

UNCITRAL ÇALIŞMA GRUBU II'NİN

“UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ ”

İLE GÖREVLİ

ÇALIŞMA GRUBU II'NİN

10-14 EKİM 2022

76. TOPLANTISI (VİYANA) HAKKINDA RAPOR

Bilindiği üzere, UNCITRAL Komisyonu 2018 yılındaki 51. Oturumunda Çalışma Grubu II'ye seri tahkim yargılaması (expedited arbitration) ile ilgili bir çalışmaya başlanması görevini vermiştir. Çalışma Grubu 70. ve 71. Oturumlarında seri tahkim yargılaması taslak maddeleri üzerine çalışmalarına başlamış ve bu çalışmalar 73. Oturuma kadar devam etmiştir.

UNCITRAL Komisyonu 54. Oturumunda, Çalışma Grubu tarafından hazırlanan UNCITRAL Seri Tahkim Kurallarını ("Seri Kurallar") ve UNCITRAL Tahkim Kurallarının yeni 1. maddesinin 5. paragrafını ("UAR's"¹) kabul etmiştir. Seri Kurallar, 19 Eylül 2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Komisyon UNCITRAL Seri Tahkim Kurallarına İlişkin Açıklayıcı Notu (“Açıklayıcı Not”) prensipte onaylamış ve Çalışma Grubuna 74. Oturumda işbu nota son halini verme görevini vermiştir. Komisyon ayrıca, Çalışma Grubundan Açıklayıcı Nota son halini verdikten “ön inceleme – red mekanizmasını” (preliminary determination - early dismissal) konusunu tartışmasını ve tartışmalarının sonuçlarını 2022'de Komisyonun 55. Oturumuna sunması görevini vermiştir.

UNCITRAL Komisyonu 55. Oturumunda, Çalışma Grubuna “ön inceleme – red mekanizması“ (preliminary determination - early dismissal)” konusunda kılavuz hazırlayıp Komisyonun 2023 yılında yapılacak 56. Oturumunda sunulması görevini vermiştir. Aynı şekilde, 55. Oturumda Çalışma Grubuna “teknolojiyle ilgili uyuşmazlıklar” ve “karar verme/çözüm” (technology-related dispute resolution and adjudication) konularının birlikte ele alınması görevini vermiştir. Bu kapsamda, Çalışma Grubundan model klozlar veya diğer yasama ve yasama dışı metinler hazırlaması beklenmektedir. Komisyon bu çalışmanın

¹ UAR's, UNCITRAL Arbitration Rules'un İngilizce kısaltması olup, metnin geri kalanında UNCITRAL Tahkim Kurallarını ifade etmek için kullanılacaktır.

UNCITRAL Seri Tahkim Kuralları (UNCITRAL Expedited Rules) üzerine inşa edilmesi ve metnin Seri Tahkim Kuralları'nda öngörülen sürelerden daha kısa süreleri düzenleyecek şekilde, uzman/tarafsız kişi atamalarını, gizlilik ve sürecin hukuki sonucunu da kapsayacak şekilde ele alınmasını belirtmiştir.²

10-14 Ekim 2022 tarihinde yapılan 76. Oturumda, Çalışma Grubu II'nin bu Oturumunun başkanlığına Andres Jana'nın (Şili) devam etmesine ve raportörlüğüne Thi Van Anh LAI (Viet Nam) atanmasına karar verilmiştir (A/CN.9/WG. II/LXXVI/CRP.1/para.7).

Bu Rapor, aşağıdaki belgelere dayalı olarak hazırlanmıştır:

A/CN.9/1114

A/CN.9/WG.II/WP.226,227,228

A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1

A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add. 1

A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add. 2

A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.3

A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.4

² A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1,para1-2.

I.ERKEN RED VE ÖN BELİRLEME/DEĞERLENDİRME KONULARININ DEĞERLENDİRİLMESİ (CONSIDERATION OF EARLY DISMISSAL AND PRELIMINARY DETERMINATION)

Çalışma Grubu'nun 74. Toplantısında “early dismissal” ve “preliminary determination” konularının uluslararası tahkimde önemli bir yeri olduğu ve UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında ele alınmasının amaca uygun olduğu belirtilmiştir. Ancak görüşmeler sırasında bu çalışmanın için en uygun hangi şekilde olacağı (örneğin UNCITRAL Kuralları'na eklenecek bir madde) konusunda bir sonuca ulaşılamamıştı. Görüşmeler neticesinde, Çalışma Grubu Sekreteryası'dan toplantıda görüşülen hususlara ilişkin olarak farklı opsiyonları Komisyona sunmasını talep etmiştir. Komisyona sunulan öneriler aşağıdaki şekildedir: (i) UNCITRAL Tahkim Kuralları altında hakem kurulunun asli yetkisi olarak 'erken ret ve ön değerlendirme' konularına dair bir kılavuz, (ii) şerhli genel ve sade bir kural, (iii) şerhli detaylı bir kural. (A/CN.9/1114, para-1-3)

Komisyon'un 2022 yılında gerçekleşen 55. Oturumunda, Sekreteryası tarafından hazırlanan A/CN.9/1114 sayılı belge ışığında yukarıda bahsedilen üç opsiyon değerlendirilip görüşmeler neticesinde Çalışma Grubu'na A/CN.9/1114 sayılı belge dikkate alınarak kılavuz belge (guidance document) hazırlaması görevi verilmiştir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add. 1, para.1).

Çalışma Grubu'ndaki görüşmelerde, ilk olarak hazırlanacak kılavuzun hangi forma olacağı görüşülmüştür:

- (i) UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında bağımsız bir metin (standalone text)
- (ii) “Tahkim Yargılamasının Organizasyonuna İlişkin UNCITRAL Notlar”ının (UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings) parçası veya tamamlayıcı olarak düzenlenmesi.

Görüşmelerde, çoğunluk UNCITRAL Notları (UNCITRAL Notes 2021) olarak düzenlenmesinin amaca en uygun çözüm olduğu ve böylelikle UNCITRAL Notları'nın da görünürlüğünün artacağı görüşünü savunmuştur. UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında ayrı bir metin olmasını ileri sürenler ise, “erken red-ön değerlendirme” mekanizmasının ayrı tek başına bir metin olacak şekilde düzenlenmesinin “erken red-ön değerlendirme”nin zaten UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 17. maddesinde hakem kuruluna tanınan takdir yetkisinin kapsamında olduğunu daha da vurgulayacağını ileri sürmüşlerdir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add. 1, para.2-3).

Görüşmeler neticesinde, kılavuz metninin hangi formda olacağına görüşmelerde ileri sürülen hususların değerlendirilerek daha sonra kararlaştırılması uygun bulunmuştur.

Guidance text

1. *“Article 17 of the UNCITRAL Arbitration Rules provides discretion to the arbitral tribunal to conduct the arbitration in a manner it considers appropriate provided that the parties are treated with equality and that at an appropriate stage of the proceedings each party is given a reasonable opportunity to present its case. In exercising its discretion, the arbitral tribunal should conduct the proceedings so as to avoid unnecessary delay and expense and to provide a fair and efficient process for resolving the parties’ dispute.*

2. *One such discretionary power is the ability of the arbitral tribunal to dismiss a claim, a counterclaim as well as a claim for the purposes of set-off (referred to below as a “claim”) that is manifestly without merit or to make a preliminary determination to that effect.³ The arbitral tribunal may also rule that certain issues of fact or law supporting a claim are manifestly without merit.*

3. *Such discretionary power can be exercised upon the request by a party or by the arbitral tribunal’s own initiative. It can be exercised without going through all phases of the proceedings and without examining all issues of the case. 4 A party raising such a plea should do so as promptly as possible after the submission of the claim or the communication of the issues of fact or law supporting the claim.*

4. *Similarly, the arbitral tribunal may rule that a claim is outside its jurisdiction or*

beyond the scope of its authority. In accordance with article 23(2) of the UNCITRAL Arbitration Rules, such a plea should be raised by the party no later than in the statement of defence or as soon as the matter alleged to be beyond the scope is raised during the proceedings. In both cases, a later plea is possible if the arbitral tribunal considers the delay justified.

5. Whether to allow any of the above-mentioned pleas to proceed is a question left to the arbitral tribunal taking into account the circumstances of the case and the need to avoid unnecessary delay and expense and to provide a fair and efficient process. The arbitral tribunal would also need to consider at which stage of the proceedings the plea is raised. Typically, the arbitral tribunal would require the party raising the plea to provide justifying grounds and to demonstrate that a ruling on the plea will expedite the proceedings or will have a material impact on the outcome of the proceedings even if the issues of fact or law supporting a claim were assumed to be correct, no award could be rendered in favour of the other party). This could prevent a plea being misused by the parties to delay the proceedings.

6. If the arbitral tribunal allows a plea to proceed or so decides on its own initiative, it will typically invite the parties to express their views and provide guidance on the procedure it will follow, possibly indicating a time frame within which it will make a ruling. This would ensure that parties have a reasonable opportunity to prepare and present their case.

7. The arbitral tribunal should make a ruling as soon as practicable and within the

time frame, if so indicated. If the arbitral tribunal concludes that a final award could not be rendered, it may issue an order for the termination of the proceedings in accordance with article 36(2) of the UNCITRAL Arbitration Rules.

8.If the arbitral tribunal rules that a claim is manifestly without merit, the claimant will not be able to raise the same claim at a later stage of the proceedings. The same applies to a claim found to be outside the jurisdiction or beyond the scope of the authority of the arbitral tribunal as well as issues of fact or law found to be manifestly without merit.

9.On the contrary, if any of the above-mentioned pleas is not allowed to proceed or is rejected, the party that had raised the plea will be allowed to make the argument that the claim lacks merit at a later stage (A/CN.9/1114, s.1-3).

Görüşmelerde, 1. paragrafla ilgili olarak UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 17. maddesinin ve UNCITRAL Notları'nın 8. maddesinin tekrarı olduğundan, gerekli olmadığı ileri sürülse de, ağırlıklı görüş hakem kurulunun takdir yetkisini düzenleyen maddeler olduğundan 1. paragrafın kalmasının yararlı olacağıdır. Görüşmeler neticesinde Çalışma Grubu 1. paragrafi esas olarak kabul etmiştir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add. 1, para.6).

2. paragrafla ilgili olarak Çalışma Grubu sadece davacı tarafın iddiaları (claim) bakımından erken red (early dismissal) mekanizması değil savunmalar (defence) bakımından da olması gerektiğine karar vermiştir. Erken red mekanizmasının konu olan iddia, karşı iddia ve savunmaların belirgin, açık bir şekilde haksız olması (manifestly without merit) olarak standardının belirlenmesine, metinde geçen "legal merit" ifadesindeki "legal" kelimesinin metinden çıkartılmasına ve ayrıca paragrafın son cümlesinin metinden çıkartılmasına karar verilmiştir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add. 1, para.8-10).

Hakem kurulunun resen ve taraflardan birinin talebi üzerine “erken red” yetkisini kullanabileceğini düzenleyen 3. paragrafla ilgili olarak hakem kurulunun taraf talebi olmadan böyle bir yetkisinin düzenlenmesinin, dava hakkında ön bir yargılamaya sebebiyet vereceğinden “tarafsızlık” ve “bağımsızlık” ilkelerinin ihlaline neden olacağı ileri sürülmüştür. Bu sebeple, sadece taraflardan birinin talebi üzerine hakem kurulunun böyle bir yetkisinin olması gerektiği belirtilmiştir. Diğer bir görüş ise hakem kurulunun ancak tarafların görüşünün alınmasından sonra ve haklı gerekçelerin varlığı halinde erken red yetkisinin olması gerektiğidir. Görüşmeler neticesinde, 3. paragrafın bu hususların değerlendirilerek tekrar revize edilmesine karar verilmiştir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add. 1, para.12-13).

Taraflarca “manifestly without merit” iddiasının ne zaman ileri sürülmesi için öngörülen zaman dilimi bakımından iddia ve savunmasını sunulmasından hemen sonra ileri sürülmesi gerektiği belirtilmiştir. Hakem kurulu için ise, yargılamanın herhangi bir safhasında yapabileceği, ancak erken safhada yapılmasının yargılamanın etkin bir şekilde yürütülmesi bakımından önemli olduğu dile getirilmiştir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add. 1, para.14-15).

Görüşmeler neticesinde, 3. paragrafın aşağıdaki hususlar ışığında revize edilmesine karar verilmiştir: (i) 'erken ret' sürecinin, taraf talebi üzerine veya hakem kurulunun tarafların görüşlerini aldıktan sonra başlaması, (ii) iddia ve savunmanın sunulmasından hemen sonra taraflarca talep edilmesi, (iii) hakem kurulunun yargılamanın etkinliği açısından, yargılamanın erken bir safhasında erken ret sürecine başlaması. (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add. 1, para.16)

4.paragraf hakem kurulunun yargılama yetkisi olmadığına ya da ileri sürülen bir hususun yetkisi kapsamı dışında olduğuna dair itirazlar hakkında karar verebileceğini düzenlemektedir. UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 23(2). maddesi uyarınca, böyle bir itiraz cevap dilekçesinin sunulmasından sonra olmamak üzere ya da yetki aşımına dair husus ortaya çıkar çıkmaz ileri sürülebilir. Her iki durumu bakımından, hakem kurulu gecikmenin haklı bir sebebe dayalı olduğu düşüncesinde ise daha sonra yapılan itirazı kabul edebilir. Görüşmelerde, UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 23. maddesinde bu yetkiye dair hususlar düzenlendiği için bu paragrafın metinden çıkarılması önerilmiştir. Diğer bir görüş olarak bir tarafın ileri sürdüğü hususunun hakemin açıkça (manifestly) yetkisi dışında olduğuna dair itirazın da erken ret sürecine uygun olarak ileri sürebilme imkanının 4. paragrafta düzenlenmesi ileri sürülmüştür. Bu durumun hakemin yetkisine dair itirazları UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 23. maddesine

göre çözmeye engel bir durum teşkil etmeyeceği belirtilmiştir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add. 1, para.17-18, (A/CN.9/1114, s.3).

5. paragraf hakem kurulunun erken ret sürecine konu iddia hakkında karar verirken, davanın durumunu, gereksiz gecikme ve masrafa sebebiyet vermeme ve adil ve etkin bir yargılama sağlama hususlarını dikkate alması gerektiğini ve söz konusu iddiaya ilişkin haklı sebeplerin sunulmasını düzenlemektedir. Görüşmelerde, erken ret talebine ilişkin iddianın ancak haklı gerekçelerin sunulması halinde inceleneceğinin belirtilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Görüşmeler neticesinde, Çalışma Grubu ileri sürülen görüşlere tabi kalarak ilgili paragrafi esas olarak kabul etmiştir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add. 1, para.19-21, (A/CN.9/1114, s.3).

6. paragrafla ilgili olarak hakem kurulunun resen erken ret süreci başlatması halinde, tarafların görüşünü alması gerektiğini belirtecek şekilde paragrafın düzeltilmesi ileri sürülmüştür. Hakem kurulunun karar vereceği zaman dilimine ilişkin olarak sürecin amacının hızlandırılmış bir prosedür olması sebebiyle bir makul kısa bir sürede hakemin karar vermesi gerektiği belirtilmiştir. Bu değişikliklere tabi kılınarak paragraf esas olarak kabul edilmiştir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add. 1, para.22-23, (A/CN.9/1114, s.3).

7. paragraf hakem kurulunun hakem kararı verilemeyeceğine karar vererek UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 36(2) maddesine göre tahkim yargılamasının sona erdiğine dair bir emir (order) verebileceğini düzenlemektedir. Görüşmelerde, hakem kurulunun bu emri verirken taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa gerekçesini açıklaması hususu tavsiye edilmiştir. Görüşmelerde ayrıca 7.paragrafın hakem kurulunun reddetmediği iddialara ilişkin yargılamanın devam edeceği halleri de kapsayacak şekilde yeniden ele alınması uygun bulunmuştur (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.2, para.1-2, (A/CN.9/1114, s.3).

8. paragraf hakem kurulunun davacının talebini açık olarak haksız bulduğu hallerde, davacının aynı iddiayı yargılamanın ilerleyen süreçlerinde ileri süremeyeceğini düzenlemiştir. Görüşmelerde, paragrafın 2. cümlesinin metinde çıkartılmasına karar verilmiştir. "Aynı iddia" (the same claim) ibaresinin farklı hukuk sistemlerinde ve hallerde karışıklığa sebebiyet vereceği "aynı iddia" ile neyin kastedildiğinin belli olmadığı ileri sürülmüştür. Görüşmeler neticesinde, ilgili paragraf bu öneriler ışığında esas olarak kabul edilmiştir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.2, para.3-5, A/CN.9/1114, s.3).

9. paragraf işbu haliyle uygun bulunarak esas olarak kabul edilmiştir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.2, para.6, A/CN.9/1114, s.3).

Görüşmeler neticesinde, Çalışma Grubu, Sekretarya'dan bir sonraki Çalışma Grubu toplantısında görüşülmek üzere UNCITRAL Notları'na ek bir not olarak revize kılavuz metninin hazırlanmasını talep etmiştir. UNCITRAL Notları'nın ve erken ret mekanizmasıyla ilgili yeni Not'un farkındalıklarının arttırılmasının önemli olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca Yatırımcı- Devlet tahkimi alanında çalışan Çalışma Grubu III'ün de yatırımcı- Devlet tahkiminde reform çalışmaları kapsamında "early dismissal" konusunu ele aldığı belirtilerek Çalışma Grubu II'nin bu konuda aldığı kararlar ve "early dismissal" revize kılavuz metni hakkında Çalışma Grubu III'ün bilgilendirilmesi amaca uygun bulunmuştur (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.2, para.8-9).

II. TEKNOLOJİ BAĞLANTILI UYUŞMAZLIKLAR VE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ³ **(CONSIDERATION OF TECHNOLOGY-RELATED DISPUTE RESOLUTION AND ADJUDICATION)**

A. Genel Değerlendirme

Çalışma Grubu'ndaki görüşmelerde, Komisyon'un 2022 yılında gerçekleşen 55. Oturumunda "teknoloji bağlantılı uyuşmazlıklar" ile "adjudication" konularının birlikte ele alınması görevi verilmişti. Komisyon bu kararını Çalışma Grubu'nun 75. Oturumu sırasında gerçekleşen UNCITRAL Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Gelecekteki Olası Çalışma Colloquium'unda görüşülen hususlar çerçevesinde almıştır. Colloquium'da teknoloji bağlantılı uyuşmazlıklar için uzmanlar tarafından hazırlanan model klozlar (A/CN.9/WG.II/WP.224) ve "adjudication" hakkında İsviçre delegasyonu tarafından sunulan çalışmanın da yer aldığı belge (A/CN.9/WG.II/WP.225) değerlendirilmiştir. Uyuşmazlık çözümüne yönelik model klozların geliştirilmesinin sektörün ihtiyaçlarına cevap verme açısından önemli olduğu vurgulanmıştır. "Adjudication" konusuyla ilgili olarak bu kurumun öncelikli olarak inşaat- yapı sektörü uyuşmazlıklarında kullanıldığı, teknoloji bağlantılı uyuşmazlıkları bakımından uygun bir çözüm yolu olacağı dile getirilmiştir (A/CN.9/WG.II/WP.227, para1-8). Hâlihazırdaki çalışma her ne kadar model klozlar ve UNCITRAL Seri Tahkim Kuralları ve UNCITRAL Notları üzerine inşa edilen kılavuz notları olarak hazırlansa da, çalışmanın nihai şekli değildir.

³ Adjudication terimi uyuşmazlık çözümü/ karar verme olarak çevirilmiştir.

İsviçre Delegasyonu tarafından “adjudication” konusunda yapılan çalışmada, bu kurumun uzun vadeli projeler bakımından yararlı olacağı, süreç içerisinde çıkan birçok anlaşmazlıkların çözümü bakımından önemli olduğu belirtilmiştir. Birçok hukuk sisteminde adjudication konusunda yasal mevzuat olduğu belirtilmiştir. Üzerinde durulması gereken en önemli hususların adjudication kurumunun uzun vadeli projeler bakımında uyuşmazlık çözümünde çok etkili bir yol olduğu ve kararların icra edilebilir olmasını temin edecek araçların teminidir. Adjudication kurumu ile tarafların uyuşmazlıklarını ile tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi ile çok kısa sürede her iki tarafının dinlenerek çözüme kavuşturulması ifade edilmektedir. Diğer bir deyişle, başlangıçta adjudication süreci sonunda verilen kararı bağlayıcı (binding) fakat nihai (final) değildir. Eğer süresinde itiraz edilmezse veya itiraz reddedilirse nihai niteliğe haiz olur. Bu bağlamda, geçici bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilebilir. Uygulamada inşaat uyuşmazlıklarında etkinliğinin kanıtlandığı görülmüştür. Uygulamaya bakıldığında, tarafların “adjudication” sonucunda verilen kararlar tatmin oldukları ve tahkim ya da mahkeme yolunda gitmedikleri görülmektedir. Yasal mevzuatın olmadığı hukuk sistemlerinde adjudication kararlarının sözleşmesel bir yükümlülük olarak kaldığı, icra edilebilirlik bakımından yasal çerçevenin eksik olduğu görülmektedir (A/CN.9/WG.II/WP.225, para 1-7).

Görüşmeler sırasında, bir görüş “adjudication” kurumunun tahkim öncesi bir süreç (a pre-arbitration process) olarak ele alınabileceği, tarafların tahkime gitme yolu baki olarak üçüncü kişi uzmanlar tarafından kısa sürede karar alınabileceği belirtilmiştir. Teknoloji bağlantılı uyuşmazlıklar bakımından etkin olarak kullanılabilmesi ileri sürülmüştür. Ancak bu yaklaşım Çalışma Grubu’na pre-arbitration process ile ilgili yeni bir çalışma yapması (uzman üçüncü kişinin atanması vb) sonucunu doğuracağından, bunun da Çalışma Grubu’na verilen görevin dışında kalan bir husus olduğu vurgulanmıştır (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.2, para.15).

Görüşmeler sırasında bir çok farklı görüş ileri sürülmüştür. Şayet bu sürecin iki aşamalı/fazlı olması halinde, birinci aşama uzman üçüncü kişi (third-party expert) tarafından verilen kararın hakem kararı niteliğinde olmayan bir karar ya da belirleme (decision or determination) olabileceği belirtilmiştir. Birinci aşama sonucunda verilen kararın nihai olmadığı tekrar incelemeye tabi olduğu (anew), tarafların UNCITRAL Tahkim Kuralları ya da Seri Tahkim Kuralları altında yürütülen tahkim yargılaması olan ikinci aşamaya geçebilmek için öncelikle birinci aşama sonucunda verilen karara uymaları gerektiği, aksi takdirde “adjudication” kurumunun etkin bir yol olmayacağı ileri sürülmüştür. Birinci aşama sonucunda

verilen kararın icrası konusunun tarafların sözleşmesel yükümlülüklerine ve ihtiyari olarak verilen karara uymalarına dayandığı, sınır aşan uyuşmazlıklar bakımından tenfiz konusunun esas olarak bu çalışma kapsamında ele alınması gerektiği vurgulanmıştır. Bu bağlamda, süreç sonucunda verilen karara karşı bir itiraz olmadığı halde bu kararın nihai ve bağlacı bir hakem kararına çevrilmesi hususları görüşülmüştür (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.2, para.11-22).

Çalışma Grubu genel olarak konunun ele alınmasından sonra aşağıdaki model klozu görüşmeye başlamıştır.

B. Model Klozlar (Şartlar)

1. Süreler ve sürecin sonuçları (Timeframes and outcome of the proceedings)

Model clause 1

1. A preliminary award shall be rendered within [a short period of time to be specified by the parties, for example, 60 days] of the constitution of the arbitral tribunal.

2. The preliminary award shall become final and binding on the parties unless a party objects within [a short period of time to be specified by the parties, for example, 30 days] after receipt of the preliminary award.

3. A party may object to the preliminary award only after carrying out that award or committing to carry out the award within [a period of time to be specified by the parties].

Görüşmeler sırasında, birinci paragrafla ilgili olarak kararın verilme süresinin taraflara bırakılmasını ileri sürenlerin yanında sabit bir sürenin belirtilmesinin de yararlı olacağını ileri sürenler de olmuştur. Sürenin ne zaman başlayacağı ile ilgili olarak birinci aşama tahkim öncesi bir süreç olarak tanımlanmayacak ise (a non-arbitration process) hakem kurulunun oluşumundan itibaren sürenin başlaması ifadesinin değiştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Birinci fazla ilgili karar vericinin atanmasından itibaren sürenin başlaması görüşü iletilmiştir.

Ayrıca olağanüstü hallerde karar vericinin bu süreyi uzatmasını sağlayan bir düzenlemenin de olması gerektiği ileri sürülmüştür (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.3, para.1).

İkinci faz olan tahkim sürecinin, birinci faz sonucunda verilen kararın tekrar gözden geçirilmesi olmayıp “de novo review” ile icra edilebilir bir hakem kararı ortaya çıkaran bir süreç olması gerektiği ileri sürülmüştür. Birinci faz sonucunda verilen kararın, her iki süreç bakımından karar vericilerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı bakımından hakem tarafından değil taraflarca atanan bir üçüncü kişi ya da yetkili bir makam tarafından verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Görüşmelerde, birinci paragrafla ilgili olarak “geçici hakem kararı” (preliminary award) ifadesinin kullanılması hususu da tartışılmıştır. “Preliminary award” ifadesiyle hızlandırılmış bir sürecin sonunda verilen bir karar ifade edildiği, bu sebeple “final” nihai karar ibaresinin kullanılmamasının uygun olup olmadığı görüşülmüştür. Birinci faz bakımından karar vericilerin (decision makers) hızlıca atanması hususunda, tarafların uyuşmazlık çıkmadan önce aralarındaki sözleşmede belirlemeleri ya da yetkili bir makam tarafından atanmaları ileri sürülmüştür. Uyuşmazlık çözüm kurulu da (dispute settlement board) örnek olarak gösterilmiştir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.3, para.2-5).

İkinci paragraf geçici karar (preliminary award) verildikten sonra tarafların süresi içinde itiraz etmedikleri halde kararın bağlayıcı ve nihai olacağını düzenlemektedir. Bu iki durumu ortaya çıkarmaktadır:

(a) geçici karara karşı itiraz edilip, incelemeye tabi olması

(b) geçici kararın Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Konvansiyonu (New York Konvansiyonu) kapsamında tenfizi konusu (A/CN.9/WG.II/WP.227, para 15-16).

Görüşmelerde genel görüş, tarafların birinci faz sonucunda verilen karara uymak zorunda oldukları ve uymadıkları takdirde buna ilişkin bir mekanizma olması gerektiğidir.

2. paragrafta böyle bir mekanizma öngörülmektedir. Görüşmeler sırasında, birinci faz sonunda verilen kararın hakem tarafından verilen bir karar olmadığı takdirde, kararın icra edilebilirliğinin sözleşmesel bir yükümlülüğe dayalı olacağı belirtilmiştir. Böyle bir kararın nasıl hakem kararı olarak değerlendirileceği ya da hakem kararına çevrilerek nasıl hem devlet mahkemelerinde icra edilebilir hem de New York Konvansiyonu bakımından tenfize kabil bir karar olacağı konuları gündeme getirilmiştir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.3, para.7).

3. paragraf birinci faz sonucunda verilen karar karşı itiraz etmenin koşullarını düzenlemektedir. Taraflardan biri karar itiraz etmek ve daha sonra uyuşmazlığı hakem kuruluna

götürebilmek için öncelikle karara uymalıdır. Birinci faz sonucunda verilen karara uymayan taraf için masraflar paylaşılırken masrafların yükletilmesi yaptırım olarak ileri sürülmüştür (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.3, para 8-10).

Görüşmelerde, Çalışma Grubu'nun tahkimle birlikte "expert determination" (bilirkişi/uzman tarafından yapılan inceleme/değerlendirme) sürecini de değerlendirmesi önerisi getirilmiştir. Uzman kişi ya da uzman kurulu tarafından kısa sürede verilen karar sonrası tahkim aşamasının düzenlenmesi olarak ifade edilmiştir. Taraflarca itiraz edilmezse bağlayıcı olacağı belirtilmiştir. Taraflarca itiraz olduğu takdirde, hakem kurulunun Seri Tahkim Kuralları'na göre kararını vereceği belirtilmiştir. Bu bağlamda, Arb- Med- Arb (Tahkim-Arabiluculuk- Tahkim) protokolleri örnek olarak ileri sürülmüştür. Görüşmeler neticesinde, UNCITRAL çatısı altında bir mekanizma oluşturulması için çalışmalara devam edilmesi kararlaştırılmıştır (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.3, para 11-12).

1. Bilirkişi/uzman ve tarafsız kişilerin atanması ve rolü (Appointment and the role of experts and neutrals)

Model Kloz 2

Model clause 2

1. Expert witnesses will be presented jointly by the parties.

2. An independent expert or neutral appointed by the arbitral tribunal in accordance with article 29 of the UNCITRAL Arbitration Rules shall perform the following duties:

(a) ...

3. The arbitral tribunal shall take due account of statements by an expert witness presented jointly by the parties in accordance with paragraph 1 or reports by an expert or neutral appointed in accordance with paragraph 2.

1. paragraf bilirkişi tanıkların taraflarca birlikte (jointly) atanmasını düzenlemektedir. Böylece her bir tarafın kendi uzman tanığını atadığı duruma göre zaman ve masraf açısından tasarruf edileceği belirtilmiştir. Taraflarca birlikte atama yapılmasını hakem kurulunun uyuşmazlığı daha hızlı çözümüne yardımcı olacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda, taraflara uzman

tanığı atamak için kısa bir süre öngörülmesi gerektiği hatta uyuşmazlık çıkmadan önce bu konuda anlaşmaları imkânı tanınması belirtilmiştir. Ayrıca tarafların bilirkişi tanık konusunda anlaşamamaları halini düzenleyen bir mekanizmanın da belirtilmesi ileri sürülmüştür. Öngörülen sürenin geçmesinden sonra hakem kurulunun bilirkişi tanığı atayabilmesinin düzenlenmesi ileri sürülmüştür. Bu bağlamda, tarafların kendi bilirkişi tanığını atayamamasının savunma hakkının ihlaline sebebiyet vereceği ileri sürülmüştür (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.3, para 13-14).

2. paragrafta UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 29. maddesine göre hakem kurulunca atanacak bağımsız bilirkişi/uzman (expert) ya da tarafsız (neutral) kişinin görevlerine atıf yapılmaktadır. Çalışma Grubu'ndaki genel görüş; hakem kurulunun karar verme yetkisinin üçüncü kişiye verilmemesi gerektiğidir. (üçüncü kişi/uzmanın hakem kurulunu adına karar vermesi). 2. paragrafın "uzman" kişinin olası görev ve yükümlülüklerini düzenlemesi önerilmiştir. "Neutral" (tarafsız) kişinin hakem kurulu adına karar vermesine yapılan atfın kaldırılması ileri sürülmüştür. "Expert" ve "neutral" uzman ve tarafsız kişi arasındaki farkın da açık olmadığı dile getirilmiştir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.3, para 15).

3. paragrafa ilişkin olarak taraflarca birlikte atanan uzman tanıkların ve hakem kurulunca atanan uzman kişilerce hazırlanan raporların hakem kurulunu bağlamadığı, hakem kurulunca dikkate alınabileceği, hakem kurulunun kararı vermesi için yeterli bilgiyi sağlamaya yönelik oldukları ileri sürülmüştür (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.3, para 16).

3. Gizlilik (Confidentiality)

Model clause 3

1. All aspects of the arbitration shall be confidential except and to the extent that disclosure of the relevant information is required by legal duty, to protect or pursue a legal right, or in relation to legal proceedings before a court or other competent authority.

2. A party invoking the confidentiality of any information it wishes or is required to submit during the proceeding shall request the arbitral tribunal to have the information classified as confidential. Upon receipt of such a request and after inviting the parties to express their views, the arbitral tribunal shall

determine whether the information is to be classified as confidential and of such a nature that in the absence of a special protection measure, it would likely cause serious harm to the party making the request.

UNCITRAL Tahkim Kuralları ve Seri Tahkim Kuralları'nda gizliliğe ilişkin genel bir hüküm bulunmasa da Çalışma Grubu'nda özellikle teknoloji bağlantılı uyuşmazlıklar bakımından gizlilik konusunda bir örnek klozun olması yönünde genel görüş birliği vardır. 1. paragraf “outbound confidentiality”yi düzenlemektedir. 1. paragraf genel destek görmüştür. “Outbound confidentiality”, tahkim yargılamasına dâhil olan hiç kimsenin yargılamayla ilgili herhangi bir bilgiyi yargılamaya dahil olmayan kişilere açıklamaması olarak ifade edilmiştir. “Inbound confidentiality” ile bir tarafın karşı tarafa karşı korunması, gizli bilgileri açıklamaması ifade edilmiştir: ticari sır, know-how, algoritma vb.

Model klozun sadece taraflar ve hakem kurulu bakımından bağlayıcı olacağından, yargılamaya dâhil olan diğer kişileri de aynı gizlilik hükümlerine tabi olması standardını sağlanması gerektiği, yazılı bir taahhütname alınması dahil olmak üzere benzer araçların değerlendirilmesi dile getirilmiştir. 2 paragrafla ilgili olarak, paragrafın taraflardan birinin gizli, hassas bilgiyi (sensitive information) diğer tarafa veya yargılamaya dahil diğer kişilere açıklamak istemediği hali içerecek şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda, paragrafta açıkça kime karşı gizli bilginin açıklanmaması gerektiğinin açıkça belirtilmesi ileri sürülmüştür (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.3, para 17-20).

Inbound confidentiality’yi temin edecek bir mekanizmayı oluşturmak için verilerin ilgili sektörden elde edilmesinin yararlı olacağı ve ilgili hususların bir kılavuzda sunulmasının amaca uygun olacağı ileri sürülmüştür (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.3, para 17-22).

4. Dava Yönetim Toplantısı (Case management conference)

UNCITRAL Seri Tahkim Kuralları'nın 9. maddesi hakem kurulunun taraflarla görüşerek istişare yapmasını düzenleyen hükümler içerir. Dava yönetim toplantısı, taraflara yargılamanın organizasyonu ve yargılamanın nasıl yürütüleceğine ilişkin görüşlerini açıklama imkânı verir. UNCITRAL Notları Not 1 hakemlerin dava yönetim toplantısı yaparak taraflarla görüşerek usuli zaman çizelgesinin belirlenmesini tavsiye etmektedir. Dava yönetim toplantısının tahkim yargılamasının adil ve etkin bir şekilde yürütülmesini sağladığı ve gereksiz masraf ve gecikmeleri engellediği belirtilmektedir. Çalışma Grubu, teknoloji bağlantılı davalar

bakımından dava yönetim toplantılarının nasıl organize edilmesini düzenleyen ek kılavuz hazırlanma konusunu görüşmüştür (A/CN.9/WG.II/WP.227, para 43-44).

Görüşmelerde, kılavuz hazırlanması yerine dava yönetim toplantısı hakkında model kloz hazırlanmasının daha çok dikkat çekeceği ileri sürülmüştür. İsrail delegasyonu tarafından sunulan WP.228 sayılı dokümanda dava yönetim toplantısı hakkında model kloz önerisi getirilmiştir. Model klozların çok ayrıntılı ve var olan esas sistemi değiştirmeyecek şekilde hazırlanmasını yerinde olacağı ileri sürülmüştür. Şayet model klozlarla Seri Tahkim Kuralları'nda öngörülen süreler daha kısa süreler öngörülecekse, o zaman sürelerle ilgili tüm hususları kapsayacak şekilde ele alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu öngörülen daha kısa sürelerin "non- arbitration" birinci faza uygulanıp uygulanmaması hususunda, bir görüş her iki faz için aynı sürelerin uygulanması olduğu, diğer görüş ise birinci faz sonucunda verilen karar nihai olmayacağı için daha kısa süre öngörülebileceğidir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.4, para 1-4).

Model clause on case management conference

- 1. As soon as possible after the constitution of the arbitral tribunal, the arbitral tribunal shall hold an initial case management conference, in person or through virtual conferencing, to consult with the parties on the manner in which it will conduct the arbitration.*
- 2. Preceding the initial case management conference, the tribunal shall circulate a proposed agenda detailing which of the subjects in paragraph 4 are to be addressed.*
- 3. The parties' representatives should attend the case management conference, and, where appropriate, the parties' relevant experts may attend as well if already identified by the parties at this stage.*
- 4. At the initial case management conference, the arbitral tribunal may discuss, inter alia, the particulars relevant to the subject matter of the dispute including:*
 - (a) Scheduling of the proceeding;*

- (b) The identification of contested and uncontested facts;*
- (c) The nature of the issues presented in the dispute, including the production and management of electronically stored information, and other case-specific matters;*
- (d) The protection of data integrity and data security;*
- (e) Confidentiality and disclosures;*
- (f) The taking of expert evidence in the light of the technical issues in the dispute and in particular, the taking of expert evidence through party-appointed expert witnesses, tribunal-appointed experts and/or other forms of expert evidence;*
- (g) The appointment of a secretary of the tribunal with special expertise;*
- (h) Procedures to address any issues arising from the fact that the dispute relates to [Technology/Construction/...]; and*
- (i) Potential conditions for the early settlement of the dispute.*

5. The arbitral tribunal may hold additional case management conferences at regular intervals or at any appropriate time to discuss issues set forth in paragraph 2.

Dava yönetim toplantısına ilişkin örnek klozla ilgili olarak bu klozların UNCITRAL Seri Tahkim Kurallarını nasıl değiştireceği konusunda sorunlar dile getirilmiştir. Örnek klozun birinci paragrafına ilişkin olarak Seri Tahkim Kuralları'nda hakem kurulunun oluşmasından itibaren 15 gün içinde dava yönetim toplantı yapılacağına düzenlendiği, yukarıda bahsi geçen birinci paragrafta hakem kurulunun oluşmasından hemen sonra (as soon as possible after constitution) olarak düzenlediği belirtilmiştir. 2. paragrafla ilgili olarak dava yönetim toplantısından 2, 3 gün gibi kısa bir süre önce tarafların toplantıda hangi hususların görüşüleceği konusunda anlaşmaları gerektiği önerilmiştir. 3. paragrafta, tarafların temsilcileri dışında, uygun düştüğü ölçüde taraflarca atanan bilirkişilerin de dava yönetim toplantısına katılabileceği düzenlenmiştir. Bu paragrafla ilgili olarak davalının bu kadar sürede dava yönetim toplantısına

katılacak uzman kişiyi bulma konusunda davacıyla aynı konumda olmadığı endişesi dile getirilmiştir. 4. paragrafta dava yönetim toplantısına görüşülecek konular düzenlenmiştir. Bu hususların örnek kloz yerine kılavuzda yer almasının daha uygun olduğu belirtilmiştir. Görüşmeler neticesinde, dava yönetim toplantısına ilişkin örnek kloz metninin, dava yönetim toplantısının kısa sürede yapılacağını düzenlemesi ve taraflarda toplantı öncesi hangi konuların görüleceğine ilişkin önerilerini sunma imkânını sağlanacak şekilde sadeleştirilmesi yerinde bulunmuştur (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.4, para 6-10).

5. Delil (Evidence)

Model clause on evidence

1. At any time during the arbitral proceedings, the arbitral tribunal may require the parties to produce documents, exhibits, data, technical information, or other evidence within such a period of time as the arbitral tribunal shall determine.

2. At any time during the arbitral proceedings the arbitral tribunal may order that evidence be taken or that an [a] [experiment][demonstration][trial run][testing] be performed or repeated in the presence of or by the arbitral tribunal, the parties or an expert appointed by the arbitral tribunal.

3. [Each party shall disclose to all parties and the arbitral tribunal the use of technology including artificial intelligence for the purpose of analysing or collating evidence. Upon such disclosure, any party may request that the use of such technology be limited, and the arbitral tribunal may refuse or allow it.]

Seri Tahkim Kuralları'nın 15. maddesi, hakem kurulunun taraflardan, hangi belge, ekler ve diğer kanıtların sunulmasını isteyeceğini düzenlemektedir. UNCITRAL Notları Not 13 belgeye dayalı delillerin sunulmasını düzenlemektedir (A/CN.9/WG.II/WP.227, para 49-50).

Delillere ilişkin model klozun üç hususu işaret ettiği belirtilmiştir:

(i) “data” ve “teknik bilgi”nin de (technical information) belge, ekler ve diğer kanıtlar olarak “delil” (evidence) olarak değerlendirilmesi;

(ii) delillerin sunulması bakımından “deney”, “gösterim”, “deneme” (experiment, demonstration of a process or trail) gibi araçların kullanılması;

(iii) hakem kurulunun delillerin toplanması, analizi, işlenmesi ve sunulması bakımından yapay zeka da dahil olmak tarafların kullandığı teknolojiyi açıklamalarını istemesi. (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.4, para 11)

2. hususla ilgili olarak hakem kurulu tarafında teknoloji bağlantılı uyuşmazlıklarla sınırlı olmadan bu araçların zaten kullanıldığı belirtilmiştir. 3. hususla ilgili olarak ise taraflara böyle bir açıklama yükümlülüğü getirmenin, kullandıkları teknolojiyi sınırlandırmaya sebebiyet vereceğinden sakıncaları dile getirilmiştir. Ayrıca “yapay zeka”nın kullanılmasını çeşitli sorunları ve konuları da dile getireceği vurgulanmıştır. Bu bağlamda, “delil”lere ilişkin hususların kılavuzda ele alınmasının sadece teknoloji bağlantılı değil diğer uyuşmazlıkları kapsamı bakımında yerinde olacağı dile getirilmiştir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.4, para 12-13).

C. SONUÇ

Görüşmeler neticesinde Çalışma Grubu, Sekretarya’dan model klozları revize etmesini talep etmiştir. Dava yönetim toplantısına ilişkin olarak, kılavuz metniyle birlikte kısa bir model kloz hazırlanması talep edilmiştir. Delillere ilişkin olarak ise Sekretarya’dan Çalışma Grubu’nca sonradan değerlendirilmek üzere kılavuz için materyal hazırlanması istenmiştir. Görüşmelerde ele alınan konuların sadece teknoloji bağlantılı uyuşmazlıklar ya da adjudication için değil, hazırlanacak metinlerin daha hızlı ve etkin bir uyuşmazlık çözümüne hizmet temin edecek şekilde ele alınması belirtilmiştir. Bu bağlamda, Sekretarya’dan model kloz ve kılavuza ilişkin materyallerin mevcut UNCITRAL belgeleriyle nasıl birlikte ele alınacağını da gösteren bir çalışma yapması (model klozların nasıl Seri Tahkim Kuralları’nın ilgili hükümlerini değiştireceği) istenmiştir (A/CN.9/WG.II/LXXVI/CRP.1/Add.4, para 14).

Çalışma Grubu’nun rapora konu hususların görüşüleceği bir sonraki toplantısının New York’ta 6-10 Şubat 2023 tarihleri arasında gerçekleşeceği bilgisi paylaşılmıştır.

Av. Senem BAHÇEKAPILI VINCENZI

İTOTAM Genel Sekreteri