

COVID-19 SALGINININ ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDE UYGULANACAK HUKUKA ETKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN*

Özet

Aralık 2019 tarihinde Çin'in Wuhan şehrinde ortaya çıkan ve kısa sürede tüm dünyayı etkisi altına alan koronavirüs diğer adıyla Covid-19, günümüzün en önemli konularından biri haline gelmiştir. Dünya Sağlık Örgütü bu salgının yayılış hızı ve etkisi nedeniyle 11 Mart 2020 tarihinde pandemi ilan etmiştir. Bu salgın sadece insan hayatına değil aynı zamanda ülkelerin ekonomik ve ticari ilişkilerine de oldukça zarar vermeye başlamıştır.

Salgının etkisiyle devletlerin virüsün yayılma hızını azaltmak için aldıkları önlemler (ambargo, ithalat ihracat yasakları, vize uygulamalarını kısıtlamaları) farklı ülkelerdeki alıcı ve satıcıların sözleşmelerinde kararlaştırdıkları edimleri gereği gibi yerine getirememelerine neden olmuştur. Bunun akabinde uyuşmazlıklar ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu uyuşmazlıkların nasıl çözüme kavuşturulacağı noktasında ise tarafların sözleşmelerinde kararlaştırdıkları uygulanacak hukuk ve uyuşmazlığın çözüleceği yöntem oldukça önem taşımaktadır.

Sözleşmenin tarafları tarafından kararlaştırılan uygulanacak hukukun tek istisnası devletlerin doğrudan uygulanan (müdahaleci) kurallarıdır. Bu kurallar taraf iradesini kısıtlar. Doğrudan uygulanan kurallar niteliği itibarıyla devletlerin sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerini koruma amacı güderek, sözleşmeye uygulanacak hukukun farklı bir ülke hukuku olmasını bertaraf edip doğrudan uygulanırlar. Aynı zamanda bu kurallar karşımıza devletlerin ambargo, ithalat-ihracat sınırlandırması olarak çıktığında ve sözleşmenin kurulması esnasında öngörülememiş ise mücbir sebep olarak da sayılabilmektedir. Bu nedenle koronavirüs salgını sebebiyle alınan

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

tedbirler (gümrüklerin kapatılması, medikal aletlerin ihracatının yasaklanması) uluslararası ticari sözleşmeler üzerinde oldukça etkili hale gelmiştir. Diğer önemli bir nokta ise, sadece sözleşmede uygulanması kararlaştırılan hukukun (*lex causae*) müdahaleci kurallarıyla sınırlı kalmayıp, uyumsuzluğun görüldüğü milli mahkemelerde hakim (*lex fori*) kendi ülke hukukundaki doğrudan uygulanan kuralları uygulayabilir hatta hakim sözleşme ile sıkı ilişkili hukukun da bu mahiyetteki kurallarına etki alanı tanıyabilmektedir.

Bu bildiriye, Covid-19 sebebiyle devletlerin getirdikleri kısıtlamaların, tahkim heyeti tarafından sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının tatbik edilip edilmeyeceği incelenecek, tahkim heyetlerinin geçmişte bu konuya nasıl bir yaklaşım sergiledikleri örnek davalar üzerinden tartışılacaktır. Son olarak, bu pandemi sürecindeki kısıtlamalardan meydana gelen zararlardan tarafların en az hasarla nasıl kurtulabilecekleri yönünde kısa bir değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Covid-19, Doğrudan Uygulanan Kurallar, Ticari Tahkim, Mücbir Sebep, Uygulanacak Hukuk

Abstract

Coronavirus, also known as Covid-19, which emerged in Wuhan, China in December 2019 and has affected the whole world in a short time, has become one of the most important issues in nowadays. The World Health Organization has declared this breakout as a pandemic on 11 March 2020 due to its speed and impact. This epidemic has started to damage not only human life but also economic and commercial relations of countries.

Due to effect of the breakout, states have taken several kinds of measures to reduce the speed of virus spread (embargo, import and export bans, and restrictions on visa applications) and so these measures have restrained the undertaken partial or full performance of the sellers and buyers in different countries. Then, disputes between the parties have arisen. Regarding to solution of these disputes, the applicable law and the dispute resolution mechanism became crucial.

The only exception to applicable law is the mandatory rules of states. These rules restrict the party autonomy. Mandatory rules are used to protect the social, economic and political interests of the states, they eliminate though the contract covers an applicable law. This type of rules can be seen as embargo, import and export restriction of states in practice and so they can be assumed as force majeure event if the restrictions cannot be foreseen when the parties conclude the contract. Therefore, the states measures due to the coronavirus (closure of customs, prohibition of export of medical stuff) have had an impact on international trade contracts. Another important point is that the court not only applies the mandatory rules of the chosen law (*lex causae*) by the parties but also applies its own mandatory rules (*lex fori*) and the court can give an effect to this type of rules of a third state which is most closely connected to the contract.

In this paper, it will be examined whether the restrictions imposed by the states due to Covid-19, the mandatory rules of third countries that are closely related to the contract will be applied by the arbitral tribunal. Also it will be demonstrated that the approach of arbitration tribunals to the issue in the past. Finally, an assessment will be made on how the parties can recover from the damage caused by restrictions in this pandemic process with minimum damage.

Keywords: Covid-19, Mandatory Rules, Arbitration, Force Majeure, Applicable Law

GİRİŞ

Kısa süre içerisinde dünyayı etkisi altına alan Covid-19 salgını gün geçtikçe hızını arttırmaktadır. Salgının hızlı yayılımı sadece sağlık alanında değil aynı zamanda ekonomik anlamda da dünyayı bir çıkmaza sürüklemektedir. Ekonomistlerce belirtildiği üzere 2020 yılında dünya ekonomisi ciddi anlamda küçülmeye uğrayacaktır.¹ Bunun yanında eğer bu salgının etkisini durduracak aşı bulunmazsa da ekonomik etkilerinin ileriki yıllarda farklı şekillerde karşımıza çıkacağı iddia edilmektedir.

1 OECD Resmi Websitesi, "Double-Hit Scenario: A Second Wave Of Infections Hits Before Year-End" <https://www.Oecd.Org/Economic-Outlook/E.T.28.06.2020>.

Covid-19 salgını uluslararası alanda ticareti önemli ölçüde zarara uğratmıştır. Devletlerin bu salgının ilerlemesini durdurmak için aldıkları tedbirler ticari hayatın olumsuz etkilenmesine neden olmuştur. Bu tedbirlerin başında ithalat- ihracat yasağı, işyerlerinin geçici olarak kapatılması, kilit personellere vize kısıtlaması, “endüstriyel faaliyetler” için bazı istisnalar dışında, tüm endüstriyel ve ticari faaliyetler askıya alınması, icra iflas kanunlarına ilişkin getirilen düzenlemeler sayılabilir.

Bu tedbirler aynı zamanda uluslararası ticarete sözleşmenin tarafları bakımından da problemler oluşturmaktadır. Taraflar sözleşmelerde kararlaştırdıkları edimleri gereği gibi ifa edememe, kısmi ifa yahut ifa imkansızlığı ile karşı karşıya kalmışlardır. Bu nedenle de uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Bu uyuşmazlıkların çözümünde ise en önemli etken sözleşmeye uygulanacak hukuk ve uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu bildiri iki ana başlık altında incelenecektir. Öncelikle salgın nedeniyle devletlerin aldığı önlemlerin uygulanacak hukuk bakımından etkisi ardından tarafların uyuşmazlık çözüm yöntemine göre doğrudan uygulanan kuralların uygulanması tartışılacaktır. Son olarak da günümüzde yaşanan bu problemi en hasarsız şekilde atlatılması için öneriler ileri sürülecektir.

Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

Taraf iradesi ilkesi gereğince taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku kendileri kararlaştırabilirler. Kararlaştırılan bu hukuk sözleşme ile ilişkili olabileceği gibi ne taraflarla ne de sözleşme ile ilişkili bir hukuk da olmayabilir. Ancak seçilen bu hukuk bir bütün şeklinde uyuşmazlığa uygulanır. Diğer bir deyişle seçilen hukukun emredici, yedek, tamamlayıcı kuralları da uyuşmazlığa uygulanmaktadır.² Ancak, uyuşmazlıkla ilgili ülke hukuklarının kamu düzenini ilgilendiren bazı hükümleri, sözleşmenin tâbi olduğu hukukun uygulanmasını kısmen veya tamamen engelleyebilir. Bunlar o ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarıdır. Covid-19 salgını nedeniyle devletlerin aldığı önlemler (kısıtlamalar) doğrudan uygulanan kurallara örnek teşkil etmektedir.

2 Emre Esen, ‘Uluslararası Ticarî Sözleşmelerden Covid-19 Pandemisi Sebebiyle Doğabilecek Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Genel Bir Değerlendirme’ (Lexpera blog, 17 Mart 2020). <https://blog.lexpera.com.tr/uluslararasi-ticari-sozlesmelerden-covid-19-pandemisi-sebebiyle-dogabilecek-uyusmazliklarin-cozumune-iliskin-genel-bir-degerlendirme/> E.T. 25.04.2020. Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, (7th edn, Beta 2019).

Covid-19 ve Doğrudan Uygulanan Kurallar

Doğrudan uygulanan kurallar niteliği itibariyle devletlerin sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerini koruma amacı güderek, sözleşmeye uygulanacak hukukun farklı bir ülke hukuku olmasını bertaraf edip doğrudan uygulanırlar. Uyuşmazlığın yabancı unsur taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın doğrudan uygulanırlar. Bu kurallar emredici hukuk kurallarından farklıdır çünkü yabancı hukuk seçimiyle dahi bertaraf edilemezler.³ Aynı zamanda kamu düzeni ile karıştırılmalarına rağmen farklılıkları da mevcuttur. Bu kurallar ile korunması amaçlanan devlet menfaatleridir bu nedenle irade serbestisinin de istisnasıdır.

Bu kurallar ortaya çıktıkları dönemin sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarından kaynaklanmaktadır. Günümüzdeki virüs salgını nedeniyle de getirilen ithalat-ihracat yasağı, ambargo, el koyma ve döviz kontrolleri bu kurallara örnek olarak verilebilir.

Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Mücbir Sebep

Doğrudan uygulanan kurallar sözleşmenin kurulması anında öngörülemezse ve sözleşmenin ifa imkânsızlığına yahut kısmi ifa imkânsızlığına sebep oluyorsa mücbir sebep olarak kabul edilebilir.⁴ Ancak mücbir sebep kabul edebilmek için öncelikle sözleşmedeki mücbir sebep hükümlerine bakmak gerekir. Mücbir sebep hükmü yoksa uygulanacak hukuk kuralları çerçevesinde mücbir sebep olup olmadığı mahkeme ya da hakemler tarafından değerlendirilir. Covid-19 salgınının Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilmesi ile getirilen kısıtlamalar doğrudan mücbir sebep olarak değerlendirilmez.⁵ Yukarıda da bahsedildiği üzere tarafların sözleşmede açıkça mücbir sebepleri saymaları gerekmektedir.⁶ Nitekim ICC kararları-

3 Aysel Çelikel Ve Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, (14th Edn, Beta 2016) 138. İbrahim Doğan Takavut, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, (First Published, Onikilevha 2018) 33.

4 Esen (n 2).

5 Matthew Jennejohn, Julian Nyerko, COVID-19 as a Force Majeure in Corporate Transactions (Katharina Pistor ed, Columbia Law School 2020).

6 Bodhisattwa Majumder and Devashish Giri, "Coronavirus & Force Majeure: A Critical Study (Liability of a Party Affected by the Coronavirus Outbreak in a Commercial Transaction)" (2020) 51 Journal of Maritime Law & Commerce 51.

nın çoğunda devletlerin doğrudan uygulanan kuralları mücbir sebep sayılmamaktadır. Her somut olay ayrıca incelenerek mücbir sebep şartlarının varlığının kümülatif şekilde olup olmadığı araştırılmaktadır. Örneğin Alman şirketinin Arap ülkelerinde çalıştırmak üzere İsrail vatandaşı çalışanını vize kısıtlamaları sebebiyle ülkeye sokamaması mücbir sebep sayılmamıştır. Neden olarak ise başka ülke vatandaşlığına sahip çalışanı ülkeye gönderebilirken bunun yapılmadığını belirtmiştir.⁷

Diğer yandan *Macromex Srl. v. Globex Int'l Inc.* davasında Romanya'ya teslimi beklenen tavuk butunun kuş gribi salgını nedeniyle Romanya hükümeti ithalat-ihracat yasağı getirmiştir. Bu yasak nedeniyle edimin ifa edilememesi mücbir sebep sayılmamıştır. Hakem heyeti bu kararının gerekçesi olarak ise alıcının satıcıya iletmiş olduğu tavuk butlarını komşu ülke limanına teslim talebinin yerine getirilmemesini göstermiştir.⁸

Görüldüğü üzere tahkim yargılamasında bu tarz doğrudan uygulanan kurallar olmasına rağmen hakemler tarafların bu mücbir sebebin üstesinden gelip gelemediklerine oldukça önem vermektedir. Bazı durumlarda mücbir sebep sayılmasa dahi doğrudan uygulanan kuralların varlığı ödenecek tazminat miktarlarında etkili olabilmektedir. Örneğin, ICC kararında hakem heyeti Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde sosyal ve ekonomik değişiklikler sebebiyle işletmelerin hukuki ve yapısal değişimleri mücbir sebep sayılmasa da ödenecek tazminat miktarında olabildiğince hafifletilebileceğine karar vermiştir.⁹

Dünya Ticaret Örgütü açıklamasına göre 80 ülke hali hazırda salgın nedeniyle getirdikleri yasakları kanunlaştırmıştır.¹⁰ Kanunlaştırmanın önemi ise

7 ICC Case No. 1782/1973.

8 American Arbitration Association 23 October 2007 (*Macromex Srl. v. Globex International Inc.*) Interim Award <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html>> E.T. 22 Mart 2020.

9 ICC Case NO. 8251/1995. Matthias Scherer, 'Economic Or Financial Crises As A Defence In Commercial And Investment Arbitration' [2010]Czech Yearbook of International Law 228.

10 WTO, Export Prohibitions and Restrictions Information Note, 23 Nisan 2020, https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdfE.T. 28 Mayıs 2020.

örnek davada şu şekilde karşımıza çıkmaktadır. Hint şirketi, devletin ilgili mala ihracat yasağı getirmesi üzerine anlaşmadaki belirlenen miktarda malı alıcıya teslim edememiştir. Bunun üzerine alıcı tahkim prosedürünü başlatmıştır. Hint şirketinin delil olarak ileri sürdüğü hükümet tarafından kendine gönderilen mektubu yargılamayı yürüten hakem tarafından kabul edilmemiştir. Çünkü, hakem ithalat ve ihracat yasaklarının kanunla yapılması gerektiğini, kişisel olarak yollanan mektupla yapılamayacağına karar vermiştir.¹¹

Ayrıca ICC hakemleri getirilen bu tip kısıtlamaların sonucu etkilenen kur yükselmesi ve maliyetin artması durumlarını da genellikle mücbir sebep olarak kabul etmemektedirler.¹² Buna neden olarak ticaretle uğraşan kişilerin basiretli olması beklentisi olarak gösterilebilir.¹³

Milli Mahkemelerin Doğrudan Uygulanan Kurallara Yaklaşımı

Doğrudan uygulanan kuralların uygulanması noktasında uyumsuzluğun hangi yöntemle çözümlendiği de oldukça önem taşımaktadır. Bu kuralların uygulanması açısından milli mahkemelerin yorumu ve tahkim hakemlerinin bakışı ayrılmıştır.

Milli mahkemelerin uyumsuzluğa uygulaması gereken üç farklı doğrudan uygulanan kural mevcuttur. Bunlardan ilki *lex foriye* ait doğrudan uygulanan kurallardır. Bu kuralların uygulanmasında hakimin takdir yetkisi bulunmamaktadır.¹⁴ Nitekim bunu MÖHUK 6.md de görebiliriz. Düzen-

11 Case 3740 (unpublished), Werner Melis, 'Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration' <<https://www.fidic.org/sites/default/files/10%20Force%20Majeure%20and%20Harship%20Clauses.pdf>> E.T. 03 Nisan 2020.

12 Jenni Miettinen, 'Interpreting CISG Article 79 (1): Economic Impediment And The Reasonability Requirement' (Master's thesis, University of Lapland Faculty of Law 2015) <<https://lada.ulapland.fi/bitstream/handle/10024/62487/Miettinen.Jenni.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> E.T. 29 Mart 2020.

13 Sinan Sarıkaya ve Gökhan Bakar, 'Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi' (Lexpera blog, 17 Mart 2020) <https://blog.lexpera.com.tr/author/sinan-sarikaya/> E.T. 25 Nisan 2020.

14 Nazlı Albayrak Ceylan, 'Uluslararası Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi' (Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi 2014).

lenme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları kapsamına giren bir uyumsuzluğa uygulanır. Doğaları itibariyle de esasa uygulanacak hukuku dikkate almazlar. Bu kurallar niteliği itibariyle hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde yer almaktadır.¹⁵ Burada dikkat edilmesi gereken nokta for hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uyumsuzluk ile ilgili olup olmadığıdır.¹⁶

Taraflar tarafından seçilen esasa uygulanacak hukukun doğrudan uygulanan kurallarının mahkemelerce uygulanması noktasına gelince, yukarıda da belirtildiği üzere seçilen hukuk tüm yönüyle uygulanır. Yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının mahkemelerce uygulanması milletlerarası hukukta işbirliği, karar uyumu ve mahkemece verilen kararın tanıma ve tenfizinde etkili olacaktır.¹⁷ Milli mahkemelerce bu kuralların tatbikinde tek istisna o mahkemenin kamu düzenine aykırılık teşkil etmesidir. Bu durumda yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları uygulama alanı bulamaz.

En çok tartışılan diğer bir durum ise üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının mahkemelerce uygulanmasıdır.¹⁸ Bilindiği üzere ticari sözleşmeler artık birden fazla ülke ile irtibatlı olduğu için sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir. Bu konuda milli mahkemelerce ortak bir hareket sergilenmektedir.¹⁹ Nitekim MÖHUK 31.md de bu durum yer almaktadır ancak burada uygulanabilir ibaresinden de anlaşılacağı üzere hakim değerlendirmesine bırakılmıştır.

15 Gülören Tekinalp Ve Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, (11st edn, Vedat Kitapçılık 2011) 58.

16 Hatice Özdemir Kocasakal, 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti Ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları'(2010) 30 MHB 1-2, 48.

17 Doğan Takavut (n 3) 99.

18 Alnati kararı, Mustafa Erkan,'Möhuk Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış' (2011) 15 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2,101.

19 İbid.

Tahkim Heyetinin Doğrudan Uygulanan Kurallara Yaklaşımı

Uluslararası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların büyük çoğunluğu tahkim yöntemiyle çözüme kavuşturulur. Hem hızlı ve gizli olması hem de bağımsız ve tarafsız olması taraflar açısından tercih sebebidir. Tahkimde esas olan taraf iradesidir. Hakemler, uygulanacak hukuk, tahkim yeri taraflarca kararlaştırılabilir. Ancak bu taraf iradesinin bazı istisnaları vardır. Bunlardan biri de doğrudan uygulanan kurallardır. Bu kuralların uygulanması mahkemelerce ortak bir kaniya varılmış olmasına rağmen tahkimde oldukça tartışmalıdır. Hakemlerin *lex fori* kuralları olmadığı için ve herhangi bir devlet menfaatini koruma yükümlülükleri bulunmadığından *lex forinin* doğrudan uygulanan kurallarından bahsedilemez.²⁰ Ancak tarafların seçtikleri hukukun doğrudan uygulanan kuralları ile bağlıdır. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları açısından ise çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüş tahkim heyetinin herhangi bir devlet menfaati koruma yükümlülüklerinin bulunmadığını bu sebeple doğrudan uygulanan kurallar uygulanmamalı derken, diğer görüş Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'ne istinaden etki tanınması gerektiğini savunmaktadır.²¹

Tahkim yargılamasında üçüncü ülke doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını destekleyen görüş ise hem UNDROIT Prensiplerini hem de ICC 41. Md sinde hakem heyetinin verdiği kararların tanıma ve tenfize elverişli olması gerektiği hükmüne dayandırmaktadırlar. Sonuçta her ne kadar tarafların talepleriyle bağlı olsa da²² hakem heyeti de yargısal bir görev üstlenmektedirler.²³

20 Doğan Takavut (n 3) 124.

21 Erkan (n 18). Doğan Takavut (n 3) 159. Andrea Bonomi and Paul Volken (eds.), *Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts*, (Sellier European Law Publishers 2008) 285-300.

22 Mercédeh Azeredo da Silveira (Derains & Gharavi), "In Commercial Arbitration, Should Arbitrators Be Exclusively at the Service of the Parties?" (Kluwer Arbitration Law Blog 2015). <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/07/14/economic-sanctions-exchange-control-regulations-and-the-like-black-sheep-among-the-provisions-of-the-lex contractus/?doing_wp_cron=1591008187.8570311069488525390625> E.T. 14.05.2020.

23 İbid 153, 165. İsviçre mahkemeleri kamu düzenine bağlılığı tespit edilirse uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir.

Tüm bu görüşlerin akabinde akla gelen diğer soru ise tarafların meşru beklentileri ile doğrudan uygulanan kuralların çatışması durumudur. Tahkim taraf iradesine bağlıken bu iradeyi dikkate almayan doğrudan uygulanan kurallar beklenen menfaati zedeleyebilir. Ancak belirtilmelidir ki taraf beklentisinin ne olduğunu ve bu beklentilerin meşru olup olmadığı hakemlerin takdir yetkisine bırakılmış olmaktadır. Bu takdir yetkisi milletler üstü kamu düzeni ile sınırlandırılmış olmakla birlikte, milletler üstü kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyen hallerin değerlendirilmesi hakemlerin kişisel görüş ve yorumlarına bırakılmış olmaktadır.²⁴

SONUÇ

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların milli mahkemelerden ziyade tahkim yöntemiyle çözümlenmesinden dolayı asıl önemli nokta tahkim heyetinin doğrudan uygulanan kurallara yaklaşımıdır. Covid-19 salgını nedeniyle getirilen yasaklar birer doğrudan uygulanan kurallardır ve bu kuralların uyuşmazlık çözümünde dikkate alınması oldukça önem arz etmektedir. Geçmiş yıllardaki ICC tahkim istatistiklerine bakıldığında 1990-2016 yılları arasında ICC tarafından yayınlanan 520 karardan sadece 9'unda doğrudan uygulanan kararların uygulandığı görülmüştür.²⁵ Bu demektir ki tahkimde doğrudan uygulanan kuralların tatbiki sıklıkla karşılaşılan bir durum değildir.

Nitekim yakın zamanda Covid-19 nedeniyle başlatılacak tahkim davalarında ifayı gerçekleştiremeyen taraflar, getirilen yasakların mücbir sebep olduğu iddiasında bulunması muhtemeldir. Ancak hakem heyetleri yukarıda da belirtildiği üzere bu kavrama oldukça özenle yaklaşmaktadırlar. Sadece salgının olması ve bu salgının ifayı engellemesini yeterli saymamaktadırlar. Mücbir sebebin diğer şartları olan öngörülebilirlik ve üstesinden gelebilme ihtimaline ağırlık vermektedirler. Bu noktada da pandeminin ilan tarihini mi yoksa daha öncesinde alınan tedbirler sebebiyle tacirlerin öngörebilmesini mi arayacakları her uyuşmazlık için ayrı bir tartışma konusudur.

24 Albayrak Ceylan (n 14) 85.

25 Doğan Takavut (n 3) 45.

Tarafların başta sözleşmelerdeki tüm mücbir sebep maddelerini gözden geçirmek önemlidir. Mücbir sebep iddia etmeden önce, ifade bulunamayan taraf sözleşmedeki dili dikkatlice incelemelidir. Covid-19 bağlamında, aranacak anahtar kelimeler “salgın hastalıklar”, “bulaşıcı hastalıklar”, “karantinalar” ya da “ tarafların makul kontrolünün ötesinde herhangi bir olayın” ifadesi olacaktır.²⁶ Eğer bu terimler varsa diğer şartlarında varlığı halinde tahkim heyeti açısından ilgili ülkelerin doğrudan uygulanan kuralları mücbir sebep kabul edilebilir. Mahkemeler açısından bakıldığında ise nadir olmakla beraber taraflar bu çözüm yöntemini de kullanabilirler. Hakimler de Covid-19 salgını hasebiyle for hukukunun doğrudan uygulanan kuralları yanında uygulanacak hukukun ve de gerek uyumsuzlukla ilişkili üçüncü ülkelerinde doğrudan uygulanan kurallarına daha geniş yer verebilirler. Asıl olan sözleşmenin taraflarının uzlaşma yoluyla bu uyumsuzluklarını gidermek daha yararlı olacağı düşünülse de, bu salgının etkisini en aza indirmek için sözleşmelerin mücbir sebep klozlarından dikkatli şekilde incelenmesi gerekmektedir.

26 Brian Perrott, “The Covid-19 Pandemic And The Contractual Force Majeure Landscape”(HWF, Mart 2020)
<https://www.hfw.com/The-COVID-19-Pandemic-and-the-Contractual-Force-Majeure-Landscape.E.T>. 21 Mayıs 2020.

KAYNAKÇA

Albayrak Ceylan N., Uluslararası Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi, 2014 Maltepe Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> E.T. 23.04.2020.

Barraclough A. and Waincymer J., Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration, 6 Melb. J. Int'l L. 205 (2005).

Bonomi A. and Volken P. (eds.), Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts. (2008) Yearbook of Private International Law, Germany: Sellier European Law Publishers, Vol. 10, s. 285-300.

Çelikel A. ve Erdem B., Milletlerarası Özel Hukuk, (14th Edn, Beta 2016) 138. İbrahim Doğan Takavut, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, (First Published, Onikilevha 2018) 33.

DTÖ, Export Prohibitions And Restrictions Information Note, 23 Nisan 2020, https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf E.T. 28 Mayıs 2020.

Erkan M., MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, s. 81-121.

Esen E., Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Covid-19 Pandemisi Sebebiyle Doğabilecek Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Genel Bir Değerlendirme, 17.04.2020, Lexpera Blog. <<https://blog.lexpera.com.tr/uluslararasi-ticari-sozlesmelerden-covid-19-pandemisi-sebebiyle-dogabilecek-uyusmazliklarin-cozumune-iliskin-genel-bir-degerlendirme/>> E.T. 25.04.2020.

Majumder B. and Giri D., Coronavirus & Force Majeure: A Critical Study (Liability of a Party Affected by the Coronavirus Outbreak in a Commercial Transaction) (2020) 51 Journal of Maritime Law & Commerce 51.

Melis W., 'Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration' <<https://www.fidic.org/sites/default/files/10%20Force%20Majeure%20and%20Harship%20Clauses.pdf>> E.T. 03 Nisan 2020.

Miettinen J., 'Interpreting CISG Article 79 (1): Economic Impediment And The Reasonability Requirement' (Master's thesis, University of Lapland Faculty of Law 2015) <<https://lada.ulapland.fi/bitstream/handle/10024/62487/Miettinen.Jenni.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> E.T. 29 Mart 2020.

Özdemir Kocasakal H., 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti Ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları' (2010) 30 MHB 1-2, 48.

KAYNAKÇA

Perrott B., "The Covid-19 Pandemic And The Contractual Force Majeure Landscape"(HWF, Mart 2020) <https://www.hfw.com/The-COVID-19-Pandemic-and-the-Contractual-Force-Majeure-Landscape> E.T. 21 Mayıs 2020.

Pistor K., Law In The Time Of Covid-19, (2020) Columbia Law School.

Sarıkaya S. ve Bakar G., 'Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi ' (Lexpera blog, 17 Mart 2020) <https://blog.lexpera.com.tr/author/sinan-sarikaya/> E.T. 25 Nisan 2020.

Scherer M., 'Economic Or Financial Crises As A Defence in Commercial And Investment Arbitration' [2010]Czech Yearbook of International Law 228.

Silveira M. A.(Derains & Gharavi), (2015) In Commercial Arbitration, Should Arbitrators Be Exclusively at the Service of the Parties? Kluwer Arbitration Law Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/07/14/economic-sanctions-exchange-control-regulations-and-the-like-black-sheep-among-the-provisions-of-the-lex_contractus/?doing_wp_cron=1591008187.8570311069488525390625> E.T. 14.05.2020.

Şanlı C., Esen E., Ataman-Figanmeşe İ., Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2019.

Takavut, İ. D, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, Oniki Levha Yayıncılık 2018, İstanbul.

Tekinalp G. ve Uyanık Çavuşoğlu A, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, (11st edn, Vedat Kitapçılık 2011) 58

The World Health Organisation official website <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>

