Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları syf 83-84

Aynı madde hükmü gereğince yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren anlaşmalar için şekil şartı aranmamıştır. Sözlüde yapılabilecektir. Ancak gerek ispat yükümlülüğü gerekse uluslar arası uygulama bu sözleşmeleri yazılı olması taraftarıdır.

Madde metninin son kısmında yer alan “yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde dava yetkili Türk mahkemesinde görülür.” demek suretiyle anlaşmanın tarafların iradesi ile münhasır bir anlaşma olduğunu kabul etmektedir. Böyle bir anlaşma sonucunda yabancı devlet yetkisizlik kararı verdiği takdirde Türk mahkemelerinde yargılama yapılabilecektir. Açık bir deyişle tarafların seçmiş oldukları yabancı hukuk kendisini olayda yetkili görmeyebilecektir, bu durumda dava Türkiye’de kanuni yetkili mahkemelerde görülecektir. Bunun için yabancı mahkeme tarafından verilecek bir yetkisizlik kararıdır. Burada varsayımlar üzerine işlem yapılamayacaktır. Somut olarak yabancı mahkeme tarafından verilen bir yetkisizlik kararı gerekmektedir. Diğer bir durum ise Türk mahkemelerinde açılan bir davaya karşılık yabancı ülkedeki davacı tarafından Türk hukukunda ki süre ve usul şartlarını içeren HUMK’un 128. maddesi gereğince yetki itirazında bulunmadığı takdirde Türk mahkemelerine uluslar arası yetki doğar ve dava bu mahkemelerde görülür. Yetki anlaşmalarının resen dikkate alınmaması üzerine davalı bu itirazları usulüne ve şekline uygun şekilde yapmalıdır.

Tam olarak uluslar arası özel hukukun ve uluslar arası ticaret hukukunu gereklerine dayanan tarafların serbest iradeleri ile uyumsuzluk durumunda seçimlik yetkili hukuk rejimini seçmeleri Dünya üzerindeki hukuk mercileri arasında ki güvenin, tarafsızlığın, uzmanlığın, çabukluğun ve ucuzluğun gereğidir. Bu Ticaret esasına dayana tarafların seçiminin kamu düzenini bozduğu söylenemez. Tam anlamıyla tarafların bu seçimi ile belirlemiş oldukları hukuk rejimi kendi uyumsuzluklarında esas alınacaktır. Milli hukukların uygulanması bu anlaşmaların hiçe sayılması manasındadır.

Yabancı mahkemeler lehine yapılacak cebri icra hukuku kapsamındaki anlaşmalar Türk hukuku açısından geçersizdir. Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir veya haciz kararı verme yetkisini, icra dairelerinin ve icra tetkik merciilerinin görev ve yetkilerini

bertaraf eden anlaşmalar yapılamaz. Bu alanlarda Türk mahkemelerinin yetkisi kamu düzenindendir.

Yabancı bir ülkede yargılaması devam eden aynı uyuşmazlık ile ilgili olarak Türkiye’de ki yetkili mahkemelerde dava açılması durumunda yabancı ülkede ki davacı taraf HUMK belirlenen usul ve süre içerisinde davanın yabancı mahkemede derdest olduğunu ileri sürmelidir. Türk mahkemeleri 31. madde çerçevesinde bu değerlendirmeyi yaparak şartların oluştuğu takdirde ileri sürülen derdestliği kabul etmelidir. Aksi durumda 31. madde yabancı hukuk seçiminin kabulü hükmü geçersiz olacaktır.

4.1.2.Uyuşmazlığın Tarafların Doğrudan Başvurduğu Ulusal Mahkemede Görülmesi

Uluslar arası özel hukuk alanındaki sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda çok defa yetkili birden çok mahkeme mevcut olacaktır Çünkü;

- Tarafların ikametgâhı
- Mutat meskeni
- Ticari faaliyetlerini yürüttükleri yer
- Sözleşme konusu şeyin bulunduğu yer
- Davalının mal ve alacaklarının bulunduğu yer
- Sözleşmenin ifa ve inikat yeri gibi olgular birçok devletin hukuk alanları ile ilgili olabilmektedir.

Uygulama da devlet mahkemelerinin yargı yetkisini sınırlayan bazı uluslararası örf ve adet kuralları mevcuttur. Milli mahkemelerin yargı yetkisini kısıtlayan bu kuralların uygulanması, yabancı devlet veya devlet kurumlarına ve yabancı devletin temsilcilerine karşı açılan davalarda söz konusu olur. Esas olarak yabancı devlet veya devlet kurumlarına ya da temsilcilerine karşı açılan davalarda, bunların, milli devletin mahkemelerinin yargılama hakkından muafiyetleri söz konusudur. Yargı

muafiyetini öngören kurallar, uluslararası yetkiyi düzenleyen kurumlardan farklı olarak Uluslararası Hukuka dayanır¹⁸.

Ancak, Uluslararası Hukuktan kaynaklanan bu teamüli nitelikteki kurallar, son yıllarda milli kanunlarda ve uluslararası anlaşmalarda pozitif hukuk kuralları olarak yazılı hale getirilmişlerdir¹⁹. Uluslar arası hukukta uzun yıllar bir devletin başka bir devlet, devlet kurumu veya temsilcisini yargılayamayacağı kabul edilmişti. Buna esas olarak alınan dayanak ise; devletlerin eşit olduğu ve eşitin eşiti yargılayamayacağı esasıdır. Ancak bu durum Sovyet ve doğu Avrupa gibi dış ticareti tekelinde bulunduran devletlerde mutlak yargı muafiyetinin rekabet ortamını bozduğu görülmüştür²⁰. Bu durum pek çok ticari uyuşmazlıkta tarafların karşılırlarına çıkmıştır bu durum üzerine bu doktrin terk edilerek yargı muafiyeti ancak egemenlik tasarrufları ile sınırlandırılmıştır.

- 1973 tarihli Avrupa Yargı Muafiyeti Antlaşması
- 1976 tarihli ABD Yargı muafiyeti Kanunu
- 1978 tarihli İngiliz Yargı Muafiyeti Kanunu ile de bu ilke Uluslar arası nitelik kazanmıştır.

4.1.2.1.Doğrudan Milli Mahkemelere Başvurulması

Uluslararası ticari akitlerin tarafları, sözleşmelerinde uyuşmazlık durumunda başvurulacak yargı mercii olarak tahkim, uzlaştırma veya bir devlet mahkemesi üzerinde anlaşmamışlar veya anlaşmamışlarsa, sözleşmesel ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar kaçınılmaz olarak milli mahkemelerde çözümlenecektir. Günümüzde, uluslararası ticari akitlerden doğan uyuşmazlıkların çözümleneceği genel yetkili bir "uluslararası ticaret mahkemesi" mevcut değildir.

Uluslararası Özel Hukuk alanında tarafların ihtilaf halinde başvurulacak yargı mercii akitlerinde belirtmemiş olmaları önemli bir eksikliktir. Çok defa taraflar ihtilaf çıkmadan, ihtilafın sonuçlarını değerlendiremezler. Bazen de taraflar, bilinçli olarak sözleşme müzakerelerini ve sözleşme ile elde edecekleri avantajları muhtemel

¹⁸ Nomer/Şanlı, DHH, syf367

¹⁹ Altuğ,Y, Devlet Muafiyetine İlişkin Sözleşmesi, İstanbul-1974, syf 295

²⁰ Şanlı,Uluslar Arası Ticari Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları syf 107

ihtilafları gündeme getirerek karartmak istemezler ve bu sebeple sözleşme safhasında ihtilafların çözümü üzerinde durmazlar. Bazen de taraflar, ihtilaf vukuunda başvurulacak yargı merciinin seçimi konusunda düşülecek anlaşmazlığın, nihai bir sözleşmeye varmayı güçleştireceği endişesiyle, bilinçli olarak müzakere safhasında yetki konusu üzerinde durmaktan kaçınırlar. Bu gibi durumlarda, ileride herhangi bir ihtilaf çıkmaz ise, sözleşmede bir yetki klotunun bulunmamasının eksikliği hissedilmez. Ancak, herhangi bir ihtilaf çıktığında da başvurulacak yargı mercii meselesi, taraflar arasındaki ilişkilerin en temel sorununu oluşturur.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, anlaşmaların başvurulacak yargı merciine dair bir hüküm içermeyi durumlarda, taraflar zorunlu olarak milli mahkemelere müracaat edeceklerdir. Yabancılik unsuru taşıyan davalara milli mahkemelerin bakabilmesi için, kendi hukukuna göre uluslararası yetkisinin bulunması gerekir. Her ülke, hangi tür veya özellikteki yabancı unsurlu davada uluslararası yetkisini kullanacağını, kendisi belirler.

Milli mahkemelerin, yabancı unsurlu davalarda yetkisini düzenleyen veya sınırlayan bugün için Devletler Hukuku kuralları mevcut değildir. Uluslararası yetki kuralları her bir devletin yasa koyucusu tarafından serbestçe tayin ve tespit edilmektedir. Tarafların sözleşmelerinde yetkilendirmiş oldukları bir devlet bulunmadığı durumlarda ortaya çıkan pek çok yetkili ulusal hukuktan biri tercih edilmelidir. Taraf bu belirleme işlemini yaparken kendi menfaatlerini öncül tutacaktır. Taraf bu seçimini yaparken davalının mal ve alacakları üzerinde icra kabiliyetini, lisan, uzmanlık, avukatlık masrafı vb olguları somut olay bakımından dikkate alacaktır.

Sonuç olarak taraflar uluslar arası sözleşmelerin uyumsuzluk durumundan seçecekleri ulusal hukukta kendilerine menfaat sağlayacak hukuk sisteminden taraf seçimde bulunacaklardır. Bu seçimini yaparken özellikle davalı tarafa yönelik yaptırım sağlayabilecek hukuk seçimine öncelik verirler. Elde edecekleri kararlarının borçlu üzerinde etkili olacak hukuk sisteminde tenfiz imkânını araştırmalıdır. Bu yüzden pek çok alacaklı borçlu üzerinde icra kabiliyeti dolayısıyla davasının borçlunun mal ve alacaklarının bulunduğu yabancı devlette açmaktadırlar.

4.1.2.2.Doğrudan Türk Mahkemelerine Başvurulması

Devletler yabancılık unsuru taşıyan davalarda yetkisini resen düzenlemektedir, diğer devletlerin yetkisini dikkate almamaktadır. Türk mahkemelerinin yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda yetkisi Türk Kanun Koyucu tarafından resen düzenlenmiştir.

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların Türk mahkemelerinde görülebilmesi için, Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisinden önce mahkemelerin yargı yetkisinin mevcudiyeti gerekir. Bunun için yabancılık unsuru taşıyan bir davada Türk mahkemelerinin yargı yetkisini sınırlayan bir Devletler Hukuku kuralının bulunmaması gerekir.

1982 yürüdüğü giren 2675 sayılı MÖHUK madde 33 ve yeni 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun madde 49 ile “Yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmayacağı” açıkça hükme bağlanmıştır. Ayrıca Türkiye’nin 3042 sayılı kanunla onayladığı Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi ile diplomatik temsilcilerin taraf olduğu ticari işlem ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda da yargı muafiyeti tanınmamıştır. Uygulamada bu durum karşımıza bazı uyuşmazlıkları çıkarmaktadır. Yabancı devlet kurumlarına izafe edilen işlem özel hukuk tasarrufu mu? Yoksa hâkimiyet tasarrufumu olduğudur. Burada davaya bakan hâkimin hukukunda ki düzenleniş biçimi esas alınmalıdır. İşlen tarafın devlet olma fonksiyonunun bir gereği olarak yapılan bir işlem olup olmadığına bakılmalıdır.

Türk mahkemesi yargılama yapmadan önce davanın yargı muafiyetine ilişkin bir sınırlandırma bulundurmaması üzerine mahkemenin uluslar arası yetkisi araştırılacaktır. Ülke mahkemelerinin yetkisi verilen kararların yabancı ülkede sahip olacağı etkiyi ifade eder. Uluslar arası yetki kuralları davanın ülke mahkemelerinde görülüp görülemeyeceğini açıklamaktadır. Türk mahkemeleri kendi önündeki bir davada davalı tarafından yetki itirazında bulunulması durumunda ancak kendisinin yetkili olup olmadığına karar verir yoksa yabancı bir devleti yetkilendiremez.

Türk mahkemelerinde yabancılık unsuru taşıyan davalarda yetki esası 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 41, 42 ve 43

maddelerinde düzenlenmiştir. Türk mahkemelerinin yabancılık unsuru taşıyan sözleşmesel ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarla ilgili uluslararası yetkisi, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 40 maddesinde, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına atfen düzenlenmiştir. Diğer bir ifade ile yabancılık unsuru taşıyan akdi ilişkilerden doğan ihtilaflar bakımından Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisi, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına bağlanmıştır. Buna göre, yabancı unsurlu bir akdi ilişkiden doğan ihtilafta, Türkiye'de yer itibariyle yetkili bir mahkeme mevcut ise, Türk mahkemelerinin o dava bakımından uluslararası yetkisi de mevcuttur. Böylece, iç hukuktaki yer itibariyle yetki kurallarına Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisini de belirleme görevi verilmiş olmaktadır. 40 madde ile iç hukuka verilen yetki belirleme ilkesi HUMK başta olmak üzere muhtelif kanunlarda düzenlenmiştir. Bununla birlikte yetki belirlenirken birçok uluslar arası antlaşmada bu görevi yerine getirecektir.

Türk hukukunda uluslar arası nitelikte ki uyuşmazlıklar ile ilgili olarak dava ile yargı alanı arasındaki bağlantı yetkinin tesisi açısından yeterli görülmüştür. Buna göre

- **Davalının İkametgâhının Bulunduğu Yer Mahkemesi**

Uluslar arası ticari uyuşmazlıklarda davalının Türkiye'de ikametgâh mahkemesinde veya ikametgâhı belli değilse Türkiye'de oturduğu son yer mahkemesinde açılabilir. Bunlar genel yetkili mahkemelerdir. Burada ikametgâh kavramı Türk hukukuna göre yorumlanacaktır. Bu durum medeni kanunun 19 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre yerleşme niyetiyle oturan yer ikametgâhtır. Tüzel kişilere ilişkin ikametgâh ana sözleşmede belirlenen bu yoksa idari işlerin yürütüldüğü yerdir. Bunun dışında Türkiye'de merkez veya şubesi bulunmayan yabancı ticari işletmeler nam ve hesabına ülkede işlem yapanlara karşı Türk Ticaret Kanunu madde 117 göre dava açılabilir. Uluslar arası nitelikteki ticari uyuşmazlıklarda davalının Türkiye'de ikametgâhının bulunması üzerine burada dava açılması davacı açısından pek çok menfaati beraberinde getirecektir. Alınacak kararın tenfiz gerekmeyecek ve varsa davalının malları üzerinde acil etki yaratacaktır. Davacı tarafından uluslar arası tebligat gibi birçok usuli muameledeki masrafta ortadan kalkacaktır.

- **Sözleşmenin Kurulma ve İfa Yeri Mahkemesi**

HUMK 10 madde uyarınca uluslararası ticari akitlerden doğan davalar sözleşmenin Türkiye’de icra edildiği yer mahkemesinde veya davalı veya vekilinin bulunduğu sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinde görülebilir. Burada sözleşmenin ifa edileceği yer önemlidir. İfa edilecek yer pek çok defa sözleşmede yer alan klozlar ile taraflarca daha önceden belirlenmektedir. Buna göre dava sözleşmenin ifa yerinde açılacaktır. Uygulamada karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde hangi edimin ifa edildiği yer hususunda ise dava konu olan edimin ifa yeri davanın açılacağı yer mahkemesi açısından dikkate alınmaktadır. İfa yeri taraflarca belirlenmiş ise bu durumda Borçlar Kanunu madde 73 uyarınca belirlenecektir. Sözleşme belirli bir paranın ödenmesine ilişkin ise alacaklının ödeme zamanındaki adresi, menkul bir malın teslimine ilişkin ise kararlaştırılan teslim yeridir. Teslim yeri kararlaştırılmamış ise sözleşmenin yapıldığı sırada malın bulunduğu yer teslim yeridir.

- **İhtilafı Şeyin veya Teminatın Bulunduğu Yer Mahkemesi**

HUMK madde 16 uyarınca Türkiye’de ikametgâhı bulunmayan yabancı veya Türk vatandaşlarına karşı bunların Türkiye’de sakin oldukları yerde; Türkiye’de sakin değillerse Türkiye’deki mal ve alacaklarının bulunduğu yerde; ya da ihtilaf konusu şeyin veya teminatın bulunduğu yerde mal ve alacak davaları açılır. Burada öncelik davalının dava açıldığı sırada Türkiye’de sakin olduğu yer mahkemesine verilmiştir bu atlanarak teminatın olduğu yer mahkemesi yetkili görülemez. Davalıya ait mal kavramından anlaşılması gereken menkul ve gayrimenkul mallarıdır.

- **İhtiyati Haciz Kararı Veren Yer Mahkemesi**

HUMK madde 12 uyarınca ihtiyati hacizden sonra haciz kararının dayandığı alacak davası daha önce haciz kararını veren yer mahkemesinde açılabilir denmektedir. Burada esas ihtiyati haczin dava konusu alacak için alınmış olması gerekir. Ayrıca davalı tarafından ihtiyati haciz kararı veren mahkemeye yönelik yetki itirazı yapılmamalı veya yapıldığı takdirde mahkeme tarafından reddedilmelidir.

- **Karşılık Davalarında Esas Davanın Görüldüğü Yer Mahkemesi**

HUMK madde 14 uyarınca Türk mahkemelerinde açılmış bir davaya karşılık aynı konuda ve aynı taraflar arasındaki karşı davada asıl davanın görüldüğü yer mahkemesinde açılır. Bu durumda karşı dava bakımından mahkemeye yönelik yetki itirazında bulunulmaz.

- **Vekâlet Ücretinden Doğan Davalarda Asıl Davanın Görüldüğü Yer Mahkemesi**

HUMK madde 15 uyarınca vekâlet ücretine ilişkin davalar vekâlet ücretinin dayandığı asıl davanın görüldüğü yer mahkemesinde görülür. Bu durumda mahkemeye yönelik yetki itirazında bulunulamaz.

- **İflas Davalarında Yetki**

İflas davalarında Türk mahkemelerinin yetki durumunu düzenleyen esaslar İcra ve İflas Kanunu madde 154 de düzenlenmiştir. Buna göre iflas davalarında yetkili mahkeme, borçlunun işlem merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesidir. İşlem merkezinin yurtdışında bulunduğu durumlar için ise Türkiye’de şubelerinin bulunduğu yer ticaret mahkemeleridir. Birden fazla şubenin bulunması durumunda merkez şube yer ticaret mahkemeleridir.

- **Yetki İtirazı Yapılmayan Türkiye’deki Yer Mahkemesi**

HUMK madde 23 uyarınca kendisine karşı yetkisiz bir mahkemede dava açılan kişi davanın esasına girilmeden önce yetki itirazında bulunmaz ise o mahkemenin yetkisini kabul etmiş sayılır denmektedir. Bu durum aynı şekilde 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanunca yapılan gönderme ile uluslar arası davalar bakımından da geçerlidir. Burada esasa girilmeden önce yapılması gereken yetki itirazının süresi 10 günlük cevap süresidir. Bu sürenin geçirilmesi ile yapılan itirazlar mahkeme tarafından dikkate alınmayacaktır. Ancak ikametgâhı yurtdışında bulunanların itirazları hâkimin takdirine bağlı olarak esasa ilişkin cevaplar ile birlikte verilmesi için makul süreler tayin edilir.

- **Fikri ve Sinaî Haklardan Doğan Davalarda Yetkili Mahkemeler**

Patent Haklarını Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'lerde yer itibariyle yetkili mahkemeler öngörülmüştür. Bunlar aynı zamanda uluslar arası yetkili mahkemelerdir. Bu hak sahipleri tarafından üçüncü kişilere yönelik açılacak davalarda yetkili mahkeme davacının ikametgâhının bulunduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yer mahkemeleridir. Türkiye'de ikametgâhı yoksa sicilde kayıtlı vekilin işyeri yer mahkemesi, sicilden silinmiş ise Türk Patent Enstitüsünün bulunduğu yer mahkemesidir. Üçüncü kişiler tarafından bu hak sahiplerine karşı açılacak davalar da ise yetkili mahkeme davalının ikametgâh yer mahkemesidir. Aynı şekilde Türkiye'de ikametgâhı yoksa sicilde kayıtlı vekilin işyeri yer mahkemesi, sicilden silinmiş ise Türk Patent Enstitüsünün bulunduğu yer mahkemesidir. Aynı anda birden çok mahkeme yetkili ise ilk davanın açıldığı yer mahkemesi etkili sayılacaktır. Yukarıda belirtilen yetkili mahkemeler aynı zamanda uluslar arası uyuşmazlıkların görüleceği yetkili mahkemelerdir.

4.2.UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLU İLE ÇÖZÜMÜ

Tahkim, geniş anlamda, tarafların mevcut bir uluslar arası uyuşmazlığın, aralarındaki bir anlaşmaya göre, hakem denilen özel şahıs veya şahısların kararına götördükleri, devlet yargısı dışında, özel bir prosedürdür. Hakem heyeti uyuşmazlığın tarafları veya bunların temsilcileri tarafından seçilebilir. Taraflar, ayrıca, hakem heyetinin tahkime uygulayacağı usulü kendi aralarında belirleyebilir. Hakem kararları nihai ve tarafları bağlayıcı niteliktedir. Karar, tarafların heyete sunduğu iddia ve deliller ışığında alınır. Geçerli bir kararın tanınması ve tenfizi için, bazen, mahkeme kararı da gerekebilmektedir. Yukarıda sayılan hususlar hemen hemen her tahkim davasında bulunabilmesine rağmen tahkim yeknesak bir süreç değildir. Bu genel prensipler, tahkimin içeriği, tarafların milliyeti, tahkim mahalli, tahkim usul hukuku ve ihtilafın karakterine göre değişiklik arz edebilmektedir.

4.2.1.Türk Hukukunda Tahkimin Yeri

Uluslararası tahkim konusunda Türk mevzuatında kapsamlı bir değerlendirme, ilk defa, 1982 yılında yürürlüğe giren 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunla (MÖHUK) yapılmıştır. MÖHUK un ilgili maddeleri 1991 yılında 3731 sayılı Kanunla kabul edilen 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi hükümlerini kaynak göstererek düzenlemiştir. MÖHUK yabancı hakem kararları ile mahkeme kararlarını aynı kapsamda mütalaa etmiş, uluslararası karaktere ait bir tanımlama getirmemiş ve sadece tanıma ve tenfizi düzenlemiştir. MÖHUK ve NY Sözleşmesinin ortak karakteri, tanıma ve tenfizde karşılıklılık esasını benimsemiş olmalarıdır²¹. Tür hukuk sistemi içinde düzenleme ile geline son nokta 27.11.2007 tarihinde kabul edilen 5718 Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanundur

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yürürlüğe konmuştur. MÖHUK ve usulüne uygun biçimde onaylanan uluslararası sözleşmeler, iç hukukta, Türkiye'nin uluslararası ticari tahkim konusundaki mevzuatını oluşturmaktadır. Kabul edilen bu uluslar arası sözleşmeler Türk Devletinin uluslararası tahkime verdiği önemin açık bir göstergesidir. Uluslararası tahkim (yabancı hakem kararları) konusu Türkiye'nin hukuk sistemine yıllar önce girmesine karşın hala tartışmalı bir konudur. Tartışmalar, hakem heyetine götürülebilecek ya da götürülemeyecek ihtilaf türlerinin tespiti, hakem kararlarının milliyeti (milli ya da yabancı olduğu) ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi çerçevesinde teknik düzeyde ve yoğun bir şekilde devam etmektedir. Bu tartışmaların özünde ise, daha çok, milli mahkemelerin yetki alanı ile yabancı hakemlerin yetkileri arasındaki dengenin devletin egemenlik hakkına zarar verecek derecede, ikinciler lehine bozulacak olması endişesi yatmaktadır.

Türk hukukunda sadece çekişmeli yargıya giren hukuki uyuşmazlıklarda tahkim uygulanmaktadır. Cezai veya idari yargıda tahkim caiz değildir. İdari yargıda tahkime yer verilmemekle beraber, uygulamada, idari sözleşmelere bazen tahkim şartı da konulmakta ve bu idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için, idari mahkemeler

²¹ Birsal/Burak, Türk Hukuk Sisteminde Tahkim, syf, 187

yerine, hakemlerde dava açılmaktadır. Ancak, özel sektör kuruluşlarının Yap İşlet Devret modeli çerçevesinde kamu altyapı yatırımlarına katılımını düzenleyen kanunlarda; bu projelerin uygulama sözleşmelerinde uluslararası tahkime yer verilebilmesi yönünde yapılan düzenlemeler Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Yüksek Mahkeme, Yap İşlet Devret projelerini kamu hizmeti imtiyazı kabul etmiş ve bu idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların Türk İdari Yargısı'nda çözüme kavuşturulacağı kararına varmıştır. İdari Yargı da tahkime yer verilmediği için Yap İşlet Devret uygulama sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflarda ulusal ve/veya uluslar arası tahkime gidilememektedir.

4.2.2.Tahkim Sözleşmesi

NY Sözleşmesinin 2. maddesine göre tahkim sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır. Bu konuda taraflara iki imkân tanınmıştır. Taraflar, akdettikleri bir sözleşmeye tahkim şartı koymak suretiyle bu sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkları tahkim usulü ile çözmeyi öngörebilecekleri gibi, müstakil bir tahkim sözleşmesi yaparak gelecekteki bütün uyuşmazlıkları tahkim yolu ile çözmeyi kararlaştırabilirler. Yazılı anlaşma terimi karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgrafları da kapsayacak şekilde geniş tutulmaktadır. Milli tahkim sözleşmeleri içinde yazılı olma şartı büyük önem taşımaktadır. HUMK madde 517 gereğince Yazılı olma şartı geçerlilik şartı olup, yazılı yapılmayan tahkim sözleşmeleri geçersizdir. Tahkim sözleşmesinin iki şekilde yapılması mümkündür.

- **Müstakil bir sözleşme olarak:** Taraflar doğmuş olan bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi için ayrı bir sözleşme yapabilir. Bu sözleşmenin konusu münhasıran tahkimdir. Dar anlamda tahkim sözleşmesi, bu müstakil tahkim sözleşmesine verilen isimdir.

- **Tahkim şartı:** Taraflar yaptıkları bir sözleşmeye (satış, şirket, istisna v.b.), bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceğini şart olarak koyabilir. Burada tahkim, o sözleşmenin yalnız başına konusu olmayıp, o sözleşmenin yalnız bir şartını teşkil etmektedir. Fakat bu şart kanunun anladığı anlamda bir tahkim sözleşmesidir ve tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hükümlere tabidir. Uygulamada daha çok tahkim şartına rastlanmaktadır. Bununla birlikte ticari

uyuşmazlıklarda sözleşmenin hükümsüzlüğü durumunda da tahkim şartı bulunduğu takdirde çözüm yolu olarak tahkim şartının geçerliliği ilkesi belirlenmiştir.

4.2.3.Uygulanabilir Hukuk

Uluslararası ticari tahkime, aynı anda, değişik mevzuat hükümleri uygulanabilir. Bunlar;

- Tahkim sözleşmesinin tarafı olabilmek konusunda tarafların ehliyetini belirleyecek hukuk
- Tahkim sözleşmesinin kendisine uygulanacak hukuk
- Tahkim davasına uygulanacak usul hukuku
- İhtilafın kendisine uygulanacak maddi hukuk
- Hakem kararının tenfizine uygulanacak hukuktur.

Potansiyel bir ihtilafın tarafı, uygulanacak hukuku bildiğinde, kendi lehine olacak bir şekilde daha iyi değerlendirmeye başlayabilir. Taraflar hangi hukukun uygulanabilir olduğunu belirledikten sonra, bunların sözleşme ve potansiyel uyuşmazlık üzerindeki etkisini etraflıca değerlendirebilir. Uygulanabilir hukuku belirleme konusunda, halen uluslararası düzeyde genel bir uygulama bulunmamaktadır. Her ülkenin hukuki sistemi çerçevesinde kendi özel uygulaması bulunmaktadır.

Türk hukukunda, uluslararası tahkimde uygulanacak hukukun tespiti açıkça belirtilmemektedir. MÖHUK "hâkim Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku resen uygular ve yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir." demektedir. Böylece, yabancı hukukun tespitini mahkemeler açısından düzenlemektedir. Bu hüküm çerçevesinde, tarafların tahkimin tabi kılındığı kanunu yani uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuku serbestçe belirleyebilmesi mümkün görölmektedir.

Avrupa Sözleşmesi tarafların hakemlerin ihtilafın esasına tatbik edecekleri hukuku serbestçe tayin etmelerine imkân vermektedir²². Sözleşmeye göre eğer taraflar tatbik edilecek hukuku kararlaştırmamışlar ise hakemler ihtilafın türüne göre münasip görecekleri kanunlar ihtilafı kaidesinin tayin ettiği kanunu uygular.

²² Emek,U,Uluslar Arası Ticarete Tahkim,syf,12

4.2.4. Hakem Heyetinin Oluşturulması

Uluslararası tahkimde, hakem heyetinin oluşturulması, genellikle, milli hukukta düzenlenen bir konu değildir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HUMK) milli tahkimi düzenleyen 8. babında, hakemlerin tayini ile ilgili hükümler bulunmakla beraber uluslararası tahkimle ilgili olarak MÖHUK veya NY Sözleşmesinde bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar, hakemlerin atanmasını kendileri belirleyebilir ya da hakemlerin seçimi tahkimi organize eden kurumun usul kurallarına bırakılabilir.

Ancak Avrupa Sözleşmesi, hakemliğin teşkili konusunda detaylı bir düzenleme yapmıştır madde 4 uyarınca Sözleşme hakem heyetinin teşkilini, öncelikle, tarafların anlaşmasına bırakmıştır. Hakemlerin ataması konusunda taraflar arasında bir anlaşma yoksa hakemler karşı tarafın isteği üzerine, tarafların tahkimin görülmesini tayin ettikleri yerin bulunduğu ulusal yetkili ticaret odası başkanınca ya da tahkimin görüleceği yer kararlaştırılmamışsa hakem atamasına temerrüt eden tarafın mutat meskeni veya iş merkezinin bulunduğu yerin ticaret odası başkanınca ya da teşekkülü, şartları ve işleyişi Sözleşmede belirtilen özel komitece atanır. İçe el koyan Başkan veya  zel Komite hakemleri atamaya ve gerektiğinde heyetin çalışma usullerini belirlemeye yetkilidir²³.

4.2.5. Tahkimde Ehliyet

Tahkim sözleşmesi tarafların iradesine tabi olan üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar için yapılabilir. Türk hukukunda sadece çekişmeli yargıya giren hukuki uyuşmazlıklarda tahkim uygulanmaktadır. Cezai veya idari yargıda tahkim caiz değildir. Kanunlar İhtilafı Kurallarına göre, hak ve fiil ehliyeti tarafın milli hukukuna tabidir. Kişinin milli kanunu ile kazandığı rüşt hali vatandaşlığın değişmesi ile sona ermez. Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir (MÖHUK; madde 9). Avrupa Sözleşmesine göre "haklarında tatbiki gereken kanun tarafından "kamu hukuku tüzel kişileri" olarak tanımlanan tüzel kişiler, muteber surette tahkim sözleşmesi düzenleyebilir. Sözleşmeyi imzaladığı, tasdik ettiği veya buna katıldığı sırada her devlet, bu yetkiyi sınırlandırabilir. Türkiye'nin, Avrupa Sözleşmesini kabul ettiği 3730

²³ Emek,U,Uluslar Arası Ticarete Tahkim,syf,14

sayılı Kanunda, bu yönde bir sınırlama yer almamaktadır. Ancak, hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün değilse mahkeme kararın tenfizi talebini reddeder. Türk İdare Hukukunda tahkim müessesesi düzenlenmediği için, kamu kuruluşları idari sözleşmelerden kaynaklanan ihtilafların halli için tahkime gidememekte, bu tür anlaşmazlıklar idari yargıda çözümlenmektedir.

4.2.6.Tahkimin Ticari Olma Özelliği

İki tarafın iradesine tabi olmayan, tarafların üzerinde kabul ve sulh yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde tahkim mümkün değildir. Örneğin boşanma davaları, iflas davaları ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim sözleşmesi yapılamaz. Buna karşılık alacak, menkul ve gayrimenkul mal davaları ve iş uyuşmazlıkları hakkında tahkim sözleşmesi yapılabilir. Tahkim incelenirken, uluslararası ticaretin ilgi alanında bulunan sözleşmeler ve bunlardan kaynaklanan, süreç içerisinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar esas alınmaktadır.

Bir hakem kararının NY Sözleşmesine göre tanınması ve tenfizi talep edildiğinde anlaşmazlığın ticari niteliği özel bir önem kazanmaktadır. Sözleşmeyi onaylayan ülkelerin büyük bir çoğunluğu sözleşmenin 1/3 maddesi doğrultusunda; sözleşme hükümlerini, kendi iç hukuklarına göre ticari nitelikte sayılacak anlaşmazlıklar konusunda uygulayacaklarını beyan etmişlerdir. Türkiye de Sözleşmenin bu istisna hükmünü kullanarak; Sözleşmeyi onayladığı 8.5.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanunda , “sözleşmeyi akdi veya akit dışı hukuki münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını” beyan etmiştir²⁴.

4.2.7.Tahkimin Uluslararası Nitelikte Olması

Uluslararası tahkimde, doğal olarak, taraflardan veya hakemlerden en az bir tanesi için yabancı bir ülke ve yabancı bir hukuk bulunmaktadır. Bu uluslar arası nitelik, tahkimin maliyeti ve katlanılması gereken zahmetin seviyesi, yurtdışından delil temin edilmesi ve kararın tenfiz edilmesi ki özellikle, kararın alındığı ülkeden başka bir

²⁴ Emek,U,Uluslar Arası Ticarete Tahkim,syf,9

ülkede borçlunun malvarlığının bulunması durumunda ilave ve önemli sorunları da beraberinde getirebilmektedir. Taraflardan en az bir tanesi için, yabancı bir ülke ve hukuk sistemi uluslar arası tahkimin temel özelliğidir. Ancak, taraflar yabancı hukuk sisteminin tespiti konusunda müzakere şansına sahip bulunmakta, tahkim öncesinde iyi bir hazırlık yapan taraf, kendisi için avantajlı olacağını düşündüğü hukuk sistemini karşı tarafa kabul ettirmektedir. Bunun da ötesinde, taraflar aralarında yaptıkları anlaşmayla tahkimin önemli unsurlarını belirleme gücüne sahip bulunmaktadır.

Uluslararası bir tahkim anlaşması düzenlerken, taraflar;

- Tahkimin görüleceği yer ve davaların ele alınmasında uygulanacak usul hukukunu veya usul konusunda davaya özel kuralları belirleyebilir,
- İhtilafın çözümünde uygulanacak maddi hukuku tespit edebilir,
- Tahkimin yerini kararlaştırırken, borçlunun malvarlığının bulunduğu veya uluslararası sözleşmelerle hakem kararlarını basit ve hızlı bir biçimde uygulama yükümlülüğüne girmiş bir ülkeyi tercih edebilir,
- Hakemlerin yeterliliklerinde aranacak şartları ve milliyetleri konusunda önceden anlaşabilir ya da hakemlerin belli bir milliyetten olmamaları konusunda şart koyabilir.

Tüm bu özellikler uluslar arası ticari uyuşmalıklarda çıkabilecek uyuşmazlıkların çözüm yollarından biri olan tahkimin uluslar arası niteliğe sahip olmasının gereklerindendir.

4.2.8.Tahkim Kararlarının Tanınması

MÖHUK' de yabancı hakem kararlarının tanınması için açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunda, yabancı hakem kararları konusunda, sadece tenfizden bahsedilmektedir. Kanunun 58. maddesi anlamında tanıma, bir yabancı mahkeme kararının kesin bir delil ve hüküm olarak muteberliğinin kabul edilmesidir. Kanunda tanıma için özel bir usul ve işlem öngörülmemiştir. Bazı yabancı hakem kararlarının cebri icraya yol açmaksızın Türkiye'deki kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilmesi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkabilir. MÖHUK' un yalnızca yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenlemiş olması keyfiyeti karşısında, yabancı hakem kararları

açısından tanımanın mümkün olup olmadığı sorunu ortaya çıkabilir. Türkiye'de yabancı hakem kararlarının tanınmasının imkânı bulunmaktadır. Zira MÖHUK' un II. bölümü yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tenfizi ve tanınması başlığını taşımakta ve böylece tanıma kavramı yabancı hakem kararlarını da kapsamaktadır²⁵.

4.2.9.Tahkim Kararlarının Tenfizi

Tenfiz; hakem kararlarının gereğinin yerine getirilmesidir. MÖHUK madde 50 uyarınca yabancı hakem kararları ile yabancı mahkeme kararlarının tenfizini aynı kapsamda ele almış ve “karşılıklılık esasını” benimsemiştir. Karşılıklılık esasına göre, Türkiye Cumhuriyeti ile hakem kararının verildiği Devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan antlaşma veya o devlette Türkiye’de verilmiş bir hakem kararının tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili bir uygulamanın bulunması gerekmektedir. Yabancı hakem kararlarının tenfizi incelemesinde, ilgili mahkeme, karşılıklılık esasını, uygulamada dikkate almak durumundadır. Diğer taraftan Türkiye NY Sözleşmesinin 1/3’üncü maddesine uygun olarak, sözleşmeyi sadece karşılıklılık esasına göre bu sözleşmeye taraf olan bir devletin ülkesinde verilmiş olan hakem kararının tanınması ve tenfizi hakkında uygulayacağını da beyan etmiştir. Toprak esasına göre yabancılığı tayin edilen, kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye’deki ikametgahı, yoksa sakini olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Ancak hem MÖHUK hem de NY Sözleşmesi, tanınması ve tenfizi istenilen hakem kararının, kamu düzeni ile genel ahlaka aykırı olması ve uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümünün mümkün olmaması hallerinde, reddolunabileceğini hükme bağlamıştır.

Türkiye’nin de usulüne uygun olarak kabul etmiş olduğu NY sözleşmesine göre yabancı bir hakem kararının tanıma ve tenfiz talebi;

- Taraflardan birisinin kanunen ehliyetsiz olması,

²⁵ KURU Baki,Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara,1983, syf, 192-195.

- Taraflardan birisinin hakem tayininden gerektiği biçimde haberdar edilmemesi veya dava görülürken hakem önünde yeterince temsil edilmemesi,
- Hakem kararının tahkim sözleşmesinde yer almayan bir uyuşmazlığa ilişkin olması veya sözleşmenin sınırlarını aşan hükümler ihtiva etmesi (kararın ayrılmasının mümkün olduğu durumlarda sınırı aşmayan kısım tenfiz edilir),
- Hakem heyetinin teşkilinin veya tahkim prosedürünün tarafların anlaşmasına, uygulanabilir maddi hukuk ya da tenfiz talebinin bulunduğu ülke hukukuna uygun olmaması,
- Hakem kararının tabi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre tarafları henüz bağlamaması veya kararın verildiği yerin yetkili mercilerince iptal edilmesi, durumlarında reddolunabilir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi taleplerinin reddolunabileceği konusunda NY Sözleşmesinde yer alan hususlar MÖHUK'de de aynen yer almaktadır. Bunların ötesinde MÖHUK, mahkemenin, tahkim sözleşmesinin yapılmadığı veya esas sözleşmeye tahkim şartının konulmadığı ve tahkim sözleşmesinin uygulanabilir hukuk veya hakem kararının alındığı ülke hukukuna göre geçersiz olması durumlarında da yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddetmesine müsaade etmektedir

Türkiye'nin 3460 sayılı Kanunla 1988 yılında kabul ettiği ICSID Sözleşmesinin 54. maddesine göre ise; akit devletler Sözleşmeye uygun olarak alınmış her kararı kabul etmek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi devletinin mahkemesinin vermiş olduğu bir kararı gibi yerine getirmekle yükümlüdür. Diğer bir deyişle, ICSID hükümleri çerçevesinde alınan bir hakem kararının tenfizi konusunda milli mahkemelerin her hangi bir müdahale yetkisi bulunmamaktadır²⁶.

4.3.TAHKİM VE ULUSAL MAHKEMELERİN KARŞILAŞTIRILMASI

Uygulamada tahkim ve ulusal mahkemelerin karşı karşıya geldiği veya birbirini desteklemesi gereken hususlar çıkmaktadır. Şöyle ki; tahkimi desteklemek amacıyla mahkemelerden hakemleri ataması ve değiştirmesi, ihtilafa konu malları koruma altına alması, şahitlerin toplantılara katılmasını temin etmesi ve üçüncü kişilerin bilgi

²⁶ Emek,U,Uluslar Arası Ticarete Tahkim,syf,12

sağlamasını güvence altına alması, hakem kararının tenfizine yardım etmesi beklenmektedir.

Ayrıca tarafların sözleşmeden kaynaklanan bazı ihtilafları tahkime, diğerlerini de mahkemeye götürmeyi kararlaştırmaları mümkündür. Böyle durumlarda, hakem heyeti ve mahkemelerin sözleşme ile yetkilendirildikleri konudaki yargılama yetkileri paylaşılamaz. Ancak bu tür sözleşmelerin uygulamasında, dikkatli ve etraflı bir yetki dağıtımı yapılmadıysa, hakem heyeti ve mahkemelerin yargılama yetkisinin sınırı konusunda çatışma ortaya çıkması da muhtemeldir.

4.3.1.Ulusal Mahkemelere Karşı Tahkimin Avantajları

Taraflar ihtilafı çözecek mahkemenin hangi devletin mahkemesi olacağı konusunda uzlaşamayabilir. Taraflardan birisi ihtilafın çözümüne yetkili kılınacak mahkemenin, eşit şartlarda belirlenmediğini veya kendisi için, herhangi bir sebeple, dezavantajlı olduğunu düşünebilir. Mahkemenin, kendi milliyetinden olan tarafa karşı bağımsız olamayacağı yönünde şüpheler olabilir. Bir taraf mahkemeye gidilecek ülkenin kültürü ve mevzuatına karşı bir güvensizlik veya rahatsızlık hissedebilir. Böyle durumlarda tahkimi seçmek taraflar açısından daha güvenilir olacaktır.

Mahkemeler, genelde, iddiaların ve kanıtların kendi dillerine tercüme edilmesini istemektedir. Ancak bu lisan taraflardan en az birisi için yabancı ya da tarafların sözleşme ve iletişim dilinden farklı bir dil anlamına gelmektedir. Taraflar çok farklı iki dil grubundan gelseler bile (örneğin Türk ve Çin), tahkimin her iki tarafından anlayabileceği, iş ilişkilerini sürdürdükleri, İngilizce gibi bir dilde ele alınmasını kararlaştırabilir.

Tahkimin, davalı tarafın malvarlığının bulunmadığı bir ülkede görülmesi söz konusu olabilir. Hem yabancı hakem hem de yabancı mahkeme kararları, kararın alındığı ülkeden başka bir ülkede tanınabilir ve tenfiz edilebilir. Ancak 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesinin yabancı hakem kararlarının “tanınması” ve “tenfizi” için oluşturduğu sistemin

uygulama alanı, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen uluslar arası antlaşma sisteminden daha geniştir.²⁷

Taraflar ihtilaflarını gizli tutmak isteyebilir. Tahkim genelde özel ve gizli bir süreçtir. Yani kamuoyu tahkim duruşmalarının dışında tutulmaktadır. Taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, tahkim dokümanları ve tarafların ifadeleri gizli tutulmaktadır.

Devletler mahkemelerindeki tıkanıkları aşmak ve onları daha etkin hale getirmek için gerekli çalışmaları yapmalarına rağmen, pek çok ülkede mahkemelerin karar vermesi hala uzun zaman almaktadır. Diğer taraftan, mahkemelerdeki hakim kararlarına karşı, genelde, temyize gidilmekte ve bu ilave bir maliyete (zaman kaybı ve masraf) neden olmaktadır. Tahkim, tarafların, mahkemelerdeki duruşmalar ile karşılaştırıldığında, duruşmaların ele alınış biçimi üzerinde daha fazla kontrole sahip olmasına imkan vermektedir. Tahkim oldukça esnek bir mekanizmadır. Tahkimi iyi bilen uygulamacıların elinde, tahkim bir ihtilafta, çabuk ve en az maliyetle, nihai karar elde edilebilme imkânı verebilmektedir.²⁸

4.3.2.Tahkime Karşı Ulusal Mahkemelerin Avantajları

Uyuşmazlık, kararın alınacağı veya tenfizin yapılacağı ülkenin mevzuatına ya da bizzatı tahkimde uygulanmasına kararlaştırılan hukukun kendisine göre tahkime götürülemeyebilir. Tahkim taraflarından birisi, ülkesinin mevzuatına göre tahkime gitme ehliyetine sahip olmayabilir. Bazı devletler mevzuatları gereği doğrudan tahkim tarafı olamayacağı gibi, bazı devletlerin kendileri doğrudan değil ama sadece belirli kurumları tahkime taraf olabilmektedir. Diğer taraftan, bazı devletler sadece özel kanunlarının yetkilendirmesiyle tahkime taraf olabilmektedirler.²⁹ Türkiye’de ise tahkim sadece çekişmeli yargıya giren hukuki uyuşmazlıklara uygulanmaktadır. İdari ve ceza yargısında tahkime gidilememektedir. Ancak, kamu kuruluşlarından, özel hukuk hükümleri çerçevesinde faaliyeti söz konusu olanlar, bu faaliyetleri kapsamında tahkim sözleşmesine taraf olabilmektedir.

²⁷ Gould/Huleatt-James, syf 9

²⁸ Emek,U,Uluslar Arası Ticarete Tahkim,syf,18

²⁹ Gould/Huleatt-James, syf 9

Tahkimde ele alınan her davanın her zaman için kısa sürede sonuçlandırılacağı söylenemez. Bazen mahkemelerde karar daha çabuk alınabilir. Mahkemelerde ve tahkimde, kararın alınışındaki zamanlama farkı hem ihtilafın niteliğinden hem de hakem ve hakim arasındaki yetki farkından kaynaklanabilmektedir. Bir davada, esas olarak davacı ve davalı olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Fakat gerek davacı gerek davalı tarafta birden fazla kişinin bulunması mümkündür. Böyle durumlarda ortada birden çok dava vardır. Ancak mahkemelerde bu davalar birlikte görülür. Bu ise, zaman, emek ve masraftan tasarruf sağlar, verilecek kararlarda çelişkili hüküm olmasının önüne geçer. Tahkimde bu imkan bulunamayacaktır tahkimde ki gizlilik esası çok tarafları ticari sözleşmelerde önüne gelen bütün uyuşmazlıkları ayrı ayrı değerlendirecektir. Böyle durumlarda birbiri ile çelişen kararlar verilebilecektir.

Tahkim tarafları hakemler ve tahkim masrafları için bir ücret ödemek zorundadır. Bunun yanı sıra, kurumsal tahkimde, tahkimi organize eden ve denetleyen kurumun faaliyetleri için idari masraflar da bulunmaktadır. Oysa ihtilafın mahkemelerde çözümüne gidilmesi durumunda böyle bir masraf söz konusu olmayacaktır.

4.4.TAHKİMDE YER ALAN KURUMLAR

Taraflar ihtilaf ortaya çıkmadan bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı ile ana sözleşmenin uygulanması esnasında uyuşmazlık çıkması durumunda çözüm için hakem heyetine gideceklerini kararlaştırma hakkına sahiptir ve genelde uygulamada gözlenen yöntemde budur. Ancak, ana sözleşmede tahkimle ilgili bir hüküm yoksa dahi taraflar ortaya çıkan ihtilafın hakem heyetine çözümü kavuşturulmasını kararlaştırabilir. Böyle bir durumla karşılaşıldığında, taraflar ihtilafı tahkime götürmek için anlaşma yapma hakkına sahiptir ve bundan sonra anlaşmazlık tahkim mekanizması ile çözüme kavuşturulur. Tarafların, ihtilafın hakem heyetine götürülmesi konusunda bir anlaşmaya vardıktan sonra, tahkimin bir kurumun himayesinde mi yoksa ad hoc (özel seçilmiş) hakemlerce mi görüleceğini kararlaştırması gerekmektedir.

4.4.1.Kurumsal Tahkim

Kurumsal tahkim, daimi bir hakem kuruluşunun idaresinde ve onun önceden düzenlediği kurallar çerçevesinde gerçekleştirilen tahkimdir. En çok bilinen tahkim kuruluşlarının başında;

- Milletlerarası Tahkim Divanı (ICC International Court of Arbitration)
- Londra Uluslararası Tahkim Divanı (the London Court of International Arbitration)
- Amerikan Tahkim Kurumu (American Arbitration Association) gelmektedir.

Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkezi de (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID) yatırım ihtilaflarının tahkim yolu ile çözümü için idari hizmet vermektedir. Bunlardan başka, milli ve bölgesel nitelikte tahkim kuruluşları da bulunmaktadır.

Kurumsal tahkim de taraflarının tecrübesizliği nedeniyle, başlangıçta, tahkim sözleşmesinde problemler uygun bir biçimde tanımlanmadığı zaman ad hoc hakem heyeti ihtilafı çözmekte yetersiz kalabilmektedir. Bu kurallar, tahkime bakacak hakemlerin atanmasını sağlayan ve taraflardan birinin veya bizatihi hakemlerin tahkim sürecini zorlaştırmasını engelleyen hükümler içermektedir. Uyuşmazlığın ortaya çıktığı durumda, davalının tahkimin başlatılmasında isteksiz davranması durumunda, ad hoc tahkimde çoğu kez mahkemelerin müdahalesine ihtiyaç duyulmaktadır. Oysa tahkim kurumları, bu tür durumlarda, mahkemeye başvurmadan hakem heyetinin oluşturulmasını sağlayabilmektedir. Tüm bu faydalarının yanında kurumsal tahkim taraflara kendi adlarına almış oldukları ücret bakımından ek bir külfet yüklemektedir.

4.4.2.Ad Hoc (Özel Seçilmiş) Tahkim

Bu tahkim türünde, ICC ve ICSID gibi, tahkimi idare eden ve sekretarya hizmetleri sunan özel kurallara sahip bir kurum yoktur. Taraflar, ad hoc tahkimi kendi tasarrufları dahilinde sadece özel bir olay için geçici olarak düzenler ve her hangi bir kurumun idaresine başvurmaz. Taraflar hakem heyetinin nasıl teşekkül ettirileceğini, tahkim yerini ve lisanını, tahkimin tabi olacağı usul ve esasa ilişkin kuralları doğrudan tayin

eder. Böylece taraflar hakemlerin sorumluluk alanlarını ve uymaları gereken zaman dilimlerini açıkça belirleyebilirler.

4.5.ULUSLARARASI TAHKİM KURUMLARI

4.5.1. Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID)

ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes), Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Anlaşmazlıkların Çözümü Antlaşması Konusundaki Washington Sözleşmesinin 68/2 maddesine göre 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir. ICSID özellikle yatırım anlaşmazlıklarının çözümünü depolitize ederek, ihtilafın bütün taraflarının istekleri ve çıkarlarını dengeleyen bir platformda çözüm sağlamayı hedeflemektedir. Bunun için de sözleşme tarafların karşılıklı anlaşmasını temin edebilmek için uzlaştırma ve başka bir türlü anlaşma olmaması halinde ihtilafın çözülmesi için tahkim kurumlarını oluşturmuştur.

ICSID bünyesinde İdari Konsey, Sekreterlik ile Uzlaştırma ve Hakemlik Panelleri bulunmaktadır. ICSID hakemlik hizmetlerinden yararlanmak tamamen tarafların rızasına bağlıdır. ICSID tahkimine gitme konusundaki hükümler akit devletler ile diğer akit devlet yatırımcıları arasında imzalanan münhasır yatırım sözleşmelerinde yer alabileceği gibi, devletlerarasında imzalanan iki taraflı yatırım antlaşmaları ile önceden de kararlaştırılabilir. Son zamanlarda çok taraflı yatırım ve ticaret antlaşmalarında, yatırım anlaşmazlıkların çözümünde ICSID önemli bir mekanizma olarak yer almaktadır.

- ICSID bir uluslararası sözleşmeyle kurulmuştur.
- ICSID, uyuşmazlıkları çözen bir örgüt olarak faaliyet göstermenin yanında, Dünya Bankası bünyesinde uluslararası düzeyde ekonomik yapılanmayı teşvik eden bir kuruluştur.
- ICSID Tahkimi mecburi bir tahkim yoludur. Taraflar ICSID Tahkimini seçme konusunda karara vardıkları andan itibaren tek taraflı olarak bu tahkim yolundan vazgeçme hakları da sona erer.

- ICSID Sözleşmesine göre verilen hakem kararları, icrası istenilen ülkelerin mahkemeleri tarafından kesin hüküm olarak tanınmaktadır. Bu hususlar ICSID Tahkimini diğer tahkimlerden ayırmaktadır.

4.5.1.1.ICSID ve Türkiye

Türkiye ICSID'i kuran "Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkındaki Sözleşme"yi 24.6.1987 tarihinde imzalayarak 27.5.1988 tarih ve 3460 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Sözleşmenin Türkçe ve İngilizce metni ise 12.6.1988 tarih ve 20011 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanmıştır. Sözleşmeyi onaylayan 3460 sayılı Kanun ile Türkiye; yabancı sermaye ile ilgili yürürlükteki mevzuat çerçevesinde izin verilmiş ve fiilen yatırım faaliyeti başlamış olan yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID'e götürülebilmesi, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde bulunması dolayısıyla Türkiye'de mevcut gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıklarının ICSID' e götürülmemesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin diğer ülkelerle imzalayacağı "Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına" ilişkin münferit ikili antlaşmalarda yatırım uyuşmazlıklarının Lahey Adalet Divanı'na götürülmesine ilişkin ICSID Sözleşmesinin 64 üncü maddesine şerh konulması kaydıyla sözleşmeyi onaylamıştır.

4.5.2. Milletlerarası Ticaret Odasının Tahkim Divanı (ICC)

Milletlerarası Tahkim Divanı, Milletlerarası Ticaret Odası'na (International Chamber of Commerce-ICC) 1923 yılında Paris'te kurulmuştur. Kuruluşundan bu yana geçen 76 yıl içerisinde 10.000'in üzerinde anlaşmazlık başvurusunda bulunan divan, Dünyanın en eski ve ele aldığı dava sayısı ve çeşitliliği açısından en büyük hakemlik kurumudur. ICC Tahkim Divanı, uyuşmazlık davalarının ICC Tahkim ve Uzlaştırma Kuralları çerçevesinde hakem heyetlerince incelenmesini sağlayan idari bir organizasyondur. Halen uygulanmakta olan ICC kuralları 1988 yılı başında yürürlüğe girmiştir. Tahkim Divanının merkezi Paris olmasına rağmen, bünyesinde 50'nin üzerinde milliyetten hakem bulunduran hakem heyetleri Dünyanın her hangi bir yerinde tahkim organize edebilmektedir. Tahkim hizmetinin yanı sıra ICC, tarafların talebi halinde, uluslararası ticarete özel uzmanlık gerektiren teknik konularda ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünde "bilirkişi" (expert) tayin edebilir; acil durumlarda,

tahkim öncesi geçici karar alınması için “hakem” (referee) atayabilir; tarafların tahkime gitmeden anlaşmalarını sağlayacak “uzlaştırma” (conciliation) prosedürünü işletebilir.³⁰ Tanıma ve tenfiz hususu kararların ertelenmeden uygulanması yönündedir. Tarafların uygulamaması üzerine uluslar arası sözleşmeler ile kararın tenfizi zorunlu kılınmıştır.

4.5.3. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonun Tahkim Kuralları

Çeşitli ülkelerden hukukçuların görüşü alınarak hazırlanarak UNCITRAL’in 15 Aralık 1976 tarihli Genel Kurulunun 31/98 sayılı kararı ile kabul edilen UNCITRAL tahkim kuralları; ticari anlaşmazlıkların çözümünde hakemlik müessesesine başvurmayla rıza gösteren taraflara, tahkim davasının usulüne ilişkin olarak kapsamlı bir kurallar seti sağlamaktadır. Bu kurallar, uluslararası ticari ilişkilerden kaynaklanan ihtilafların çözülmesi usullerinden biri olarak tahkimin; farklı hukuki, sosyal ve ekonomik sistemlere sahip olan ülkelerde uygulanabilecek şekilde esnek olmasını hedeflemiştir. Bu nedenle, kurumsal tahkimde olduğu gibi yeknesak bir kural demeti yerine, uluslararası ekonomik münasebetlerin uyumlu bir biçimde gelişmesine daha da katkıda bulunacağı göz önüne alınarak, “ad hoc” (özel seçilmiş) tahkim sistemi benimsenmiştir.

UNCITRAL kuralları, ad hoc tahkimde ele alınması kararlaştırılmış uluslararası ticari ilişkilerden kaynaklanan anlaşmazlıkların çözümü için taraflara belirli bir alt yapı sunmaktadır. Bunun yanı sıra taraflar dava sürecinin organizasyonu konusunda büyük bir esnekliğe sahip bulunmaktadır. Kurallar, farklı birikimden gelmiş hukukçular tarafından, farklı hukuki ortamlarda faaliyet gösteren anlaşmazlık taraflarının hepsine eşit mesafede yaklaşım göstermek üzere hazırlanmıştır.

Bunların dışında yer alan kurumsal tahkimler;

- Londra Uluslar Arası Tahkim Mahkemesi
- Rusya Federasyonu Ticaret Ve Sanayi Odası Uluslar Arası Tahkim Mahkemesi

³⁰ Emek,U,Uluslar Arası Ticarete Tahkim,syf,32

- Avusturya Federal Ekonomi Odası Uluslar Arası Tahkim Merkezi
- Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü
- Amerika Tahkim Odası
- Hububat Ve Yem Ticaret Birliği Tahkim Mahkemesi
- Sıvı Ve Hayvansal Yağ Ve Tohum Birlikleri Federasyonu Tahkim Mahkemesi
- Rafine Şeker Birliği Tahkim Mahkemesi bulunmaktadır.

4.6.UYUŞMAZIKLARIN ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI İLE ÇÖZÜMÜ

Uluslar arası ticari sözleşmeler sürecinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların nihai çözüm yeri mahkemeler ve tahkimdir. Ancak günümüzde gerek mahkemelerin ve gerekse tahkimin uygulama yönünden mali açıdan yüksek külfetli ve zaman açısından geç sonuç doğurmaktadır. Bunun yanında taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkiyi tahrip etmektedir. Bu nedenler dolayısıyla taraflar, hukukçular, ulusal kanun yapıcı organlar bilinen uyuşmazlık çözme metotlarının dışında çözüm yolları araştırmaktadır. Alternatif İhtilaf Çözme (ADR) denilen bu tekniklerden anlaşılan taraflar dışında üçüncü kişiler tarafından telkin, teklif ve tavsiye yöntemi ile uyuşmazlığı çözme arzusunu içeren bir uygulamadır. Bunlar daha çok ucuz ve insancıl sorun çözme teknikleri olarak bilinmektedir. ADR tiplerinin ortak özellikleri tarafların iradesi ile bu yola başvurulabileceği, alınan sonucun taraflar için bağlayıcı olmadığı ve alınacak sonuca rağmen tarafların mahkemeler veya tahkim usulüne yinede başvurabilecekleridir.

Ülkemizde 1993 yılında yasalaşan Uzlaştırma Kurulunun Görev ve Yetkilerine Dair Kanun ile adli yargıya tabi parasal talepleri içeren uyuşmazlıklar için basit bir yargılamadan sonra karara bağlanması öngörülmüştür. Ayrıca 4822 sayılı Tüketicini Korunması Hakkında Kanun ile de tüketici, üretici ve satıcı arasındaki uyuşmazlıklarda Tüketici Sorunları Hakem Heyeti tarafından çözüm için deneme yapılması şartı konmuştur. Avukatlık Kanununda yer alan arabuluculuk kavramı da bu yönde bir uygulamadır. Uluslar arası uyuşmazlıkların çözümünde ADR kullanılabilmesi ve bir sisteme oturabilmesi için ICC, ICSID, UNCITRAL kuruluşları tarafından birçok yayınlanmış kural bulunmaktadır.

4.6.1.ADR Yöntemleri

- **Arabuluculuk** (Mediation): Arabuluculukta, tarafların arasındaki sözleşmeye göre atanan arabulucu, anlaşmazlık taraflarının bir çözüme ulaşmak için müzakere yapmalarına yardımcı olur. Arabulucu görevini yaparken taraflarla ayrı ayrı görüşebilir, anlaşmazlığın özelliğine göre davanın haklılığı veya haksızlığı konusunda tarafları bilgilendirir ve müzakerenin devam etmesini sağlar. Taraflar isterse, müzakereler müşterek toplantılarda da sürdürülebilir. Arabulucu olarak seçilen kişi veya kişilerin konu olan uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi olması uyuşmazlığın çözümüne yapacağı katkı açısından önem arz etmektedir.

- **Uzlaştırma** (Conciliation): Uzlaştırma arabuluculukla benzerlik göstermektedir. Ancak, uzlaştırıcı ihtilafın halli konusunda bir görüş, karar beyan edebilir. Bu görüş taraflara tavsiye olarak bildirilir. Taraflar bu kararı isterlerse kabul edebilir, isterlerse de daha sonraki müzakereler için bir zemin olarak kullanabilir. Uzlaştırıcının tavsiyesi tarafları bağlamamaktadır. Verilecek karar tavsiyesi üzerinde taraflar iradeleri ile değişiklik yapabilir ve bu tavsiyeyi destek alabilirler.

- **Bilirkişi** (Expert): Taraflar hakem yerine, belirli bir konu ya da konular hakkında makul bir bulgu elde etmek için tarafsız birisini görevlendirebilir. Bilirkişi müessesesi, taraflar arasındaki ihtilafın özel uzmanlık gerektirecek düzeyde teknik bir konuda olması durumunda daha faydalı olmaktadır. Bilirkişinin bulguları tarafları bağlamamaktadır. Ancak uzlaştırıcının tavsiyesinde olduğu gibi, taraflar, bilirkişinin bulgularını doğrudan ya da bulgu ihtilafın bazı yönlerini aydınlatıyorsa ilerideki müzakerelerde yardımcı olarak kullanabilir.

5.SONUÇ

Yapmış olduğum bu çalışmada elde edilecek sonuç uluslar arası ticaret kişilerinin kendi iradeleri ile yapmış oldukları ve karşılıklı olarak edim yüklenmiş oldukları ticari sözleşmelerinde esas nokta kendileridir. Taraflarca sözleşmenin hazırlık safhasında yapılacak incelemeler ileride çıkabilecek uyuşmazlıkları önceden sezebilmeleri onları hem birçok uyuşmazlıktan kurtaracak hem de karşı taraf ile yapacakları uzun yıllar boyu ticari yaşamlarında ki sağlıklı ilişkiyi kuvvetlendirecektir.

Ancak taraflar her ne kadar ileriye gözlemlemeye ve tecrübelerini kullanmaya çalışsalar da günümüzün gelişen ticaret anlayışının hızına yetişememektedir. Dolayısıyla her an tarafların karşısına bir uyuşmazlık veya ihtilaf çıkabilmektedir. İşte burada yine taraf iradesi ortaya çıkmaktadır. Tarafların bu sorunun çözümüne yönelik uzun yıllardır ülkelerin uygulamasında olan mahkeme veya tahkim prosedürünü seçebilmektedirler. Günümüz şartlarının gereği olarak taraflar bu çözüm yollarının dışında sulh esaslı karşılıklı anlayış gerektiren ADR diye adlandırılan alternatif çözüm yollarını da geliştirmiştir. Uygulamada tüm bu esaslar tarafların en kısa zaman da karşılıklı çıkar uyuşmalarına en uygun çözüm seçeneği ile çözümlenmeye çalışılmaktadır. Ancak sadece uyuşmazlığın tahkime gitmesi ve burada sonuç alınması yeterli değildir. Bunun ardından taraflar için uygulayıcı ülke kanunlarına göre tanıma ve tenfiz sorunu ortaya çıkmaktadır. Dünya genelinde ticari yaşamın çok hızlanması ve ticari ilişkilerin çağın iletişim araçları ile çok yakınlaşması dolayısıyla ülkeler tarafından yasal reformlar yapılmakta ve bu durum uluslar arası arenada da kendini yapılan çok taraflı antlaşmalar ile göstermektedir.

Ülkemizde de 1982 yılında yapılan kanuni düzenleme yetersiz kalması, çağımızın gereklerine ayak uyduramaması ve uygulamada eksik kalması sonucunda gereklere cevap veren 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 2007 yılında kabul edilmiştir. Böylece Tahkim kararlarının tanınması ve tenfizine konusunda ülkemizin vermiş önem ortaya çıkmaktadır.