

T.C.

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK AÇISINDAN ARABULUCULUK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

EZGİ KARA

Tez Danışmanı

Prof. Dr. HATİCE ÖZDEMİR KOCASAKAL

NİSAN,2021

İNTİHAL SAYFASI

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum bu çalışmayı, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bu eserleri her kullanışmada alıntı yaparak yararlandığımı belirtir; bunu onurumla doğrularım.

Enstitü tarafından belli bir zamana bağlı olmaksızın, tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

Tarih : 21.04.2022

Ad Soyad : Ezgi Kara

ÖZET

Uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan en yaygın usul dava yolu olsa da, son yıllarda alternatif çözüm yöntemlerine de başvurular artmıştır. Arabuluculuk ise son yıllarda gerek milli gerekse milletlerarası alanda yaygınlaşmaya başlayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Arabuluculuk tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği uyuşmazlıklarda; sürece gönüllü olarak katıldıkları, gizlilik ilkesi dolayısıyla açıkça kendilerini ifade edebildikleri, sürecin kendi kontrollerinde olduğu ve uyuşmazlığın çözümünü kendilerinin yarattığı bir yöntem olması sebebiyle tercih edilmeye başlanmıştır. Ayrıca yargılama sürecine göre çok daha kısa sürede, daha az masrafla uyuşmazlıkların çözüme kavuşması ve dolayısıyla mahkeme yükünü de azaltması arabuluculuğun sağladığı faydalardandır.

Arabuluculuk türleri için farklı sınıflandırmalar yapılmakla birlikte uygulamada en çok karşılaşılan arabuluculuk türleri kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuktur. Arabuluculuk esasında iradi bir süreçtir. Bununla birlikte Türk hukuk sisteminde 2018 yılı itibarıyla dava şartı olarak arabuluculuk uygulanmaya başlamıştır. Yani taraflar bazı uyuşmazlık konularına ilişkin dava açmadan önce arabuluculuğa başvuracak, başvurmadığı takdirde dava usulden reddedilecektir.

Singapur Sözleşmesi milletlerarası ticari arabuluculuk neticesinde varılan sulh anlaşmalarının icra edilebilirliğini düzenler. Milletlerarası ticarette arabuluculuğun yaygınlaşmasını amaçlayan bu Sözleşme ile Sözleşme'ye taraf devletlerdeki gerçek veya tüzel kişiler yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarında bir başka ülke hukukunun uygulanması riskiyle karşılaşmak yerine arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıklarını çözebilecektir. Taraflar arasında yapılan sulh anlaşmasının icra edilebilir olmasıyla da arabuluculuk yönteminin tercih edilme ihtimali artacaktır. Singapur Sözleşmesi yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen New York Sözleşmesi'ni örnek olarak hazırlanmıştır. Türkiye Singapur Sözleşmesini imzalayan ülkelerden biri olup, TBMM tarafından da Sözleşme onaylanmıştır.

ABSTRACT

Although litigation is the most common method used to resolve disputes, applications to alternative dispute resolution in recent years. On the other hand, mediation has become an alternative dispute resolution that has widespread both in nationally and internationally areas. The parties started to be preferred mediation in their disputes due to they could participate the mediation process in voluntarily, they could enunciate themselves by means of privacy policy, they could remote the process and could resolve the dispute with their own creative method. Additionally mediation is shorter and cheaper than trial and mediation reduces the burden of the courts. These are benefits of the mediation.

Different classifications are made for types of mediation however the most common types of mediation are facilitative and evaluative in practice. Mediation is a voluntary process essentially. In Turkish legal system mediation cause of action started to be implemented as of 2018. In other words parties shall apply to mediation process on some disputes before open a case. If they do not apply to mediation process before, the case will be rejected.

The Singapore Convention regulates the enforceability of settlement agreements that reached as a result of international commercial mediation. This Convention aims to promote mediation in international trade and the parties in the contracting states will be able to resolve their disputes through mediation instead of facing the risk of applying the law of another country in their disputes involving foreign elements. The possibility of preferring the mediation method will increase with enforceability of the settlement agreement that is signed between the parties. The Singapore Convention is modeled from the New York Convention that regulates recognition and enforcement of foreign arbitral awards. Turkey is one of the countries that signed the Singapore Convention and ratified the Convention with the harmonization law accepted by the Turkish Grand National Assembly.

TEŞEKKÜR

Tez çalışmama ilişkin süreçte öncelikle tez danışmanlığı teklifimi kabul etme nezaketini gösteren ve tez çalışmamın her aşamasında öğretici ve destekleyici yaklaşımıyla daima destek olan Sayın Hocam Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal ile tez savunmamda jüri üyeliğini kabul eden ve değerli görüş ve eleştirileriyle tez çalışmamın gelişmesine katkı sunan Sayın hocalarım Prof. Dr. Mustafa Erkan ve Dr. Öğretim üyesi Hakan Hasırcı'ya teşekkür ederim. Pandemi sürecinde yaptığım tez çalışmamın zorluklarına benimle birlikte katlanan, maddi ve manevi desteğiyle yanımda olan eşime ve bu süreçte kendisiyle geçireceğim vakitten fedakarlık ederek yardımını esirgemeyen biricik kızıma, kızımla vakit geçirerek daha rahat çalışmamı sağlayan kız kardeşime, her zaman destekleriyle yanımda olan anneme ve her daim eksikliğini hissettiğim rahmetli babama teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL SAYFASI.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iii
TEŞEKKÜR.....	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
GENEL OLARAK ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ VE ARABULUCULUK.....	3
1 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri.....	3
1.1 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Kavramı	3
1.2 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Tarihçesi	5
1.3 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Özellikleri	6
2 Arabuluculuk Kavramı ve Özellikleri.....	7
2.1 Arabuluculuğun Tanımı	7
2.2 Arabuluculuğun Tarihçesi	9
2.3 Arabuluculuğun Temel İlkeleri	12
2.3.1 Gönüllülük	13
2.3.2 Eşitlik	14
2.3.3 Gizlilik	16
2.3.4 Tarafsızlık	18
2.3.5 Kontrolün taraflarda olması	21
2.4 Arabuluculuğun Olumlu ve Olumsuz Yönleri	22

3	Arabuluculuk Türleri	25
3.1	Faaliyet Türüne Göre Arabuluculuk.....	26
3.1.1	Kolaylaştırıcı Arabuluculuk (Faciliative Mediation).....	26
3.1.2	Değerlendirici Arabuluculuk (Evaluative Mediation)	27
3.1.3	Dönüştürücü Arabuluculuk (Transformative Mediation)	28
3.2	Uygulanacak Kanun Hükümlerine Göre Arabuluculuk Türleri	29
3.2.1	Adi (Geleneksel) Arabuluculuk	29
3.2.2	Nitelikli Arabuluculuk	30
3.3	Uyuşmazlığın Çözüm Yöntemine Göre Arabuluculuk Türleri	30
3.3.1	İhtiyari Arabuluculuk	31
3.3.2	Dava Şartı Olarak Arabuluculuk.....	32
3.3.2.1	Giriş	32
3.3.2.2	Kanunlaşma Süreci	33
3.3.2.3	Karşılaştırmalı Hukukta Örnekler.....	34
3.3.2.4	Dava Şartı Arabuluculuğun Gönüllülük İlkesi ve Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde İncelenmesi	35
3.3.2.4.1	İhlal Olduğuna İlişkin Görüşler.....	36
3.3.2.4.2	İhlal Olmadığına İlişkin Görüşler	38
3.3.2.4.3	Anayasa Mahkemesi'nin Görüşü	40
3.3.2.4.4	Görüşümüz	42
4	Arabuluculuğun Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Farklılıkları.....	43
4.1	Arabuluculuk ve Tahkim.....	43
4.1.1	Arabuluculuk-Tahkim (Mediation-Arbitration).....	49
4.1.2	Tahkim – Arabuluculuk (Arbitration-Mediation)	50

4.2	Arabuluculuk ve Uzlaştırma.....	50
4.3	Arabuluculuk ve Müzakere	52
4.4	Arabuluculuk ve Kısa Yargılama	52
	İKİNCİ BÖLÜM.....	54
	ARABULUCULUK FAALİYETİ ÇERÇEVESİNDE KURULAN SÖZLEŞMELER VE UYGULANACAK HUKUK.....	54
1	Arabuluculuk Sözleşmesi.....	54
1.1	Arabuluculuk Sözleşmesinin Tanımı	54
1.2	Arabuluculuk Sözleşmesinin Geçerliliği.....	55
1.3	Arabuluculuk Sözleşmesinin Bağlayıcılığı	56
1.3.1	Devlet Yargısı Açısından Bağlayıcılığı	56
1.3.2	Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb) Açısından Bağlayıcılığı.....	58
1.3.3	Görüşümüz	60
1.4	Arabuluculuk Sözleşmesinin Şekli.....	60
1.5	Arabuluculuk Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	62
1.5.1	Borçlar Hukuku (Maddi Hukuk) Sözleşmesi Görüşü	64
1.5.2	Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü.....	64
1.5.3	Karma (Çifte Nitelikli) Sözleşme Görüşü.....	66
1.5.4	Değerlendirme.....	67
1.6	Arabuluculuk Sözleşmesinde Uygulanacak Hukuk	68
1.6.1	Yabancılik Unsuru	68
1.6.2	Uygulanacak Hukukun Tespiti.....	70
1.6.3	Uygulanacak Hukukun Kapsamı.....	74
1.6.4	Kapsam Dışı Kalan Durumlar	76
1.6.4.1	Ehliyet.....	77

1.6.4.2	Şekil	80
1.6.5	Arabuluculuğa Elverişlilik	81
2	Arabulucu Sözleşmesi.....	85
2.1	Arabulucu Sözleşmesinin Tanımı	85
2.2	Arabulucu Sözleşmesinin Tarafları	86
2.3	Arabulucu Sözleşmesinin Esaslı Unsurları	87
2.4	Arabulucu Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	89
2.5	Arabulucu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk	93
2.5.1	Uygulanacak Hukukun Kapsamı.....	95
2.5.2	Uygulanacak Hukukun Kapsamı Dışında Kalan Unsurlar.....	96
2.5.2.1	Ehliyet.....	96
2.5.2.2	Şekil	98
2.6	Arabulucu Sözleşmesi ile Arabuluculuk Sözleşmesinin Farklılıkları.....	99
3	Arabuluculuk Anlaşma Belgesi	100
3.1	Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Tanımı	100
3.2	Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği	101
3.3	Arabuluculuk Anlaşma Belgesinde Yabancılik Unsuru.....	102
3.4	Arabuluculuk Anlaşma Belgesinde Ehliyet Unsuru.....	103
	ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	106
	SİNGAPUR ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ VE YABANCILIK UNSURU İÇEREN SULH ANLAŞMALARININ İCRASI	106
1	Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi'nin Amacı ve Uygulama Alanı.....	106
1.1	Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi'nin Tarihçesi	106
1.2	Singapur Sözleşmesi'nin Amacı	108
1.3	Singapur Sözleşmesi ile New York Sözleşmesi'nin Karşılaştırılması.....	109

1.4	Singapur Sözleşmesi Kapsamına Giren Sulh Anlaşmaları	114
1.4.1	Ticari Uyuşmazlık Şartı	114
1.4.2	Arbuluculuk Faaliyeti Neticesinde Oluşma Şartı	115
1.4.3	Yazılı Olma Şartı.....	119
1.4.4	Milletlerarası Nitelik Şartı	121
1.4.5	Kapsam Dışı Konulardan Olmama Şartı.....	125
2	Singapur Sözleşmesi Uyarınca Sulh Anlaşmalarının İcrası İçin Gereken Koşullar	128
2.1	Sulh Anlaşmasının İcra Kabiliyeti için Gerekli Belgeler	129
2.1.1	Taraflarca İmzalanmış Anlaşma	129
2.1.2	Sulh Anlaşmasının Arbuluculuk Neticesinde Oluşması	130
2.1.3	Sulh Anlaşmasının Tercüme Edilmesi	132
2.1.4	Yetkili Makamca İstenebilecek Diğer Belge ve Kanıtlar	133
2.2	Sulh Anlaşmasının İcrası Talebinin Reddi Sebepleri.....	134
2.2.1	Aleyhine Hukuki Yola Başvurulan Tarafın Talebi Üzerine Reddedilme Sebepleri	135
2.2.1.1	Tarafların Ehliyetsizliği	135
2.2.1.2	Sulh Anlaşmasının Hükümsüz, Etkisiz ya da Yerine Getirilemez Olması	139
2.2.1.3	Sulh Anlaşmasının Bağlayıcı veya Nihai Olmaması veya Değiştirilmemiş Olması	141
2.2.1.4	Sulh Anlaşmasının Sonradan Tadil Edilmiş Olması	142
2.2.1.5	Sulh Anlaşmasında Yer Alan Yükümlülüklerin İfa Edilmiş Olması	142
2.2.1.6	Sulh Anlaşmasının Açık veya Anlaşılabilir Olmaması	143
2.2.1.7	İcra Talebinin Sulh Anlaşması Hükümlerine Aykırı Olması	143

2.2.1.8 Arabulucunun Arabuluculuk Standartlarına Aykırı Davranması	144
2.2.1.9 Arabulucunun Tarafsız ve Bağımsız Olmaması	145
2.2.2 Hukuki Yola Başvurunun Re'sen Reddine Yol Açan Sebepler	146
2.2.2.1 Kamu Düzenine Aykırılık.....	146
2.2.2.2 Arabuluculuğa Elverişli Olmama	147
2.3 Singapur Sözleşmesi'nin Diğer Hükümleri.....	148
SONUÇ	152
KAYNAKÇA.....	157

KISALTMALAR

b	: Bent
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
c	: Cümle
E	: Esas
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
ICC	: International Chamber of Commerce (Milletlerarası Ticaret Odası)
ISTAC	: İstanbul Arbitration Center (İstanbul Tahkim Merkezi)
K	: Karar
m.	: Madde
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Öze Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
s	: Sayfa
S	: Sayı
T	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
vd.	: Ve devamı
Vol	: Volume
vs.	: Ve sair

GİRİŞ

Toplumun var olmasıyla beraber kişiler arasında anlaşmazlıkların ve uyuşmazlıkların çıkması kaçınılmazdır. Bu anlaşmazlıkların ve uyuşmazlıkların çözümü hukuk kurallarıyla mümkün olmaktadır. Kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümüyle de toplumun refahı ve toplum barışı sağlanmaktadır. Uyuşmazlıkların çözümünde ilk akla gelen usul yargılama usulüdür. Dava yolu hala asli ve öncelikli çözüm yolu olarak görülse de; günümüz koşullarında uyuşmazlıkların artması ve daha çok uzmanlık gerektiren bir niteliğe bürünmesi, mahkemelerin ve hakimlerin sayılarının yetersizliği, kişilerin ilişkilerini devam ettirmek istemeleri gibi sebeplerle yargı yolu kişilerin ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelmiştir. Bu sebeple toplumlar yargıya alternatif çözüm yolları aramaya ve bu çözüm yollarını kullanmaya başlamışlardır. Arabuluculuk son yıllarda gerek milli gerekse milletlerarası alanda yaygınlaşmaya başlayan bir alternatif çözüm yoludur.

Ülkemizde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 7 Haziran 2012 yılında kabul edilmiş ve arabuluculuğun uygulanması için önemli bir adım atılmıştır. Toplumda uzlaşma kültürünün yaygınlaştırılması, arabuluculuğun benimsenmesini sağlamak amacıyla da 2018 yılı itibariyle dava şartı olarak arabuluculuk Türk hukuk sistemine getirilmiştir. Önce işçi-işveren uyuşmazlıklarında uygulanmaya başlayan dava şartı arabuluculuk, 2019 yılı itibariyle ticari uyuşmazlıklarda, 2020 yılı itibariyle de tüketici uyuşmazlıklarında uygulanmaya başlamıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, arabuluculuk kavramı ve özellikleri ile arabuluculuk türleri hakkında genel bilgi verilecek, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla arabuluculuk arasındaki farklardan bahsedilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kurulacak sözleşmeler olan arabuluculuk sözleşmesi, arabulucu sözleşmesi ve arabuluculuk anlaşma belgesi kavramları, hukuki nitelikleri ve yabancılik unsurunu barındırması halinde bu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti detaylı olarak anlatılacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde arabuluculuk faaliyeti neticesinde meydana gelen milletlerarası niteliği haiz arabuluculuk anlaşma belgelerinin başka bir taraf

devlette icrasını yani sınır ötesi icrayı mümkün kılan “Singapur Sözleşmesi” detaylı olarak incelenecektir. Bu bölümde sırasıyla “Singapur Sözleşmesi” kapsamına giren anlaşma belgeleri ve Singapur Sözleşmesi’nin uygulanması için gerekli usuli şartlar anlatılacaktır.

Çalışma genel bir değerlendirilmenin yapıldığı sonuç bölümüyle tamamlanacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ VE ARABULUCULUK

1 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Toplumsal hayatta insanların birbirleriyle sosyal ilişkiler kurması sonucunda birbirinden farklı fikirler, talepler, ihtiyaçlar ve hırslar ortaya çıkar¹. İki veya daha fazla kişinin fikirleri, ihtiyaçları ve menfaatlerinin farklılığı dolayısıyla çelişkilerin ortaya çıkması, anlaşmazlıkların meydana gelmesi ve bunların ortak noktada buluşamaması halinde de çatışmaların çıkması kaçınılmazdır. Uyuşmazlık hukuken korunan bir hakkın, menfaatin ihlal edilmesi veya hukuk düzeni tarafından inşa edilen menfaat dengesinin zarar görmesiyle meydana gelir². Buna göre iki veya daha fazla şahsın çıkarlarının karşı karşıya gelmesi ve bu çıkarların ortak bir noktada buluşamaması halinde uyuşmazlığın varlığından söz edebiliriz. Birlikte yaşama ve toplumsal hayatımızın doğal bir neticesi olan uyuşmazlıkların, doğru ve etkili usullerle çözümlenip sonuçlandırılması ile sosyal refahın temini ve ilerleme mümkün olabilecektir. Aksi halde sonuçlandırılmayan ya da yanlış ve etkisiz bir şekilde sonuçlandırılan uyuşmazlıklar, toplumsal hayatta büyük zararlara neden olacaktır. Nitekim hukuk sistemleri de kurallar koyarak toplumun bir arada uyum içinde yaşamasını sağlamaya çalışırken, meydana gelen uyuşmazlıkları da çözmeyi amaçlar. Devletler, kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklar ve kendi organları olan idare ile kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklarda çözümü mahkemeler vasıtasıyla sağlamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9. maddesi uyarınca da “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.*”

1.1 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Kavramı

Yargılama yetkisi mahkemelerde olmakla birlikte bazı uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yollara başvurulmakta ve hukuk literatüründe bu yollar alternatif uyuşmazlık

¹ Şanlı, Cemal: “Milletlerarası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, B. 6, İstanbul, 2016, s.461.

² Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet: “Medeni Usul Hukuku”, B.6, İstanbul, 2018, s.41.

çözüm yöntemleri³ olarak belirtilmektedir⁴. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, taraflar arasında doğan bir uyuşmazlığın çözümü için, devlet mahkemelerindeki yargılama faaliyetinin haricinde alternatif bir yol olarak tercih edilen, çoğunlukla tarafsız bir üçüncü kişinin mevcut uyuşmazlığı çözmek için taraflara yardımcı olduğu, gönüllülük esasına dayanan yöntemler bütünüdür⁵. Öğretideki bir diğer tanıma göre, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri dava yolunun kullanıldığı süreç içinde veya dışında, ihtiyari veya zorunlu olarak başvurulabilen, mevcut uyuşmazlığın tarafsız üçüncü kişi veya kişilerin katkısıyla sona erdirilmeye çalışıldığı ve kural olarak bulunan çözümün bağlayıcı olmadığı yöntemlerdir⁶.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri için 4C kavramı kullanılmakta olup, bu kavramlar consensus (fikir birliği), continuity (süreklilik), control (kontrol) ve confidentiality (gizlilik) şeklinde ifade edilir⁷. Bu dört kavram, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genel özelliklerini yansıtmaktadır. “*Fikir birliği*” kavramı tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurusu ve sürecin yürütülmesi hususunda mutabık kalmalarını, sürecin tarafların iradesiyle şekillendiğini ifade eder.

³ Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, alternatif uyuşmazlık çözümü, uyuşmazlık çözüm yöntemleri gibi farklı şekillerde de ifade edilmektedir. Bkz., Özbek, Mustafa: “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, C. 1, 4. Baskı, Ankara 2016, (AUÇ) s. 200.

⁴ Özbek, “AUÇ”, s. 191; Ildır, Gülgün: “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, Ankara 2003, (AUÇ) s. 21; Tanrıver, Süha: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan”, Ankara 2006, s. 821-842, (Sosyolojik Bakış), s. 821; Kekeç, Elif Kısmet: “Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler”, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 11; Yazıcı Tıktık, Çiğdem: “Arabuluculukta Gizliliğin Korunması”, İstanbul 2013, s. 5; Taşpolat Tuğsavul, Melis: “Türk Hukukunda Arabuluculuk”, Ankara 2012, s. 22; Dür, Orhan: “Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri”, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 5; Sevim, Onur Utku: “Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk”, Ankara 2016, s. 7; Özümucu, Seda: “Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış”, 3. Baskı, İstanbul 2013, (Uzakdoğu’da Arabuluculuk), s. 237; Bulur, Alper: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, ABD, S. 4, 2007, s. 30-48, s. 31; Özbay, İbrahim: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, EÜHFD., C. X, S. 3-4, s. 459-475, 2006, s. 459.

⁵ Tanrıver, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 64, 2006, s. 151-178, (Arabuluculuk), s. 151; Özbek, AUÇ, s. 191.

⁶ Ildır, “AUÇ”, s. 30; Özbay, s. 460; Ildır, Gülgün: “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı”, Ankara 2005, s. 385-401 (Hak Arama Özgürlüğü), s. 392.

⁷ Yıldırım, M. Kamil: “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan”, İstanbul 2007, s.349; Konuralp, Cengiz Serhat: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp> (Erişim tarihi: 20.03.2022), s. 13.

Tarafların çözüme varmak için süreç içerisindeki etkin rolleri “kontrol” kavramını açıklar. “Süreklilik” kavramı uyuşmazlığın çözümü esnasında ve sonrasında, tarafların ilişkilerinin sağlıklı olarak devam etmesini ifade eder. “Gizlilik” kavramı ise yargılamadaki alenilik ilkesinin aksine, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde mevcut uyuşmazlık ve bu uyuşmazlığa ilişkin bilgi ve belgelerin taraflar ve vekilleri ile uyuşmazlığın çözümünde üçüncü kişinin katılımı halinde o kişinin arasında gizli kalmasını açıklamaktadır⁸.

1.2 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Tarihçesi

Türk hukuk literatürüne İngilizce “*Alternative Dispute Resolution*” (ADR) kavramının Türkçe’ye çevirisiyle geçen⁹ alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yüzyıllardan bu yana geleneksel manada bütün uygarlıklarda belirli şekillerde uygulanmıştır. Anglo Sakson hukuku ise modern manada alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temelini oluşturmaktadır¹⁰. Nitekim alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ilk kez Amerika Birleşik Devletleri’nde kullanılmaya başlanmış ve Birleşik Krallık’ta gelişim göstermiştir. Amerika Birleşik Devletleri’nde 1940’lı yıllarda toplu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda ilk kez profesyonel manada alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuk faaliyeti yürütülmüştür. 1976 yılında

⁸ İlhan, Onur: “Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi”, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya 2020, s. 5.

⁹ Yazıcı Tıktık, s. 5; Konuralp, s. 6; Taşpolat Tuğsavul, s. 21.

¹⁰ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin doğuşunu etkileyen “adalete erişim akımı (access to justice movement)”, 1960 yılından itibaren Amerika Birleşik Devletleri’nde gelişme göstermiş ve medenî usul hukukunda uzun süreden beri hâkim olan ve hukuku “devlet tarafından ihdas edilen durağan kurallar sistemi” olarak tanımlayan şekli yaklaşıma tepki olarak ortaya çıkmıştır. Adalete erişim akımı sebebiyle yapılan adalet reformlarından en önemlisi, bu reformların sosyal amaçlarını gerçekleştirebilmek ve mahkemelerin yapısını değiştirebilmek amacıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini teşvik etmektir. Liberal bir anlayışa dayanan ABD ve diğer Anglo-Sakson ülkeleri, bu anlayışla bütünleşen modern anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin doğup geliştiği yerler olmuştur. Zira, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, liberal hukuk ideolojisinin sağlam temeller üzerinde kurumsallaştığı yerlerde varlığını sürdürüp gelişmiştir. Bkz., Özbek, “AUÇ”, s. 240 vd; Şahin Ceylan, Şule: “Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, İstanbul, 2009, s. 251. Ayrıca, mahkeme yargılamasına gerçek anlamda bir alternatif teşkil eden tahkimin kökeni de, İngiliz hukukunda, tacirler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü amacıyla bu alanda örf-adet kurallarına dayanan ticaret hukukunun oluşumuyla doğmuştur. Ticarî uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün geçmişi 17. yüzyıla kadar gitmektedir. Bkz., Özbek, “AUÇ”, s. 248-249. Görüldüğü gibi, modern/ profesyonel anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ilk olarak ABD ve Birleşik Krallık’ta ortaya çıkmıştır. Bu hukuk sistemlerinin yapısı ve liberal devlet anlayışının getirdiği bir ortam, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanılmasına elverişli olmuştur.

Amerika Barolar Birliği tarafından düzenlenen bir konferansta pilot bölgeler için arabuluculuk ve tahkim uygulamalarının tavsiyesi kararı ise alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gelişimine yoğun katkı sağlamıştır¹¹. Globalleşen dünyada Kıta Avrupası'nda da hızla yayılmaya başlayan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri uygulamada tercih edilmeye başlayan bir yöntem haline gelmiştir¹².

1.3 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Özellikleri

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genel özelliklerinden kısaca bahsetmek gerekirse; ilk olarak bu yöntemlerde tarafların iradesi önemli bir unsur olup, taraflar mevcut uyuşmazlıklarını çözmek için bu yöntemlere gönüllü olarak başvururlar. İkinci özellik, bu yöntemlerle çözüme kavuşturulan uyuşmazlıkların kural olarak tarafları bağlayıcı nitelikte olmamasıdır¹³. Ancak bir istisnai durumu burada belirtmek gerekmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan tahkimde, süreç sonunda hakem tarafından verilen karar tıpkı yargılama sonunda verilen hakim kararı gibi bağlayıcıdır. Bu sebeple de öğretideki bazı görüşlere göre tahkim, dava yoluna benzetilmekte ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında yer almadığı ileri sürülmektedir¹⁴.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ifadesinin yargının yerine kullanılan bir yöntem olarak algılanması söz konusu olsa da, gerek Kanun'un genel gerekçesinde gerek öğretide bu yöntemin yargının yerine kullanılan bir araç olmadığı vurgulanmıştır. Nitekim Kanun'un genel gerekçesinde *“alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yargı sistemine rakip olmadığı, bu yöntemlerin amacının yargı yoluna başvuruyu engellemekten ziyade yargı erkinin bağımsızlığına müdahale etmeden uyuşmazlıkların daha yalın ve kolay bir şekilde çözümlenmesi olduğu”* ifade edilmiştir¹⁵. Öğretide de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yargı sisteminin yerine kullanılmaya çalışılan

¹¹ Özbek, “AUÇ”, s. 248-249; Özbay, s. 462.

¹² Bulur, s. 31; Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 151.

¹³ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 151; Özbay, s. 464.

¹⁴ Özbek, “AUÇ”, s. 211; Pekcanitez, Hakan, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, HPD., S. 5, 2005, s. 12-16, s. 15; Ildır, “AUÇ”, s. 61; Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 171; Ildır, “Hak Arama Özgürlüğü”, s. 387, dn. 3.

¹⁵ <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> (Erişim tarihi 20.03.2022).

veya onunla yarışan bir süreç olmadığı, bilakis yargıyı destekleyen bir yöntem olduğu, “*alternatif*” kelimesiyle bu çözüm yönteminin yargı organlarını destekleyen tali yönünün altının çizildiği belirtilmiştir¹⁶. Nitekim uzlaştırma, arabuluculuk gibi bazı alternatif çözüm yöntemlerinin dava süreci içerisinde de kullanılması bu yöntemlerin yargıya alternatif olmadığını göstermektedir. Burada “*alternatif*” kelimesi tarafların sahip olduğu seçenekleri ifade etmek için kullanılmaktadır¹⁷.

Kanaatimizce de tahkimin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrı tutulması gerektiğini düşünmekle birlikte “*alternatif uyuşmazlık çözüm yolları*” ifadesi yerine “*Dostane Uyuşmazlık Çözüm Yolları*”¹⁸ veya “*mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolları*”¹⁹ ifadesinin kullanılması daha uygun olacaktır. Dolayısıyla bu yöntemlerin toplumda daha anlaşılabilir hale geleceği, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ve özellikle arabuluculuk yönteminin yargının yerine geçtiği eleştirilerini de biraz azaltabileceği görüşündeyiz.

2 Arabuluculuk Kavramı ve Özellikleri

2.1 Arabuluculuğun Tanımı

Araya girmek, ortada olmak²⁰ manasına gelen Latince “*mediare*” kelimesinden türetilen arabuluculuk (mediation); uyuşmazlığın sonlandırılması amacı ile aranın bulunması (aracılık) etkinliğidir²¹. Arabuluculuk kavramının içinde geçen ara kelimesi; iki şeyi birbirinden ayıran uzaklık anlamına gelir. Arabuluculuk faaliyetinde maksat; tarafları birbirinden uzaklaştıran aranın öncelikle tespiti ve akabinde ortadan kaldırılarak tarafların yakınlaşmasının sağlanmasıdır. Tarafların tümü için vazgeçilemez vasıftaki

¹⁶ Özbek, “AUÇ”, s. 176-177; Yazıcı Tıktık, s. 5-6.

¹⁷ Ekşi, Nuray: “Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları”, İstanbul Ekim 2015, (Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri), s. 3.

¹⁸ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 155; Dür, s. 8; Kaplan, Yavuz, “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış”, MHBD, Y. 28, S. 1- 2, 2008, s. 121.

¹⁹ Ekşi, “Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri”, s. 4.

²⁰ Ildır, s. 78, dn. 2; Yazıcı Tıktık, s. 6; Taşpolat Tuğsavul, s. 21, dn. 2; Sevim, s. 29; Dür, s. 10; Ertürk, Mustafa, “Arabuluculuk Sözleşmesi”, Ankara 2019, s. 26; Özmumcu, “Uzakdoğu’da Arabuluculuk”, s. 276.

²¹ Şahin, s. 45.

menfaatlerinden feragat etmeden orta yolun bulunması ile arabuluculuk vasıtasıyla amaca ulaşılmış ve tarafların arası bulunmuş olur²².

Arabuluculuk tanımları mevcut yasal düzenlemelerde de yapılmıştır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK).m.2'ye göre arabuluculuk, *“sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”*dir. Yine 2002 yılında Birleşmiş Milletler'in yayınladığı Milletlerarası Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanun'da da arabuluculuk *“tarafların aralarındaki sözleşme veya mevcut hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlıklarının barışçı yollarla ortadan kaldırılması için üçüncü kişi veya kişilerin yardımına başvurması”* olarak tanımlanmıştır.

Genel bir açıklamayla ifade etmek gerekirse; arabuluculuk, uyuşmazlığın sonlandırılması için gönüllü, etkin, yansız ve yetkili bir arabulucunun yürüttüğü ve çözüme kavuşturduğu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi çeşididir. Yukarıda açıklanan uyuşmazlık kavramı ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kapsamında başka bir tanım yapmak gerekirse arabuluculuk; tarafların birbirleri ile görüşüp konuşarak kendi çözüm yöntemlerini bulmaları için bağımsız ve yansız üçüncü bir şahsın aracılığıyla iletişim kurmalarının kolaylaştırıldığı, gönüllülüğe dayanan bir yöntemdir²³.

Yapılan tanımlamalarda görüldüğü üzere arabuluculuk usulünde, uyuşmazlığın kesin olarak çözümlenmesi hedeflenmemekte ve yargısal bir faaliyet söz konusu olmamaktadır. Taraflar arasındaki çözüme ulaşmamış, sonucu belli olmayan uyuşmazlık

²² Yazar, Güven: “Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk”, 1. Baskı, İstanbul Ekim 2019, Oniki Levha Yayıncılık, s. 7.

²³ Benzer tanımlar için bkz.: Ersen Perçin, Gizem: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 31, S. 2, 2011, s. 177; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 607-608; Ildır, “AUÇ”, s. 88 vd.; Özümücü, “Uzakdoğu’da Arabuluculuk”, s.19 vd.; Yılmaz, Ejder: “Hukuk Sözlüğü”, B. 10, Ankara 2011, s. 97 (Sözlük); Kekeç, s. 23 vd.; Brown, Henry / Marriot, Arthur: “ADR Principles and Practice, London” 1999, s. 127.

için; arabulucudan sorunun kaynağına odaklanılmasını sağlaması, taraflar arasında gelişen gerilimi gidermesi ve problemin çözülmesi için belirli iletişim teknikleri dahilinde hareket etmesi beklenir. Arabulucunun görevi taraflar arasındaki uyuşmazlığı kendisinin çözmesi değil, tarafların bir çözüm getirmesini sağlamaktır²⁴. Çünkü burada amaç tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri, kamu düzeni kapsamına girmeyen uyuşmazlıkların imkan dahilinde adli bir probleme dönüşmeden önce tarafların birbirleri ile iletişimlerinin kurulmasını sağlamaktır. Ardından uyuşmazlığın çözümüne katkısı olacak imkanları oluşturmak ve gerekli durumlarda taraflarca çözüm üretilemediğinin anlaşıldığı alanlarda devreye girip çözüm önerisi sunarak sorunların çözümünde katkı sağlamaktır²⁵.

2.2 Arabuluculuğun Tarihçesi

İnsanlar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların üçüncü kişilerin katkı ve desteği ile çözüme kavuşturulması için yapılan faaliyetlerin tarihsel gelişiminin, insanlık tarihinin başlangıcına dayandığı söylenebilir. Fakat bu tür faaliyetlerin kurumsal bir yapı tarzında ortaya çıkışı M.Ö. 3000 yıllarında egemen olan Mısır, Babil ve Asur medeniyetlerinde olmuştur. Benzer şekilde arabuluculuğun Yunan ve Roma adalet sistemlerinde de sahip olduğu yer önemlidir²⁶. Eski Yunan düşünürleri Aristoteles ve Cicero arabuluculuk faaliyetlerini mitolojik kavramlarla teşvik ederken; Uzak Doğu’da Çinli düşünür Konfüçyüs’ün düşünce sisteminde, arabuluculuk faaliyeti doğmuş olan uyuşmazlığın çözümünde kullanılan bir yöntem olmanın yanı sıra, uyuşmazlık doğmadan önce uyuşmazlığı önlemek için de kullanılan bir yöntem olmuştur²⁷. Geleneksel olarak eski devirlerden itibaren görünür olan arabuluculuk faaliyetinin güncel hukuk düzenlerinde sistemli bir şekilde uygulama alanı bulması öncelikle Anglo-Sakson hukuk sisteminde olmuştur. Globalleşme ile birlikte arabuluculuk sistemi Kıta Avrupası ülkelerinde de

²⁴ Ildır, “Hak Arama Özgürlüğü”, s. 100; Tanrıver, Süha: “Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Makalelerim II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 184.

²⁵ Kekeç, s. 26.

²⁶ Özbek, “AUÇ”, s. 590.

²⁷ Özmumcu, “Uzakdoğu’da Arabuluculuk”, s. 337.

yaygınlaşmıştır²⁸. Yani geleneksel olarak en eski devirlerden beri uygulana gelen arabuluculuk kurumu yeni, modern bir kurum olarak ortaya çıkmaktadır.

Profesyonel manada arabuluculuk Amerika’da 1900’lerin başında ortaya çıkmakla birlikte 1960’ların sonlarında arabuluculuğa ilgi artmıştır²⁹. 1980’lere gelindiğinde uyuşmazlık çözüm yasası çıkartılmış ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle ilgili bakış açısı değişerek bu yöntemlerin ulusal boyutta adalet bakanlığı tarafından yönetilmesi düzenlenmiştir³⁰.

İngiltere’de 1896’da yapılan düzenlemeyle kullanılmaya başlanan arabuluculuğun gelişimi ise 1990’lı yıllardadır. 1995 ve 1996 yıllarında yayınlanan Lord Woolf’un ara raporları ve Adalet Erişim Nihai Raporlarında yargılamadaki sorunların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle aşılabileceğinin ifade edilmesi arabuluculuğun gelişiminde önemli bir rol oynamıştır³¹.

Fransa’da 1700’lü yıllarda, Fransız ihtilali zamanlarında arabuluculuk uygulanmaktaydı. Şöyle ki; ilk derece mahkemelerinin görevi kapsamındaki tüm davalarda sulh hakimlerince zorunlu şekilde yargısal arabuluculuk faaliyeti yürütülmekteydi. Bir anlaşma sağlanmadığı takdirde taraflar çözüm için hukuk mahkemesine başvururdu³².

Almanya’da 1990’ların sonuna kadar arabuluculuğa pek ilgi duyulmamıştır. Bununla birlikte 1979 yılında düzenlenen hakimler toplantısında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve arabuluculuğun yargısal verimin artmasında yarar sağlayabileceği ifade edilmiştir. 1999 yılında ise Federal Parlamento, mahkeme bağlantılı arabuluculuk

²⁸Bulur, s. 31; Ekşi, “Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri”, s. 20; Erkan, Mustafa: “Arbuluculuk ve Singapur Sözleşmesi”, İstanbul 2020, s. 15.

²⁹ Moore, Christopher W: “The Mediation Process, Practical Strategies For Resolving Conflict”, Third Edition, San Francisco 2003, s.23

³⁰ Folberg, Jay/Taylor, Alison: “Mediation, A Comprehensive Guide to Resolve Conflicts Without Litigation”, San Francisco, 1984, s. 5-6.

³¹ Kekeç, s. 32

³² Özbek, Mustafa: “Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması İçin Öngörülen Tedbirler”, AÜHFD/2006, C. LV, S.1, s.207-292 (Tedbirler), s. 239.

konusunda eyaletlere yasal düzenlemeler yapma yetkisi vermiştir. Böylece arabuluculuğun gelişimi ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmıştır³³.

Anglo-Sakson ülkelerine göre Avrupa’da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hızlı bir şekilde yaygınlaşmamıştır. Bunun sebepleri ise Avrupa’da ortak bir dilin olmaması, Anglo-Sakson ülkelere göre yargılama maliyetlerinin daha az ve yargılama usulünün daha basit olması gibi hususlardır³⁴. Fakat globalleşen dünya ile milletlerarası ticaretin yaygınlaşması, ticarete pratik ve hızlı olmak, güvenli ilişkiler tesis etmek gerekliliği sebebiyle Avrupa’da da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin önemi anlaşılmış ve yaygınlaşmıştır³⁵. Nitekim 2002 yılında Avrupa Komisyonu tarafından Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap³⁶ hazırlanmıştır. Bu kitapta alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin Avrupa Birliği’ndeki durumu araştırılarak adalete erişimde bir vasıta olması benimsenmiştir³⁷. Yine 2008 tarihinde Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir³⁸. Global dünyada gelişim gösteren alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle ilgili milletlerarası alanda en önemli düzenlemelerden birisi de 2002 yılında Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL-United Nations Commission on International Trade Law) tarafından kabul edilen Milletlerarası Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanun’dur³⁹. Yine milletlerarası ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk faaliyeti kapsamında sonlandırılması için milletlerarası tahkim sahasında hizmet veren Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), Çin Milletlerarası Ekonomik ve Ticaret Tahkim Komisyonu (CIETAC) ve Dünya Fikri

³³ Alexander, Nadja: “German Law Paves the Way for Mandatory Mediation” The ADR Bulletin, February 2000, s. 87-88 (German Law), s. 87.

³⁴ Özbek, “AUÇ”, s. 185.

³⁵ Tanrıver, “Sosyolojik Bakış”, s. 821.

³⁶ Commission of the European Communities: Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, Brussels 2002.

³⁷ Özbek, Mustafa: “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, TBBD, S. 68, Ocak-Şubat 2007, s. 265-320 (Avrupa Birliğinde AUÇ), s. 264.

³⁸ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters

³⁹ United Nations: UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation Guide to Enactment and Use, New York 2004.

Mülkiyet Örgütü (WIPO) gibi köklü milletlerarası kuruluşlar da arabuluculuk konusunda birtakım kurallar düzenlemişlerdir⁴⁰.

Ülkemizde de arabuluculuk yeni bir kavram olmayıp taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde arabulma ve tarafları barıştırma yöntemi Osmanlı İmparatorluğu'ndan bu yana uygulanan bir yöntemdir. Ancak profesyonel manada arabuluculuk ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanılması oldukça yeni bir uygulamadır⁴¹. Ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanılması hususundaki en önemli düzenleme 7 Haziran 2012 yılında kabul edilerek 22 Haziran 2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁴² (HUAKE)'dur⁴³. Avusturya, Almanya gibi ülkeler mevzuatında da arabuluculuk özel kanunlar çerçevesinde değerlendirilmiştir⁴⁴. HUAKE tasarısı hazırlanırken UNCITRAL Model Kanun ve Avrupa Birliği Direktif Tasarısı haricinde Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Hakkında Yeşil Kitap ile Macaristan, Bulgaristan, Avusturya, Almanya ve Slovakya'nın arabuluculuğa ilişkin kanun çalışmaları incelenmiştir. Ayrıca Amerika, İngiltere, İspanya, İtalya, Hollanda ve Kanada'daki uzmanlardan görüşler alınmış, mukayeseli hukuktaki gelişmeler takip edilmiştir⁴⁵.

2.3 Arabuluculuğun Temel İlkeleri

HUAKE'nin ikinci bölümünde “arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler” başlığı altında düzenlenmiş olan ilkeler arabuluculuğun ruhunu ve amacını yansıtmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında en sık başvuru alan yöntem⁴⁶ olan arabuluculuğa ilişkin bu ilkeler arabuluculuğun özünü oluşturmaktadır. Arabuluculukla birlikte diğer

⁴⁰ Öztürk, Necla: “Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2015, C. 31, S. 2, s. 217.

⁴¹ Kekeç, s. 36.

⁴² RG: 22.06.2012-28331. Bundan sonra Kanun olarak anılacaktır.

⁴³ HUAKE'nin genel gerekçesinde; Türk Hukuk sisteminde arabuluculuk konusunun HMK dahilinde düzenlenmesinin tasarlandığı; ancak genel bir kanun içinde düzenleme yapılması yerine, ayrı bir kanun içinde düzenlemeye tabi olmasının yerinde bir yaklaşım olarak benimsendiği belirtilmiştir.

⁴⁴ Atış, İrfan: “Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi”, Sakarya İktisat Dergisi Cilt 8, Sayı 1, 2019, s. 74-84.

⁴⁵ Kekeç, s. 38.

⁴⁶ Tuğsavul, s. 21.

alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini de kapsayan bu ilkeler tüm dünyada geçerli olan, evrensel nitelikte ilkelere aittir.

2.3.1 Gönüllülük

HUAK'ın ikinci bölümünde düzenlenen arabuluculuğun temel ilkelerinden ilki ve arabuluculuğun varoluş amacını teşkil eden en önemli ilkedir. HUAK m.3'ün başlığı *“iradi olma ve eşitlik”* olup 1. fıkranın ilk cümlesi *“Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler”* şeklinde düzenlenmiştir. Nitekim Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUKUKY) m.5'de de aynı başlık altında *“ Tarafların, arabulucuya başvurma, süreci devam ettirme, sonuçlandırma veya bu süreçten vazgeçme hususlarında tamamen serbest oldukları, öncelikle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırma konusunda anlaşacakları ”* düzenlenmiştir. Yine ilgili maddede *“ Tarafların, bu sürece zorla dahil edilemeyecekleri ve her aşamada uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmekten vazgeçebilecekleri ”* düzenlenmiştir. Bahsi geçen hükümlerden de anlaşılacağı üzere arabuluculuk süreci iradi yani gönüllülük esasına dayanan bir süreçtir⁴⁷. Taraflar arabuluculuğa başvurma, süreci devam ettirme ve anlaşma sağlama veya anlaşmama ve müzakere sürecinden vazgeçme konularında serbesttirler. Arabulucunun fonksiyonu taraflar arasındaki iletişimi sağlamak ve bir takım görüşme tekniklerini kullanarak tarafların birbirlerini anlamalarını sağlamaktır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın bir çözümü olacaksa bu çözüm ancak tarafların isteği ile mümkün olacaktır⁴⁸. Anlaşmak istemeyen tarafın arabulucuya başvurması, süreci devam ettirmesi ve anlaşmaya varması için zorlanması arabuluculuk kurumunun varoluş sebebine aykırı olup kavramsal olarak gönüllülük ilkesiyle bağdaşmaz⁴⁹. Nitekim Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel

⁴⁷ Tanrıver, Süha: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk”, Makalelerim II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, (AUÇ ve Arabuluculuk), s. 4.

⁴⁸ Özmumcu, Seda, “Usuli Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine Bir Değerlendirme, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. II, 2015, (Usuli Adalet), s. 1292.

⁴⁹ Erdoğan, Ersin/Erzurumlu, Nurbanu: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı”, İstanbul, 2016, s. 10.

Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından karşılaştırmalı hukuk göz önüne alınarak hazırlanan etik kurallar içerisinde de bu ilkeye vurgu yapılmıştır⁵⁰

Kanundaki düzenleme uyarınca arabuluculukta gönüllülük ilkesini arabuluculuk sürecine başvurmak, arabuluculuk sürecine devam etmek ve arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varmak şeklinde üç aşamada inceleyebiliriz. Arabuluculuğun temel prensibini oluşturan gönüllülük ilkesi yasal düzenlemelerle teminat altına alınan ve öğretide en çok bahsi geçen, en önemli ilkedir⁵¹. Kanaatimizce de arabuluculuk sürecinin başarılı olması ve tarafların anlaşma sağlaması için gönüllülük ilkesi önemli bir unsurdur. Zira taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı müzakere etmek için bir masada toplanmaya razı olmalılardır ki, uyuşmazlıkla ilgili çözüm üretebilsinler ve süreç sonunda anlaşma ihtimalleri ortaya çıkabilsin. Arabuluculuğa gönüllü olarak başlanmazsa, taraflar uyuşmazlığa ilişkin çözüm üretmek veya üretilen çözümleri değerlendirmek ve nihayetinde anlaşmaya varmak için müzakere etme isteğine sahip olmayacaktır.

2.3.2 Eşitlik

Eşitlik ilkesi uyuşmazlıkların gerek dava yoluyla gerekse alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle sona erdirilmesi sürecinde göz önünde bulundurulması gereken evrensel hukuk sisteminde kabul edilmiş bir ilkedir⁵². Nitekim Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu düzenlenmiştir.

Arabuluculuğun temel ilkelerinden eşitlik ilkesi HUAK m. 3/f.2'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre; *“Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler.”* Nitekim HUAK'ın gerekçesinde de ifade edildiği gibi, uyuşmazlık dava yolu veya alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından hangisiyle çözülsün tarafların kanun önünde eşit olması, eşit hakları haiz olması

⁵⁰“Türkiye Arabulucular Etik Kuralları, T.C. Adalet Bakanlığı, <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021075717T%C3%BCrkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallar%C4%B1.pdf>” (Erişim tarihi 20.03.2022).

⁵¹ “Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Nisan 2019”, s. 47; Albayrak, Hakan: “Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, Gaziantep University Journal of Social Sciences, 17 Etik Özel Sayı s: 12-24, s. 17.

⁵² Dür, s. 262.

gerekliliği göz önünde tutulmalıdır. Yine HUAKY m.5/f.2'de de eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre; *“Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse süreç boyunca eşit haklara sahiptirler. Taraflardan biri arabuluculuk sürecinin dışında bırakılamayacağı gibi söz hakkı da diğerine göre kısıtlanamaz.”* Kanun ve Yönetmelikte düzenlenen bu ilke arabuluculuk etik kuralları arasında da yerini almıştır.

Arabulucunun eşitlik ilkesini uygularken gerekli hassasiyeti ve dengeyi sağlaması gerekir. Taraflar arasında güç dengesi bozulduğunda arabuluculuk faaliyetleri sıhhatli bir şekilde yürütülemez ve olumsuz sonuçlara sebep olabilir. Güçsüz olan tarafın müzakereler esnasında menfaatlerini koruması, menfaatlerine uygun bir çözümü bulması güçtür. Haklarını bilmeyen, öz saygısı düşük, kaynak kullanımı yetersiz kişinin müzakere başarısı bu sürece hakim, yetkin ve bilgili bir kişinin karşısında oldukça azdır⁵³.

Eşitlik ilkesinin önemi ve arabulucunun bu konuda oldukça hassas ve dengeli davranması gereken hususlar uygulamada daha çok işçi-işveren uyuşmazlıklarında karşımıza çıkmaktadır. Bu uyuşmazlıklara ilişkin arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesinde; işçinin iradesinin arabuluculuk anlaşmalarına yansıtılamaması ihtimali, arabuluculuk görüşmelerinde ve anlaşmalarında tarafların konumları itibariyle eşitlik ilkesinin uygulanabilirliğinin gerçekçi olmaması, kanunun sağladığı hakların anlaşma belgesi ve arabuluculuk son tutanağı ile ortadan kalkması riski, arabuluculuk görüşmeleri esnasında işçinin iradesinin fesada uğraması ihtimaline ilişkin kaygılar mevcuttur⁵⁴. Ancak burada belirtmek gerekir ki; arabulucu, arabuluculuk toplantıları esnasında gabin (aşırı yararlanma) durumunun varlığını tespit ederse oturuma ara verme veya müzakere sürecini sona erdirmeye yetkisini haizdir. Zira gabin durumunun varlığına rağmen tarafların bir anlaşmaya varması, arabulucu ve taraflarca anlaşma belgesinin imzalanması halinde taraflarca Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 28’de düzenlenen *“aşırı yararlanma”* hükmü uyarınca söz konusu anlaşma belgesinin iptali için dava açılması mümkün olacaktır⁵⁵.

⁵³ Kekeç, s. 63.

⁵⁴ Korkusuz, Refik/Korkusuz, Halit M.: “İş Hukukunun Emredici Hükümlerine Aykırı İfa Edilen Zorunlu Arabulucu Anlaşmalarının Hukuki Durumu”, Adalet Dergisi, 2020/1 64. Sayı, s. 487vd.

⁵⁵ Akkan, Mine: “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018, s. 1-31, s. 22.

2.3.3 Gizlilik

Arabuluculuk sürecinde tarafların ileri sürdükleri bilgi, belge ve dokümanlar aksi kararlaştırılmadığı müddetçe gerek arabulucu tarafından, gerekse taraflar ve görüşmeye katılan diğer kişiler tarafından gizli tutulmak zorundadır (HUAK m.4, HUAKY m.6). Arabuluculuk sürecinde tarafların ileri sürdükleri görüş ve dokümanlar nedeni ile koruma altında olduklarını bilmeleri gizlilik gereğinin sonucudur. Bu sayede taraflar arabuluculuk sürecinde hem birbirleri ile hem de arabulucu ile serbest şekilde bilgi alışverişinde bulunabilirler. Taraflar hukuki uyuşmazlıklarının alenileşmesi ve müzakereler sırasında elde edilen bilgilerin ileride kendi aleyhlerine kullanılacağı kaygısını duyarsa, sürece temkinli, tereddütlü ve güvensiz bir şekilde devam edecektir⁵⁶. Dolayısıyla gerçek menfaatlerine odaklanamayacak, çözüm için işe yarayacak bilgileri yürütülen genel ve özel toplantılarda dile getiremeyecektir. Arabuluculuk sürecinin başarıyla neticelenmesi için tarafların sağlıklı bir iletişim kurmaları gerekir. Sağlıklı iletişim için ise tarafların kendilerini güvende hissetmeleri ve müzakereler esnasında aktarılan bilgilerin ileride olası bir yargılama sürecinde aleyhlerine kullanılmayacağını bilmeleri önem taşır. Dolayısıyla müzakereler sırasında tarafların yapmış olduğu teklifler, ikrarlar ve anlaşma önerileri yargılama sürecinde delil olarak kullanılamaz. Nitekim HUAK m. 5 uyarınca arabulucunun tanıklığına başvurulamayacağı ve bazı bilgi ve belgelere mahkemede delil olarak dayanılamayacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki; tarafların elinde olan veya elde edilmesi mümkün olan ve arabuluculuk görüşmeleri için özel olarak hazırlanmamış olan bir delil, mahkeme veya tahkim yargılamasında kullanılabilen geçerli delil niteliğindeyse; bu delilin daha önce arabuluculuk sürecinde kullanılması yargılama esnasında kabul edilemez delil niteliğinde olduğu anlamına gelmez⁵⁷. Örneğin taraflar arasında düzenlenmiş ve uyuşmazlığın konusunu düzenleyen sözleşme veya faturalar, sırf arabuluculuk görüşmelerinde sunulduğu için yargılamada kabul edilemez delil haline gelmez.

Sürecin sonunda herhangi bir anlaşmaya varılmasa dahi görüş ve dokümanlarının aleyhlerine kullanılmayacağı güvencesi, arabuluculuğun dava yoluna

⁵⁶ Özbek, “AUÇ”, s. 573; Kekeç, s. 80; Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Kitap, s. 52.

⁵⁷ Kekeç, s. 82; Özbek, “AUÇ”, s. 573-574; Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Kitap, s. 52.

göre olumlu sonuçlar vermesinde etkilidir⁵⁸. Ayrıca arabuluculuğun ölçülü ve esnek yapısı nedeni ile yaratıcı çözümlere ulaşılma ihtimali oldukça yüksektir⁵⁹. Çünkü hakim veya hakeme göre uyuşmazlık hakkında bir karara varması gerekli olmayan arabulucu sadece kabiliyeti nispetinde taraflara sorunlarını çözmelerinde yardım edecektir. HUAK m. 33 ise gizliliğin ihlali halinde bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişiye hukuki menfaati zarar gören kişinin şikayetine istinaden altı aya kadar hapis cezası uygulanacağını düzenlemektedir.

Gizlilik ilkesinin uygulandığı iki ilişki türü vardır. Birinci ilişki türünde gizlilik; taraflardan birisi ile arabulucu arasında yapılan özel görüşmede elde edilen bilgilerin tarafın açık muvafakati olmadan arabulucu tarafından karşı tarafa iletilmemesidir. İkinci ilişki türünde ise gizlilik; tarafların ve arabulucunun birlikte gerçekleştirdikleri genel görüşme esnasında elde edilen bilgi ve belgelerin üçüncü kişilere ifşa edilmemesini, arabuluculuk sürecinin alenileştirilmemesini ifade eder⁶⁰.

Bununla birlikte gizlilik ilkesinin belirli şartlarda bertaraf edilebileceği yine ilgili mevzuatta düzenlenmiştir. Bu şartlardan ilki tarafların rızasıdır. Kanun ve Yönetmeliğin “Gizlilik” başlıklı HUAK m. 4 ve HUAKY m. 6 hükümlerinde yer alan “aksi kararlaştırılmadıkça” ibaresi ile gizlilik ilkesinin uygulanması tarafların takdirine bırakılmıştır. Arabuluculuk süreci tarafların kontrolünde olan bir süreç olduğundan tarafların iradesi ile süreç aleni bir şekilde de yürütülebilir. Yani gizlilik ilkesine uyup uymamak tarafların takdirindedir⁶¹. Gizlilik ilkesini bertaraf eden bir diğer husus ise arabuluculuk süreci sonrasında varılan anlaşmanın icrasıdır. Taraflar HUAK m. 18 kapsamında anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi almak isteyebilirler. Anlaşmanın icra edilebilmesi için de içeriğinin anlaşılır olması gerekmektedir. Bu sebeple anlaşmanın icrası için gerekli ölçüde yapılan açıklamalar gizliliği ihlal etmeyecektir⁶². Gizliliğin bertaraf edilebileceği bir diğer istisna ise söz konusu bilgilerin kullanılmasının bir kanun hükmü tarafından emredilmesidir. Bu kapsamda arabuluculuk faaliyeti esnasında bir

⁵⁸ Yazıcı Tıktık, s. 2 vd.

⁵⁹ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 158.

⁶⁰ Kekeç, s. 78-79; Özbek, “AUÇ”, s. 575; Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Kitap, s. 51.

⁶¹ Yazıcı Tıktık, s. 58; Kekeç, s. 86

⁶² Kekeç, s. 87; Yazıcı Yıktık, s. 65.

suçun işlenmiş olduğu öğrenildiğinde, suçun bildirilmemesine ilişkin Türk Ceza Kanunu m. 279 hükmü uygulanabilecektir⁶³. Bu doğrultuda HUAK'da beyan ve belgelerin kullanılması yasağına üç istisna getirilmiştir. Söz konusu istisnalar mümkün oldukça dar kapsamda ve amaçla sınırlı kalmalıdır. Zira arabuluculuğun işlerliği için güvenilir olması gerekmektedir ve bu güveni destekleyen hususlardan biri de gizlilik ilkesidir⁶⁴.

Gizlilik hususundaki düzenlemelerle birlikte arabulucunun tanık olup olamayacağı hususuna da değinmek isteriz. Şöyle ki; Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 249 uyarınca *“Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler.”* hükmü düzenlenmiştir. Bununla birlikte HUAK m. 5 uyarınca hukuk davası açıldığında veya tahkime başvurulduğunda arabulucunun tanıklık yapamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla taraflar HMK m. 249 uyarınca sırrın açıklanmasına rıza gösterebilirler bile, arabulucu HUAK m. 5 uyarınca tarafların uyuşmazlığına ilişkin tanıklık yapmaya ve arabuluculuk faaliyeti esnasında öğrendiği bilgileri açıklamaya zorlanamaz. Arabulucunun tanıklıktan çekinme imtiyazı arabulucunun tarafsızlığının da zedelenmesini önlemektedir⁶⁵. Dolayısıyla hem arabulucu hem de tarafların menfaatini korumak için önemli bir imtiyazdır.

2.3.4 Tarafsızlık

Arabulucunun tarafsızlığını; görevini ifa ederken söz, tavır, davranış ve görünüşünde kendi duygularını, düşüncelerini, değerlerini müzakere sürecine yansıtmaması; yani kişisel değerlerini sürece dahil etmemesi olarak ifade edebiliriz⁶⁶.

Tarafsızlık ilkesi HUAK m. 9'da *“Görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi”* başlığı altında düzenlenmiş olup maddenin birinci fıkrası uyarınca arabulucu görevini özenle, tarafsız şekilde ve şahsen yerine getirecektir. Nitekim HUAK'ın 2.

⁶³ Yazıcı Tıktık, s. 69 vd.

⁶⁴ Kekeç, s. 87

⁶⁵ Özbek, “AUÇ”, s. 577-578; Kekeç, s. 83

⁶⁶ Kekeç, s. 64

maddesinde tanımlanmış olan arabuluculukta da “arabulucu; uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi” olarak düzenlenmiştir. Arabulucunun tarafsız ve bağımsız olması arabuluculuk sürecinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için gerekli olan temel özelliklerden birisidir. Tarafsız olamayan arabulucu süreci yönetmekte güçlük çeker ve etkin olamaz. Ayrıca taraflar, adalet duygularının sarsılması ve güvensizlik hissinin doğması sebebiyle kendilerine uygun bir çözüm üretmekten uzaklaşacaklar ve arabuluculuğun suistimal edilme riski oraya çıkacaktır⁶⁷.

Arabulucunun taraflara ve uyuşmazlık konusuna karşı tarafsız olması şeklinde iki unsur değerlendirilebilir. Uyuşmazlığın taraflarına karşı tarafsız olunması için arabulucunun tüm taraflara eşit mesafede durması, önyargısız davranması, birisinin lehine diğerinin aleyhine tavırlar sergilemekten kaçınması gerekir. Uyuşmazlığın konusu bakımından tarafsız olması için arabulucunun müzakere sonucunda varılan anlaşmada şahsi menfaatinin bulunmaması gerekir. Yani arabulucunun, taraflarla kişisel veya iş ilişkisi bulunmamalı ya da uyuşmazlığın konusu ve uyuşmazlığın neticesine ilişkin gerek maddi gerek manevi doğrudan veya dolaylı bir menfaatinin olmaması gerekir⁶⁸.

Nitekim bu hususa ilişkin HUAK m. 9/f.2'yi dayanak gösterebiliriz. İlgili fıkra hükmüne göre arabulucu olarak görevlendirilen kimsenin, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hal ve şartların varlığı halinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlü olduğu, yapılan bilgilendirmeye rağmen tarafların birlikte rıza göstermeleri halinde arabuluculuk görevini devam ettirebileceği düzenlenmektedir. Bu fıkra ile kanun koyucu arabulucuya bir yükümlülük getirmiştir⁶⁹. HUAK m.9/f.3'de ise arabulucunun taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Buradaki eşitlik ifadesiyle kastedilen taraflarla kurulan iletişim ile arabuluculuk faaliyetinin yürütüldüğü sürece ilişkin arabulucunun taraflara eşit davranması olup, yargılamaya ilişkin eşitlikten bahsedilmemektedir⁷⁰. HUAK m.9/f.4 uyarınca da arabulucunun görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak, daha sonra açılan davada

⁶⁷ Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Kitap, s. 54; Kocaoğlu, A. Mehmet, “Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu İngiltere Fransa Almanya İsveç ve Özellikle A.B.D. Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Olarak”, Ankara 1999, s. 54-55.

⁶⁸ Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Kitap, s. 54; Özbek, “AUÇ”, s. 564.

⁶⁹ Albayrak, s. 14.

⁷⁰ Kekeç, s. 63.

taraplardan birinin avukatlığını üstlenemeyeceği yer almaktadır. Bu madde hükmüyle de yine arabulucunun tarafsızlığının korunması amaçlanmıştır.

Arabulucu arabuluculuk faaliyeti esnasında tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine aykırı davrandığı takdirde, arabuluculuk sonucunda hazırlanan ve taraflar ile arabulucu tarafından imzalanan anlaşma belgesinin iptal edilme ihtimali ortaya çıkar. Burada tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine aykırılığa örnek teşkil edecek bir Yargıtay kararından bahsetmek isabetli olacaktır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 11/06/2019 tarih, 2019/3694 E. 2019/13040 K. nolu kararında davacı vekili arabuluculuk tutanağının geçersiz olduğu iddiasıyla kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti talebinde bulunmuştur. Yerel mahkemenin ve Bölge Adliye Mahkemesinin davayı reddetmesini takiben davacı vekilinin temyiz başvurusu neticesinde Yargıtay dosyayı incelemiş ve Bölge Adliye Mahkemesi ile İlk Derece Mahkemesinin kararlarını bozmuştur. Bu kararda arabulucunun davalı işyerinde avukat olarak çalıştığı ve bu hususta davacı işçiyi açıkça bilgilendirmemiş olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla arabulucunun tarafsızlığından şüpheye düşülecek hal ve şartlarda bu hususun açıkça belirtilmesi gerektiğini düzenleyen HUAK m. 9/2 ve arabulucunun taraflarla arasında herhangi bir menfaat ilişkisi veya çatışmasının bulunmaması gerektiğini düzenleyen Arabuluculuk Etik Kurallarının 4. maddesine aykırı davrandığına karar verilmiştir. Yine davacı işçi ve tanıklar arabulucunun müzakere sürecine katılmadığını, evrakların şirket çalışanları tarafından yaklaşık üç yüz işçiye sırayla imzalatıldığını beyan etmiştir. Mahkemenin incelemesi neticesinde arabulucunun usulüne uygun bir arabuluculuk süreci yürütmediği ve arabuluculuk anlaşma belgesini de mevzuata uygun düzenlenmediği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla Yargıtay 9. Hukuk Dairesi davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti yönünden işin esasına girilerek sonuca gidilmesi gerekirken, hukuken geçerli bir anlaşmanın varlığı kabul edilerek arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılan konularda dava açılmayacağı yönündeki gerekçeyle davanın usulden reddinin hatalı olduğuna ve ilk derece mahkemesi ile Bölge Adliye Mahkemesi kararlarının bozulmasına karar vermiştir⁷¹.

⁷¹ “<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>”(Erişim tarihi 20.03.2022).

2.3.5 Kontrolün taraflarda olması

Arabuluculuk; HUAK m.2'de yer alan tanımda da bahsedildiği gibi çeşitli sistematik tekniklerin uygulanmasıyla tarafların bir araya getirilerek birbirlerini anlamaları ve bu suretle kendi çözümlerini ürettikleri bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. İşte bu madde hükmündeki “*kendi çözümlerinin üretilmesi*” ifadesi arabuluculuğun tarafların kontrolünde olması ilkesinin dayanağıdır. Yargılama süreçlerinden farklı olarak, arabuluculukta taraflar, karar verme aşamasında etkin bir rol oynarlar⁷². Arabuluculuk görüşmelerinin başlaması, devamı ve sona ermesi hususunda irade serbestisi söz konusudur. Yine arabuluculuk görüşmelerinin neticesinde bir çözüme ulaşılarak anlaşmaya varılması veya anlaşma sağlanmaması yani karar verme yetkisi ve anlaşma şartlarını belirlemek tarafların kontrolünde olan bir süreçtir.

Çeşitli ülkelerde yapılan anketlerde tarafların arabuluculuğun olumlu yanlarından birisi olarak gördüğü bu ilke, taraflara kendi uyuşmazlıklarıyla ilgili sorumluluk alma imkanı sağlamaktadır⁷³. Anlaşma koşullarını tarafların kendisi belirlemiş ve kabul etmiş olduğundan, bu anlaşma taraflarca içselleştirildiğinden⁷⁴ tarafların bu anlaşmaya sadık kalmaları da beklenen neticelerdendir. Arabuluculuk faaliyetinin başlangıcından sonuna kadar her aşamada tarafların müzakere sürecini sona erdirmeye imkanı vardır. Dolayısıyla taraflar herhangi bir zorlama veya yönlendirme olmadan tamamen kendi iradeleriyle, içlerine sinen bir anlaşmaya vardıklarında anlaşma koşulları da tarafların ifa etmeye istekli olduğu edimler olacaktır. Eğer ki taraflardan birisi bile bu edimin ifası için istekli değilse taraflar arabuluculuk müzakerelerini anlaşmama şeklinde sona erdirmelidirler⁷⁵. Arabuluculuğun tarafların kontrolünde bir süreç olması arabulucunun yetkisinin de taraflardan kaynaklandığının göstergesidir. Arabulucu taraflarca kendisine açık veya zımni olarak verilen yetkiyle arabuluculuk faaliyetlerine başlar ve taraflardan birinin bu yetkiyi geri alması halinde arabuluculuk süreci sona erer.

⁷² Kekeç, s. 91-92.

⁷³ Folberg/Taylor s.8, 35; Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Kitap, s. 55.

⁷⁴ Kıyak, Emre: “Dönüştürücü Arabuluculuk – Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 190.

⁷⁵ Kıyak, Emre: “Tarafları Bağlayıcı Arabuluculuk Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Dava Açma Yasası Etkisi Üzerine Düşünceler” <https://blog.lexpera.com.tr/taraflari-baglayici-arabuluculuk-anlasmalarinin-hukuki-niteligi-ve-dava-acma-yasagi-etkisi-uzerine-dusunceler/#fn7> (Erişim Tarihi: 20.03.2022).

Tarafların uyuşmazlık çözüm sürecine üçüncü bir kişiyi dahil ederek çözüm sürecinde kendilerine yardımcı olmasını istemeleri arabuluculuk faaliyeti için önemli bir gerekliliktir⁷⁶. Nitekim HUAK m. 14 uyarınca da “*Başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir.*” hükmü düzenlenmiştir. Arabulucu dava şartı arabuluculuk yoluyla seçilmiş olsa bile tarafların bir çözüme ulaşarak veya ulaşmadan süreci sona erdirmeleri mümkündür. Taraflara verilen bu serbesti, arabuluculuk sürecinin kontrolünün taraflarda olmasından kaynaklanır⁷⁷. Bununla birlikte dava şartı olarak arabuluculuğun düzenlendiği HUAK m.18/A’nın 11. fıkrasında dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında ilk oturuma geçerli bir mazeret sunmaksızın katılmayan taraf için davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama masraflarının tamamından sorumlu tutulacağı ve bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmeyeceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu müeyyide arabuluculuk yönteminin gerektirdiği bir husus olmayıp, devlet tarafından arabuluculuğun tanınması, yaygınlaşması ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir.

2.4 Arabuluculuğun Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Yukarıda bahsettiğimiz arabuluculuğun temel ilkeleri doğrultusunda arabuluculuk yöntemi etkin faydalı yanlarının gözetilmesi ile hem milletlerarası hukuk hem de Türk hukukunda genişletilmiş düzenlemelere konu olmuştur. Öncelikle gönüllü katılım özelliği nedeni ile taraflar uyuşmazlık çözümüne aktif olarak katılabilmekte, problemlerin çözümü için kabiliyetli, uyuşmazlığa ilişkin bilgi ve tecrübe sahibi arabulucu seçimi yapma imkanı elde etmekte, böylece uyuşmazlığın çözümünde kolaylığa kavuşmaktadırlar. Uyuşmazlık konusunda uzman arabulucunun seçilmesi tarafları güvende hissettirecektir. Çünkü dava yolunda hakimin seçimi mümkün değildir ve mahkeme tarafından davacının taleplerini karşılamayan, davanın esası ile bağdaşmayan hükümlerin verilmesi ihtimali davacıyı endişelendirebilir⁷⁸.

⁷⁶ Kekeç, s.77.

⁷⁷ Özbek, “AUÇ”, s. 569.

⁷⁸ Yazar, s. 11-12; Ildır, “AUÇ”, s. 57; Özbek, “AUÇ”, s. 288; Kekeç, s. 90.

Arabuluculuk yargılamaya kıyasla süratli olması, zamandan tasarruf sağlaması dolayısıyla daha az emek sarf edilmesi ve maliyetlerin azalması nedenleriyle tarafların seçtiği bir uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmiştir. Nitekim “*en kötü uzlaşma, en iyi yargısal çözümden iyidir*” düşüncesiyle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri tercih edilmektedir⁷⁹.

Tarafların arabuluculuk müzakere sürecinde menfaatlerini, elde edecekleri kazanımlar ile meydana gelecek zararları sağlıklı bir şekilde değerlendirme fırsatlarının olması ve arabuluculuk müzakereleri esnasında yaptıkları açıklamalarla müzakere sonucunda kendi rızalarıyla verdikleri kararlar dolayısıyla aleyhlerine bir sonuç doğmayacaktır. Ancak dava yolunda taraflar, kabul veya reddettikleri bir hususun kendi aleyhlerine olma ihtimaliyle karşılaşır⁸⁰. Bir tarafın kaybeden sıfatını taşıdığı dava yolunda yargılama ve vekalet ücretleriyle maddi külfet daha fazlayken, arabuluculukta tarafların karşılaşacağı masraflar nispeten daha azdır. Dolayısıyla zarar riski daha azdır.

Arabuluculuk katı kurallarla sınırlanmayan, esnek bir yapıya sahip olduğundan tarafların kendi yaratıcılıkları ile bu yöntem dahilinde kendilerine özgü çözümler geliştirmesine imkan tanımıştır⁸¹. Arabuluculuk mevcut düzenleme ve prosedürlerle bağlı olmayan bir yöntemdir. Örneğin arabuluculuk faaliyeti sonunda bulunan çözüm, kanunlarda öngörülen sonuçlardan farklı olabilir. Buradaki esneklik yalnız arabuluculuk faaliyeti sonucu için değil, arabuluculuk süreci için de geçerlidir. Taraflar dar kalıplarla çevrelenmemiş bir ortamda, anlaşabilmeleri için gerekli olan iletişimi daha kolay sağlayabilirler⁸².

Arabuluculuğun tercih sebeplerinden bir diğeri ise gizlilik unsurudur. Yargılama sürecinde aleniyet ilkesi geçerliyken, arabuluculukta taraflar müzakere sürecinde paylaşılan bilgi ve belgelerin gizlilik ilkesi gereğince korunduğunu bilirler ve daha açık bir iletişim yolunu kullanmayı tercih ederler⁸³. Bu sebeple dava yoluyla çözülmesi zor

⁷⁹ Kekeç, s. 87-90; Yazar, s. 12; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.42.

⁸⁰ Yazar, s. 13-14.

⁸¹ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 158; Kekeç, s. 95; Wilkinson’a göre, alternatif çözüm yöntemlerinin bu özelliğinin, başarısının en büyük sırrı olduğu ifade edilmektedir. Bkz., Kekeç, s. 95, dn. 368.

⁸² Dür, s. 24.

⁸³ Kekeç, s. 91.

olan mahrem ve kördüğüm hale gelmiş bazı uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla olumlu sonuçlanması mümkün hale gelebilmektedir⁸⁴.

Son olarak belirtmek gerekir ki; HUAK m.18/f.2 ve HUAKY m.21/f.2 vd. uyarınca *“ taraflar arabuluculuk yoluyla bir çözüme ulaştığında taraflar, arabulucu ile birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerh talebi dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulduysa sulh hukuk mahkemesinden, dava açıldıktan sonra başvurulduysa davaya bakan mahkemeden istenir. Bu şerhi içeren anlaşma belgesi ilam niteliğindedir. ”* Bununla birlikte 12.10.2017 tarihinde 7036 sayılı Kanun’un 24. maddesiyle HUAK m. 18/4’e getirilen düzenlemeyle *“ taraflar, avukatları ve arabulucunun hep birlikte imzaladığı anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılmaktadır. ”* Dolayısıyla arabuluculuk müzakereleri neticesinde hazırlanıp imzalanan anlaşma belgesi hukukten güçlendirilmiştir. Nitekim anlaşma belgesinin önemini vurgulayan bir diğer düzenleme de yine 12.10.2017 tarihinde 7036 sayılı Kanun’un 24. maddesiyle getirilen HUAK m.18/5 uyarınca tarafların arabuluculuk süreci neticesinde anlaşmaya varması halinde anlaşılan hususlarda dava açamamalarıdır. Bununla birlikte üçüncü bölümde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz Singapur Sözleşmesi milletlerarası ticari arabuluculuk neticesinde varılan sulh anlaşmalarının icra edilebilirliğini düzenler. Milletlerarası ticarete arabuluculuğun yaygınlaşmasını amaçlayan bu Sözleşme ile Sözleşme’ye üye devletlerdeki taraflar yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarında bir başka ülke hukukunun uygulanması riskiyle karşılaşmak⁸⁵ yerine arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıklarını çözebilecek ve taraflar arasında yapılan sulh anlaşmasının icra edilebilir olmasıyla da arabuluculuk yönteminin tercih edilme ihtimali artacaktır.

Buraya kadar açıklanan faydalı tarafları yanında, arabuluculuğun birtakım olumsuz özellikleri de bulunmaktadır. Yani arabuluculuk yönteminin kullanılmasının uygun olmadığı haller de vardır. Aslında bir kısım kişi grupları için uygulanmasında olumsuz etkilerinin bulunduğu bahsetmek, arabuluculuk için bir eksiklik teşkil

⁸⁴ Yarar, s. 14

⁸⁵ Yarar, s. 14

etmemelidir. Bu kişi gruplarından ilki iletişim becerisi ile uzlaşma bilincinin yeterli düzeyde olmadığı kişilerin içinde bulunduğu gruplardır. Bu nitelikteki kişiler uyuşmazlığın sonuçlanmasına engel olarak çözümü uzatabilmektedirler⁸⁶.

Başka bir olumsuz özellik de tarafların eşit müzakere gücüne sahip olmamalarıdır. Şöyle ki; ekonomik anlamda eşit düzeyde olmayan tarafların eşit müzakere gücüne sahip oldukları söylenemez. Tarafların ekonomik anlamda birbirlerine karşı dengeli bir konumda olmamaları başarı ile sonuçlanabilecek bir arabuluculuğun önündeki engellerden biridir. Zira güçlü bir ekonomik konuma sahip taraf güçsüze karşı üstünlük kurabilecek ve adil olmayan neticeler elde edilebilecektir⁸⁷.

Diğer bir olumsuz özellik ise telafisi güç veya imkansız zarar ihtimalinde arabulucunun hakim gibi ihtiyati tedbir kararı alma yetkisinin bulunmamasıdır⁸⁸. Böyle acil hallerin hasıl olduğu durumlarda arabuluculuk faaliyetinin tercih edilmesinden sonra telafisi güç ya da imkansız neticeler oluşabilir⁸⁹.

3 Arabuluculuk Türleri

Arabuluculuk türleri, arabulucuların taraflar arasında oluşan uyuşmazlığa ilişkin görüş açıları, uyuşmazlığa yaklaşımları ve bu konuları taraflara anlatım biçimleri bakımından farklı biçimlerde açıklanmışlardır⁹⁰. Arabuluculuk farklı şekillerde sınıflandırılabilir. Bu ayrımlar faaliyet türüne göre arabuluculuk, uygulanacak kanun hükümlerine göre arabuluculuk ve uyuşmazlık çözüm yönteminin dava şartı veya ihtiyari olmasına göre arabuluculuk şeklinde yapılabilir.

⁸⁶ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 159.

⁸⁷ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 159.

⁸⁸ Göksu, Mustafa: “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu, Hakan Pekcanıtez’e Armağan”, 2004, s. 1253 vd.; Konuralp, Cengiz Serhat: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İhtiyati Tedbirler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C. 71, S. 2, s. 225 vd.; Özekes, Muhammet: “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, C. 4, S. 2, s. 89 vd. (“Fikir ve Sanat Eserleri”).

⁸⁹ Şahin, s. 8.

⁹⁰ Kekeç, s.235, 238; Özbek, “AUÇ”, s.151-152.

3.1 Faaliyet Türüne Göre Arabuluculuk

Arabuluculuk faaliyetlerine göre yapılan, aynı zamanda uygulamada arabuluculuk modelleri olarak da anılan bu sınıflandırmaya göre arabuluculuk türleri; kolaylaştırıcı arabuluculuk, değerlendirici arabuluculuk ve dönüştürücü arabuluculuktur. Bu bölümde arabuluculuğun amaçlarına ve faaliyetlerine göre bir sınıflandırma yapmakla birlikte belirtmek gerekir ki; arabuluculuk modelleri için kesin bir sınır çizerek kategorize etmek mümkün değildir. Arabuluculuk faaliyetinde arabulucunun üzerine aldığı görevin vasfı arabuluculuk usulünde önemlidir⁹¹.

3.1.1 Kolaylaştırıcı Arabuluculuk (Faciliative Mediation)

Arabuluculuk modellerinden biri olan kolaylaştırıcı arabuluculukta, arabulucu yöntem odaklı hareket eder, arabulucunun uyuşmazlık konusuna ilişkin uzmanlığı aranmamaktadır. Önemli olan yöntem, iletişim kabiliyetleri konusundaki uzmanlığı ve taraflarla arasında bir bağlantının bulunmamasıdır. Uyuşmazlık konusu için gerekirse bir uzman desteği alınabilir⁹². Bu modelde arabulucuya düşen rol pasif bir roldür. Kendini özellikle geri plana alan arabulucu, tarafların müzakere edebilmesi için uygun bir ortam sağlamakta ve taraflara müzakereyi yapabilmeleri için yardım etmekte, tarafların aktif iletişimini sağlamak için onları cesaretlendirmektedir. Böylece taraflar uyuşmazlık için kendileri çözüm üretmeye çalışmaktadırlar. Burada tarafların bağımsızlığı önem kazanmakta ve kendi kaderlerini kendileri tayin ederek yükümlülükleri artırılmaktadır⁹³. Arabulucu yardımcı rolünde bulunduğundan uyuşmazlığın çözüme kavuşması tarafların kararı ile olmaktadır. Yani uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında nihai sorumluluk tamamen taraflara ait bulunmaktadır⁹⁴. Burada arabulucu taraflara bir tavsiyede bulunamaz ve hukuki bilgi veremez. Daha çok bir eksiklik olarak görülen, uyuşmazlığın çözümünde engel olarak öne çıkan iletişim eksikliği giderilmeye çalışılmaktadır. Yani arabulucunun teknik konuya ilişkin uzmanlığı aranmaz, müzakere sürecinin yönetimine

⁹¹ Kekeç, s. 238.

⁹² Kekeç, s.238.

⁹³ Ko, Haksoo: “On the Role of a Mediator : A Behavioural Law and Economics Perspective, Asia Pacific Law Review”, 2000, Vol.17, (s.195-204), s.195; Guthrie, Chris: “The Lawyer’s Philosophical Map and the Disputant’s Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering, Harvard Negotiation Law Review”, 2001, Vol.6, (s.146-188), s. 146vd.

⁹⁴ Ko, s.196.

ilişkin uzmanlık yeterlidir. Kolaylaştırıcı arabuluculuk tarafların uyuşmazlık konusundaki menfaatlerinin ortak bir paydada buluşmasını hedefleyen, bu sebeple taraf katılımının önemli olduğu bir arabuluculuk türüdür. Taraflar ilişkilerine değer veriyorsa ve gelecekte de bu ilişkinin devamını istiyorlarsa ve yine yaratıcı, geleceğe yönelik çözüm olasılıkları varsa kolaylaştırıcı arabuluculuk modelini tercih etmelidirler⁹⁵. Bu arabuluculuk modelinde tarafların ilişkilerinin devamı sağlanabilir. Arabulucu uyuşmazlığın esasını oluşturan sorunlara ve tarafların bu sorunların giderilmesindeki ihtiyaç ve menfaatlerine odaklanır, bu sorunların çözüm seçeneklerinin taraflarca değerlendirmesinde destek olur. Bu modelde arabulucu taraflara bir çözüm önerisinde bulunmaz. Nitekim 22 Haziran 2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren HUAK'da da ilk olarak kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli benimsenmiştir. Ancak 12 Ekim 2017 tarihinde yapılan bir değişiklikle tarafların çözüm üretmediği, sürecin tıkanıp nokta arabulucunun taraflara çözüm önerisi sunabileceği hükmü getirilerek kanun koyucu kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinden ayrılmıştır.

3.1.2 Değerlendirici Arabuluculuk (Evaluative Mediation)

Değerlendirici arabuluculuk yaklaşımında, tarafların hukuki hakları hukuki menfaatlerinden daha ön plandadır. Burada ana nokta tarafların içinde bulunduğu uyuşmazlıkta esas konuya hakim ve bu konuda bilgili aynı zamanda tarafsız bir üçüncü kişinin yardımından faydalanmaktır. Arabulucu taraflara tavsiyelerde bulunarak değerlendirmelerde bulunmakta somut olay kapsamında muhtemel yargı yolu kararları ile ilgili görüşlerini paylaşmaktadır. Dava sürecine gidilmesi durumunda davanın zayıf noktaları ve mahkeme masrafları konusunda tarafları etkilemeye çalışmak arabulucunun görevlerindendir⁹⁶. Bu modelde arabulucu probleme odaklanır. Tarafların haklarının tespiti ve müzakere sürecinin bu tespitler neticesinde ilerlemesi ve uyuşmazlığın çözüme ulaşmasında arabulucunun aktif bir rolünün olması sebebiyle genelde hukuki donanımı olan arabulucular tercih edilir⁹⁷. Değerlendirici arabuluculuk modelinde taraflar arabulucunun teknik konudaki uzmanlığını göz önünde bulundururlar ve arabulucuyu

⁹⁵ Kekeç, s.239.

⁹⁶ Riskin, Leonard L.: "Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techniques : A Grid for The Perplexed, Harvard Negotiation Law Review", 1996, Vol.7, (s.7-51), s.28 vd.

⁹⁷ Kekeç, s.240.

seçerken müzakere teknikleri ile iletişim kabiliyetlerinden ziyade bu teknik konudaki uzmanlığını esas alırlar. Arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olduğu haller gibi tarafların uyuşmazlığı çözmek için arabuluculuk yolunu kullanma isteğinin eksik olduğu durumlarda veya tarafların dosyanın hukuki içeriğine ilişkin hakiki olmayan beklentilerinin olması durumunda değerlendirici arabuluculuk modelinin kullanılması etkili olmaktadır. Yine tarafların aralarındaki ilişkiyi koruma önceliğinin bulunmadığı, taraflarca uyuşmazlık konusunun hızlıca çözüme ulaştırılmasının istendiği durumlarda bu model tercih edilebilir⁹⁸. Nitekim yukarıda da bahsettiğimiz üzere HUAK m.15 / f.7'de düzenlenen *“tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir”* hükmüyle kanun koyucu değerlendirici arabuluculuk modelini benimsemeye başlamış ve ülkemizde de arabulucular tarafından değerlendirici arabuluculuk modeli uygulanmaya başlamıştır.

3.1.3 Dönüştürücü Arabuluculuk (Transformative Mediation)

Dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımında, taraflar arasındaki mevcut uyuşmazlık sona ermesi gereken bir sorun olarak görülmemektedir. Esas önemsenen bu uyuşmazlığın tarafların gelişimi ve dönüşümüne katkı sunan bir olanak yaratmasıdır ve ilişki odaklı arabuluculuk olarak da adlandırılmaktadır⁹⁹. Dönüştürücü arabuluculukta önemli olan; tarafların arasında bir uyuşmazlığın doğmasıyla birlikte, kişilerin karşılaştıkları problemle ve zorlukla mücadele etme yeteneğinin gelişmesi ve kendisinden farklı pozisyonda bulunan kişinin durumuna saygı göstermesi, empati yapabilmesidir. Tarafların güçlendirilmesi ve tanıma yeteneğini geliştirmesiyle, taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin anlaşma sağlanamasa bile, taraflar ileride meydana gelebilecek sorunlarla daha iyi baş edebileceklerdir¹⁰⁰. Bu arabuluculuk türünde amaç problemin çözülmesinden ziyade taraflar arasındaki ilişkinin sürekliliğidir.

Son yıllarda adını sıklıkla duyduğumuz ve ülkemizde de yaygınlaştırılmaya çalışılan akran arabuluculuğunda da dönüştürücü arabuluculuk modeli sıklıkla

⁹⁸ Kekeç, s. 241.

⁹⁹ Kekeç, s. 243; “T.C. Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Nisan 2019”, s. 37.

¹⁰⁰ Kekeç, s. 243-244.

kullanılmaktadır¹⁰¹. Akran arabuluculuğunda tarafsız bir üçüncü kişi olan akran öğrenci, uyuşmazlık yaşayan iki ya da daha fazla sınıf arkadaşının anlaşmasına yardım eder ve uyuşmazlığın çözüm sürecine gönüllü olarak katılır. Akran arabuluculuğun özünde aralarında bir uyuşmazlık doğan öğrencilerin ortak menfaatlerinin tespit edilmesinde yardımcı olan ve uyuşmazlığın tarafları için arabuluculuk müzakere sürecini kolaylaştıran bir “arabulucu” öğrencinin varlığının bulunmasıdır. Çözüm önerileri sunma, tüm tarafların kabul edeceği bir çözüm yolu bulma ve son kararı verme sorumluluğu öncelikle uyuşmazlıklarına ilişkin yüz yüze görüşen öğrencilere aittir. Akran arabuluculuğunun arabuluculuk için oldukça önemli bir proje olduğu kanaatindeyiz. Çünkü bu projeye gelecek nesiller küçük yaşlarda uzlaşma kültürünü kazanmaya başlayacak, arabuluculuğu benimseyecek ve dolayısıyla toplumumuzda hakim olan çatışma kültürü uzlaşma kültürüne evrilmeye başlayacaktır.

3.2 Uygulanacak Kanun Hükümlerine Göre Arabuluculuk Türleri

Uygulanacak kanun hükümlerine göre arabuluculuk adi (geleneksel) arabuluculuk ve nitelikli arabuluculuk olarak ikiye ayrılır. Bu ayrımın esas olan arabulucunun sicile kayıtlı olup olmamasıdır.

3.2.1 Adi (Geleneksel) Arabuluculuk

Adi (geleneksel) arabuluculuk kanuna bağlı olmadan yapılan, kanunda düzenlenen şartların yerine getirilmediği arabuluculuktur ve arabuluculuk faaliyeti sonrasında kanunun arabuluculuğa ilişkin düzenlemiş olduğu hukuki sonuçlar doğmayacaktır. Adi arabuluculukta taraflar herhangi bir kişiyi arabulucu olarak seçebilir ve taraflar arasında sağlanan anlaşmaya uyulmaması halinde genel hükümler uygulanır¹⁰². Adi arabuluculuk istisnai bir düzenlemedir ve bu türü tercih eden taraflar HUAK kapsamında kendilerine sağlanan imkan ve faydalardan yararlanamayacaktır¹⁰³.

¹⁰¹ Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Kitap, s. 37.

¹⁰² Erkan, Mustafa: “Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi, İstanbul, Nisan 2020,” s. 42; Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Kitap, s. 36.

¹⁰³ Erkan, s. 42.

3.2.2 Nitelikli Arabuluculuk

Nitelikli arabuluculuk ise kanuna uygun olarak yapılan arabuluculuktur. Burada arabuluculuk faaliyeti kanunun emredici hükümlerine uygun bir şekilde, kanunda düzenlenmiş sicile uygun kriterleri haiz arabulucular tarafından yürütülür. Türk hukukunda arabuluculuk HUAK ile düzenlenmiştir. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyetlerinde nitelikli arabuluculuk esas alınır.

HUAK kapsamında geçerli bir arabuluculuk faaliyeti için arabulucunun sicile kayıtlı olması gerekir. HUAK m. 20 uyarınca arabuluculuk siciline kayıt şartları: a)Türk vatandaşı olmak, b)Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak, c)Tam ehliyetli olmak, ç) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak, d)Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak, e)Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmaktır.

Burada yabancı uyruklu kişilerin arabulucu olup olamayacağı hususuna değinmek isteriz. HUAK m.20 uyarınca arabulucunun Türk vatandaşı olması şarttır. Dolayısıyla yabancı uyruklu bir kişinin Türk Hukuku kapsamında arabulucu olması mümkün değildir. Burada söz konusu olan nitelikli arabuluculuk olup, yabancı uyruklu bir arabulucu kanuna tabi olmayan adi arabuluculuk kapsamında faaliyetini yürütebilir. Fakat söz konusu arabuluculuk faaliyeti HUAK kapsamında değerlendirilmeyecek, arabuluculuk faaliyeti ve neticesinde varılan anlaşmanın icrasında ancak genel hükümler uygulanacaktır.

3.3 Uyuşmazlığın Çözüm Yöntemine Göre Arabuluculuk Türleri

Kanuna uygun olarak yapılan arabuluculuğun nitelikli arabuluculuk olduğunu ve arabuluculuk faaliyetlerinde bu türün esas alındığını yukarıda belirtmiştik. İşte uyuşmazlığın çözüm yöntemine göre arabuluculuk türleri de nitelikli arabuluculuk

kapsamında yer alan bir ayrım olup, dava şartı olarak arabuluculuk ve ihtiyari arabuluculuk olarak ikiye ayrılır.

3.3.1 İhtiyari Arabuluculuk

Arabuluculuk kural olarak gönüllülük esasına dayanan ihtiyari bir süreçtir¹⁰⁴. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyetlerinde asıl olan ihtiyari arabuluculuktur¹⁰⁵. Taraflar kendi iradeleriyle, uyuşmazlıklarını devlet yargılamasına taşımak yerine alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk ile çözümlemek isteyebilirler. Kanun koyucu tarafından da söz konusu uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olduğu düzenlenmişse, taraflar arabuluculuk faaliyetlerini birlikte seçtikleri bir veya birden fazla arabulucu vasıtasıyla yürütebilirler. Türk Hukukunda da HUAK'ın ilk yürürlüğe girdiği 2012 yılında arabuluculuk faaliyetleri sadece ihtiyari olarak yürütülmekteydi¹⁰⁶. Dava şartı olarak arabuluculuk bir sonraki başlıkta detaylı olarak anlatacağımız üzere daha sonra düzenlenmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması HUAK m.1/f.2 uyarınca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının kapsamında olmasıdır. Bir örnek vermek gerekirse; eşler arasındaki mal rejimine ilişkin uyuşmazlık tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu olduğundan, taraflar bu konuda arabuluculuk yoluna başvurabilir ve bir anlaşmaya varabilirler. Dolayısıyla eşler arasındaki mal paylaşımı arabuluculuğa elverişlidir. Ancak eşlerin boşanması tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği bir husus olmadığından, kamu düzenini ilgilendirdiğinden arabuluculuğa elverişli değildir. Yine kanun koyucu mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabuluculuğa

¹⁰⁴ Bu çalışmada “arabuluculuk” kavramı ihtiyari arabuluculuğu ifade etmektedir. İstisnai bir düzenleme olan “dava şartı olarak arabuluculuk”tan bahsedilirken bu kavram her defasında vurgulanarak kullanılmıştır.

¹⁰⁵ Nolan-Haley, Jacqueline: “Mediation Exceptionality”, 2009, Fordham Law Review, Vol.78, Issue 3, 1247-1264, s. 1247, “<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4505&context=flr>” (Erişim tarihi 20.03.2022).

¹⁰⁶ HUAK Genel Gerekçe “<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0603.pdf>” (Erişim tarihi 20.03.2022).

başvurulmasını dava şartı olarak düzenlemediğinden, taraflar bu uyuşmazlığı ihtiyari arabuluculuk kapsamında çözmek isteyebilirler.

Bu bölümde kısaca adi (geleneksel) arabuluculuk ile ihtiyari arabuluculuk arasındaki farka da değinmek isteriz. Her ikisi de gönüllülük ilkesine dayanmakla birlikte, adi arabuluculuk kanunda düzenlenmediğinden arabuluculuk faaliyeti ve sonuçları bakımından genel hükümler uygulanmaktadır. Ancak ihtiyari arabuluculuk kanun koyucu tarafından düzenlendiğinden, taraflar HUAK kapsamında arabuluculuk faaliyetini yürütür ve neticesinde bir anlaşma sağlandığında HUAK kapsamında sonuçlarını doğurur.

3.3.2 Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

3.3.2.1 Giriş

HUAK m. 18/A'nın başlığında düzenlenen “*dava şartı olarak arabuluculuk*” tarafların devlet yargılamasına başvurmadan önce veya yargılama esnasında arabuluculuğa başvurmasının zorunlu tutulmasıdır ve istisnai olarak uygulanan bir türdür. Bazı ülkelerde dava şartı olarak arabuluculuğun uygulandığı gözlenmektedir. Devletler yargılamadaki iş yükünün artması, davaların uzun sürmesi, usul kurallarının katı olması gibi sebeplerle devlet mahkemelerine başvurudan önce ön şart olarak arabuluculuk faaliyetlerinin başlatılmasını veya yargılama esnasında arabuluculuğa gidilmesini zorunlu tutabilir. Bununla birlikte bazı devletlerde de tarafların uyuşmazlıklarını arabuluculuk yöntemiyle çözmesi teşvik edilmektedir¹⁰⁷.

Dava şartı olarak arabuluculuk üç kategoride incelenebilir. Birincisi bazı uyuşmazlıklar için doğrudan ve zorunlu olarak arabulucuya başvurulmasıdır. Türk hukuk sistemimizde de dava şartı arabuluculuk olarak bazı uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabulucuya başvurulması ön şarttır¹⁰⁸. İkincisi mahkeme tarafından arabulucuya yönlendirilmesidir. Bu kategoride hakim tarafların rızasını alarak veya re'sen dosya konusu uyuşmazlığı arabulucuya sevk eder. Üçüncü kategori ise yarı zorunlu

¹⁰⁷ Erkan, s. 40.

¹⁰⁸ Yazıcı Tıktık, s. 37; Ekmekçi, Ömer / Özekeş, Mustafa / Atalı, Murat: “Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk”, İstanbul 2018, s. 149; Çiçek, s. 93.

arabuluculuk olup, burada tarafların arabuluculuğu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak denememesi halinde yargılama giderlerinin arabuluculuğa gitmeyi reddeden taraf üzerinde bırakılması düzenlenmektedir¹⁰⁹.

3.3.2.2 Kanunlaşma Süreci

Türkiye'de 22 Haziran 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6325 sayılı HUAK ile hukuk sistemimize dahil olarak uygulanmaya başlayan arabuluculukta tarafların talepleriyle arabuluculuk sürecinin başlaması yani ihtiyari arabuluculuk söz konusuydu. Fakat arabuluculuk yönteminin ülkemiz açısından çok yeni ve alışlagelmemiş bir yöntem olması ve bir uyuşmazlık doğduğunda tarafların ilk aklına gelenin dava yolu olması sebebiyle uygulamada kullanımı yaygınlaşmamış ve beklenen faydalar elde edilememiştir¹¹⁰. Bu sebeple arabuluculuk dava şartı haline getirilerek, dostane çözüm yolu olan arabuluculuk kurumunun tanınması, yaygınlaştırılması ve toplumun çatışma kültüründen sıyrılıp uzlaşma kültürünü benimsemesine vesile olması, bunların neticesinde de mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmıştır. Dolayısıyla 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanunun 3. maddesiyle “*Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*” hukuk sistemimize girmiştir. Bu madde uyarınca 1 Ocak 2018 tarihi itibarıyla kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacakları ve tazminatları ile işe iade taleplerinde dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartı haline getirilmiştir. Yani işçi veya işveren alacakları ve tazminatları ile işe iade taleplerinde, taraflar mahkemede dava açmadan önce arabulucuya başvurmalı ve müzakere sürecini başlatmalıdır. Arabuluculuk müzakeresini başlatmadan doğrudan dava açıldığı takdirde mahkeme davayı usulden reddedecektir. Dava şartı arabuluculuğun öncelikle iş hukuku için uygulanmasının sebebi iş mahkemelerinde gün geçtikçe açılan dava sayısının yükselmesi ve mahkemelerin artan iş yüküdür¹¹¹.

¹⁰⁹ Erkan, s. 41.

¹¹⁰ Erdoğan/Erzurumlu, s. 36.

¹¹¹ T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayınlamış olduğu 2016 ve 2017 yılları adli istatistiklerine göre iş mahkemelerine gelen davaların 2006-2016 yılları arasında %97 oranında, iş mahkemelerinden çıkan davaların ise 2006-2016 yılları arasında %83 oranında arttığı görülmektedir. 2010-2017 yılları itibarıyla iş mahkemelerine gelen ve çıkan davaların 2010 yılına göre değişim oranlarına bakıldığında ise, 2017 yılında gelen davaların 2010 yılına göre %71 lik artışla 557.986, çıkan davaların ise %58 lik artışla 206.469 olduğu anlaşılmaktadır. Türkiye genelinde 2017 yılında iş mahkemelerinde açılan

İşçi - işveren uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk uygulamasını takiben 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Hakkındaki Kanun'un 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'na eklenen 5/A maddesiyle 1 Ocak 2019 tarihi itibarıyla ticari uyuşmazlıklar için de dava şartı olarak arabuluculuk getirilmiştir. İlgili madde hükmüne göre; TTK m.4 ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Ayrıca 6 Aralık 2018 tarihli ve 7155 sayılı Kanunun 23. maddesiyle HUAK'a “*Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*” başlığıyla 18/A maddesi eklenmiştir.

Nihayetinde 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun'un 59. maddesi ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a eklenen 73/A maddesiyle 28 Temmuz 2020 tarihi itibarıyla tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar için de dava şartı arabuluculuk getirilmiştir. İlgili hükme göre tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında kalan uyuşmazlıklar, tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar, ihtiyati tedbir kararlarının alınması, üretimin veya satışın durdurulması ve malın toplatılmasına ilişkin davalar ile tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından kaynaklanan uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamı haricinde tutulmuştur.

3.3.2.3 Karşılaştırmalı Hukukta Örnekler

Uygulamada zorunlu arabuluculuk olarak da anılan dava şartı arabuluculuğun yabancı hukuk sistemlerinde de örneklerini görmek mümkündür. Şöyle ki; Federal Almanya'nın Bavyera Eyaleti'nde bazı uyuşmazlıklar için arabuluculuk dava şartı haline getirilmiştir. Yine Japonya'da aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurmak zorunludur. İtalya'da da kiracı-kiraya veren uyuşmazlıkları, komşuluk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar ve aile işletmelerinden kaynaklanan

davalar incelendiğinde ilk sırayı 155.667 dava (%63,2) ile alacak, ikinci sırayı ise 48.837 dava (%20,2) ile tespit davaları oluşturmaktadır. (<http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/>) (Erişim tarihi 20.03.2022).

uyuşmazlıklar gibi bazı uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk dzenlenmiřtir¹¹². Burada bahsi geçen dzenlemelerde sadece arabuluculuğa başvuru ve katılım zorunlu tutulmuş olup, müzakere sürecinin devamı ve sona ermesi tamamen tarafların iradesine tabidir. Yine Avusturya’da komşuluk veya iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda önce uyuşmazlık komisyonuna ya da kayıtlı arabuluculuğa başvurmak zorunludur¹¹³. Kaliforniya’da 1981 yılında getirilen yasal dzenlemeyle çocukların velayeti ve bu kapsamda ziyaret hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk başlamıştır. Kanada’nın Ontario eyaletinde de medeni yargılama sisteminde şahısların adalete erişim konusundaki şikayetlerine istinaden 1999 yılında pilot uygulamayla başlanan ve aile hukuku haricindeki uyuşmazlıklar ile ihtilaflı taşınmazlar ve trste ilişkin zorunlu arabuluculuk uygulaması sonrasında da devam etmiřtir¹¹⁴.

3.3.2.4 Dava şartı Arabuluculuğun Gönüllülük İlkesi ve Hak Arama zgrlğ çerçevesinde İncelenmesi

Medeni usul hukukundaki tasarruf ilkesinin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerindeki yansıması iradilik ilkesidir¹¹⁵. Yargılama sürecinde taraflar davadan feragat, sulh ve kabul yollarıyla kendi rızaları neticesinde yargılama sürecini sona erdirebilmektedir. Arabuluculukta da taraflar uyuşmazlık konusuna ilişkin arabuluculuğa başvurma, arabuluculuk sürecine devam etme veya sonlandırma, srec sonunda anlaşıp anlaşmama konularında serbesttirler¹¹⁶. HUAK m.1/f.2 uyarınca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği iş ve işlemler arabuluculuğun konusunu oluşurmaz. Medeni usul hukukunda da tasarruf ilkesinin istisnasını yine tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği iş ve işlemler oluřturur¹¹⁷. Yukarıda gönüllülük ilkesini anlatırken arabuluculukta uyuşmazlığın çözümünde bu ilke vesilesiyle başarı sağlanabileceğinden bahsetmiştik. Dolayısıyla arabuluculuğun temelindeki ilke gönüllülük ilkesidir.

¹¹² Erkan, s. 3, dn. 4; Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Kitap, s. 48, dn. 6; ztrk, s. 232, dn. 131.

¹¹³ ztrk, s. 232, dn. 132.

¹¹⁴ Winesstone, Jennifer: “Mandatory Mediation: A Comparative Review of How Legislatures in California and Ontario are Mandating the Peacemaking Process in Their Adversarial Systems, Mediate”, şubat 2015, <http://www.mediate.com/articles/WinestoneJ4.cfm> (Erişim tarihi 20.03.2022).

¹¹⁵ Kaya, Sedat: “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu erevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk” EBYHFD, C. XXII, S. 1–2, 2018, s. 223.

¹¹⁶ Dr, s. 250; Özmumcu, s. 302; Kekeç, s. 70-71.

¹¹⁷ Kaya, s. 223.

Peki dava şartı arabuluculuk ile tarafların bazı dava türlerini açmadan önce arabuluculuğa başvurmalarının zorunlu kılınması gönüllülük ilkesini ve hak arama özgürlüğünü ihlal eder mi? Öğretide dava şartı olarak arabuluculuğun hak arama özgürlüğünü ihlal edip etmediği ve mahkemeye doğrudan gitme hakkına bir engel teşkil edip etmediği tartışılmıştır.

3.3.2.4.1 İhlal Olduğuna İlişkin Görüşler

Türkiye'de zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin gönüllülük ilkesini tamamen veya kısmen bertaraf ettiği, bu uygulamanın gönüllülük ilkeyle çeliştiği eleştirileri söz konusudur.

Karacabey, zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin hukukun ve demokrasinin temellerine aykırı olduğunu, kişilerin dava açmadan önce arabuluculuğa başvurması gerekliliğinin bağımsız ve tarafsız mahkemelere doğrudan erişmesinin önünde bir engel oluşturduğunu ifade etmiştir¹¹⁸.

Tanrıver ise alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gönüllülük ilkesi ile hareket edilen yöntemler olması sebebiyle bu hususun korunması ve tarafların bu yönteme başvurmak için zorlanmaması, bu konuda yaptırımların uygulanmaması gerektiği¹¹⁹ kanaatindedir. Yine uzlaşma kültürünü kaybetmeye başlamış toplumumuzda yargının yavaş çalışması sebebiyle bu yavaşlığın kendisi için avantaj sağlayan tarafça zorunlu arabuluculuk vasıtasıyla kötüye kullanılması ve sürecin daha da uzamasına hatta bu durumun hak arama özgürlüğüne engel olarak görülmesine sebep olabileceği¹²⁰ görüşündedir. Ayrıca dava şartı arabuluculuk uygulamasının genişletilmesi, uygulamada yaygın olan uyuşmazlık türleri için düzenlenmesi durumunda arabuluculuğun özel dava şartı olmaktan çıkıp genel dava şartı haline geleceğini ve HMK m. 114'de düzenlenen

¹¹⁸Karacabey, Kürşat: “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1, (s:457-489), s.467 vd.

¹¹⁹ Tanrıver, “Sosyolojik Bakış”, s. 824.

¹²⁰ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 169 vd.

genel dava şartları kapsamında yer alacağını, bu uygulamanın ise isabetli olmayacağı kanaatindedir¹²¹.

Yine Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven zorunlu arabuluculuk ile hak arama hürriyetinin engellendiği, ulaşılmasında zorlukların çıkarıldığı ve bir takım karmaşık usuller sebebiyle kişilerin hak aramaktan vazgeçtiğini adeta bu hususta yıldırıldıklarını savunmuştur¹²².

Yıldırım da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargının yerine geçmeden sadece yargıyı tamamlayan bir unsur olması gerektiği, dava sürecinden önce tarafların zorunlu arabuluculuğa başvurmasının kanun koyucu tarafından kişileri uzlaşmaya mecbur bırakması manasına gelebileceği ve yargının yerine geçme riskinin oluştuğu görüşündedir¹²³.

Yukarıdaki görüşler doğrultusunda Karacabey dava şartı arabuluculuğun Anayasa'ya aykırı olduğunu ifade etmiştir¹²⁴. Şöyle ki; Anayasa'nın 6. maddesi *“Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.”* şeklinde düzenlenmiştir. Burada bahsi geçen yetkili organlar ise Anayasa'nın 7. 8. ve 9. maddelerinde düzenlenen yasama, yürütme ve yargı erkleridir. Anayasa'nın Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36. maddesinde ise *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”* hükmü yer almaktadır. Yine Anayasa'nın 37. maddesinde *“Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip*

¹²¹ Tanrıver, Süha: “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, TBB Dergisi 2020 (147) s: 111-142, s. 119.

¹²² Ekmekçi Ömer/Özekes Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.149-150.

¹²³ Yıldırım, s.358.

¹²⁴ Karacabey, s. 470 vd.

olağanüstü merciler kurulamaz.” hükmü düzenlenmiştir. Bu madde hükmünde yer alan *“başka bir merci”* ibaresinden bağımsız mahkemeler yerine getirilecek her türlü sistemin kastedildiği geniş ve genel manada bir ifade kullanıldığının tercih edildiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla bahsi geçen tüm bu madde hükümleri uyarınca dava şartı olarak arabuluculuk uygulamasının Anayasa’ya aykırı düştüğü kanaatindedir.

Yine Türk iş hukuku öğretisinde de dava şartı olarak arabuluculuk uygulamasının iş hukuku ilkeleriyle çelişebileceği dile getirilmiştir. Bu görüşü savunanlar dava şartı arabuluculukla şahısların Anayasa ile güvenceye alınan hak arama özgürlüğünün zarara uğrayacağını, yargı sistemini tıkayacak hale gelen dava dosyalarının yoğunluğu, dava sürelerinin uzunluğu gibi konuların kişilerin hak arama özgürlüğünü kısıtlamaması gerektiğini düşünmektedirler¹²⁵.

3.3.2.4.2 İhlal Olmadığına İlişkin Görüşler

Öğretideki görüşlerin bir kısmı ise arabuluculuğun mahkemeye başvuru hakkına alternatif bir çözüm yolu olduğu, bu yola başvurunun yargı sürecinin bir alternatifi olduğu ve arabuluculuğun gönüllü olması gerektiği esasına dayanarak tarafların hak arama özgürlüğüne ve mahkemeye gitme hakkına engel olmadığına¹²⁶, dava şartı olarak arabuluculuğun, arabuluculuk ilkelerine aykırılık teşkil etmediğine¹²⁷ kanaat getirmiştir.

Nitekim Kekeç’e göre zorunlu arabuluculukta sürece katılmak zorunlu olsa da, devam etmek tarafların isteğine bağlıdır ve tarafların arabuluculuk faaliyetine devam ettiği müddetçe gönüllülük ilkesi geçerliliğini koruyacaktır¹²⁸. Yine kişilerin arabuluculuk hakkında çok az bilgiyi haiz olması veya hiç bilgisinin bulunmaması sebebiyle gönüllülük ilkesine zarar vermeden dava yolundan önce bu yöntemi kullanmaya zorunlu kılınması arabuluculuğun sistemini ve faydalarını göstermek, kişilere bu yöntemi tanıtmak açısından yararlıdır¹²⁹.

¹²⁵ Alp, Mustafa, “<http://egeyebakis.com/is-hukuku-gunleri-6-defa-duzenlendi/>” (Erişim tarihi 20.03.2022); Çiçek, Mustafa, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, Seçkin Yayınları; Ankara 2018, s.40.

¹²⁶ Ildır, “AUÇ”, s. 153; Karacabey, s. 469.

¹²⁷ Özbek, “AUÇ”, s. 308; Yazıcı Tıktık, s. 40; Kekeç, s. 71-72.

¹²⁸ Kekeç, s. 71.

¹²⁹ Kekeç, s. 72.

Özbek'e göre de zorunlu arabuluculuk ile kişilerin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmayı bir zayıflık, aciziyet olarak görmeleri engellenebilir¹³⁰. Özbek ve Dür aşağıda bahsedeceğimiz 10.07.2013 tarihli 2012/94E. ve 2013/89K. numaralı Anayasa Mahkemesi Kararı'nda yer alan "...*Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkansız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez*" ifadesi uyarınca zorunlu arabuluculuğun uygulanabileceğini, hak arama özgürlüğünü ihlal etmediğini ifade etmişlerdir¹³¹.

Öğretideki bu görüşlerle birlikte Avrupa Birliği düzenlemelerinde de zorunlu arabuluculuk uygulamasının mümkün olduğu görülmektedir. Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2008/52/EC sayılı Yönergesi'nin 14. şartı, "*Bu Yönergedeki hiçbir hüküm, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan millî mevzuata, bu mevzuatın, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmalarını engellememesi koşuluyla karşı değildir. Bu Yönergedeki hiçbir hüküm, Yönerge kapsamına girmeyen hususlarla ilgili olduğu ölçüde, kendi kurallarıyla işleyen mevcut arabuluculuk sistemlerini etkilememelidir*" şeklindedir. Dolayısıyla tarafların yargıya erişim hakkını kullanmaları engellenmedikçe, dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması kullanılabilir.

Pekcanitez'e göre alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yargı erkiyle rekabet etmediği ve onun yerine geçmeye çalışmadığı sürece başarılı olur ve gelişir. Bu çözüm yollarının gerçek amacı kamu düzeni kapsamında olmayan uyuşmazlıkların mahkemeye gitmeden çözülmesini sağlamaktır¹³². Dolayısıyla tarafların arabuluculuk yöntemine başvurması devletin yargılama yetkisini ortadan kaldırmaz. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya veya diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman mümkündür.

¹³⁰ Özbek, "AUÇ", s. 344.

¹³¹ Özbek, "AUÇ", s. 324; Dür, s. 299.

¹³² Pekcanitez, H, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005/5, s.12-16.

3.3.2.4.3 Anayasa Mahkemesi'nin Görüşü

7 Haziran 2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun ilgili maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmış; ancak, dava tüm talepler yönünden Anayasa Mahkemesi tarafından oybirliğiyle reddedilmiştir¹³³. Karar 25 Ocak 2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, dava şartı olarak arabuluculuğun henüz bahse konu olmadığı bir zamanda bile alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğunun hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemezliğini değerlendirmiştir ve “...Anayasa'nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yasama organının takdir yetkisi içindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez...” şeklinde ifade etmiştir. (İptal Ret: Anayasa Mahkemesi'nin 10.7.2013 tarihli ve E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı Kararı ile)¹³⁴.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin dava şartı arabuluculuğun, hak arama özgürlüğüne müdahale niteliği taşımadığı hususundaki 11 Temmuz 2018 tarihli,

¹³³Zorunlu arabuluculuğun kabul edildiği “Almanya'nın Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti'nde Alman Federal Anayasa Mahkemesi 14.02.2007 tarihli kararı ile uyuşmazlığın uzlaşma ile çözümlenmesini hukuk barışına katkı sağlamak veya devlet mahkemelerini rahatlatmak için teşvik edebileceğine ancak tamamlayıcı olarak devlet mahkemelerinden karar elde edilmesi yolunun açık kalması gerektiğine hükmetmiş, ayrıca öngörülen zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmediğine, mahkeme dışı arabuluculuğun başarılı olması durumunda bu yolun devlet mahkemelerindeki iş yükünü azaltacağı ve uyuşmazlığın ucuz ve kolay çözüme kavuşmasını sağlayacağı gerekçeleri ile zorunlu arabuluculuğun şikâyet eden tarafından yararsız görülüyor olmasının arabuluculuktan vazgeçmeyi haklı göstermeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca “ihtilaflı bir meselenin uzlaşma yoluyla halli, esas itibarıyla bir hukuk devletinde de mahkeme kararına göre öncelik vermeye değer” bulmuştur. (BVerfG, 14.02.2007. Bu kararın Türkçe çevirisi için bk. Erişir, E. “Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa'ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı”, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı 2009 Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C.I, İzmir 2010”, s. 225 vd.).

¹³⁴<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140125-16.htm> (Erişim tarihi 20.03.2022).

2017/178 E. ve 2018/82 K. numaralı kararı¹³⁵ uyarınca “..... Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez. Dava şartı olmanın bir sonucu olarak arabuluculuğa başvuru bir zorunluluk arz etmekte ise de bu zorunluluk yalnızca arabuluculuğa başvuru ile sınırlı olup arabuluculuk sürecinin işleyişi ve sonucu üzerinde taraf iradelerinin egemen olduğu açıktır. Taraflar istedikleri zaman süreci sonlandırabilecekleri gibi, süreç sonunda anlaşmaya varıp varmamak konusunda da tercih hakkına sahiptirler. Anlaşmaya varılamaması hâlinde ise, uyuşmazlığın çözümü için yargı yoluna başvurulması mümkündür. Bu bakımdan Kanun’un arabuluculuk süreci ve sonucu yönünden taraf iradelerini esas aldığı görülmektedir. Arabulucuya başvurulmamış olması sebebiyle dava şartı yokluğundan usulden reddedilen bir davanın dava şartına ilişkin eksikliğin tamamlanmasından sonra tekrar açılması da mümkündür. Bu yönüyle dava şartının yerine getirilmemesi sebebiyle davanın bir kere usulden reddedilmiş olması, uyuşmazlığın yargı önüne taşınmasını engellememektedir. Diğer taraftan uyuşmazlık çözüm süreci ve dava süreçlerinin uzun sürmesi özellikle işçi bakımından ciddi hak kayıplarının doğmasına sebebiyet verebilecektir. Arabuluculuğun dava şartı olduğu iş uyuşmazlıklarında arabuluculukta geçecek süreler 7036 sayılı Kanun’un 3. maddesinin (10) numaralı fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırarak, bu süre zorunlu hâllerde en fazla bir hafta uzatılabilecektir. Arabuluculuk sürecinin zorunlu hâller dâhil en fazla dört hafta içinde bitirileceği dikkate alındığında arabuluculukta geçecek süreler nedeniyle işçilik hak ve alacaklarının elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaştığı ve hakkın elde edilmesi bakımından geçmesi muhtemel sürenin makul kabul edilemeyecek şekilde uzadığı söylenemez. Benzer şekilde, arabuluculuk sürecinde zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin dolması veya dolmak üzere olması dava hakkının kullanılmasının zorlaşmasına veya tamamen engellemesine sebebiyet verebilecektir. Bu husus dikkate alınarak 7036 sayılı Kanun’un 3. maddesinin (17) numaralı fıkrasında arabuluculuk

¹³⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181211-15.pdf> (Erişim tarihi 20.03.2022).

bürosuna başvurulmasından sonra son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen süreçte zamanaşımının duracağı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceği düzenlenmiştir. Bu durumda arabuluculuğun, zamanaşımı veya hak düşürücü süreler nedeniyle dava hakkının kullanılmasını olumsuz yönde etkileyeceği de ileri sürülemez. Bu itibarla itiraz konusu kuralın hakkın özünü zedeleyen bir yönünün bulunmadığı ve kural ile getirilen sınırlamanın ulaşılmak istenen amaç için elverişli ve gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Kanun'da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere yer verildiği ve amaç ile araç arasında makul bir dengenin gözetildiği görüldüğünden kuralda, ölçülülük ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır....”

3.3.2.4.4 Görüşümüz

Dava şartı olarak arabuluculuk modelinin bazı olumsuz tarafları bulunmaktadır. Bunlar tarafların arabuluculuk toplantılarına gönülsüz katılması sebebiyle süreç sonunda anlaşma sağlanma ihtimalinin düşük olması, ekonomik açıdan zayıf olan tarafın bir takım haklarından vazgeçmesiyle sürecin neticelenmesi ve uygulamada zorunlu arabuluculuk tabirinin kullanıldığı bu modelin arabuluculuğun iradiliği ilkesiyle çelişmesidir¹³⁶. Ancak arabuluculuğa başvurunun artması ve uygulama içinde daha fazla kullanılması sebebiyle gerek avukatlar gerekse vatandaşlar tarafından bilinirliğinin artması ve uzlaşma kültürünün gelişimine katkı sağlaması da dava şartı olarak arabuluculuğun olumlu yönleridir¹³⁷.

Dava şartı olarak arabuluculuğun düzenlendiği HUAK m.18/A hükmünün 15. bendi uyarınca arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez. Yine dava şartı olarak arabuluculukta arabulucunun yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarih itibarıyla iş uyuşmazlıklarında ve tüketici uyuşmazlıklarında üç hafta içinde, ticari uyuşmazlıklarda ise altı hafta içinde neticelendireceği; bu sürenin gerekli hallerde iş uyuşmazlıkları ve tüketici uyuşmazlıkları için bir hafta, ticari uyuşmazlıklar için iki hafta uzatılabileceği mevzuatta düzenlenmiştir. Türk hukukunda yargılama sürelerini göz önünde bulundurursak bu sürelerin oldukça kısa olduğu aşikardır. Yine arabuluculuğa

¹³⁶ Yazıcı Tıktık, s.38.

¹³⁷ Albayrak, s.18.

başvuruyla yasal sürelerin durması söz konusu olduğundan tarafların herhangi bir hak kaybı olmayacaktır. Bununla birlikte tarafların ilk toplantıya katılmaları dava şartı arabuluculuk koşulunun gerçekleşmesi için yeterlidir. Tarafların müzakereye devam etmesi veya etmemesi, sürecin sonunda anlaşması veya anlaşmaması tamamen tarafların serbest iradesine bağlı olup, bu süreçte gönüllülük prensibi korunmuştur. Nitekim yukarıda da bahsettiğimiz üzere alternatif çözüm yollarından birisi olan arabuluculuk yargılamanın yerine geçen bir yöntem olmayıp, amacı yargı yoluna başvuruyu engellemekten ziyade yargı erkinin bağımsızlığına müdahale etmeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay bir şekilde çözülmesidir¹³⁸. Tüm bu sebeplerle dava şartı olarak arabuluculuk uygulamasının hak arama özgürlüğü ile mahkemeye gitme hakkına engel olmadığı ve gerek Anayasa'ya gerekse milletlerarası direktiflere uygun olduğu kanaatindeyiz.

4 Arabuluculuğun Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Farklılıkları

4.1 Arabuluculuk ve Tahkim

Tarafların özgür iradelerine tabi işlerle ilgili hukuki uyuşmazlıkların sonuçlandırılmasının devlet yargısı yerine hakem adı verilen özel şahıslarca yerine getirilmesine ve bu kişilerce bağlayıcı kararın verilmesine¹³⁹, tarafların kendilerinin seçip şekillendirdiği yargılama şekline¹⁴⁰ tahkim adı verilir. Arabuluculuk faaliyetine benzer¹⁴¹ ve alternatif çözüm yollarından birisi olan tahkimin devlet mahkemelerine göre taraf iradelerinin bir sonucu olması, yargılamanın süratli olması, gizlilik hususunun önemsenmesi, uygulamaya konu usulün tarafların iradelerine tabi olması milletlerarası ticarete konu uyuşmazlıklarda tercih edilme sebepleridir¹⁴².

¹³⁸ “<https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>” (Erişim tarihi 20.03.2022).

¹³⁹ Ersen Perçin, s. 179; Kuru, s. 666; Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 171; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 591; Kaplan, s. 120; Ildır, “AUÇ”, s. 57.

¹⁴⁰ Yeşilova, Bilgehan: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi”, Yayın No: 37, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, Ocak 2008”, s. 45.

¹⁴¹ Ildır, “AUÇ”, s. 60; Dür, s. 47.

¹⁴² Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci: “Milletlerarası Özel Hukuk”, 9. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021, s. 759; Ersen Perçin, s. 179; Yeşilova, s. 1-2.

Tahkimde dört unsur yer almaktadır¹⁴³. Bunlardan ilki tarafların mevcut veya ileride doğacak uyuşmazlıklarının hakem olarak adlandırılan ve kendilerinin seçtiği kişi veya kişiler aracılığıyla çözüme ulaştırdıkları tahkim anlaşmasıdır. Tahkim anlaşmasının geçerlilik şartı söz konusu uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının yapıldığı esnada belirlenebilir olmasıdır. Ancak uyuşmazlık konusunun o anda mevcut olması şart değildir. Tahkim anlaşması esas sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak veya esas sözleşme içinde yer alan bir kloz (madde) olarak, tahkim şartı/klozu şeklinde de düzenlenebilir. Geçerli bir tahkim anlaşması ile esas sözleşmeye dayanan uyuşmazlıklarda devlet yargılaması bertaraf edilerek, yargılamayı yapmak için hakem veya hakemler yetkilendirilir¹⁴⁴. İkincisi esas sözleşmedir. Bu sözleşme tahkim anlaşmasının konusunu belirleyen uyuşmazlığın esasını oluşturan, taraflar arasındaki maddi hukuk sözleşmesidir. Tahkim anlaşmasının, esas sözleşmeden ayrı olarak düzenlenebileceği gibi esas sözleşmenin içerisinde yer alan bir hüküm şeklinde de düzenlenebileceğini belirtmiştik. İşte söz konusu tahkim anlaşması ister ayrı ister esas sözleşmenin içinde düzenlenmiş olsun, sözleşmeler geçerlilik açısından birbirinden bağımsızdır. Yani sözleşmenin geçerliliği hususunda esas sözleşme kendi hukukuna, tahkim anlaşması kendi hukukuna tabi olacaktır¹⁴⁵. Üçüncü unsur hakem sözleşmesidir¹⁴⁶. Bu sözleşmenin tarafları; hakem veya hakemler ile uyuşmazlığın tarafları olup sözleşme yazılı veya sözlü şekilde kurulabilir. Ancak uygulamada davanın başında taraflar ve hakemlerce düzenlenip imzalanan görev belgesiyle, hakem sözleşmesi yazılı hale getirilmiş olmaktadır¹⁴⁷. Dördüncü unsur ise tahkim usulüdür. Taraflar hakem veya hakemler tarafından uygulanacak tahkim usulünü bir tahkim kurumunun kurallarına (örneğin ISTAC, UNCITRAL, ICC tahkim kuralları) ya da bir milli hukuka atıf yaparak yahut kendileri doğrudan yazılı şekilde düzenleyerek belirleyebilirler¹⁴⁸. Arabuluculukta da taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisinin düzenlendiği esas sözleşme, bu esas sözleşmenin içine eklenen bir klozla veya bağımsız bir sözleşme olarak arabuluculuk sözleşmesi ve taraflarla arabulucu arasında imzalanan arabulucu sözleşmesinin benzer nitelikte unsurlar

¹⁴³ Nomer/Şanlı, s. 512 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 759 vd.

¹⁴⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 759-760.

¹⁴⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 760.

¹⁴⁶ Yargıtay bu akdi “vekalet akdi” olarak nitelendirmiştir. Bkz. Yargıtay 15. HD, 1989/1023E., 1989/2841K., T. 15.6.1989 (YKD,C.15 S.9, 1989, s.1298 vd).

¹⁴⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 759.

¹⁴⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 761.

olduğunu söyleyebiliriz. Ancak arabuluculukta tahkimde olduğu gibi düzenlenen usul kuralları bulunmamaktadır.

Tahkim prosedüründe yargılama için tahkim yerine ihtiyaç duyulur çünkü tarafların talebi halinde tahkim kararı, tahkim yeri mahkemesi tarafından incelenir. Bir ülkede gerçekleşen her eylem ve işlemin o ülkenin yargı sistemine tabi olmasından hareketle, tahkimin de tahkim yeri mahkemelerinin yargı yetkisine tabi olduğu kabul edilir¹⁴⁹. Tahkim usulünde tarafların seçtikleri hukuk kuralları uygulanmakla birlikte, taraflar bir hukuk seçmediyse tahkim yeri hukuku uygulanır. Tahkimde benimsenen “*lokalizasyon teorisi*” yani tahkimin fiziken uygulandığı tahkim yeri mevzuatıyla tahkime uygulanan hukukun uyumlu olması hali yerine arabuluculukta “*esneklik veya yer değiştirme teorisi*” benimsenmektedir¹⁵⁰. Esneklik veya yer değiştirme teorisi arabuluculuk faaliyetinin arabuluculuğun yapıldığı yer hukukundan bağımsız olduğu ve tarafların iradelerinin öne çıktığı dolayısıyla tarafların seçtiği hukuk ve kurallar aracılığıyla yürütülen bir süreci ifade eder. Nitekim tarafların arabuluculuğu tercih etme sebebi esnek bir süreç olması, katı usul kurallarının olmamasıdır. Sınır ötesi uyuşmazlıklarda arabuluculuğun yerini tespit etmek zor olabilir. Ayrıca günümüzdeki dijital imkanlar vesilesiyle arabuluculuk faaliyetleri video konferanslarla farklı yerlerden, farklı platformlardan yapılabilmektedir. Örneğin iki tarafın olduğu bir uyuşmazlıkta tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde olması, arabulucunun da bir başka ülkede bulunması durumunda üç farklı yer söz konusu olacaktır. Bu durumda da hangi ülke hukukunun geçerli olacağı hususunda net bir cevap olmayacaktır.

Tahkimde uyuşmazlık neticesinde hakem veya hakemlerce bir karar verilir ve bu karar gerekli hallerde tahkim yeri mahkemesi tarafından denetlenir. Bu sebeple tahkim yerinin belirlenmesi önem arz eder. Nitekim tahkim yeri mevzuatta da özel olarak düzenlenmiştir¹⁵¹. Ancak arabuluculukta uyuşmazlığın çözümü için arabulucu tarafından

¹⁴⁹ Yeşilova, s. 121 (dn. 71)

¹⁵⁰ Erkan, s. 97-99.

¹⁵¹ Tahkim yeri, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)’nın 9. maddesinde düzenlenmiştir. “MTK Madde 9 – Tahkim yeri, taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılır. Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir. Hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasının gerektirdiği durumlarda önceden taraflara bildirmek kaydıyla bir başka yerde de toplanabilir.”

bir karar verilmemesi, uyuşmazlığın çözümünün taraflarda olması sebebiyle arabuluculuğun yerinin öneminin bulunmadığı esneklik ve değiştirme teorisiyle savunulmuştur. Kanaatimizce de kanunda arabuluculuk yeri hususunda bir düzenleme olmaması, arabuluculuğun amacı ve ruhu gereği tarafların kontrolünde, esnek bir süreç olması sebepleriyle bu teori desteklenmektedir.

Tahkimin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden farklılığı, öğretide hukuki niteliği hususunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bir görüşe göre tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir ve uygulamada tercih edilen önemli bir yöntemdir¹⁵². Her ne kadar tahkim prosedürü ve sonucu yargılamaya ilişkin bir usul gibi gözükse de, uyuşmazlığı çözenler devlet tarafından görevlendirilen mahkemeler değil tarafların kendi iradeleriyle seçmiş olduğu hakem veya hakemlerdir. Nitekim Özbek'e göre hakemlerin görevi fonksiyonel olarak yargısal olmasına rağmen yapısal manada yargısal faaliyet¹⁵³ değildir¹⁵⁴. Yine Konuralp'e göre diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu gibi gönüllülük, gizlilik ilkeleri tahkimde de geçerli olduğundan, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kapsamında değerlendirilmelidir¹⁵⁵.

Tahkimin niteliğiyle ilgili öğretideki diğer görüş ise tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmadığıdır. Bu görüşe göre tahkim anlaşmasının yapılması halinde artık devlet yargısının yetkisinin bulunmaması, yargılamanın tahkim yoluyla yapılması sebebiyle devlet yargısının yerine tesis edilen istisnai yargılama yöntemi söz konusudur¹⁵⁶. Tahkimde, "*hakem*" adı verilen üçüncü kişi veya kişiler, mahkeme gibi yargılama yaparak bir karar vermekte ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu gibi tarafların kendi çözümlerini bulmaları için yardım

¹⁵² Özbek, "AUÇ", s. 213; Yılmaz, Ejder, "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı", Ankara 2005, (s. 843-855), (Uzlaşma) s. 845; Şahin Ceylan, s. 303; Kaplan, s. 120.

¹⁵³ Mahkemenin her türlü faaliyetine yapısal manada yargısal faaliyet denir. Bkz., Özbek, "AUÇ", s. 213.

¹⁵⁴ Özbek, "AUÇ", s. 213.

¹⁵⁵ Konuralp, s. 130.

¹⁵⁶ Tanrıver, "Arabuluculuk", s. 155-156; Pekcanıtez, s. 15; Küçükgüngör, Erkan: "Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2004, C. 22, S. 4, s. 48; Ildır, "AUÇ", s. 58; Ersen Perçin, s. 181; Akıncı, Ziya: "Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1996, C. 18, S. 4, (Alternatif Çözüm Yolları), s. 100, dn. 30; Kekeç, s. 22; Bulur, "Avukatlık Kanunu", s. 200.

etmemektedirler¹⁵⁷. Yine devlet mahkemeleri tarafından hakem kararlarına müdahale edilebilmesi, tahkim kararlarının kesin hüküm teşkil etmesi ve taraflar için bağlayıcı olması, yargılamanın yenilenmesinin mümkün olması ve hakem kararlarının cebri icra yoluyla yerine getirilebilmesi tahkimi diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayırmaktadır¹⁵⁸. Yine bu görüşe göre, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, dava yolunun haricinde tahkimin de alternatifini oluşturmaktadır. Yargılama masrafının yüksek olması, bazı taktikler uygulayarak davalı tarafın davayı uzatabilmesi, verilen karara uyulmadığı takdirde tasdik veya tenfiz için devlet yargısına başvurma zorunluluğu ve devlet yargısının tahkime müdahalesi gibi hususlar, tahkimin tercih edilmesinin önündeki engeller olarak sayılabilir. Dolayısıyla da kanun koyucu ve hukukçular, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönelmektedir¹⁵⁹.

Alternatif uyuşmazlık çözümü (ADR - Alternative Dispute Resolution) geçmiş dönemlerde mahkemelere alternatif tüm uyuşmazlık çözüm yöntemlerini kapsayan bir kavram olarak kullanılırken ve tahkim de en önemli ve en çok kullanılan alternatif uyuşmazlık çözümlerinden biri olarak kabul edilirken, bir süre sonra tahkimin diğer alternatif uyuşmazlık çözümlerinden ayrılması gerektiği görüşü hakim olmuştur¹⁶⁰. Tahkimde hakemler tarafından bağlayıcı ve kesin hüküm niteliğinde kararlar verilirken, diğer alternatif uyuşmazlık çözümleri taraflara yardım etme amacı taşımaktadır ve uyuşmazlığın çözümünde kontrol taraflardadır, taraflar istediği zaman müzakere sürecini sona erdirebilir¹⁶¹. Tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olup olmadığına ilişkin görüş ayrılığında bakış açısı farklılığı bulunmaktadır. Eğer ki mahkemelerin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinde temel ilke olarak kullanılan tabii hakim ilkesi¹⁶² uyarınca, tahkimi devlet yargılamasının bir alternatifi, mahkemelerin

¹⁵⁷ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 171; Akıncı, Ziya, “Hakem Kararları”, 10. Milletlerarası Tahkim Semineri, 30 Nisan 2012, Ankara, (s. 67-84), (Hakem Kararları), s. 69.

¹⁵⁸ Ildır, “AUÇ”, s. 61; Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 171; Özbay, s. 473; Ekşi, “Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri”, s. 51; Özkes, s. 41-42; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, “Muhammet, Medeni Usul Hukuku”, 13. Baskı, Ankara 2012, s. 903; Yeşilova, s. 26.

¹⁵⁹ Ildır, “AUÇ”, s. 27; Şanlı, s. 371-372.

¹⁶⁰ Ekşi, “Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri”, s. 2.

¹⁶¹ Sanders, Pieter: “The Harmonising Influence of the Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation: Understanding Transnational Commercial Arbitration”, Münster 2000, s. 49.

¹⁶² Tabii hakim ilkesi; bir uyuşmazlıkta görevli ve yetkili mahkemenin uyuşmazlık doğmadan önce kanunla belirlenmiş olması gerekliliğini ifade eder. Bu ilkenin amacı uyuşmazlık doğduktan sonra bu uyuşmazlıkla ilgili yargılama yapacak görevli ve yetkili mahkemenin kurulmasını engellemektir. Bkz. Tanrıver, Süha:

dışında yargılamanın yapıldığı bir mercii olarak görürsek tahkim bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹⁶³. Fakat kullanılan yargılama usulü, kararların bağlayıcılığı, kesin hüküm teşkil etmesi, tarafların çözüm üretmedeki etkinliği göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılırsa tahkim alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kapsamında olmayacaktır¹⁶⁴. Kanaatimizce de tahkim devlet yargılamasına alternatif olarak istisnai bir yargılama türü olup, arabuluculuk gibi tarafların kendi çözümlerini ürettikleri ve kendi kararlarını kendilerinin verdiği alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi kapsamında değildir.

Üçüncü kişinin uyuşmazlıkla ilgili bir karara varıp varamaması arabuluculuk ile tahkimi birbirinden ayıran önemli bir farktır. Çünkü tahkim, mahkemeler haricinde, resmi olmayan alanlarda uygulanırken, tahkim neticesinde hakemlerin verdiği karar tarafları bağlar. Buna karşın arabuluculuk faaliyetinde ise arabulucu karar verme yetkisine sahip değildir. Son dönemde milletlerarası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıklarda taraflar arasındaki ilişkiyi de koruduğu için arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak tercih edilmeye başlamıştır. Bununla birlikte taraflardan birinin yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda karşı tarafın bunu icra ettirebileceği bir metodun olmaması arabuluculuğun milletlerarası ticarete kullanımının yaygınlaştırılmasının önünde bir engeldir. Bu engeli kaldırmak ve arabuluculuğu milletlerarası ticarete daha da yaygınlaştırmak amacıyla Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkındaki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Singapur Sözleşmesi) hazırlanmış ve 7 Ağustos 2019 tarihinde Türkiye dahil kırk altı ve sonradan da dokuz devlet olmak üzere toplam elli beş¹⁶⁵ ülke tarafından imzalanmıştır.

Tahkim ve arabuluculuk yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların çözümünde daha önceliklidir. Yabancılık unsuru içerip birden çok hukuk sistemi ile ilgisi olan

“Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı”, TBB Dergisi 2013 (104), s. 11-35, s. 12-13; Taş, Burak: “Hukukun Genel Bir İlkesi Olarak Tabii Hakim İlkesi”, YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1763-1791, s. 1765.

¹⁶³ Erkan, s. 188; Berkhan, İhsan: “Tahkim ve Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesi”, İstanbul 2019, s. 13-14.

¹⁶⁴ Özbay, İbrahim/Korucu, Yavuz: “Hukuk Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim”, Ankara 2016 s.17; Polat, Malike: “Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk”, Ankara 2010, s. 54; Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 151-177, s.171; Kekeç, s.22.

¹⁶⁵ En son 10.09.2021 tarihinde Avusturalya’nın Sözleşme’yi imzalamasıyla Sözleşme’ye taraf toplam devlet sayısı 55 olmuştur.

uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında iletişim noksanlığı ile karşılaşp diğer taraflar ile iletişime geçmek isteyenler arabuluculuğu tercih ederlerken, uyuşmazlığın diyalog kurulmadan çözümlmesini isteyenler ise tahkim usulünü tercih ederler¹⁶⁶.

4.1.1 Arabuluculuk-Tahkim (Mediation-Arbitration)

Yukarıda açıklanan arabuluculuk ile tahkimin bir arada kullanıldığı terditli bir usul de söz konusudur. Arabuluculuk - Tahkim (Mediation - Arbitration kısaca Med-Arb) olarak isimlendirilen bu karma yöntemde taraflar arasındaki uyuşmazlık arabuluculuk yoluyla çözümlenemediği takdirde taraflar tahkim yoluna başvurur ve taraflarca seçilen hakem tarafından yapılan yargılama sonucu uyuşmazlığa ilişkin bir karara varılır¹⁶⁷. Taraflar arabuluculuk-tahkim yoluna başvurulmasını uyuşmazlığa konu olan sözleşmede düzenleyebilirler veya uyuşmazlık çıktıktan sonra bu yola başvuracakları hususunda bir anlaşma yapabilirler¹⁶⁸. Arabuluculuk-tahkim yönteminde taraflar seçmiş oldukları arabulucunun, tahkim yargılamasında da hakem olarak görev almasını tercih edebilirler¹⁶⁹. Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) ve HMK’da arabulucunun hakem olmasını yasaklayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. HUAK’ta ise bu konuda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanmış olan Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m.4/f.6’da ise arabulucunun görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili tarafların açık ve yazılı onaylarıyla birlikte talep ederlerse, açılan tahkim yargılamasında hakem olabilecekleri düzenlenmiştir. Nitekim İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) tarafından yayımlanan Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m.5/f.1’de de arabulucunun tarafların açık ve yazılı onayı olmadan aynı uyuşmazlık için tahkimde hakem olamayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda tarafların açık ve yazılı onayına istinaden ilk aşama olan arabuluculukta arabulucu rolünü üstlenen tarafsız üçüncü kişi,

¹⁶⁶ Şanlı, Cemal: “Milletlerarası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, B. 6, İstanbul 2016, s. 489-526 (Milletlerarası Ticarî Akitler).

¹⁶⁷ Demir-Gökyayla, Cemile: “Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu”, İstanbul Hukuk Mecmuası 77/2, 2019, s. 580 vd.; Özbek, Mustafa Serdar: “Arabuluculuk ile Tahkimin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim”, Yargıtay Dergisi Ocak 2017 Cilt:43/1, (Arabuluculuk-Tahkim), s. 18.

¹⁶⁸ Konuralp, Cengiz Serhat: “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Yolları: Tahkim”, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. 51.

¹⁶⁹ İldır, s.100; Polat, Malike: “Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk”, Ankara 2010, s.48-49.

ikinci aşama olan tahkimde hakem rolünü üstlenerek taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında karar verir.

4.1.2 Tahkim – Arabuluculuk (Arbitration-Mediation)

Terditli usuller arasında yer alan bir diğer karma yöntem ise Tahkim - Arabuluculuktur (Arbitration - Mediation kısaca Arb-Med). Bu yöntemde ise uyuşmazlığın çözümü için hakem olarak atanmış olan üçüncü kişi bir karar hazırlar ancak bu kararı taraflara bildirmez. Karardan sonra taraflar arasındaki uyuşmazlıkta arabulucu olarak görev yapar ve müzakere sürecini yönetir. Taraflar arabuluculuk yöntemi ile uyuşmazlıklarını çözümlerlerse verilmiş olan karar taraflarla paylaşılmadan imha edilir. Ancak taraflar arabuluculuk yöntemiyle bir anlaşmaya varamamışsa daha önce hazırlanmış olan karar taraflara iletilir ve taraflar için bu karar bağlayıcıdır¹⁷⁰.

4.2 Arabuluculuk ve Uzlaştırma

Uzlaştırma, bir kurum ya da mahkeme bünyesinde tarafsız üçüncü bir kişi olarak uzlaştırma görevlisinin ya da hakimin, uyuşmazlık taraflarına yol göstererek çözüm ya da hüküm tekliflerinde bulunduğu; tarafların da bu teklifleri aralarında mütalaa ederek somut tekliflerden tercih ettikleri birisi üzerinde anlaşmaya varmasını hedef edinen kamusal ve iradi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹⁷¹.

Uzlaşma ve uzlaştırma kavramları birbirleri ile karıştırılmakla beraber iki kavram da ayrı manalara gelmektedir¹⁷². Uzlaştırmada, tarafların üçüncü bir kişi olan uzlaştırıcı vasıtası ile anlaşmasının sağlanmasının hedeflendiği alternatif çözüm yöntemi söz konusu iken, uzlaşma ise tarafların birbirleri ile kendi çabaları sonucu anlaşmaya varmasını ifade eder. Yani uzlaştırmada üçüncü bir kişi olan uzlaştırıcı aktif bir rolde bulunurken, uzlaşmada taraflar uzlaşma sonucuna kendi çabaları ile ulaşırlar¹⁷³.

¹⁷⁰ Ekşi, “Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri”, s. 5; Özbek, “Arabuluculuk-Tahkim”, s.20.

¹⁷¹ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 166; Ersen Perçin, s. 181; Dür, s. 46.

¹⁷² Sarısözen, Serhat: “Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma”, Ankara 2011, s. 7 vd.; Bulur, Alper: “Avukatlık Kanunu m. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İncelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010, S. 89, (Avukatlık Kanunu), s. 209; Özmumcu, “Uzakdoğu’da Arabuluculuk”, s. 267. “1136 sayılı Avukatlık Kanunu (RG:07.04.1969-13168) m. 35/A hükmünde uzlaşma yerine uzlaştırma kavramı kullanılmıştır.”

¹⁷³ Dür, s. 35.

Uzlaştırma arabuluculuk yöntemi ile de karıştırılmaktadır. Zira arabuluculuk yönteminin düzenlenmediği hukuk düzenlerinde, arabuluculuk yerine uzlaştırma kavramı kullanılmaktadır. Halbuki her ikisi de birbirinden farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Uyuşmazlık sonuçlandırılmasında üçüncü kişinin rolünün aktifliği ve önemi iki yöntem arasındaki en belirgin birinci farktır. Uzlaştırmada, uzlaştırmacının yetki alanı arabulucuya göre daha geniştir. Uzlaştırmacının, tarafların uyuşmazlığının çözüme kavuşturulması için araştırmada bulunarak çözümler getirmesi gerekmektedir. Bu aşamada, taraflarla çözüm konusunda teşvik etmek amacı ile konuşarak yönlendirmede bulunabilmektedir. Uzlaştırmacıya nispeten pasif konumda bulunan arabulucunun görevi ise tarafların birbirleri ile iletişimlerini kolaylaştırmaktır¹⁷⁴.

Uzlaştırma ve arabuluculuk yöntemleri arasındaki ikinci fark; iki yöntemin mahkeme kurumuna benzerliği yönündendir. Mahkeme kurumuna benzer olan uzlaştırma yönteminde ulaşılabilecek çözümlerin sayısı sınırlıdır. Arabuluculuk yönteminde varılabilecek çözümler ise sınırsızdır. Zira arabuluculuk yöntemi çözüm temelli iken uzlaştırma yöntemi dava temellidir. İki tarafın da kazanmasının hedeflendiği arabuluculukta yaratıcı çözümler sunma olanağı daha çoktur. Uzlaşmada ise tarafların kazanıp kazanmamasından ziyade hukuki sonuca ulaşma amaçlanır. Bu nedenle uzlaşma durağan ve kamusal bir aşamadır¹⁷⁵. Yani resmi olan ve yavaş şekilde devam eden bir süreç söz konudur.

Uzlaştırma ve arabuluculuk arasındaki bir diğer farklı nokta ise uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında temel alınan hususlardır. Uzlaştırma yönteminde tarafların hakları ve haklılığı irdelenmekte; dolayısıyla tarafların geçmiş ilişkisi uzlaştırmanın konusunu teşkil etmektedir. Tarafların menfaatlerine odaklanılan ve ortak bir menfaat yaratılmaya çalışılan arabuluculukta ise tarafların geçmiş ilişkilerinden ziyade gelecekteki ilişkilerinin düzenlenmesi amaçlanır. Bu sebeple arabuluculuk daha esnek

¹⁷⁴ Tanrıver, Süha: “Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. 2, Ankara 2010, (Arabuluculuk ve Uzlaştırma) s. 205 vd.; Sarısözen, s. 89; Tuğsavul, s. 29.

¹⁷⁵ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 167.

iken, uzlaştırma daha katı bir süreçtir ve takdir yetkisi kullanmaya pek elverişli değildir¹⁷⁶.

Türk Hukukunda arabulucu, tarafların serbest tasarruflarına konu hukuki uyuşmazlıklarda faaliyette bulunabilirken; uzlaştırmacı ancak cezai uyuşmazlıklarda rol alabilir¹⁷⁷. Buna göre Türk Hukukunda uzlaştırma kamu hukuku temelli iken, arabuluculuk özel hukuk temellidir.

4.3 Arabuluculuk ve Müzakere

Müzakere tarafların doğrudan görüşerek üçüncü bir şahsa gerek duymadıkları, belirli sürelerle tek olarak ya da avukatları aracılığı ile buluşarak birbirleri ile iletişim halinde uzlaşmayı amaçladıkları alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹⁷⁸. Müzakere faaliyetinde taraflar, birbirlerini ikna için iletişime geçerek, razı oldukları bir çözümü bulmaya çalışırlar¹⁷⁹. Burada üçüncü bir kişi, idareci, karar veren bulunmadığından uyuşmazlığın çözümü tarafların iradesine ve isteğine baėlıdır¹⁸⁰.

Müzakere tarafların arasındaki anlaşmazlığın hukuki uyuşmazlığa ve yargılama sürecine varmasına mani olan bir faaliyettir. Müzakere karşılıklı tekliflerin görüşüldüğü hareketli ve etkin bir aşama olduğundan sadece sulh olmaya değil, ortak bir karara varma ve ortak bir stratejiye ulaşma amaçlanır¹⁸¹. Yine üçüncü bir kişinin katılımı müzakere ile arabuluculuğu birbirinden ayırır. Zira arabuluculuk faaliyetinde üçüncü kişi uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında aktif rol alırken, müzakere yönteminde üçüncü bir kişinin yardımı söz konusu değildir.

4.4 Arabuluculuk ve Kısa Yargılama

Kısa yargılama; yargılama aşamasının tarafsız üçüncü bir kişi tarafından kurgusal olarak ortaya konması ile uyuşmazlığın çözümü konusunda çalışma yapıldığı

¹⁷⁶ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 167.

¹⁷⁷ “Adalet Bakanlığı Mahkeme Temelli Arabuluculuk Hizmetleri El Kitabı, 2017, s. 67: <http://www.adb.adalet.gov.tr/e-k.pdf>” (Erişim tarihi 20.03.2022).

¹⁷⁸ Soysal, Tamer: “Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma”, İstanbul 2005, s. 212; Özbek, “AUÇ”, s. 134.

¹⁷⁹ Kekeç, s. 43-44.

¹⁸⁰ Dür, s. 33.

¹⁸¹ şanlı, “Milletlerarası Ticari Akitler”, s. 491-492.

alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹⁸². Genellikle ticari konular ile ilgili uyuşmazlıkların sonuçlandırılmasının hedeflendiği bu faaliyette tarafsız kişilerden ya da tarafların bir ya da birden fazla idarecisinin katıldığı bir heyet bulunmaktadır. Bu heyet mahkeme aşamasını kurgusal olarak tasarlayarak uyuşmazlığı sonuçlandırmaya çalışır. Kısa yargılama mahkeme harici başvurulana bağlayıcılığı olan fakat resmi olmayan bir faaliyettir¹⁸³.

Kısa yargılama iş dünyasında geliştirilmiş, ticari uyuşmazlıkların çözümünde güzel sonuçların alındığı bir yöntemdir. Katı olmayan bir yapıya sahip olan kısa yargılama usulünü taraflar aralarında söz konusu olan uyuşmazlığa has bir yapıya çevirebilirler¹⁸⁴. Uyuşmazlığın teknik kısımları için bilirkişi atanabilir ya da tanık dinlenebilir.

Kısa yargılamanın nihayetinde tavsiye olarak değerlendirilebilecek bir karar çıkabileceği gibi tarafların oluru ile uyulması zorunlu bir karara da varılabilir¹⁸⁵. Taraflarca kurula bağlayıcı karar alma yetkisinin tanınabilir olması, kısa yargılamayı arabuluculuktan ayırır¹⁸⁶. Milletlerarası ticaretle ilgili ve birden çok hukuk düzeni ile ilgili uyuşmazlıkların da kısa duruşma yöntemi ile çözülebilmesi mümkündür.

¹⁸² Dür, s. 52.

¹⁸³ Özbek, “AUÇ”, s. 397.

¹⁸⁴ İldır, s. 108.

¹⁸⁵ İldır, “AUÇ”, s. 109-110.

¹⁸⁶ İldır, “AUÇ”, s. 108.

İKİNCİ BÖLÜM

ARABULUCULUK FAALİYETİ ÇERÇEVESİNDE KURULAN SÖZLEŞMELER VE UYGULANACAK HUKUK

1 Arabuluculuk Sözleşmesi

1.1 Arabuluculuk Sözleşmesinin Tanımı

Tarafların aralarında var olan ya da olması muhtemel bir uyuşmazlığı çözmek için arabuluculuk yolunu deneyeceklerini, arabulucunun yardımından yararlanmayı taahhüt ettikleri sözleşmeye arabuluculuk sözleşmesi denir¹⁸⁷. Arabuluculuk sözleşmesinin gayesi, taraflar arasında imzalanmış bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında arabuluculuk yönteminden yararlanmaktır. Bununla birlikte arabuluculuk sözleşmesinin düzenlenmesi için taraflar arasında kurulan hukuki ilişkinin bir sözleşmeden doğma zorunluluğu yoktur. Taraflar arasındaki bir hukuki ilişkiden kaynaklanan ya da kaynaklanabilecek olan uyuşmazlık konusunda arabuluculuk faaliyetinin tercih edilmesi arabuluculuk sözleşmesinin varlığı için yeterlidir. Bu sebepten taraflar arasında oluşan uyuşmazlığın haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme kaynaklı olması durumunda da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında arabuluculuk yöntemi seçilebilir. Arabuluculuk sözleşmesinin tarafları, aralarında bir uyuşmazlık çıkan gerçek ve/veya tüzel kişilerdir¹⁸⁸. Taraflar arasında arabuluculuk sözleşmesinin düzenlenmesinin anlamı; doğmuş veya doğacak uyuşmazlık için tarafların mahkemeye müracaat etmek yerine öncelikle arabuluculuk yöntemine başvurması ve uyuşmazlığı bu yöntemle çözüme kavuşturmaya niyet etmeleridir. Arabuluculuk sözleşmesi ile taraflar doğrudan mahkemeye başvurmaktansa arabuluculuğu kullanmayı daha avantajlı görmekte ve yargılama usulünün alternatifi olarak bu yöntemi seçerek uyuşmazlıklarını çözmeye çalışmaktadırlar. Arabuluculuk sözleşmesiyle taraflar uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözümleyerek mutlak surette anlaşmaya

¹⁸⁷Stoica, Veronica: “Some Consideration on the Mediation Contract, Annals Constantin Brancusi University of Targu Jiu Juridical Science Series, 2010, Vol. 1”, s. 21; Taşpolat Tuğsavul, s. 101.

¹⁸⁸ Öztürk, s. 219.

varılmasını değil, uyuşmazlıkları için arabuluculuk faaliyetine katılmayı kabul ve taahhüt etmektedirler¹⁸⁹.

Arabuluculuk sözleşmesi nitelik olarak tahkim anlaşmasına benzemektedir. Nitekim tahkim anlaşmasında da tarafların aralarında doğan ya da doğması muhtemel uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yolunu kullanmak konusunda ortak ve birbirine uygun iradeleri mevcuttur. Tahkim anlaşması ile taraflar devlet yargılaması yerine tahkim yolunu tercih etmekte ve yargılamanın hakemler tarafından yapılması hususunda anlaşmaya varmaktadırlar. Mahkemelerin yargı yetkisinin dayanağı Anayasa ve kanunlar iken, hakemlerin yargı yetkisini kural olarak ve öncelikle belirleyen tarafların ortak iradesidir¹⁹⁰. Dolayısıyla tarafların iradesiyle uyuşmazlığın çözümü için seçilen bir yöntem olması açısından arabuluculuk sözleşmesi ile tahkim anlaşması benzerlik göstermektedir.

1.2 Arabuluculuk Sözleşmesinin Geçerliliği

Arabuluculuk sözleşmesi bağımsız bir sözleşme olarak düzenlenebileceği gibi taraflar arasındaki hukuki ilişkinin dayanağı olan esas sözleşmeye eklenecek bir hüküm ile de düzenlenebilir¹⁹¹. Esas sözleşmeye eklenmiş bir hükümle arabuluculuk sözleşmesi düzenlendiğinde, esas sözleşmenin geçerli olmadığının tespiti halinde bu hususun sözleşmeye eklenen şartı nasıl etkileyeceği hususu da açıklanmalıdır. Öğretide bu husus tartışılmış olup, genel kabul gören görüş uyarınca esas sözleşmeye eklenen bir koşul ile oluşturulan arabuluculuk sözleşmeleri bağımsız niteliklerini korumaktadırlar¹⁹². Çünkü burada tarafların birbirlerine karşı açıkladıkları irade beyanlarında arabuluculuk sözleşmesi ve esas sözleşme açısından bir farklılık söz konusudur. Taraflar arasında çözüme kavuşturulması hedeflenen uyuşmazlık ile bu uyuşmazlığın arabuluculuk faaliyeti kapsamında sonuçlandırılması farklı konulardır. Her iki konunun yani hem uyuşmazlık konusunun hem de bunun çözümü için arabuluculuk yönteminin seçildiği hususunun tek sözleşmeye konu olması arabuluculuk sözleşmesinin bağımsız olduğu

¹⁸⁹ Badur, Emel: “Arabulucu Sözleşmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C.15, S.162, Şubat 2020 (s.248-265), s. 263

¹⁹⁰ Yeşilova, s. 236-237.

¹⁹¹ Ekmekçi/Özekeş/Atalı, s.49; Kekeç, s.140; Taşpolat Tuğsavul, s.102.

¹⁹² Taşpolat Tuğsavul, s. 101; Ildır, “AUÇ”, 67.

hususunu etkilemez. İşte bu sebepten, arabuluculuk faaliyetini tercih etmeyen taraf, esas sözleşmenin geçersiz olduğunu öne sürerek arabuluculuk sözleşmesinin de geçersizliğini ileri süremez. Nitekim tahkim anlaşması açısından da benzer görüş mevcuttur. Şöyle ki, tahkim anlaşması gerek esas sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak kurulsun gerekse esas sözleşmenin içerisinde yer alan bir hüküm olarak düzenlensin, ayrılabilirlik ilkesi gereği konu bakımından esas sözleşmeden bağımsızdır¹⁹³.

Geçerli bir arabuluculuk sözleşmesinden bahsedebilmek için sözleşmenin düzenlendiği anda olası ya da mevcut, tespit edilebilir ve arabuluculuğa uygun bir uyuşmazlığın olması gereklidir¹⁹⁴. Bu sayede uyuşmazlığın olduğu anda, öncesinde veya sonrasında, hatta mahkemeye başvurduktan sonra bile arabuluculuk sözleşmesi yapılabilir. Yargılama aşamasında taraflar birlikte arabulucuya başvurmak istediklerini beyan ederlerse HUAKY m. 17 (7) gereği davayı mahkeme en fazla üç ay erteler ve bu süre tarafların birlikte başvuru yapması kaydıyla bir defaya mahsus üç aya kadar uzatılabilir.

1.3 Arabuluculuk Sözleşmesinin Bağlayıcılığı

Uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce arabuluculuk sözleşmesi düzenlenebilir. Ancak uyuşmazlık meydana geldikten sonra taraflardan biri ya da tümü arabuluculuk yöntemi konusunda fazla istekli olmayabilirler. Böyle bir halde mevcut arabuluculuk sözleşmesi öne sürülerek tarafların arabuluculuk faaliyetini başlatma konusunda mecbur olup olmadıkları hususuna değinilmelidir.

1.3.1 Devlet Yargısı Açısından Bağlayıcılığı

Türk Hukuk sisteminde yargı yoluna başvurmadan önce arabuluculuk sözleşmesi öne sürülerek arabuluculuk faaliyetinin başlatılmasının zorunlu olduğu konusunda bir düzenleme yoktur¹⁹⁵. Ancak HUAK m. 18/A'da ve ilgili mevzuatlarda düzenlenen dava şartı olarak arabuluculuk halleri bunun dışında tutulmuştur. Dolayısıyla taraflarca imzalanmış arabuluculuk sözleşmesine rağmen, taraflardan birinin doğrudan

¹⁹³ Yeşilova, s. 239-241.

¹⁹⁴ Ildır, "AUÇ", 67.

¹⁹⁵ İlhan, s. 85.

dava yolunu kullanması halinde sürecin nasıl işleyeceği konusu değerlendirilmeye muhtaçtır.

Bir görüşe göre taraflar, aralarında geçerli bir arabuluculuk sözleşmesi olmasına rağmen arabulucuya başvurmak yerine dava yoluna gidebilir. Bu durumda dava yoluna başvuran taraf arabuluculuk faaliyeti neticesinde varılacak çözümü kabul etmeyeceğini peşinen belirtmekte ve uyuşmazlığın çözümü için doğrudan mahkemeye başvurarak zımni olarak arabuluculuk sözleşmesini uygulamaktan vazgeçmektedir¹⁹⁶. Nitekim bu görüşe göre HUAK.m.3'te düzenlenen iradilik ilkesi uyarınca taraflardan birinin arabuluculuk yöntemine başvurmadan dava yoluna başvurması arabulucuya başvurmaktan vazgeçme olarak nitelendirilmelidir¹⁹⁷.

Bir diğer görüşe göre tarafların aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmek istemeleri amacıyla kurdukları arabuluculuk sözleşmesi, sözleşme serbestisinin sonucu olarak, tarafları bağlayıcı olmalı ve zorla yerine getirilmesi mümkün kılınmalıdır. Bu husus ise, tarafların aralarında arabuluculuk sözleşmesi imzalandıysa, arabuluculuk faaliyeti neticelenmeden dava yoluna gidilemeyeceğinin mevzuatta açıkça düzenlenmesiyle mümkündür¹⁹⁸. Bu konuda Özbek HMK m. 116'da düzenlenen ilk itirazlar kapsamına tahkim gibi arabuluculuğun da dahil edilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir¹⁹⁹. Böylece dava yoluna başvurma'nın arabuluculuk veya alternatif çözüm yöntemlerine başvuru şartını doğrudan geçersiz kılması yerine, arabuluculuk veya alternatif çözüm yöntemlerinin uygulanabilmesi üstün tutulacaktır. Bu görüşe göre tarafların arasında kurulan arabuluculuk sözleşmesine rağmen doğrudan dava yoluna başvurulması halinde mahkeme, diğer tarafın itirazı üzerine ya davayı usulden reddedecek ya da davanın görülmesini belli bir süre erteleyecektir. Özbek ve Yazıcı Tıktık usul ekonomisinin göz önünde bulundurulması gerektiğini ve mahkemenin davayı usulden reddetmek yerine, arabuluculuk faaliyeti sonuçlanana kadar mevcut davanın

¹⁹⁶ Ildır, "AUÇ", s. 65; Taşpolat Tuğsavul, s. 108; Ertürk, s. 190.

¹⁹⁷ Dür, s. 325-326.

¹⁹⁸ Özbek, "AUÇ", s. 787; Karyağdı, Müjgan: "Amerika Birleşik Devletleri'nde Uygulanmakta Olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi ve Türk Hukuku ile Mukayesesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 11, S. 1, 2, 2007, s. 919-964, s. 941.

¹⁹⁹ Özbek, "AUÇ", s. 703.

ertelenmesinin daha uygun olduğunu ifade etmektedirler²⁰⁰. Nitekim Belçika’da taraflardan biri arabuluculuk sözleşmesi veya arabulucuya başvuru şartı olmasına rağmen arabuluculuğa başvurmadan dava açarsa, diğer tarafın itirazı halinde mahkeme yargılama talebini reddedecektir²⁰¹. Yine Almanya’da taraflardan birinin arabuluculuk sözleşmesi veya arabulucuya başvuru şartına rağmen doğrudan dava açması halinde, diğer tarafın itirazıyla mahkeme, davanın geçici olarak kabul edilemez nitelikte olması sebebiyle davayı reddedebilir. Fransa’da da benzer olarak davanın kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte Hollanda, Japonya ve İsviçre’de, arabuluculuk sözleşmesi veya arabuluculuğa başvuru şartının, mevcut uyuşmazlıkla ilgili dava açılmasını engellemeyeceği belirtilmiştir²⁰².

1.3.2 Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb) Açısından Bağlayıcılığı

Taraflar aralarındaki uyuşmazlığı öncelikle arabuluculuk yoluna başvurarak çözümlenmeye çalışacaklarını, çözümleyemedikleri takdirde tahkim yoluna başvuracakları hususunda anlaşarak bir Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb) sözleşmesi de düzenleyebilirler. Yine taraflardan birisi uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yoluna başvurmadan tahkime başvurursa bu başvurunun sonucunun ne olacağı değerlendirilmelidir. Davacı, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözüme ulaşamayacağı kanaatiyle doğrudan tahkime başvuru yapabilir. Bu durumda davalı taraf aralarındaki Med-Arb sözleşmesi uyarınca davacının önce arabuluculuk faaliyetlerine başlaması gerektiğini, bunun tahkime başvurudan önce bir ön şart olduğunu dolayısıyla hakemlerin yargılamaya başlamaması gerektiği iddiasında bulunabilir²⁰³.

Hakemler davalı tarafça ileri sürülen bu iddiayı hassas bir şekilde incelemelidir. Çünkü taraflarca arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümü hususunda bir niyet yoksa ve taraflar için öncelikle arabuluculuk yolunu tüketmeye çalışmak faydasız bir çaba ise, tahkim yoluna başvurunun gecikmesi davalı açısından bir fırsat niteliğini taşır.

²⁰⁰ Özbek, “AUÇ”, s. 788; Yazıcı Tıktık, s. 201.

²⁰¹ Namı, Mert: “Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları, Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler”, İstanbul 2008, s. 99-125, s. 103.

²⁰² Dür, s. 323-325.

²⁰³ Demir-Gökyayla, Cemile: “Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 2019, s. 77/2 (s. 575-616), s. 585 vd.

Milletlerarası tahkim uygulamasında, hakemler arabuluculuğa başvurmadan tahkim yoluna başvurulması ve buna davalının itiraz etmesi halinde davayı reddetmeyip yargılamayı durdurmayı ve tarafların arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıklarını çözmelerine fırsat vermeyi tercih etmektedirler. Böylece taraflar arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıklarını çözemezlerse tahkim yargılaması kaldığı yerden devam edecektir²⁰⁴.

Tahkim öncesinde alternatif çözüm yoluna gitme aşamasının tüketilmesi gerekip gerekmediği hususuna ilişkin öğretilerde farklı görüşler yer almaktadır. Bir görüşe göre tahkim öncesi gidilecek alternatif çözüm yolunun zorunlu veya ihtiyari olmasına bakılmaksızın bu yolun tüketilmesi gerekmektedir. Bu görüş uyarınca taraflar sözleşmelerinde öncelikle arabuluculuğa başvuracaklarını, bir anlaşma sağlanamaması halinde tahkime gideceklerini düzenlediklerinde arabuluculuğa başvuru şartını karşılıklı olarak kabul etmiş olmaktadır. Bu şartın tarafları bağlayıcı etkisi sebebiyle arabuluculuğa başvurmadan tahkime gitmek; tahkim sözleşmesinin hükümsüzlüğüne ve tarafların belirlemiş olduğu usule aykırılığa sebep olabilir²⁰⁵.

Bir diğer görüş tahkim öncesi gidilecek alternatif çözüm yolunun zorunlu olması halinde bu aşamanın tüketilmesi gerektiğidir. Alternatif çözüm yolunun zorunlu olup olmadığı ise sözleşmenin yorumuyla ilgilidir. Öğretilerde sözleşmede “*shall*” ibaresi geçiyorsa tahkim öncesi alternatif çözüm yoluna başvurunun zorunlu olduğu, “*may*” ibaresi geçiyorsa zorunlu olmadığı ifade edilmektedir²⁰⁶. Taraf iradelerinin yansıması olan sözleşmelerde arabuluculuk veya diğer alternatif çözüm yollarına başvurulmadan tahkime gidilmemesi gerektiği, bu yol denenip başarısız olursa tahkime gidileceği düzenlenmişse bu yolu tüketmek tahkimin ön şartıdır. Ancak öğretilerde tahkim öncesi tüketilecek alternatif çözüm yollarına ilişkin sözleşme maddesinin açık hükümlerle, aşama aşama ve hangi süre içerisinde yapılmasının belirtilmesi gerektiği

²⁰⁴ Demir Gökyayla, s. 586.

²⁰⁵ Akıncı: “Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1996, (İnşaat Sözleşmeleri) s.138; Akıncı, Ziya “Milletlerarası Tahkim” 4. Bası, İstanbul 2016, (Milletlerarası Tahkim), s.11; Özbek, “AUÇ”, s. 703.

²⁰⁶ Kayalı, Didem: “Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, Ocak 2010, s.572; Şanlı, s.411-413; Travaini, George: “Multi-tiered dispute resolution clauses, a friendly Miranda warning, 30.09.2014:<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/09/30/multi-tiered-dispute-resolution-clauses-a-friendly-miranda-warning/>” (Erişim tarihi 20.03.2022).

vurgulanmıştır²⁰⁷. Yine ICC hakem kararlarında da alternatif çözüm yoluna gidilmesinin zorunlu olup olmadığı değerlendirmeye alınmış, sözleşmelerde “*shall*” ibaresi kullanılmışsa zorunlu, “*may*” ibaresi kullanılmışsa ihtiyari olduğu ifade edilmiştir²⁰⁸. Öğretideki hakim görüş bu yöndedir ve bu aşama tüketilmeden tahkime gidilirse hakemlerin yargı yetkileri bulunmamaktadır²⁰⁹. Burada tahkim başvurusu reddedilebilir veya hakemler tarafından alternatif çözüm yolunun tüketilmesi bekletici mesele haline getirilebilir. Son görüş ise tahkim öncesi gidilecek alternatif çözüm yolunun zorunlu veya ihtiyari de olsa tüketilmeden tahkime başvurulabileceğidir²¹⁰.

1.3.3 Görüşümüz

Tahkim tarafların devlet yargılaması yerine tercih ettiği özel bir yargılama türü olduğundan mahkeme yargılaması ile paralel bir değerlendirme yapılabilir. Dolayısıyla taraflar arasında akdedilen sözleşmede bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda öncelikle arabuluculuk yoluyla çözüm aranacağı ve ne kadarlık süre içerisinde arabuluculukla çözüme ulaşmaya çalışılacağı belirlenmesi, daha sonra mahkemeye veya tahkime gidilmesi düzenlendiğinde yargılamanın ön şartı arabuluculuğa başvuru olduğundan bu yolun tüketilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu yolu tüketmeden mahkemeye veya tahkime gidilmesi halinde davalı tarafın itirazı ile hakim veya hakem davayı bekletici mesele haline getirip taraflara uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmeyi denemeleri için süre verebilir. Kanaatimizce kanun koyucunun arabuluculuğu tahkim gibi ilk itirazlar kapsamında düzenlemesi isabetli olur ve bu husustaki belirsizliğin giderilmesi sağlanır.

1.4 Arabuluculuk Sözleşmesinin Şekli

Arabuluculuk sözleşmesinin de içinde yer aldığı özel hukukun temel prensiplerinden biri irade serbestidir ve özel hukukun temeli olan Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 1. maddesi uyarınca “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve*

²⁰⁷ Kayalı-Özdemir, Didem: “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Basamaklı Uyuşmazlık Çözüm Şartları, Haluk Konuralp’in Anısına Armağan”, C.I, Ankara 2009, s. 514-515.

²⁰⁸ Ekşi, “Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri”, s.39-40.

²⁰⁹ Ekşi, “Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri”, s. 33-46.

²¹⁰ Ekşi, “Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri”, s. 46 (Naklen Carter, Jamer H. “Part I Issues Arising from the Integrated Dispute Reslotion Clauses in New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series No.12, Editor A.J. van den Berg, 2005”).

birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.” Yine TBK’nın 12. maddesi uyarınca kanunda aksi öngörülmemişse sözleşmelerin geçerliliği için herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. Arabuluculuk sözleşmesi de, TBK genel hükümlerine dayanan ve herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş sözleşmelerdendir²¹¹. Dolayısıyla uyuşmazlığın tarafları arasındaki irade beyanını yansıtan arabuluculuk sözleşmesi kural olarak bir şekle tabi olmayıp²¹², yazılı veya sözlü şekilde olabilir. Sözleşmenin şekli, tarafların söz konusu sözleşmeyi kurmak hususundaki iradelerinin var olup olmadığının kanıtı olması açısından önemlidir. Arabuluculuk neticesinde arabulucu tarafından bir karar verilmediğinden, uyuşmazlığın çözülmemesi halinde tarafların dava yoluna gidebilmesi mümkün olduğundan arabuluculuk sözleşmesinin şekli konusunda taraflar daha esnek olabilir. Ancak tahkim anlaşmasında taraflar dava yolunu kullanmak yerine tahkimi tercih ettiklerinden ve mahkemeye başvurma haklarından feragat ettiklerinden sözleşmenin şekli, ispat açısından önem arz eder²¹³. Bu sebeple milletlerarası sözleşmeler ve birçok milli kanunda tahkim anlaşmasının yazılı olması veya yazıyla kanıtlanabilir nitelikte olması aranmaktadır²¹⁴. Nitekim MTK m. 4’de de tahkim anlaşmasının yazılı olması gerektiği düzenlenmiştir.

Yine TBK m. 26 ve m. 27 uyarınca taraflar sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirleyebilirler, yeter ki kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan bir sözleşme olmasın. Dolayısıyla Türk Hukukuna göre arabuluculuk sözleşmesinde arabuluculuk sözleşmesinin düzenlendiği yer, sözleşmenin dili, arabuluculuk toplantılarının idaresi ve arabuluculuk müzakere süresi gibi hususlar taraflarca serbestçe belirlenebilir. Buna göre taraf iradesine geniş bir yetki verilmektedir. Fakat bir sözleşmenin şekline ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmamasına rağmen taraflar aralarında anlaşarak bir şekil şartı kararlaştırabilirler²¹⁵. “İradi şekil” başlıklı TBK m. 17 uyarınca kanunun şekle bağlamadığı sözleşmelerde, taraflarca şekil şartının belirlenebileceği ve bu şekil şartına uyulmaması halinde

²¹¹ Taşpolat Tuğsavul, s. 144; Dür, s. 335; Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 51; Oğuz, s. 68.

²¹² Ildır, “AUÇ”, s. 66; Taşpolat Tuğsavul, s. 103; Kekeç, s. 129; Yazıcı Tıktık, s. 197.

²¹³ Yeşilova, s. 269.

²¹⁴ Yeşilova, s. 267.

²¹⁵ Oğuzman/Öz, s. 140; Esener, Turhan/ Gündoğdu, Fatih: “Borçlar Hukuku- 1- Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği”, İstanbul 2017, s. 195.

sözleşmenin tarafları bağlamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla taraflar isterse arabuluculuk sözleşmesini bir şekle bağlayabilirler. Arabuluculuk sözleşmesi esas sözleşmenin içerisinde yer alan bir şart olarak düzenlendiyse, esas sözleşmenin konusu veya içeriği belirli bir şekle bağlıysa arabuluculuk sözleşmesinin de o şekil şartına uyması gerekir²¹⁶. Ancak arabuluculuk sözleşmesi esas sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak düzenlendiyse, esas sözleşme bir şekle bağlı olsa da arabuluculuk sözleşmesi aynı şekle bağlı olmayacaktır²¹⁷.

Arabuluculuk sözleşmesinde uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında görevlendirilecek arabulucu da belirlenebilir. Fakat arabuluculuk sözleşmesinin düzenlenmesi arabulucu sözleşmesi²¹⁸ düzenlendiği anlamına gelmez. Çünkü tarafların uyuşmazlığın çözümü için arabulucunun isminin belirlenmesi konusunda anlaşmaya varmaları, arabulucunun da bunu kabul ettiği anlamına gelmez. Arabulucunun arabuluculuk faaliyetini yürütmeyi kabul iradesi olmadan arabulucu sözleşmesinin kurulduğu kabul edilemez²¹⁹. Arabuluculuk sözleşmesinde arabulucunun tespit edilmesi arabulucu için uyulması gereken bir hüküm değildir. Böyle bir hüküm arabulucuyu bağlamaz.

1.5 Arabuluculuk Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Sözleşmelerin hukuki niteliğinin tespitinde taraf beyanlarıyla ulaşılmaması hedeflenen temel hukuki sonucun ortaya çıkacağı hukuk alanının belirlenmesi gerekmekte yani sözleşmenin etkisinin görüldüğü hukuki alan dikkate alınmalıdır²²⁰. Arabuluculuk sözleşmesinin konusu; tarafların aralarında doğan veya ileride doğma ihtimali olan uyuşmazlığın sonuçlandırılması için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuk faaliyetini seçtiklerine, bu yolla uyuşmazlıklarını çözmeyi deneyeceklerine dair taahhüt altına girmeleri olduğunu yukarıda belirtmiştik.

²¹⁶ Taşpolat Tuğsavul, s. 103.

²¹⁷ İlhan, s. 71.

²¹⁸ Arabulucu sözleşmesi uyuşmazlığın tarafları ile arabulucu arasında imzalanan bir sözleşme olup, bu bölümün ikinci başlığında detaylı olarak incelenecektir.

²¹⁹ Badur, s. 250.

²²⁰ Alangoya, Yavuz / Yıldırım, Kamil / Deren Yıldırım, Nevhis: “Medeni Usul Hukuku Esasları”, B. 7, İstanbul 2011, s. 175; Taşpolat Tuğsavul, s. 104; Taşpınar, Sema: “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri”, Ankara 2001, s. 60.

Sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için verilen bu taahhütlerin sonucunun açığa çıkacağı hukuk alanının belirlenmesi gerekir.

Sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti kuramsal olarak mühim olmakla beraber, sözleşme düzenlendikten sonra çıkabilecek uyuşmazlıkta pratik önemi de vardır. Zira maddi hukukla ilgili sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti maddi hükümler açısından önemli iken; yabancılık unsurunun varlığı halinde sözleşme milletlerarası nitelik kazanır ve farklı devletlerin hukuklarının uygulanması söz konusu olabilir²²¹. Vasıflandırma yapılarak sözleşmenin hukuki niteliği tespit edildikten sonra tabi olunacak hukuk belirlenir. Ayrıca taraflardan birinin arabuluculuk sözleşmesi düzenlendikten sonra söz konusu uyuşmazlıkla ilgili yargı yoluna başvurması halinde sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi önem kazanır. Sözleşmeden dönen tarafın yükümlülüğü sözleşmenin hukuki niteliğine bağlıdır. Böyle bir durumda uyuşmazlığa konu arabuluculuk sözleşmesi maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilirse sözleşmeden doğan sorumluluk söz konusuyken, sözleşme yargısal nitelendirmeye konu olursa sorumluluğun alanı değişecektir. Açıklanan sebeplerle ilk olarak arabuluculuk sözleşmesi ile ilgili hukuki niteliğin belirlenmesi önemlidir.

Son zamanlarda en fazla kabul gören konu veya sözleşmenin doğrudan etkilerini gösterdiği alan teorisi²²² uyarınca sözleşmenin hukukî niteliğini belirlemek için sözleşmenin etkileri göz önünde bulundurulmalıdır. Sözleşmede amaçlanan sonuç o sözleşmenin hukuki niteliğini belirler. Bu görüşe göre, bir sözleşmenin unsurlarına maddi hukuk kuralları mı yoksa usul hukuku kuralları mı uygulanacağını sormadan önce, bu sözleşmenin etkilerini maddi hukukta mı yoksa usul hukukunda mı göstermesinin amaçlandığı araştırılmalıdır²²³. Taraflar arasında kurulan sözleşme, irade serbestisinin varlığı, sözleşmenin dava yolundan önce veya sonra yapılması, sözleşmenin unsurları tek başına sözleşmenin hukuki niteliğini belirleyemez. Bu sebeple tarafların amaçları göz önünde bulundurulur. Tarafların amacı arabuluculuk sözleşmesi vasıtasıyla usuli bir ilişki kurarak yargılama hukuku kurallarını etkilemekse usul sözleşmesi; özel hukuk

²²¹ Öztürk, s. 224.

²²² Bu teoriyle ilgili daha fazla bilgi için bkz., Taşpınar, s. 54 vd.

²²³ Taşpınar, s. 60; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 175.

hükümleriyle doğrudan etki yaratmak istiyorlarsa maddi hukuk sözleşmesi nitelendirmesinin yapılması mümkündür²²⁴.

Arabuluculuk sözleşmesi bir satış sözleşmesi veya kira sözleşmesi gibi açıkça maddi hukuk alanında düzenlenmemiş olup, usul hukukuna ilişkin yönleri de bulunmaktadır. Bu sebeple hukuki niteliği hususunda farklı görüşler yer almaktadır. Bu alanda; borçlar hukuku sözleşmesi, usul hukuk sözleşmesi ve karma sözleşme görüşü olmak üzere üç ayrı görüş söz konusudur.

1.5.1 Borçlar Hukuku (Maddi Hukuk) Sözleşmesi Görüşü

Arabuluculuk sözleşmesinin bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğu görüşüne göre; arabuluculuk sözleşmesinde borçlar hukukuna dayanan diğer sözleşmelerde olduğu gibi, taraf iradesi söz konusudur. Arabuluculuk sözleşmesinin tarafları, aralarında var olan ya da ileride var olma ihtimali olan uyuşmazlıkların sonuçlandırılması için arabuluculuk usulüne başvuracakları hususunda birbirlerine karşı taahhüt altına girmektedirler. Bundan dolayı arabuluculuk sözleşmesinin ana unsurlarının borçlar hukuku niteliği taşıdığı ve borçlar hukuku etkisi gösterdiği belirtilerek borçlar hukuku sözleşmesi olduğu ileri sürülebilir²²⁵. Borçlar hukuku sözleşmesi görüşü kabul edildiği takdirde sözleşmenin oluşturulması, ehliyet, temsil, geçerlilik gibi benzeri unsurların tespiti borçlar hukukuna bağlı olacaktır.

1.5.2 Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü

Usul sözleşmeleri, mevcut veya ileride doğacak bir davada etkilerini doğrudan göstererek bir usuli ilişkiyi kuran, değiştiren ya da ortadan kaldıran veyahut usuli bir edimin ifasını veya ondan kaçınılmasını düzenleyen iki taraflı usul işlemleridir²²⁶. Arabuluculuk sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğu görüşüne göre; tarafların ortak iradesiyle hazırladıkları ve imzaladıkları sözleşmede, taraflarca istenen esas ve doğrudan etki usul hukuku alanında doğuyorsa bu sözleşme usul hukuku sözleşmesidir. Usul hukuku ilişkilerini düzenleyen sözleşmelere örnek olarak yetki sözleşmesi, delil

²²⁴ Taşpınar, s. 62.

²²⁵ Taşpolat-Tuğsavul, s. 29.; Ildır, s. 67; Doğar s. 66.

²²⁶ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 175; Taşpınar, s. 73.

anlaşması verilebilir. Kanunda düzenlenen ve usul hukuku ilişkilerinin kurulmasını sağlayan bu sözleşmelerde hukuki sonucun meydana gelmesine yönelik tarafların irade mutabakatı sağlanmalıdır²²⁷.

Arabuluculuk sözleşmesi ile uyuşmazlığın sonuçlandırılmasında, tarafların iradesiyle ayrı bir usulün tercih edildiği belirtilerek sözleşmenin hukuki niteliğinin usul hukuku sözleşmesi olduğu ileri sürülmüştür. Çünkü arabuluculuk sözleşmesinde taraflar, aralarında mevcut olan ya da çıkması olası uyuşmazlıkların sonuçlandırılması için olağan yöntem olan yargı yoluna başvurmayı ertelemektedirler. Aralarındaki anlaşma ile de dava yoluna başvurmak arabuluculuk yönteminin sonuna bırakılmaktadır. Bu sebeplerle de arabuluculuk sözleşmesinin birincil etkisinin usul hukukunda ortaya çıktığı ileri sürülerek sözleşmenin niteliğinin usul hukuku sözleşmesi olduğu iddia edilmiştir²²⁸.

Bununla birlikte; arabuluculuk sözleşmesinin hukuki niteliğinin usul hukuku sözleşmesi olduğu kabul edildiğinde sözleşmenin olumlu ve olumsuz etkileri de değerlendirilmiştir. Uyuşmazlığın sonuçlandırılmasında arabuluculuk yönteminin seçilmesi olumlu etki olarak değerlendirilirken; yargısal ya da tahkim yolunun tercih edilmemesi de olumsuz etki olarak değerlendirilmiştir²²⁹. İki etkinin de usul hukuku alanında cereyan ettiği tespit edilmiştir²³⁰. Bütün bu nedenlerden ötürü arabuluculuk sözleşmesinin hukuki niteliğinin usul hukuku sözleşmesi olduğu iddia edilebilir. Ancak sözleşmeye aykırı davranılması halinde müeyyidesinin belirlenmesinde usul hukuku sözleşmesinden ayrı düşünülmektedir. Zira Türk Hukukunda uyuşmazlığın sonuçlandırılması için tarafların arabuluculuk sözleşmesi düzenleyerek uyuşmazlıklarını öncelikle bu yolla çözümlmeyi deneyeceklerine değinilmişken, taraflar arasında akdedilmiş olan arabuluculuk sözleşmesine rağmen taraflardan birinin arabuluculuğa başvurmadan doğrudan yargı yoluna başvurmalarının sonuçları düzenlenmemiştir. Tahkim sözleşmesi ise tarafları bağlayıcı bir sözleşmedir ve HMK'nın 116. maddesinin b bendinde ilk itiraz olarak düzenlenmiştir. Yani taraflar arasında düzenlenmiş ve geçerli bir tahkim sözleşmesi varsa ve bu sözleşmeye rağmen taraflardan biri mahkemeye

²²⁷ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 190-191.

²²⁸ Dür, s. 330; Taşpolat Tuğsavul, s. 104 vd.

²²⁹ Ildır, s. 67.

²³⁰ Yazar, s. 99.

başvurduysa diğer taraf mahkemeye sunacağı cevap dilekçesinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiğine ilişkin itirazda bulunacaktır. Tahkim sözleşmesinin bağlayıcılığından kaynaklanan olumlu ve olumsuz etkiler mevcuttur. Olumlu etki, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözme yetkisini üçüncü bir şahsa vermektir. Olumsuz etki ise, mevcut uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurularak yargı yoluna başvurunun engellenmesidir²³¹. Arabuluculuk sözleşmesinin tahkim sözleşmesi gibi bağlayıcı ve olumsuz etkisinin bulunmaması sebebiyle saf bir usul sözleşmesi olduğunu söylemek mümkün değildir²³². Arabuluculuk sözleşmesi sadece sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluk getirmektedir. Arabuluculuk faaliyeti evvelinde taraflar yargı yolunu seçebilirler. Bu konuda önlerinde bir engel yoktur²³³. Bununla birlikte dava şartı olarak arabuluculuk bu durumun istisnasını oluşturarak, tahkim sözleşmesine benzer şekilde olumsuz etkiye sahiptir. Bu bağlamda taraflar arasındaki uyuşmazlık için arabuluculuğa başvurulmadan doğrudan mahkemeye başvurulması halinde mahkeme davayı usulden reddedecektir.

1.5.3 Karma (Çifte Nitelikli) Sözleşme Görüşü

Arabuluculuk sözleşmesinin hem borçlar hukuku sözleşmesi hem de usul hukuku sözleşmesi özelliklerini taşıyan karma nitelikli bir sözleşme olduğu da ileri sürülmüştür. Çünkü arabuluculuk sözleşmesinde bir yandan tarafların irade serbestisini temel alan borçlar hukuku sözleşmesi söz konusu iken; diğer yandan temel etkisini usul hukukunda gösteren usul hukuku sözleşmesi söz konusudur. Maddi hukuk ile usul hukukunu etkileyen ve bu etkilerin birbirine bağlı olduğu sözleşmelere çifte nitelikli sözleşmeler denir²³⁴. Arabuluculuk sözleşmesinde de usul hukukunun etkisi bu sözleşmeyi saf usul sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek kadar yoğun değildir. Ancak gerek maddi hukukun, gerekse usul hukukunun etkilerini gösterdiğinden çifte nitelikli sözleşme olarak kabul edilmesi mümkündür. Öğretide ağırlıklı olarak arabuluculuk sözleşmesinin karma sözleşme olduğu görüşü hakimdir²³⁵.

²³¹ Ildır, s. 67

²³² Ildır, s. 67; Yazıcı Tıktık, s. 191; Taşpolat Tuğsavul, s. 104; Dür, s. 322.

²³³ Taşpolat Tuğsavul, s. 106; Ildır, s. 67.

²³⁴ Taşkın, s. 25; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 211.

²³⁵ Ildır, s. 68; Taşpolat Tuğsavul, s. 105; Yazıcı Tıktık, s. 199; Sevim, s. 103.

1.5.4 Değerlendirme

Arabuluculuk sözleşmesiyle taraflar aralarında çıkan ya da muhtemelen çıkacak uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yollarından arabuluculuğa başvurmaya karar vermekte ve kendi iradeleriyle bu konuyu düzenleyen bir sözleşme imzalamaktadırlar. Bununla birlikte irade serbestisi hem maddi hukukta hem de usul hukukunda karşımıza çıkan bir ilke olup, başlı başına arabuluculuk sözleşmesinin hukuki niteliğini belirleyici bir kriter değildir²³⁶. Arabuluculuk sözleşmesi ile arabuluculuk yönteminin kullanılması sözleşmeden kaynaklanmakta ve asıl ilişki borçlar hukukuna dayanmaktadır. Yine arabuluculuk sözleşmesi uyuşmazlığın çözümünde tarafların mahkemeye başvurmanın haricinde, alternatif bir yöntemle çözüme ulaşmayı denemesine karar vermesi sebebiyle de usul hukuku sözleşmesine benzerdir. Ancak dava şartı olarak arabuluculuk kapsamındaki haller haricinde tarafların söz konusu alternatif çözüm yöntemini kullanma konusunda irade beyanlarının örtüştüğü arabuluculuk sözleşmeleri asıl etkilerini maddi hukukta gösterdiğinden borçlar hukuku sözleşmesine daha yakındır²³⁷.

Arabuluculuk sözleşmesi, taraflar arasında çıkan uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurulmasını, sözleşmenin her iki tarafına da borç olarak yüklemektedir ve her iki taraf için bu borç asli borçtur. Bu sebeple arabuluculuk sözleşmesini tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme²³⁸ olarak nitelendirebiliriz. Taraflar aralarında çıkan uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuğa başvurmak yerine yargılama yoluna başvurduğu takdirde sözleşme hükümlerine aykırılık söz konusu olur ve bu durum sonuçları bakımından maddi hukuka ilişkin olacaktır. Bununla birlikte uyuşmazlığın çözümü için yargı yolu haricinde bir yöntemin kullanılması söz konusu olduğundan usul hukukunu da ilgilendiren hususlar mevcuttur²³⁹. Kanaatimizce arabuluculuk sözleşmesi gerek maddi hukukun, gerekse usul hukukunun etkilerini gösterdiğinden karma sözleşme niteliğindedir.

²³⁶ Taşkın, Alim: “Hakem Sözleşmesi”, Ankara 2005, s. 15.

²³⁷ Öztürk, s. 220.

²³⁸ Oğuzman/Öz, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1”, s.46.

²³⁹ Yazar, s. 101.

1.6 Arabuluculuk Sözleşmesinde Uygulanacak Hukuk

1.6.1 Yabancılık Unsuru

Globalleşen günümüz dünyasında arabuluculuk faaliyeti ile ilgili uyuşmazlıklarda birden çok hukuk sistemi ile iletişime geçilmekte yani yabancılık unsuru arabuluculuk faaliyetinin bir parçası olmaktadır²⁴⁰. HUAKE'nin “*Amaç ve Kapsamları*” başlıklı 1. maddesinde arabuluculuğun, yabancılık unsuru taşıyanlar dahil özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde kullanıldığından bahsedilmiştir.

Yabancılık unsuru, herhangi bir hukuki olay ya da ilişkiyi hakim tabi olduğu ülkenin hukuk sistemi dışında, en az bir ya da daha fazla hukuk sistemi ile ilişkili hale getiren unsurdur²⁴¹. Buna göre herhangi bir hukuki olay ya da ilişkinin yabancılık unsurunu barındırdığından söz edebilmek için, söz konusu hukuki olay veya ilişkinin yabancı bir hukuk düzeniyle herhangi bir irtibatının olması yeterlidir²⁴². Yabancılık unsuru kanunlar ihtilafı hukuku ve milletlerarası usul hukuku bakımından önem taşır. Bir uyuşmazlıkta yabancılık unsuru varsa bu uyuşmazlık; yargılama faaliyeti açısından Türk milletlerarası usul hukuku kapsamında değerlendirilirken, uygulanacak hukukun tespiti ise Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre yapılır. Kanunlar ihtilafı kuralları yabancılık unsuru içeren hukuki işlem ve uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun saptanmasına hizmet eder, maddi çözüm sağlamaz²⁴³.

Sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta yabancılık unsurunun olup olmadığının tespiti için hakim kendi ülke hukukuna göre sözleşmenin bağlantı noktalarını araştırır. Uyuşmazlığa ilişkin yabancılık unsuru varsa davada yabancı bir hukukun yetkili olup

²⁴⁰ Yabancılık unsuru kavramı için bkz. Nomer, Ergin: “Devletler Hususi Hukuku, B. 22, İstanbul 2017”, s. 5-7; Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır: “Milletlerarası Özel Hukuk, B. 11, İstanbul 2017”, s. 11 vd.; Tiryakioğlu, Bilgin: “Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996”, (Taşınır Mallar), s. 6; Tekinalp, Gülören: “Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, B. 13, İstanbul 2020”, s. 17 vd.; Aygün, Mesut: “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, (s. 1025-1066) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan”, (Yabancılık Unsuru), s. 1029 vd.

²⁴¹ Aynı yönde benzer tanım için bkz. Nomer, s. 5 vd.; Çelikel/Erdem, s. 5 vd.; Doğan, Vahit: “Milletlerarası Özel Hukuk”, 5. Bası, Ankara, 2019, (MÖH), s. 25-27; Tekinalp, s.22; Aybay, Rona/Dardağan, Esra: “Yasaların Milletlerarası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul, Aybay Yayınları, 2001”, s. 7 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 59 vd.

²⁴² Doğan, “MÖH”, s. 26.

²⁴³ Ekşi Nuray: “Milletlerarası Ticaret Hukuku, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, Mart 2010”, (Milletlerarası Ticaret Hukuku), S. 46.

olmadığının tespiti Türk hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yapılır. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun (MÖHUK) m.2/f.1 uyarınca hakim Türk hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarını araştırmak ve bu kurallara istinaden yabancı hukuk yetkili ise söz konusu hukuku re'sen uygulamakla yükümlüdür. Yabancı hukukun içeriğini saptarken taraflardan da yardım isteyebilir.

HUAK m.1/f.2'de yabancılık unsuru ifadesi kullanılmakla birlikte Kanun'da bahsi geçen yabancılık unsurunun hangi hallerde doğduğu ayrıca belirtilmemiştir. Bununla birlikte Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) 2. maddesinde yabancılık unsuru düzenlenmiş olup ilgili hükme göre, *“tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yerinin, olağan oturma yerinin veya işyerlerinin ayrı devletlerde olması; tarafların yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyerlerinin tahkim yerinden ya da asıl sözleşmeden doğan borcun önemli kısmının ifa edileceği yer veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden farklı bir devlette olması; tahkim anlaşmasının dayanağı olan esas sözleşmeye taraf şirket ortaklarından en az birisinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması; tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi hallerinden herhangi birinin varlığı söz konusuysa uyuşmazlık yabancılık unsuru taşımaktadır”*.

Arabuluculuk sözleşmesi, muhtelif açılardan birden çok hukuk sistemi ile ilgili olması durumunda milletlerarası nitelik kazanır. Örneğin bir tarafın ya da tüm tarafların yabancı olması veya yerleşim yerinin yurt dışında olması; arabuluculuk sözleşmesinin yurtdışında düzenlenmesi, arabuluculuğun yapılacağı yerin yabancı bir ülkede olması ya da tarafların sözleşme kaynaklı yükümlülüklerini yabancı bir ülkede ifa edecek olması hallerinde arabuluculuk sözleşmesi yabancılık unsuruna sahiptir. Arabuluculukta yabancılık unsurunun mevcut olması halinde uygulanacak hukukun 5718 sayılı MÖHUK kapsamında belirlenmesi gerekmektedir. Bu hallerde, arabuluculuk sözleşmesinin ayrı

Ülkelerin hukuklarına tabi olması olasıdır²⁴⁴. Arabuluculuk sözleşmesinde yabancılık unsurunun varlığı halinde, sözleşmenin tabi olacağı hukukun belirlenmesi mühimdir.

Son yıllarda milletlerarası ticari menfaatler söz konusuysa, klasik manada bir yabancılık unsuru bulunmasa bile, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuki ilişkinin yabancılık unsuru içerdiği kabul edilmektedir²⁴⁵.

Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti ile milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması amaçlanan temel hedeftir. Burada milletlerarası özel hukuk adaleti ile maddi hukuk adaletinin birbirinden farklı olduğuna değinmemiz gerekir. Maddi hukuk adaletinde ulaşılmak istenen hedef taraflar arasında oluşan uyuşmazlıkların adil olarak neticelenmesidir. Milletlerarası özel hukuk adaleti ile gerçekleştirilmek istenen ise yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların birden çok hukuk sistemi ile ilgili olması sebebiyle uyuşmazlık ile en yakın bağlantılı hukukun tespit edilmesi ve uygulanmasıdır²⁴⁶. Milletlerarası özel hukuk adaleti, milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin temel alınarak değerlendirmeye tabi tutulması ve sözleşme ile ilgili hukuk düzenlerinden bir ya da daha fazlasının tabi olunacak hukuk olarak belirlenmesinden sonra sağlanmış olur²⁴⁷.

1.6.2 Uygulanacak Hukukun Tespiti

Özel hukuka hakim olan ilkelerden birisi irade serbestisidir. Tarafların irade serbestisi prensibi neticesinde TBK m. 26 ve m. 27 hükümleri kapsamında sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi şekillendirebildiklerinden daha önce bahsetmiştik. Yine taraflar, aralarındaki hukuki ilişkide yabancılık unsuru mevcutsa sözleşmeye uygulanacak hukuku

²⁴⁴ Öztürk, s. 224.

²⁴⁵ Akıncı, İnşaat Sözleşmeleri, s. 8; Şanlı, s. 6; Ekşi, Nuray: “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 12, S. 1-2, 1992 (Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler), s. 5; Çelikel/Erdem, s. 328; Doğan, “MÖH”, s. 26; Doğan, Vahit: “Banka Teminat Mektupları”, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 159; Çalışkan, Yusuf: “Milletlerarası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilâfı Meseleleri”, İstanbul, Beta Yayınevi, 2014, s. 55; Toker, Ali Gümrah, “Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2010, C. XII, Özel Sayı (Burhan Ceyhan’a Armağan-II), (s. 991-1052), s. 993 vd.

²⁴⁶ Nomer, s. 18; Çelikel/Erdem, Bahadır, s.34-35.; Tiryakioğlu, “Taşınır Mallar”, s. 9; Tekinalp, s. 28.

²⁴⁷ Tiryakioğlu, “Taşınır Mallar”, s. 9.

MÖHUK m. 24 kapsamında seçebilirler²⁴⁸. MÖHUK m. 24'te sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Bu maddede sözleşmelerle ilgili herhangi bir ayırım yapılmamıştır ancak miras ve aile hukuku sözleşmeleri ayrı kanunlar ihtilafı kuralları kapsamında düzenlenmiştir. Dolayısıyla MÖHUK m. 24'de yer alan “sözleşme” ibaresinin dar anlamda borçlar hukuku ve ticaret hukukuna dayanan sözleşmeleri kapsadığını söyleyebiliriz²⁴⁹. Yine MÖHUK m. 25 - m. 29'da özel olarak düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları mevcut olduğundan 24. madde kapsamına işbu maddelerde düzenlenmemiş olan borçlar hukuku ve ticaret hukuku sözleşmeleri girecektir. İşte bu bölümde incelediğimiz arabuluculuk sözleşmeleri de MÖHUK m. 24 kapsamına giren sözleşmelerdendir.

MÖHUK m. 24'de borçlar hukukunun esas ilkelerinden olan irade serbestisi prensibi benimsenmiştir. Dolayısıyla taraflar sözleşmeden doğan borç ilişkileri için bir hukuk seçimi yapabilirler. Kanun koyucu bu seçimin açık olabileceği gibi, zımni olarak da yapılabileceğini düzenlemiştir. Nitekim kanunun gerekçesinde örtülü hukuk seçimine izin verildiği ifade edilmiştir²⁵⁰. Taraflar hukuk seçimini aralarında düzenledikleri sözleşmeye eklenen bir madde ile yapabilecekleri gibi, ayrı bir sözleşme hazırlayarak da yapabilirler. Sözleşmeye eklenen bu hükme “*hukuk seçimi klozu*”, taraflarca ayrı bir sözleşme yapılmasına ise “*müstakil hukuk seçimi anlaşması*” denir²⁵¹. Sözleşmede yabancılık unsuru varsa taraflar istedikleri devlet hukukunu ve hatta sözleşmeyle bağlantısı olmayan bir devlet hukukunu seçebilir²⁵².

Özel hukukun temel ilkelerinden olan irade serbestisi yani tarafların aralarındaki hukuki ilişkiyi özgürce belirlemeleri kanunlar ihtilafı alanına da yansımıştır. Kanunlar ihtilafı alanındaki irade serbestisi maddi hukuk alanından farklıdır. Şöyle ki; maddi hukukta irade serbestisi taraflara özel hukuk ilişkisinde kendi kurallarını koyma yetkisini verirken, milletlerarası özel hukukta tarafların irade serbestisi kanunlar ihtilafı kuralının

²⁴⁸ Gökyayla, Cemile Demir: “Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77 S.2: (s. 575–616), s. 579 (“<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/950192>”) (Erişim tarihi 20.03.2022).

²⁴⁹ Ekşi, “Milletlerarası Ticaret Hukuku”, s. 30.

²⁵⁰ Gerekçe için bkz. “<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>”, s. 18 (Erişim tarihi 20.03.2022).

²⁵¹ Ekşi, “Milletlerarası Ticaret Hukuku”, s. 31.

²⁵² Ekşi, “Milletlerarası Ticaret Hukuku”, s. 34

bağlama noktası görevini üstlenir²⁵³. Tarafların MÖHUK m. 24 uyarınca seçmiş oldukları hukuk, taraflar arasında akdedilen sözleşmeden doğan bütün uyuşmazlıklara uygulanır. Burada belirtmek gerekir ki kanun koyucu MÖHUK m. 24/f.2 uyarınca sözleşmenin bir kısmı için hukuk seçimi yapılması imkanını da taraflara tanımıştır. Sözleşmenin birden fazla ülke hukukuna tabi olması halinde sözleşmeden doğan uyuşmazlık türlerinin hangi ülke hukukuna göre karara bağlanacağını düzenlenmesi gerekir. Kanunlar ihtilafı kuralları alanında tarafların hukuk seçimi yapması ve sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda bu hukukun uygulanmasının yanı sıra “*incorporation*”²⁵⁴ olarak ifade edilen bir kavram da yer almaktadır. Incorporation milletlerarası hukukta tarafların tabi olmak istedikleri hukuk kurallarının sözleşmeye eklenerek sözleşmenin bir hükmü haline getirilmesidir²⁵⁵.

Taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa sözleşmeden doğan ilişkide hangi hukukun uygulanacağını ise MÖHUK m. 24/f.4 hükmü düzenlemiştir. Bu madde hükmüne göre taraflar hukuk seçimi yapmamışsa, sözleşmeden doğan ilişkiye o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutata meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tabi olur. Bu maddede bahsi geçen en sıkı ilişkili olan hukukun tespiti için somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi ve buna göre bir sonuca varılması gerekir. Taraflar arasındaki sözleşmeyle en yakın ilişkide olan hukuk her somut olayda hakim tarafından tespit edilerek uyuşmazlığa uygulanacaktır. Burada

²⁵³ Ekşi, “Milletlerarası Ticaret Hukuku”, s. 65.

²⁵⁴ Incorporation; genel anlamda bir belgenin, başka bir belgenin eklentisi olmasıdır. (Bkz. Ekşi, Milletlerarası Ticaret Hukuku”, s. 63)

²⁵⁵ Aygün, s. 1038; Ekşi, “Milletlerarası Ticaret Hukuku”, s. 64; Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”, s. 32; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 328.

sözleşmenin akdedildiği yer, ifa yeri, tarafların ikametgahlarının veya işyerlerinin bulunduğu yer gibi sözleşmeye ilişkin tüm unsurlar değerlendirilecektir²⁵⁶.

MÖHUK m. 24/f.4 uyarınca en sıkı ilişkide bulunulan hukukun tespitinde karakteristik edim önemlidir. Karakteristik edim her iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelerde; sözleşmeyi karakterize eden, hukuki ilişkinin ağırlık merkezini oluşturan, sözleşmenin türünü belirleyen, para ödeme ediminin karşısında yer alan ve hukuki ilişkinin rizikolu kabul edilen edimdir²⁵⁷. Bu madde uyarınca karakteristik edimin ifa yerinin değil, bu edimi ifa etmekle yükümlü tarafın mutat meskeninin veya işyerinin bulunduğu yerin tespiti önem taşır. Burada bahsi geçen mutat mesken sözleşmenin kurulduğu andaki mutat meskenidir. Karakteristik edimin tespit edilemediği sözleşmelerde ise o sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk; tarafların ikametgahları, sözleşmenin akdedildiği yer, sözleşmenin ifa yeri gibi bütün bağlama noktalarının değerlendirilmesiyle tespit edilecek ve uygulanacaktır²⁵⁸.

Taraflar arasında kurulan ve yabancılık unsuru barındıran arabuluculuk sözleşmesinde sözleşmenin tabi olacağı hukukun belirlenmesinde MÖHUK m.24'e başvurmak gerekir. Arabuluculuk sözleşmesinde taraflar hukuk seçimi yapmamışsa karakteristik edime bakılmalıdır. Fakat arabuluculuk sözleşmesinin özelliği karakteristik edim teorisinin uygulanmasına müsaade etmez. Zira arabuluculuk sözleşmesinde hiçbir tarafın edimi daha karakteristik değildir. Bu sebeple MÖHUK m.24'de düzenlenen karakteristik edim teorisinin arabuluculuk sözleşmesinin tabi olacağı hukukun tespitinde uygulanması mümkün değildir. MÖHUK m.24/f.4 ilk cümlesi uyarınca *“taraflar bir hukuk seçimi yapmamışsa, sözleşmeden doğan ilişkiye o sözleşmeyle en sıkı ilişkisi olan hukuk uygulanır.”* Dolayısıyla arabuluculuk sözleşmesinde de karakteristik edim tespit edilemediğinden, sözleşmeyle sıkı bağlantısı olan hukuk esas alınmalıdır²⁵⁹. Bu maddede

²⁵⁶ Yarar, s. 107-108.

²⁵⁷ Kocasakal Özdemir, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”, s.52 dn.89; Sargın, Fügen: “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel bir Yaklaşım, Ankara Hukuk Dergisi C.50 S.2, 2001”, s. 47, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/290/2642.pdf> (Erişim tarihi 20.03.2022); Ekşi, “Milletlerarası Ticaret Hukuku”, s. 35; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.344.

²⁵⁸ Doğan, “MÖH”, s. 299; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.348.

²⁵⁹ Kocasakal Özdemir, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”, s.60; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.346 vd.

düzenlenen en sıkı ilişkisi olan hukukun tespiti için her somut olayın özelliklerine bakılır ve buna göre hakim uygulanacak hukuku tespit eder. Burada sözleşmenin akdedildiği yer, ifa yeri, tarafların yerleşim yeri veya işyeri adresleri, sözleşmenin konusu gibi sözleşmenin tüm unsurları incelenecektir²⁶⁰. Arabuluculuk sözleşmesinde sözleşmenin konusu arabuluculuk faaliyetidir ve sözleşmenin ifa yerini de arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirileceği yer olarak ifade edebiliriz. Bununla birlikte arabuluculuk faaliyeti video konferans veya telekonferans şeklinde gerçekleştirilirse sözleşmenin ifa yeri saptanamayacak olduğundan bir başka bağlama noktası uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilir.

Bu hususlarla birlikte MÖHUK'un 24. maddesinde düzenlenen sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku engelleyen bazı hususların olduğunu de belirtmek isteriz. Şöyle ki; MÖHUK m.1'de düzenlenen Milletlerarası sözleşmeler, MÖHUK m.5'te düzenlenen kamu düzenine aykırılık ve MÖHUK m. 6 ve m. 31'de düzenlenen müdahaleci normlar-doğrudan uygulanan kurallardır²⁶¹ söz konusu olduğunda tarafların yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerine, tarafların seçtiği ülke hukuku veya bir seçim yapılmadıysa sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun uygulanması yerine gerekli hallerde Türk hukuku uygulanacaktır.

1.6.3 Uygulanacak Hukukun Kapsamı

Arabuluculuk sözleşmesinin tabi olacağı hukukun ne gibi konuları içerdiğinin tespit edilmesi gereklidir. Arabuluculuk sözleşmesinin tabi olacağı hukuk, öncelikle uyuşmazlığın arabuluculuk vasıtası ile sonuçlandırılması için taraf iradelerinin yasaya uygunluğunu belirleyecektir ve burada ilk olarak sözleşmenin kuruluş anına bakılır. Yine sözleşmenin içeriği, süresi, geçerliliği, ifası, hüküm ve sonuçları ile sona ermesi gibi konular arabuluculuk sözleşmesinin tabi olacağı hukuk tarafından tespit edilecektir²⁶². Dolayısıyla bir sözleşmenin kurulması için gereken koşullar, sözleşmenin içeriği, yorumlanması, sözleşme müzakereleri esnasında doğan zararlar (culpa in

²⁶⁰ Ekşi, "Milletlerarası Ticaret Hukuku", s.35; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.348.

²⁶¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.372 vd.

²⁶² Yazar, s. 109-110; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.367.

contrehendo)²⁶³, irade sakatlıkları, mücbir sebepler, zamanaşımı, sözleşmenin ifası ve ifa engelleri, borcun sona ermesi, sözleşmenin hükümleri sözleşmenin tabi olduğu hukuka göre tespit edilecektir²⁶⁴.

MÖHUK m. 32/f.1 uyarınca sözleşmeden doğan ilişkinin mevcudiyeti ve maddi geçerliliği, sözleşmeye uygulanan hukuka tabi olacaktır²⁶⁵. Bununla birlikte henüz sözleşmenin kurulmadığı bir anda tarafların hal ve hareketleri ile zikrettiği sözlerin hukukken irade beyanını oluşturup oluşturmadığı hususunda farklı bir düzenleme getirilmiştir. Böyle bir durumda kural olarak sözleşmenin tabi olduğu hukuk uygulanırken MÖHUK m.32/f.2 uyarınca, “Taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuka tabi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı halin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutat meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.” Dolayısıyla taraflardan birinin davranışına hüküm tanıma hususunda arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk değil, sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade beyanı bulunmadığını iddia eden tarafın mutat meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Örneğin susmanın sözleşmenin kabulü olduğuna ilişkin değerlendirme sözleşmenin tabi olduğu hukuka göre yapılmakla beraber, susan tarafın itiraz etmesi ve sözleşmeye uygulanacak hukukun hakkaniyete uygun olmadığını anlaşılması halinde susan tarafın mutat meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Burada hakkaniyetin varlığının tespiti için hangi ölçütlere bakılması gerektiği belirtilmemiştir. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe’nin görüşüne göre sözleşmenin kurulması yönünde iradesi bulunmadığını iddia eden tarafın tavır ve davranışlarının, sözleşmeye uygulanan ülke hukukuna göre sözleşmenin kurulması manasına geldiğini bilmemesi ve bilecek durumda olmaması yani iyiniyetli olması gerekmektedir²⁶⁶. Bu durum menfi bir durum niteliğinde olduğundan, sözleşmenin geçerliliği hususunda ispat yükü sözleşmenin kurulduğunu iddia eden tarafa ait olacaktır. Kanaatimizce de MÖHUK m. 32/2’de yer alan hakkaniyet kavramı ilgili tarafın iyiniyetli olması, tavır ve davranışlarının sözleşmeye uygulanan ülke hukukuna göre sözleşmenin

²⁶³ Oğuzman/Öz, s.408.

²⁶⁴ Tekinalp, s. 294; Çelikel/Erdem, s. 377.

²⁶⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.371.

²⁶⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.371-372.

kurulması manasına geldiğini bilmemesi ve bilecek durumda olmaması olarak değerlendirilmelidir.

Arabuluculuk sözleşmesinin kuruluş aşamasında irade bozukluğu durumları da gözetilmelidir. Arabuluculuk sözleşmesinin kuruluşu esnasında hata (yanılma), hile (aldatma), ikrah (korkutma) ve gabin (aşırı yararlanma) gibi konuların varlığı ve bunların sözleşmenin geçerliliği konusundaki etkisi hususunda MÖHUK m.32/f.1 uyarınca sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuk yetkili olacaktır. Dolayısıyla taraflardan biri bu sebepler mevcut olduğundan arabuluculuk sözleşmesini kurmuşsa, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk (lex causae) tespit edilir. Arabuluculuk sözleşmesinin esasına Türk hukuku uygulandığı takdirde, ilgili taraf için irade bozukluğu söz konusu olacaktır. Bu durumda arabuluculuk sözleşmesi, koşulları oluştuysa TBK m. 30-35 hükümlerine göre yanılma, TBK m. 36 hükmüne göre aldatma, TBK m. 37-38 hükümlerine göre korkutma ve TBK m. 28 hükmüne göre de aşırı yararlanma nedeniyle iptal edilebilir²⁶⁷. Arabuluculuk sözleşmesinin kuruluşunda irade bozukluklarının ortaya çıkmasında kusuru olan taraf, diğer tarafın bu sözleşmenin geçersizliğinden kaynaklanan zararlarını sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo)²⁶⁸ kapsamında tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Bu sorumluluğun kaynağı TMK.m.2 yani dürüstlük kuralıdır²⁶⁹.

1.6.4 Kapsam Dışı Kalan Durumlar

Yabancılık unsurunun yer aldığı dolayısıyla kanunlar ihtilafı kurallarının uygulandığı sözleşmelerde tarafların seçtiği hukuk veya sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu yer hukuku sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıklara uygulanır. Ancak bu sözleşmelerle ilgili olmakla birlikte ayrı kanunlar ihtilafı kurallarıyla düzenlenen hususlar

²⁶⁷ Taşpolat Tuğsavul, s. 103-104; Ertürk, s. 136 vd.

²⁶⁸ Sözleşme görüşmeleri sırasında bir tarafın diğer tarafa veya onun koruması altındaki kişilere aralarında kurulan dürüstlük kuralından kaynaklanan, güven ilişkisinin ihlali sebebiyle doğan sorumluluk olarak tarif edilen culpa in contrahendo (bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s.368 dn. 513) AB hukukunda sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanan hukuka ilişkin Roma I Tüzüğüne değil, sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanan hukuka ilişkin Roma II Tüzüğüne düzenlenmiştir. Fakat sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi kılınmıştır (m.12). Bununla birlikte sözleşmeye uygulanacak hukuk tespit edilemezse haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı uygulanacaktır (m.12/2). Detaylı bilgi için bkz. Doğan, “MÖH”, s. 304 vd.; Tarman, Zeynep Derya: Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Rona Serozan Armağanı, C.II, İstanbul 2010, (Culpa in Contrahendo), s. 1655 vd.

²⁶⁹ Eren, “Genel”, s. 43-44; Oğuzman/ Öz, s. 37-38.

vardır. Bunlar; MÖHUK m.9’da düzenlenen tarafların ehliyeti ve MÖHUK m.7’de düzenlenen sözleşmenin şeklidir.

1.6.4.1 Ehliyet

Arabuluculuk Sözleşmesinde, tarafların ehliyetinin tabi olacağı hukuk milli hukuk yolu ile belirlenirse taraf menfaati ön planda olacak, ehliyet kişisel statüye tabi olacaktır. Arabuluculuk sözleşmesi özel bir kanunla veya kanun maddesiyle düzenlenmemiş olup genel hükümlere tabidir. Dolayısıyla yabancılık unsuru içeren arabuluculuk sözleşmesinde MÖHUK m. 9’a başvurulur. Arabuluculuk sözleşmesinin hukuki sonuç ifade edebilmesi için taraflar, sözleşme yapma ehliyetini haiz olmalıdır. Arabuluculuk sözleşmesini düzenleyen tarafların sözleşme yapma ehliyeti bulunmuyorsa; arabuluculuk sözleşmesi hüküm ifade etmez ve tarafları bağlamaz. Böyle bir aşamada arabuluculuk yöntemi müspet neticelense de, taraflarca imza altına alınan anlaşma metninin icrası mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bir hukuki işlem olan arabuluculuk sözleşmesinin, hangi hukuka tabi olursa olsun, hüküm ifade edebilmesi için tarafların o sözleşmeyi yapmaya ehil olmaları gerekir²⁷⁰.

5718 sayılı MÖHUK m. 9 uyarınca gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti milli hukuklarına tabi kılınmıştır. Milli hukukuna göre ehliyetsiz olan kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukuki işlem geçerlidir. Kişinin milli hukukuna göre kazandığı erginlik vatandaşlığın değiştirilmesiyle sona ermez, devam eder. Yine MÖHUK m. 9’da düzenlenen tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri ise, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir. Statüsü bulunmayan tüzel kişilerin ehliyetinde, fiili idare merkezinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Milletlerarası ticarete ilişkin sözleşmelerde taraflar genellikle şirketler olduğundan tüzel kişilerin ehliyetine ilişkin düzenlemeye başvurulur.

Milletlerarası arabuluculuk yönteminde, arabuluculuk sözleşmesinin ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olduğu arabuluculuk görüşmeleri esnasında taraflarca öne

²⁷⁰ Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe: “Kişiler Hukuku”, 16. Baskı, İstanbul 2016, s.27 vd.

sürülebilir ve bu iddia doğrulanırsa arabuluculuk faaliyeti sonlandırılır. Çünkü bu durumda arabuluculuk faaliyetinin müspet neticelenmesi halinde dahi, sözleşmenin kurulması için aranan ehliyet şartı gerçekleşmemiş olduğundan arabuluculuk anlaşma metninin icra edilebilirliğinden bahsetmek mümkün değildir²⁷¹. Arabuluculuk faaliyeti arabulucunun yönetiminde gerçekleştiğinden tarafların ehliyeti hususunu arabulucu denetler.

Arabuluculuk sözleşmesi tarafları gerçek kişilerden oluşursa ehliyetin tabi olacağı hukuk genel esaslara dayanılarak tespit edilir. Kıta Avrupası ve Anglo Sakson ülkelerinde farklı uygulamalar söz konusudur. Kıta Avrupası ülkeleri için ehliyetin tabi olacağı hukuk milli hukuk kanalı ile tespit edilirken, Anglo Sakson ülkeleri için ikametgah hukuku geçerlidir²⁷².

Taraflar gerçek kişiye sözleşme yapma ehliyeti için tarafın milli hukukuna bakılır. Arabuluculuk sözleşmesinde ehliyet konusunun milli hukuk yolu ile çözülmesinin müspet tarafları; taraf menfaatinin gözetilmesi, vatandaşlık hususunun tespitinde kolaylık sağlaması ve yasaya karşı hile olasılığının az olmasıdır²⁷³. Ehliyet konusunun milli hukuka göre belirlenmesinin olumsuz sonuçları ise; vatansızlık ve mültecilik hallerinde milli hukukun tespitinde yaşanabilecek zorluklar ve birden fazla vatandaşlık ihtimalinde tabi olunacak milli hukukun tespitinde yaşanacak güçlükler ve belirsizliklerdir²⁷⁴. MÖHUK'un 4. maddesinde vatandaşlık esasına göre yetkili hukukun hangi ülke hukuku olduğu düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca kanunda aksi öngörülmemişse; vatansızlar ve mülteciler için yerleşim yeri, yerleşim yeri yoksa mutat mesken, bu da yoksa dava tarihi itibarıyla bulunulan ülke hukuku uygulanacaktır. Birden fazla ülke vatandaşlığı söz konusuysa ve bu kişiler aynı zamanda Türk vatandaşlığına sahipse Türk Hukuku, sahip değilse daha sıkı ilişki içinde bulunulan ülkenin hukuku uygulanacaktır.

Arabuluculuk sözleşmesinde, tarafların ehliyetinin tabi olacağı hukuk sözleşmenin yapıldığı yer ile belirlenirse işlem menfaati ön planda olacaktır²⁷⁵. Bu

²⁷¹ Yarar, s. 111.

²⁷² Çelikel / Erdem, s. 205; Tekinalp, s. 54 vd.

²⁷³ Yarar, s. 112.

²⁷⁴ Yarar, s.112.

²⁷⁵ Yarar, s. 114.

durumda milli hukukuna göre ehliyetsiz olan kişi arabuluculuk sözleşmesinin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise MÖHUK m.9/f.2 uyarınca söz konusu sözleşme geçerli olacaktır.

Gerçek kişiler yanında tüzel kişiler de arabuluculuk sözleşmesinin tarafı olabilirler. Tüzel kişilerin arabuluculuk sözleşmesinin tarafı olması halinde tüzel kişi ehliyetinin tabi olduğu hukukun belirlenmesi ve tespit edilen bu hukuk kapsamında ehliyet hususunun değerlendirilmesi gerekir²⁷⁶. Tüzel kişinin ehliyetsizliği halinde arabuluculuk sözleşmesi geçerli olmayacaktır. Tüzel kişilerin ehliyetinin tespiti için statülerindeki idare merkezi hukukuna bakılır. Çünkü idare merkezi ile tüzel kişi arasında sıkı ilişki söz konusudur²⁷⁷. Bu yaklaşım Türk Hukuk Sistemi ile de uyumludur. Zira MÖHUK m.9/f.4 uyarınca *“tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir”* hükmü getirilerek tüzel kişi ehliyeti hususunda idare merkezi hukukuna göre hareket edileceği düzenlenerek genel bir kural ihdas edilmiştir.

Tüzel kişinin ehliyetinde tatbik edilecek hukuk alanına; tüzel kişinin hak ve fiil ehliyeti ile sözleşme yapma ehliyetinin bulunup bulunmadığı, ehliyetin koşulları, tüzel kişinin ne zamandan itibaren ehliyetli sayılıp sayılmayacağı ve ehliyetin son bulma nedenleri girmektedir²⁷⁸. Burada tüzel kişiler için de işlem güvenliği prensibinin uygulanıp uygulanamayacağından bahsetmek gerekir. MÖHUK m.9/f.2 uyarınca maddenin lafzından işlem güvenliği prensibinin gerçek kişiler için uygulandığı anlaşılrsa da, maddenin amacı doğrultusunda tüzel kişiler için de bu prensibin geçerli olduğu söylenebilir²⁷⁹. Dolayısıyla tüzel kişi, statüsündeki idare merkezine göre ehliyetsiz fakat işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehil sayılmaktaysa bu işlemle hukuken bağlı

²⁷⁶ Tekinalp, s. 72-89; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 135 vd; Çelikel / Erdem, s. 211-212.

²⁷⁷ Yarar, s. 116.

²⁷⁸ Yarar, s.117.

²⁷⁹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 138; Erkan, s.197.

olacaktır. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bir kararında da tüzel kişiler için de işlem güvenliğinin uygulanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir²⁸⁰.

Milletlerarası ticarete günümüzün gereği olarak devlet ya da devlet kurumları gerçek ya da tüzel kişiler ile bir kısım özel hukuk ilişkileri kurmaktadır. Söz konusu devlet ya da devlet kurumları için kamu hukuku kaynaklı yargı bağımsızlığından bahsedilebilir; ancak özel hukuk kaynaklı uyuşmazlıklar için devletin yargı bağımsızlığı söz konusu olmamaktadır²⁸¹. MÖHUK m.49 gereğince yabancı devletler için özel hukuk kaynaklı uyuşmazlıklarda yargı bağımsızlığının söz konusu olmadığı açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, devlet ya da devlet kurumlarının gerçek ya da tüzel kişilerle arasında doğan özel hukuk kaynaklı uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti bulunmadığından ve arabuluculuk dava yoluna alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu için devlet ya da devlet kurumları arabuluculuk faaliyetinde taraf olarak yer alabilir²⁸². Ancak devlet ya da devlet kurumları için ehliyetin tabi olacağı hukukun tespit edilmesi gerçek kişi ya da şirketlerin ehliyeti için tatbik edilecek hukuka göre daha zordur²⁸³. Arabuluculuk sözleşmesinde devlet ya da devlet kurumlarının ehliyetine tatbik edilecek hukuk için yararlanabilecek bağlantı noktaları belirlenmelidir ve ilgili devlet ya da devlet kurumlarının hukukuna göre hareket edilmelidir²⁸⁴.

1.6.4.2 Şekil

Milletlerarası arabuluculuk yönteminde arabuluculuk sözleşmesinin şekline tatbik edilecek hukukun belirlenmesi konusunda belirsiz bir durum vardır. Zira arabuluculuk sözleşmesinin şekline tatbik edilecek hukuk için Türk hukukunda özel bir düzenleme olmadığından genel düzenlemeye gidilir. MÖHUK m.7 uyarınca hukuki işlemler işlemin yapıldığı yer hukuku (locus regit actum-LRA) veya işlemin esasına

²⁸⁰ “Yargıtay 11. HD. 2005/4621E. 2005/7778K. 19.07.2005T. www.kazanci.com” (Erişim tarihi 20.03.2022).

²⁸¹ Aybay, Rona: “Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, S. 72, s. 109-120”; Erdoğan, Ersin: “Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığının Sınırları Hakkında Güncel Sorunlar ve Terör Suçları Açısından Yargı Bağımsızlığı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 20, S. 4”, s. 3375-3391 (Yargı Bağımsızlığı).

²⁸² Yarar, s. 118.

²⁸³ Özel, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008” (Kanunlar İhtilafı Meseleleri), s. 71-75.

²⁸⁴ Yarar, s. 118.

uygulanan hukukun (lex causae) öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir. Burada alternatif iki bağlama noktası vardır ve birinin diğerine karşı bir önceliği yoktur. Biri hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukudur. Bu kural tarafların işlem yaptıkları ülkenin şekil kurallarına uymalarını sağlayan, işlem güvenliği prensibinin devreye girdiği bir kuraldır. Ancak hazır olmayan taraflar arasında yapılan hukuki işlemde hangi ülke hukukunun şekil şartlarının uygulanacağını tespitinde tereddüt yaşanabilir²⁸⁵. Diğer bağlama noktasıysa işlemin esasına uygulanan hukuktur. Burada MÖHUK'ta düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları uygulanır. Örneğin sözleşmeden doğan hukuki ilişkilerde MÖHUK m. 24 uyarınca esasa uygulanan hukuk belirlenir. Sözleşmenin esasına uygulanan hukuk ise MÖHUK m.24/f.4 uyarınca arabuluculuk sözleşmelerinde karakteristik edim olmadığından sözleşmeyle en sıkı ilişki içerisindeki yer hukuku olacaktır.

Arabuluculuk sözleşmesinin şekil nedeniyle geçersiz olduğu uyuşmazlıkta hangi konuların şekil kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hususunda vasıflandırma yolu tercih edilir ve hakim hukukuna (lex fori) göre çözüme kavuşturulur²⁸⁶. Bu durumda, arabuluculuk sözleşmesinin adi ya da resmi yazılı olarak yapılacağı konusu, şekli geçerlilik için ilan koşuluna gerek olup olmadığı, imza ile ilgili konular tatbik edilecek hukuka göre değerlendirilmelidir.

1.6.5 Arabuluculuğa Elverişlilik

Arabuluculuk yöntemiyle çözülebilen uyuşmazlıklar için arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar denir ve her uyuşmazlık arabuluculuğun kapsamına girmez²⁸⁷. Örneğin Türk Hukukunda arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar, HUAK m.1/f.2 uyarınca yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları olarak düzenlenmiştir. Yine aynı hükümde aile içi şiddete ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk kapsamı dışında olduğu

²⁸⁵ Bu konuda İsviçre MÖH Kanunu m.124'te ve Alman MÖH Kanunu m.11'de hazır olmayanlar arasında kurulan hukuki ilişkide "işlemin yapıldığı yer" kavramının "her bir tarafın irade beyanına kendi beyanını açıkladığı yer" olarak uygulanması benimsenmiştir. Bkz. Nomer, s.211; Doğan, "MÖH", s.213 vd.

²⁸⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 117; Doğan, "MÖH", s. 213-217; Milletlerarası usul hukuku açısından bkz. Can Hacı / Tuna Ekin; "Milletlerarası Usul Hukuku", 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 38-45.

²⁸⁷ Yarar, s. 136; Öztürk, s. 228.

belirtilmiştir. Nitekim tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği alacak davasına ilişkin uyuşmazlıklar, taşınır mallara ilişkin uyuşmazlıklar, tazminat talepli uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli iken boşanma davaları, nesebe ilişkin davalar, çekişmesiz yargı işleri tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği işler olduğundan arabuluculuğa elverişli değildir²⁸⁸.

Milli hukuklar yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliğinin tespitinin hangi hukuka göre yapılacağını düzenlememişler ancak hangi uyuşmazlıkların arabuluculuk kapsamında olduğunu belirlemişlerdir²⁸⁹. Burada bazı kıstaslardan yararlanılmıştır.

Slovenya, Yunanistan ve Birleşik Krallık hukuklarında medeni ve ticaret hukukuna dayanan uyuşmazlıklar; Belçika hukukunda birlikte yaşamak ve boşanma ile boşanmanın hukuki sonuçlarına ilişkin uyuşmazlıklar; Avusturya hukukunda iş kazalarından doğan uyuşmazlıklar, aile, komşuluk ve eşya hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar; Bulgar hukukunda boşanma dahil aile hukuku ile medeni ve ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuk ile çözülebilen uyuşmazlık türleridir. Dolayısıyla bu ülkelerde medeni ve ticaret hukukundan doğan uyuşmazlıklar kıstası²⁹⁰ yer almaktadır.

İtalyan hukukuna göre tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir. Dolayısıyla aile hukuku arabuluculuk kapsamında değildir. Fransız hukukunda da tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi kaydıyla medeni ve ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir. Bu ülkelerde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği uyuşmazlıklar kıstası geçerlidir²⁹¹. Yine Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2008/52/EC sayılı Yönergesi'nin

²⁸⁸ Taşpolat Tuğsavul, s. 110.

²⁸⁹ Öztürk, s. 228; Yazar, s. 136-137.

²⁹⁰ Öztürk, s. 229.

²⁹¹ Öztürk, s. 229.

10. Şartında aile hukuku ve iş hukuku gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hak ve borçlar için arabuluculuğun uygulanamayacağı düzenlenmiştir²⁹².

Arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar hususunda en geniş düzenlemenin yapıldığı yer ise Alman hukukudur. Burada her tür uyuşmazlık arabuluculuk kapsamına girebilir. Bazı ülkelerde ise arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar tek tek düzenlenmiştir²⁹³. Mesela Hollanda’da ticari uyuşmazlıklar, kira, komşuluk, boşanma ve işten çıkarmaya dayanan uyuşmazlıklar; Polonya’da iş ve aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar ile çocuk suçları, toplu tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlıklar, medeni hukuk uyuşmazlıkları; Romanya’da yine iş ve aile hukuku ile eğitim, sağlık konularına ilişkin uyuşmazlıklar için arabuluculuğa başvurulabilir.

Arabuluculuğa elverişlilik hususunda devletlerin maddi hukuklarında bir tekdüzelik bulunmamaktadır²⁹⁴. Dolayısıyla arabuluculuğa elverişliliğin hangi ülke hukukuna göre tayin edileceği hususu önemlidir. Arabuluculuğa elverişlilik kanunlar ihtilafı kurallarına göre düzenlenmeli ve burada da bağlama noktalarına bakılmalıdır. Arabuluculuğa elverişlilik için bakılacak bağlama noktaları ise, tarafların müşterek milli hukuku, ikametgah ve mutlak mesken hukuku, arabuluculuk faaliyetinin yapıldığı yer hukuku, arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk ve taraflarca seçilen hukuk olabilir²⁹⁵.

Arabuluculuğa elverişlilik²⁹⁶ hususunda doğan uyuşmazlık arabuluculuk faaliyetleri esnasında veya arabuluculuk faaliyeti neticesinde imzalanan arabuluculuk anlaşma belgesinin tanıma ve tenfizi sırasında karşımıza çıkabilir.

²⁹² Özbek, “Avrupa Birliğinde AUÇ”, s. 291-294.

²⁹³ Öztürk, s. 230.

²⁹⁴ AB ülkeleri içinde hangi tür uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-en.do (Erişim tarihi 20.03.2022).

²⁹⁵ Yazar, s. 137-138; Öztürk, s. 230-231.

²⁹⁶ Arabuluculuk sözleşmesinin geçersizliği ile arabuluculuğa elverişli olmama hususları birbiriyle karıştırılmamalıdır. Bir uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli olduğu halde arabuluculuk sözleşmesi geçersiz olabilir. Mesela tazminat talepli bir uyuşmazlıkta arabuluculuk sözleşmesini imzalayan taraflar ehliysiz olduğundan sözleşme geçersiz olur ancak uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli niteliktedir.

Arabuluculuk faaliyetleri esnasında arabuluculuğa elverişlilik sorunun taraflarca ileri sürülmesi halinde, arabulucu söz konusu uyuşmazlığın taraflarla bağlantılı hukuk sistemlerinde arabuluculuğa elverişli olup olmadığını incelemelidir. Yazar'a göre taraflarla bağlantılı hukuk sistemlerinden birinde bile söz konusu uyuşmazlık arabuluculuk kapsamında değerlendirilmiyorsa arabuluculuk faaliyeti sonlandırılabilir²⁹⁷. Arabuluculuğa elverişlilik sorunu arabuluculuk faaliyetleri esnasında arabulucu tarafından tespit edilirse, arabulucu bu konuda tarafları bilgilendirmelidir. Yine Yazar'a göre arabulucu milletlerarası nitelikteki arabuluculuk faaliyeti neticesinde imzalanan arabuluculuk anlaşma belgesinin hangi ülke hukukuna göre icra edilmesinin istendiğini taraflara sormalı ve ilgili ülke hukukunda uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişliliği incelenmelidir. Söz konusu ülke hukukunda uyuşmazlık arabuluculuk kapsamında değilse, arabuluculuk faaliyeti sonlandırılabilir²⁹⁸. Öztürk'e göre arabulucu arabuluculuk faaliyetine başlamadan önce, süreç sonunda imzalanan anlaşma belgesinin tanıma-tenfizinin mümkün olup olmadığı hususunda ilgili devletin kanunlar ihtilafı kurallarını incelemeli ve sonuçlarını mümkün olduğunca öngörerek hareket etmelidir²⁹⁹. Kanaatimizce de tarafların arabuluculuk sürecinin sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin tanıma-tenfiz sorunuyla karşılaşmaması için, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişliliğinde uygulanacak hukukun tespitinde arabulucunun gerekli özeni göstermesi gerekmektedir.

Arabuluculuğa elverişlilik sorunu arabuluculuk anlaşma belgesinin tanıma ve tenfizi esnasında ortaya çıkarsa lex fori yani tanıma – tenfiz talep edilen ülke hukuku uygulanacaktır³⁰⁰. Bu durumda da ilgili ülke hukukuna göre uyuşmazlık arabuluculuk kapsamında yer almıyorsa, imzalanan arabuluculuk anlaşma belgesinin tenfiz talebi kabul edilmeyecektir. Burada tanıma – tenfiz talep edilen ülkenin kamu düzeni korunmaktadır³⁰¹.

²⁹⁷ Yazar, s. 139.

²⁹⁸ Yazar, s. 139.

²⁹⁹ Öztürk, s. 231.

³⁰⁰ Yazar, s. 140; Öztürk, s. 231.

³⁰¹ Yazar, s. 140; Öztürk, s. 231.

2 Arabulucu Sözleşmesi

2.1 Arabulucu Sözleşmesinin Tanımı

Arabulucu sözleşmesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında arabulucunun görevlendirilmesi için arabulucu ile taraflar arasında düzenlenen ve tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen sözleşmedir³⁰². Arabulucu sözleşmesi, çoğunlukla tarafların uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuğa başvurmaya karar verip, bu süreci yürütecek arabulucunun belirlenmesinden sonra gündeme gelir. HUAK ve HUAKY’de arabulucu sözleşmesine ilişkin detaylı bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu ve kapsamı itibariyle HUAK’da düzenlenen arabuluculuğa elverişli uyuşmazlık türlerine giriyorsa, bu sözleşme ile arabulucu, uyuşmazlığın çözümüne yönelik arabuluculuk faaliyeti yürütmekle yükümlü olur. Uyuşmazlığın tarafları ise söz konusu uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli ise ve arabuluculuk faaliyetleri yürütülüyorsa arabulucuya ücret ödemekle yükümlü olacaktır³⁰³.

Arabulucu uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişliliğini arabulucu sözleşmesi kurulmadan önce ilgili devletin kanunlar ihtilafı kurallarına göre değerlendirmeli³⁰⁴ ve elverişli olduğuna kanaat getirirse taraflar arasında sözleşme imzalanmalıdır. Türk hukukuna göre arabuluculuğa elverişli olmayan uyuşmazlık konusuna ilişkin arabulucu sözleşmesi kurulamaz; kurulması halinde sözleşme kanunun emredici hükümlerine aykırılık dolayısıyla kesin hükümsüz olur³⁰⁵. Arabuluculuk görüşmeleri sırasında arabulucu sözleşmesinin konusunu oluşturan uyuşmazlık haricinde başka bir uyuşmazlık daha doğarsa ve çözümlenmeye çalışılırsa, arabulucu bu uyuşmazlığın çözümü için ayrıca ücret talep etme yetkisini haizdir³⁰⁶.

³⁰² Özbek, “AUC”, s. 672; Yazıcı Tıktık, s. 153; Kekeç, s. 151; Taşpolat Tuğsavul, s. 143; Dür, s. 335; Ekmekçi/ Özkes/ Atalı, s. 51.

³⁰³ Azaklı Arslan, Betül: “Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.8, S.1, 2018, s.211; Ekmekçi / Özkes / Atalı, s.51; Yazıcı Tıktık, s. 153.

³⁰⁴ Öztürk, s. 231.

³⁰⁵ Badur, s.252.

³⁰⁶ Bu husus 2022 yılı arabuluculuk asgari ücret tarifesinin 6. Maddesinde düzenlenmiştir.

2.2 Arabulucu Sözleşmesinin Tarafları

Hak ehliyetini³⁰⁷ haiz kişilerin, sözleşmede taraf olabilmesi için fiil ehliyetine de sahip olmaları gerekmektedir³⁰⁸. Kanun koyucu arabulucu sözleşmesine ilişkin özel bir düzenleme yapmadığından, fiil ehliyetine ilişkin genel kurallar arabulucu sözleşmesi için de geçerlidir. Arabulucu sözleşmesinin tarafları uyuşmazlığın tarafları veya kanuni temsilcileri ile arabulucu veya eş arabuluculardan meydana gelir. Uyuşmazlığın tarafları tam ehliyetli değilse; yani ayırt etme gücünün bulunması, ergin olma ve kısıtlı olmama kriterlerinden biri veya birkaçı eksikse, arabulucu sözleşmesi yasal temsilcileri tarafından akdedilebilir. Zira bu sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan yasal temsilcinin izin veya icazetiyle sözleşme kurulabilir ve bu şekilde geçerlidir³⁰⁹. Uyuşmazlığın tarafları gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir.

Arabulucu sözleşmesinin taraflarından biri idare de olabilir. HUAK m.2/f.1-ç’de *“idare; 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idare ve kurumlar ile 5018 sayılı Kanunda tanımlanan mahalli idareler ve bu idareler tarafından kurulan işletmeleri, özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmelerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları”* olarak tanımlanmıştır. Yine HUAK m. 15/f.8 uyarınca *“arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyonun temsil edeceği”* düzenlenmiştir. Burada arabulucu sözleşmesinin

³⁰⁷ Hak ehliyeti, haklara ve borçlara sahip olabilmektir. Hukuk düzeni tarafından haklara ve borçlara sahip olabilen varlıklar, hak süjesi olan kişilerdir. Kişilerin hak sahibi olabilmesi, hak ehliyetinin aktif yönünü; borçlara sahip olabilmesi ise pasif yönünü ifade eder. (bkz., Akipek, Jale/ Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya: “Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku”, 14. Baskı, İstanbul 2018, s. 267-268; Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan: “Kişiler Hukuku”, 17. Baskı, İstanbul 2016, s. 39; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 42). TMK.m.8’de de her insanın hak ehliyetinin olduğu ifade edilmiştir. Hak ehliyeti, tam ve sağ doğum gerçekleştikten sonra her insanın sahip olacağı bir ehliyettir.

³⁰⁸ Fiil ehliyeti, kişilerin, kendi fiilleriyle kendileri için haklar yaratmak, bu hakları sınırlamak veya ortadan kaldırmak, yine kendi fiilleriyle kendilerini borç altına sokmaktır. Her hak ehliyetini haiz kişinin, fiil ehliyetine de sahip olduğu söylenemez. Çünkü, fiil ehliyeti hak ehliyeti gibi doğumla kazanılmaz. TMK m. 10’a göre, fiil ehliyetinin kazanılabilmesi için gerekli şartlar; ayırt etme gücü, erginlik ve kısıtlı olmama olarak belirtilmiştir. Fiil ehliyetinin dört farklı türü olup, kişiler fiil ehliyetinin bu türlerine göre; tam ehliyetli, sınırlı ehliyetli, sınırlı ehliyetsiz ve tam ehliyetsiz olarak dörde ayrılırlar. (bkz., Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 279 vd.; Dural/ Ögüz, s. 47 vd.; Oğuzman/ Seliçi/Oktay Özdemir, s. 51 vd.).

³⁰⁹ Badur, s.251.

tarafı idaredir ancak usulüne uygun bir yetkilendirmeye arabulucu sözleşmesini kurma yetkisi idare tarafından bu üç kişilik komisyona verilebilir.

Arabulucu sözleşmesinde uyuşmazlığın tarafları vekille de temsil edilebilir. HMK'nun 74. maddesi'nde vekile özel yetki verilmesi gereken haller düzenlenmiş olup, alternatif çözüm yollarına başvuru da bu özel yetki kapsamında düzenlenmiştir. Vekil kendisine açıkça yetki verilmemişse alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz. Dolayısıyla vekilin müvekkili adına arabuluculuk faaliyetine başlaması, bu faaliyeti yürütmesi ve sonuçlandırması için açıkça yetkilendirilmesi gerekmektedir. Müvekkili tarafından açıkça yetkilendirilmiş olan ve müvekkili adına ve hesabına borçlandırıcı sözleşme yapma yetkisini haiz vekilin müvekkilini temsilen arabulucu sözleşmesini kurma yetkisi bulunmaktadır.

HUAK m.2/1-a'da yer alan düzenlemeye göre “arabulucu; arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Adalet Bakanlığınca düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişidir.” Yine HUAK m. 14 uyarınca taraflar bir veya birden fazla arabulucu seçebilir. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyeti tek bir arabulucu ile yürütülebileceği gibi birden fazla arabulucu ile eş arabuluculuk şeklinde de yürütülebilir. Eş arabuluculuktan bahsedebilmemiz için aynı uyuşmazlık için birden fazla arabulucunun faaliyet göstermesi gerekmektedir. Burada bir üst sayı belirlenmemiştir. Fakat mevzuattaki arabulucu tanımına istinaden eş arabulucuların tamamının sicile kayıtlı gerçek kişi olması gerekir³¹⁰. Bu durumda arabulucu sözleşmesinde tüm eş arabulucuların sözleşmenin tarafı olduğu aşıkardır. Eş arabulucuların iradesini içerir tek sözleşme akdedilebileceği gibi, uyuşmazlığın tarafları her bir arabulucu ile tek tek sözleşme de yapabilir.

2.3 Arabulucu Sözleşmesinin Esaslı Unsurları

Arabulucu sözleşmesi kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak HUAK'ın üçüncü bölümünde arabulucunun hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir. Arabuluculuk faaliyetleri başlıklı dördüncü bölümde ise arabuluculuk faaliyetinin nasıl başlayacağı, yürütüleceği ve sona ereceğine ilişkin düzenlemeler yer

³¹⁰ Badur, s.250.

almaktadır. Dolayısıyla arabulucu sözleşmesinin esaslı unsurları ve hukuki niteliğini belirlemede bu hükümlere başvurulabilir.

Arabulucu sözleşmesinin esaslı unsuru arabulucunun arabuluculuk görevini ifası, uyuşmazlığın taraflarının da bu hizmet karşılığında arabuluculuk ücretini ödemesi ve mümkünse uyuşmazlık taraflarının anlaşmaya varması ve arabulucu tarafından bu hususta bir anlaşma belgesi düzenlenmesidir³¹¹. Arabulucunun uyuşmazlığın taraflarını bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır ve bu yükümlülük arabulucu sözleşmesinin kurulmasından önce başlayıp, sözleşme kurulduktan sonra da devam eder. Aralarında mevcut uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmek isteyen taraflar arabulucuya başvurduklarında, arabulucu taraflara uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını, tarafların herhangi bir sorumluluk altına girmeden arabulucuya başvuruyu reddetmelerinin mümkün olduğunu bildirmelidir³¹². Arabulucunun bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluktan (culpa in contrahendo) kaynaklanır. Bu sorumluluğun kaynağının TMK.m.2, yani dürüstlük kuralı olduğundan daha önce bahsetmiştik. Arabulucu bu yükümlülüğüne aykırı davranarak taraflardan birini zarara uğratırsa, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrehendo) kapsamında tazmin etmekle yükümlüdür. Burada kusur faktörü önemlidir. Zira arabulucu sözleşmesi öncesi arabulucu tarafından gerekli özen gösterilmiş ancak uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olmadığı sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkarsa, arabulucu müzakere sürecini sona erdirir ve sözleşmeden doğan ücrete de hak kazanır. Nitekim Arabuluculuk Ücret Tarifesinin 4. maddesinin 2. fıkrasında bu husus düzenlenmiştir. HUAK arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkları 1. maddenin 2. fıkrasında “*yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları*” olarak düzenlemiştir. Ancak aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuk kapsamı dışında bırakılmıştır. Kanun gerekçesinde “*arabuluculuğa uygun alanlar için tarafların sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri*” ifadesi yer almaktadır.

³¹¹ Kekeç, s. 152; Yazıcı Tıktık, s. 157; Dür, s. 336.

³¹² Yazıcı Tıktık, s. 173.

Öğretide ise kamu düzenini kapsamına girmeyen alanların arabuluculuğa elverişli olduğu ifade edilmektedir³¹³.

2.4 Arabulucu Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Taraflar ile arabulucu arasında meydana gelebilecek uyuşmazlıkların sonuçlandırılması için arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi önemlidir. Taraflar ile arabulucu arasında kurulan arabulucu sözleşmesinde arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesine ilişkin hususlar düzenlenir ve bu hususlar ağırlıklı olarak maddi hukuka ilişkin hükümler olarak karşımıza çıkar. Öğretide arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliğinin, tarafların hak ve yükümlülükleri ile arabuluculuk sürecindeki hususları düzenlenmesi sebebiyle maddi hukuka ilişkin olduğu, usul hukukuna girmediği görüşü hakimdir³¹⁴. Bununla birlikte arabulucu sözleşmesi ile her ne kadar tarafların maddi hukuk alanında değişiklik yapma iradeleri mevcutsa da, bu sözleşmede gizlilik ve deliller hususunda da düzenleme yapılabileceğinden usul hukuku etkisinin de bulunduğunu savunan görüşler vardır. Bu görüşler uyarınca arabulucu sözleşmesi usul hukuku ve borçlar hukuku etkilerini gösterdiğinden karma nitelikli bir sözleşmedir³¹⁵. Kanaatimizce arabulucu sözleşmesi arabuluculuk faaliyetine ilişkin tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenlediğinden, öğretideki hakim görüşe katıldığımızı ve arabulucu sözleşmesinin maddi hukuk sözleşmesi olduğunu ifade etmek isteriz.

Arabulucu sözleşmesinde arabulucudan beklenen temel edim arabuluculuk hizmetini eksiksiz yerine getirmesi, arabuluculuk faaliyetini sözleşmeye ve kanuna uygun şekilde yürütmesi ve taraflara bu süreçte yardımcı olması iken; taraflardan beklenen edim arabulucuya ücretinin ödenmesidir³¹⁶. Arabulucudan beklenen edim sadece kendisi tarafından gerçekleştirilebildiğinden arabulucuyu bir başkasının temsili olası değildir. Arabulucu sözleşmesi, sözleşme türleri bakımından iş görme borcu doğuran

³¹³ Ekmekçi/Özekeş/Atalı, s.43; Özbek: “AUÇ”, s. 1185.

³¹⁴ Ekmekçi/Özekeş/Atalı, s. 51; Kekeç, s. 152, Taşpolat Tuğsavul, s. 144; Yazıcı Tıktık, s. 156; Dür, s. 337; Oğuz, s. 69.

³¹⁵ İlhan, s. 126.

³¹⁶ Kekeç, s. 152; Yazıcı Tıktık, s. 156; Ekmekçi/ Özekeş/ Atalı, s. 51; Dür, s. 336; Badur, s.254.

sözleşmelerdendir³¹⁷. Gerek Türk gerekse yabancı öğretide arabulucu sözleşmesinin ilişkisinin kurulduğu sözleşmeler hizmet, eser ve vekalet sözleşmeleridir³¹⁸.

Arabulucu sözleşmesi Alman hukukunda hizmet sözleşmesi olarak kabul edilir³¹⁹. Vekalet sözleşmesi Alman hukukunda ücrete tabi değildir. Bir sözleşmeden ücret alınmıyorsa o sözleşme eser veya hizmet sözleşmesi niteliğindedir. Bir iş görme edimi olan arabulucu hizmeti özel hizmet olarak görülmekte ve dolayısıyla arabulucu sözleşmesi özel bir hizmet sözleşmesi niteliğinde değerlendirilmektedir³²⁰. İsviçre ve Avusturya hukukunda da arabulucu sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi olduğunu kabul eden görüşler yer almaktadır³²¹. Bununla birlikte Avusturya hukukunda arabulucunun özen yükümlülüğü için eser sözleşmesine de bakılması gerektiği ileri sürülmektedir³²².

Türk hukukunda hizmet sözleşmesi TBK m. 393'te genel hizmet sözleşmesi olarak, İş Kanunu m.8'de ise iş sözleşmesi olarak düzenlenmiştir. Hizmet sözleşmesinin tarafları işçi ve işveren olup, sözleşmenin unsurları; iş görme, ücret, bağımlılık ve zamandır³²³. Hizmet sözleşmesini, diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekalet sözleşmelerinden ayıran en önemli unsur bağımlılıktır. Arabuluculuğun temel ilkelerinden biri tarafsızlıktır ve HUAK m.9 uyarınca arabulucunun görevini tarafsızca ifa etmesi gerekmektedir. Hizmet sözleşmesinde yer alan işverenin işçiyi denetleme ve talimat verme hakkını arabulucu sözleşmesinde göremeyiz³²⁴. Dolayısıyla Türk hukukunda arabulucu sözleşmesini hizmet sözleşmesi olarak nitelendiremeyiz³²⁵.

Avusturya hukukunda arabulucu sözleşmesinin eser ve hizmet sözleşmelerini kapsayan bir karma sözleşme olduğu görüşü de yer almaktadır³²⁶. Türk hukukunda eser sözleşmesi TBK m. 470'de yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de

³¹⁷ Yazıcı Tıktık, s. 159; Kekeç, s. 152; Tuğsavul Taşpolat, s. 145.

³¹⁸ İlhan, s. 127, dn. 14.

³¹⁹ Taşpolat Tuğsavul, s. 145; Dür, s. 337; Yazıcı Tıktık, s. 156.

³²⁰ İlhan, s. 127.

³²¹ Dür, s. 337.

³²² Dür, s. 337.

³²³ Eren, Fikret: "Borçlar Hukuku Özel Hükümler", 6. Baskı, Ankara 2018, (Eren, Özel), s. 534.

³²⁴ Yazıcı Tıktık, s. 163.

³²⁵ Yazıcı Tıktık, s. 163; Taşpolat Tuğsavul, s. 145; Dür, s. 338; Oğuz, s. 69.

³²⁶ Yazıcı Tıktık, s. 159.

bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak düzenlenmiştir. Burada bir edim değil, edim neticesinde meydana gelen sonuç borçlanılmaktadır. Arabulucu sözleşmesinde arabulucu uyuşmazlığa ilişkin bir karar verme, bir sonuca bağlama taahhüdü altına girmez zira uyuşmazlığın çözümü tarafların iradesine bağlıdır. Dolayısıyla arabulucunun faaliyeti bir iş görme borcu olmakla birlikte, bir sonucun meydana getirildiği maddi veya maddi olmayan eser niteliğinde değildir. Bu sebeple arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olmadığını ifade edebiliriz³²⁷.

İş görme sözleşmelerinden bir diğeri de vekalet sözleşmesi olup, arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi sayılıp sayılmayacağı araştırılmalıdır. Türk hukukunda vekalet sözleşmesi TBK m. 502’de düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca vekil, vekalet sözleşmesi ile vekalet verenin bir işini veya işlemini yapmayı üstlenir. Vekalet sözleşmesi ile arabulucu sözleşmesi arasında benzerlikler vardır. Şöyle ki; vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet verenin işini üstlenir (TBK m. 502). Arabulucu sözleşmesinde de arabulucu sistematik tekniklerle arabuluculuk faaliyetini yürütür (HUAK m. 2). Gerek vekilin (TBK m. 506/II) gerekse arabulucunun (HUAK m. 9) görevini özenle yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Yine vekilin sır saklama yükümlülüğü (TBK m. 506/II) ile arabulucunun gizlilik ilkesi gereği sır saklama yükümlülüğü (HUAK m. 4) birbiriyle benzerlik gösterir.

Öğretideki bir görüşe göre arabulucu sözleşmesi, vekalet sözleşmesi ile tam olarak örtüştüğünden vekalet sözleşmesi olarak kabul edilir ve vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler, arabulucu sözleşmesine doğrudan uygulanmalıdır.³²⁸ Bir diğer görüşe göre arabulucu sözleşmesi vekalet sözleşmesiyle benzer olmakla birlikte tipik bir vekalet sözleşmesi değildir. TBK m.502/f.2’de düzenlenen *“niteliklerine uygun düştüğü ölçüde bu kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine vekaletle ilişkin hükümler uygulanacağı”* hükmü uyarınca arabulucu sözleşmesine kıyasen vekalet hükümleri

³²⁷ Yazıcı Tıktık, s. 160-161; Dür, s. 339.

³²⁸ Özbek, “AUÇ”, s.1214; Taşpolat Tuğsavul, s. 146; Dür, s. 340; Azaklı Arslan, s. 203.

uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür³²⁹. Bu görüşe göre arabulucu sözleşmesi, TBK m. 502/f.2 uyarınca isimsiz³³⁰ bir iş görme sözleşmesidir³³¹.

Arabulucu sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasında bazı farklılıklar da yer almaktadır. Şöyle ki; arabulucu sözleşmesinde uyuşmazlığın tarafları ve arabulucuyu kapsayan üç taraflı bir ilişki mevcutken vekalet sözleşmesinde vekalet veren ve vekil olarak iki taraf mevcuttur³³². Yine vekalet sözleşmesi ile vekil, TBK m. 505/f.1 uyarınca vekalet verenin açık talimatlarına uymakla yükümlüdür ancak arabuluculuğun temel ilkelerinden olan ve HUAK m.3/f.1’de düzenlenen iradilik ilkesi gereği arabulucu tarafların talimatlarıyla hareket etmez. Taraflardan birinin talebi, diğer tarafın da rıza göstermesiyle gerçekleştirilebilir. Bir diğer farklılık ise görevin şahsen ifasına ilişkindir. Vekalet sözleşmesi uyarınca vekil vekalet borcunu şahsen ifa etmekle yükümlüdür. Ancak TBK m. 506/f.1’de bu yükümlülüğün istisnası düzenlenmiş olup, vekile yetki verilirse veya teamüle uygun ya da durumun zorunlu kıldığı haller mevcutsa vekil işi bir başkasına yaptırabilir. Arabulucu ise HUAK m. 9/f.1 uyarınca görevi şahsen ifa etmekle yükümlüdür. Kanunda bu durumun istisnası düzenlenmemiştir³³³. Yine HUAK m. 9/f.1 uyarınca arabulucunun taraflara karşı tarafsız olma yükümlülüğü bulunmaktayken, TBK m. 506/f.2 uyarınca vekilin vekalet verenin haklı menfaatlerini gözetmek ve sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır.

Yukarıda ifade ettiğimiz farklılıklar dolayısıyla arabulucu sözleşmesinin doğrudan bir vekalet sözleşmesi olduğunu söyleyemeyiz. Ancak TBK m. 502/f.2 hükmünü de göz önünde bulundurarak, arabulucu sözleşmesine HUAK’ta düzenlenen özel hükümler haricinde vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanabileceği³³⁴ kanaatindeyiz.

³²⁹ Kekeç, s. 152; Yazıcı Tıktık, s. 164-165.

³³⁰ Bir sözleşmenin esaslı unsurlarının tümünün bir kanunda düzenlenmesi durumunda isimli sözleşme, düzenlenmediği takdirde isimsiz sözleşme olduğu kabul edilir. Bkz. Badur, s. 254; Yazıcı Tıktık, s. 165.

³³¹ Yazıcı Tıktık, s. 164-165.

³³² Badur, s. 254.

³³³ Yazıcı Tıktık, s. 164; Badur, s. 254; İlhan, s. 134.

³³⁴ Aynı yönde Badur, s. 254; Kekeç, s. 152; Yazıcı Tıktık, s. 164-165.

Bazı unsurlar açısından arabulucu sözleşmesine benzeyen hakem sözleşmesinin hukuki niteliğinin ise vekalet sözleşmesi olduğu görüşü öğretide hakimdir³³⁵. Hakem sözleşmesi, hakem veya hakemlerin belirli bir ücret karşılığında, mesleki bilgi ve birikimleri vasıtasıyla kendilerine verilen yargılama yetkisini kullanarak tarafların arasında doğan uyuşmazlığı çözüme ulaştırma yükümlülüğüne girdiği kendine özgü (sui generis) bir sözleşmedir³³⁶.

Hakem sözleşmesi ile hakem uyuşmazlığın taraflarına karşı yargılama sonuna kadar görevine devam etmek, yargılamanın gizliliğini korumak, yargılama süresince tarafsızlığını ve bağımsızlığını korumakla yükümlüdür³³⁷. Arabuluculuk faaliyetini yürüten arabulucunun da taraflara karşı bu yükümlülükleri bulunmaktadır. Bununla birlikte hakemin taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözme ve yargılamayı hakkaniyete uygun olarak ve gecikmeksizin gerçekleştirme yükümlülükleri³³⁸ arabulucunun uyuşmazlığı çözme hususunda bir yükümlülüğü bulunmadığından, bu noktada birbirlerinden ayrılmaktadır.

2.5 Arabulucu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

Arabulucu sözleşmesine, tarafların ortak milli hukuku ya da tarafların ortak yerleşim yeri ya da mutat mesken hukuku uygulanırsa taraf menfaati; arabulucu sözleşmesinin icra edildiği yer hukuku yani arabuluculuk faaliyetinin yapıldığı yer hukuku uygulanırsa işlem menfaati temel alınmış olacaktır³³⁹. Taraflar arasında kurulan ve yabancılık unsuru barındıran arabulucu sözleşmesinde sözleşmenin tabi olacağı

³³⁵ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 613; Taşkın, s. 38. Yargı kararları da, hakemlik sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olduğu yönündedir. Bir kararda, “Yargıtay hukuk kısmının 13.05.1964 gün 1-3, 64/1 esas ve 3 sayılı içtihadı birleştirme kararına göre taraflarla hakem arasındaki ilişki akdi niteliktedir. Tarafların teklifi üzerine hakemlik yapmayı kabul eden kişiler vekâleten onlara ait bir işin yapılmasını üzerlerine almışlardır. O halde taraflar arasındaki bağ bir vekalet akdidir.” HGK. 06.12.1969, E. 969 K. 866, Taşkın, s. 39, dn. 71. Hakem sözleşmesinin nitelik olarak vekalet sözleşmesi olduğu yönündeki diğer bazı Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararları için bkz. Yar. 15. HD. 20.06.2019, E. 2018/5543 K. 2019/2891; Ankara BAM. 4. HD., 13.4.2017, E. 2017/477 K. 2017/451.

³³⁶ Yeşilirmak, Ali: “Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İstanbul 2011, s. 92-93.

³³⁷ Süral, Ceyda: Hakemin Sorumluluğu, İKÜHFD, Yıl:10, C.10, S.2, Temmuz 2011, s. 229-254, s. 232-235.

³³⁸ Süral, s. 232-234.

³³⁹ Yarar, s. 131.

hukukun belirlenmesinde MÖHUK m.24'e başvurmak gerekir. MÖHUK m.24/f.1 uyarınca taraflar hukuk seçimi yapabilirler. Bu durumda arabulucu sözleşmesi için tarafların seçtiği hukuk uygulanacaktır. Ancak taraflar hukuk seçimi yapmamışsa MÖHUK m. 24/f.4 uyarınca en sıkı ilişkili ülke hukuku uygulanacaktır. En sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde de karakteristik edime bakılmalıdır. Karakteristik edim; her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde; sözleşmeyi karakterize eden, sözleşmenin türünü belirleyen, hukuki ilişkinin ağırlık merkezini oluşturan, para ödeme ediminin karşısında yer alan ve hukuki ilişkinin rizikolu kabul edilen edimdir³⁴⁰.

Arabulucu sözleşmesinde tarafların edimleri şu şekildedir; arabulucu, arabuluculuk görevini özenle yerine getirme yükümlülüğü altına girer. Uyuşmazlığın tarafları ise arabuluculuk hizmeti için arabulucuya ücret ödemekle yükümlüdür. Kanaatimizce arabulucu sözleşmesinde karakteristik edim borçlusu arabulucudur ve sözleşme mesleki faaliyetler gereği kurulan bir sözleşmedir. Dolayısıyla yabancılık unsuru içeren bir arabulucu sözleşmesinde taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa MÖHUK m.24/f.4 uyarınca arabulucunun işyerinin bulunduğu yer hukuku, birden çok işyeri varsa arabulucu sözleşmesiyle en sıkı ilişki içindeki işyerinin bulunduğu yer hukuku uygulanmalıdır. HUAK m.19 uyarınca arabulucunun sicile kayıtlı olması ve HUAK m.20 uyarınca sicile kayıt için arabulucunun Türk vatandaşı olması gerekmektedir. Bu hükümler değerlendirildiğinde, taraflar arabulucu sözleşmesiyle hukuk seçimi yapmadıysa, arabulucunun işyerinin bulunduğu yer hukuku olarak Türk hukukunun uygulanacağını söyleyebiliriz. Arabulucu yabancı uyruklu bir kişi ise HUAK kapsamında bir arabuluculuk faaliyetinden bahsedilemeyecektir. Ancak arabulucu sözleşmesinin karakteristik edim borçlusu yine arabulucu olduğundan arabulucunun işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

³⁴⁰ Kocasakal Özdemir, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", s.52 dn.89; Sargın, s. 47, Ekşi, "Milletlerarası Ticaret Hukuku", s. 35; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s.344. Karakteristik edimle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. 1.6.2 başlıklı bölüm.

2.5.1 Uygulanacak Hukukun Kapsamı

Arabulucu sözleşmesinin tabi olacağı hukukun kapsamının belirlenmesi gereklidir. İlk olarak sözleşmenin kuruluş aşamasına uygulanan hukuk tespit edilmelidir. Arabulucu sözleşmesinin kuruluş koşulları, sözleşmenin kuruluş zamanı ve arabulucu sözleşmesinin kuruluşu esnasında taraf iradelerini sakatlayan hata, hile, ikrah ve gabin gibi konuların belirlenmesi ve bu konuların arabulucu sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurmasına etkisi arabulucu sözleşmesinin tabi olacağı hukuku tespit eder. MÖHUK m.32/f.1 uyarınca “*Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir.*” Dolayısıyla taraflardan biri hata, hile, ikrah ve gabin durumlarından biri mevcut olduğundan arabuluculuk sözleşmesini kurmuşsa, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk (lex causae) tespit edilir. Arabulucu sözleşmesinin esasına Türk hukuku uygulandığı takdirde, ilgili taraf için irade bozukluğu söz konusuysa ve koşulları oluştuysa Türk Borçlar Hukuku genel hükümleri uyarınca sözleşme iptal edilebilir³⁴¹. Arabulucu sözleşmesinin kuruluşunda irade bozukluklarının ortaya çıkmasında kusuru olan taraf, diğer tarafın bu sözleşmenin geçersizliğinden kaynaklanan zararlarını sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) kapsamında tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

Arabulucu sözleşmesi kapsamında tespit edilecek konulardan diğeri de arabulucu sözleşmesinin doğrudan geçerli sayılıp sayılmadığı, tarafların sözleşme kaynaklı hakları ve ödevleri ile arabulucu sözleşmesinin şartları ve etkileridir³⁴². Bu açıdan, arabulucu sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurup doğurmayacağı, tarafların sözleşme kaynaklı hak ve ödevlerinin kapsamı, sözleşmenin şartlarına taraflardan birinin aykırı davranmasının neticeleri, arabuluculuğa gidilmesinin fiilen veya hukuken olanaksız olması, uyuşmazlık taraflarına ilişkin halefiyet veya teselsül gibi konular arabulucu sözleşmesine uygulanan hukuk kapsamında değerlendirilecektir.

³⁴¹ Taşpolat Tuğsavul, s. 103-104; Ertürk, s. 136 vd.

³⁴² Yazar, s. 132.

Arabulucu sözleşmesinin sona ermesi de arabulucu sözleşmesi kapsamında tespit edilen hususlardandır³⁴³. Arabuluculuğun sona ermesi başlığı altında düzenlenen HUAK m. 17 uyarınca arabuluculuk faaliyeti tarafların anlaşmasıyla veya müzakereler sonucunda anlaşmaya varamamasıyla, taraflardan birinin arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesiyle, taraflara danışılarak arabuluculuk için daha fazla çaba sarfetmenin gereksiz olduğuna arabulucunun kanaat getirmesiyle ya da uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına tespit edilmesiyle sona erer. Arabuluculuğun sona ermesiyle arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin nasıl sona erdiğini belirten bir tutanak hazırlar. Arabulucu sözleşmesinin sona erme nedenleri, zamanı, sona ermeye ilişkin hüküm ve sonuçları arabulucu sözleşmesi kapsamında değerlendirilecektir.

2.5.2 Uygulanacak Hukukun Kapsamı Dışında Kalan Unsurlar

Arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukukun kapsamı dışında kalan iki unsur bulunmaktadır. Bunlar ehliyet ve şekil unsurlarıdır. Bu unsurlara aşağıda kısaca değinmek isteriz.

2.5.2.1 Ehliyet

Arabulucu sözleşmesinin geçerliliği ve bağlayıcılığı için tarafların sözleşme yapma ehliyetinin olması gerekir. Yabancılik unsuru içeren arabulucu sözleşmesinde ehliyet³⁴⁴ konusuna ilişkin öncelikle MÖHUK m. 9'a başvurulur ve bu madde uyarınca uyuşmazlığın tarafları ile arabulucunun ehliyeti milli hukuklarına göre belirlenmelidir. Milli hukukuna göre ehliyetsiz olan kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukuki işlem geçerlidir. Kişinin milli hukukuna göre kazandığı erginlik vatandaşlığın değiştirilmesiyle sona ermez, devam eder. Yine MÖHUK m. 9'da düzenlenen tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri ise, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir. Statüsü bulunmayan tüzel kişilerin ehliyetinde, fiili idare merkezinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Milletlerarası ticarete ilişkin sözleşmelerde taraflar genellikle şirketler olduğundan tüzel kişilerin ehliyetine ilişkin düzenlemeye başvurulur.

³⁴³ Yazar, s. 132.

³⁴⁴ Ehliyet konusunda detaylı bilgi için bkz. 1.6.4.1 başlıklı bölüm.

Türk Hukuk Sisteminde sözleşme yapma ehliyeti bakımından taraflarla ilgili hususi bir düzenleme olmadığından genel kurallara bakılır. Bu durumda TMK m.10 uyarınca sözleşme yapma ehliyeti için şahsın temyiz kudretine sahip olması, ergin olması ve kısıtlanmamış olması gerekir. Bununla birlikte arabuluculuk faaliyeti esnasında tarafların ehliyeti ile ilgili uyumsuzluk ortaya çıkabilir³⁴⁵. Bu halde arabulucunun içinde bulunduğu konum önem kazanmaktadır. Arabulucu, ehliyet ile ilgili tabi olunacak hukuku belirlemeli, sonrasında ise belirlediği hukuk kapsamında söz konusu tarafın ehliyetinin bulunup bulunmadığı hususunda değerlendirme yapmalıdır. Bu konu ile ilgili olarak arabulucu taraflardan yardım almalıdır. Gerekli görürse hukuki yardıma da başvurmalıdır. Tabi olunan hukuk gereğince taraflardan birinin ya da her ikisinin de ehliyetinin bulunmadığı tespit edilirse arabuluculuk faaliyetini nihayetlendirmek gerekmektedir.

Arabulucunun ehliyetine uygulanacak hukuk Türk Hukuku ise taraflarla ilgili genel düzenlemenin dışında HUAK'ın 20. maddesinde birtakım özel koşullar aranmıştır. Öncelikle arabulucu olacak kişi Türk vatandaşı olmalıdır. Bunun yanında, Türk hukukuna göre arabulucu olabilmek için gerekli diğer şartlar; mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak, kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkum olmamak ve terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamaktır. Ayrıca arabuluculuk eğitimini tamamlamalı ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmalıdır. Dolayısıyla arabulucu sözleşmesinin geçerliliği için tarafların fiil ehliyetinin olması aranırken, arabulucunun fiil ehliyetiyle birlikte mevzuatta düzenlenen özel niteliğinin bulunması gerekmektedir.

HUAK m.2/1-a uyarınca arabulucu; arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş olan gerçek kişi şeklinde

³⁴⁵ Yarar, s. 114.

açıklanmıştır. Buna göre tüzel kişiler arabulucu olamazlar. Bunun dışında arabulucu için aranan şartlardan olan Türk vatandaşı olmak, meslekte en az beş yıl kıdemli hukuk fakültesi mezunu olmak gibi koşullar dikkate alındığında, bu koşulların sadece gerçek kişiler için aranabileceği açıktır. Bu düzenleme uyarınca yukarıda arabuluculuk türleri kapsamında bahsi geçen nitelikli arabuluculukta yani Türk kanunlarına uygun olarak yapılan arabuluculukta yabancı ülke vatandaşı olan bir kişi Türk hukuku kapsamında arabuluculuk yapamayacaktır.

2.5.2.2 Şekil

Arbulucu sözleşmesine uygulanacak hukukun kapsamı dışında kalan bir diğer unsur şekildir. MÖHUK m. 7 çerçevesinde bir değerlendirme yaparsak; hukuki işlemler yapıldıkları ülke hukukunun (locus regit actum-LRA) veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun (lex causae) maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir. Bu hüküm uyarınca alternatif iki bağlama noktası vardır ve birinin diğerine karşı bir önceliği bulunmamaktadır. Arabulucu sözleşmesine sözleşmenin yapıldığı ülke hukuku uygulanırsa işlem güvenliği prensibi devreye girer. Ancak hazır olmayan taraflar arasında yapılan sözleşmede hangi ülke hukukunun şekil şartlarının uygulanacağını tespitinde tereddüt yaşanabilir³⁴⁶. Arabulucu sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk uygulanmak istenirse, MÖHUK m.24/f.4'e başvurularak en sıkı ilişkili hukuk saptanır. Burada da karakteristik edim teorisi uygulanacaktır. Arabulucu sözleşmesinde karakteristik edim borçlusunun arabulucu olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Dolayısıyla arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukuk arabulucunun işyerinin bulunduğu ülke hukukudur. Arabuluculuk faaliyeti Türk Hukuku kapsamında yapılan bir hukuki işlem olduğundan ve HUAK m.2/1-a uyarınca arabulucu siciline kayıtlı, Türk vatandaşı olan gerçek kişilerce arabuluculuk faaliyeti yürütüldüğünden MÖHUK m. 7 uyarınca da Türk Hukukunun şekil şartlarının geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

³⁴⁶ Bu konuda İsviçre MÖH Kanunu m.124'te ve Alman MÖH Kanunu m.11'de hazır olmayanlar arasında kurulan hukuki ilişkide "işlemin yapıldığı yer" kavramının "her bir tarafın irade beyanına kendi beyanını açıkladığı yer" olarak uygulanması benimsenmiştir. Bkz. Nomer, s.211; Doğan, "MÖH", s.213 vd.

Türk Hukukunda ve diğer hukuk sistemlerinde şekil serbestisi uygulama alanı bulmuştur³⁴⁷. Dolayısıyla arabulucunun taraflarla uyuşmazlığın arabuluculuk faaliyeti kapsamında çözümü konusunda anlaşması ile arabulucu sözleşmesi kurulmuş olmaktadır. Yani arabulucu sözleşmesi hem yazılı hem de sözlü olarak kurulabilmektedir. Bununla birlikte uygulamada arabulucu ile uyuşmazlığın taraflarının hak ve yükümlülüklerini düzenleyen arabulucu sözleşmesinin genellikle yazılı olarak kurulduğu gözlenmektedir³⁴⁸.

Uyuşmazlığın tarafları ile arabulucu, arabulucu sözleşmesinin bir şekle bağlı olmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda taraflarca getirilen ve geçerlilik şartı olarak kabul edilen şekle iradi şekil³⁴⁹ denir. İradi şekil TBK m. 17’de düzenlenmiş olup, bu hükme göre kanunla bir şekle tabi tutulmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekle uymayan sözleşme tarafları bağlamayacaktır ve sözleşme geçersiz kabul edilecektir. Ancak taraflar ispat kolaylığı sağlamak için sözleşmede şekil şartı öngörmüşse, bu şekle uyulmaması sözleşmenin geçersizliğine sebep olmayacaktır³⁵⁰.

2.6 Arabulucu Sözleşmesi ile Arabuluculuk Sözleşmesinin Farklılıkları

Arabulucu sözleşmesi ile arabuluculuk sözleşmesi birbirinden öncelikle taraflar açısından ayrılır. Arabuluculuk sözleşmesinin taraf kısmını yalnız uyuşmazlığın tarafları oluştururken; arabulucu sözleşmesinin tarafları arabulucu ile uyuşmazlığın taraflarıdır. Bu iki sözleşme amaçları açısından da birbirinden ayrılır. Şöyle ki; arabulucu sözleşmesinde arabulucu uyuşmazlığın tarafları için iş görme yükümlülüğü altına girerken, arabuluculuk sözleşmesinde taraflar aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için işbirliği yapma yükümlülüğü altına girerler³⁵¹. Arabulucu sözleşmesi tek basamaklı ya da iki basamaklı yapılabilir. Tek basamaklı yapılması durumunda arabulucunun seçimi hususunda anlaşılan taraflar ile arabulucu bir araya gelir. Arabulucunun teklifi kabulü ile arabulucu sözleşmesi tesis edilir. Arabulucu sözleşmesinin iki basamaklı düzenlenmesi

³⁴⁷ Taşpolat Tuğsavul, s. 144; Dür, s. 335; Ekmekçi/ Özekes/ Atalı, s. 51; Oğuz, s. 68.

³⁴⁸ Kekeç, s. 151.

³⁴⁹ Eren, “Genel”, s. 284.

³⁵⁰ Eren, “Genel”, s. 284.

³⁵¹ Badur, s.264.

durumunda ise birinci basamakta, taraflar birbirleri ile arabulucunun tercih edildiğine ilişkin sözleşme yaparlar, ikinci basamakta ise arabulucu, arabuluculuk vazifesini onaylayıp uygun gördüğüne dair taraflarla anlaşmaya varır.

3 Arabuluculuk Anlaşma Belgesi

3.1 Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Tanımı

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde uyuşmazlık çözüme ulaşır ve taraflar bir noktada fikir birliğine vararak anlaşma sağlarlarsa, arabulucu tarafından hazırlanarak uyuşmazlığın tarafları ve varsa vekilleri ile arabulucu tarafından imzalanan metine arabuluculuk anlaşma belgesi denir³⁵². Bununla birlikte taraflar arabuluculuk faaliyeti neticesinde varılan anlaşmayı yazılı olarak yapmak zorunda değildir, sözlü bir anlaşma da sağlanabilir. Ancak yazılı metin anlaşma sağlanan konuların taraflar arasında ileride doğabilecek sorunları önlemesini amaçlar³⁵³. Literatürde “*anlaşma belgesi*”³⁵⁴ kavramının haricinde “*anlaşma tutanağı*”³⁵⁵, “*çözüm anlaşması*”³⁵⁶, “*anlaşma metni*”³⁵⁷ kavramlarının da kullanıldığı görülmektedir.

Yine Türk hukukunda arabuluculuk faaliyeti neticesinde bir anlaşma sağlansın veya sağlanmasın, arabulucu tarafından hazırlanan ve uyuşmazlığın taraflarıyla birlikte varsa vekilleri ve arabulucu tarafından imzalanan bir son tutanak düzenlenir. Kural olarak son tutanağın içeriğini arabulucu hazırlarken, arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğini taraflar hazırlar³⁵⁸. Son tutanak mevcut uyuşmazlık konusunda tarafların müzakere ettiğini ve söz konusu uyuşmazlık konusunda anlaşıp anlaşmadıklarını gösteren bir belgedir. Son tutanak özellikle dava şartı olarak arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklarda önemlidir zira söz konusu uyuşmazlıklar için mahkemeye başvurmadan önce arabuluculuk yoluna başvurmak dava ön şartıdır ve son tutanak da tarafların dava

³⁵² Kekeç, s. 197.

³⁵³ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 942; Taşpolat Tuğsavul, s. 183-184.

³⁵⁴ Taşpolat Tuğsavul, s.183.

³⁵⁵ Çil, Şahin: “İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi”, Ankara, Yetkin, 2018, s.41.

³⁵⁶ Dür, s.317.

³⁵⁷ Kekeç, s. 197.

³⁵⁸ Erkan, s. 58.

konusu uyuşmazlık için arabuluculuk yöntemine başvurmuş olduklarını ve bir çözüme ulaşamadıklarını gösterir niteliktedir.

3.2 Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde tarafların uyuşmazlığın çözümü için anlaştıkları hususların düzenlendiği arabuluculuk anlaşma belgesi, taraflar arasında imzalanmış bir borçlar hukuku sözleşmesidir³⁵⁹ ve genellikle tarafların karşılıklı yükümlülüklerini ve feragatlerini düzenlediğinden “*sulh sözleşmesi*” niteliğinde olduğu söylenebilir³⁶⁰.

Belirtmek gerekir ki, arabuluculuk anlaşma belgesi taraflar arasındaki uyuşmazlığın nihai olarak sonlandıracak nitelikte düzenlenmeli ve uyuşmazlıkla ilgili belirsiz bir husus kalmamalı, belgede net ve anlaşılır ifadelerin kullanılması gerekmektedir³⁶¹. Yine bu belge içeriğinin belirsiz, uygulanması imkansız, hukuka aykırı edimler içermemesi ve cebri icraya elverişli nitelikte düzenlenmesi gerekir³⁶². Yani arabuluculuk anlaşma belgesi hukuki ilişkinin belirlenmesinden ziyade taraflar arasında mevcut uyuşmazlığın çözümünü sağlayan bir eda hükmü içermelidir. Zira taraflar arabuluculuk faaliyeti neticesinde yaptıkları anlaşmaya uymazlarsa, HUAK m. 18/f.2 uyarınca diğer tarafın talebiyle söz konusu arabuluculuk anlaşma belgesine yetkili mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verilir. Bununla birlikte HUAK’ın 18. maddesine 12.10.2017 tarihinde eklenen 4. fıkra uyarınca, “*Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.*” Dolayısıyla taraflar ile avukatları ve arabulucu tarafından beraber imza altına alınan anlaşma metninin icra kabiliyetini haiz olması için ayrıca mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınması gerekmemektedir.

³⁵⁹ Özel, Sibel; “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu”, MÜHFHAD Cilt 25 Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, SSN 2146-0590, (Singapur Konvansiyonu), s. 1191.

³⁶⁰ İldır, s 166; “Sulh benzeri sözleşme” görüşü için bkz. Taşpolat Tuğsavul, s. 184-185.

³⁶¹ Ekmekçi / Özekes / Atalı, s. 95; Taşpolat Tuğsavul, s. 183.

³⁶² Erkan, s. 59-60; Kekeç, s. 199-200.

Türk Hukuku açısından arabuluculuk faaliyeti sonrasında ulaşılan anlaşmalar HUAK'ın 18. maddesi gereğince icra edilebilirlik kazansalar ve ilam vasfını haiz olsalar bile HMK 388. maddesi gereğince maddi anlamda kesin hüküm olmazlar. Gerçekten de HUAK'ın 18/f.2 maddesi gereğince tarafların aralarında sağladıkları anlaşmanın icra edilebilirlik şerhi alması ile anlaşma ilam vasfında belge hüviyetini haiz olur³⁶³. Bununla beraber icra edilebilirlik şerhi ile anlaşmanın maddi anlamda kesin hüküm haline geldiği söylenemez, yalnızca icra edilebilirlik bakımından ilamlar ile birlikte aynı hukuki sisteme tabi olmasını getirir³⁶⁴.

Yine yabancı ülkede yürütülen arabuluculuk faaliyeti neticesi ortaya çıkan arabuluculuk anlaşma belgesinin bir mahkeme veya hakem kararı olmadığından, kural olarak sözleşme niteliğinde olduğu ve sözleşmelerin icrasına tabi kılındığı ifade edilebilir³⁶⁵. Arabuluculuk faaliyeti neticesinde düzenlenen anlaşma belgesi taraflar için bağlayıcı nitelikteyse ve taraflar kendi iradeleriyle anlaşma belgesinde düzenlenen yükümlülüklerini ifa etmiyorsa sözleşmenin ihlali ve buna ilişkin yaptırımlar söz konusu olacaktır³⁶⁶. Bununla birlikte yabancı ülkede yürütülen arabuluculuk faaliyeti neticesi ortaya çıkan arabuluculuk anlaşma belgesi HUAK kapsamına giriyorsa veya üçüncü bölümde anlatacağımız Singapur Sözleşmesi kapsamında ise ilam niteliğinde bir belgeye dönüştürülebilir.

3.3 Arabuluculuk Anlaşma Belgesinde Yabancılık Unsuru

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkta yabancılık unsuru söz konusuysa arabuluculuk anlaşma belgesine uygulanacak hukukun tespiti önem arz eder. Ancak arabuluculuk anlaşma belgesinde yabancılık unsurunun varlığının tespiti mahkeme veya hakem kararları kadar kolay değildir. Zira “*yargı yetkisi*” veya “*tahkim yeri*” kavramlarına benzer nitelikte “*arabuluculuk yeri*” kavramı arabuluculukta düzenlenmemiştir³⁶⁷.

³⁶³ Özbek, Mustafa Serdar, “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2017, (İcra Edilebilirlik), s. 75.

³⁶⁴ Özbek, “İcra Edilebilirlik”, s. 75.

³⁶⁵ Ekşi, “Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri”, s. 10.

³⁶⁶ Ekşi, “Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri”, s. 10.

³⁶⁷ Alexander Nadja/Chong, Shouyu: “The Singapore Convention on Mediation A Commentary, Kluwer Law International B.V., The Netherlands, 2019”, (Commentary), s. 25-26.

Çünkü arabuluculuk faaliyetleri çoğunlukla bir yerde yapılmamakta ve coğrafi manada yer kavramından farklı alanlarda da örneğin online programlar aracılığıyla video konferans şeklinde veya telekonferans, e-mail vasıtasıyla yürütülebilmektedir. Bu durumda da arabuluculuk yerini tespit etmek mümkün olmayacaktır. Ayrıca arabuluculuk anlaşma belgelerinin geçerliliğinin “*arabuluculuk yeri*” tespiti ile bir devletin hukukuna bağlı kılınması istenmemektedir³⁶⁸. Yine HUAK’ta tanıma ve tenfiz düzenlenmemiş, sadece HUAK m. 1/f.2’de “*yabancılik unsuru*” ifadesi yer almıştır. Bu ifade Türk hukukunda yabancılik unsurunu meydana getiren hususları içerir şekilde yorumlanabilir. Bunlar da temelde tarafların vatandaşlığı, yerleşim yeri, mutlak mesken, ifa yeri, sözleşmenin yapıldığı yer gibi hususlardır³⁶⁹. Bu hususları genişletmek istediğimiz takdirde MTK m. 2’de düzenlenen yabancılik unsurundan yararlanabiliriz. Dolayısıyla yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıkların çözümü neticesinde düzenlenen anlaşma belgesi de Türk hukukuna ve HUAK’a tabi olacaktır. Bununla birlikte üçüncü bölümde detaylı olarak bahsedeceğimiz Singapur Sözleşmesi kapsamına giren arabuluculuk anlaşma belgeleri Singapur Sözleşmesi’ne taraf devletlerde de cebri icraya elverişli nitelikte olacaktır.

3.4 Arabuluculuk Anlaşma Belgesinde Ehliyet Unsuru

Arabuluculuk anlaşma belgesinin tarafları bağlayıcı nitelikte olması ve hukuki sonuç doğurması için taraflar, sözleşme yapma ehliyetini haiz olmalıdır. Türk Hukuk Sisteminde taraflarla ilgili bu hususta sözleşme yapma ehliyetine ilişkin hususi bir düzenleme olmadığından genel kurallara bakılır. Bu durumda TMK m.10 uyarınca gerçek kişilerin sözleşme yapma ehliyeti için şahsın temyiz kudretine sahip olması, ergin olması ve kısıtlanmamış olması gerekmektedir. Tüzel kişiler ise TMK m.49 uyarınca kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olduğunda fiil ehliyetini kazanırlar ve TMK m.50 uyarınca bu organları vasıtasıyla fiil ehliyetini kullanırlar. Tarafların sözleşme yapma ehliyeti bulunmuyorsa; arabuluculuk sözleşmesinin devamında ortaya çıkan ve tarafları borç altına sokan arabuluculuk anlaşma belgesi hüküm ifade etmez.

³⁶⁸ Erkan, s. 74.

³⁶⁹ Erkan, s. 73.

Yabancılık unsuru bulunan arabuluculuk faaliyetinde de arabuluculuk sözleşmesi yapma ehliyeti bulunmayan kişilerin müzakerelere katılması halinde, arabuluculuk faaliyeti neticesinde ortaya çıkan milletlerarası nitelikteki arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilmesi mümkün olmayacaktır³⁷⁰. Arabuluculuk anlaşma belgesini imzalayan tarafların ehil olup olmadığı hususu MÖHUK m.9'a göre tespit edilir. MÖHUK m. 9 uyarınca gerçek kişi tarafların ehliyeti milli hukuklarına göre belirlenmelidir. Yine MÖHUK m. 9'da düzenlenen tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri ise, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir. Statüsü bulunmayan tüzel kişilerin ehliyetinde, fiili idare merkezinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.

Yabancılık unsuru içeren arabuluculuk faaliyetinde tarafların ehliyeti konusunda arabuluculuk anlaşma belgesinin icrasının talep edildiği devletin kanunlar ihtilafı kurallarına göre karar verilmelidir. Çünkü anlaşma belgesi bu devlette hüküm ve sonuçlarını doğurur. Örneğin Türk hukuk sisteminde arabuluculuk sözleşmesinin icrasının talep edildiği süreçte ehliyetsizlik problemi belirirse MÖHUK m.9/f.2 uyarınca değerlendirmede bulunulmalıdır. İlgili hüküm uyarınca milli hukukuna göre ehliyeti olmayan kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukuki işlem ile bağlıdır. Bu sebeple, arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlendiği devlet hukuku uyarınca ehil kabul edilen bir kişi milli hukuku uyarınca ehliyetli olmasa da arabuluculuk anlaşma belgesinde düzenlenen taahhütlerle bağlı olacaktır.

MÖHUK m.9/f.2 lafzından işlem güvenliği prensibinin gerçek kişiler için uygulandığı anlaşılrsa da, maddenin amacı doğrultusunda tüzel kişiler için de bu prensibin geçerli olduğunun³⁷¹ ifade edilebileceğinden daha önce bahsetmiştik. Dolayısıyla tüzel kişi, statüsündeki idare merkezine göre ehliyetsiz fakat işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehil sayılmaktaysa bu işlemle hukuken bağlı olacaktır. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk

³⁷⁰ Yarar, s. 207.

³⁷¹ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 138; Erkan, s.197.

Dairesi bir kararında³⁷² işlem güvenliğinin tüzel kişiler için uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmiştir.

MÖHUK m.9/f.2 hükmüyle işlem güvenliği prensibi benimsenmiştir ve muhtemel mağduriyetlerin önlenmesi hedeflenmiştir. Burada işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehliyeti haiz olduğu var sayılan gerçek veya tüzel kişiyle sözleşme yapan tarafın, ilgili tarafın milli hukuku veya statüsündeki idare merkezi hukuku uyarınca ehil olmadığını bilmemesi ve bilecek halde olmaması gereklidir³⁷³.



³⁷² “Yargıtay 11. HD. 2005/4621E. 2005/7778K. 19.07.2005T. www.kazanci.com” (Erişim tarihi 20.03.2022).

³⁷³ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 134; Tekinalp, s. 69-70; Özel, Sibel: “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması”, MÜHFHAD, 2017, C.23, S.1, (Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması) (s.303-323), s.309.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SİNGAPUR ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ VE YABANCILIK UNSURU İÇEREN SULH ANLAŞMALARININ İCRASI

1 Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi'nin Amacı ve Uygulama Alanı

Arabuluculuk faaliyeti sağladığı yararlarla rağmen milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında yoğunlukla kullanılan bir yol ve yöntem değildir. Tahkim yoluna nispeten tercih edilmesi ve kullanımı oldukça azdır. Bunun sebebi ise hakem kararlarının New York Sözleşmesi uyarınca daha kolay uygulanabilirliğinin olmasıdır. Ayrıca sulh anlaşmaları sadece maddi hukuk sözleşmesi şeklinde kabul edilmektedir³⁷⁴. İşte bu yüzden UNCITRAL dahilinde düzenlenen Singapur Sözleşmesi, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların sonuçlandırılmasında arabuluculuğun önerilmesi ile teşvik edilmesi ve arabuluculuk faaliyeti sonrasında tarafların onayladıkları sulh anlaşmalarının uygulamasının sağlanması hedeflenerek düzenlenmiştir³⁷⁵. Milletlerarası ticari uyuşmazlıklar kapsamında yapılan arabuluculuk faaliyeti neticesinde düzenlenen sulh anlaşmalarının icrasının kolaylaşmasıyla arabuluculuğun daha çok tercih edilebilir hale gelmesi düşünülmüştür.

1.1 Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi'nin Tarihçesi

İkinci Dünya Savaşının ardından milletlerarası ticaret ve yatırımların serbest şekilde icra edilmesi ve yayılmasına yönelik bir strateji takip edilmiştir. Bu durumla birlikte uyuşmazlıkların dostane olarak sonuçlandırılması için bir kısım milletlerarası kuruluşlar bünyesinde arabuluculuk kuralları düzenlenmiştir. Farklı devletlerin milletlerarası ticaret uygulamalarının farklı olması ile ticaretin gelişiminin sağlanamayacağı düşünülerek, milletlerarası ticaret uygulamalarında ve düzenlemelerinde uyum hali ve yeknesaklık sağlanması hedeflenerek UNCITRAL oluşturulmuştur. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 17.12.1966 tarihli ve 2205 sayılı kararı ile milletlerarası ticaretin belirli kurallar dahilinde daha iyi yönetimi için Birleşmiş

³⁷⁴ Özel, “Singapur Konvansiyonu”, s.1190.

³⁷⁵ Erkan, s. 84; Kaya, Talat: “Singapur Sözleşmesi ve Milletlerarası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi”, MÜHFHAD, 2019, C.25, S.2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 979-1008, s. 983-984.

Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu – UNCITRAL (United Nations Commission On Trade Law) kurulmuştur³⁷⁶. UNCITRAL Arabuluculuk kuralları 23 Temmuz 1980’de düzenlenerek 4 Aralık 1980 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilmiştir.

Hukuki ve ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk yönteminin tercih edilerek geliştirilmesi konusunda ülkemiz dahil olmak üzere Kıta Avrupası ülkeleri ve Asya Kıtasında bulunan Çin, Singapur ve Malezya gibi pek çok ülkede ulusal alanda son çeyrek yüz yılda yaşanan gelişmelere paralel olarak milletlerarası gelişmeler de yaşanmıştır³⁷⁷. Globalleşmenin de katkısı ile hem ulusal hem de milletlerarası alanda ortaya çıkan gelişmeler birbirini etkilemiş ve teşvik etmiştir.

Milli ve milletlerarası alanda ortaya çıkan bu gelişmeleri görmezden gelmesi mümkün olmayan Birleşmiş Milletler çatısı altında çalışan UNCITRAL 2002 yılında Milletlerarası Ticari Arabuluculuk Model Kanunu kabul etmiştir³⁷⁸. Ancak milletlerarası arabuluculuk faaliyeti sonrasında düzenlenen sulh anlaşmalarının hakem kararları gibi uygulanabilme imkanı olmadığından; 2014 yılında Amerika Birleşik Devletleri (ABD) tarafından söz konusu sulh anlaşmalarına hakem kararları gibi icra kabiliyeti kazandırılması için UNCITRAL bünyesinde girişimde bulunulmuştur. Bu girişimin başlattığı çalışmalar neticesinde 2018 yılında UNCITRAL Model Kanunu sulh anlaşmalarına icra kabiliyeti kazandırılması için güncellenirken; 25 Haziran – 13 Temmuz 2018 tarihlerinde gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonunun (UNCITRAL) 51. toplantısında Milletlerarası Sulh Anlaşmalarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation) taslağı kabul edilmiştir³⁷⁹. BM Genel Kurulunca Aralık 2018’de sözleşme oybirliği ile kabul edilmiş

³⁷⁶ Zenginkuzucu, Dikran M.: “Milletlerarası Ticaret ve Yatırım Uyuşmazlıklarında Dostane Çözümüne İlişkin Temel Metinler”, B. 2, İstanbul 2017, s. 32-33 (Dostane Çözüm).

³⁷⁷ Tarniver, “Arabuluculuk”, s. 151; Kaya, s. 980.

³⁷⁸ Özsunay, Ergun: “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumlu Bakımından Bir Değerlendirme”, İstanbul Barosu Dergisi, 2019, C. 93, S. 2019/3, s. 31-49, s. 32; Erkan, s. 80.

³⁷⁹ https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore_convention_eng.pdf (Erişim tarihi 20.03.2022) “Sözleşmenin Türkçe tercümesi ve sözleşmenin tarihçesi için bkz.: Özsunay, s. 31-49.

ve sözleşmenin Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi ya da Singapur Sözleşmesi şeklinde anılması önerilerek sözleşmenin Singapur'da 7 Ağustos 2019 tarihinde imzaya açılması kararlaştırılmış ve Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 46 ülke tarafından bu tarihte imzalanmıştır. 10 Eylül 2021 tarihi itibarıyla sözleşmeyi imzalayan ülke sayısı 55'e çıkmıştır³⁸⁰.

Singapur Sözleşmesi, 1958 yılında düzenlenen Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi (The Convention on the Recognition and Foreign Arbitral Awards) örnek alınarak düzenlenmiştir³⁸¹. New York Sözleşmesi de Türkiye tarafından 21.05.1991 tarihinde kabul edilmiştir. Sulh anlaşmalarının icra edilebilmesi ve kesin kanıt niteliğinde kabul edilmesi için New York Sözleşmesi'nde bulunan tanıma ve tenfiz ifadelerinden faydalanılmakla beraber aralarında kayda değer ayrılıklar vardır³⁸².

1.2 Singapur Sözleşmesi'nin Amacı

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde tarafların bir anlaşmaya varması ile ortaya çıkan sonuçlar birçok açıdan mahkeme ve tahkim kanalı ile ulaşılan çözümlere kıyasla daha avantajlıdır. Öncelikle vakitten ve emekten tasarruf sağlanması yanında maliyetten sağlanan fayda, sulh anlaşmasının tarafların iradesine göre yapılması ve tarafların yararına uyan çözümün ortaya konması sayılabilecek avantajlardan sadece bir kaçıdır³⁸³. Bu faydalarından dolayı birçok ülkede arabuluculuk öncelikli olmak üzere alternatif uyuşmazlık yollarına daha fazla yönelim başlamış, başta yabancılık unsuru içerenler olmak üzere, uyuşmazlıkların arabuluculuk kanalı ile sonuçlandırılması desteklenmiştir. Bazı uyuşmazlıklar hakkında arabuluculuk yöntemine başvurulması ilk bölümde bahsetmiş olduğumuz üzere dava şartı olarak düzenlenmiştir. Arabuluculuk faaliyetinin bir uyuşmazlığın sonuçlandırılması yöntemi olarak uygulanabilirliğinin daha fazla sağlanması için ulusal hukuk sistemlerince alınan en önemli önlemlerden biri de arabuluculuk faaliyetinin sonucunda ulaşılan anlaşmalara icra kabiliyetinin

³⁸⁰ https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtldsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=en (Erişim tarihi 20.03.2022).

³⁸¹ Erkan, s. 77; Özel, s. 1197; Kaya, s. 982.

³⁸² Kaya, s. 984-988.

³⁸³ Özbek, "AUÇ", s. 596; Özekes/Pekcanitez, "Usul", s. 2823; Öztürk, s. 205-206.

kazandırılmasıdır. Gerçekten de ülkemizde HUAK m.18/f.2 uyarınca taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler.

Milletlerarası uyuşmazlıklar için taraflardan birinin sulh anlaşmasının koşullarını yerine getirmemesi halinde, karşı taraf ya ulusal yargı yolu ile sözleşmenin ihlal edildiğine ilişkin bir dava açmak zorunda kalacak ya da taraflar aralarında anlaşmışsa tahkim yoluna başvuracaktır³⁸⁴. Böyle bir halde ise arabuluculuk faaliyetine başvurmadan önceki hale geri dönme söz konusudur. Halbuki milletlerarası ticari uyuşmazlıkların tarafları bakımından icra edilebilirlik, belirli uyuşmazlıklar bakımından vazgeçilmez durumdadır³⁸⁵. Bu bakımdan milletlerarası tahkimin üstünlükleri sayılırken icra edilebilirlik konusunun önemi vurgulanıp, arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının icra edilebilirlik vasfının olmadığı öne sürülmekteydi³⁸⁶.

Bu anlamda, arabuluculuk faaliyeti kapsamında milletlerarası uyuşmazlıkları sonuçlandıran sulh anlaşmalarının icra edilebilir olması Singapur Sözleşmesi'nin düzenlenmesinin ana nedenlerinden biridir. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflarca ulaşılan anlaşmanın yalın bir usulle düzenlenerek tarafları bağlaması ve icra edilebilir olması hedeflenmiştir³⁸⁷. Böylece hem milletlerarası ticaretin genişleyerek ilerlemesi ve kolaylaştırılması, hem de milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında arabuluculuk yönteminin daha çok tercih edilmesinin sağlanması amaçlanmıştır.

1.3 Singapur Sözleşmesi ile New York Sözleşmesi'nin Karşılaştırılması

New York Sözleşmesi yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi amacını taşımaktadır. Arabuluculuk faaliyeti ile ulaşılan sulh anlaşmalarına milletlerarası bir hukuki nitelik verilmesi amaçlanan Singapur Sözleşmesi'nin düzenlenmesinde de New York Sözleşmesi emsal alınmıştır³⁸⁸. Bu açıdan her iki sözleşme arasında bulunan

³⁸⁴ Akıncı, "Milletlerarası Tahkim", s. 7.

³⁸⁵ Şanlı, s. 435.

³⁸⁶ Akıncı, "Milletlerarası Tahkim", s. 7.

³⁸⁷ Kaya, s. 983-984; Özsunay, s. 32; Yazar, s. 154.

³⁸⁸ Morris Sharma, Natalie Y.: "Yeni Kabul Edilen Singapur Sözleşmesi'ne Genel Bakış: Arabuluculuk Anlaşmalarının İcra Edilebilirliği, Singapur Sözleşmesi'nin Arabuluculuk Üzerine Yansımaları Sempozyumu, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 5-6 Aralık 2019, İstanbul",

benzerlikler gözle görülebilir şekildedir. Singapur Sözleşmesi'nde arabuluculuk faaliyeti sonucunda kabul edilen anlaşmaların icra edilebilirliği taleplerinin reddedilmesi nedenlerinin düzenlenmesinde New York Sözleşmesi temel alınmıştır. Bu başlık altında iki sözleşme arasındaki benzerliklerden çok farklılıklar ele alınacak, benzerliklere ise sözleşme içeriği ele alınırken değinilecektir.

Öncelikle New York Sözleşmesi tahkim anlaşmasının geçerli olma koşullarını düzenleyerek tarafların tahkim yolunu tercih etmeleri ile ilgili aralarında düzenledikleri sözleşmeyle ilgilenirken; Singapur Sözleşmesi tarafların aralarında arabuluculuk sözleşmesi olup olmadığıyla, bu sözleşmenin geçerlilik şartlarıyla ilgilenmemektedir. New York Sözleşmesi dahilinde tahkim yoluna gitmek için tarafların aralarında yaptıkları tahkim sözleşmesinde tanıma ile tenfiz konusu önemli bir işleve sahiptir. Gerçekten de tanıma ve tenfiz durumunda talebi yapan taraf tahkim sözleşmesini yetkili makama iletmek mecburiyetindedir. Bunun yanında tahkim sözleşmesinin dayandığı hukuk kapsamında geçersiz olması durumu hakem kararının tanınmasına ve tenfizine mani bir durum olarak belirtilmiştir. Singapur Sözleşmesi dahilinde ise arabuluculuk yoluna gitme konusunda taraflar aralarında bir sözleşme yapmasalar veya sözleşme geçersiz sayılsa bile tarafların bu durumu takiben arabuluculuk yoluna gitmeleri ve sonucunda bir anlaşmaya ulaşmaları halinde bu anlaşma geçerli kabul edilecek ve icra edilebilirlik talep edilebilecektir. Başka bir anlatımla, Singapur Sözleşmesi tarafların arabuluculuğa başvurma haline önem vermemekte, süreç bittiğinde meydana gelen sulh anlaşmasını temel almaktadır³⁸⁹. Dolayısıyla taraflar arasındaki arabuluculuk sözleşmesi geçersiz olsa da, arabuluculuk faaliyeti sonunda imzalanan anlaşma belgesi tarafların irade serbestisini yansıttığından geçerli olacak ve anlaşma belgesinin icrası mümkün olacaktır.

İkinci bir konu olarak, Singapur Sözleşmesi arabuluculuk faaliyeti neticesinde ulaşılan anlaşmaların bağlayıcı olmasını ve icra edilebilmesini hedeflemekle birlikte, Sözleşmenin hazırlık aşamasında yapılan tartışmalar ve meydana gelen metin, sulh

s.35:“<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1412021155535Singapur%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi%E2%80%99nin%20Arabuluculuk%20%C3%9Czerine%20Yans%C4%B1malar%C4%B1%20Sempozyumu.pdf>” (Erişim tarihi 20.03.2022).

389 Özel, s.1195.

anlaşmalarının mahkeme ile hakem kararları gibi, bunlara eşdeğer biçimde, tanınmasının ve tenfizinin olanaksız olduğunu belirtmiştir. Zira arabuluculuk faaliyeti sonunda meydana gelen sulh anlaşmalarının niteliği mahkeme ile hakem kararlarından farklıdır. Bu farklılığın nedeni ise sulh anlaşmalarının mahkeme ve hakem kararlarına göre kesin hüküm niteliğinde bulunmamasına dayanmaktadır³⁹⁰. Gerçekten de Singapur Sözleşmesi'nin görüşmeleri esnasında tanımaya ilişkin hukuki nitelik ve bu anlamda kesin hüküm niteliğinde kabul edilip edilmediği hususunda ciddi tartışmalar yapılmıştır. Yapılan bu münazaralar sonucunda herkes tarafından kabul edilebilir bir noktada uzlaşamadığı için, Singapur Sözleşmesi dahilinde tanıma ve tenfiz ile ilgili neyin amaç edinildiği konusunda “*genel ilkeler*” başlığı altında 3. maddede açıklamada bulunulmuştur ve sulh anlaşmasının icrasına ilişkin onay beyanı gereksinimi Sözleşme'yi imzalayan taraf devletlerin kendilerine bırakılmıştır. Dolayısıyla Singapur Sözleşmesi'nde tanıma ve tenfiz ifadeleri özellikle yer almasa da, hukuki etkileri görülmektedir³⁹¹. Bu hüküm; Singapur Sözleşmesi'nde sulh anlaşmaları için düzenlenen niteliklerinde, New York Sözleşmesi kapsamında hakem kararlarına tanınan tanıma ve tenfize tabi olma niteliklerinin büyük bir kısmının düzenlendiğini göstermektedir.

Bu kapsamda, Sözleşme'nin 3/f.1 maddesi, “*her taraf devlet kendi usul kuralları ve Sözleşme’de yer alan şartlarla arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmaları yerine getirecektir*” hükmünü içermektedir. Böylece Sözleşme ile arabuluculuk faaliyeti neticesinde ulaşılan sulh anlaşmalarının icrası hususunda özellikli bir usul ileri sürmemiş, icranın yapılma yöntemi ile ilgili nasıl hareket edileceği konusunda ilgili devlete serbestlik tanınmıştır.

MÖHUK ve New York Sözleşmesi bağlamında, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin uygulaması yabancı hakem kararlarının sadece yetkili mahkemeden talep edilip alınacak tenfiz kararı ile icra edilebilirliğinin sağlanması şeklindedir. Diğer yandan, yabancı unsur içeren uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyeti neticesinde ortaya çıkan anlaşma metinlerinin icra kabiliyetine kavuşması ancak HUAK'ın 18/f.2 maddesi uyarınca yetkili mahkemeden talep edilip alınacak icra kabiliyetini haiz şerh ile

³⁹⁰ Can/Tuna, s. 317-318; Çelikel / Erdem: s.680-684.

³⁹¹ Morris Sharma, s. 35vd.

olabilmektedir. Bütün bu açıklanan hususlar, Türk Hukukunda milletlerarası nitelikli sulh anlaşmalarının icra edilebilir olmasının yetkili mahkemeden talep edilip alınacak bir “*icra edilebilirlik kararı*” ile mümkün olabileceğini göstermektedir. Bununla birlikte HUAK m.18/f.4 uyarınca taraflar ile avukatlarının ve arabulucunun hep birlikte anlaşma belgesini imzalamaları halinde, anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacaktır. Bu şekilde imzalanan anlaşma metninin icra kabiliyetini haiz olması için ayrıca mahkemeden “*icra edilebilirlik şerhi*” alınması şartı bulunmamaktadır. Türk Hukuku açısından icra edilebilirlik kararı, HUAK dahilinde olan anlaşmalara alınan icra edilebilirlik şerhi ile aynı etkiye sahip olacaktır. Bununla beraber arabuluculuk faaliyeti sonrasında ulaşılan anlaşmalar HUAK m.18 gereğince icra edilebilirlik kazansalar ve ilam vasfını haiz olsalar bile HMK 388. maddesi gereğince maddi anlamda kesin hüküm haline geldiği söylenemez, yalnızca icra edilebilirlik bakımından ilamlar ile birlikte aynı hukuki sisteme tabi olur³⁹². Böylece anlaşma şartlarını bir taraf yerine getirmez ise diğer taraf cebri icra yoluna gitme imkanı elde etmiş olur.

Singapur Sözleşmesi’nin 3/f.2 maddesinde, arabuluculuk faaliyeti neticesinde ulaşılan anlaşmanın aksine taraflardan birinin mahkemeye başvurması durumunda, sulh anlaşmasının mahkemede ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin prensipler açıklanmaktadır. Müzakereler esnasında tanımanın hukuki niteliği ve kesin hüküm etkisinin var olup olmadığı hususunda meydana gelen tartışmalar aynı anda Sözleşme dahilinde tanımanın gerekliliğini ortaya koymuştur. Tartışmalar sonucunda değişik hukuk düzenlerinde farklı anlamlara gelen “*tanıma*” ifadesinin kendisinin Sözleşme içeriğinde kullanılmaması yolunda anlaşmaya varılmıştır. Bunun karşılığında ise tanımanın Sözleşme içeriğine alınması talep edilen bölümünün, işlevsel eşitlik usulü kullanılarak uzun bir tarifle³⁹³ Sözleşme içeriğine alınmasına karar verilmiştir. Sözleşme’nin 3/f.2 maddesi uyarınca, taraflardan birinin mevcut uyuşmazlıkla ilgili daha önce sulh anlaşması ile uyuşmazlığı çözmüş oldukları iddiası varsa, Sözleşme’ye taraf devlet; kendisine ait usul hukuku kuralları ve Sözleşme’de düzenlenen şartlara uygun olarak, uyuşmazlığın halihazırda çözümlenmiş olduğunu iddia eden tarafa bu hususu ispatlaması

³⁹² Özbek, “İcra Edilebilirlik”, s. 75.

³⁹³ Özsunay, s. 38.

için yapılan sulh anlaşmasına başvurmasına izin verir. Bu kapsamda esas itibarı ile arabuluculuk faaliyeti neticesinde meydana gelen anlaşmalara hakem kararlarına benzer şekilde “*kesin hüküm*” gücü verilmek istenmemiş, fakat olağan bir borçlar hukuku sözleşmesinden daha ileri bir vasıf kazandırılmak istenmiştir³⁹⁴.

İki sözleşme arasındaki bir diğer fark yabancılık unsuruna ilişkindir. Şöyle ki; New York Sözleşmesi’ne konu tanınması ve tenfizi istenen hakem kararlarının yabancılık unsurunu içermesi dolayısıyla tahkim yeri önem arz eder ancak arabuluculukta yerin önemi yoktur, yabancı ülkede yapılması şartı bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile Singapur Sözleşmesinin alanının tespiti için “*arabuluculuk yeri*” bir ehemmiyet taşımamaktadır. Halbuki New York Sözleşmesi’nde tahkim yeri ve tahkim yeri hukukuna ehemmiyetli bazı neticeler bağlanmıştır. Dolayısıyla Singapur Sözleşmesi arabuluculuk faaliyeti neticesinde ortaya çıkan sulh anlaşmaları için bir milliyet şartı getirmemiş ve uygulama alanı konusunda milliyet koşulu aramamıştır³⁹⁵. Bu kapsamda örnek olarak, New York Sözleşmesi m.V(d) hükmü gereğince aleyhine hakem kararı ileri sürülen taraf, kararın tanınması ve icrasının istendiği ülkenin yetkili makamı önünde hakem heyetinin kurulması ve hakemlik usulünün tarafların anlaştığı veya anlaşma olmadığı hallerde hakemliğin yapıldığı yer hukuku hükümlerine uygun bulunmadığını ispat etmezse, hakem kararının tanınması ve icrası talebi reddedilmez. Buna karşın Singapur Sözleşmesi dahilinde “*arabuluculuk yeri*” hukukunun usul kurallarının (örnek olarak lisanslı arabulucu şartının bulunması, belirli bir usul aranması ve belirli bir kurumla çalışılması) gerekleri yerine getirilmese bile arabuluculuk faaliyeti neticesinde ulaşılan anlaşma icra kabiliyetini haiz olacaktır³⁹⁶. Bununla beraber icra edilebilir olma durumu ulusal hukuk sisteminden bütünüyle bağımsız şekilde değerlendirilemez. Bu kapsamda arabuluculuk faaliyeti neticesinde ulaşılan sulh anlaşmalarının icra kabiliyetini haiz olması konusundaki koşullar ve ret nedenleri aşağıda ayrıntılı irdelenecektir.

³⁹⁴ Kaya, s. 986-987.

³⁹⁵ Özel, s. 1195; Erdoğan Ersin: “Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Milletlerarası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara”, s. 192 (Singapur Sözleşmesi); Yazar, s. 158.

³⁹⁶ Erdoğan, “Singapur Sözleşmesi”, s.192.

1.4 Singapur Sözleşmesi Kapsamına Giren Sulh Anlaşmaları

Sözleşme'nin 1/f.1 maddesine göre, Singapur Sözleşmesi milletlerarası nitelikteki ticari uyuşmazlıkları arabuluculuk faaliyeti kapsamında çözümleyen ve taraflarca yazılı olarak düzenlenen anlaşmalara uygulanacaktır. Sözleşme'nin 1/f.2 ve 1/f.3 maddelerinde de vasıfları uyarınca uygulama alanı haricinde bulunan anlaşmalar düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Sözleşme'nin uygulama alanı için dördü olumlu biri olumsuz beş şart düzenlenmiştir. Anlaşmanın özel olarak kapsam dışında bırakılan anlaşmalardan olmaması olumsuz şart olurken; ticari uyuşmazlıkla ilgili olması, arabuluculuk faaliyeti neticesinde oluşması, yazılı olması ve milletlerarası vasıfta olması aranan olumlu koşullardandır³⁹⁷.

1.4.1 Ticari Uyuşmazlık Şartı

Sözleşme dahilinde olan bir anlaşmanın varlığından söz edebilmek için anlaşmanın meydana gelmesine neden olan uyuşmazlığın ticari vasıfta olması gerekir. Ancak hangi tür uyuşmazlıkların ticari olarak nitelendirileceği Singapur Sözleşmesi'nde açıklanmamıştır³⁹⁸. Bununla beraber, aynı konunun düzenlendiği Model Kanunda belirtilen tanımlama ve Sözleşme'nin de genel maksadı birlikte ele alındığında; söz konusu kavramın olabildiğince geniş bir şekilde tahlil edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu kapsamda, Model Kanun'un 1 numaralı dipnotunda “*ticari*” ifadesinin sözleşmeye dayalı bir ilişkiye dayansın ya da dayanmasın, ticari vasıftaki bütün ilişkilere dayanan problemleri içine alacak biçimde geniş bir şekilde yorumlanması hususu vurgulanmıştır. Ticari vasıftaki ilişkilere hizmet ya da mal tedariki veya değişimi, dağıtım sözleşmeleri, ticari temsil ya da acentelik, faktöring, leasing, yapım görevleri, danışma işleri, mühendislik, lisans, yatırım, finansman, bankacılık, sigorta, işletme ya da imtiyaz anlaşmaları, ortak girişim ve diğer sanayi ya da ticari iş birliği biçimleri ile mal ya da yolcuların hava, deniz, demiryolu ya da karayolu ile taşınmasına dair işlemler örnek olarak belirtilmiştir. Ayrıca inşaat ve doğal kaynakların çıkarılmasından doğan devlet-yatırımcı ihtilaflarının da ticari uyuşmazlık kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur³⁹⁹. Nitekim 6102 sayılı TTK'nın 3. maddesinde de “*ilgili kanunda*

³⁹⁷ Kaya, s. 988.

³⁹⁸ Erkan, s. 112; Kaya, s. 992; Özel, s. 1197.

³⁹⁹ Özel, s. 1197.

düzenlenen işler ile bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiillerin ticari iş sayılacağı” düzenlenerek Türk hukukunda da ticari iş oldukça geniş yorumlanmıştır. Bununla beraber ileride de belirtileceği üzere ticari olup olmadığına bakılmaksızın bir kısım anlaşmalar Sözleşme haricinde bırakılmıştır. Bu nedenle Sözleşme’nin uygulama alanı belirlenirken ilişkinin hariç tutulup tutulmadığına ayrıca bakılması gerekir.

Singapur Sözleşmesi’nde yer alan “*ticari*” kavramının hangi ülke hukukuna göre değerlendirilmesi gerektiği de Sözleşme’de düzenlenmemiştir. Bu konuda hakimin hukukuna göre vasıflandırma (lex fori), işlemin esasına uygulanacak hukuka göre vasıflandırma (lex causae), milletlerarası özel hukukta vasıflandırma, kademeli vasıflandırma ve mukayeseli hukukta vasıflandırma yapılması gerektiği hususunda farklı görüşler mevcuttur⁴⁰⁰. En çok uygulanan lex fori ve lex causae yöntemleri olmakla birlikte Türk hukukunda en çok kullanılan vasıflandırma yöntemi hakimin hukukuna göre (lex fori) yapılan vasıflandırmadır⁴⁰¹. Nitekim vasıflandırmanın arabuluculuk anlaşma belgesinin icrasının talep edildiği devlet hukukuna göre yapılması uygulama açısından daha pratiktir⁴⁰². Dolayısıyla sulh anlaşmasının ticari uyuşmazlık neticesinde elde edilmiş olup olmadığını, söz konusu anlaşmanın icrasının talep edildiği ülkenin yetkili makamı kendi hukukuna göre tespit edecektir.

1.4.2 Arabuluculuk Faaliyeti Neticesinde Oluşma Şartı

Singapur Sözleşmesi’nin uygulanabilmesi için sulh anlaşmasının arabuluculuk faaliyeti neticesinde oluşması zorunludur. Sözleşme taslağının hazırlanması sürecinde arabuluculuk faaliyeti olmadan taraflar arasında uzlaşılan anlaşma metinlerinin de Sözleşme dahilinde değerlendirilmesi, en azından bildirge yayınlayarak taraf devletler için böyle bir fırsat oluşturması tartışılmış, ancak meydana gelen metin içinde bu konulara değinilmemiş ve sözleşme arabulucu faaliyeti ertesinde meydana gelen sulh anlaşmalarına has kılınmıştır⁴⁰³. Arabuluculuk, Singapur Sözleşmesi’nin 2’inci maddesinin 3. bendinde tanımlanmıştır. Buna göre arabuluculuk; kullanılan ifadeden ya

⁴⁰⁰ Doğan, “MÖH”, s. 213-217; Çelikel / Erdem, s. 84-88; Nomer, s. 96-104.

⁴⁰¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 51.

⁴⁰² Özel, s. 1198.

⁴⁰³ Yazar, s. 156.

da sürecin yapıldığı temelden bağımsız olarak, herhangi bir çözüm hususunda taraflar üstünde dayatma yetkisi bulunmayan üçüncü kişi ya da kişilerin (arabulucu) yardımı vasıtası ile taraflar arasında oluşan uyuşmazlığı dostane bir şekilde çözümlenmeye çalıştıkları bir süreci ifade eder. Bu tanımda UNCITRAL Model Kanunu 1/f.3 maddesinde yapılan tanım temel alınmıştır⁴⁰⁴. Singapur Sözleşmesi uyarınca, burada kullanılan terimin ehemmiyeti bulunmamaktadır. Arabuluculuk isminden farklı isimler de kullanılabilir⁴⁰⁵. Önemli olan sürecin belirleyici öğelerinin göz önünde bulundurulmasıdır.

Nitekim 2002 yılındaki UNCITRAL Model Kanunu'nda “uzlaştırıcılık” (conciliation) ifadesi kullanılırken, 2018 yılındaki Kanun'da “arabuluculuk” (mediation) ifadesi kullanılmıştır. 2018 yılındaki Model Kanun'da iki ifadenin de birbirinin yerine kullanılabilmesi, içerikle ilgili değişiklik yaratmayacağı ifade edilmiştir. Model Kanununun 2018 versiyonunda ele alınan sistematığe uygun bir şekilde arabuluculuk kelimesinin ifade ettiği anlam bilinçli bir şekilde geniş ele alınmış, bu anlamda sadece yapılandırılmış bir sürecin ardından ulaşılan anlaşmalar değil, arabulucu destek ve yardımı ile gayri resmi süreçlerin ardından varılan anlaşmalar da kapsama dahil edilmiştir⁴⁰⁶. Ayrıca ulaşılan anlaşmanın Sözleşme kapsamında ele alınması için arabuluculuk faaliyetinin Sözleşme'ye taraf devletin milli hukuku kapsamında düzenlenen usule uygun olarak yürütülmüş olma zorunluluğu bulunmamakla birlikte, herhangi bir kurumsal faaliyet içinde oluşması da şart değildir. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyeti HUAK kapsamında düzenlenen arabuluculuk faaliyetinden farklı bir usulle yürütüldüğünde örneğin arabuluculuk faaliyetinin yabancı uyruklu bir arabulucu tarafından yürütülmesi durumunda, Türk hukukuna göre arabuluculuk neticesinde düzenlenen anlaşma belgesi HUAK kapsamında değil; genel hükümlere göre sonuç doğuracaktır. Ancak söz konusu anlaşma belgesi Singapur Sözleşmesi'nin öngördüğü koşulları sağlıyorsa, Sözleşme kapsamında değerlendirileceğinden taraflardan birinin talebi doğrultusunda Türkiye'de icra edilebilecektir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Kaya, s. 989.

⁴⁰⁵ Özel, s. 1196; Erkan, s. 102.

⁴⁰⁶ Erdoğan, “Singapur Sözleşmesi”, s. 191.

⁴⁰⁷ Özel, s. 1197; Erkan, s. 106.

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde meydana gelen anlaşmanın dayandığı esas, Sözleşme kapsamının tespit edilmesi için bir ehemmiyeti haiz değildir. Tarafların aralarında vardıkları anlaşma; ihtiyari arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi neticesinde meydana gelebileceği gibi, zorunlu arabuluculuk kapsamında başlayan bir müzakere sürecinin devamında tarafların gönüllülük esasıyla devam ederek uzlaştıkları bir sürecin ardından da ortaya çıkabilir⁴⁰⁸. Bu kapsamda, ülkemizde devam eden uygulamada, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olarak düzenlenen arabuluculuk faaliyeti neticesinde ulaşılan anlaşmaların Sözleşme dahilinde değerlendirildiğini belirtmek uygun olacaktır. Diğer yandan, arabuluculuk faaliyeti için arabulucuya talepte bulunma zamanı da Sözleşme'nin uygulama kapsamının tespit edilmesi için önemli bir konu değildir. Taraflar aralarında oluşan uyuşmazlık için mahkeme ya da tahkim sürecini başlatmadan önce arabuluculuk yolunu kullanabilecekleri gibi, yargı ya da tahkim süreci esnasında da arabulucuya başvuruda bulunabilirler. Burada dikkat edilmesi gereken önemli husus; tarafların ulaştığı anlaşmanın uyuşmazlığın mahkeme ya da hakem kararı evvelinde gerçekleşmesidir⁴⁰⁹. Nitekim Sözleşme'nin m.1/f.3 hükmü uyarınca yargı yolu sonunda ortaya çıkan kararlar ile hakem kararları neticesinde yapılan sulh anlaşmaları Sözleşme dahilinde değerlendirilmemektedir. Belirtmek gerekir ki; uyuşmazlığın tarafları HMK m.313 vd. uyarınca mahkeme huzurunda bir sulh anlaşması yaptıklarında ve mahkemenin bu anlaşmaya göre karar vermesini istediklerinde, bir mahkeme kararı mevcut olduğundan söz konusu sulh anlaşması Singapur Sözleşmesi kapsamı dışında kalacaktır. Ancak HMK m. 315 uyarınca taraflar sulh olur fakat mahkemeden sulhe göre karar verilmesini istemezse mahkeme karar verilmesine yer olmadığına karar verir. Bu durumda taraflar arasında yapılan sulh anlaşması, bir mahkeme kararı vasfında olmadığından Singapur Sözleşmesi kapsamında değerlendirilecektir.

Sözleşme'nin m.1/f.3(a) bendinde “*mahkeme tarafından onaylanan*” ibaresi kullanılmaktadır fakat bu onay (approval) ibaresinin ne amaçla kullanıldığı Sözleşme'de belirtilmemiştir. Bu kavramdan arabuluculuk anlaşma belgesinin bir karar niteliğine mi büründüğü yoksa icra edilebilirlik şerhi ile ilam niteliğinde belge vasfını mı taşıdığı hususunu taraf devletin kendi hukukuna göre tespit etmesi gerekmektedir. Mahkeme

⁴⁰⁸ Yarar, s. 156.

⁴⁰⁹ Erkan, s. 136; Kaya; s. 989-990; Erdoğan, “Singapur Sözleşmesi”, s. 194.

tarafından onaylanan anlaşma belgesi ilgili devlet hukukuna göre icra edilebilir nitelikteyse Singapur Sözleşmesi kapsamında olmayacaktır. Bu durum Türk hukuku bakımından önem arz etmektedir. Çünkü HUAK m.18/2 uyarınca tarafların anlaşması neticesinde düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesi için taraflarca icra edilebilirlik şerhi talep edildiğinde, icra edilebilirlik şerhi verilen bu anlaşma belgesi mahkeme kararı niteliğinde olacaktır ve Singapur Sözleşmesi'nin m.1/f.3(a) hükmü uyarınca Sözleşme kapsamında değerlendirilmeyecektir. Burada belirtmek isteriz ki, Türk hukuku kapsamında icra edilebilir şerhi alan bir anlaşma belgesi Sözleşme kapsamına girmese de pratik hayatta bir sorun teşkil etmeyecektir zira anlaşma belgesi halihazırda Türkiye'de icra edilebilir niteliktedir⁴¹⁰. Yine HUAK m.18/f.5 uyarınca arabuluculukta anlaşma sağlanan konulara ilişkin dava açılmayacağından, anlaşma belgesi kesin delil niteliğinde de olacaktır. Singapur Sözleşmesi taslağını hazırlayan Çalışma Grubu anlaşma belgesinin bir taraf devlette icra edilmesi veya kesin delil niteliğinden yararlanmasının m.1/f.3(a)(i) hükmü anlamında “*onaylama*” kavramıyla farklı olduğunu belirtmiştir⁴¹¹. Nitekim anlaşma belgesinin icrasının veya kesin delil niteliğinin Sözleşme'nin m.1/f.3(a)(i) hükmü kapsamında olduğu kabul edilirse, anlaşma belgesi için bir taraf devlette icra edilebilirlik şerhi alınmasıyla Singapur Sözleşmesi'nin kapsamından çıkmış olacaktır. Bu durum ise Singapur Sözleşmesi'nin amacına ve ruhuna aykırılık teşkil edecektir⁴¹².

Diğer yandan ulaşılan anlaşmanın arabuluculuk faaliyeti neticesinde ortaya çıktığının kabul edilebilmesi için, arabulucunun faaliyet içerisinde ne kadar olması gerektiği yani sürece ne oranda dahil olacağı hususunda Sözleşme'de net bir ifade bulunmamaktadır⁴¹³. Bu hususta; ortaya çıkan durumun bir kenarında kolaylaştırıcı arabuluculuk olarak adlandırabileceğimiz arabulucunun pasif fonksiyonda kaldığı, yalnızca tarafları bir araya topladıktan sonra görüşme ve anlaşma durumlarının taraflarca oluşturulduğu haller varken, diğer kenarında değerlendirici arabuluculuk olarak nitelendirebileceğimiz arabulucunun faaliyetin tümünde aktif olarak yer aldığı, hatta

⁴¹⁰ Erkan, s. 135.

⁴¹¹ Erkan, s. 134.

⁴¹² Schnabel, Timothy: “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlement 19 Pepp. Disp. Resolve. L. J. 1, 2019”, s. 26; Alexander / Chong, Commentary, s. 34.

⁴¹³ Schnabel, s. 17.

tarafra bir çözüm önerisinde bulunduğu haller vardır. Bu gibi durumlarda Sözleşme'nin arabuluculuğu özendirme çabası ve taraf devletler için oldukça geniş esnek alanlar oluşturma gayreti birlikte dikkate alındığında; ele alınması gereken ölçütün, tarafların arabulucu vesilesiyle sürece aktif olarak dahil edilmesi ve herhangi bir zorlama olmadan bir çözüm konusunda anlaşmaya varmaları olarak değeriendirilmesi gerekir⁴¹⁴. Taraflar arabulucunun öne sürdüğu çözüm teklifini gönüllü bir şekilde kabul edip onaylarsa söz konusu çözümün tarafların anlaşmaları şeklinde kabulü gerekir. Böyle bir durumda Sözleşme'de öngörülen anlaşmanın arabuluculuk faaliyeti ertesinde oluşma koşulu; taraflarca arabulucu ismi altında onayladıkları üçüncü bir şahsın yardımı neticesinde gönüllü bir şekilde uzlaşmaya vardıkları her türlü sözleşmeyi kapsam altına almaktadır.

1.4.3 Yazılı Olma Şartı

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde tarafların ulaştıkları anlaşma yazılı bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Söz konusu yazıllık koşulu hem anlaşmanın arabuluculuk faaliyeti ertesinde gerçekleştiğini gösterecek, hem de ulaşılan sulh anlaşmasının içeriğinin belirlenmesini sağlayacaktır. Bu manada yazıllık koşulu yargı yolu ve taraflar için ispat fonksiyonunu yerine getirecektir. Singapur Sözleşmesi'nde öngörülen yazıllık koşulu resmi yazılı şekil değil adi yazılı şekildir⁴¹⁵. Başka bir deyişle, arabuluculuk anlaşmasının geçerli olması için herhangi bir merci huzurunda yapılmasına gerek olmadığı gibi, bir merciin onay koşulu da bulunmamaktadır.

Sözleşme kapsamında getirilen yazıllık şartının temel hedefi; anlaşma muhteviyatının yazılı olarak kayıt haline getirilmesi ve sonrasında da bu kayıta erişimin her zaman sağlanmasıdır. Bu kapsamda, Sözleşme'nin düzenleniş gayesine uygun bir şekilde yazıllık koşulu da uygulamadan doğan ihtiyaçlar değerlendirilerek Sözleşme'de yer almış ve arabuluculuk faaliyeti neticesinde ortaya çıkan anlaşmanın muhteviyatını herhangi bir şekilde kayıt altında tutan her çeşit form yazıllık koşulu için yeterli sayılmıştır. Bu bakımdan ortaya çıkan anlaşmanın kağıda yazılması zorunluluğu yoktur. Sözleşme'nin m.2/f.2 hükmü uyarınca elektronik ortamda oluşturulan ve sonrasında her

⁴¹⁴ Erdoğan, "Singapur Sözleşmesi", s.191; Yazar, s.156.

⁴¹⁵ Kaya, s. 991-992.

şekilde ulaşılabilir olan kayıtlarla da anlaşmanın içeriğinin tespit edilmesi mümkündür⁴¹⁶. Sözleşme'nin yazılılık şartı düzenlemeleri esnasında tahkim anlaşmalarındaki yazılılık şartının düzenlendiği UNCITRAL Model Tahkim Kanunu'nun 7. Maddesi ve New York Sözleşmesi'nin II/f.2 maddesinin nasıl yorumlanacağını ifade eden UNCITRAL'in 2006 tarihli tavsiyeleri göz önünde bulundurulmuştur. Bu düzenlemelerde yazılılık şartı için güncel gelişmelerin ve uygulamaların göz önünde tutularak esnek davranılması, uygulamaların geniş bir çerçevede düşünülmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴¹⁷. Modern milletlerarası ticaret yaşamının gerekliliklerine uygun biçimde, içerikte yer alan bilgilere her zaman erişilebilir olma koşulu ile elektronik iletişim araç ve gereçleri vasıtası ile meydana getirilen sulh anlaşmalarının Sözleşme dahilinde yazılı şekilde kabul göreceğinin⁴¹⁸ dayanağı Milletlerarası Sözleşmelerde Elektronik Haberleşmelerin Kullanımı ile ilgili Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 2. fıkrasıdır. Nitekim Türk hukukunda da 6098 sayılı TBK m.15/f.1 uyarınca güvenli elektronik imzanın el yazısıyla atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğuracağı, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile de elektronik imzanın hukuki ve teknik özellikleri ve kullanımına ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Dolayısıyla taraflar ile arabulucunun farklı ülkelerde olduğu, aralarında gerçekleşen görüşmelerin video konferans / telekonferans gibi vasıtalarla sağlandığı ve sonucunda meydana gelen uzlaşma iradelerinin elektronik posta kanalı ile kayıt edildiği, elektronik imza kullandıkları bir sulh anlaşması Sözleşme kapsamında değerlendirilecektir. Diğer yandan anlaşma metninin sadece bir tek dokümanda bulunmasına gerek yoktur⁴¹⁹. Örnek olarak taraflar arasında oluşan anlaşma muhteviyatının aralarında oluşan birden fazla elektronik postaların içeriğinden çıkarılması durumunda da anlaşmanın oluştuğuna kanaat getirilecektir⁴²⁰. Buraya kadar açıklanan anlayışa benzer bir uygulama New York Sözleşmesi dahilinde de bulunmaktadır. Gerçekten de New York Sözleşmesi'nde yazılılık koşulu olarak mektup ve telgraf konusuna vurgu yapılmışsa da güncel milletlerarası ticari yaşamın getirdikleri

⁴¹⁶ Erkan, s. 111.

⁴¹⁷ Erkan, s. 152.

⁴¹⁸ Bu konu ile ilgili olarak bkz. Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 117; Özdemir Kocasakal Hatice: "Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti", İstanbul, 2003, s. 222-225; Şanlı, s. 448.

⁴¹⁹ Schnabel, s. 28-29.

⁴²⁰ Özel, "Singapur Konvansiyonu", s. 1199.

ile teknolojiadaki gelişmeler göz önüne alındığında elektronik araçlar vasıtası ile gerçekleştirilen tahkim sözleşmelerinin de geçerli kabul edileceği öğreti ve uygulamada açıkça belirtilmiştir⁴²¹.

1.4.4 Milletlerarası Nitelik Şartı

Sözleşmenin içeriğinin belirlenebilmesi için değerlendirilmesi gereken diğer bir koşul arabuluculuk faaliyeti sonucunda ulaşılan anlaşmanın milletlerarası nitelikte olması gerekliliğidir. Anlaşmanın milletlerarası nitelikte olduğunun kabulü için Sözleşme'nin m.1/f.1(a) hükmü uyarınca taraflara ait işyerlerinin birbirinden farklı ülkelerde bulunması şartı aranmıştır. Singapur Sözleşmesi ile tercih edilen bu tutumun Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan (CISG) bir başka ifadeyle Viyana Satım Sözleşmesi'nden yola çıkarak düzenlendiği açıktır⁴²². Bu kapsamda, sulh anlaşmasının düzenlendiği zamanda taraflara ait işyerlerinin farklı ülkelerde bulunup bulunmamasına göre anlaşmanın milletlerarası kabul edilip edilmeyeceği tayin edilmektedir⁴²³. Sözleşme ile milletlerarası ticari arabuluculuk konusu düzenlendiğinden, anlaşmanın milletlerarası kriterinin tespitinde işyeri esası tercih edilmiştir. Sözleşme'nin 2/f.1(a) maddesi uyarınca ise, taraflardan birine ait birden çok işyerinin varlığı halinde, tarafların bildiği ya da dikkate aldığı şartlar birlikte değerlendirilerek anlaşma vasıtası ile çözüme kavuşturulan uyuşmazlıkla en sıkı ilişki içinde olan işyeri temel alınacaktır. Sözleşmenin 2/f.1(b) maddesi uyarınca da taraflardan birinin işyerinin olmaması durumunda, söz konusu tarafın mutlak meskenine göre tespit yapılacağı belirtilmiştir. Nitekim benzer bir düzenleme Viyana Satım Sözleşmesi'nin 10. maddesinde yer almaktadır.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 1. maddesinin 1. fıkrasında da yer bakımından uygulama alanı için sözleşme taraflarının işyerlerinin bulunduğu yere bakılmaktadır. Bu hüküm uyarınca işyerleri farklı devletlerde olan tarafların satım sözleşmelerinde Viyana

⁴²¹ Akıncı, "Milletlerarası Tahkim", s. 117; Özdemir Kocasakal, "Elektronik Sözleşme", s. 222-225; Şanlı, s. 448.

⁴²² Erdoğan, "Singapur Sözleşmesi", s.193.

⁴²³ Çalışkan, s. 129.

Satım Sözleşmesi uygulanır. Bu şekilde sözleşme milletlerarası nitelik taşır⁴²⁴. Tarafların işyerleri aynı devletteyse milletlerarası nitelik taşımayacağından iç hukuk kapsamında bir sözleşme olur. Tarafların işyerleri farklı devlette ise satış konusu malın üretimi, satışı, tüketimi aynı ülke içinde olsa bile söz konusu satış sözleşmesi Viyana Sözleşmesi kapsamında olacaktır. Bununla birlikte işyerleri aynı devlet içinde yer alıyorsa, sözleşmeye konu mal farklı ülke sınırları içinde dolaşsa da Viyana Sözleşmesi kapsamında olmayacak, ilgili devletin iç hukukuna tabi olacaktır⁴²⁵. Dolayısıyla Viyana Satım Sözleşmesi'nin yer bakımından uygulama alanının tespitinde sözleşme taraflarının işyerinin bulunduğu yer önemli olup, sözleşmenin kurulduğu yer veya ifa yeri gibi kıstaslara bakılmamaktadır. Buradaki işyeri sözleşme taraflarının sabit olarak faaliyetlerini yürüttükleri yerdir. Tüzel kişiliği haiz olması veya ticari bir idare merkezin olması gibi kıstaslar aranmaz⁴²⁶. Nitekim Viyana Satım Sözleşmesi'nde de işyeri kavramı tanımlanmamış olmakla birlikte Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Odası Temsilcisi tarafından “*mal veya hizmet satmak amacıyla memurlardan ve bürolardan oluşan sürekli bir ticari organizasyon*” olarak ifade edilmiştir⁴²⁷.

Burada işyeri ve mutad mesken kavramlarına kısaca değinmek isteriz. İşyeri, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde “*işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir*” şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide işyeri maddi ve maddi olmayan unsurlarla

⁴²⁴ Atamer, Yeşim: “Milletlerarası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları”, İstanbul, 2005, s. 47 (Satıcının Yükümlülükleri); Tiryakioğlu, Bilgin: “11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi”, AÜHFD, Cilt 41, Sayı 1, Yıl 1990, (BM Sözleşmesi), s. 194.

⁴²⁵ Erdem, “Uygulama Alanı”, s. 10; Atamer, Yeşim: “Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Milletlerarası Uygulama Alanı”, İBD, Sayı 69, Yıl 1995, s. 557 (Milletlerarası Uygulama Alanı); Toker, s. 33-34; Erdem, “Viyana Satım Sözleşmesi”, s. 33.

⁴²⁶ Atamer, “Milletlerarası Uygulama Alanı”, s. 557; Toker, s. 37; Atamer, S”atıcının Yükümlülükleri”, s. 49.

⁴²⁷ Aynen aktaran Erdem, Ercüment: “Milletlerarası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler”, İstanbul 2008, s. 7, Toker, Ali Gümrak, “11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı”, Ankara 2005, s. 36; Erdem, Ercüment: “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi), Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler”, İstanbul 2008, s. 33.

işgücünün bir veya birden fazla hukuk öznesinin idaresinde belirlenen ortak teknik amacı gerçekleştirmek için bir araya gelmesiyle oluşan birlik şeklinde tanımlanmaktadır⁴²⁸.

Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerle birlikte Türk hukukuna giren mutad mesken kavramının ise açık bir tanımı bulunmamaktadır. 5718 sayılı MÖHUK'ta uygulanacak hukukun belirlenmesinde ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen hükümlerde bağlama noktası olarak bu kavram yerini almıştır⁴²⁹. Nitekim MÖHUK m.24/f.4 uyarınca karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun sözleşmeden doğan ilişkiye objektif bağlama noktası olarak uygulanacağı düzenlenmektedir. Her ne kadar MÖHUK'ta sıkça kullanılmış olsa da mutad mesken kavramının kanuni bir tanımı bulunmamaktadır. Fakat MÖHUK'un "*Evlilik ve Genel Hükümleri*" başlıklı 13. maddesinin gerekçesinde mutad mesken "*hayat ilişkilerinin merkezinde olan, gerçek ve fiili duruma uygun, fiili ikametgah*" olarak tanımlanmıştır⁴³⁰. 6100 sayılı HMK'nın farklı maddelerinde de mutad mesken kavramı kullanılmıştır. HMK'nın "*Teminat Gösterilecek Haller*" başlıklı 84. maddesinin gerekçesinde mutad mesken "*tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alana yoğunlaşması*" olarak tanımlanmıştır. Yine ilgili madde gerekçesinde mutad mesken kavramının gerçek kişilere ilişkin olduğu, tüzel kişilerin merkezlerinin olması ve kuruluş belgelerinde merkezlerini belirttiklerinden bu kavrama yabancı oldukları belirtilmiştir⁴³¹. Singapur Sözleşmesi'nin 2/f.1(b) maddesinde düzenlenen taraflardan birinin işyerinin olmaması halinde mutad meskenine göre yer bakımından uygulama alanının tespitinin, Singapur Sözleşmesi'nin uygulanacağı alanın ticari uyumsuzluklarla sınırlandırılmış olması dolayısıyla pratikte neticeye varamayacağı dile getirilmiştir⁴³².

⁴²⁸ Süzek, Sarper: "İş Hukuku", 2017, s. 193-194; Yenisey Doğan, Kübra: "İş Hukukunda İşyeri ve İşletme", İstanbul 2007, s. 10; Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat: "İş Hukuku Dersleri", İstanbul 2017, s. 116-118; Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş: "İş Hukuku Ders Kitabı", C.1 Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017, s. 77.

⁴²⁹ Arslan, İlyas: "Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 29-30

⁴³⁰ "<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>" (Erişim tarihi 20.03.2022).

⁴³¹ "<https://app.e-uyar.com/gerekce/index/51aeb319-a7c3-44c7-b1b5-d247333ae7ed>" (Erişim tarihi 20.03.2022).

⁴³² Erkan, s.97.

Milletlerarası ticari arabuluculuk konusunda birçok olay bu kapsama dahil edilebilecekken; taraflara ait işyerlerinin aynı ülke sınırları dahilinde bulunması durumlarında da sulh anlaşması milletlerarası nitelikte kabul edilebilir⁴³³. Şöyle ki; Singapur Sözleşmesi 1(b) maddesi uyarınca; anlaşma dahilindeki yükümlülüklerinin ehemmiyetli bir kısmının taraflara ait işyerlerinin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede yerine getirilecek olması ya da anlaşma konusunun bir başka ülke ile daha yoğun ilişki içinde olması durumlarında anlaşmanın milletlerarası niteliği kabul edilecektir.

Singapur Sözleşmesi'nde uygulama sahası belirlenirken yabancılık unsurundan yola çıkılmamışsa da, milletlerarası özel hukuk ve milletlerarası tahkimde milletlerarası ticari işler için “*yabancılık unsuru*” ifadesinin geniş bir şekilde ele alındığı belirtilmelidir⁴³⁴. Bu kapsamda, öğretide klasik olarak yabancılık unsuru bulunmasa da milletlerarası ticari yararın ön planda tutulduğu hallerde hukuki ilişkinin yabancılık unsuru içerdiğinin kabul edilmesinin zorunlu olduğu hususunda bir görüşün bulunduğu belirtilmelidir⁴³⁵. Aynı zamanda, Singapur Sözleşmesi'nin 1. maddesinde yer alan kıstaslar Milletlerarası Tahkim Kanunu 2'inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenen yabancılık unsurunun varlığının tespitindeki kıstaslarla benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, milletlerarası ticari ilişkiler ile ilgili yabancılık unsurunun değerlendirilmesinde öne çıkan anlayışta ve Singapur Sözleşmesi'nde yer alan milletlerarası anlayışta belirli bir oranda uyuma ve yakınlık olduğu belirtilmelidir. Yabancılık unsurunu içeren hakem kararları için önemli olan tahkim yeri ifadesi arabuluculukta yer almamakta, Singapur Sözleşmesi'nde arabuluculuk yeri ifadesi bulunmamaktadır. Arabuluculuk faaliyetleri yürütülürken, özellikle de elektronik vasıtalar kullanılarak yapılan görüşmelerde arabuluculuğun yapıldığı yerin saptanması mümkün değildir ve sulh anlaşmasının nerede yapılmış olduğu önemli değildir. Dolayısıyla Singapur Sözleşmesi'nde milletlerarası nitelik arabuluculuk yerine göre belirlenmemiştir. Arabuluculuk anlaşma belgesinin devleti yoktur yani herhangi bir ülkenin menşesinde değildir. Bu sebeple anlaşma belgesinde aranan unsur milletlerarası

⁴³³ Kaya, s. 991.

⁴³⁴ Özel, “Kanunlar İhtilafı Meseleleri”, s. 21-26.

⁴³⁵ Aygün, s. 1031-1032; Çelikel / Erdem, s. 369-370; Doğan, “MÖH”, s. 6; Şanlı, s. 9-10; Tiryakioğlu, “Taşınır Mallar”, s. 7.

nitelik olup, yabancılik unsuru değildir. Hiçbir taraf devlet, bir başka devlette geçerli olan ancak arabuluculuk yeri bulunmayan bir anlaşma belgesini iptal etme yetkisini haiz değildir. Arabuluculuk sürecinin veya sulh anlaşmasının belli bir ülkenin kanunlarına uymaması, sulh anlaşmasının icra edilebilirlik vasfını etkilemeyecektir⁴³⁶.

1.4.5 Kapsam Dışı Konulardan Olmama Şartı

Bir kısım anlaşmalar Singapur Sözleşmesi'nin kapsamı dışında bırakılmıştır. Başka bir deyişle, Sözleşme'de özel bir şekilde kapsam dışı bırakılan bu tip anlaşmaların, arabuluculuk faaliyeti kapsamında meydana gelip gelmediği ya da diğer şartları taşıyıp taşımadığı gözetilmeksizin, tanınması ile icra edilebilirliği yolunda herhangi bir talepte bulunulamayacaktır. Sözleşme'de kapsam harici bırakılan anlaşmalar iki grup şeklinde Sözleşme'nin 1/f.2 ile 1/f.3 maddelerinde düzenlenmiştir.

İlk grupta belirtilen anlaşmalar nitelikleri itibarı ile Sözleşme'nin uygulama sahası haricinde bırakılmıştır. Sözleşme'nin 1/f.2 maddesi uyarınca; Singapur Sözleşmesi, taraflardan birinin tüketici vasfıyla şahsi ya da ailesine ait veya evinin ihtiyaçlarını gidermeye yönelik gerçekleştirdiği işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümünü sağlayan anlaşmalara tatbik edilemeyecektir. Yine Sözleşme aile, iş ya da miras hukuku kapsamındaki uyuşmazlıklara çözüm sunan anlaşmalar için de uygulanmayacaktır. Bu nitelikte uyuşmazlıklar, ticari uyuşmazlıklara göre ayrı özellikler barındırmaları sebebi ile Sözleşme dışında bırakılmıştır. Nitekim UNCITRAL'in vazifesi milletlerarası ticaretin teşviki olduğundan burada sayılan uyuşmazlık türleri kapsam dışında tutulmuştur⁴³⁷. Bu durumda Türk hukukunda dava şartı arabuluculuk kapsamında düzenlenmiş olan işçi-işveren uyuşmazlıkları ve tüketici uyuşmazlıklarına ilişkin tarafların sağladığı anlaşma milletlerarası nitelik taşısa da Sözleşme'nin 1/f.2 maddesi uyarınca kapsam dışı kalacaktır.

İkinci grupta belirtilen anlaşmalar ise yargı ya da hakem kararlarının bir parçası şeklinde ortaya çıkması sebebi ile Sözleşme haricinde tutulmuştur. Bu kapsamda, Sözleşme'nin 1/f.3 maddesi (a) fıkrası iki alt bent şeklinde düzenlenmiştir. Birinci alt

⁴³⁶ Özel, "Singapur Konvansiyonu", s. 1197; Erkan, s.99-101.

⁴³⁷ Castillo, James E.: "Singapur Sözleşmesi'nin Arabuluculuk Üzerine Yansımaları Sempozyumu, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 5-6 Aralık 2019, İstanbul", s. 42.

bentte (i bendi) uyuşmazlığı çözüme kavuşturan anlaşmanın (arabuluculuk anlaşma belgesi) mahkemece onanması ya da anlaşma belgesinin mahkemenin yargılama sürecinde oluşturulması ve ikinci alt bentte (ii bendi) ise anlaşma belgesini onayan mahkemenin veya mahkeme huzurundaki dava esnasında yapılan anlaşmanın yapıldığı mahkemenin bulunduğu taraf devlette arabulucu anlaşma belgesinin mahkeme kararı şeklinde icra edilebilir olması durumunda, anlaşmanın Sözleşme'nin tatbik sahası dışında kalacağı düzenlenmiştir⁴³⁸. Burada Türk hukuk sisteminde olduğu gibi, taraf devletin ulusal mevzuatında arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilme kabiliyetinin düzenlenmesi halinde icra edilebilirlik şerhi alan anlaşma belgesinin nasıl vasıflandırılması gerektiği tartışılmıştır⁴³⁹. Onaylama (approval) kavramını Singapur Sözleşmesi'nin düzenlenme amacını göz önünde bulundurarak fonksiyonel bir yaklaşımla yorumlamak gerekmektedir⁴⁴⁰. Kanaatimizce Singapur Sözleşmesi'nin temel amacı olan arabuluculuk anlaşma belgesinin sınır ötesi alanda icra kabiliyetini kazanması hususuna uygun hareket edilmesi gerekmektedir.

Sözleşme'nin mahkeme kararı niteliğini kazanan anlaşma belgelerini kapsam dışında bırakma sebebi; Singapur Sözleşmesi ile 2005 tarihli Yetki Sözleşmesine Dair Lahey Sözleşmesi, 2019 tarihli Hukuki veya Ticari Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Lahey Sözleşmesi ve 1958 tarihli New York Sözleşmesi'yle çelişmesini veya çatışmasını önlemektir⁴⁴¹. Şöyle ki; Sözleşme'nin 1/f.3 maddesinde düzenlenen hallerde anlaşma belgesi mahkeme kararı vasfına bürünecek ve icra edilebilir vaziyete gelecektir. Bu durumda da mahkeme kararlarının ve hakem kararlarının icrasını düzenleyen, zaten var olan ve yaygın olarak kullanılan sözleşmelerle çatışacaktır.

Sözleşme'nin 1/f.3 maddesi (b) fıkrası ise, hakem kararı şeklinde kayıt altına alınan ve uygulama alanı bulan anlaşmaların kapsam haricinde olduğunu düzenlemiştir. Anlaşma belgesinin kapsam dışı kalması için bu belgenin mutlaka hakem kararı olarak

⁴³⁸ Erkan, s. 124.

⁴³⁹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Erkan, s. 131-135.

⁴⁴⁰ Alexander/Chong, "Commentary", s. 35-36.

⁴⁴¹ Erkan, s.125 vd.; Özel, "Singapur Konvansiyonu", s.1198.

kaydedilmesi ve hakem kararı olarak icra edilebilir nitelikte olması gerekir. Burada da Singapur Sözleşmesi ile New York Sözleşmesi'nin birbirini kapsamı önlenmek istenmiştir⁴⁴². Başka bir anlatımla, uyuşmazlıkların çözümü için ana yöntem kabul edilen yargı yolu çözüm sistemi ve yine bunun tamamlayıcısı kabul edilen tahkim yolu ile alternatif uyuşmazlık çözüm türlerinden biri olan arabuluculuk arasında olası bir çatışmanın doğmasının engellenmesi amaçlanmıştır.

Mahkeme kararı şeklinde icra edilmesi mümkün anlaşmalar diğer ülkelerde de yabancı mahkeme kararlarının tanınması/tenfizi ile hukuki neticeler doğurur. Dolayısıyla bir ülkede sulh anlaşmasının mahkeme kararı gibi icra edilebilirliği mümkünse söz konusu anlaşma Singapur Sözleşmesi kapsamı dışında kalacaktır⁴⁴³. Nitekim HUAK kapsamında düzenlenen bir arabuluculuk anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi alındığında, taraflar anlaşma belgesinin Singapur Sözleşmesi kapsamında tekrar icrasına ihtiyaç duymayacaklardır; zaten anlaşma belgesi Türkiye'de icra kabiliyetini kazanmıştır. Bununla birlikte Türk hukukuna göre icra edilebilirlik şerhi alan anlaşma belgesi Sözleşme'ye taraf bir başka devlette icra edilemeyecektir. Singapur Sözleşmesi, milletlerarası sulh anlaşmalarının mahkeme kararı gibi icra edilemediği ülkelerde de icra edilmesinin sağlanması için getirilmiş olan bir düzenlemedir⁴⁴⁴.

HUAK'a göre yapılan arabuluculuk görüşmeleri neticesinde hazırlanan ve taraflar ile arabulucu tarafından imzalanan anlaşma belgesi, milletlerarası nitelikte bir sulh anlaşması olsa da, HUAK m. 18'e göre ilam niteliğinde belge vasfında olduğundan ve Türkiye'de icra edilebilirliği mümkün olduğundan Singapur Sözleşmesi kapsamında değildir. Ancak Türkiye'de ilam niteliğinde belge olarak icra edilebilen sulh anlaşması bir başka ülkede bu vasıfta olmadığından, Singapur Sözleşmesi kapsamına dahil olacaktır⁴⁴⁵. Bununla birlikte Türkiye'de HUAK'a göre yürütülmeyen bir arabuluculuk süreci neticesinde yapılan sulh anlaşması veya bir başka ülkenin iç hukukuna göre ya da bir kuruma bağlı yapılan arabuluculuk görüşmeleri neticesi hazırlanan sulh anlaşmaları

⁴⁴² Erkan, s.143.

⁴⁴³ Özel, s. 1198; Yazar, s. 159; Erkan, s. 138.

⁴⁴⁴ Özel, "Singapur Konvansiyonu", s. 1198.

⁴⁴⁵ Erkan, s.133-134; Özel, "Singapur Konvansiyonu", s. 1198.

Singapur Sözleşmesi kapsamında değerlendirileceğinden bu çerçevede icrası mümkün olacaktır⁴⁴⁶.

Bununla beraber uyuşmazlıklar için çözüm sunan anlaşmaların yukarıda değinilen fıkralara göre dikkate alınması için anlaşmaların yargı ya da hakem kararı şeklinde ele alınması ya da bu aşamaların bir ürünü şeklinde onanması gerekliliğini ayrıca belirtmekte fayda vardır. Başka bir anlatımla, hakim veya hakem tarafından az bir yönlendirme ile taraflarca arabuluculuk faaliyeti için gerekli adımlar atılırsa ve bunun neticesinde anlaşmaya varılırsa bu anlaşmalar da Sözleşme kapsamına girmiş olacaklardır⁴⁴⁷. Bunun haricinde karşıt bir hareket bu tarz anlaşmaların icra edilebilirliğine mani olacaktır. Böyle bir halde ise Sözleşme'nin temel amacı görmezden gelinmiş olacaktır.

2 Singapur Sözleşmesi Uyarınca Sulh Anlaşmalarının İcrası İçin Gereken Koşullar

Singapur Sözleşmesi ile milletlerarası ticari arabuluculuk faaliyeti kapsamında ulaşılan sulh anlaşmalarının icra edilebilmesi için ilk olarak genel prensipler, ardından anlaşmanın icra kabiliyetine kavuşması için tarafların ifa etmesi gerekli zorunlu usul koşulları, nihayetinde ise tarafların anlaşmanın icra kabiliyetini haiz olması için yaptığı taleplerinin hangi koşullarda reddedilebileceği düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki; Singapur Sözleşmesi'nin Genel Prensipler başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasında taraf devletlerin kendi usulleri ve işbu Sözleşme'deki şartlar uyarınca sulh anlaşmasını icra edeceği düzenlenmiştir. Singapur Sözleşmesi'nde “*tanıma*” ve “*tenfiz*” ifadeleri yer almamaktadır. Tanıma ifadesi “*kesin hüküm (res judicata) etkisi*” içermektedir ve sulh anlaşmalarının kesin hüküm vasfı bulunmamaktadır⁴⁴⁸. Bununla birlikte bazı hallerde icradan ziyade tanıma, ihtiyacı karşıladığından ve tanıma ibaresi farklı hukuk sistemlerinde farklı sonuçlar doğurduğundan Singapur Sözleşmesi için fonksiyonel bir çözüm⁴⁴⁹ bulunarak, tanıma ifadesi kullanılmadan tanımanın içeriği kapsama alınmıştır.

⁴⁴⁶ Özel, “Singapur Konvansiyonu”, s.1198.

⁴⁴⁷Yarar, s. 156.

⁴⁴⁸ Özel, “Singapur Konvansiyonu”, s. 1199.

⁴⁴⁹ Morris Sharma, s. 36,

2.1 Sulh Anlaşmasının İcra Kabiliyeti için Gerekli Belgeler

Singapur Sözleşmesi'ne tabi bir sulh anlaşmasının icra kabiliyetini haiz olması için talepte bulunan tarafın sayıları belli bir takım usul koşullarını yerine getirme mecburiyeti vardır. Bu koşullar Sözleşme'nin 4'üncü maddesinde belirtilmiştir. Bu kapsamda sulh anlaşmasının icra edilebilirliği için ilgili devletin yetkili makamlarına başvuruda bulunan taraf, tarafların imza altına aldığı anlaşmayı, bu anlaşmaya arabuluculuk faaliyeti kapsamında ulaşıldığını belirten delilleri, sulh anlaşma metninin ilgili devletin resmi yazışma dilinden ayrı bir dilde olması durumunda ve ilgili devletin de talep etmesi durumunda anlaşma metninin tercümesini ve ilgili devlet tarafından Sözleşmede öngörülen koşulların yerine getirilmiş sayılacağına dair talepte bulunulabilecek diğer belgeleri ibraz etmek mecburiyetindedir.

2.1.1 Taraflarca İmzalanmış Anlaşma

Singapur Sözleşmesi dahilinde değerlendirilen sulh anlaşmasının icra edilebilme yeteneğini haiz olmasını isteyen tarafın ilgili ülkenin yetkili makamlarına taraflarca imzalanmış anlaşmayı iletmesi gereklidir. Böylece icra edilebilme konusunda karar alacak ilgili devlet yetkili makamları, anlaşmanın içeriğini ve tarafların kimlik bilgilerini tespit edebilecektir. Anlaşma belgesinin imzalanmasıyla tarafların serbest iradelerinin yansması ve taahhüt altına girilen hususların ortaya konulması söz konusu olur⁴⁵⁰. Anlaşmanın imzalanması şartının ana amacı da budur. Tarafların herhangi bir şekilde düzenledikleri belgelerden anlaşmanın içeriği tespit edilecektir. Ayrıca bu şart tarafların sulh anlaşmasını hazırlarken kapsamına daha fazla yoğunlaşmalarını sağlayacaktır.

Anlaşma metninin taraflarca imza altına alındığının gösterilmesiyle tarafların kimliğinin tespiti de sağlanmış olacaktır. Sözleşme'nin 4/f.1(a) maddesinde anlaşma belgesinin taraflarca imzalanması gerektiği düzenlenmektedir. Burada anlaşma belgesinin bizzat asiller tarafından imzalanmakla birlikte yetkili temsilciler tarafından da imzalanabileceğinin düzenlenmesi önerilmiştir. Ancak yetkili temsilci ifadesi farklı yargı alanlarında farklı yorumlanabileceğinden Sözleşme'de açıkça düzenlenmemiştir. Ancak

⁴⁵⁰ Alexander/Chong, "Commentary", s.77.

ilgili Sözleşme maddesinde yer almasa da sözleşme müzakereleri esnasında yetkili temsilci tarafından da anlaşma belgesinin imzalanmasının zımnen Sözleşme hükmünün içeriğinden ve ruhundan anlaşılacağı belirtilmiştir⁴⁵¹.

Günümüz şartları değerlendirildiğinde taraflarca imza altına alınan belgede ıslak imza kullanılabileceği gibi elektronik imzadan da faydalanılabilir. Elektronik imzanın geçerlilik şartı Sözleşme'nin 4/f.2(a) maddesinde düzenlenmiştir⁴⁵². Buna göre elektronik imzanın geçerli olması için tarafların veya arabulucunun kimliğinin belirlendiği ve elektronik iletide mevcut bilgiler kapsamında tarafların veya arabulucunun niyetini, anlaşma rızasını gösteren bir yöntemin kullanılması gerekmektedir. Yine Singapur Sözleşmesi m.4/f.2(b)'nin (i) ve (ii) bentleri uyarınca kullanılan bu yöntem hem şartlara uygun hem de güvenilir olmalı veya tarafların ya da arabulucunun kimliğini ve niyetlerini, anlaşma rızalarını kanıtlamalıdır. Bu durumda elektronik imza geçerli olacak ve anlaşma belgesini tarafların imzaladığı kabul edilecektir. Türk hukukunda 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu uyarınca elektronik imza; başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi ifade eder. İlgili Kanun'un 4. Maddesinde güvenli elektronik imza düzenlenmiştir ve bu madde uyarınca elektronik imza münhasıran imza sahibine ait olup, sadece imza sahibinin tasarrufundaki güvenli elektronik imza oluşturma aracıyla üretilir. Nitelikli elektronik sertifika vasıtasıyla imza sahibinin kimliğini tespit eder ve imzalanmış elektronik veride sonradan bir tadil olup olmadığını belirler. Son yıllarda elektronik imza özellikle hukukçular tarafından oldukça yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Nitekim arabuluculuk faaliyetlerinde de telekonferans ve video konferans uygulamaları sıklıkla başvurulmuş bir iletişim yöntemi olduğundan, taraf vekillerinin ve arabulucuların elektronik imzayı sıklıkla kullandığı gözlenmektedir.

2.1.2 Sulh Anlaşmasının Arabuluculuk Neticesinde Oluşması

Anlaşma belgesinin Singapur Sözleşmesi kapsamında icra edilebilmesi için belgeyi icra ettirmek isteyen taraf, bu anlaşma belgesinin arabuluculuk faaliyeti

⁴⁵¹ Erkan, s.157.

⁴⁵² "https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore_convention_eng.pdf" (Erişim tarihi 20.03.2022).

(Erişim tarihi

neticesinde hazırlanıp imzalanmış olduğuna ilişkin delillerini başvuru taraf devletin yetkili makamına sunmalıdır⁴⁵³. Burada taraflarca imzalanmış olan anlaşma belgesi ve anlaşma belgesinin elde edilme şeklinin ispatına yarayan belgeler delil olarak yetkili makama sunulmalıdır. Yetkili makamın neresi olduğu Sözleşme’de veya Türk hukukunda açıkça düzenlenmemiştir. Singapur Sözleşmesi bu konuda yapılacak düzenlemeleri taraf devletlerin iç mevzuatına bırakmıştır. Türk hukukunda Sözleşme kapsamındaki anlaşma belgelerinin icrasında yetkili makamın neresi olacağına dair henüz bir düzenleme yapılmamıştır⁴⁵⁴. HUAK m.18 uyarınca arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhinin sulh hukuk mahkemeleri veya davanın görüldüğü yer mahkemesi tarafından verildiği göz önünde bulundurularak Singapur Sözleşmesi kapsamındaki anlaşma belgesine de icra edilebilirlik şerhini verecek yetkili makamın sulh hukuk mahkemeleri olacağı yorum yoluyla ifade edilebilir. Ancak Singapur Sözleşmesi kapsamında yer alan arabuluculuk anlaşma belgelerinin icrası için görevlendirilen bir adli merciin mevzuatla düzenlenmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Delil olarak sunulacak belgeler Singapur Sözleşmesi m.4/f.1 (b)’de sayılmıştır. Bunlar; arabulucunun imzasının olduğu anlaşma belgesi, arabulucu tarafından arabuluculuk faaliyetinin yapıldığını içerir imzalı bir belge ve arabuluculuğun kendi bünyesinde yapıldığı kuruluşun onaylama beyanıdır. Anlaşma belgesinin icra edilmesini isteyen taraf bu belgelerden hepsine dayanabilir. Yine Sözleşme’de sayılan belgeler tahdidi olmadığından, ilgili taraf bu belgeler harici delilleri de yetkili makama sunabilir. Nitekim Sözleşme m.4/f.1 (b) (iv)’de bu husus düzenlenmiştir. Dolayısıyla Sözleşme’nin 4/f.1 (b) maddesinde sunulabilecek deliller sayılmakla birlikte bu delillerin bulunmaması halinde anlaşma belgesinin icra edilmesinin istendiği taraf devletin, icra edilebilirlik şerhini verecek yetkili makamının kabul edebileceği her türlü delil sunulabilir. Yani sınırlı da olsa delil serbestisinin olduğu söylenebilir⁴⁵⁵. Sözleşmede anlaşma belgesinin arabuluculuk faaliyeti neticesinde elde edildiğinin ispat edilmesi şartının açıkça düzenlenme sebebi dolandırıcılık ihtimalini azaltmak ve icra edilebilirlik kararını verecek taraf devletin yetkili makamlarının anlaşma belgesinin arabuluculuk neticesi kabul

⁴⁵³ Erkan, s. 162; Özel, “Singapur Konvansiyonu”, s. 1200; Kaya, s. 996.

⁴⁵⁴ Erkan, s. 295.

⁴⁵⁵ Erkan, s. 165.

edilmiş olduğundan emin olmasını sağlayıp taleplerin değerlendirilmesini kolay hale getirmektedir⁴⁵⁶.

Anlaşma belgesinde uyuşmazlığın taraflarıyla birlikte arabulucunun imzasının da bulunması, anlaşma belgesinin arabuluculuk faaliyeti neticesinde elde edildiğinin en kolay ispatını oluşturur. Bununla birlikte bazı ülkelerde yürürlükte bulunan kendi sistemlerine bağlı olarak taraflarca imza altına alınan anlaşma metnini arabulucunun da imzalaması şart koşulmamış olabilir⁴⁵⁷ ya da başka etkenlerle imza altına alınan anlaşma metnini arabulucunun imzalamasına gerek görülmeyebilir. Kimi ülkelerde arabulucunun taraf olarak görünmemesi için anlaşma belgesinde imzası yer almaz ve hatta tarafların anlaşma belgesini arabulucunun okumaması dahi önerilir⁴⁵⁸. Bazı yargı alanlarındaysa arabulucu tarafların anlaşması ile süreci sonlandırır, anlaşma belgesini taraflar kendileri kaleme alır⁴⁵⁹. Bir diğer neden de ölüm veya gaiplik gibi fiili bir durumdan ötürü arabulucunun anlaşma belgesini imzalayamamasıdır⁴⁶⁰. Böyle bir durumda anlaşmanın arabuluculuk faaliyeti kapsamında gerçekleştiğinin ispatlanması için farklı deliller gösterilebilir.

Türk hukuku açısından anlaşma belgesinde arabulucunun imzasının bulunması gerekir. Nitekim HUAK m. 18’de bu husus düzenlenmiştir. Anlaşma belgesinde arabulucunun imzasının bulunmaması halinde söz konusu belge HUAK kapsamında bir anlaşma belgesi niteliğinde değerlendirilmez. Yine HUAK kapsamında yapılan arabuluculuk faaliyetinde ilk oturum tutanağı, son tutanak ve görüşme tutanakları anlaşma belgesinin arabuluculuk faaliyeti neticesinde elde edildiğini ispatlayan belgeler niteliğindedir.

2.1.3 Sulh Anlaşmasının Tercüme Edilmesi

Arabuluculuk faaliyeti sonrasında ulaşılan anlaşmanın icra edilebilirliği için talepte bulunulan ülkenin resmi dilinden farklı bir dilde olması durumunda, icra talebinde

⁴⁵⁶ Erkan, s. 166.

⁴⁵⁷ Morris Sharma, s. 34.

⁴⁵⁸ Schnabel, s. 31.

⁴⁵⁹ Schnabel, s. 31.

⁴⁶⁰ Erkan, s. 167.

bulunulan taraf devletin yetkili makamına anlaşma metninin tercüme edilmesini isteme hakkı Sözleşme'nin 4/f.3 maddesinde tanınmıştır. Ancak bu şart mutlaka yerine getirilmesi gereken bir koşul değildir⁴⁶¹. Sadece yetkili makamın talebi halinde yerine getirilmesi gerekir. Sözleşmenin 4/f.3 maddesinde “*may*” ibaresi kullanılarak anlaşma belgesinin tercümesi hususunda emredici bir hukuk dili kullanılmamış ve yetkili makama takdir yetkisi verilmiştir. Eğer yetkili makam belgenin tercümesini isterse, anlaşma belgesinin ilgili taraf devletin resmi diline çevrilmesi gerekir.

Anlaşmanın icra kabiliyetini haiz olması için başvuruda bulunan tarafça yerine getirilmesi zorunlu bir ön koşul olmayan bu şart, süreç içerisinde ve talep olması durumunda yerine getirilebilecek bir şarttır. Tercümenin şekil ve usulüne ilişkin bir açıklık Sözleşme’de yoktur. Bu durumda icra talebinde bulunulan taraf devletin uygulamasına göre hareket edilecektir. Türkiye’de yer alan uygulamaya göre yabancılık unsuru içeren hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde talep edilen şartların arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen anlaşma belgeleri için de geçerli olduğunun kabulü yerinde olacaktır. Bu kapsamda HMK 223 ve 224’üncü maddelerine göre anlaşmaların Türkiye sınırları içinde noter onaylı tercüme metninin, yurt dışında ise konsolosluk tarafından onaylanmış tercüme metninin talep edilmesi durumlarında yargı yolunda kullanılması uygun olacaktır⁴⁶².

2.1.4 Yetkili Makamca İstenebilecek Diğer Belge ve Kanıtlar

Singapur Sözleşmesi’nin 4/f.4 maddesine göre, icra edilebilme hususunda karar yetkisine sahip devletin yetkili makamları Sözleşme’de talep edilen koşulların yerine getirilmiş olduğuna ilişkin herhangi bir belge ve metni isteyebilecektir. Bu hükümle güdülen ana amaç; Singapur Sözleşmesi’nde talep edilen koşulların varlığının teyididir. Bu madde Yetki Sözleşmesi Hakkında Lahey Sözleşmesi’nin m. 13/f.2 hükmüne benzer olarak düzenlenmiş olup, ilgili hükümde de mahkeme ihtiyaç duyduğunda sadece gerekli belgeleri isteyebilmektedir⁴⁶³. Sözleşmenin 4/f.4 maddesindeki “...*Sözleşmenin şartlarına uyulmuş olduğunun doğrulanması için...*” düzenlemesiyle yetkili makamın

⁴⁶¹ Kaya, s. 996; Erkan, s. 172.

⁴⁶² Şanlı, s. 202-203.

⁴⁶³ Erkan, s.173.

isteyeceği belgeler kanun hükmü ile sınırlandırılmıştır. Örneğin yetkili makam anlaşma belgesini imzalayan yetkili temsilcinin asil adına yetkisinin olup olmadığının veya anlaşma belgesinde milletlerarası olma niteliğinin bulunup bulunmadığının tespitine ilişkin ek belgeler isteyebilir. Bu madde hükmü yetkili makama Sözleşme’de düzenlenen usulle ilgili şartların haricinde ek usuli şartlar isteme yetkisi vermez. Örneğin yetkili makam anlaşma belgesinin noter onaylı suretinin sunulmasını isteyemez⁴⁶⁴. Aynı şekilde sulh anlaşmalarının icrası kapsamında “*apostille şerhi*” de aranmaz. Daha önceden de değinildiği üzere Singapur Sözleşmesi, New York Sözleşmesi’nden ayrı olarak sulh anlaşmaları için milliyet şartı getirmemiş ve arabuluculuk yeri için bir netice öngörmemiştir. Bu kapsamda, milliyeti bulunmayan bir metnin geçerliliği için yabancı devlet makamlarının tasdik şartı (apostille) da aranmamıştır.

Sözleşmenin 4/f.5 maddesi uyarınca ise yetkili merciin icra edilebilirlik işlemini gerçekleştirirken ivedi bir şekilde hareket etmesi beklenmiştir. Böylece muhtemel vakit kayıplarının önlenerek anlaşma belgesi hükümlerinin süratle yürürlüğe girmesi hedeflenmiştir. Nitekim yetkili makamın süratle anlaşma belgesinin icra edilmesi talebini neticelendirmesi için Singapur Sözleşme’nin şartlarının yerine getirilmiş olup olmadığını kontrol etmesi gerekir. Sözleşmenin 4/f.4 maddesi bu hedefe göre kullanıldığında herhangi bir sorun söz konusu olmayacaktır⁴⁶⁵.

2.2 Sulh Anlaşmasının İcrası Talebinin Reddi Sebepleri

Singapur Sözleşmesi arabuluculuk faaliyeti neticesinde ulaşılan anlaşmanın icra kabiliyeti kazanması için yapılan talebin ret sebeplerini tahdidi olarak Sözleşme’nin 5. maddesinde düzenlemiştir. Bu sebeplerin büyük bir kısmı New York Sözleşmesi’nin V’inci maddesine göre düzenlemeye konu olmuştur⁴⁶⁶. Tabi ki arabuluculuk faaliyetine uyan düzenlemeler getirilmiştir. Aynı şekilde New York Sözleşmesi’ne benzer şekilde ret nedenlerinin büyük bir bölümü icra edilebilirlik talebine itiraz edenden gelmeli ve kanıtlanmalıdır.

⁴⁶⁴ Schnabel, s.34.

⁴⁶⁵ Erkan, s.176.

⁴⁶⁶ Kaya, s. 997; Ekşi, Nuray: “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Singapur Konvansiyonu), Milletlerarası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 2020, C.9, S.1, s. 27-91”, s. 74.

Burada belirtmek isteriz ki; HUAK m. 18 uyarınca anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi sulh hukuk mahkemesi tarafından dosya üzerinden çekişmesiz olarak verilmektedir. Ancak Singapur Sözleşmesi'nin 5. maddesinde düzenlenen ve aşağıda detaylıca bahsedeceğimiz ret sebeplerinde aleyhine icra talebinde bulunulan ve buna itiraz eden tarafın söz konusu sebepleri kanıtlaması için icra talebini değerlendirecek yetkili makamın yargılama yapması gerekecektir. Dolayısıyla yetkili makamın idari bir makam yerine mahkeme olması gerektiği aşikardır⁴⁶⁷. Ayrıca yetkili makamın sulh hukuk mahkemeleri olduğunu düşünürsek, mahkemenin Sözleşme kapsamındaki anlaşma belgesinin icra talebini dosya üzerinden değil, çekişmeli yargılama şeklinde yürütmesi uygun olacaktır. Fakat bu durumda da tarafların uzun bir yargılama süreciyle karşılaşma riski doğacak ve Singapur Sözleşmesi'nin amacına aykırı bir durum söz konusu olacaktır. İç mevzuatla yetkili makam düzenlenirken bu hususun da değerlendirilmesi ve mümkünse bu alanda çalışacak özel ihtisas mahkemelerinin kurulmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

2.2.1 Aleyhine Hukuki Yola Başvurulan Tarafın Talebi Üzerine Reddedilme Sebepleri

Singapur Sözleşmesi'nin 5/f.1 maddesi uyarınca aleyhine hukuki yola başvurulmuş tarafın istemi üzerine taraf devletin yetkili makamınca değerlendirilecek ret nedenleri; tarafların ehliyetsizliği, anlaşmanın hükümsüz, etkisiz veya uygulanamaz olması, anlaşmanın belirsiz, anlaşılmaz ve ifa edilemez olması, icra edilebilirlik talebinin kabulünün anlaşma hükümlerine aykırı olması, arabulucunun tarafsızlığı etkileyen sebepleri taraflara bildirmemesi olarak düzenlenmiştir. Burada sayılan ret nedenlerini ileri süren taraf, bu ret nedenlerini belirtmek ve kanıtlamak zorundadır.

2.2.1.1 Tarafların Ehliyetsizliği

Arabuluculuk faaliyeti kapsamında ulaşılan anlaşmaya imza atan tarafın ehliyetli olması zorunludur. Genel olarak ehliyet hususu hak ve fiil ehliyeti olarak iki biçimde değerlendirilmiştir ve ehliyetin varlığı tarafların talebi üzerine yetkili makam tarafından

⁴⁶⁷ Aynı yönde bkz. Erkan, s. 295; Özel, “Singapur Konvansiyonu”, s. 1208-1209.

incelenir⁴⁶⁸. Gerçek kişilerin imzaladığı anlaşma belgesinde taraf veya taraflar reşit değilse veya ayırt etme gücü yoksa ehliyetsizlik sebebiyle anlaşma belgesinin icrası talebi reddedilebilir⁴⁶⁹. Yine tüzel kişilerde tüzel kişiliğin yetkili organca temsil edilmemesi veya geçerli bir şekilde temsil yetkisi kullanılarak anlaşma belgesinin imzalanmamış olması talebin reddedilmesine sebep olabilir⁴⁷⁰. Aynı şekilde devlet veya devlet kuruluşlarının taraf olduğu arabuluculuk anlaşma belgelerinde de yetkili temsilci tarafından temsil yetkisinin kullanılması gerekir aksi halde talebin reddi söz konusu olur⁴⁷¹.

İlgili devletler ehliyetin kazanılması ya da kaybedilmesi konusunda farklı koşullar arayabilmektedir. Tarafların ehliyeti ile ilgili hususlarda hangi hukuka göre hareket edileceği Singapur Sözleşmesi'nde açıkça düzenlenmemiş⁴⁷², New York Sözleşmesi'nde ise düzenlenmiştir. New York Sözleşmesi'nin V/1(a) maddesi uyarınca ehliyete uygulanacak hukuk haklarında tatbiki gereken kanun olarak düzenlenmiştir. Bu hukuk tahkimde tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına, iptal davasında iptal davasının açıldığı yerin kanunlar ihtilafı kurallarına ve tenfizde ise tenfiz talebinin yapıldığı yerin kanunlar ihtilafına göre tespit edilir⁴⁷³. Singapur Sözleşmesi'nde UNCITRAL Model Tahkim Kanunu'na benzer bir uygulamaya gidilmiş ve ehliyetsizliğin tespitinde hangi hukuka gidileceği belirtilmemiştir⁴⁷⁴. Dolayısıyla Sözleşme ile anlaşma belgesinin icrasına karar verecek yetkili makama ehliyete uygulanacak hukuk konusunda geniş bir takdir yetkisi sağlanmıştır. Singapur Sözleşmesi dahilinde ehliyet ile ilgili icra edilebilirlik konusunda karar verecek devletin yetkili makamı kendi kanunlar ihtilafı kuralları kapsamında ehliyet konusunu ele alacak ve tespit edilen hukukun maddi hukuk hükümlerini göz önünde bulundurarak karar verecektir⁴⁷⁵. Singapur Sözleşmesi'ne göre milletlerarası niteliğe giren arabuluculuk anlaşma

⁴⁶⁸ Akıntürk, Turgut: “Medeni Hukuk, Genişletilmiş B. 13, İstanbul, 2008”, s. 118-138 ve 185-187; Öztan, Bilge: “Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2002”, s.236 vd.

⁴⁶⁹ Özel, “Singapur Konvansiyonu”, s. 1200-1201.

⁴⁷⁰ Alexander/Chong; “Commentary”, s. 88.

⁴⁷¹ Erkan, s.187.

⁴⁷² Ekşi, “Singapur Konvansiyonu”, s.76; Kaya, s. 998.

⁴⁷³ Erkan, s. 188, dn. 25.

⁴⁷⁴ Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru: “UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bakış”, TAAD, 2011, Y.2,C.2,S.4, s.135-172, s. 135vd.

⁴⁷⁵ Ekşi, “Singapur Konvansiyonu”, s. 76; Kaya, s. 998.

belgesinin Türkiye’de icra edilmesi talep edilirse tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk 5718 sayılı MÖHUK’un 9. maddesine göre belirlenecektir.

MÖHUK m.9/f.1 uyarınca gerçek kişinin hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir. Burada önce kanunlar ihtilafı kurallarına bakılır ve kanunlar ihtilafı kuralları başka bir hukuka atıf yapmıyorsa gerçek kişinin milli hukukunun maddi hükümleri uyarınca ehliyet hususu değerlendirilir. Eğer ki, bir başka yer hukukuna atıf varsa anlaşma belgesinin taraf veya taraflarının ehliyeti hususu bu yer hukukuna göre değerlendirilir⁴⁷⁶. MÖHUK m.9/f.2 uyarınca milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukuki işlemle bağlıdır. Bu fıkrafta işlem güvenliği prensibi⁴⁷⁷ düzenlenmiştir. İşlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehliyeti haiz olan kişi arabuluculuk anlaşma belgesi diğer uygunluk şartlarını da taşıyorsa yaptığı işlemle bağlı olacaktır. Ancak anlaşmanın diğer tarafı ilgili tarafın ehliyetsiz olduğunu biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa işlem güvenliği prensibi uygulanmayacaktır ve ilgili taraf kendi milli hukukuna tabi olacaktır⁴⁷⁸.

MÖHUK m.9/f.4 ise tüzel kişilerin ehliyetini düzenlemiştir. İlgili hüküm uyarınca tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Dolayısıyla tüzel kişilerin idare merkezleri neredeyse o yer hukuku uygulanacaktır. Ancak ilgili madde hükmünün devamında fiili idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukukunun uygulanabileceği düzenlenmiştir. İşlem güvenliği prensibinin tüzel kişiler için de uygulanmasının mümkün olup olmadığı hususu açıkça mevzuatta düzenlenmemiştir. İşlem güvenliği prensibi MÖHUK m.9/f.2’nin lafzına bakıldığında yalnız gerçek kişiler için kullanılabilir olarak anlaşılabilir da maddenin amacına bakıldığında tüzel kişiler için de uygulanmasının mümkün olduğu söylenebilir⁴⁷⁹. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin bir kararında da tüzel

⁴⁷⁶ Erkan, s. 195.

⁴⁷⁷ İşlem güvenliği prensibi Roma I Tüzüğü m.13’te düzenlenmiştir. “<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj>” (Erişim tarihi 20.03.2022).

⁴⁷⁸ Erkan, s.195-196.

⁴⁷⁹ Şanlı/ Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 138; Tekinalp, s. 81-82; Doğan, s. 299; Tarman, Zeynep Derya, “Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı”, İstanbul 2019, (MÖH), s.75.

kişiler için işlem güvenliğinin uygulanmasının mümkün olduğunu belirttiğinden daha önce bahsetmiştik.

Bu başlık altında değinmek istediğimiz bir başka husus ise temsil yetkisidir. Arabuluculuk anlaşma belgesine asil yerine imza atan kişilerin bu imzayı atmaya yetkilerinin olup olmadığının değerlendirmesi ehliyetin değil, temsilin konusunu oluşturur. MÖHUK m.30 uyarınca temsil yetkisi üç fıkra da üç farklı durumda uygulanacak hukukun tespitini düzenlemiştir. Birinci durum; temsilci ile temsil olunan arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklı bir temsil yetkisi sorununda, temsil yetkisine uygulanacak hukuk tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tabidir. İkinci durum; temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Temsilcinin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tabi olacaktır. Yetkisiz temsilde, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de MÖHUK m.30/f.2 hükmü uygulanır. Üçüncü durum ise; temsilci ile temsil olunan arasında hizmet ilişkisi varsa ve temsilcinin bağımsız bir işyeri yoksa temsil yetkisinin, temsil olunanın işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi olmasıdır.

Arabuluculuk anlaşma belgesine kanunlar ihtilafı kuralları uygulandıktan sonra Türk hukukunun uygulanacağını tespit edilmesi halinde temsilcinin arabuluculuk görüşmelerine katılma, anlaşma belgesini imzalama yetkilerinin olup olmadığı özel olarak aranacaktır. Söz konusu özel yetkinin dayanağı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 504/f.3 ve HMK m. 74'tür. TBK m.504/f.3 uyarınca vekilin dava açma, sulh olma ve hakeme başvurma hususlarında özel olarak yetkilendirilmesi gerekmektedir. Yine HMK m. 74 uyarınca vekil kendisine açıkça yetki verilmedikçe sulh olamaz, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuramaz. Bu madde hükümleri uyarınca özel yetkisi olmayan avukatlar tarafından anlaşma belgesinin düzenlenmesi ve imzalanması halinde ilgili anlaşma belgesi askıda hükümsüz kabul edilecek ve temsil olunan bu belgeye icazet vermediği sürece söz konusu anlaşma belgesiyle bağlı olmayacaktır⁴⁸⁰. Erkan; arabuluculuk görüşmelerine katılma ve

⁴⁸⁰ Erkan, s. 200.

arabuluculuk anlaşma belgesini imzalama hususunda avukatlardan özel yetkinin istenmesini eleştirmiştir. Erkan'a göre dava şartı olarak arabuluculukta tarafların dava açmadan önce arabuluculuğa başvurusu gerekmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bir türü olan arabuluculuk devlet yargılamasının bir parçası niteliğine bürünmüştür. Bu sebeple devlet yargılamasının zorunlu parçalarından biri haline gelen arabuluculuk için özel yetkinin aranması uygun değildir. Nitekim ihtiyari arabuluculuk için de özel yetki aranmasını uygun bulmamakla birlikte öncelikle dava şartı olarak arabuluculukta bu hususun ivedi olarak düzenlenmesini tavsiye etmektedir⁴⁸¹. Uygulamada da avukatlar tarafından bu konuda bazı eleştirilerin olduğu gözlenmektedir.

Kanaatimizce arabuluculukta iradilik ve tarafların menfaatlerinin tespiti hususları önemlidir. Zira uyuşmazlığın tarafları bizzat bu uyuşmazlıktan etkilenen ve uyuşmazlığın çözümü halinde de bu çözümünden faydalanacak kişilerdir. Dolayısıyla arabuluculuk görüşmelerine bizzat kendileri katılmak isteyebilir. Bu konuda avukatlara özel yetki verilmesi arabuluculuk faaliyetine katılma ve sulh olma hususlarının iradiliğini vurgulamaktadır. Ayrıca ilgili kanun maddelerinde sulh olma ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları için özel yetkinin aranması hususu açık ve nettir. Dolayısıyla arabuluculuk görüşmeleri ve anlaşma belgesinin imzalanması için özel yetkinin aranması yerinde bir düzenlemedir.

2.2.1.2 Sulh Anlaşmasının Hükümsüz, Etkisiz ya da Yerine Getirilemez Olması

Singapur Sözleşmesi'nin 5/f.1(b)(i) maddesine göre arabuluculuk faaliyeti sonrasında ulaşılan anlaşmanın belirli nitelikleri taşımaması hali ret nedeni olarak belirlenmiştir. Bu nedenler üç alt başlık olarak düzenlenmiştir. Öncelikle anlaşmanın hükümsüzlüğü (null and void), etkisizliği (inoperative) ya da yerine getirilmez olması (incapable of being performed) halleri icra edilebilirlik talebinin reddi nedeni olarak düzenlenmiştir. Sözleşme'nin m. 5/f.1(b)(i) hükmüne göre anlaşma belgesi tarafların geçerli kabul ettikleri hukuka göre veya böyle bir hukuk seçimi yoksa 4. madde kapsamında anlaşma belgesinin icrasının talep edildiği devletin yetkili makamınca

⁴⁸¹ Erkan, s. 201.

uygulanabilir olduğu kabul edilen hukuka göre hükümsüz, etkisiz veya yerine getirilemez olduğunun tespiti halinde yetkili makam tarafından anlaşma belgesinin icra talebi reddedilir. Bu ret sebebi New York Sözleşmesi'nin II.3 ve V.1(a) maddeleri dikkate alınarak düzenlenmiştir. Bu anlamda da hükümsüzlük, etkisizlik ve yerine getirilmez olması hallerinin belirlenebilmesi için New York Sözleşmesi'nin değinilen hükümleri ve bu konuda açıklama getiren yorumlar esas alınabilir⁴⁸². Örnek olarak anlaşmanın hile, tehdit veya hata gibi taraf iradesini sakatlayan haller sonucu oluşması durumunda anlaşmanın geçersizliği ileri sürülebilecektir⁴⁸³. Ancak Sözleşmede belirtilen hükümsüzlük, etkisizlik ya da yerine getirilemez olması halleri, anlaşma belgesinin icra edilmesi talebinin yapıldığı ülkenin arabuluculuğın yapılması için getirdiği şekil şartlarına aykırılık durumlarını içermemektedir. Örnek olarak arabulucunun bir sicile kayıtlı bulunmaması ya da faaliyet kapsamında belirli bir usule uyulmaması gibi durumlar arabuluculuk faaliyeti neticesinde ortaya çıkan anlaşmanın icra edilebilme kabiliyetini önlemeyecektir⁴⁸⁴.

Diğer yandan, Sözleşme'de ehliyet şartının hangi hukuka göre aranacağı düzenlenmemekle beraber, anlaşmanın hangi hukuka göre geçersiz sayılacağı, hükümsüz ya da yerine getirilemez olduğu ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu hallerin varlığı, tarafların arabuluculuk faaliyeti neticesinde ulaşılan anlaşmayı tabi tuttukları hukuk tarafından belirlenecektir. Tabi tutma hali ise, tarafların aralarında yaptıkları anlaşmaya ekleyecekleri bir kayıt ile mümkündür. Bu kapsamda, bu hallerle ilgili olarak taraflar hukuk tercihinde bulunabileceklerdir. Hukuk tercihinin yapılmadığı durumlarda ise anlaşma belgesinin icra edilmesinin talep edildiği devletin yetkili makamı tarafından, kanunlar ihtilafı kurallarının belirlediği hukuk kapsamında anlaşmanın geçersizliği, hükümsüzlüğü ya da yerine getirilemez olduğu belirlenecektir⁴⁸⁵.

Türk Hukuku açısından ise MÖHUK'da arabuluculuk faaliyeti neticesinde ulaşılan sulh anlaşmalarının tabi olduğu hukuk ile ilgili özel bir hüküm getirilmemiştir. Bununla beraber, sulh anlaşmasının akdi niteliğine göre, tabi olunacak hukuk genel

⁴⁸² Erkan, s.203-204.

⁴⁸³ Akıncı, "Milletlerarası Tahkim", s. 363; Şanlı/ Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 812.

⁴⁸⁴ Schnabel, s.21.

⁴⁸⁵ Erkan, s.205; Ekşi, "Singapur Konvansiyonu", s.210.

düzenleme olan MÖHUK m.24'e göre belirlenebilir. Bu anlamda öncelikle, taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesine göre sulh anlaşmasının tabi olacağı hukuku serbest bir şekilde belirleyebilirler. Taraflar açık ya da zımni şekilde tabi olunacak hukuk konusunda bir tercihte bulunmazlar ise objektif bağlama kuralları devreye girer. Objektif bağlama kurallarının düzenlendiği MÖHUK m.24/4 hükmüne göre sözleşmenin tabi olduğu hukuk konusunda bir tercihte bulunulmazsa, sözleşmenin en sıkı ilişkili yer hukuku geçerli olacaktır. Burada kanun koyucu karakteristik edim karinesini getirmiştir. Ancak arabuluculuk anlaşma belgelerinde karakteristik edimin varlığından bahsedemeyiz. Dolayısıyla bu karineyi kullanamayız. Burada MÖHUK m.24/4 ilk cümlesine bakılmalıdır. İlgili maddeye göre arabuluculuk anlaşma belgesiyle daha sıkı ilişkide olan hukuk geçerli olacaktır. Örneğin edimin ifa yerinin anlaşma belgesinin icrasının talep edildiği yer olması halinde bu yerin arabuluculuk anlaşma belgesiyle sıkı ilişkide olduğu söylenebilir ve bu yer hukuku uygulanır⁴⁸⁶.

2.2.1.3 Sulh Anlaşmasının Bağlayıcı veya Nihai Olmaması veya Değiştirilmemiş Olması

Singapur Sözleşmesi 5(1)(b)(ii) hükmüne göre, arabuluculuk faaliyeti neticesinde ulaşılan anlaşmanın bağlayıcı ya da nihai olmaması hali ret nedeni olarak belirlenmiştir. Sözleşmede geçen “*anlaşmanın kendi hükümleri uyarınca (according to its terms)*” ifadesi anlaşmanın bağlayıcı ya da nihai olmadığı durumunun sadece tarafların kendi iradeleriyle belirlediği anlaşma hükümleri uyarınca belirlenebileceğini göstermektedir. Söz konusu bağlayıcı veya nihai olmama durumu anlaşma belgesine uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilmeyecektir⁴⁸⁷. Arabuluculuk faaliyeti ertesinde tarafların ulaştıkları anlaşmayı imza altına almaları anlaşmanın taraflar için bağlayıcılığını ve nihai olduğunu göstermesi bakımından kanıt niteliğindedir. Taraflar aksi yöndeki iradelerini anlaşma metnine açık veya örtülü şekilde yansıtmaları durumunda bağlayıcılıktan ve nihai olmadan bahsedilemez. Örneğin sulh anlaşmasının tarafları uğranılan zararın tazmini konusunda anlaşmakla beraber, zararın tazmininde belirli bir makamı ya da kişiyi hesaplama konusunda yetkilendirebilirler. Bu durumda

⁴⁸⁶ Özel, “Singapur Konvansiyonu”, s.1201.

⁴⁸⁷ Erdoğan, “Singapur Sözleşmesi”, s. 199.

tercih edilen makam ya da şahsın zararı hesaplamadan evvel, sulh anlaşmasının icra kabiliyetini haiz olması için başvuruda bulunulması durumunda diğer taraf anlaşmanın nihai özelliğinin olmadığını belirterek yapılan başvuruya itirazda bulunabilir⁴⁸⁸.

2.2.1.4 Sulh Anlaşmasının Sonradan Tadil Edilmiş Olması

Singapur Sözleşmesi 5(1)(b)(iii) hükmüne göre arabuluculuk faaliyeti ertesinde ulaşılan anlaşmanın daha sonrasında değişikliğe uğraması hali ret sebebidir. Bu durumda sadece değişiklik sonrası anlaşma icra talebine konu olabilecek, ilk anlaşmanın icra talebi ise reddedilecektir. Başka bir anlatımla, Sözleşme'ye göre arabuluculuk faaliyetinde taraf iradeleri önemlidir ve anlaşmaya bu iradeler net ve eksiksiz yansıtılmalıdır. Aksi halde, bu halden yoksun anlaşmanın icrası olasılığından bahsedilemez⁴⁸⁹.

2.2.1.5 Sulh Anlaşmasında Yer Alan Yükümlülüklerin İfa Edilmiş Olması

Singapur Sözleşmesi m.5/f.1(c) hükmünde iki ayrı ret nedeni düzenlenmiştir. Bunlardan ilki m.5/f.1(c)(i) bendinde düzenlenen arabuluculuk faaliyeti ertesinde ulaşılan anlaşmada yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmiş olması durumudur. Anlaşmada bulunan yükümlülükler yerine getirilmiş olmakla beraber taraflardan biri tekrardan icra edilebilirlik talebi yaparsa bu talep kabul edilmeyecektir. Bu hükmün amacı aynı edimim iki kez ifasını engellemektir. Örnek olarak, tahkim uygulamalarında genellikle görüldüğü üzere; bir eser sözleşmesine dayanan zarar ve ziyan sigorta kanalı ile tazmin edilmekle beraber tazminatı ele alan sulh anlaşmasının tekrardan yerine getirilmesi istenirse söz konusu talep kabul edilmeyecektir⁴⁹⁰. Bununla birlikte edimlerin ifa edilip edilmediği hususunda bir anlaşmazlık varsa Singapur Sözleşmesi kapsamında icra talebi yapılabilir⁴⁹¹. Edimin ifasını gerçekleştirdiğini iddia eden taraf bu durumu anlaşma belgesine uygulanacak hukuka göre yetkili makama ispat etmelidir. Burada uygulanacak hukuk anlaşma belgesinin icrasının talep edildiği ülke hukuku olacaktır.

⁴⁸⁸ Kaya, s. 999.

⁴⁸⁹ Erkan, s.213-214; Kaya, s. 999; Özel, s. 1202.

⁴⁹⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s.808.

⁴⁹¹ Erkan, s.215.

2.2.1.6 Sulh Anlaşmasının Açık veya Anlaşılabilir Olmaması

Sözleşme'nin m.5/f.1(c)(ii) hükmünde ikinci ret nedeni düzenlenmiştir. Buna göre icra edilebilirliğe konu yükümlülük açık ya da anlaşılabilir olmazsa redde konu olacaktır. Bu madde anlaşma belgesinde düzenlenen hususların açıkça anlaşılması veya hatalı bir şekilde ifade edilmesi sebebiyle icra edilmesi talebinin yetkili makam tarafından güvenli bulunmadığı durumlarda söz konusudur⁴⁹². Aslında bu ret nedeni, ret nedenlerinin kapsamını oldukça genişletebilme özelliğine sahiptir. Sözleşme'nin amacı da gözetilerek geniş yorumlamadan kaçınılmalıdır. Dolayısıyla yetkili makam hangi hususların icra edileceğinin anlaşamadığı durumlarda bu hükme başvurmalıdır. Yetkili makam anlaşma belgesinde taraflara yüklenen borçları anlayabiliyor ve icra talebini kabul edebilecek bir hukuki çerçeve oluşturabiliyorsa anlaşma belgesinin açık veya anlaşılır olmaması gerekçesiyle icra talebini reddetmemelidir⁴⁹³.

2.2.1.7 İcra Talebinin Sulh Anlaşması Hükümlerine Aykırı Olması

Singapur Sözleşmesi'nin m.5/f.1(d) hükmünde düzenlenen ret sebebidir. Arabuluculuk faaliyeti ve nihayetinde ulaşılan anlaşmanın en karakteristik niteliği taraf iradelerinin serbestçe yansıma olanağı bulmasıdır. Buna göre anlaşmanın içeriğinin ve ne şekilde ifa edileceğinin tespitinde taraflar irade serbestisine sahiptir. Örnek olarak anlaşmada bulunan bir yükümlülüğü belirli bir ücretin ödenmesine, bir koşulun yerine getirilmesine ya da bir olayın meydana gelmesine bağlamakta taraflar serbesttirler. Aynı şekilde anlaşmanın sadece bir ülke sınırları içinde icra edilebileceğine karar verebilirler. Hatta Singapur Sözleşmesi hükümlerinin kendi anlaşmalarına uygulanamayacağına dahi karar verebilirler⁴⁹⁴. Bu durumlarda, taraf iradelerine aykırı olarak (karar verilen koşul ifa edilmeden, ön görülen olay meydana gelmeden, anlaşmada karar verilen ülke dışında bir başka ülke sınırları içinde icra edilebilirlik isteme gibi) bir tarafın icra edilebilirlik talebi yapması durumunda, böyle bir talep Sözleşme'nin m. 5/f.1(d) hükmüne göre reddedilecektir.

⁴⁹² Erkan, s.216.

⁴⁹³ Erkan, s. 217; Schnabel, s. 48.

⁴⁹⁴ Schnabel, s. 48-49; Erdoğan, "Singapur Sözleşmesi", s.200.

2.2.1.8 Arabulucunun Arabuluculuk Standartlarına Aykırı Davranması

Singapur Sözleşmesi'nin m.5/f.1(e) hükmünde; arabuluculuk faaliyeti boyunca arabulucunun öngörülen standartlara önemli bir biçimde aykırı davranması ve arabulucu bu davranışta bulunmasa idi kendisine karşı icra edilebilirlik yoluna gidilen tarafın anlaşmaya razı olmaması, bu davranışın tarafların anlaşmaya onay vermesinde esaslı unsuru oluşturması hali bir ret nedeni olarak belirtilmiştir. Burada arabulucu ve arabuluculuk faaliyeti kapsamında düzenlenen standart ve ilkelerle ilgili basit sapmalar yeterli olmayıp⁴⁹⁵, standarda uygun olmayan davranış ve tarafın anlaşmaya gitme iradesi arasında bir nedensellik bağından söz edilebilmelidir. Başka bir anlatımla, arabulucunun standarda uygun olmayan davranışı neticesinde ilgili taraf anlaşmaya muvafakat vermelidir⁴⁹⁶.

Bu hükmün uygulamaya konu olabilmesi için bir kısım koşulların beraber bulunması zorunludur. Her şeyden önce arabulucu ya da arabuluculuk faaliyeti için düzenlenmiş bir ölçütün olması zorunludur. Sözü edilen ölçüt, varsa tarafların seçmiş oldukları hukuk, yoksa arabuluculuk faaliyetine uygulanacak hukuk kapsamında tespit edilir⁴⁹⁷. Nitekim arabulucunun standartları ülkeden ülkeye değişiklik gösterse de, genel prensipleriyle birbirine benzerdir⁴⁹⁸. Diğer taraftan, tarafların arabulucuya başvurmasından evvel belirlenmiş standartların geçerli olması zorunludur. Başka bir anlatımla, icra edilebilirlik konusunda talebi değerlendirecek makam, başkaca bir hukuk sistemi ya da belirli bir kuruluşun sonradan düzenlediği standardı temel alarak talebin reddine karar veremeyecektir. Sonuç olarak uyulması zorunlu ölçüt arabulucu ve arabuluculuk faaliyeti için uygulanabilir geçerli bir standart olarak düzenlenmelidir.

⁴⁹⁵ Kallipetis, Michel: “Yeni Kabul Edilen Singapur Sözleşmesi’ne Genel Bakış: Arabuluculuk Anlaşmalarının İcra Edilebilirliği, Singapur Sözleşmesi’nin Arabuluculuk Üzerine Yansımaları Sempozyumu, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 5-6 Aralık 2019, İstanbul”, s. 53.

⁴⁹⁶ Erdoğan, “Singapur Sözleşmesi”, s. 200.

⁴⁹⁷ Alexander/Chong, “Commentary”, s.137.

⁴⁹⁸ Erkan, s.222.

2.2.1.9 Arabulucunun Tarafsız ve Bağımsız Olmaması

Arabulucunun davranışı ile ilgili diğer ret sebebi Sözleşme'nin 5/f.1(f) maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre arabulucu, tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili olarak haklı şüpheyi dayanan bir durumdan tarafları haberdar etmez ve bu bilgiyi paylaşırdı ilgili tarafın arabuluculuk faaliyeti sonucunda ulaşılan anlaşmaya onay vermeyeceği belli ise, bu hal bir ret nedenidir⁴⁹⁹. Bu hükmün uygulanması da bir kısım koşulların varlığına bağlıdır. Bu anlamda öncelikle arabulucunun bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili şüphe duyulmasını gerektirecek bir halin varlığı gereklidir. Arabulucunun taraflardan biri ile iş ilişkisinin bulunması, bir tarafın vekili olarak çalışması örnek olarak verilebilir. İkinci olarak, arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili şüpheli durumu taraflara bildirmemiş olması gereklidir. Arabulucunun bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili şüpheli durumdan haberdar olan tarafların varlığı ya da arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde devam eden süreçte tarafların bu halden objektif olarak haberdar olduklarının anlaşılması hallerinde bir ret sebebinden bahsedilemeyecektir. Üçüncü olarak, arabulucunun bağımsızlığını ve tarafsızlığını gölgeye düşüren halin bir tarafın anlaşma iradesini önemli ölçüde etkilemesi gerekir. Yani söz konusu taraf bu halden haberdar olmuş olsaydı, arabuluculuk faaliyeti kapsamında ulaşılan anlaşmaya rıza göstermeyeceği açık olmalıdır⁵⁰⁰.

Sözleşme'nin 5/f.1(f) maddesinin tatbik edilebilmesi için bir kısım şartların aranması arabulucunun süreç yönetimini sağlaması ancak karar merci olmaması, arabuluculuk faaliyetinde kontrolün taraflarda olması ile açıklanabilir. Gerçekten de arabuluculuk faaliyetinde taraf iradesinin sonuca etkili bir şekilde yansması ve gönüllülük esası söz konusudur. Bu kapsamda, arabulucunun ortaya çıkan neticeye etki edebilme kapasitesi oldukça sınırlıdır⁵⁰¹. Bu yüzden ortaya çıkan anlaşma gerçek anlamda tarafların anlaşmasıdır. Ayrıca tarafların her an anlaşmaya son verme yetkileri bulunmaktadır.

⁴⁹⁹ Özel, "Singapur Konvansiyonu", s. 1203; Kaya, s. 1001-1002.

⁵⁰⁰ Schnabel, s. 53.

⁵⁰¹ Özel, "Singapur Konvansiyonu", s. 1203.

2.2.2 Hukuki Yola Başvurunun Re'sen Reddine Yol Açan Sebepler

Singapur Sözleşmesinin 5/f.2 maddesine göre kendisi aleyhine sulh anlaşmasının icrası talebinde bulunulan kişi ileri sürmese bile talebin reddini gerektirecek, başka bir deyişle icra edilebilirlik kabiliyetini değerlendirecek yetkili merci tarafından re'sen gözetilecek haller bulunmaktadır. Bu haller Sözleşme'de düzenlenen kamu düzenine uygun olmama ve arabuluculuğa elverişli olmama şartıdır.

2.2.2.1 Kamu Düzenine Aykırılık

Singapur Sözleşmesi'nde, sulh anlaşmasının icrasında kamu düzenine aykırı bir halin tespiti durumunda talebin reddine karar verileceği düzenlenmiştir. Kamu düzenine aykırılık taraf ülkenin yetkili merci tarafından re'sen gözetilmesi gereken bir husus olup, ayrıca aleyhine icra edilebilirlik yoluna gidilen tarafça ileri sürülmesine gerek yoktur. Çünkü sulh anlaşmasının icra edilebilirliğine karar verildiği anda bu belge ilam niteliğine kavuşacak ve icra edilebilir kararının alındığı ülkede mahkeme kararı etkisine sahip olacaktır. Bu sebepten Sözleşme kapsamında bulunan anlaşma metnlerinin icrasında kamu düzenine aykırı olmama koşulu getirilmiştir. Kamu düzenine aykırı olmama şartı icra edilebilirlik konusunda karar verecek ülkenin kamu düzeni ile sınırlandırılmıştır. Çünkü anlaşma metni etkisini icra edilebilirlik talebinde bulunulan devletin sınırları içerisinde gösterecektir. Bu sebeple anlaşma metninin icra edilebilirliği durumunda ahlaka, kişilik haklarına, eşitlik ilkesine uygun olmayan neticelerin oluşması olasılığı var ise taraf ülkenin yetkili merci bu talebi kabul etmeyecektir. Kamu düzeni istinaî olarak ve dar yorumlanarak uygulanmalı, Sözleşme'nin diğer koşullarını atlatmaya çalışan bir araç haline gelmemelidir⁵⁰². Yine ülkeler arasındaki uygulama farklılıklarında da kamu düzenine aykırılık hükmüne başvurulmamalıdır. Örneğin, Sözleşme'de uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için arabulucunun arabuluculuk lisansına sahip olması şart koşulmadığı halde, yetkili merci kendi devletinin uygulaması gerekçesi ile bu halin kamu düzenine aykırı olduğunu ileri süremeyecektir⁵⁰³.

⁵⁰² Schnabel, s. 54, dn. 328 ; Tanrıver, "Yabancı Hakem Kararları", s. 477.

⁵⁰³ Kaya, s. 1003.

Kamu düzeni kavramının ne ifade ettiği konusunda açık bir tanım bulunmadığından, soyut olan bu kavram zaman ve mekana göre farklı anlamlar içerebilir. En genel ifadesi ile bir ülke sınırları içerisinde bulunan hukuki, sosyal, siyasal ve ahlaki yapının temel kaideleri ve kurumların tümü kamu düzeni kavramı içinde yer almaktadır⁵⁰⁴. Bununla birlikte 10.02.2012 tarihli 2010/1E. 2012/1K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda⁵⁰⁵ kamu düzeni toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kurallar bütünü olarak tanımlanmış ve iç hukukta özel hukuk ve kamu hukukundan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği kurallar olarak algılanması gerektiği ifade edilmiştir. Singapur Sözleşmesi'nde kamu düzeni kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklık yoktur. Bununla beraber hem New York Sözleşmesi'nde bulunan benzer bir hükümden hareketle, hem de Sözleşme kapsamında gelişmekte olan uygulama ve içtihatlardan faydalanarak kamu düzeni kavramına açıklama getirilebilir. Örnek olarak icra edilebilirlik kararı, talebin yapıldığı ülkenin hem hukuk hem de ahlak kurallarına aykırılık oluşturursa (rüşvet alacağı veya ithalat ihracat yasakları gibi) kamu düzenine aykırılıktan bahsedilebilir⁵⁰⁶.

2.2.2.2 Arabuluculuğa Elverişli Olmama

Arabuluculuk faaliyeti kapsamında ulaşılan anlaşmanın konusunu oluşturan uyuşmazlığın anlaşma belgesinin icra edilmesinin talep edildiği ülkede arabuluculuk faaliyeti kapsamında çözüme kavuşturulması mümkün değil ise, yetkili merci Sözleşme'nin 5/f.2(b) maddesi uyarınca talebi re'sen reddedebilir. Bu koşul re'sen gözetilmesi gereken şartlardan olup ayrıca itiraz edilmesine gerek yoktur. İcra edilebilirlik talep edilen ülkede bazı hususlar arabuluculuk faaliyeti kapsamında çözümlenmesi mümkün olmayan konulardan sayıldığından, bu hususların mahkeme kanalı ile çözülmesi uygun görülmüş olabilir. Bu konuda bütünlüğü sağlanmış bir uygulama da yoktur⁵⁰⁷. Nitekim Yunanistan, Slovenya gibi bazı ülkeler medeni ve ticaret hukukundan doğan uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli sayarken, Almanya, Fransa ve

⁵⁰⁴ Şanlı/ Esen/ Ataman-Fıganmeşe, s. 832; Tanrıver, S.: “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Cilt 17, 2011”, s. 476. (“Kamu Düzeni”); Topaloğlu, s. 890-891.

⁵⁰⁵ “<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/09/20120920-8.htm>” (Erişim tarihi: 20.03.2022).

⁵⁰⁶ Şanlı/ Esen / Ataman-Fıganmeşe, s. 832-835.

⁵⁰⁷ Öztürk, s.230.

Çek Cumhuriyeti gibi bazı ülkeler ise açıkça kapsam dışı düzenlenmemiş bütün uyuşmazlıklar için arabuluculuk yöntemini uygun görmüştür⁵⁰⁸.

Türk Hukukunda ise HUAK m.1/f.2’de; *“Bu Kanun yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır...”* denilerek tarafların sadece üzerinde serbest şekilde tasarruf edebilecekleri konuları kapsama almış, bunun dışındaki konuları kapsam haricinde tutmuştur. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konuların başında ticari uyuşmazlıklar gelir. Bunun haricinde tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konuların başında ise ceza yargılamasına ve idari yargılama alanına giren konular gelir. Bu konularda gelen icra edilebilirlik talebi reddedilecektir⁵⁰⁹. Aynı şekilde tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konulardan biri de iflas halleridir. Bu konuya ilişkin icra edilebilirlik talebi kabul edilemeyecektir⁵¹⁰. Aile hukuku, iş hukuku, eşya hukukunda da bazı konular tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği nitelikte olmadığından arabuluculuk kapsamı dışında kalmaktadır. Örneğin eşlerin boşanma talebi, işçinin işverenin işyerinde çalıştığı süreye ilişkin sigorta hizmet tespiti talebi, taşınmazın tapu tescili kamu düzeni kapsamında olduğundan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği nitelikte bulunmadığından arabuluculuğun konusunu oluşturmayan uyuşmazlıklardır.

2.3 Singapur Sözleşmesi’nin Diğer Hükümleri

Singapur Sözleşmesi kapsamında düzenlenen kuralların uygulanabilmesi ve Sözleşmede talep edilen şartların sağlanması ile anlaşma metninin icra edilmesi için olanak sağlanması gereklidir. Bu imkanın sağlanması da taraf devletlerden beklenmektedir. Sözleşme’nin 3/f.1 maddesi uyarınca sulh anlaşmasının taraf devletin usul hükümlerine göre ve Sözleşme’de düzenlenen şartlar uyarınca icra edilebilirlik işlemine konu olabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda, sulh anlaşması hakkında icra

⁵⁰⁸ AB ülkeleri içerisinde hangi tür uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-en.do (Erişim tarihi 20.03.2022).

⁵⁰⁹ Özel, “Kanunlar İhtilafı Meseleleri”, s. 53.

⁵¹⁰ Akıncı, “Milletlerarası Tahkim”, s.400; Özel, “Kanunlar İhtilafı Meseleleri”, s. 45.

işlemi için taraf ülkelerin idari ya da adli mercilerine yetki verilebilir⁵¹¹. Türk hukukunda Singapur Sözleşmesi kapsamındaki sulh anlaşmasının icra edileceği yetkili makama ilişkin henüz açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerek Singapur Sözleşmesi’ni iç hukukumuzda dahil eden ve 11 Mart 2021 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan kanun ile gerekse Singapur Sözleşmesi’nin Türkiye’de yürürlüğe girdiği 11 Nisan 2022 tarihi itibarıyla bu konuda henüz herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Şu an için yetkili makama yorum yoluyla ulaşabileceğimizi ifade edebiliriz. HUAK m. 18 uyarınca dava öncesi başvuru alan arabuluculuk faaliyeti neticesi elde edilen arabuluculuk anlaşma belgelerine sulh hukuk mahkemeleri tarafından icra edilebilirlik şerhinin verildiğinden yukarıda bahsetmiştik. Kanaatimizce iç mevzuatta bir düzenleme yapılmadığı takdirde Singapur Sözleşmesi kapsamındaki arabuluculuk anlaşma belgelerinin icrası için yetkili makamın sulh hukuk mahkemeleri olabileceğini söyleyebiliriz.

Singapur Sözleşmesi’nin “*Paralel Başvurular veya Talepler*” başlıklı 6. maddesinde sulh anlaşmasına dayanılması için gerekli şartların düzenlendiği 4. madde uyarınca yapılan talebi etkileyecek sulh anlaşmasına ilişkin bir iddia veya talebin mahkemeye, hakem heyetine veya yetkili bir başka makama sunulması halinde uygulanabilecek hususlar düzenlenmiştir. Böyle bir durumda başvurunun yapıldığı taraf devletin yetkili makamı, söz konusu iddia ve talebe ilişkin olarak karar vermeyi erteleyebilecek ve diğer tarafın talebi üzerine, kararın ertelenmesi lehine olan tarafın uygun bir teminat yatırmasına karar verebilecektir⁵¹².

Singapur Sözleşmesi’nin 7. maddesine göre anlaşma metninin icra edilebilirlik işleminde, taraflar icra talebinde bulunulan taraf ülkenin hukuku ya da söz konusu ülkenin taraf olduğu anlaşmaların izin verdiği şekle ve kapsama göre sahip olabileceği herhangi bir haktan yoksun kalmaz. Böylece Sözleşme’nin uygulanması aşamalarında taraf devletlerin iç hukukunda tarafların kazanılmış hakları korunacaktır⁵¹³. Yani Singapur Sözleşmesi’nin uygulamasında tarafların aleyhine bir düzenlemeye imkan verilmeyeceği belirtilmiştir. Bu madde ile iç hukuk hükümlerinin uygulanma imkanı bulunduğundan,

⁵¹¹ Erdoğan, “Singapur Sözleşmesi”, s.197.

⁵¹² Erkan, s. 264.

⁵¹³ Özsunay, s. 42; Yazar, s. 164-165.

tarafların anlaşma belgesinin icrasını talep ettiği taraf devletin hukukundan doğan daha lehe şartlardan yararlanması mümkün hale gelmiştir⁵¹⁴.

Taraf devletlerin Singapur Sözleşmesi'ne iki husus ile ilgili çekince koyabileceklerine dair düzenleme, Sözleşmenin 8. maddesinde yer almıştır. Taraf devletlerin çekince koyma hakkı bu iki husus ile sınırlandırılmıştır⁵¹⁵. Birinci çekince Sözleşme'nin m.8/f.1(a) hükmüne göre konulabilir. Buna göre Sözleşme'ye taraf ülke, kendisi ya da bünyesindeki devlet kurumları veya bu kurumlar namına faaliyetleri yürüten şahısların tarafı bulunduğu sulh anlaşmaları için Singapur Sözleşmesi hükümlerinin uygulanmayacağını beyan edebilir. Örneğin taraf devletlerden olan Türkiye'nin bu madde hükmü uyarınca çekince koyması halinde; Türkiye'ye ait bir devlet kurumu ile taraf devletlerden biri olan Çin'de işyeri bulunan bir tüzel kişi arasında yapılan arabuluculuk anlaşma belgesi bu çekince sebebiyle Singapur Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bu uygulanmama durumunun ne ölçekte olacağı bir bildirge ile açıklanmalıdır. Bu kapsamda, taraf devletin veya devlet organlarının taraf sıfatı ile bulunduğu bütün sulh anlaşmalarına çekince konulabileceği gibi, sınırlı sayıda belli kriterler konulan sulh anlaşmaları ya da sadece belirtilen şahısların imza altına aldığı anlaşmalara veya belirli bir kısım kurumların taraf sıfatı ile dahil olduğu anlaşmalara Sözleşme'nin uygulanmayacağı belirtilebilir. Başka bir anlatımla, sözü edilen hüküm, taraf devletin çekince koymadığı taraf olunan bütün sulh anlaşmalarını kapsarken, eğer çekince konulursa ortaya konan bildiride açıklanan şartlar dahilinde uygulanabilir.

Sözleşme için öngörülen ikinci çekince Sözleşmenin m.8/f.1(b) hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, arabuluculuk faaliyeti neticesinde varılan sulh anlaşması taraflarının Sözleşme hükümlerinin uygulanması için anlaşmaya varmaları halinde, taraf ülke Sözleşme'nin uygulanabilir olduğunu beyan edebilir. Taraf ülkenin koyduğu bu tür çekince, sulh anlaşması taraflarının Singapur Sözleşmesi'nin kendilerine uygulanmayacağı konusunda anlaşmalarından ayrı bir durumu açıklar. Sulh anlaşması tarafları, Singapur Sözleşmesi'nin kendi yaptıkları anlaşma için uygulanmamasına tamamen kendi iradeleri ile karar verebilirler. Bundan farklı olarak burada adı geçen

⁵¹⁴ Erkan, s. 265-266.

⁵¹⁵ Yazar, s. 165; Özel, "Singapur Konvansiyonu", s. 1207-1208; Erkan, s. 266 vd.

çekinceye göre ise, taraf ÷lkece çekince konulur ve Singapur Sözleşmesi sadece sulh anlaşması taraflarının Sözleşme'nin uygulanması hususunda anlaşmaları durumunda uygulanır.

Sözleşmenin 8. maddesinde taraf ÷lkelerin bu çekinceleri her zaman koyabileceğı düzenlenmiştir. Taraf ÷lke, Sözleşme'nin imza altına alınması ya da onaylanması süreçlerinde çekince koyarsa Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi ile beraber bu çekince geçerliliğe sahip olacaktır. Burada belirtilen zamandan sonra konulan çekinceler ise, çekincenin konulmasının ardından devam eden altıncı ayın sonunda geçerliliğe sahip olacaktır. Ayrıca önceden konulan çekincelerin sonradan da kaldırılması mümkündür. Ancak bu durumda, çekincenin ortadan kaldırılmasına ilişkin bildirimin beyan edilmesinden sonraki altıncı ayın sonunda geçerlilik kazanacaktır.

Singapur Sözleşmesi'nin taraf devletlerinden biri olan Türkiye'de Singapur Sözleşmesi'nin iç hukuka dahil edilmesine ilişkin Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonunun Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun 11 Mart 2021 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Singapur Sözleşmesi 11 Ekim 2021 tarihinde onaylanmış olup, 11 Nisan 2022 tarihinde de yürürlüğe girmiştir⁵¹⁶. Türkiye tarafından Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin herhangi bir çekince konmamıştır.

⁵¹⁶ “<https://www.singaporeconvention.org/jurisdictions>” (Erişim tarihi 12.04.2022)

SONUÇ

Uyuşmazlık, kişilerin menfaatlerinin çatışmasından doğan anlaşmazlıkların bir talep vasıtasıyla aleniyet kazanmasıdır ve kişiler arasında doğan bu uyuşmazlığın çözümünde hukuk kuralları devreye girer. Uyuşmazlıkların çözümünde ilk akla gelen usul yargılama usulü olmakla birlikte, günümüz koşullarında uyuşmazlıkların artması ve daha çok uzmanlık gerektiren bir niteliğe bürünmesi, uzun yargı süreleri, kişilerin ilişkilerini devam ettirmek istemeleri gibi sebeplerle toplumlar alternatif çözüm yolları aramaya başlamış ve bu ihtiyaçlardan doğan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanılmaya başlanmıştır. Arabuluculuk ise son yıllarda gerek ulusal gerekse milletlerarası alanda yaygınlaşmaya başlayan bir alternatif çözüm yoludur. Arabuluculuk tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği uyuşmazlıklarda tarafların sürece gönüllü olarak katıldıkları, gizlilik ilkesi dolayısıyla açıkça kendilerini ifade edebildikleri, sürecin kendi kontrollerinde olduğu ve uyuşmazlığın çözümünü kendilerinin yarattığı bir yöntem olması sebebiyle tercih edilmeye başlanmıştır. Ayrıca yargılama sürecine göre çok daha kısa sürede, daha az masrafla uyuşmazlıkların çözüme kavuşması ve dolayısıyla mahkeme yükünü de azaltması arabuluculuğun sağladığı faydalardandır.

Arabuluculuk türleri için farklı sınıflandırmalar yapılmakla birlikte uygulamada en çok karşılaşılan arabuluculuk türleri kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuktur. Türk hukuk sistemimize 2012 yılında giren arabuluculuk kolaylaştırıcı arabuluculuk olarak benimsenmiştir. Şöyle ki; tarafların arasındaki uyuşmazlığın içeriği ve çözümü için arabulucunun herhangi bir tavsiye veya çözüm önerisi getirmesi mümkün değildir. Arabulucu sadece arabuluculuk müzakere sürecinin yönetimini sağlar ve tarafların menfaatlerinin farkına varmalarına yardımcı olur. Burada arabulucunun uyuşmazlık konusuna ilişkin uzmanlığı aranmaz, sadece süreç yönetimine ilişkin uzmanlığı yeterlidir. 12.10.2017 tarihinde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda (HUAK) yapılan bir değişiklikle tarafların çözüm üretemediğinin anlaşıldığı noktada arabulucunun çözüm önerisinde bulunabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla Türk hukuk sisteminde kolaylaştırıcı arabuluculuk yönteminden değerlendirici arabuluculuk yöntemine doğru bir geçiş yapılmıştır. Arabulucunun çözüm önerisi sunabilmesi için uyuşmazlık konusuna ilişkin uzmanlığının bulunması gerekir. Bu sebeple arabuluculukta teknik uzmanlık

önemli bir hale gelmiştir. Nitekim ülkemizde de arabulucular belirli alanlarda uzmanlaşarak arabuluculuk faaliyetlerini yürütmeye başlamıştır.

Türk hukuk sisteminde arabuluculuk uygulaması bazı ülke modellerinden esinlenilerek dünya genelinde uygulanan modelden farklılıklar taşır. Dünya genelinde arabulucu olmak için belli bir meslek sınırlaması bulunmamaktadır. HUAK kapsamında arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi için ise arabulucunun Türk vatandaşı olması, hukuk mezunu olup beş yıl kıdeminin bulunması, tam ehliyetli olması, yüz kızartıcı suçlardan mahkum olmaması ve arabuluculuk sınavında başarılı olması gerekir. Türkiye’de arabulucuların çoğunluğu avukat olmakla birlikte, uygulamada hukuk fakültesi mezunu olup farklı mesleklerde 5 yıllık kıdemini dolduran kişilerin de arabulucu siciline kaydolduğu gözlenmektedir. Burada önemli olan kıstas hukuk fakültesi mezunu olmaktır. Bununla birlikte uzun bir süredir farklı meslek gruplarının hukuk fakültesi mezunu olma şartının kaldırılması talebi mevcuttur. Özellikle mali müşavirlerin bu konuda yoğun talepleri bulunmaktadır. Ancak arabuluculuk faaliyetinde uzmanlığın önem kazandığı ve arabuluculuk faaliyeti neticesinde hazırlanan anlaşma belgesinin mahkeme kararı niteliğinde bir belge olması sebebiyle anlaşma belgesi içeriğinin hukuk nosyonu bulunan kişilerce hazırlanması gerektiği dolayısıyla arabulucunun hukuk fakültesi mezunu olma şartının isabetli bir kıstas olduğu kanaatindeyiz.

Türk hukuk sisteminde 2018 yılı itibariyle kabul edilerek uygulanmaya başlayan ve o dönemde oldukça tartışılan bir diğer uygulama da dava şartı arabuluculuk uygulamasıdır. Bu düzenleme uyarınca taraflar bazı uyuşmazlık konularına ilişkin dava açmadan önce arabuluculuğa başvuracak, başvurmadığı takdirde dava usulden reddedilecektir. Bu uygulama arabuluculuğun ruhuna ve amacına aykırı olduğu, arabuluculuğun iradi bir süreç olması ve tarafların bu sürece başlaması hususunda zorlanmaması gerektiği eleştirilerine maruz kalmıştır. Yapılan eleştiriler kısmen haklı olsa da toplumun arabuluculuk sistemini tanınması, alışması ve benimsemesi için gerek duyulan bir uygulama olduğu, devletin bu düzenleme ile arabuluculuğu teşvik ettiği ve bu konuda da başarılı olduğu kanaatindeyiz. Nitekim dava şartı arabuluculuk ile toplumda arabuluculuk uygulamaları yaygınlaşmış ve toplumun çatışma kültüründen uzlaşma kültürüne geçişine bir katkı sağlanmıştır. Ancak Türk hukuk sisteminde oldukça yeni bir uygulama olan arabuluculuğun gelişmesi, yaygınlaşması, toplumda köklü bir uygulama

haline gelmesi için biraz daha zamana ihtiyaç vardır. Arabuluculuğun gelişmesi için de nitelikli arabulucular ile sulh yolunu benimseyen taraf vekillerine ihtiyaç vardır. Ayrıca arabuluculuk tarafların menfaatlerine dayanan bir çözüm yolu olduğundan arabuluculuk müzakerelerine asillerin katılımının teşvik edilmesi sağlanmalıdır. Yine arabuluculuk merkezlerinin bir kalite standardı dahilinde akredite edilerek bu merkezlere yapılan başvuruların, mevcut uygulamada dava şartı olarak arabuluculuk için yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna yapılan başvuru ile aynı hukuki statüde olmasının sağlanması arabuluculuğun gelişimine katkı sağlayacaktır. Dolayısıyla bu hususları da düzenleyen daha kapsamlı bir arabuluculuk kanununa ihtiyaç duyulmaktadır.

Türk hukukunda HUAK ile arabuluculuk faaliyeti neticesinde elde edilen arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilirliği düzenlenmiştir. Ancak sınır ötesi uyuşmazlıklara ilişkin arabuluculuk anlaşma belgelerinin icrası konusunda milletlerarası alanda bir ihtiyaç doğmuştur. Bu ihtiyacın karşılanması için UNCITRAL tarafından gerçekleştirilen uzun bir çalışma sonrası Singapur Sözleşmesi hazırlanmış ve 07 Ağustos 2019 tarihinde 46 devlet, daha sonra 9 devlet⁵¹⁷ olmak üzere toplam 55 devlet tarafından imzalanmıştır.

Singapur Sözleşmesi yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen New York Sözleşmesi'ni örnek alarak hazırlanmıştır. Bu sebeple birçok benzerlik söz konusu olsa da, arabuluculuk ile tahkimin hukuki vasıfları dolayısıyla bazı farklılıklar da mevcuttur. New York Sözleşmesi'nde tahkim yeri düzenlenmişken Singapur Sözleşmesi'nde arabuluculuk yeri düzenlenmemiştir. Yine New York Sözleşmesi'nde tahkim anlaşmasının geçerliliği aranırken Singapur Sözleşmesi'nde arabuluculuk sözleşmesinin varlığı veya geçerliliği aranmaz; önemli olan arabuluculuk faaliyeti neticesinde meydana gelen anlaşma belgesidir. Yine Singapur Sözleşmesi'nde tanıma kavramının kullanılmasından imtina edilmiştir. Zira tanıma kavramı bazı devletlerde kesin hüküm etkisi taşımaktadır Bunun yerine icra edilmesi talebi kavramı kullanılmıştır. Singapur Sözleşmesi uyarınca arabuluculuk anlaşma belgelerinin icra edilmesi için taraf devletin yetkili makamına başvurulabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu

⁵¹⁷ 12.04.2022 tarihi itibarıyla

yetkili makamın neresi olduğu Sözleşme’de açıkça düzenlenmemiş ve bu husus taraf devletlerin kendi iç mevzuat düzenlemelerine bırakılmıştır. Türkiye Singapur Sözleşmesi’ni 11 Ekim 2021 tarihinde iç hukukuna dahil etmiştir ve Sözleşme 11 Nisan 2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Fakat henüz bir uyum kanunu çıkartılmamış olup, farklı bir mevzuatta da arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edileceği yetkili makam ve icra prosedürünün nasıl yürütüleceği hususunda bir düzenleme getirilmemiştir. Bu konularda Sözleşme’nin yürürlüğe girmesini de göz önüne alarak, ivedi şekilde bir düzenleme yapılması uygun olacaktır.

Singapur Sözleşmesi’nde önem arz eden bir diğer husus ise mahkeme tarafından onaylanan veya yargılama esnasında mahkemenin huzurunda hazırlanan arabuluculuk anlaşma belgelerinin ilgili devlet hukukuna göre mahkeme kararı gibi icra edilebilir olması halinde anlaşma belgesinin Sözleşme kapsamı dışında kalmasıdır. Sözleşme’nin mahkeme kararı niteliğini kazanan anlaşma belgelerini kapsam dışında bırakma sebebi 2005 tarihli Yetki Sözleşmesine Dair Lahey Sözleşmesi, 2019 tarihli Hukuki veya Ticari Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Lahey Sözleşmesi ve 1958 tarihli New York Sözleşmesiyle çelişmesini veya çatışmasını önlemektir. Singapur Sözleşmesi’nde bu husus düzenlenerek, arabuluculuk neticesi hazırlanan anlaşma belgesinin icra kabiliyetinin düzenlenmediği taraf devletlerde bu anlaşma belgesinin icra edilebilir hale getirilmesi amaçlanmıştır. Bir diğer yandan bu durum Sözleşme kapsamını daraltmış ve bazı anlaşma belgelerinin icra edilememe riskini doğurmuştur. Ancak anlaşma belgesinin bir sebeple icra kabiliyetini kaybetmesi halinde, diğer şartları da taşıması kaydıyla yine Sözleşme kapsamına dahil olacaktır.

Singapur Sözleşmesi’nin yürürlüğe girmesiyle Sözleşme ile uyumlu bir mevzuat düzenlemesinin yapılması uygun olacaktır. HUAK’ın yerine yabancılık unsuru içeren arabuluculuk faaliyetlerinin usulüne ilişkin daha detaylı bir kanunun düzenlenmesi isabetli olacaktır. Yine ihtiyaç duyulursa MÖHUK’ta Singapur Sözleşmesi ile uyumlu düzenlemeler yapılabilir. Ayrıca HMK ile İcra İflas Kanunu’nda da Sözleşme’nin uygulanmasına ilişkin gerekli düzenlemelerin yapılması uygun olacaktır.

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında arabuluculuk yoğunlukla kullanılan bir yöntem değildir. Hakem kararlarının uygulanabilirliği daha kolay olduğundan; tahkim yolu daha çok tercih edilmektedir. Ancak arabuluculuğun

avantajları göz önünde bulundurularak, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğun teşvik edilmesi ve arabuluculuk faaliyeti sonrasında hazırlanan anlaşma belgelerinin icrasının sağlanması hedeflenerek Singapur Sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu Sözleşme ile tarafların icra hususunda etkisi olmadığını düşündükleri sulh anlaşmalarına ilişkin çekinceleri kaybolmaya başlayacak ve milletlerarası alanda arabuluculuk yöntemi ile uzlaşi kültürü gelişmeye başlayacaktır. Ancak Singapur Sözleşmesi'nin başarılı olması için Sözleşme'yi imzalayan devlet sayısının artması gerekmektedir. Nitekim milletlerarası ticarete önemli yere sahip devletlerin örneğin Avrupa Birliği üyesi devletlerin, Amerika ve Çin gibi Sözleşme'yi imzalaması milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun daha çok kullanılmasına katkı sağlayacaktır. Yine Sözleşme'yi imzalayan devletlerin vakit kaybetmeden kendi hukuklarında Sözleşme'yi onaylaması ve hızlıca taraf devletlerde Singapur Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesi önemlidir. Nitekim Türkiye'nin Singapur Sözleşmesi'ni imzalayan ilk kırkaltı ülkenin içinde olması ve Sözleşme'yi onaylayan sekizinci ülke olması milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun gelişimine ne kadar önem verdiğini göstermektedir.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ziya : Milletlerarası Tahkim 4. Bası, İstanbul 2016 (Milletlerarası Tahkim).

Akıncı, Ziya : Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 18, S. 4, 1996 (Alternatif Çözüm Yolları).

Akıncı, Ziya : Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1996 (İnşaat Sözleşmeleri).

Akıncı, Ziya : Hakem Kararları, 10. Milletlerarası Tahkim Semineri, 30 Nisan 2012, Ankara, s. 67-84. (Hakem Kararları).

Akıntürk, Turgut : Medeni Hukuk, Genişletilmiş B.13, İstanbul, 2008.

Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya : Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2018.

Akkan, Mine : Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018, s. 1-31.

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis : Medenî Usul Hukuku Esasları, B. 7, İstanbul 2011.

Albayrak, Hakan : Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu, Gaziantep University Journal of Social Sciences, 17 Etik Özel Sayı, Araştırma Makalesi, 2018.

Alexander, Nadja : German Law Paves the Way for Mandatory Mediation, The ADR Bulletin, February 2000, s. 87-88 (German Law).

Alexander, Nadja/Chong, Shouyu : The Singapore Convention on Mediation A Commentary, Kluwer Law International B.V., The Netherlands, 2019 (Commentary).

Arabuluculuk Daire Başkanlığı : Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Nisan 2019 (Temel Kitap).

Arslan, İlyas : Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Atamer, Yeşim : Milletlerarası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005.

Atamer, Yeşim : Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Milletlerarası Uygulama Alanı, İBD, Sayı 69, Yıl 1995.

Atış, İrfan : Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi, Sakarya İktisat Dergisi Cilt 8, Sayı 1, 2019.

Aybay, Rona/Dardağan, Esra : Yasaların Milletlerarası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilâfı), İstanbul, Aybay Yayınları, 2001.

Aybay, Rona : Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 72, 2007.

Aygün, Mesut : Yabancılaşma Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C.16, 2014.

Azaklı Arslan, Betül : Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.8, S.1, 2018.

Badur, Emel : Arabulucu Sözleşmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C.15, S.162, Şubat 2020.

Berkhan, İhsan : Tahkim ve Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesi, İstanbul 2019.

Bozkurt Yüksel/Armağan Ebru : UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bakış, TAAD, Y.2, C.2, S.4, 2011.

Brown, Henry/Marriot, Arthur : ADR Principles and Practice, London 1999.

Bulur, Alper : Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 4, 2007.

Bulur, Alper : Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İncelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 89, 2010 (Avukatlık Kanunu).

Can Hacı/Tuna Ekin : Milletlerarası Usul Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.

Castillo, James E. : Yeni Kabul Edilen Singapur Sözleşmesi'ne Genel Bakış: Arabuluculuk Anlaşmalarının İcra Edilebilirliği, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Singapur Sözleşmesi'nin Arabuluculuk Üzerine Yansımaları Sempozyumu, İstanbul, 5-6 Aralık 2019.

Chris Guthrie : The Lawyer's Philosophical Map and the Disputant's Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering, Harvard Negotiation Law Review, Vol.6, 2001.

Çalışkan, Yusuf : Milletlerarası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilâfı Meseleleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

Çelik, Nuri/Canikliöğlu, Nurşen/Canbolat, Talat : İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, 30. Baskı, İstanbul 2017.

Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır : Milletlerarası Özel Hukuk, B. 11, İstanbul 2017.

Çiçek, Mustafa : İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayınları; Ankara 2018.

Çil, Şahin : İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi, Ankara, Yetkin, 2018.

Demir-Gökyayla, Cemile : Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77 S. 2, 2019.

Demir Gökyayla, Cemile : Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri), Ankara, 2005.

Doğan, Vahit : Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Ankara, 2019 (MÖH).
Doğan, Vahit Banka Teminat Mektupları, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011 (Teminat Mektupları).

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan : Kişiler Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2016.

Dür Orhan : Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2018.

Ekmekçi, Ömer/Özekeş, Mustafa/Atalı, Murat : Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018.

Ekşi, Nuray : Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Singapur Konvansiyonu), Milletlerarası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C.9, S.1, 2020 (Singapur Konvansiyonu).

Ekşi, Nuray : Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, İstanbul, 2015 (Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri).

Ekşi Nuray : Milletlerarası Ticaret Hukuku, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, Mart 2010 (Milletlerarası Ticaret Hukuku).

Ekşi, Nuray : Yabancılik Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 12, S. 1-2, 1992 (Yabancılik Unsuru Taşıyan Akitler).

Erdem, Ercüment : Milletlerarası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008.

Erdoğan, Ersin/Erzurumlu, Nurbanu : Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, İstanbul, 2016.

Erdoğan, Ersin : Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığının Sınırları Hakkında Güncel Sorunlar ve Terör Suçları Açısından Yargı Bağımsızlığı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 4, 2016 (Yargı Bağımsızlığı).

Erdoğan Ersin : Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Milletlerarası Sempozyumu, Ankara, 6-7 Aralık 2018 (Singapur Sözleşmesi).

Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018, (Eren, Genel).

Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018, (Eren, Özel).

Erişir, E. : Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa'ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı 2009 Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C.I, İzmir 2010.

Erkan, Mustafa : Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi, 1. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2020.

Ersen Perçin, Gizem : Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 31, S. 2, 2011.

Ertürk, Mustafa : Arabuluculuk Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Esener, Turhan/Gündoğdu, Fatih : Borçlar Hukuku- 1- Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği, İstanbul 2017.

Folberg, Jay/Taylor, Alison : Mediation, A Comprehensive Guide to Resolve Conflicts Without Litigation, San Francisco, 1984.

Göksu, Mustafa : Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu, Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2004.

Guthrie, Chris : The Lawyer's Philosophical Map and the Disputant's Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering, Harvard Negotiation Law Review, Vol.6, (s.146-188), 2001.

Helvacı, Serap : Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul, 2007.

Hopth, Klaus J. /Steffek, Felix : Mediation - Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford 2013.

Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü : Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Singapur Sözleşmesi'nin Arabuluculuk Üzerine Yansımaları Sempozyumu, İstanbul, 5-6 Aralık 2019.

Ildır, Gülgün : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003 (AUÇ).

Ildır, Gülgün : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB Yayınları, Ankara, 2005, s. 385-401 (Hak Arama Özgürlüğü).

İlhan, Onur : Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2020.

Kallipetis, Michel : Yeni Kabul Edilen Singapur Sözleşmesi'ne Genel Bakış: Arabuluculuk Anlaşmalarının İcra Edilebilirliği, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Singapur Sözleşmesi'nin Arabuluculuk Üzerine Yansımaları Sempozyumu 5-6 Aralık 2019.

Kaplan, Yavuz : Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış, MHBD, Y. 28, S. 1- 2, 2008.

Karacabey, Kürşat : Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, 2016/1.

Karyağdı, Müjgan : Amerika Birleşik Devletleri'nde Uygulanmakta Olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi ve Türk Hukuku ile Mukayesesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 11, S. 1, 2, 2007, s. 919-964.

Kaya, Sedat : 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk EBYÜHFD, C. XXII, S. 1-2, 2018.

Kaya, Talat : Singapur Sözleşmesi ve Milletlerarası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi, MÜHFHAD, C.25, S.2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019.

Kayalı-Özdemir, Didem : Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Basamaklı Uyuşmazlık Çözüm Şartları, Haluk Konuralp'in Anısına Armağan, C.I, Ankara, 2009.

Kekeç, Elif, Kısmet : Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlıkların Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2016.

Kıyak, Emre : Dönüştürücü Arabuluculuk – Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Ko, Haksoo : On the Role of a Mediator : A Behavioural Law and Economics Perspective, Asia Pacific Law Review, Vol.17, 2000.

Kocaoğlu, A. Mehmet : Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu İngiltere Fransa Almanya İsveç ve Özellikle A.B.D. Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Olarak, Ankara 1999.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz : Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi, AÜHFD, 53(3), 2004.

Konuralp, Cengiz Serhat : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C.71,S.2.

Konuralp, Cengiz Serhat : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Yolları: Tahkim, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2011.

Korkusuz, Refik/Korkusuz, Halit M. : İş Hukukunun Emredici Hükümlerine Aykırı İfa Edilen Zorunlu Arabulucu Anlaşmalarının Hukuki Durumu, Adalet Dergisi, 64. Sayı, 2020/1.

Kuru, Baki : Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2019.

Küçükgüngör, Erkan : Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 22, S. 4, 2004.

Leonard L. Riskin : Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techniques : A Grid for The Perplexed, Harvard Negotiation Law Review, 1996.

Messing, J. K.: Mediation : An intervention strategy for counselors. Journal of Counseling & Development,1993.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş : İş Hukuku Ders Kitabı, C.1 Bireysel İş Hukuku, Ankara, 2017.

Moore, Christopher W. : The Mediation Process, Practical Strategies For Resolving Conflict, Third Edition, San Francisco 2003.

Morris Sharma, Natalie Y. : Yeni Kabul Edilen Singapur Sözleşmesi'ne Genel Bakış: Arabuluculuk Anlaşmalarının İcra Edilebilirliği, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Singapur Sözleşmesi'nin Arabuluculuk Üzerine Yansımaları Sempozyumu, İstanbul, 5-6 Aralık 2019.

Namlı, Mert : Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları, Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 99-125.

Nolan-Haley, Jacqueline : Mediation Exceptionality, Fordham Law Review, Vol.78, Issue 3, 1247-1264, 2009.

Nomer, Ergin : Devletler Hususi Hukuku, B. 22, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

Oğuz, Özgür : Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, İstanbul 2019.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe : Kişiler Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2016.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Özbay, İbrahim : Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 3-4, 2006.

Özbay, İbrahim/Korucu, Yavuz : Hukuk Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Ankara 2016.

Özbek, Mustafa Serdar : Arabuluculuk ile Tahkimin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim, Yargıtay Dergisi Cilt:43/1, Ocak 2017 (Arabuluculuk-Tahkim).

Özbek, Mustafa Serdar : Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2017 (İcra Edilebilirlik).

Özbek, Mustafa Serdar : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C.1, 4. Baskı, Ankara 2016 (AUÇ).

Özbek, Mustafa Serdar : Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, TBBD, S. 68, Ocak-Şubat 2007, s. 265-320 (Avrupa Birliğinde AUÇ).

Özbek, Mustafa Serdar : Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması İçin Öngörülen Tedbirler, AÜHFD/2006, C. LV, S.1, s.207-292 (Tedbirler).

Özdemir Kocasakal, Hatice : Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 30, S. 1-2, 2010 (Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk).

Özdemir Kocasakal Hatice : Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul, 2003 (Elektronik Sözleşme).

Özdemir Hatice : MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Milletlerarası Sözleşme” Kavramları, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı 4, 1999 (Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşme).

Ekmekçi Ömer/Özekeş Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Özekes, Muhammet : Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2002.

Özel, Sibel : Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu, MÜHFHAD Cilt 25 Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, SSN 2146-0590, Aralık 2019 (Singapur Konvansiyonu).

Özel, Sibel : Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması, MÜHFHAD, C.23, S.1, 2017 (Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması).

Özel Sibel : Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal Yayıncılık, 2008 (Kanunlar İhtilafı Meseleleri).

Özmumcu, Seda : Uzak Doğu’ da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul, B. 3, XII Levha Yayınları, 2013 (Uzakdoğu’da Arabuluculuk).

Özmumcu, Seda : Usuli Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine Bir Değerlendirme, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. II, 2015 (Usuli Adalet).

Özsunay, Ergun : Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumu Bakımından Bir Değerlendirme, İstanbul Barosu Dergisi, C. 93, S. 3, 2019.

Öztan, Bilge : Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2002.

Öztürk, Necla : Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 31, S. 2, 2015.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet : Medenî Usûl Hukuku, B.6, İstanbul 2018.

Pekcanıtez, Hakan : Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005/5.

Polat, Malike : Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010.

Riskin, Leonard L. : Understanding Mediator’s Orientations, Strategies and Techniques : A Grid for The Perplexed, Harvard Negotiation Law Review, Vol.7, (s.7-51), 1996.

Sanders, Pieter : The Harmonising Influence of the Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation: Understanding Transnational Commercial Arbitration, Münster, 2000.

Sargın, Fügen : Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel bir Yaklaşım, Ankara Hukuk Dergisi C.50 S.2, 2001.

Sarısözen, Serhat : Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma, Ankara, 2011.

Schnabel, Timothy : The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlement 19 Pepp. Disp. Resolve. L. J. 1, 2019.

Sevim, Onur Utku : Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2016.

Soysal, Tamer : Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma, İstanbul 2005.

Stoica, Veronica : Some Consideration on the Mediation Contract, Annals Constantin Brancusi University of Targu Jiu Juridical Science Series, Vol.1, 2010.

Süral, Ceyda : Hakemin Sorumluluğu, İKÜHFD, Yıl:10, C.10, S.2, Temmuz 2011, s. 229-254.

Süzek, Sarper : İş Hukuku, Beta Yayınevi, 16. Baskı, 2017.

Şahin Ceylan, Şule : Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009.

Şahin, Güngör Hüseyin : Arabuluculuk, Ankara 2008.

Şanlı, Cemal : Milletlerarası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, B. 6, İstanbul 2016.

Tanrıver, Süha : Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, TBB Dergisi 2020 (147) s: 111-142 (Dava Şartı Arabuluculuk).

Tanrıver, Süha : Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı, TBB Dergisi 2013 (104), s. 11-35 (Tabii Hakim İlkesi).

Tanrıver, Süha : Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, Makalelerim II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011 (Kanun Tasarısı).

Tanrıver, Süha : Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk, Makalelerim II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011 (AUÇ ve Arabuluculuk).

Tanrıver, Süha : Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB) Cilt 17, 2011 (Yabancı Hakem Kararları).

Tanrıver, Süha : Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara, 2010 (Arabuluculuk ve Uzlaştırma).

Tanriver, Süha : Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 821-842, (Sosyolojik Bakış).

Tanriver, Süha : Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 64, 2006, s: 151-178 (Arabuluculuk).

Tarman, Zeynep Derya : Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı, İstanbul 2019 (MÖH).

Tarman, Zeynep Derya : Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Rona Serozan Armağanı, C.II, İstanbul 2010 (Culpa in Contrahendo).

Taş, Burak : Hukukun Genel Bir İlkesi Olarak Tabii Hakim İlkesi, YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1763-1791.

Taşkın, Alim : Hakem Sözleşmesi, Ankara 2005.

Taşpınar, Sema : Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

Taşpolat-Tuğsavul, Melis : Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Tekinalp, Gülören : Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, B. 13, İstanbul 2020.

Tiryakioğlu, Bilgin : Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1996 (Taşınır Mallar).

Tiryakioğlu, Bilgin : 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi, AÜHFD, Cilt 41, Sayı 1, Yıl 1990 (BM Sözleşmesi).

Toker, Ali Gümrah : Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Özel Sayı (Burhan Ceyhan'a Armağan-II) İzmir, 2010.

Toker, Ali Gümrah : 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara, 2005.

Yağcı, Salim Serdar : Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017.

Yarar Güven : Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2019.

Yazıcı Tıktık, Çiğdem : Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.

Yenisey Doğan, Kübra : İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Kitabevi, 1. Baskı İstanbul 2007.

Yeşilirmak, Ali : Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin zmnde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve çözüm nerileri, İstanbul 2011.

Yeşilova, Bilgehan : Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan nce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, Yayın No: 37, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, Ocak 2008.

Yıldırım, Kamil : İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle zm Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, 2007.

Yılmaz, Ejder : Hukuk Sözlüğü, B. 10, Ankara, 2011.

Yılmaz, Ejder : Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2005.

Winesstone, Jennifer : Mandatory Mediation: A Comparative Review of How Legislatures in California and Ontario are Mandating the Peacemaking Process in Their Adversarial Systems, Mediate, February 2015.

Zenginkuzucu, Dikran M. : Milletlerarası Ticaret ve Yatırım Uyuşmazlıklarının Dostane zmne İlişkin Temel Metinler, B. 2, İstanbul, 2017.