

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DEVLETLER ÖZEL HUKUKU BİLİM DALI

MİLLETLERARASI USUL HUKUKUNDA ARABULUCULUK
YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Malike POLAT

Tez Danışmanı
Doç. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR

Ankara 2009

ONAY

Malike POLAT tarafından hazırlanan “Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk” başlıklı bu çalışma, 20.05.2009 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliğiyle ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim, Devletler Özel Hukuku Bilim Dalı’nda Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (Başkan)

Doç. .Dr. Esra DARDAĞAN KİBAR (Üye)

Doç. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR (Danışman)

ÖNSÖZ

Çağımızın karşı konulamaz bir olgusu olarak beliren küreselleşmenin doğal bir sonucu olarak, insan ilişkileri ve aynı zamanda ihtilaflar daha karmaşık bir hal almaktadır. Gelişen ticarî ilişkiler sınırları aşmakta ve büyük meblağlarla ifade edilmektedir. Bu durum, klasik uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin de etkisiz kalması sonucunu doğurmaktadır. Bu bağlamda gerçekleşen sosyal olgular, gerek devletleri gerekse uluslararası kuruluşları çözüm arayışına itmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesi çabası da yukarıda değinilen gelişmelerin bir sonucudur. Bu anlamda uyuşmazlıkların usûl ekonomisine uygun olarak; hızlı, ekonomik ve tatmin edici bir şekilde çözümlenmesi amaçlanmaktadır. Bu çabanın temelinde, “adaletin herkes için ulaşılabilir kılınması” fikri bulunmaktadır.

İç hukuk açısından bahsedilen ihtiyaçlar, uluslararası ticaret açısından daha farklı şekillerde belirmektedir. Uluslararası ticaretten kaynaklanan ihtilafların çözümünde zaman ve masraflar boyutu daha da ön plana çıkmaktadır. Bu durum yatırım uyuşmazlıkları anlamında düşünüldüğünde, devletlerin politikalarını dahi etkilemektedir. Hassas dengeleri hâvi bu ilişkilerin korunması mecburiyeti; artık geri döndürülemez bir boyut kazanan, uluslararası ticarî ilişkiler ve özellikle de yatırımlardan kaynaklanan sorunların çözümü için özel düzenlemelerin yapılması durumunu zorunlu olarak ortaya çıkarmıştır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), Milletlerarası Ticaret Odası (MTO-ICC), Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID), tarafından yapılan çalışmalar bu alandaki belli başlı kuralları teşkil etmektedir.

Son üç yıllık süreçte karşılaştığım her sorunda tereddütsüz yanımda olan, tez yazım sürecimin başından sonuna her aşamasında yardım ve desteklerini esirgemeyen tez danışmanım sayın Doç. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR'e; tüm eğitim hayatım ve özellikle de tez çalışmamda en önemli teşvik unsuru olan canım babam Abdurahman POLAT'a sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Ocak 2009, Ankara

Malike POLAT

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR CETVELİ.....	x
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

I. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI KAVRAMI	11
A. Uyuşmazlık Kavramı.....	11
B. Uyuşmazlık Türleri.....	11
C. Uyuşmazlıkların Çözümü.....	14
D. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kavramı ve Tahkimle İlişkisi.....	16
II. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ GENEL ÖZELLİKLERİ.....	22
III. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI ÇEŞİTLERİ.....	26
A. Arabuluculuk (<i>Mediation</i>).....	28
1. Kavram.....	28
2. Arabuluculuğun Kökenleri.....	33
3. Çağımızda Arabuluculuk Usûlü.....	35
B. Arabuluculuk-Tahkim (<i>Mediation-Arbitration/Med-Arb</i>).....	40
C. Kısa Yargılama (<i>Mini Trial</i>).....	46

IV. TAHKİM, DEVLET YARGISI VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI İLİŞKİSİ..... 48

- A. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Devlet Yargısı.....49
- B. Tahkim ve Devlet Yargısı..... 52
- C. Tahkim ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları..... 57

V. GENEL OLARAK ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARINA İLİŞKİN KURALLAR..... 61

VI. TÜRK HUKUKUNDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN KURALLAR..... 63

- A. Mevzuu Hukukumuzda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları..... 64
- B. Arabuluculuk Kanunu Tasarısı..... 68
 - 1. Tasarıya ilişkin Genel Değerlendirmeler..... 68
 - 2. Tasarıya İlişkin Görüşlerimiz..... 76

İKİNCİ BÖLÜM

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN

ULUSLARARASI KURALLAR

I. UNCITRAL UZLAŞTIRMA (ARABULUCULUK) KURALLARI VE TİCARİ UZLAŞTIRMAYA İLİŞKİN MODEL KANUN..... 82

- A. UNCITRAL Uzlaştırma (Arabuluculuk) Kuralları 84
 - 1. Kapsam..... 86
 - 2. Uzlaştırma Kuralları Çerçevesinde Öngörülen Usûl..... 87
 - a. Sürecin Başlangıcı..... 87
 - b. Uzlaştırıcıların Seçimi..... 88
 - c. Uzlaştırıcıların Görevi..... 89
 - d. Çözüm Anlaşması..... 91
 - e. Sır Saklama Yükümlülüğü..... 92

f. Uzlaştırma Sürecinin Sona Ermesi.....	93
3. Diğer Hususlar.....	93
a. Masraflar.....	93
b. Diğer Usûllere Başvuru Hakkı.....	95
c. Arabulucunun Diğer Süreçlerdeki Rolü.....	96
d. Delillerin Diğer Usûllerde İleri Sürülebilirliği.....	97
e. Uzlaştırma Şartı.....	98
 B. UNCITRAL Milletlerarası Ticarî Uzlaştırmaya İlişkin Model Kanun..	98
1. Kapsam ve Tanımlar.....	99
2. Model Kanun Çerçevesinde Öngörülen Usûl.....	102
a. Uzlaştırma Sürecinin Başlangıcı.....	102
b. Uzlaştırıcıların Sayısı ve Atanma Usûlü.....	103
c. Uzlaştırma Sürecinin Yönetimi.....	103
d. Taraflarla Uzlaştırıcı Arasındaki İletişim.....	104
e. Bilgilerin İfşası.....	104
f. Gizlilik.....	104
g. Uzlaştırma Sürecinin Sona Ermesi.....	105
3. Diğer Hususlar.....	106
a. Yorum.....	106
b. Anlaşmayla Çeşitlendirme.....	106
c. Delillerin Diğer Usûllerde Kabul Edilebilirliği.....	107
d. Uzlaştırıcının Hakemlik Yapması.....	108
e. Tahkime veya Mahkemeye Başvurabilme Olanağı.....	109
f. Çözüm Anlaşmasının İcrası.....	109
 II. MİLLETLERARASI TİCARET ODASI (MTO-ICC) İHTİLAFLARIN DOSTANE	
HALLİ KURALLARI ..	110
 A. Kuralların Genel Özellikleri.....	112
B. Kuralların Uygulanma Alanı.....	114
C. MTO İDH Kuralları Bağlamında Öngörülen Usûl.....	115
1. İDH Usûlünün Başlangıcı.....	116
a. Anlaşmanın Varlığı İhtimali.....	117

b. Anlaşmanın Bulunmaması İhtimali.....	118
2. Tarafsız Üçüncü Kişinin Seçimi.....	120
3. Ücret ve Masraflar.....	121
4. Usûlün İşleyişi.....	122
5. Sürecin Sona Ermesi.....	126
6. Genel Şartlar.....	128

III. DEVLETLER VE DİĞER DEVLETLERİN VATANDAŞLARI ARASINDAKİ YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMLENMESİ HAKKINDA KONVANSİYON (ICSID) BAĞLAMINDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ 130

A. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde Yeni Bir Alternatif.....	131
B. ICSID Uzlaştırma Kuralları Kapsamında Öngörülen Usûl.....	134
1. Uzlaştırma Talebi.....	136
2. Uzlaştırma Komisyonunun Teşkili.....	137
a. Genel Yükümlülükler.....	137
b. Komisyon'un Oluşturulmasına İlişkin Bir Anlaşmanın Bulunmaması İhtimali.....	138
c. 29/2-b Hükmü Uyarınca Teşkil Ettirilmiş Komisyona Uzlaştırıcı Atanması Usûlü.....	139
d. Uzlaştırıcının İdarî Konsey Başkanı Tarafından Atanması.....	139
e. Atamaların Kabulü.....	140
f. Komisyonun Kuruluşu.....	141
g. Uzlaştırıcıların Değiştirilmesi ve İstifası.....	141
(1) Uzlaştırıcıların Yetersizliği ve İstifası.....	142
(2) Uzlaştırıcıların Görevden Alınması.....	142
h. Komisyonda Boşluğun Bulunması Halinde İzlenecek Yol.....	143
3. Komisyonun Çalışma Usûlü.....	144
a. ICSID Uzlaştırma Kuralları Uzlaştırma Sürecinde Öngörülen Belli Başlı Hususlar.....	144
(1) Komisyonun Oturumları.....	145

(2) Müzakere Usûlü.....	145
(3) Komisyonun Kararları.....	146
(4) Başkanın Yetersizliği.....	146
(5) Tarafların Temsili.....	146
(6) Hazırlayıcı Görüşmeler.....	147
(7) Sürece Hakim Olacak Dil.....	147
(8) Komisyonun İşlevi.....	148
b. Uzlaştırma Sürecine İlişkin Diğer Hususlar.....	151
(1) Taraflarla İşbirliği.....	151
(2) Taleplerin İletimi.....	151
(3) Yazılı Beyanlar.....	152
(4) Destekleyici Belgeler.....	152
(5) Duruşmalar (<i>hearings</i>).....	153
(6) Tanıklar ve Bilirkişiler.....	153
(7) Yetki İtirazı.....	154
4. Sürecin Sonlandırılması.....	155
a. Raporun Hazırlanması.....	155
b. Raporun Nitelikleri.....	157
c. Raporun İletimi.....	158
SONUÇ.....	160
KAYNAKÇA.....	165
ÖZET.....	189
ABSTRACT.....	191

KISALTMALAR

A.B.A.J	:American Bar Association Journal
AJIL	:American Journal of International Law
APLPJ	:Asian Pasific Law & Policy Journal
Arb. Int'l	:Arbitration International
Bus. L.	:The Business Lawyer
Can. Bus. L. J.	:Canadian Business Law Journal
Colum. J. Transnat'l L.	:Columbia Journal of Transnational Law
EBLR	:European Business Law Review
EJIL	:European Journal of International Law
Fam. Advoc.	:Family Advocate
ICC	:International Chamber of Commerce
ICSID	:International Center for Settlement of Investment Disputes
Int'l Fin. L. Rev.	:International Financial Law Review
Int'l J. L. & Info. Tech.	:International Journal of Law and Information Technology
Int'l Environ. A.	:International Environment Agreements
İDH	:İhtilafların Dostane Halli
J. Disp. Res.	:Journal of Dispute Resolution
J. Mar. L. & Com.	:Journal of Maritime Law and Commerce
Krş.	:Karşılaştırınız
m.	:Madde
Med-arb	:Mediation- Arbitration
MTO	:Milletlerarası Ticaret Odası
N.D.L. Rev.	:North Dakota Law Review
Nat. Resources &Env't.	:Natural Resources and Environment
Pepp. Disp. Resol. L. J.	:Pepperdine Dispute Resolution Law Journal

s.	:Sayfa
SAL Ann. Rev.	:Singapore Academy of Law Annual Review
TBB	:Türkiye Barolar Birliği
Texas Int'l L. J.	:Texas International Law Journal
U.N.S.W.L.J.	:University of New South Wales Law Journal
UNCITRAL	:United Nations Commission on International Trade
Unif. L. R.	:Uniform Law Review
Vd.	:Ve devamı
Willamette J. Int'l L. & Dis. Res.	:Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution

GİRİŞ

Devletlerin iç hukuk sistemlerinde öncelikle “medenî yargıya alternatif” olarak ortaya çıkan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, insan psikolojisinin doğal bir unsuru olan daha iyiyi arama eğiliminin bir sonucu olarak belirmektedir. Bu anlamda alternatif uyuşmazlık çözümü çok genel olarak, uyuşmazlıkların tarafsız bir üçüncü kişi vasıtasıyla çözümü olanağı sağlayan, devlet yargısı dışındaki çözüm yollarını ifade etmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları uyuşmazlıkların daha kısa zamanda, daha hızlı, ekonomik ve etkin bir şekilde çözülebilmesi imkânını sunmaktadır. Böylece tarafların hak arama özgürlükleri de korunmuş olmaktadır.

Öte yandan, çağımızın doğal bir olgusu olan ve teknolojik gelişmelerle güçlenen küreselleşme; farklı sistemlerin ve kültürlerin yakınsaması sonucu da beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda ülke sınırlarını aşan ilişkiler; dâhilî ilişkiler kadar yoğunlaşmış, karmaşık bir hale gelmiştir. Bu tür ilişkilerden kaynaklanan sorunların, klasik çözüm yolları ile tatmin edici bir şekilde çözülebilmesi olanağı da bulunmamaktadır. Zira; milletlerarası ticaret ve yatırım ilişkilerinin devletlerin ekonomileri açısından önemi de dikkate alındığında, bu ilişkilerin arz ettiği hassasiyet de ortaya çıkmaktadır. Şu halde, bu türden uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilecek yöntemlerin, tacirleri ve yatırımcıları caydırıcı nitelikte olmaması önemli bir olgu olarak belirmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yukarıda değinilen eğilimin bir sonucu olarak; başta Anglo-Sakson hukuku olmak üzere devletlerin iç hukuklarında, Avrupa Birliği mevzuatında ve özellikle de milletlerarası

kuruluşların düzenlemelerinde yerini almaktadır. Ancak, bu alandaki uluslararası gelişmeler bir tarafa bırakılırsa, söz konusu müessese daha çok devletlerin iç hukuk sistemlerinde tıkanan yargının iyileştirilmesi çabaları kapsamında ve medenî yargıya alternatif çözümlerin geliştirilmesi amacıyla incelenen bir konu olarak belirmektedir. Bu durum, konuya ilişkin değerlendirmelerin daha çok iç hukuk eksenli olmasının da temel nedenidir. Bu anlamda sıcak bir gündem maddesi olarak ifade edilebilecek olan müessesenin, gerek uluslararası alanda gerekse ülkemizde milletlerarası ticaret bakış açısı ile ele alınmamış olması, tez çalışmamızın bu çerçeveye sınırlanmış olmasının da temel nedenidir. Bu nedenle Avrupa Birliği kapsamındaki gelişmeler de bir Devletler Özel Hukuku çalışması olan tezimizin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu yöndeki tercihin diğer bir nedeni de Avrupa Birliği kapsamında yapılan düzenlemelerin üye devletlerce muhatap alınmasına karşılık, uluslararası kuruluşlarca yapılan düzenlemelerin uluslararası ticaret hukukunun aktörleri tarafından esas alınıyor olmasıdır. Böylece, konunun daha geniş bir çerçevede incelenmesi amaçlanmıştır. Bu anlamda da en çok uygulama alanı bulan Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), Milletlerarası Ticaret Odası (MTO-ICC), Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID), tarafından hazırlanmış olan ilgili kurallar tercih edilmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının salt ilgili uluslararası kuruluşlarca yapılan düzenlemeler açısından incelenmesi çerçevesiyle sınırlandırılmış olan tezimizin ilk bölümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları müessesesi genel bir fikir vermek amacıyla, kavramsal ve uygulama alanı boyutuyla incelenmiştir. Bu alandaki terminolojik karmaşa, söz konusu müessesenin kavramsal anlamda incelenmesi aşamasında karşılaşılan en önemli sorunlardan biridir. Bu çerçevede, uzlaştırma ve arabuluculuk terimlerinin aynı müesseseyi ifade etmek üzere kullanılıp kullanılmadığı, nelerin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramı altında incelenebileceği,

tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı sorunları konunun doktrinde en çok tartışılan noktalarıdır.

Konunun kavramsal çerçevesinin çizilmesine yardımcı olacak ve en az onun kadar önemli olan diğer bir husus da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının genel özelliklerinin ortaya konabilmesidir. Bu anlamda tezimizde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, doktrinde uzlaşma sağlanan ortak özellikleriyle incelenmeye çalışılmıştır. Bu husus, genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramının sınırlarının tespitinde yardımcı olacağı gibi her bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun özelliklerinin açıklanabilmesi açısından da önem arz etmektedir.

Tezimizde konunun kavramsal çerçevesi ve ortak özellikleri itibariyle izah edilmesinden sonra incelenen diğer bir husus en çok kabul gören alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çeşitlerinin bireysel özellikleri itibariyle ortaya konmasıdır. Bu anlamda, arabuluculuk (*mediation*), arabuluculuk-tahkim (*mediation-arbitration/ med-arb*) ve kısa yargılama (*mini trial*) usûlleri kendilerine has özellikleriyle incelenmeye çalışılmıştır. Bu yöndeki tercihimizin birinci nedeni terminolojik karmaşanın, konunun işlevsel izahının önüne geçmesini engellemektir. İkinci olarak; tez çalışmamızın daha çok bu alanda milletlerarası ticarete ilişkin olarak ilgili kuruluşlarca yapılan düzenlemelerle sınırlandırılmış olmasıdır. Bu anlamda, ilgili düzenlemelerde değinilmemiş usûller çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Tezimizde değinilen diğer bir husus da alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, devlet yargısı ve tahkim müesseselerinin farklı ve benzer yönleriyle ele alınarak, işlevsellik anlamında kıyaslanmasıdır. Bu çerçevede olmak üzere, öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve devlet yargısı özellikle uyuşmazlık çözümünde maliyet, zaman ve işlevsellik anlamında kıyaslanarak

incelenmiştir. Bunun ardından, tahkim ve devlet yargısı her iki müessesenin kendilerine has özellikleri yine işlevsellik boyutunda ele alınarak incelenmiştir. Son olarak; oldukça önemli bir noktayı işaret eden tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları müesseselerinin farklı yönleri ortaya konmaya çalışılmıştır.

Tezimizde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hukukî temellerinin ortaya konabilmesi anlamında yer verilen bir diğer husus da; alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin kurallara hangi hukuk sistemlerinde, ne şekilde yer verildiğidir. Bu anlamda, kuralların öncelikle uluslararası hukuktaki belli başlı düzenlenme şekilleri ele alınmıştır. Ardından, söz konusu müesseseye ilişkin Avrupa Birliği'ndeki gelişmeler tez çalışmamızın sınırları çerçevesinde ve genel bir fikir vermek amacıyla ele alınmıştır.

Konunun hukukumuzdaki gelişim seyri arz ettiği önem nedeniyle ayrı bir başlıkta ele alınmıştır. Bu anlamda, yine tezimizin sınırları gözetilerek, daha çok “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Tasarısı” üzerinde durulmuştur. Yine bu çerçevede olmak üzere, söz konusu tasarıya yöneltilen eleştiriler ve şahsî görüşlerimiz çeşitli yönlerden ele alınarak sunulmaya çalışılmıştır.

Tezimizin ikinci bölümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin uluslararası kuruluşlarca yapılan düzenlemelerden en çok ön plana çıkan; UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları ve Model Kanun, Milletlerarası Ticaret Odası İhtilafların Dostane Halli Kuralları ve ICSID Uzlaştırma Kuralları incelenmiştir. Söz konusu kuruluşlar tahkim açısından da milletlerarası ticarete yön veren düzenlemeler gerçekleştirmişlerdir. Bu anlamda tezimizde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları müessesesi, milletlerarası ticarete tahkime alternatif olma vasfı itibarıyla ele alınarak, incelenmiştir.

Yukarıda değinildiği üzere; gerek devletlerin iç hukukları gerek bu alandaki uluslararası gelişmelerin bir sonucu olarak, öncelikle ve milletlerarası ticarî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde sıklıkla başvurulmuş bir yöntem olarak “tahkim”, karşımıza çıkmaktadır. Bunun temelinde; devlet mahkemelerinin taraflı bir çözüm benimseyebileceği kaygısı, millî yargı sistemlerinin hantal yapısının milletlerarası ticarî ilişkilerin gereklerini karşılayamaması, mahkeme kararlarının tenfizi sorunu, tarafların çözüm sürecinde etkin olabilme arzuları gibi pek çok etken bulunmaktadır. Ancak, günümüzde tahkim de gelişen ticarî ilişkilerin gereksinimlerini yanıtlamakta yetersiz kalmaktadır. Bu bağlamda; tarafların süreçteki etkinliğinin daha ön planda olduğu, dâhilî hukuk sistemlerinde kullanılmakta olan, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, uluslararası ticaret açısından da kullanılabilmesi olanağı gündeme gelmiştir. Bu durum özellikle, uzun vadeli ve maliyetli projelerin yürütülmesinde karşılaşılan sorunlar bakımından ortaya çıkmaktadır. Zira bu tür ilişkilerde; taraf hâkimiyetine yeteri kadar imkân tanımayan ve uyuşmazlıkları taraf menfaatlerini karşı karşıya getirmek suretiyle çözmeye çalışan uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, başarılı çözümlerin üretilmesini sağlamakta yetersiz kalmaktadır. Bu halde, taraflar hâlihazırda oldukça büyük ekonomik kaynaklar tahsis ettikleri bir projeyi, ekonomik menfaatleri açısından uzun dönem sürdürmek durumundadırlar. Bu anlamda; tarafları karşı karşıya getirmemesi ve uyuşmazlığın sulhen çözümünü sağlaması nedeniyle alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, milletlerarası ticarete de giderek önem kazanmaktadır.

Bahsi geçen kurallardan tezimizde ilk olarak, UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları ile Uzlaştırmaya İlişkin Model Kanun incelenmiştir. Bahse konu her iki düzenleme, farklı amaçlar gözetilmek suretiyle hazırlanmıştır. Bu bağlamda, UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları, tarafların aralarındaki sözleşmeye derç etmeleri suretiyle müstakbel bir uyuşmazlıkta doğrudan doğruya uygulama alanı bulabilecektir. Bunun aksine Model Kanun, bu konuda düzenleme yapacak olan ülkelere yol göstermek, ışık tutmak amacıyla

hazırlanmış olan bir düzenlemedir. Bu anlamda tarafların Model Kanuna atıf yapması, bir uyuşmazlığın doğması halinde, söz konusu düzenlemenin uygulanmasını sağlamayacaktır.

Tezimizde ikinci olarak; Milletlerarası Ticaret Odası İhtilafların Dostane Halleri Kuralları incelenmiştir. Milletlerarası Ticaret Odası tarafından öngörülmüş olan söz konusu usûlde, “alternatif uyuşmazlık çözüm yolları” kavramı yerine, “ihtilafların dostane halleri” kavramının benimsenmiş olması, Kuralların temeline hakim olan anlayışı ifade etmesi açısından bilinçli bir tercihi ifade etmektedir. Burada bahsi geçen kuralların adından da anlaşılacağı üzere, taraflara yalnızca arabuluculuk değil, tarafsız değerlendirme, kısa yargılama, diğer bir ihtilafın halli tekniği ve ihtilafların halli tekniklerinin bileşimi gibi farklı seçenekler de sunulmaktadır.

Tezimizde son olarak; Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) Uzlaştırma Kurallarına yer verilmiştir. Bu bağlamda yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde tahkimin yanı sıra farklı bir alternatif geliştirilmiş olmaktadır. Bilindiği gibi, yatırım uyuşmazlıkları sıradan ticarî ilişkilerden daha hassas bir yapıyı ifade etmektedir. Zira; burada oldukça uzun vadeli ve ciddi boyutlarda finansman gerektiren bir ilişki söz konusudur. Diğer taraftan, yatırım ilişkisinin taraflarını teşkil eden ev sahibi devlet ve yatırımcının menfaatlerinin dengelenmesi de oldukça sorunlu bir yapıyı ifade etmektedir. Bu durum, yatırım ilişkisinin aksaması ve bir uyuşmazlığın çıkması halinde daha da belirgin bir şekilde hissedilmektedir. Zira; burada taraflardan biri yatırımcı iken uyuşmazlığın diğer tarafında egemenlik gücünü haiz, güçlü bir hukukî süje olan devlet bulunmaktadır. Ancak, kuşkusuz devletlerin bu alandaki hareket kabiliyeti de kendi menfaatlerinin sürdürülebilmesi bağlamında kısıtlanmaktadır. Yabancı yatırımların ülke ekonomisi için arz ettiği önem göz önüne alındığında bu husus daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda yabancı yatırımlar ev sahibi

devlet için; yeni iş sahalarının oluşması, kalifiye işgücünün geliştirilmesi, vergilendirilebilecek yeni alanların oluşturulması, ithalat-ihracat dengesinin kurulması gibi pek çok faydayı da beraberinde getirmektedir. Tüm bu nedenlerle devletler müstakbel menfaatlerini de gözeterek yabancı yatırımcıların cesaretinin kırılmaması anlamında egemenlik yetkisinin kullanımı kapsamındaki faaliyetlerini sınırlandıracaklardır. Bu anlamda yatırım uyuşmazlıklarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, bağlayıcı bir kararla sonuçlanmayan uzlaştırma usûlünün başarılı olup olmayacağı hususu da tartışılmaktadır. Zira; tahkim sonucunda tenfizi mümkün bir karar elde edilmektedir. Ancak, kanaatimizce uyuşmazlık bir yatırım ilişkisinden kaynaklanıyor olsa dahi taraflara tahkim dışındaki bir alternatifin sunuluyor olması olumlu bir gelişmedir. Zira; tarafların menfaatlerini en iyi taktir edecek olanlar yine kendileridir. Bu anlamda, taraflar serbest iradeleriyle aralarındaki uyuşmazlığın uzlaştırma vasıtasıyla çözümünü uygun görmüş iseler bu hususun doktrinde ne derece tartışmalı olduğu bir önem arz etmeyecektir.

Değinilen tüm bu nedenlerle alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, henüz tahkim kadar belirgin olmasa da, milletlerarası ticarî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde giderek önem kazanmakta ve yaygınlaşmaktadır. Söz konusu müessese, terminolojik olarak oldukça karmaşık bir yapıyı haizdir. Konunun kapsamında bulunan pek çok terim hususunda doktrinde birlik sağlanamamış ve kavramlar netlikle ortaya konulamamıştır. Öte yandan; kaynaklara ulaşmada yaşadığımız zorluklar ve ulaşılabilen kaynakların da konuyu genellikle milletlerarası ticaret bakış açısı ile incelememiş olması tez çalışması sürecinde karşılaştığımız sorunlar arasında bulunmaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, daha çok iç hukuk sistemlerinde tıkanan yargı sistemlerinin iyileştirilmesi anlamında incelenen bir konu olarak belirlemektedir. Ancak, tez çalışmamızda söz konusu müessese, yalnızca milletlerarası ticaret bakımından ele alınarak, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret

Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), Milletlerarası Ticaret Odası (MTO-ICC), Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID), tarafından hazırlanmış olan ilgili kurallar bağlamında incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Bilindiği üzere uyuşmalıkların en klasik ve yasal çözüm yolu dava, yani uyuşmazlığın devlet mahkemelerine taşınması suretiyle çözümüdür. Bu husus devletin temel fonsiyonlarından biri olan yargının devreye sokulması anlamına gelmektedir. Bu husus tarafların devlete olan güveninin hem bir göstergesi hem de ölçüsüdür. Zira; taraflar uyuşmazlığı devlet yargısına havale etmek suretiyle uyuşmazlığı yasal yollardan çözme yönündeki iradelerini de ifşa etmektedirler. Kuşkusuz, devlet yargısı ile tatmin olmayan taraflar başka yollar vasıtasıyla uyuşmazlığı menfaatlerine daha uygun şekilde çözme arayışı içerisinde olacaklardır. Bu anlamda devlet yargısı ve diğer çözüm yollarının mukayesesi gündeme gelecektir.

Yukarıda da değinildiği üzere uyuşmazlıkların devlet yargısı yoluyla çözümü, temelde devlet gibi üstün bir otoritenin gücüne dayandığından, taraflara güven telakki etmektedir. Bu husus öncelikle tarafların uyuşmazlık çözüm sürecini daha ciddi algılaması ve bu suretle de sürece ilişkin verilerin mahkemece daha sağlıklı bir şekilde elde edilmesini sağlayacaktır. Zira mahkemeler, tarafların ve gerektiğinde taraflar dışındaki üçüncü kişilerin de çözüm sürecine katkıda bulunmalarını, icbar suretiyle de olsa mümkün kılacak hükümler vasıtasıyla yetkilendirilmişlerdir. Bu husus taraf rızalarının sürece katılım aşamasında yeterli düzeyde sağlanamadığı durumlarda çözüm süreci zarfında önem arz ettiği gibi, sürecin sonucunda hükmedilen kararın icra kaabiliyeti bakımından da önem arz etmektedir. Bu halde hüküm aleyhine olan taraf gereği ifa hususunda isteksiz davranırsa karşı tarafın devlet gücüne başvurmak suretiyle kararın icrasını cebren sağlayabilme olanağı bulunmaktadır. Öte yandan devlet yargısı sınırları hukuk düzenince tayin edilmiş bir alanda yine daha önceden belirlenmiş kurallar vasıtasıyla yürütülmektedir. Bu kuralların ne derece esnetileceği ise yine ilgili hükümlerin

izin verdiği ölçüde belirlenebilecektir. Bu husus sürecin uyuşmazlığın ihtiyaçlarına göre yönlendirilmesi ihtimalini neredeyse ortadan kaldırmaktadır. Bu durumda uyuşmazlığın çözümü katı kurallarla belirlenmiş, davaya konu uyuşmazlığın çözümü anlamında çok da işlevsel olmayan usulün tamamlanması çoğu kez makul sayılamayacak bir süreyi ve büyük harcamaları gerektirmekte ve bu nedenle de usul ekonomisine hizmet etmemektedir. Diğer taraftan devlet yargısı vasıtasıyla uyuşmazlık çözümü menfaatlerin değil de hakların korunması, bu bağlamda da çekişme eksenine oturtulduğundan çok ciddi olmayan bir uyuşmazlığın çözümünde dahi taraflar “hasım” haline gelmekte ve aralarındaki ilişkinin sürdürülmesi mümkün olmamaktadır.

Günümüzde ilişkiler ağının ne derece genişlediği ve hatta ülke sınırlarını dahi kolaylıkla aştığı hususu göz önünde tutulduğunda devlet yargısına ilişkin olarak yukarıda değinilen sorunların uluslararası ticarete ne denli karmaşık sorunlar doğuracağı ortadadır. Zira; uluslararası ticarete ilişkin ihtiyaçlar, işlem hacmi nedeniyle, ulusal düzeyde gerçekleşen ticarî işlemlerin doğurduğu gereksinimlerinden farklılık arz etmektedir. Burada “ivedilik” unsuru özel bir önem kazanmaktadır. Bu anlamda davaların sonuçlanma süresi göz önünde tutulduğunda, devlet yargısının uluslararası ticarî uyuşmazlıkların çözümü açısından, taraf menfaatlerine hizmet edebilmesi pek de mümkün görünmemektedir. Makul düzeyde sayılamayacak yargılama süresi yukarıda da değinildiği üzere usulî masrafları da artırmakta ve devlet yargısını akılcı bir tercih olmaktan çıkarmaktadır. Bu ve benzer diğer nedenlerle aşağıda daha da ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, alternatif uyuşmazlık çözümü (*Alternative Dispute Resolution- ADR*) uluslararası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde giderek önem kazanmaktadır. Bu çerçevede olmak üzere, “alternatif uyuşmazlık çözümü” kavramı da devlet yargısı dışındaki diğer bir çözüm yöntemi olarak beliren tahkimden ayrılmış ve farklı bir içeriğe bürünmüştür. Burada genel bir çerçeve dahilinde izah edilen “alternatif uyuşmazlık çözüm yolları” aşağıda öncelikle kavram olarak,

ardından da çeşitleri ve benzer mekanizmalarından farkı açısından değerlendirilecektir.

I. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI KAVRAMI

A. Uyuşmazlık Kavramı

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (ADR) kavramının açıklanabilmesi için öncelikle uyuşmazlık kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Uyuşmazlık, iki kişinin menfaatlerinin çatıştığı ve somut olayda her iki menfaatin tamamen tatmininin mümkün olmadığı hali ifade etmektedir. Sosyal ilişkiler ağının ve toplum yaşamının kaçınılmaz bir sonucu olan uyuşmazlıklar, mantıklı ve verimli yöntemlerle çözüldüğü takdirde ilerleme ve yenilenmenin kaynağı olabilecek, çözümsüz bırakılır ya da yıkıcı bir yöntemle çözülürse büyük zararlara yol açabilecektir¹.

B. Uyuşmazlık Türleri

Uyuşmazlık kavramına ilişkin pek çok ayırım yapılabilir. Öncelikle uyuşmazlığın taraflarına bakıldığında iki taraflı ve çok taraflı uyuşmazlıkların, bireyler arası uyuşmazlıklar ile gruplar arasındaki uyuşmazlıkların, organizasyonlar arası uyuşmazlıklar ile bir organizasyon dahilindeki uyuşmazlıkların, doğrudan doğruya tüzel ya da gerçek kişinin neden olduğu

¹ Christian Bühring-Uhle, **Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Conflict Management**, Hague, Kluwer Law International, 1996, s. 218; Alan Redfern vd., **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, 4th Ed., London, Sweet&Maxwell, 2004, s. 41. Ayrıca Bkz. "Alternative Dispute Resolution ("ADR")", ADRLJ, June 1994 (2), s. 89.

uyuşmazlıklar ile aracilar vasıtasıyla çıkarılmış olan uyuşmazlıklara bakıldığında hepsinin farklı bir yapıyı haiz olduğunu gözlemlemek çok da zor görünmemektedir².

Uyuşmazlıklar ortaya çıkışından olgunlaşma aşamasına varıncaya değin pek çok aşamadan geçerler. Bu evrim, tarafların algılama ve ifade düzeylerine bağlı olarak isimlendirme, şikâyet ve iddia aşamalarından geçilmesi suretiyle tamamlanmaktadır. Bu bağlamda uyuşmazlık çözümü, daha gelişmiş bir kavram olan uyuşmazlık yönetiminin bir parçası olarak görülebilecektir. Zira; uyuşmazlık yönetimi uyuşmazlığın formal yapısına kavuşmasından ve ifade edilmesinden önce engellenmesine yönelik önlemleri de içeren daha kapsamlı bir sistemi ifade etmektedir³. Diğer bir yazar, 1962 yılında uyuşmazlık çözümünü, “uyuşmazlık çemberinde bir nokta” olarak tanımlamış ve buna da “tamamlanmış uyuşmazlıkların alt kümesi” demiştir. Yazara göre bir uyuşmazlık çemberi üç muhtemel şekilde sona ermektedir. Bunlar sırayla kaçınma, üstesinden gelme, usulî uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulması olarak belirtilebilir. Bunlardan ilk ikisi uyuşmazlığın karşı tarafın bizzat saf dışı edilmesi ya da iddialarının çürütülmesi suretiyle uyuşmazlık çözüm sürecinin dışına çıkarılması olarak izah edilebilir. Üçüncü ihtimal ise karşı tarafın saf dışı bırakılmadığı hallerde söz konusu olacaktır. Bu halde usulî bir uyuşmazlık çözüm yöntemine başvuru uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için kaçınılmaz hale gelmektedir⁴.

² Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 218; Michael P. Reynolds, **Arbitration**, London, Lloyd's of London Press Ltd., 1993, s. 1; Oscar G. Chase, **Law, Culture and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context**, New York, New York University Press, 2005, s. 10. Ayrıca Bkz. Peter Hibberd, Paul Newman, **ADR and Adjudication In Construction Disputes**, London, Blackwell Science, 1999, s. 2.

³Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 218.

⁴ Kenneth E. Boulding, **Conflict and Defense: A General Theory**, New York 1962, Harper & Row, s. 306 (Mara Schoeny, Wallace Warfield, “Reconnecting Systems Maintenance with Social Justice: A Critical Role for Conflict Resolution”, **Negotiation Journal**, July 2000, s. 256’ dan naklen.)

Uyuşmazlıklar, menfaat ve haklara ilişkin olmalarına⁵, zıtlaşan istekler ve ihtiyaçlar arasında bir rekabet oluşturup oluşturmadıklarına göre de bir ayrıma tabi tutulabilir. Çatışan menfaatler karşılıklı tavizlerle uzlaştırılamadığında, çoğunlukla hakların yasal çareler dahilinde somutlaştırılması suretiyle normatif bağlamda çerçevelenir. Bu süreç yukarıda da değinildiği üzere suçlandırma ve iddia aşamalarından geçilmesi suretiyle şekillenmektedir. Hakların sürece dahil edilmesi çoğunlukla hasmane bir davranış olarak nitelendirilir ve uyuşmazlığın daha da gerginleşmesine neden olur. Ancak uyuşmazlıklar çoğunlukla salt menfaate ya da salt hakka dayalı olmanın ötesinde daha karmaşık bir yapıyı haizdir⁶.

Uyuşmazlığın bölünebilirliği söze konu olduğunda bir ya da iki unsurlu uyuşmazlıklar ile çok merkezli ilişkiler ağını barındıran karmaşık ilişkiler kolaylıkla birbirinden ayırt edilebilecektir. İkinci tür ilişkilere ekonomik kaynakların tahsisi, bir tablo koleksiyonunun bölünmesi, bir futbol takımındaki oyuncuların görevlendirilmesi verilebilir. Şu halde yalın haliyle gözlemlenirken ikinci tür ilişkilerin bir örümcek ağına benzediği görülmektedir. Bu halde ağ dâhilindeki bir ilmeğin çekilmesi diğer ilişkiler yumağı açısından da gerginlik oluşturacaktır. Ancak hiçbir sorunun diğer ilişkiler ağı dahilindeki sorunlara bağlı gerilimler oluşturulmaksızın çözülemeyeceği göz önünde tutulduğunda bu ilişkilerin diğerlerine oranla daha aktif, yaratıcı, gelişime açık çözümler gerektirdiği anlaşılmaktadır⁷.

⁵ Frank Elkouri, Edna Asper Elkouri, **How Arbitration Works**, Revised Ed., Washington, BNA Incorporated, 1960, s. 30 vd.

⁶ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 219; John Wagner, “International ADR Conference (Mediation Simulation and Panel Discussion)”, **APLPJ**, Vol. 3, 2002, s. 440; Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 2-3.

⁷ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 219; Donald W. Lindholm, “The Mediation Succeeds The Mediation Fails: What Do You Owe Each Party?” **Fam. Advoc.**, No. 9, 1986-1987, s.14; Richard, Hill, “Common Points and Differences Among Different Types of Mediation”, **ADRLJ**, Part 2, June 2000, s. 95.

Diğer bir ayırım da uyuşmazlığın çözüm sürecine ilişkin olarak yapılabilmektedir. Bu halde taraflardan birinin kazanımının ancak diğer tarafın kaybına bağlı olduğu çözüm şekilleri ile bütün tarafların kazanımının mümkün olduğu çözüm şekilleri arasındaki fark göz önünde tutulmalıdır. Buna göre uyuşmazlığın mahkemeler vasıtasıyla çözümünde taraflardan hiç biri için gerçek anlamda bir kazanım söze konu değildir. Uyuşmazlığın yasal bağlamda değerlendirilmesi halinde ortaya çıkan menfaate dayalı bir ilişkiden hakka dayalı bir ilişkiye geçiş çoğu kez ilişkinin her iki tarafı için de söze konu olan kazanımı hiçbir tarafın kazanımının söze konu olmadığı bir hale indirgemektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ise hakkı değil tarafların menfaatini göz önünde bulundurarak bu ilişkiyi tersine çevirmektedir⁸.

C. Uyuşmazlıkların Çözümü

Yukarıda kavramsal olarak izahı yapılan uyuşmazlıkların çözümü ise ihmal ya da kaçınma, zor kullanımı, hak ya da menfaate dayalı prosedürel çözümlere başvurma olarak üç şekilde mümkün olmaktadır. Prosedürel çözüm taraflar arasında doğrudan doğruya gerçekleşen görüşme, üçüncü kişinin arabulucu olarak dâhil olduğu görüşmeler, tahkim ya da uyuşmazlığın dava aracılığıyla çözülmesini içermektedir. Karşılıklı menfaatlerin uzlaştırılması esasına dayalı taraflar arası görüşmeler aşamasından ihkak-ı hak esasına dayalı uyuşmazlığın mahkemede çözümü aşamasına doğru giden bu süreçte yasal düzenlemelerin önemi giderek artmaktadır. Ancak çözüm genellikle tarafların yasal hakları ve gerçek menfaatlerinin bağdaştırılması suretiyle bulunabilmektedir. Bu durumun uygulamaya da yansıdığı görülmektedir. Zira; taraflar mahkeme dışı çözüm yollarına

⁸ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 220; Lousie A. LaMothe, “Thinking About Mediation”, **Litigation**, Vol. 19, No. 4, 1992-1993, s. 1; Roger E. Hartley, **Alternative Dispute Resolution in Civil Justice Systems**, New York, LFB Scholarly Publishing LLC, 2002, s. 9.

başvurduklarında yasal düzenlemelerin uygulanmasını talep etmekte, hakimler de yasal düzenlemelere uygun çözümler geliştirirken tarafların gerçek menfaatlerini göz ardı etmemektedir⁹.

Tarafların bağdaştırılabilen menfaatlerini gözeterek, somut olaya onların bakış açısı ile bakabilmek tarafları en üst düzeyde tatmin edebilme imkânını doğuracaktır. Zira; bu halde usulî masraflar azalmakta, taraflar arasındaki ilişkinin gerginleşmesi ve yeni uyuşmazlıkların doğması ihtimali azalmaktadır. Ancak, taraflar arasında güç dengesinin bozulduğu, zayıf âkidin korunması zaruretinin doğduğu ve kamu düzeninin gözetilmesi gereken diğer hallerde taraf menfaatine dayalı bir çözümden vazgeçerek hakka dayalı bir çözüm üretmek daha isabetli sonuçlar yaratabilecektir. Buna rağmen kural olarak tarafların ihtiyarına dayalı bir çözüm esas alınarak, yasal düzenlemeler çerçevesinde sahip olunan haklara tâli bir işlev atfetmek daha uygun sonuçlar doğurabilmektedir¹⁰.

İşlevsel bir uyuşmazlık yönetimi, tarafların uzlaşmasını kolaylaştırdığı gibi yasal çerçevede geçerli olan talî bir mekanizmayı da sürece dahil etmelidir. Uzlaşma neticesinde ulaşılan çözümler taraflar arasında gerçekleştirilen görüşmelerin bir sonucu olarak belirlemektedir. Burada sürece dahil edilebilecek en önemli talî mekanizma uyuşmazlığın gerçekleşmiş olduğu toplumun tabi olduğu yasal düzen tarafından sunulmaktadır. Uluslararası ticarete ise tâli bir mekanizma olarak taraflar daha işlevsel bir yöntem olan tahkimi tercih etmektedirler. Ancak, tahkimin talî bir mekanizma olarak fonksiyonunu ifa edebilmesi için uyuşmazlıkla bağlantılı bir sistem tarafından desteklenmesi gerekmektedir. Burada çift katmanlı tâli bir

⁹ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 221; Richard B. Potter Q.C, “Resolving Disputes in The Computer/IT Industry: The Courts, ADR or What?”, **Int’l J. L. & Info. Tech.**, Vol. 1, No. 1, 1993-1994, s. 107 (IT Industry).

¹⁰ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 221; Elkouri, Elkouri, **a.g.e.**, s. 30; James F. Henry , “ Some Reflections On ADR”, **J. Disp. Resol.**, Vol. 2000, No. 1, s. 68.

mekanizmadansa tek bir mekanizmanın daha sağlıklı sonuçlar doğuracağı ileri sürülebilir. Ancak, işlevsel bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasında, talî mekanizma fonksiyonunu hem dolaylı olarak taraflar arasında gerçekleşen görüşmeler sürecinde hem de kuralın bir istisnası olarak doğrudan kendi işlevini ifa ederek ve çift yönlü olarak gerçekleştirmektedir. Bu halde yasal düzenleme ve taraflarca öngörülen ihtiyarî talî mekanizma birbirlerini güçlendirmekte ve kendi işlevselliklerinin sağlama noktasında dayanışma içerisindeyler. Zira; yasal ve etkin bir mekanizma görüşmelerin kalitesini artırırken, taraflar arasında gerçekleşen görüşme süreci de her tür uyuşmazlığı talî yasal mekanizmaya aktarmayacak; ancak hakka dayalı bir çözümle en uygun sonuca varılabilecek olan uyuşmazlıkları aktararak bir filtre görevi görecektir¹¹.

D. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kavramı ve Tahkimle İlişkisi

Alternatif uyuşmazlık çözümü, genellikle mahkeme dışı çözüm yollarının tamamını karşılamak üzere kullanılan bir kavramdır. Bir görüşe göre alternatif uyuşmazlık çözümü, “ tarafsız ve objektif konumda bulunan üçüncü bir kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları, ortaklaşa bir çözüme ulaşmaları için bir araya getirerek iletişim kurmalarını ve bu suretle sorunlarının çözümünü kendilerinin bulmalarını sağlamasını yahut onlarla somut olayın koşullarına ve özelliklerine uygun olarak, üzerinde mutabakata varabilecekleri optimal çözüm önerileri üretip sunmak suretiyle uyuşmazlıkların halli bağlamında destek vermesini öngören ve devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran seçimlik bir yol olarak işlerlik kazanan, tümüyle gönüllülük esası üzerine bina edilmiş olan

¹¹Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 222; Alfred E. Cowles, “An Experienced Mediator Views the Advantages of Mediation and Arbitration”, **The Business Lawyer**, Vol. 29, 1973-1974, s. 1047; Karl M. Meessen, “International Investment and Dispute Settlement”, **Conflict Resolution in International Trade: A Symposium**, Eds. Daniel, Friedmann, Ernst-Joachim, Mestmäcker, Baden-Baden, 1993, s. 119.

uyuşmazlık çözüm yollarının bütünü” dır¹². Bizim de katıldığımız diğeri bir görüş alternatif uyuşmazlık çözümünü, “uyuşmazlıkların, tarafsız üçüncü kişi/kişilerin yardımı ile özömlenmeye çalışıldığı, başvurunun zorunlu ya da ihtiyarî olabildiği; ancak ulaşılan özömlün kural olarak bağlayıcı olmadığı, yargılama faaliyeti dışında ya da yargılama faaliyeti sırasında başvurulabilen yöntemler”¹³ olarak tanımlamaktadır. Daha genel bir tanıma göre alternatif uyuşmazlık çözümü ise, “uyuşmazlıkların çözümü amacıyla mahkemeler tarafından yürütölen dava yoluna alternatif olarak hizmet eden ve genellikle tarafsız ve objektif bir üçüncü kişinin katkı ve yardımlarıyla yönetilen usuller topluluğu” dur¹⁴. Bu halde tanımda yer alan unsurların da açığa kavuşturulması gerekmektedir. Bir yazara göre alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında yer alan uyuşmazlık ifadesi, “kişiler arasında doğan ve hukuk düzenince korunan menfaat çatışmalarının giderilemediği durumlar” ı; çözüm ifadesi ise, “mahkemelerce verilen hükümden farklı olarak, uyuşmazlığın tarafları arasında uzlaşmayı sağlayan tarafların benimsedikleri özömler”i işaret etmektedir¹⁵. Burada esas olarak açığa kavuşturulması gereken husus ise “alternatif” ifadesine yüklenen anlamdır. Bu da tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorununu akla getirmektedir. Yani söz konusu usölün “alternatif” olma vasfı sadece devlet yargısı açısından mıdır? Yoksa tahkime de alternatif teşkil etme özelliğinden bahsedilebilecek midir? Bu anlamda, alternatif uyuşmazlık çözümü kavramı ilk olarak akla devlet yargısına alternatif yöntemleri getirmektedir. Bu halde söz konusu çözüm yolları, uyuşmazlığın dava dışında özömlünü sağlayan tahkim, arabuluculuk, gibi yöntemleri ifade etmektedir¹⁶. Esasen bu yöntemler devlet yargısına paralel

¹² Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık özüm Yolları ve Özelliikle Arabuluculuk”, **TBB Dergisi**, S. 64, Y. 2006, s. 151.

¹³ Gülin Ildır, “Alternatif Uyuşmazlık özümü ve Hak Arama”, **75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki KURU Armağanı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayın No.8, 2004, s. 392(Hak Arama).

¹⁴ Mustafa Özbek, “Dünya apındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya ıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık özümü”, **AÜHFD**, C. 51, S. 2, 2002, (Dünya apındaki Adalet Ulaşma Hareketi), s. 137.

¹⁵ Ildır, “Hak Arama”, s. 386.

¹⁶ Gülin Ildır, **Alternatif Uyuşmazlık özümü, Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003, s. 26 (Alternatif).

ve hatta ona yardımcı olarak kullanılabilir¹⁷. Bir görüşe göre, iç hukuk bağlamında incelendiğinde bu kavram tahkimi içerse dahi, tahkimin ticarî uyuşmazlıklar açısından mutad bir yöntem haline geldiği düşünüldüğünde, uluslararası nitelikli uyuşmazlıklar bakımından alternatif uyuşmazlık çözümünü tahkim dışındaki yöntemlere hasretmek daha isabetli olacaktır¹⁸. İç hukuk açısından düşünüldüğünde tahkimin devlet yargısına alternatif olduğu sonucuna varılabileceği kanaatinde olan bir yazara göre, İkinci Dünya Savaşı sonrası döneme kadar tahkim yargı dışı çözüm yollarının en ön planda olanıydı¹⁹. Ancak, günümüzde diğer yargı dışı çözüm yollarının gelişimi ve karakteristik özelliklerinin yerleşmesi ile tahkim de devlet yargısı gibi ayrı bir duruşu ve alanı olan, kendine özgü bir çözüm mekanizması olarak belirmiştir²⁰. Bu nedenle günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sadece devlet yargısına değil tahkim yargısına da alternatif olabileceği düşünülmekte ve bu yöndeki eğilim nedeniyle de tahkim bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak değil, “yargılamanın yerine ikâme edilmek istenen istisnaî bir yol²¹” olarak değerlendirilmektedir²².

Yukarıda değinilen eğilime rağmen, doktrinde tahkimi de alternatif uyuşmazlık çözümü kavramı dahilinde değerlendiren yazarlar mevcuttur. Bu yazarlardan birine göre tahkim yargısı, “işleyişi ve sonucu itibarıyla yargısal bir usul” olarak değerlendirilebileceğinden, alternatif uyuşmazlık çözüm

¹⁷ Markham Ball, “ADR In International Transactions”, *Int’l Fin. Rev.*, Vol. 8, 1989, s. 21; Laurence Street, “Mediation and the Judicial Institution”, *ADRLJ*, Vol. 6, 1997, (Judicial Institution), s. 88. TANRIVER, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının devlet yargısına rakip ve ona ikame bir sistem olarak görülmemesi tam tersine devlet yargısına paralel olarak onunla yan yana gelişen “etkin ve barışçıl” hukuksal korunma yöntemleri olarak algılanması gerektiği hususu üzerinde özellikle durmaktadır. Bkz. Tanriver, *a.g.e.*, s.155.

¹⁸ Bühring-Uhle, *a.g.e.*, s. 261; Luke Nottage, “Is International Commercial Arbitration ADR?”, *The Arbitrator & Mediator*, Vol. 21, No. 1, May 2002, s. 84.

¹⁹ Ayrıca Bkz. Raymond Vernon, “International Trade Policy in The 1980’s: Prospects and Problems”, *International Studies Quarterly*, Vol. 26, No. 4, December 1982, s. 483 vd.

²⁰ Laurence Street, “The Language of Alternative Dispute Resolution”, *ADRLJ*, September 1992, Part 3, s. 40 (The Language).

²¹ Tanriver, *a.g.e.*, Dpn. 6, s. 153.

²² Bühring-Uhle, *a.g.e.*, s. 261; Ildır, *a.g.e.*, s. 27; Meessen, *a.g.m.*, s. 119; Street, “The Language”, s. 144; Tanriver, *a.g.m.*, s. 153. Karşıt görüş için Bkz. Mustafa Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2004, s. 355 vd. (Alternatif).

yolları dahilinde değerlendirilmelidir. Yazar, tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu sayılıp sayılmayacağına ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede ilk önce kararı veren mercii dikkate alarak, tahkim usulünün işletilmesi sonucunda kararın mahkemelerce değil, hakemlerce veriliyor olması hususuna dikkat çekmiştir. İkinci olarak yazar, tahkimin Türk hukuk sistemi içerisindeki yerine yargının fonksiyonunun organik ve maddî anlamdaki tanımından faydalanarak işaret etmiş ve konuyu açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, organik anlamda yargı “mahkemelerin her türlü faaliyeti”ni ifade etmektedir. Bu halde tanımın zıt anlamından yargı işlevinin ancak mahkemeler tarafından yerine getirilebileceği hususu ortaya çıkmaktadır. Yargı işlevinin maddî anlamdaki tanımına bakıldığında ise yargı, “ objektif hukukun bağımsız ve tarafsız yargı organları tarafından yargısal usullere uyularak, somut bir olaya uygulanmasıdır” . Buna göre her iki tanım birlikte yorumlandığında, yargısal işlevin temel unsuru mahkemelerce yerine getiriliyor olma şeklinde belirlemektedir ve bu nedenle de hakemlerin tahkim çerçevesindeki faaliyetleri organik anlamda yargısal işlev içerisinde düşünülemez²³.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tahkime de alternatif teşkil edip etmediğinin tespit edilebilmesi için konunun bir de uluslararası ticaret açısından incelenerek somutlaştırılması gerekmektedir. Bu çerçevede olmak üzere, aksini iddia edenler olsa dahi²⁴, alternatif uyuşmazlık çözümünün bu alanda da gittikçe önem kazandığı, kendine has özellikleriyle farklı ihtiyaçlara hitap ederek, tahkimden de ayrıştığı görülmektedir. Bu anlamda, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çeşitli açılardan tartışılmakta olsa da birçok ülkede farklı şekillerde uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin, pek çok Uzak Doğu ülkesinde uzlaştırma gerek başlı başına ayrı bir yöntem olarak gerekse tahkim prosedürü dahilinde kullanılan baskın uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

²³ Özbek, **Alternatif**, s. 100.

²⁴ Bkz. Stephen B. Goldberg, Eric D. Green, Frank E. A. Sander, “Litigation, Arbitration or Mediation: A Dialogue”, **A.B.A.J.**, June 1998, s. 70 vd.

Bir örnek olarak Çin ele alınacak olursa, görülmektedir ki yabancı yatırımlardaki artış ve bunu takiben hızlı ekonomik büyüme, Çin ile yabancı yatırımcılar arasında ortaya çıkan uyuşmazlık sayısında da artışa neden olmuş ve alternatif uyuşmazlık çözümü önem kazanmıştır. Bu anlamda arabuluculuk yönteminin hem tahkim hem de devlet yargısında teşvik edildiği görülmektedir²⁵. Japonya’da ise uluslararası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların büyük bir çoğunluğu tahkimle çözümlenmekte, diğer bir kısmı da medenî yargı yerine arabulucuk ile çözümlenmektedir. Geçmiş bağlarından dolayı İngiliz sisteminden etkilenen Hong Kong ’ta da alternatif uyuşmazlık çözümü sıklıkla tercih edilmektedir. Burada arabuluculuk yönteminin daha ön planda olduğu görülmektedir²⁶. Birleşik Krallıkta da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri medenî yargılama usulüne dahil olmaktadır. Londra ticaret mahkemesi de tarafları resmen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini kullanmaya teşvik etmekte aynı zamanda alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin olarak hizmet veren şahıs ve organizasyonların listelerini de tutmaktadır. Böylece gereken durumlarda ilgili şahıs ve organizasyonlarla doğrudan irtibat kurulabilmektedir²⁷. Ancak bu alanda kayda değer en önemli gelişme Amerika Birleşik Devletleri’nde gerçekleşmiştir²⁸. Şu halde uluslararası ticaretten kaynaklanan

²⁵ Michael J. Moser, “People’s Republic of China”, **Dispute Resolution in Asia**, Editor, Michael Pryles, The Hague, Kluwer Law International, 1997, s. 73 vd. (China); Yang Xiao, “ An Insight into Foreign Investment Dispute Resolution in China,: Adherence to the Administration by Law, Improvement of the Quality of Government”, **Qui Shi**, Issue 1, s. 292 vd. Ayrıca Bkz. Neil J. Diamant, “Conflict and Conflict Resolution in China: Beyond Mediation Centered Approaches”, **Journal of conflict Resolution**, Vol. 44, No. 4, August 2000, s. 523-546.

²⁶ Michael J. Moser, “Hong Kong”, **Dispute Resolution in Asia**, The Hague, Kluwer Law International, 1997, s. 103 (Hong Kong). Hong Kong’da alternatif uyuşmazlık çözüm yolları neticesinde verilen kararların tenfizi için Bkz. Sarah Leonard, Kanaga Dharmananda, “Peace Talks Before War: The Enforcement of Clauses for Dispute Resolution Before Arbitration”, **J. Int. Arb**, 23(4), 2006, s. 311.

²⁷ Johannes Warback, “Alternative Dispute Resolution in the World of Business: A Comparative Analysis of the Use of ADR in the United Kingdom and in Germany”, **ADRLJ**, Vol. 7, 1998, s. 104 vd.; Henry Brown, “England” , Dispute Resolution Methods, **The Comparative Law Yearbook of International Business**, Special Issue, 1994, s. 151 vd.; Hubertus W., Labes, “Germany”, Dispute Resolution Methods, **The Comparative Law Yearbook of International Business**, Special Issue, 1994, s. 181 vd.

²⁸ Bkz. Arthur H., Aufses, “Thinking About ADR”, **Litigation**, Vol. 16, No. 3, Spring 1990, s. 33 vd.; Stacey Lynne, Cushner, “Mediation in the United States”, **ADRLJ**, Part 2, June 2000, s. 107 vd.; Francis E. McGovern, Francis H. Hare, “Lessons From U.S Alternative Dispute Resolution” **Mediation An Alternative Method of Dispute Resolution?**, Lausanne, the 14th and 15th November

uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yöntemlerin geliştirilmesi amaçlandığında öncelikle Amerika Birleşik Devletleri'nde gelişen uygulamanın incelenmesi gerekmektedir²⁹. Amerika Birleşik Devletleri'nde yargılama öncesi masraflardan sakınmak mümkün olsa da uluslararası unsur ihtiva eden uyuşmazlıklar bakımından medenî yargıya başvurmak hem taraflar açısından yıkıcı olabilmekte hem de para ve zaman kaybı nedeniyle usul ekonomisine hizmet etmemektedir. Ayrıca uluslararası unsurlu ihtilaflar tarafların karşılıklı olarak yapıcı görüşmeler gerçekleştirmelerini engellemektedir. Bu nedenle arabuluculuk ve kısa-duruşma gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri tarafsız bir değerlendirmeye olanak vererek, bilginin daha yoğun olarak aktarılmasına olanak tanıyacaktır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden en çok öne çıkan ise arabuluculuktur. Arabuluculuk özellikle mahkeme katımlı yöntemlerle federal hukuk sistemlerine aşılanmıştır³⁰. Alternatif uyuşmazlık çözümünün bu denli yaygınlaşması, konu hakkında profesyonel hizmet veren kurumların sayıca artması olgusunu da beraberinde getirmiştir. Bunun doğal bir sonucu olarak da şirketler gibi ticarî oluşumların yanı sıra kâr amacı gütmeyen kurumlar ön plana çıkmıştır. Bu bağlamda United States Arbitration and Mediation Inc. (USAM)³¹ birincisine, Amerikan Tahkim Birliği (American Arbitration Association-AAA)³² ikincisine örnek olarak gösterilebilir³³.

Sonuç olarak yukarıda da iç hukuk ve uluslararası ticaret açısından söz konusu eğilimin incelenmesi suretiyle görüldüğü üzere, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları gerek ülkelerin iç hukuklarında gerekse uluslararası niteliği haiz

1991, s. 165 vd. Ayrıca Bkz. David I. Bristow, "Alternative Methods of Dispute Resolution in Canada", **ADRLJ**, Part 4, December 1992, s. 194 vd (Canada).

²⁹ Linda Singer, *Settling Disputes, Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System*, 2nd Edition, Colorado, Westview Press, 1994, s. 2 vd.

³⁰ A. William Finkelstein, Bruce P. Keller, Robin A. Rolfé, "ADR in the US: The Time Has Come", **Managing Intellectual Property**, March 1994, s. 21 vd.

³¹(Erişim) <http://www.usam-midwest.com/>, 15 Eylül 2008.

³²(Erişim) <http://www.adr.org/>, 15 Eylül 2008. Ayrıca Bkz. (Erişim) <http://www.jamsadr.com>, 15 Eylül 2008; (Erişim) <http://www.cpradr.org> 15 Eylül 2008.

³³ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 261 vd.; Cushner, **a.g.m.**, s. 108.

düzenlemelerde, tahkimden ayrışarak, farklı bir yer edinmiştir. Bu eğilimin temel nedeni, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hitâp ettiği uyuşmazlık kategorisinin tahkimin tercih edildiği kategoriden farklılık arz etmesidir. Bu durum ise her iki usûlün hitâp ettiği uyuşmazlık kümelerinin farklı ihtiyaçları gerektirmesinin doğal sonucu olarak belirmektedir. Şu halde, kanaâtimizce tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramı içerisinde yer almamaktadır.

II. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ GENEL ÖZELLİKLERİ

Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramı içinde pek çok yöntemi barındırsa da söz konusu uyuşmazlık çözüm yöntemleri kendi içinde pek çok ortak noktada birleşmektedir³⁴. Öncelikle alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri tarafların üzerinde *tasarruf edebilecekleri haklara ilişkindir*. Taraflar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi üzerinde de tasarruf yetkisini haiz olduklarında burada çift yönlü bir tasarruf özgürlüğünden bahsedilebilecektir. Şu halde uyuşmazlık çözüm yöntemi prosedürüne dahil olma ve neticede ortaya çıkan kararın bağlayıcılığını kabul etme noktasında tarafların özgürlüğü (*rızaîlik*) söze konudur. *Rızaîlik* unsuru alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temel özelliklerinden biri olduğundan, kurulan sistemin iyi işleyebilmesi için taraf iradelerinin her aşamada ön planda tutulması gerekmektedir³⁵. Bu nedenle zorunlu başvuru mekanizmaları yerine, tarafların arzu ederlerse başvurabilecekleri seçimlik mekanizmaların ihdası daha makul görünmektedir. Zira alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bir hukuk sistemine aşılması ile beklenen fayda ancak sistem amacı dahilinde

³⁴ Goldberd, Green, Sander, **a.g.m.**, s. 70 vd. Ayrıca Bkz. Joshua D. Rosenberg, H. Jay Folberg, "Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis", **Stanford Law Review**, Vol. 46, July 1994, s. 1487 vd.

³⁵ Warback, **a.g.m.**, s. 111 vd. Ayrıca Bkz. Jessica Pearson, Nancy Thoennes, "The Benefits Outweigh the Costs" **Fam. Advoc.**, Vol. 4, 1981-1982, s. 30.

kullanılırsa sağlanabilecektir. Bu bağlamda, rızaîlik unsuru yeterli derece vurgulanırsa, taraflar uyuşmazlık çözüm prosedürüne daha çok hakim olabildiklerinden sonuçta ortaya çıkacak kararı da daha kolay kabullenmekte ve böylece taraf tatminiye de üst düzeyde gerçekleştirilmiş olmaktadır³⁶.

İkinci olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri *esnek bir yapıyı* haiz olduklarından taraflar veya yasal danışmanları kendi yaratıcılıklarını kullanarak söz konusu yöntemleri geliştirebileceklerdir. Bu *esnek yapı* hem medenî yargılamada olduğu gibi sınırlı çözümlerle sınırlı değildir hem de pek çok kombinasyonu bünyesinde barındırmaktadır. Zira; alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri katı sınırlarla çerçevelenmemiştir³⁷. Burada akla hangi yöntemin daha iyi sonuçlar verebileceği gibi bir soru gelebilir. Ancak, bu soruyu kesin bir netlikle cevaplama imkanı yoktur. Bu halde en uygun yöntemin hangisi olduğu tarafların tercihlerine, uyuşmazlığa esas teşkil eden olayın niteliklerine, kısaca somut olayın koşullarına, göre belirlenebilecektir. Örneğin taraflar aralarındaki uyuşmazlığı, daha özgür bir ortamda tartışarak çözmek istiyorlarsa arabuluculuk (Mediation); belli bir noktaya kadar müzakerelerin sürdürülmesini ancak sürecin her halde hakemin vereceği bağlayıcı bir kararla sonuçlanmasını istiyorlarsa tahkim (Arbitration) olayın mahiyetine daha uygun düşecektir. Bunun yanı sıra taraflar, bağlayıcı bir çözüme varmadan önce herhangi bir yükümlülük altına girmeden, özgür bir tartışma ortamında uyuşmazlığı değerlendirerek, tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla uyuşmazlığın çözülüp çözilemeyeceğini görmek; bundan sonuç alınamadığı takdirde, uyuşmazlığın tahkime intikal ettirilmesi suretiyle, her iki taraf için de bağlayıcı bir şekilde çözümlenmesini arzu ediyorlarsa arabuluculuk-tahkimi (Mediation-Arbitration, Med-Arb) tercih edebileceklerdir³⁸.

³⁶ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 270; Edward A. Dauer, “The Future of ADR”, **Pepp. Disp. Resol. L.J.**, 2000-2001, s. 6; Lynn A. Kerbeshian, “ADR: To Be Or...?”, **North Dakota Law Review**, Vol. 70, 1992, s. 385.

³⁷ Ball, **a.g.m.**, s. 21; Hartley, **a.g.e.**, s. 13; Warback, **a.g.m.**, s. 111.

³⁸ Wagner, **a.g.e.**, s. 440; Dauer, **a.g.m.**, s. 6.

Burada değinilmesi gereken diğerk bir özellik de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin daha çok taraflar arası *görüşmelere* dayanmasıdır³⁹. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri taraflar arası görüşmeleri kolaylaştırarak tarafların karşılıklı uzlaşmasına dayalı çözüme ulaşma ihtimalini artırmaktadır⁴⁰.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yukarıda da değinildiği gibi *taraf menfaatine* dayanmaktadır. Değinilen menfaatler yasal hak ve çözümlerden etkilenmektedir. Pek çok alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi tarafların yasal hakları ile medenî yargıya başvurmaları halinde elde edebilecekleri muhtemel kazanımlara ilişkin bir değerlendirmeyi de içermektedir. Zira; yukarıda da değinildiği üzere menfaat ve hak kavramları anlaşılması güç bir etkileşim içersindedir. Şu halde haklar menfaatleri etkilemekte ancak hakların algılanması başlı başına çözümü getirmemektedir. Medenî yargı uyuşmazlığı ancak yasal çerçeve bağlamında çözüme kavuşturabilmekte ve bu nedenle de uyuşmazlığı her iki tarafın kazanımının da azaldığı bir noktaya indirgemektedir⁴¹. Menfaat odaklı bir çözüm izlendiğinde uyuşmazlıkla tam olarak bağlantılı olmayan noktaların aydınlatılması da mümkün olabilmektedir. Bu halde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri açısından bir ikilemin varlığından bahsedilebilir. Zira; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hem uyuşmazlığın odağını yasal haklardan menfaatlere kaydırmaya çalışmakta hem de yasal talî çözümleri daha etkili ve tatmin edici sonuçlara ulaşabilmek için değerlendirmektedir⁴².

³⁹Bkz. Klaus Winkler, **Alternative Dispute Resolution Enables Efficient Negotiations: Conclusions From Dispute Resolution in Network Industries**, Heidelberg, Physica-Verlag, 2006, s. 129 vd.

⁴⁰Ball, **a.g.m.**, s. 21; Goldberg, Green, Sander, **a.g.m.**, s. 72 vd.

⁴¹Warback, **a.g.m.**, s. 111.

⁴²Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 271; Kerbeshian, **a.g.m.**, s. 385.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin diğer bir özelliği taraflara uyuşmazlık yönetimine *dahil olma imkânını* sunmasıdır. Bu halde, daha aktif bir rol sunulmak suretiyle taraflar, uyuşmazlık çözüm sürecinde ön plana çıkmaktadırlar. Zira; taraflar kendi menfaatlerini, en iyi kendileri bileceklerdir. Böylece uyuşmazlık da her iki tarafın kazançlı çıkabileceği bir şekilde çözümlenmiş olacak ve tarafların uyuşmazlık yönetiminde etkin hale gelmesi; daha hızlı, kalıcı ve yaratıcı bir çözüme ulaşılmasını sağlayabilecektir⁴³.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin önemli özelliklerinden biri de *gizlilik* hususunda medenî yargıdan daha hassas olmalarıdır. Böylece taraflara da güven telkin edilmiş olmakta; sunacakları bilgilerin gizli kalacağı hususunda bir endişe taşımayan taraflar, uyuşmazlık yönetiminde gönüllü olarak daha etkin bir rol üstlenmektedirler. Bu husus özellikle ticarî hayatta güvene dayanan ilişkilerin korunması açısından önem arz etmektedir⁴⁴.

Son olarak, alternatif uyuşmazlık çözümü *usul ekonomisine* medenî yargıya oranla daha fazla hizmet etmektedir. Her ne kadar maliyet seçilen yöntem ve uyuşmazlığın niteliğine göre değişmekte ise de alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, usulî masraflar gibi dolaysız, sarf edilen enerji gibi dolaylı maliyetleri azaltmaktadır⁴⁵. Ayrıca alternatif uyuşmazlık çözüm yolları her derde deva olarak görülemeyecek olsa da devlet yargısının genellikle uzun zaman alan, pahalı ve pek çok külfet getiren yapısı göz önüne alındığında değerlendirilmeye değer bir öneri olarak görülebilecektir⁴⁶. Özellikle Amerika'da 1970'lerden beri gelişmekte olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargı sistemlerine aşılabilmesi her ne kadar köklü

⁴³ Goldberg, Green, Sander, **a.g.m.**, s. 72 vd. Ayrıca Bkz. Warback, **a.g.m.**, s. 112 vd.; Winkler, **a.g.e.**, s. 141; Kerbeshian, **a.g.m.**, s. 391.

⁴⁴ Goldberg, Green, Sander, **a.g.m.**, s. 71vd; Warback, , **a.g.m.**, s. 112 vd.

⁴⁵ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 272; Goldberg, Green, Sander, **a.g.m.**, s. 72 vd; Kerbeshian, **a.g.m.**, s. 392.

⁴⁶ Bkz. Michael O' Reilly, Michael Mawdesly, "The Management of Disputes: A Risk Approach", **ADRLJ**, December 1994, Part 4 , s. 260 vd.

değişiklikleri gerektirse de günümüzde katettiği mesafe gözönüne alındığında artık sıradışı ve istisnaî bir çözüm yolu olarak görülemeyecektir⁴⁷. Burada esas sorun hangi tür uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yolları vasıtasıyla çözümlenebileceğinin tespitidir. Her ne kadar yasal düzenlemelerde bu hususa ilişkin bazı belirlemeler bulunabilecek olsa da alternatif uyuşmazlık çözüm yolları esnek yapısı gereği çok fazla sınırlanamayacak bir alandır. Sınırları kurallarla sıkı sıkıya belirlenemeyen böyle bir alanda faaliyet göstermek uygulayıcılar açısından da oldukça zordur⁴⁸. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları vasıtasıyla çözümlenmiş olan uyuşmazlıklara ilişkin verilere istatistikî bir değerlendirmeye olanak verecek boyutta erişilememesi hususu da üzerinde ayrıca düşünülmesi gereken bir durumdur. Eleştirel yaklaşımı benimseyen bir görüşe göre, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının “daha iyi” olduğu ifade edilirken neyin kriter alındığı önemli bir noktadır⁴⁹.

III. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI ÇEŞİTLERİ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çeşitleri “alternatif uyuşmazlık çözüm yolları” kavramı gibi tartışmalı bir konudur. Zira; alternatif uyuşmazlık çözümü esnek bir kurumdur ve uyuşmazlık çözüm süreci bağlamında yeni yöntemlerin aynı çatı altında geliştirilmesine bir engel de bulunmamaktadır. Bu nedenle çok genel olarak, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çeşitleri; arabuluculuk (*Mediation/conciliation*)⁵⁰, arabuluculuk-tahkim (*Mediation-Arbitration*)⁵¹, kısa yargılama (*Mini Trial*)⁵², vakıaların saptanması(*Fact*

⁴⁷ Finkelstein, Keller, Rolfe, **a.g.m.**, s. 21 vd.

⁴⁸ Durand, **a.g.m.**, s. 447.

⁴⁹ Lisa B. Bingham, “The Next Step: Research on How Dispute System Design Affects Function”, **Negotiation Journal**, October 2002, s. 375 vd.

⁵⁰ Bkz. Aşağıda s. 27 vd.

⁵¹ Bkz. Aşağıda s. 39 vd.

⁵² Bkz. Aşağıda s. 38 vd.

Finding)⁵³, tarafsız ön değerlendirme(*Early Neutral Evaluation*)⁵⁴, müzakere (negotiation)⁵⁵ olarak belirtilebilir⁵⁶. İkinci olarak da tezimizin kapsamı, yöntemin uluslararası ticaret açısından arz ettiği önem, tercih yoğunluğu göz önünde bulundurularak değinilen tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yer verilmeyecektir. Bu yöndeki tercihimizin diğer bir nedeni de kavramsal bir karmaşaya yer vermeksizin, konunun uluslararası ticaret açısından açıklığa kavuşturulabilmesidir.

⁵³ Bu usûlde taraflar, konunun uzmanı tarafsız bir üçüncü kişiye başvurarak kendileri için bağlayıcı olmayacak bir şekilde somut olayın belli yönleriyle değerlendirilmesini istemektedirler. Burada tarafsız üçüncü kişi rolünü ifa amacıyla birden fazla uzmana da başvurulabilecektir. Uzman(lar) somut vakıya ilişkin verileri taraflardan elde edebileceği gibi, ayrı bir araştırma da yürütebilecektir. Burada tarafsız üçüncü kişi esasen taraflar arasındaki uyuşmazlığı unsurlarıyla ortaya koyarak açıklığa kavuşturmakta. Sonuçta tarafsız üçüncü kişi rolündeki uzman(lar), olayı çözüme ışık tutacak surette değerlendirmekte ve aksi kararlaştırılmadıkça taraflar açısından bağlayıcı olmayan bir rapor oluşturmaktadır. Bkz. Katherine V. W. Stone, "Alternative Dispute Resolution: Encyclopedia of Legal History", **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, University of California, Los Angeles School of Law, Research Paper No. 04-30, t.y, s. 1 vd.

(Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=631346> (18 Ekim 2008). Ayrıca Bkz. Ball, **a.g.m.**, s. 21.

⁵⁴ Tarafsız ön değerlendirmede adından da anlaşılacağı üzere, uyuşmazlığın nispeten erken safhalarında, tarafsız bir üçüncü kişi uyuşmazlığı çeşitli yönleriyle incelenmekte böylece uyuşmazlığın doğma nedeni, hangi unsurlarla şekillendiği ve geliştiği ve ayrıca gidişatı hususlarında bir belirleme yapmaktadır. (Örneğin Milletlerarası Ticaret Odası İhtilafın dostane Halli Kuralları m. 5 hükmüne ilişkin olarak Rehberde, tarafların; maddî mesele, her nevî teknik mesele, hukukî mesele, maddî meseleyle hukukun uygulanmasına ilişkin mesele, bir sözleşme hükmünün yorumlanmasıyla ilgili mesele, akdin tâdiliyle ilgili mesele, hususlarında değerlendirme yapılmasını isteyebilecekleri öngörülmektedir. Bkz. İhtilafların Halli İçin Verilen Hizmetler: İhtilafların Dostane Halli, İDH Kuralları ve MTO İDH Rehberi, MTO Yayın No: 809, Ankara 2001, s. 26). Burada amaç salt kendi menfaatine odaklanan ve bu nedenle de uyuşmazlığın esaslı noktalarını fark edememiş olan tarafların daha nesnel bir bakış açısıyla uyuşmazlığın unsurlarını fark edebilmesidir. Bkz. Ildır, Alternatif, s. 83 vd. Ayrıca Bkz. Yvonne Pearson, "Early Neutral Evaluations: Applications To Custody And Parenting Time Cases Program Development And Implementation In Hennepin County, Minnesota", **Family Court Review**, Vol. 44 No. 4, October 2006, s. 672 vd.

⁵⁵ Kanaatimizce tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temelinde yer alan bir usûl olan müzakere, "*Bir konuyla ilgili fikir alışverişinde bulunma, oylasma*" şeklinde ifade edilebilecek sözlük anlamına uygun olarak, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çeşitli yönleriyle tartışmaları anlamına gelmektedir. Burada taraflar daha çok kendi menfaatlerine ilişkin unsurları karşı tarafa anlatabilme çabasıdadırlar. Bkz. (Erişim) <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=veritbn&kelimesec=233521> (10 Aralık 2009). Ayrıca Bkz. Aufses, **a.g.m.**, s. 34; Ball, **a.g.m.**, s. 21; Canan Çetin, **Müzakere Teknikleri**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007, s. 1.

⁵⁶ Bu konuda tekrar özellikle tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı hususu gündeme gelmektedir. Yukarıda da değinildiği üzere, kanaatimizce alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve tahkim farklı ihtiyaçlara cevap verdiklerinden, gerek devletlerin iç hukukları bağlamında yapılan düzenlemelerde gerekse uluslararası niteliği haiz düzenlemelerde, farklılaştırılmış iki ayrı müesseseler olarak belirmektedir. Bu koşullarda, tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde değerlendirilmesi imkân dahilinde değildir. Ancak konu yukarıda daha ayrıntılı incelendiğinden bu tartışmaya tekrar dönülmeyecektir. Bkz. s. 15 vd.

Aşağıda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından arabuluculuk, tahkim-arabuluculuk ve kısa yargılama incelenecektir.

A. Arabuluculuk (*Mediation*)

1. Kavram

Arabuluculuğun evrensel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. Genel olarak, arabuluculuk (*mediation*) üçüncü kişi müdahalesinin tüm şekillerini içeren, ancak bağlayıcı bir kararla sonuçlanmayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁵⁷. Diğer bir anlatımla arabuluculuk, tarafsız üçüncü bir kişinin yardımıyla taraflar arasındaki uyuşmazlığa ihtiyarî bir çözüm bulabilme arayışına ilişkin süreçtir. Bu anlamda arabuluculuk tarafsız üçüncü kişinin yönetimindeki özel müzakereler olarak da ifade edilebilmektedir⁵⁸. Uzlaştırma (*Conciliation*) kavramı genel olarak, özellikle de uluslararası unsurlu uyuşmazlıklarda, arabuluculukla eş anlamlı olarak kullanılmaktadır⁵⁹. Bazı hallerde ise arabuluculukla karşıt anlamda ve üçüncü kişinin belli bir şekilde müdahalesini işaret etmek üzere kullanılmaktadır. Bazıları için uzlaştırma sadece tarafları müzakere masasına getirmekle sınırlı, bazen sadece kolaylaştırma olarak ifade edilebilecek, bir usulü ifade etmek üzere kullanılmalıdır. Bazılarına göre ise somut ve tarafsız çözüm önerileri üretmek usulünü ifade etmek üzere kullanılmalıdır⁶⁰. Bir görüşe göre arabuluculuk ve uzlaştırma kavramlarının eş anlamlı olarak kullanılması mümkündür. Buna göre arabuluculuk (ya da uzlaştırma), üçüncü ve tarafsız bir kişinin, tarafların bir mutabakata ulaşmasını sağlamak üzere bağlayıcı olmayan müdahalesidir. Bu halde söz konusu tanım, üçüncü kişinin

⁵⁷ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 273. Ayrıca Bkz. Bristow, Canada” s. 194 vd.

⁵⁸ Edward J. Costello, “To Mediate or Not To Mediate”, **ADRLJ**, 1998, Vol. 7, s. 25.

⁵⁹ “Alternative Dispute Resolution (“ADR”)", s. 89.

⁶⁰ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 273.

uyuşmazlığın tarafları bağlayıcı karar verebilmesi gücünü haiz olduğu her türlü usulü dışlamakta ancak bağlayıcı olmayan tahkim usulünü içermektedir⁶¹. Diğer bir görüşe göre arabuluculuk, ve uzlaştırma kavramlarının ayrımının yapılması yalnızca akademik manada önem kazanmamakta aynı zamanda tarafların ne tür bir usulle karşı karşıya olduklarını anlamaları bakımından da önem arz etmektedir. Bu bağlamda, tarafların başvurdukları usul hakkındaki algılamaları da usûlün tanımlanması hakkında önemlidir. Bu görüş, uzlaştırma ve arabuculuk kavramlarını ayırt etmenin oldukça zor olduğuna işaret ederek, arabuluculuğu şu şekilde tanımlamıştır: “Arabuluculuk, tarafsız bir üçüncü kişinin (arabulucu) taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmelerine yardımcı olmak amacıyla bir vasıta olarak dahil olduğu yargı dışı usûlü ifade etmektedir⁶².” Bahsi geçen görüş arabuluculuk ve uzlaştırma arasındaki ayrımı izah edebilmek için alternatif uyuşmazlık çözümü hizmetleri sunan bazı kuruluşların yapmış olduğu tanımlara yer vermiştir. Bu bağlamda ilk olarak CIC⁶³ (The Construction Industry Council) tarafından yapılan tanıma atıfta bulunmaktadır. CIC, hem arabuluculuğu hem de uzlaştırmayı ifade etmek üzere ortak bir tanımlama yapmıştır. Buna göre: “Tarafsız üçüncü kişinin taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olduğu, bazı hallerde de taraflara tavsiyede bulunma ya da koşullu çözüm önerilerini empoze etme gücü ile donatıldığı yargılama faaliyetinden neredeyse ayırt edilemeyen” usûlü ifade etmektedir⁶⁴.

⁶¹ Bkz. Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 273, 37 no. lu Dpn.

⁶² Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 59.

⁶³ İnşaat Endüstrisi Kurulu olarak ifade edilebilecek olan CIC İngiltere’de 1988 yılında beş kurucu üye ile oluşturulmuş, kâr amacı gütmeyen bir yapıdır. Kurul şu an inşaat sektörüyle bağlantılı her hususta söz söyleme noktasındaki en önemli otoritedir. Bkz. önem(erişim) <http://www.cic.org.uk> (13 Ekim 2008).

⁶⁴ Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 57; Bkz.(erişim) <http://www.cic.org.uk/home/index.shtml> (13 Ekim 2008).

İkinci olarak Academy of Experts⁶⁵ tarafından yapılan tanıma yer verilmiştir. Burada da arabuluculuk ve uzlaştırma için ortak bir tanım getirilmiştir. Buna göre arabuluculuk ya da uzlaştırma, “İki ya da daha fazla kişi veya şirket arasındaki uyuşmazlığın, taraflara tamamen tatmin edici bir çözüm bulabilmeleri hususunda yardımcı olma görevini ifa eden tarafsız üçüncü bir kişiye havale edilmesi suretiyle çözümlenmesine ilişkin” usûlü ifade etmektedir⁶⁶.

Yukarıda değinildiği üzere her iki kurum tarafından yapılan tanımda arabuluculuk ve uzlaştırma aynı anlamı ifade etmek suretiyle ortak bir tanımda ifade olunmuştur. CEDR⁶⁷ (Center for Dispute Resolution) ve CI Arb⁶⁸ (Chartered Institute of Arbitrators) ise her iki usûlü farklılıklarıyla izah etmiştir. Buna göre CEDR uzlaştırmayı, ilerleyen safhalarda arabuluculuk ya da diğer çözüm yollarıyla devam edebilecek, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak atılmış, gayrî resmî bir adım olarak ifade etmektedir. Diğer taraftan arabuluculuk taraflara aralarındaki uyuşmazlığı müzakere etmelerini kolaylaştıran uzlaştırmadan daha resmî bir usûlü ifade etmektedir. CEDR tarafından yapılan tanımda uzlaştırma daha gayrî resmi bir usûlü ifade etmesi bakımından arabuluculuktan farklılaştırılmıştır. Buna göre uzlaştırma diğer

⁶⁵ Academy of Experts 1987 yılında kurulmuş çeşitli alanlarda uzmanlaşmış hukukçuları bir araya getiren bir yapıdır. Bu anlamda dünyanın değişik yerlerinden bağımsız uzmanları biraraya getirerek, belli bir standartta hem eğitim hem de uyuşmazlık çözüm hizmeti sunmaktadır. Bkz. (erişim) <http://www.academy-experts.org/mediaadr.htm> (14 Ekim 2008). Ayrıca Bkz. Warback, **a.g.m.**, s. 37.

⁶⁶ Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 57.

⁶⁷ CEDR, The Confederation of British Industry, bir çok hukuk şirketi ile iş dünyası ve kamu sektörünün önde gelen kuruluşlarının desteğiyle 1990 yılında İngiltere’de kurulmuştur. Esas amacı uyuşmazlık çözüm hizmeti masraflarını azaltarak etkinliği sağlamak olan Merkez, günümüze değin alternatif uyuşmazlık çözümü hizmeti veren oldukça önemli tarafsız bir kuruluştur. Bkz. (erişim) <http://www.cedr.com> (13 Ekim 2008). Ayrıca Bkz. “Alternative Dispute Resolution (“ADR”)”, s. 89; Warback, **a.g.m.**, s. 36 vd.

⁶⁸ 1915 yılında kurulmuş, menşei İngiltere olan bu yapı, arabuluculuk(mediation), tahkim (arbitration) ve klasik dava usulü gibi pek çok uyuşmazlık çözüm yöntemleri hususunda hizmet veren, kâr amacı gütmeyen bir kurumdur. Kurum sadece uyuşmazlık çözüm hizmetleri sunmamakta, aynı zamanda bünyesinde topladığı uzmanları ile, söz konusu yöntemlerin geliştirilmesi ve güncellenmesi hususunda da çalışmalarda bulunmaktadır. Bkz. (erişim) <http://www.arbitrators.org/index.asp> (13 Ekim 2008). Ayrıca Bkz. Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 72; Warback, **a.g.m.**, s. 38.

arabuluculuk veya diğer alternatif çözüm yollarına geçişte öncül bir görevi ifade etmektedir⁶⁹.

CI Arb tarafından yapılan tanımda ayırım daha belirgin bir şekilde yapılmıştır. Buna göre uzlaştırma, “ Uzlaştırıcının olaya ilişkin vakıaları araştırdığı, tarafların muhalif iddialarını uzlaştırdığı ve taraflara iddialarının zayıf ve güçlü taraflarını ve başarısızlığa uğrama ihtimalini izah ederek kendi çözümlerini şekillendirebilmeleri için yol gösterdiği usûldür.”. Uzlaştırıcı genellikle uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak kendi çözümünü tavsiye etmemekte, tarafların kendi çözümlerini üretebilmeleri için bir katalizör görevi ifa etmektedir⁷⁰.

Bir görüşe göre burada arabuluculukla uzlaştırma arasındaki ayrımı belirleyen husus uzlaştırıcının taraflara kendi çözümünü tavsiye etmemesi olarak ifade edilmiştir⁷¹. Diğer bir görüşe göre ise uzlaştırma ve arabuluculuk arasındaki ayrımın yapılabilmesini sağlayan pratik ve kullanışlı bir parametre bulunmamaktadır⁷². Bu halde her iki sözcük de eş anlamlıdır ancak uzlaştırma daha çok uluslararası alanda ve Avrupa doktrininde benimsenmişken, Kuzey Amerika ve Avustralya’da arabuluculuk ön plana çıkmaktadır. Zira; her iki usûl de ortak özellikleri haizdir. Her iki usul de tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tarafsız bir üçüncü kişi vasıtasıyla çözüme kavuşturma istemini içeren bir anlaşmaya dayanmaktadır. Yine her iki usûlde de katalizör görevini ifa eden tarafsız üçüncü kişinin hakim ya da hakemin aksine taraflara kendi görüşünü dikte etme şansı bulunmamaktadır. Son olarak, her iki usûl de tarafların rızasına dayanan esnek bir yapıyı haizdir⁷³

⁶⁹ Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 58. Bkz. (erişim) <http://www.cedr.co.uk/conflict> (13 Ekim 2008).

⁷⁰ Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 58; Bkz. (erişim) <http://www.idrs.ltd.uk/AboutADR.asp> (26 Ekim 2008).

⁷¹ Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 58.

⁷² Street, “The Language”, s. 145.

⁷³ Street, “The Language”, s. 145 vd. Ayrıca Bkz. Brown, **a.g.m.**, s. 159; Elkouri, Elkouri, **a.g.e.**, s. 3.

Kanaatimizce, tarafsız üçüncü kişinin kendi görüşünü taraflara dikte etmemesi tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temelinde bulunan esaslı bir unsurdur. Yukarıda değinilen uzlaştırmaya ilişkin tanımlarda da arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarını ayırt edici bir hususun ortaya konmadığı kanaatindeyiz⁷⁴. Aşağıda daha ayrıntılı olarak izah edileceği üzere bu durum uluslararası ticaret bakımından ICC, UNCITRAL, ICSID gibi kuruluşların hazırladığı kurallarda da netlikle açığa kavuşturulmamıştır⁷⁵. Şu halde arabuluculuk ve uzlaştırma arasında bir farkın bulunup bulunmadığı ya da bu hususu araştırmanın gerekli olup olmadığı noktasında ne uluslararası ticaret bakımından pratikte ne de doktrinel anlamda üzerinde birleşilen bir belirleme yapılamamıştır. Bu nedenle de çalışmamızda kavramsal bir kargaşaya yol açmamak için arabuluculuk ve uzlaştırma usûlleri pratik önemlerine işaret edilerek aynı anlama gelecek şekilde kullanılacaktır.

Bilindiği gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bağlamında, üçüncü kişinin bir uyuşmazlığa dahil olması değişik şekillerde gerçekleşebilir. Tarafları müzakere masasına getirmek, taraflar arasındaki müzakerelere yardımcı olmak, tarafsız bir değerlendirme yapmalarına yardımcı olmak, somut çözüm önerileri üretmek ve son olarak tahkimde bağlayıcı bir karara ulaşmak sürece dahil olma şekillerinden belli başlıları olarak sayılabilir⁷⁶. Buradan da anlaşıldığı üzere, devlet yargısı ve tahkimin aksine, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çerçevesinde tarafsız üçüncü kişi baskın bir konumda değildir. Burada amaç tarafların üçüncü kişinin görüşünü benimsemesi değil sağlıklı müzakerelerle uygun çözümün üretilmesidir. Konu arabuluculuk yöntemi açısından ele alındığında da durum farklılık arz etmemektedir. Arabulucu taraflara kendi görüşünü dikte etme yetkisini haiz

⁷⁴ Krş. Stone s. 1 vd.

⁷⁵ Bkz. s. 52 vd.

⁷⁶ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 273; Barbara Ashley Philips, Anthony Piazza, "How to Use Mediation?", **Litigation**, Vol. 10, 1983-1984, s. 31.

değildir⁷⁷. Arabuluculuk taraflar arasındaki husumetin gizli ve güvenilir bir tartışma ortamında ele alınabilmesi olanağını sağlar. Yapılan düzenlemelerle de bu husus pekiştirilmiş, arabuluculuk süreci esnasında kullanılan iddia ve savunma araçlarının daha sonra tahkim ve devlet yargısında ileri sürülemeyeceği kuralı genel bir kabul görmüştür⁷⁸. Arabuluculuk süreci başlangıcından uyuşmazlığın çözümüne kadar her safhada tarafların rızasına dayanır. Arabuluculuk süreci de çoğunlukla taraflardan birinin muhatapla aralarındaki hukukî ilişkinin çıkmaza girdiği kanaatine varması ile başlamaktadır. Bu halde ilgili taraf, sadece uyuşmazlığın arabuluculuk vasıtasıyla çözümünü teklif edebileceği gibi arabuluculuk görevini kimin yapacağına ilişkin bir teklifte de bulunabilecektir. Yine bunlara ek olarak süreç sonunda bir anlaşmaya varılması da ancak tüm tarafların rızası ile gerçekleşecektir⁷⁹. Burada genel hatlarıyla kavramsal bir fikir vermek amacıyla izah edilmeye çalışılan arabuluculuk kurumu aşağıda detaylarıyla incelenecektir.

2. Arabuluculuğun Kökenleri

Uyuşmazlık çözümünde arabuluculuktan faydalanılması esasen insanlık tarihi kadar eskidir. Geleneksel arabuluculuğun kökenleri Mısır, Asur, Babil'e dahi dayandırılabilir. Uyuşmazlıkların dostça çözümü özellikle eski Yunan ve Roma'da sivil uyuşmazlıkların çözümü açısından önem arz etmekteydi. Arabuluculuğun sivil yargıda kullanılması olarak özellikle Eski Roma'da kullanılan bu yöntemin, Kıta Avrupası sivil yargı sistemleri üzerinde de etkisi bulunmaktadır. Yine Afrika ve Kuzey Amerika'da yaşamış olan

⁷⁷ Costello, **a.g.m.**, s. 25. Bkz. Street, "Judicial Institution", s. 89. Ayrıca Bkz. Michael Alan Sacks, Karaleah S. Reichart, W. Trexler Proffitt, "Broadening the Evaluation of Dispute Resolution: Context and Relationships Over Time", **Negotiation Journal**, October 1999, 339 vd.; Philips, Piazza, **a.g.m.**, s. 33.

⁷⁸ Costello, **a.g.m.**, s. 25. Bkz. Goldberg, Green, Sander, **a.g.m.**, s. 72.

⁷⁹ Costello, **a.g.m.**, s. 25. Bkz. Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 59. Ayrıca Bkz. Pearson, Thoennes, **a.g.m.**, s. 29 vd.

kabilelerin de üçüncü kişinin uyuşmazlığa gayri resmî müdahalesi olarak beliren arabuluculuğu bir dostça çözüm yöntemi ve bir sosyal kontrol mekanizması olarak kullandığı belirtilmektedir⁸⁰.

İnsanların topluluk halinde yaşamaya başlamasıyla, topluluğa dahil olan bireyler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü de yine aynı topluluğun birer üyesi olan üçüncü kişilerin müdahalesi vasıtasıyla çözümlenmekteydi. Bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuğun uzun zamandır ve insanların topluluk halinde yaşadığı hemen her yerde kullanılmakta olması söz konusu uyuşmazlık çözüm yöntemine ilişkin bir genelleme yapılmasını da engellemektedir. Ancak bu durum da çağımızda geçerli bir uyuşmazlık çözüm metodu olan modern arabuluculuk ile geleneksel arabuluculuğun bazı karakteristik özellikler itibariyle ayrılmasına engel teşkil etmemektedir. Bu ayrımın yapılabilmesi ise üçüncü kişinin her iki yöntemdeki rolü ile genel anlamda prosedürün sosyal bir kavram olarak toplumca ne şekilde değerlendirildiğinin tespitine bağlıdır. Zira; modern arabuluculukta sürecin hakimiyeti taraflara aittir. Burada arabulucunun rolü tarafların çözüme ulaşmasını kolaylaştırmak yönünde belirlemektedir. Geleneksel arabuluculukta ise arabulucu ilgili sosyal çevrede saygı gören bir kişidir. Bu nedenle de uyuşmazlık çözümü sürecinde tarafların değil arabulucunun etkinliği söz konusudur⁸¹.

⁸⁰ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 276. Ayrıca Bkz. Stone, **a.g.m.**, s. 3 vd.

⁸¹ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 275. Ayrıca Bkz. Ellen E. Deason, "Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation-Worldwide", **Public Law and Legal Theory**, Working Paper Series No. 22, **Center for Law, Policy and Social Science**, Working Paper Series No. 15, s. 2 (çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=583141> (18 Ekim 2008).

3. Çağımızda Arabuluculuk Usûlü

Arabuluculuk, oldukça elastik bir yapıyı haiz olduğundan uyuşmazlığın doğurduğu ihtiyaçlara göre şekillenebilmektedir⁸². Burada uyuşmazlığın mahiyetinin yanı sıra medenî yargıda sunulan çözüm yolları, sosyal ihtiyaçlar, tarafların istekleri ve arabulucu, süreci şekillendirme hususunda önem arz eden diğer etkenlerdir⁸³. Arabuluculuğa başvuru ihtiyacı esas olarak taraflardan birinin diğer tarafın rızasını aramaksızın sona erdirdiği hukukî ilişkilerde (bazı boşanma türleri, sözleşmenin feshi halleri ...vb.) söze konu olmaktadır. Zira; mağdur olan taraf arabuluculuk vasıtasıyla aralarındaki

⁸² Çağımızda arabuluculuk toplumsal uyuşmazlıklar, iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, aile uyuşmazlıkları, iş akitlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, akademik alanda meydana gelen uyuşmazlıklar, e-ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıklar, enerji uyuşmazlıkları, haksız fiil ve doktor sorumluluğuna(*malpractice*) ilişkin uyuşmazlıklar, inşaat uyuşmazlıkları, deniz uyuşmazlıkları gibi pek çok türden uyuşmazlığın çözümü için başvurulana bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Bkz. Suzanne Byron vd., “Akademik Ortamlarda Meydana Gelen Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Usûllerinin Çev. Doç. Dr. Ömer Özkan, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_446.htm (26.Temmuz2008); Eugene E. Clark, “Arbitration, Dispute Resolution and the Worl Wide Web”, **ADRLJ**, Vol. 7, 1998, s. 3-18; Dauer, **a.g.m.**, s. 3 vd.; Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 57 vd.; Harvey I. Hauer, “Making Mediation Work”, **Fam. Advoc.**, Vol. 19, 1996-1997, s. 26-28; Douglas M. McCABE, “Alternative Dispute Resolution and Employee Voice in Nonunion Employment: An Ethical Analysis of Organizational Due Process Procedures- The Case of The United States”, **Journal of Business Ethics**, Vol. 16, 1997, s. 349-356; Janice Nadler, “Electronically-Mediated Dispute Resolution and E-Commerce”, **Negotiation Journal**, October 2001, s. 333 vd.; Jordan Leigh Santeramo, “Early Neutral Eveluation in Divorce Cases”, **Family Court Review**, Vol. 4, No. 2, April 2004, 321-341; Robert Guthrie, “Negotiation, Power in Conciliation and Review of Compensation Claims, **Law&Policy**, Vol. 24, No.3, September 2002, 229 vd.; Schoeny Warfield, **a.g.m.**, s. 253-266; Singer, **a.g.m.**, 2 vd.; Jeffrey Krivis, “Mediating in Cyberspace”, **ADRLJ**, Vol. 7, 1998, s. 19-24; Casey E. Lide, “The Role of Alternative Dispute Resolution in Online Commerce, Intellectual Property and Defamation”, **ADRLJ**, Vol. 7, 1998, s. 31-51; Edward B. Myers, “Mediation and Energy Law”, **Nat. Resources & Env’t**, Summer 1997, s. 56-58; Bruce Harris, “ADR in Maritime Disputes”, **ADRLJ**, June 1992, Part 2, s. 65-128; Gabuthy Yannick, “Online Dispute Resolution and Bargaining”, **European Journal of Law and Economics**, Vol. 17, 2004, s. 353-371; Donald H. Weinberg, “A Municipal Official Views the Advantages of Mediation and Arbitration”, **Bus. Law.**, Vol. 29, April 1974, s. 1043-1045; Yun Zhao, **Dispute Resolution in Electronic Commerce**, Leiden, NLD: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, s. 38.

⁸³ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 283. Ayrıca Bkz. Cheryl A. Picard, Kenneth R. Melchin, “ Insight Mediation: A Learning Centered Mediation Model”, **Negotiation Journal**, January 2007, 35 vd.; Forest S. Mosten, “Mediation Makes Sense: How to Prevent an International Crises”, **Fam. Advoc.**, Vol. 15, 1992-1993, 44 vd.; Michael O’ Reilly, Michael Mawdesly, The Management of Disputes: A Risk Approach, **ADRLJ**, Part 4, December 1994, s. 260 vd.

hukukî ilişkiden kaynaklanan gerilimleri aşarak ilişkiyi yeniden yapılandırma ümidindedir ⁸⁴.

Modern arabuluculukta yukarıda değinilen unsurlarla şekillenen sürecin ilk adımı tarafların uyuşmazlığın arabuluculuk vasıtasıyla çözülmesine yönelik rızasıdır. Bu durum süreç sonunda ortaya çıkacak çözümün taraflarca benimsenmesi ve tarafların tatmin edilebilmesi açısından da önem arz etmektedir. Bu nedenle sözleşmeye dayanan arabuluculuğun tarafları tatmin ve başarı seviyesinin durumu da tartışılmıştır. Zira; burada taraflar daha önce akdettikleri bir sözleşmenin hükmü gereği böyle bir sürece başvurmak durumunda bulunmaktadır. Bu da sürecin rızaîliği noktasında tereddütlere yol açabilecek bir unsur olarak belirlemektedir. Ancak burada uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce akdedilmiş olan sözleşmenin sürece ilişkin olumlu bir fonksiyonu ifa edebileceğini de yadsımamak gerekmektedir. Zira; böyle bir sözleşme uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra dostça çözüm noktasında taraflarda oluşabilecek muhtemel bir isteksizliğin aşılması sorununun çözülmesinde yardımcı olabilecektir⁸⁵.

Tarafların sürece ilişkin rızalarının sağlanmasının ardından aşılması gereken ikinci bir aşama da arabuluculuk mekanizmasına yönelik çekincelerin aşılmasıdır. Arabuluculuğun etkinliğine ilişkin çekinceler, tarafların sürece yabancılığı ve arabuluculuğa başvurmayı zayıflık olarak mütalâa etmeleri yalnızca arabuluculuk için değil tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri için sayılabilecek çekincelerin başında gelmektedir. Esasen bunun ilk yolu yukarıdaki paragrafta belirtildiği üzere uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce muhtemel uyuşmazlıkların arabuluculuk vasıtasıyla

⁸⁴ Hill, **a.g.m.**, s. 95. Ayrıca Bkz. Diana Parker, “Where is the “ Me” in Mediation”, **ADRLJ**, Part 2, June 1993, s. 85 vd.

⁸⁵ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 283; Ball, **a.g.m.**, s. 22. Ayrıca Bkz. Developments: The Paths of Civil Litigation, **Harv. L. Rev.**, Vol. 113, 2000, s. 1851-1875.

çözülmesine ilişkin bir sözleşmenin akdedilmesi ya da mevcut sözleşmeye bir arabuluculuğa başvurulabileceğine ilişkin bir şartın dahil edilmesidir⁸⁶.

Bu hususta diğer bir yol da tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm sürecine dahil olmalarını sağlamak üzere üçüncü bir kişinin müdahalesidir. Burada üçüncü şahsın rolü tarafların sürece hazır olup olmadıklarını değerlendirmek ve tarafların durumuna göre sürecin ilerleyen bölümlerinde ne gibi çekincelerinin olabileceğini tespit etmektir. Arabuluculuğun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin bir arabuluculuk olarak değerlendirilebilecek bu durum, muhtemel arabulucu tarafından ya da alternatif uyuşmazlık çözümü hizmeti veren bir organizasyon tarafından gerçekleştirilmektedir⁸⁷. Örneğin Amerikan Tahkim Organizasyonu uyuşmazlığın çözümüne geçmeden önce tarafların ve uyuşmazlığın durumuna göre arabuluculuğun mümkün olup olamayacağını tespitine ilişkin rutin bir sürece yer vermektedir⁸⁸. Burada yeri geldiği üzere arabulucunun uyuşmazlığa doğrudan müdahale etmek, tarafları uyuşmazlığın belli bir şekilde çözülmesi için ikna etmek gibi bir rolü olmadığı hususunu tekrar belirtmek gerekmektedir⁸⁹.

Üçüncü aşama ise arabuluculuğa hazırlık aşamasıdır. Söze konu hazırlıklar taraflarca bizzat yapılabileceği gibi alternatif uyuşmazlık çözümü hususunda profesyonel bir kuruluş aracılığıyla da yapılabilecektir⁹⁰. Bu aşamada genellikle ilişkiyi sona erdirmeye karar vermiş olan taraf kendi konumunu güçlendirecek delilleri toplar ve sürecin başlatılmasına ilişkin

⁸⁶ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 283; “Alternative Dispute Resolution (“ADR”)”, s. 83 vd. Ayrıca Bkz. Genevieve A. Chornenki, “Criteria for Successful Mediation: A Users’ Guide”, **ADRLJ**, s. 279 vd.

⁸⁷ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 283. Ayrıca Bkz. Bingham, **a.g.m.**, s. 378; Philips, Piazza, **a.g.m.**, s. 31. Bingham, **a.g.m.**, s. 378.

⁸⁸ Bkz. <http://www.adr.org/si.asp?id=4424> (26.07.08)

⁸⁹ Bristow, “Canada”, s. 206. Ayrıca Bkz. Street, “Judicial Institution”, s. 89.

⁹⁰ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 284. Ayrıca Bkz. David Shapiro, “Pushing the Envelope: Selective Techniques in Tough Mediations”, **ADRLJ**, June 2000, Part 2, s. 117.

adımları atar. Bu husus arabulucunun görevini ifa etmesini zorlaştırmaktadır. Zira; taraflardan biri gerek uyuşmazlığın sona erdirilmesi gerek kendi menfaatlerinin savunulması açısından hazırlıklı iken karşı taraf henüz ilişkinin sona erdirilmesi fikrini benimsememiş ve bu nedenle de hazırlıklarını tamamlamamış olabilir. Nadiren de taraflar hem uyuşmazlığın niteliği hem de aralarındaki ilişkinin sona erdirilmesi hususunda hemfikir olabilirler. Bu durumda uyuşmazlığı arabulucuya sevk etmektense, doğrudan kendileri çözmeye çalışırlar⁹¹.

Arabuluculuğun esasen gerçekleştiği aşama ise tarafların arabulucu ile bir araya geldiği aşamadır. Bu aşama uyuşmazlığın niteliğine göre saatler ya da aylar sürebilmektedir. Ancak arabuluculuk çok karmaşık ticarî uyuşmazlıklarda dahi genelde iki ya da üç gün sürmektedir⁹². Süreç ilk oturum, müzakere aşaması, birleştirilmiş oturum, kapanış oturumu olarak özetlenebilir⁹³. Bu aşamada arabulucunun sorumluluğu ve uygulanması gereken yöntemler uyuşmazlığın niteliğine göre değişiklik arz etmektedir. Zira; bu hallerde taraf menfaatleri, tarafların konuya ilişkin bilgi düzeyleri, uyuşmazlığın karmaşıklık düzeyi somut olayın özelliklerine göre şekillenmekte ve değişmektedir. Özellikle, aile uyuşmazlıkları gibi tarafların daha uzun süre iletişimi çeşitli nedenlerle sürdürmek zorunda oldukları hallerde, varılan çözümün tarafların uzun vadeli menfaatlerine hitâp edecek nitelikte olması hususu özellikle gözetilmelidir⁹⁴. Burada arabulucunun rolü esas olarak uyuşmazlığın tartışabilmesi için uygun ortamı oluşturarak, taraflar arasındaki gerilimi azaltmaktır. Arabulucu uyuşmazlık çözüm sürecindeki rolünü ifa ederken genel olarak uyuşmazlığın türü, tarafların durumu gibi somut olaya ilişkin hususları değerlendirerek *kolaylaştırıcı (facilitative/ interest-based approach) ya da değerlendirci*

⁹¹ Kim Franklin, "Arbitration v. Alternatives", **ADRLJ**, June 2000, Part 2, s. 96. Ayrıca Bkz. Hill, **a.g.m.**, s. 102.

⁹² Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 287; Franklin, **ag.m.**, s. 96.

⁹³ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 287; Philips, Piazza, **a.g.m.**, s. 31.

⁹⁴ Franklin, **ag.m.**, s. 97. Ayrıca Bkz. Grace E. D'Alo, "Justice, Understanding and Mediation: When Talk Works, Should We Ask for More?", **Negotiation Journal**, July 2003, s. 215 vd.

yaklaşımı (evaluative/ right-based approach) benimser. Kolaylaştırıcı yaklaşımda arabulucu uyuşmazlıkla ilgili şahsî düşüncelerini ya da tekliflerini taraflarla paylaşmaksızın aralarındaki iletişimi artırmaya ve canlı tutmaya çalışmakta; bu vesileyle de kendi çözümlerini üretmelerine yardımcı olmaktadır. Bunun aksine değerlendirci yaklaşımda arabulucu, tarafların hakları bağlamında somut olaya ilişkin bir değerlendirme yaparak, taraflardan her birinin iddiasının zayıf ve güçlü yönlerini belirlemekte ve kendi yaklaşımını oluşturmaktadır. Burada amaç tarafları etkileyerek, tutumlarını ılımlı hale getirmek, bu vesileyle de uyuşmazlığın çözülmesini sağlamaktır⁹⁵. Böylece uygun yaklaşımın belirlenmesi suretiyle uyuşmazlık duygusal bir boyuttan daha akılcı olan başka bir boyuta taşınabilecek; taraflar da menfaatlerine odaklanarak süreci devam ettirme hususunda daha istekli olacaklardır. Tarafları psikolojik olarak süreci devam ettirmeye teşvik edecek diğer bir etken de arabuluculuk sürecinde gizliliğin esas olmasıdır. Burada arabulucu taraflarla özel görüşmeler dahi (*private meetings*) gerçekleştirebilecektir⁹⁶. Bu halde ne uyuşmazlık ne de uyuşmazlığın temelindeki ilişkiyle ilgili hususların ifşa edilmesi gerekecektir. Bu husus özellikle ticarî uyuşmazlıklar bakımından önem arz etmektedir. Bu anlamda arabulucunun rolü açısından bakıldığında, arabuculuk sürecinde tahkimden farklı olarak arabulucu uyuşmazlığın çözümüne ilişkin vakıaların aydınlatılması hususunda daha geniş imkânları haizdir. Zira; tahkimde taraflar uyuşmazlığa ilişkin vakıaları, tanık ifadeleri vb. diğer ispat araçlarını hakem/hakemlere sunarken, arabuluculukta daha gayri-resmî olarak ifade olunabilecek bir usul izlenmekte, arabulucu da uyuşmazlığın çözümüne ilişkin hususları araştırmaktadır⁹⁷. Zira; yukarıda da değinildiği üzere arabulucu taraflarla özel görüşmeler (*private meetings*) dahi yapabilmektedir. Bu çerçevede gerçekleşen çözüm süreci sonucunda, tahkimde bir “*kararın*” verilmesi söz konusuysa arabuluculukta taraflardan her ikisinin de

⁹⁵ Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 59 vd. Ayrıca Bkz. Cushner, **a.g.m.**, s. 111; Hill, **a.g.m.**, s. 103.

⁹⁶ Bristow, “Canada”, s. 206; Ayrıca Bkz. Robert F. Greenwald, “Dispute Resolution Through Mediation”, **A.B.A.**, Vol. 64, 1978, s. 1253.

⁹⁷ Bkz. David I. Bristow, “The Gathering Storm of Arbitrators’ and Mediators’ Liability”, **ADRLJ**, Part 4, December 2000, s. 317 (Gathering Storm).

menfaatine hitab eden bir “çözüm anlaşması” vardır. Bu bağlamda arabuluculukta tarafların uyuşmazlık çözüm sürecinin her aşamasında etkinliği söz konusudur⁹⁸.

Arbuluculuğun son aşaması ise arabuluculuk sonrası süreç olarak nitelenebilir. Bu aşamada arabuluculuk süreci, beklenen faydayı tümüyle sağlayamasa da kısmen amaçlanana gerçekleştirebilir. Bu halde ya uyuşmazlığa ilişkin kısmî bir anlaşma sağlanmakta ya da arabuluculuk sürecinin teşviki ile taraflar kendi çözümlerini üretmektedirler⁹⁹.

B. Arabuluculuk-Tahkim (*Mediation-Arbitration/ Med-Arb*)

Arbuluculuk-Tahkim yöntemi (*Med-Arb*), “Uyuşmazlığın çözümüne ilişkin ilk adımın arabuluculuk vasıtasıyla atıldığı, bu yöntemin başarısız olması halinde sürecin tahkimle ve kural olarak aynı tarafsız üçüncü kişinin gözetiminde devam ettirildiği alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.”¹⁰⁰. Diğer bir tanıma göre arabuluculuk-tahkim “arbuluculuk yönteminin başarısız olması ihtimaline karşı, tahkimle tamamlanma imkânını öngören karma bir yöntem”dir¹⁰¹. Bu bağlamda arabuluculuk tahkim yöntemi “*in-betweens*” ya da “*hybrid*” olarak isimlendirilen bağlayıcı olan ya da olmayan değişik

⁹⁸ Bristow, “Canada”, s. 206; Philips, Piazza, **a.g.m.**, s. 31. Ayrıca Bkz. Hill, **a.g.e.**, s. 102 vd.

⁹⁹ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 287; Greenwald, **a.g.m.**, s. 1253. Ayrıca Bkz. Pearson Thoennes, **a.g.m.**, s. 30 vd.

¹⁰⁰ Brown, **a.g.m.**, s. 161.

¹⁰¹ Ildır, Alternatif, s. 100. Ayrıca Bkz. Stone, **a.g.m.**, s. 2. Ayrıca Bkz. Christian Bühring-Uhle, Gabriele Scherer, Lars Kirchhoff, “The Arbitrator as Mediator: Some Recent Empirical Insights”, **ADRLJ**, Vol. 20, February 2003, No. 1, s. 81 vd.; Leonard P. Reina, Beyond Mediation, (Erişim) <http://library.findlaw.com/2000/May/1/127071.html> (10 Mayıs 2008).

alternatif uyuşmazlık çözüm tekniklerinin birleştirilmesiyle oluşturulan “*ara yöntemler*” dendir¹⁰².

Yukarıda da değinildiği gibi arabuluculuk yöntemi, taraflar açısından bağlayıcı olacak bir kararla sonuçlanmamaktadır. Bu halde taraflar bu tür bir uyuşmazlık çözüm yoluna rızaen de başvurmuş olsalar, sonucu kabul etmeme eğiliminde iseler uyuşmazlık çözüm süreci amacına ulaşamayacaktır. Arabuluculuk -tahkim yönteminin amacı tarafları, genellikle esas sözleşmeye konacak bir şartla, uyuşmazlığın çözümüne kadar alternatif uyuşmazlık çözüm sürecine devam etme hususunda bağlayıcı olmaktadır¹⁰³.

Arabuluculuk-tahkim yönteminde de diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu gibi uyuşmazlığın husumet olmaksızın çözülmesi mümkündür. Ancak burada fark sürecin her iki tarafı da bağlayacak şekilde tamamlanmasının söz konusu olmasıdır. Bu nedenle taraflar uyuşmazlığın seri ve bağlayıcı bir yöntemle çözülmesini istiyor iseler arabuluculuk-tahkim yönteminin kullanılması uygun olacaktır. Ayrıca burada taraflar isterlerse ikinci aşama olan tahkimin bağlayıcı olmayacağını da kararlaştırabilirler¹⁰⁴. Ancak, böyle bir belirleme yapılmamış ve süreç bağlayıcı bir kararla sonuçlanmış olsa dahi; yöntemlerin sırayla denenmesi ve kademeli olarak bağlayıcı bir yöntemle geçilmesi söz konusu olacağından taraflar da doğrudan doğruya bağlayıcı bir çözüm mekanizmasıyla karşı karşıya kalmayacaklardır. Böylece taraflar da doğrudan doğruya savunmaya

¹⁰² Warback, **a.g.m.**, s. 111. Ayrıca Bkz. Klaus Peter Berger, Law and Practice of Escalation Clauses, **Arbitration International**, Vol. 22, No. 1, 2006, s. 1 vd. (Escalation Clauses); Haig Oghigian, “The Mediation/Arbitration Hybrid”, **ADRLJ**, Vol. 20, No. 1, February 2003, s. 75 vd.

¹⁰³ Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 123; Ayrıca Bkz. Peter Lovenheim, **Mediate Don’t Litigate**, Berkeley, Nolo Press, 2004, s. 35; Redfern vd., **a.g.e.**, s. 47.

¹⁰⁴ Ildır, Alternatif, s.100. Ayrıca Bkz. Elkouri, Elkouri, **a.g.e.**, s. 4; Oghigian, **a.g.m.**, s. 76.

geçmektense, uyuşmazlığı farklı yönleriyle değerlendirme hususunda daha istekli olacaklardır¹⁰⁵.

Uyuşmazlık çözümünde tahkim-arabuluculuk yönteminin kullanılması sözleşmenin bir maddesinde tahkim-arabuluculuk şartı olarak düzenlenebileceği gibi ayrı bir sözleşme şeklinde de düzenlenebilir. Bu halde yukarıda değinilen düzenleme uyuşmazlığın ortaya çıkışından önce yapılabileceği gibi sonra da yapılabilecektir. Ayrıca tarafların başka yöntemleri takiben ya da doğrudan doğruya tahkim-arabuluculuk yöntemine başvurmaları da mümkündür¹⁰⁶.

Bu yöntemde arabulucu ve hakem aynı kişiler olabilecekleri gibi farklı kişiler de olabilirler¹⁰⁷. Ancak, arabulucu ve hakemin aynı olması ihtimali uyuşmazlığın seri ve kaliteli bir şekilde çözülmesi için daha faydalı görünmektedir. Zira; bu halde hakem önceden arabulucu olarak yönettiği sürece ve uyuşmazlığa hakim durumdadır. Ayrıca bu halde uyuşmazlığı çözümlmek arabulucu için de daha kolay olabilecektir. Zira; arabulucu ikinci aşamada da hakemlik görevini ifa edebileceğinden taraflara daha fazla nüfuz edebilecektir. Burada taraflar da, tahkim sürecinin aynı kişinin nezaretinde geçeceğini bildiklerinden, uyuşmazlığın ilk aşamada çözümlenmesi için daha istekli olabilirler. Ancak diğer taraftan her iki aşamanın da aynı kişi tarafından yönetilmesi, ilk aşamada gerçekleştirilecek çabaları sonuçsuz bırakabilir. Zira; burada tarafsız üçüncü kişinin hakemlik rolüne geçişte bağımsızlık ve tarafsızlık özelliklerini ne ölçüde muhafaza edebileceği hususunda çekinceler

¹⁰⁵Berger, Escalation Clauses, s. 2. Ayrıca Bkz. Carlos De Vera, "Arbitrating Harmony: Med-Arb and the Confluence of Culture and Rule of Law In the Resolution of International Commercial Disputes In China", **Columbia Journal of Asian Law**, Vol., 18, No. 1, 2004, s. 155.

¹⁰⁶İldır, Alternatif, s.100; Berger, Escalation Clauses, s. 1. Ayrıca Bkz. Lovenheim, **a.g.e.**, s. 35.

¹⁰⁷Bkz. Vera, **a.g.m.**, s. 155. Ayrıca Bkz. Christian Bühring-Uhle, Gabriele Scherer, Lars Kirchhoff, "The Arbitrator as Mediator: Some Recent Empirical Insights", **ADRLJ**, Vol. 20, No. 1, February 2003, s. 81 vd.

belirebilir¹⁰⁸. Bu halde arabuluculuk aşaması verimsiz geçebileceğinden, uyuşmazlık çözüm sürecinin bütününe bakıldığında bu aşama bir zaman kaybı gibi görünebilir. Bunun aksine taraflar üzerindeki nüfuzunun farkında olan arabulucu-hakem, daha ilk aşamada taraflara kendi görüşünü empoze edebilir¹⁰⁹. Bu çekincelerin önüne geçebilmek için özellikle Common Law ülkelerinde bazı çözüm önerileri geliştirilmiştir¹¹⁰. Buna göre arabuluculuk aşamasının başarılı olamaması halinde arabulucu ikinci aşamada yalnızca taraflara öğütlerde bulunan ve kararları bağlayıcı olmayan bir hakem görevi üstlenecektir. Taraflar tahkim sonucunda kendilerini bağlayıcı bir karara varılmasını istiyor iseler, hakemlik görevini ifa edecek başka bir tarafsız üçüncü kişi tayin edeceklerdir. Ancak burada da yeni birinin atanması hem zaman hem de maliyet açısından taraflara ek bir yük getirecektir. Bu sorunun kısmen çözümlenebilmesi için tarafsız üçüncü kişinin arabuluculuk aşamasında yapılan görüşmelere de katılması öngörülmektedir¹¹¹. Diğer bir çözüm önerisi de tarafların iradelerine başvurulmasıdır. Bu halde taraflar ilk aşamada başarısız olunmasına rağmen uyuşmazlığın halen aynı kişi vasıtasıyla çözümlenmesini arzu ediyorsa sistemin ruhuna da uygun olarak taraf iradelerine üstünlük tanınmalıdır¹¹². Kanaatimizce burada uyuşmazlık çözüm sürecinin başarıya ulaşması, hem arabulucu hem de hakem rolünü üstlenme noktasında bulunan kişinin her iki rolü de ifa edebilme yeteneğine bağlıdır. Zira; her iki süreç de farklı kontrol unsurlarını içermektedir¹¹³.

¹⁰⁸ Redfern vd., **a.g.e.**, s. 47. Ayrıca Bkz. Oghigian, **a.g.m.**, s. 75 vd.; Stone, **a.g.m.**, s. 2.

¹⁰⁹ Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 124. Ayrıca Bkz. Richard Garnett vd., **A Practical Guide To International Commercial Arbitration**, New York, Oceana Publications Inc., 2000, s. 11.

¹¹⁰ Warback, **a.g.m.**, s. 111. Ayrıca Bkz. Cushner, **a.g.m.**, s. 107; Michael E. Schneider, “Is There an Expanding Culture that Favours Combining Arbitration, Conciliation or Other Dispute Resolution Procedures?: Combining Arbitration with Conciliation”, **International Dispute Resolution, Towards an International Arbitration Culture**, Gen. Ed. Albert Jan Van Den Berg, The Hague, Kluwer Law International, 1996, s. 58 vd.

¹¹¹ Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 125. Ayrıca Bkz. Oghigian, **a.g.m.**, s. 76.

¹¹² Bkz. Brown, **a.g.m.**, s. 161 vd.; Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 125; Ildır, Alternatif, s.102.

¹¹³ Ayrıca Bkz. Chapter Nine of the Latham Report: Dispute Resolution, **ADRLJ**, Vol. 4, 1995, s. 167; Cushner, **a.g.m.**, s. 107.

Arabuluculuk, arabuluculuk-tahkim sürecinin ilk aşamasıdır. Bu halde uyuşmazlık ilk aşamada çözülemez ise tahkim yoluna başvurulacaktır. Burada arabuluculuğa ilişkin çabaların başarıyla sonuçlanıp sonuçlanmadığını başka bir anlatımla tahkime hangi noktada geçileceğini tespit hususu bir sorun olarak belirlemektedir. Zira; burada sorun hem uygun zamanın tespiti hem de bu tespitin kim tarafından yapılacağıdır. Bu halde tahkim aşamasına geçiş kararını verme imkanının taraflara tanınması uygun bir çözüm olarak görünmemektedir. Bu yetkinin süreci yöneten üçüncü kişiye tanınması halinde de sisteme genel anlamda hakim olan rızaîlik anlayışından uzaklaşılması ihtimali belirlemektedir. Zira; bu halde sürece hakim olan üçüncü kişi tarafların iradelerini dikkate almaksızın kendi görüşünü diretebilecektir. Bu tür muhtemel sorunların önüne geçilebilmesi için tarafsız üçüncü kişi ya da kişilerin belirlenmesinin ardından taraflar arasındaki uyuşmazlığı ana hatlarıyla ortaya koyan bir anlaşma yapılması tavsiye edilmektedir¹¹⁴.

Tahkim-arabuluculuk sürecinin son aşaması yukarıda da değinildiği üzere tahkimdir. Uyuşmazlık çözüm sürecinin bu bölümünde arabuluculuk aşamasında tespit edilmiş olan noktalar esas alınarak yeni bir çözüm üretilebilecektir. Bu halde arabuluculuk aşamasında üzerinde mutabık kalınmış olan hususlar da dikkate alınmalıdır¹¹⁵.

Son olarak, yukarıda değinildiği üzere¹¹⁶ alternatif uyuşmazlık yolları esnek bir yapıyı haizdir. Bu nedenle değişik nitelikler arz eden uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmak üzere farklı çözüm yolları geliştirilebilecektir. Bu çerçevede “arabuluculuk-tahkim”e rakip olabilecek “MEDALOA” adında başka bir yöntem Amerikan Tahkim Birliği (*American*

¹¹⁴ Ildır, Alternatif, s. 104; Vera, **a.g.m.**, s. 156. Krş. Hill, **a.g.m.**, s. 102.

¹¹⁵ Ildır, Alternatif, s. 105; Vera, **a.g.m.**, s. 156. Ayrıca Bkz. Lovenheim, **a.g.e.**, s. 35.

¹¹⁶ Bkz. Yukarıda s. 22 vd.

Arbitration Association-AAA)¹¹⁷ tarafından geliştirilmiştir. “MEDALOA”, arabuculuk ve bir tahkim türünün (*last (final) offer arbitration-L(F)OA*¹¹⁸) birleştirilmesi suretiyle oluşturulmuştur. Burada taraflar öncelikle arabuluculuk yöntemiyle aralarındaki uyuşmazlığı çözmeye çalışmakta; bu aşamada başarı sağlanamazsa tahkim (LOA) aşamasına geçilmektedir. Böylece hem hakem tarafların son teklifleriyle sınırlandırılmakta hem de taraflar uyuşmazlık çözüm sürecine katılma imkânı bulmaktadır¹¹⁹. Bununla birlikte, arabuluculuk-tahkim yöntemi de çeşitli sorunlara uyarlanabilecek şekilde esnek bir karakter arz ettiğinden uyuşmazlık çözüm sürecinin yönetiminde kolaylık sağlayacaktır. Ayrıca tahkim aşamasında da hakem, tarafların teklifleriyle sınırlandırılmadığından, tarafsız üçüncü kişi sıfatıyla uyuşmazlığa daha objektif bir çözüm getirebilecektir. Bu durum özellikle de tarafların kendi menfaatlerini korumak adına bağdaştırılması oldukça zor olan birbirine tamamen zıt teklifler sunmaları halinde önem arz edecektir. Bu halde uyuşmazlığın niteliği bakımından bir değerlendirme yapılarak, uygun yöntemin tercihi hem tarafların tatmini hem de ulaşılan çözümün sağlıklı olabilmesi adına önem arz etmektedir.

¹¹⁷ “MEDALOA” ismi, söz konusu uyuşmazlık çözüm çeşidine, daha sonra Amerikan Tahkim Birliği başkanlığına gelmiş olan Bob Coulsen tarafından 1993 yılında verilmiştir. Bkz. Tom Arnold, MEDALOA: The Dispute Resolution Process of Choice, **A.B.A. Conflict Management**, Vol. 6, Issue: 3, 2003, s. 1 vd. (Çevrimiçi)

<http://www.adrforum.com/rcontrol/documents/ResearchStudiesAndStatistics/2003DelikatKleinerConflictManagement.pdf> (22 Ekim 2008). Ayrıca Bkz. Cushner, **a.g.m.**, s. 107; Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 134.

¹¹⁸ “*Last (Final) offer arbitration*” olarak tanımlanan süreçte, taraflar tahkim süreci zarfında uyuşmazlığın çözümüne ilişkin son tekliflerini hakeme sunmakta, hakem de bu tekliflerden birini seçmektedir. Hakemin bu aşamada vermiş olduğu karar bağlayıcıdır. Bkz. Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 133. Ayrıca Bkz. Woldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes (Erişim) <http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1994/coulson.html> (22 Ekim 2008); Bruce L. Benson, “Arbitration”, (Erişim) <http://www.scribd.com/doc/239471/Arbitration> (22 Ekim 2008), s. 178 vd.; Vera, **a.g.m.**, s. 156, Dpn. 21.

¹¹⁹ Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 134.

C. Kısa Yargılama (*Mini Trial*)

Kısa yargılama “Tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi ile taraf temsilcilerinden oluşan bir kurulun, bağlayıcılık arz etmeyecek bir biçimde çözüm bulmak veya çözüm önerisi geliştirmek üzere, uyuşmazlığı adeta bir iş problemi gibi içselleştirerek gizlilik içinde ele almasını , incelemesini, değerlendirmesini öngören, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi”dir¹²⁰.

Bu yöntemin kısa yargılama olarak isimlendirilmesi, sadece tarafların iddia ve savunmalarının ortaya konmasına yönelik olan ancak teknik anlamda duruşma olarak nitelendirilemeyecek bir süreci ifade etmesinden kaynaklanmaktadır. Amaç, taraflara uyuşmazlığın ortaya çıkmasından itibaren birbirini dinleme fırsatı sunarak, koşulları yeniden gözden geçirmelerini sağlamaktır. Burada taraflar bir nevî mahkeme halini almaktadırlar¹²¹. Zira; taraflar uyuşmazlığın üzerinden belli bir sürenin geçmesinin ardından olayları daha soğukkanlı bir şekilde algılayacaklardır. Burada tarafsız üçüncü kişi sürecin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi açısından önemli bir rolü ifa etmektedir. Tarafsız üçüncü kişi taraflara sorular yönelterek çekişmeli hususların aydınlatılmasını sağlar. Eğer taraflar arzu ederlerse yol göstermek amacıyla ve bağlayıcı olmamak kaydıyla kendi görüşünü de belirtebilir ya da arabulucu benzeri bir rol üstelenebilir¹²². Kısa yargılama usûlü çerçevesinde genellikle tanık dinlenmemektedir ancak olayın teknik yönlerinin aydınlatılması amacıyla bilirkişiler sürece dahil edilebileceği gibi olayın aydınlatılması bağlamında önem arz ediyorsa bazı tanıklar da dinlenebilecektir¹²³. Kısa yargılama, iş hayatının gerekleri nedeniyle doğmuş

¹²⁰ Tanrıver, **a.g.m.**, s. 164. Ayrıca Bkz. Çetin, **a.g.e.**, s. 436; Lovenheim, **a.g.m.**, s. 36; Stone, **a.g.m.**, s. 2.

¹²¹ Bkz. Hibberd, Newman, **ag.e.**, s. 115. Ayrıca Bkz. “Alternative Dispute Resolution (“ADR”)", s. 89; Redfern vd., **a.g.e.**, s. 47.

¹²² Krş. Hill, **a.g.m.**, s. 102. Ayrıca Bkz. Ball, **a.g.m.**, s. 23.

¹²³ Brown, **a.g.m.**, s. 162; Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 18; Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 106.

ve daha çok ticarî uyuşmazlıkların çözümünde başarılı sonuçlar veren bir yöntemdir¹²⁴. Yukarıda değinildiği gibi ticarî uyuşmazlıklar nitelikleri itibariyle hızlı ve pratik ve esnek çözümler gerektirmektedir.

Kısa yargılama uyuşmazlığın herhangi bir aşamasında kullanılabilecektir. Ancak, uyuşmazlık devlet yargısına konu olmuşsa söz konusu yöntemin yargılamanın başında denenmesi faydalı olabilecektir. Kısa yargılama taraflara aralarındaki uyuşmazlığı belli kurallara bağlı kalarak ve uyuşmazlığın niteliğine uygun bir çözüm yolu oluşturmak suretiyle çözebilme olanağı sunmaktadır. Bu halde taraflar sürecin içeriğine ve yönetimine ilişkin belirlemeler yapabileceklerdir. Burada çözüm sürecine hakim olacak olan taraf yöneticilerinin uyuşmazlığın esasına vakıf olan kişiler olmaması uyuşmazlık çözümünün daha kaliteli ve objektif bir şekilde yürütülmesini sağlayacaktır¹²⁵.

Yukarıda değinildiği gibi kısa yargılama yöntemi ticarî uyuşmazlıkların çözümünde kullanılabilecek esnekliği haizdir. Söz konusu esneklik taraflara sınırları katî olarak belirlenmemiş bir yöntemle uyuşmazlığı çözüme kavuşturma olanağı sunmaktadır. Bu nedenle süreç uyuşmazlığın arz ettiği ihtiyaçlara göre şekillenecek ve bütün uyuşmazlıkları kapsayacak tek düze bir yapıdan bahsedilemeyecektir.

¹²⁴ Bkz. Mark Huleatt James, “The Avoidance of Delay in Dispute Resolution for International Projects”, **ADRLJ**, Part 4, December 1992, s. 215. Ayrıca Bkz. Aufses, **a.g.e.**, s. 34.

¹²⁵ İldır, Alternatif, s. 109. Ayrıca Bkz. Bristow, **a.g.e.**, s. 200; Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 133.

IV. TAHKİM, DEVLET YARGISI VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI İLİŞKİSİ

Uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak devlet yargısı, tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından hangisinin daha iyi sonuçlar vereceği hususundaki tartışma oldukça eskilere dayanmaktadır. Burada tercihlerin zamanla söz konusu yöntemlerden birinden diğerine kayarak, değiştiği göze çarpmaktadır. Burada akımın yönlendirilmesinde hem yöntem hem de yöntemi kullananların özellikleri ve taraflara kazandırdıkları hususlar belirleyici olmaktadır. Tarafların bir uyuşmazlık çözüm yöntemini diğerine tercih etmesi, salt yöntemin ve yönteme hakim olanların olumlu özelliklerinden değil taraflara kazandırdıkları hususların farklılık arz etmesinden de kaynaklanmaktadır¹²⁶.

Yukarıda değinilen çözüm yollarından tahkim, genel olarak “ Bir hukuk nizamı içerisinde karar verme yetkisinin özel irade beyanlarıyla mahkeme yerine resmî olmayan organlara (bir veya birden çok hakeme) havele edilmesi¹²⁷” ya da tarafların kanunun izin verdiği kapsam çerçevesinde aralarında halen mevcut olan ya da ileride meydana gelmesi muhtemel uyuşmazlıkları devlet yargısı yerine hakem adı verilen kişiler aracılığıyla çözme hususunda anlaşmaları¹²⁸ olarak ifade edilebilir. Tahkim yapısal özellikleri itibariyle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından ve devlet yargısından farklılık arz etmektedir¹²⁹. Ancak kanaatimizce tahkimin bahsi

¹²⁶ Franklin, **a.g.e.**, s. 91. Ayrıca Bkz. Developments: The Paths of Civil Litigation, s. 1851; José Rosell, “Arbitration v. State Courts: Arbitration Confidentiality Challenged by The State Courts”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, ICC Türkiye Millî Komitesi, 10 Mart 2003, s. 84 vd.

¹²⁷ Ergin Nomer, Cemal Şanlı, **Devletler Hususî Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005, s. 462.

¹²⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 29; Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medenî Usul Hukuku**, Değiştirilmiş 18. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2007, s. 845; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, **Medenî Usul Hukuku**, 5. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2006, s. 642.

¹²⁹ Ellen E. Deason, “Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation-Worldwide”, **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 22, Center for Law,

geçen iki müessese göz önüne alındığında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına nazaran devlet yargısına daha yakın olduğu izlenimi uyanmaktadır¹³⁰.

Aşağıda her üç müessese benzer ve farklı yönleri itibariyle incelenecektir.

A. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Devlet Yargısı

Devlet yargısı, uyuşmazlık çözümünde klasik bir yöntemdir. Esasında karmaşık bir uyuşmazlığı çözmenin de en iyi yollarından biridir. Zira; burada basit bir dava dilekçesi ile uyuşmazlık yargıya havale edilmekte ve kesin olarak çözüme kavuşturulmaktadır. Diğer bir nokta da devlet yargısının dayanağı olan pozitif düzenlemelerin zorlayıcılığıdır. Böylece ne kadar uzun zaman alsa da uyuşmazlığın tartışılmaz, katî ve icra edilebilir bir kararla sonuçlanacağı kesindir. Öte yandan, devlet yargısı alenîdir ve yargılama kamunun huzurunda gerçekleşmektedir. Böylece yargının alenîliği ve uygulanması zarurî pozitif düzenlemelere dayanması keyfîliği önlemektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ise her ne kadar uyuşmazlığın pratik ve ekonomik bir şekilde çözümünü sağlasa da bir uyuşmazlığın kesin bir şekilde çözümü garantisi vermemektedir. Ayrıca müzakerelerin kapalı kapılar ardında yapılması da sürecin güvenilirliğine gölge düşürebilecektir. Bu olumlu yönleriyle devlet yargısı halen klasik bir çözüm yöntemi olarak üstünlüğünü sürdürmektedir¹³¹. Ancak buna rağmen, devlet yargısı, özellikle uluslararası

Policy and Social Science Working Paper Series, No. 15, (Erişim) <http://ssrn.com/abstract=583141> (20 Ekim 2008), s. 1 vd.; Ronald Bradbeer, Stewart Shackleton, “ The Only Alternative”, **The Lawyer**, Vol. 15, 2005, s. 17.

¹³⁰Bkz. Ball, **a.g.m.**, s. 23. Krş, Nottage, **a.g.m.**, s. 92.

¹³¹ Bkz. Lisa Blomgren Bingham vd., “Dispute Resolution and The Vanishing Trial: Comparing Federal Government Litigation and ADR Outcomes”, (Erişim) <http://ssrn.com/abstract=1127878> (20 Ekim 2008), s. 1 vd.

ticaret açısından, aşağıda inceleneceği üzere pek çok olumsuzlukları da beraberinde getirmektedir¹³².

Devlet yargısı, çekişme üzerine oturtulmuş bir mekanizmayı ifade etmektedir. Bu anlamda, taraflardan birinin uyuşmazlığı yargıya sevk etmesi uyuşmazlık çözüm sürecinin başlaması açısından yeterlidir. Karşı tarafın isteğinin ise bir önemi yoktur. Taraflar zaten olayın mahkemeye intikali ile hasım olmuşlardır. Bu durumda taraflar, kendi hakkının üstünlüğünün iddiası ekseninde ve yargılama için öngörülen usûl çerçevesinde birbiriyle mücadele edeceklerdir¹³³. Burada daha başlangıçta tarafların sulh olması şansı psikolojik etkenlerle bertaraf edilmiş olmaktadır. Öte yandan, devlet yargısında uyuşmazlık çözüm süreci uzun bir zaman almaktadır. Bu süreç de her iki tarafın menfaatlerinin tatmininden ziyade taraflardan birinin galip ilân edilmesi ile sonuçlanmaktadır. Bu iki husus birlikte değerlendirildiğinde uyuşmazlığın devlet yargısında çözülmesinin taraflar için maddî ve manevî anlamda ne kadar büyük bir maliyeti ifade ettiği anlaşılabilecektir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ise daha başlangıçtan itibaren tarafların rızalarına dayanan pratik ve ekonomik bir yöntem olarak belirlemektedir. Uyuşmazlık devlet yargısına kıyasen daha kısa bir zamanda ve daha düşük maliyetlerle çözülebilmektedir¹³⁴.

Yukarıda da değinildiği gibi devlet yargısı alenen cereyan etmektedir. Bu husus çeşitli faydaları beraberinde getirse de bazı uyuşmazlıklar açısından olumlu sonuçlar doğurmayabilir. Özellikle de ticarî ilişkilerin hassasiyeti göz önüne alındığında uyuşmazlık çözümünde mahremiyetin

¹³² Çetin, **a.g.e.**, s. 423 vd.; Ildır, Alternatif, s. 55 vd. Ayrıca Bkz. Marjorie O. Rendell, “ADR Versus Litigation”, **Dispute Resolution Journal**, February 2000, s. 69 vd.

¹³³ Bkz. Alon Klement, Zvika Neeman, “Civil Justice Reform: A Mechanism Design Framework”, June 2007, (Erişim) <http://ssrn.com/abstract=998028> (20 Ekim 2008), s. 1 vd.

¹³⁴ Çetin, **a.g.e.**, s. 426; Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 135 vd. Ayrıca Bkz. Costello, **a.g.m.**, s. 27 vd.

önemi daha ön plana çıkacaktır¹³⁵. Uyuşmazlığın mahkemeye intikali dahi tarafların ticarî itibarları ve gelecekleri açısından zarar verici niteliktedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ise uyuşmazlığın hassasiyet derecesine uygun olarak sırların ifşa edilmeksizin müzakere edilebilmesini mümkün kılmaktadır¹³⁶.

Değinilmesi gereken diğer bir husus da burada ilişkilerin farklı özellikler gösterebilmesidir. Zira; ticarî ilişkilerde taraflar arasındaki ilişkinin korunması en az uyuşmazlığın çözülmesi kadar önemlidir. Zira; burada taraflar arasındaki ilişki haktan ziyade menfaate dayalıdır. Uzun vadeli ve uzlaşımçı bir çözüm her iki tarafın menfaatine de hitab edebilecektir¹³⁷. Oysa yukarıda da değinildiği gibi devlet yargısı katî pozitif düzenlemelere dayanmaktadır. Bu durum ise uyuşmazlık çözümünde esnek bir yaklaşım sergilenmesinin önüne geçecektir¹³⁸. Taraflar belirlenen biçimsel çerçevede kendilerine izin verilen ölçüde çözümün sağlanmasına ilişkin verileri sunmaktadırlar. Karara katılmaları ise mümkün görünmemektedir. Bu halde çözüm süreci sonucunda ortaya çıkan karara uymak dışında bir tercihleri bulunmamaktadır¹³⁹. Ancak ilerde aynı türden uyuşmazlıkların çıkması muhtemelse, bu bağlamda bağlayıcı bir çözüm sunan uyuşmazlık çözüm tekniğinin tercih edilmesi faydalı olacaktır. Zira; alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması sonucunda elde edilen çözümler sadece tarafları bağlamakta ve konu edildiği somut olaya ilişkin bulunmaktadır. Bu halde çözüm anlaşmasının bir “*emsal (res judicate)*” teşkil etmesi mümkün görünmemektedir. Ayrıca uyuşmazlığın alenî olarak çözümlenmesi tarafların menfaatleri açısından

¹³⁵ Bkz. Ross Cranston, “Theorizing Transnational Commercial Law”, **Texas Int’l L. J.**, Vol. 42, s. 610 vd.

¹³⁶ İldır, Alternatif, s. 57; Bradbeer Shackleton, **a.g.m.**, s. 17. Ayrıca Bkz. Goldberg, Green, Sander, **a.g.m.**, s. 70 vd.

¹³⁷ Bkz. Avigail Ram, Hildy Ross, ‘We Got to Figure it Out’: Information-Sharing and Siblings’ Negotiations of Conflicts of Interest”, **Social Development**, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2008, s. 1 vd.; Joseph B. Stulberg, “Mediation and Justice: What Standards Govern?”, **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 37, August 2005, (Erişim) <http://ssrn.com/abstract=800827> (20 Ekim 2008), s. 1 vd.

¹³⁸ Bkz. McGovern, Hare, **a.g.m.**, s. 171 vd. Ayrıca Bkz. Oghigian, **a.g.m.**, s. 75.

¹³⁹ Çetin, **a.g.e.**, s. 423, İldır, Alternatif, s. 56. Krş. Street, “Judicial Institution” s. 89.

faydalı olacaksa yine devlet yargısının tercih edilmesi daha isabetli olacaktır¹⁴⁰.

Sonuçta, devlet yargısı her ne kadar uyuşmazlık çözümünde klâsik bir yöntem olarak varlığını sürdürse de uyuşmazlığın mahkemeye intikal etmeksizin çözümünü sağlayan uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin keşfedilmesi suretiyle taraflara tercih imkânı sunulması olumlu bir gelişmedir. Bu bağlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yukarıda da değinildiği gibi¹⁴¹ devlet yargısına rakip olarak değil, onun yanı sıra sunulan bir seçenek olarak görülmelidir¹⁴². Zira; bu husus, yargının da iş yükünü hafifleterek daha iyi işleyebilmesini sağlayacaktır.

B. Tahkim ve Devlet Yargısı

Tahkim, bazı hallerde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında da incelenebilmekle birlikte genel ruhu itibariyle devlet yargısına yaklaşan özellikler sergileyen bir müessesedir. Burada öne çıkan en belirgin özellik tahkim neticesinde verilen kararın da devlet yargısında olduğu gibi uyuşmazlığın tarafları açısından bağlayıcı olmasıdır¹⁴³. İkinci olarak taraf katılımı açısından bakıldığında tahkimin de devlet yargısında olduğu gibi kararın oluşumunu taraflara bırakmadığı görülmektedir¹⁴⁴. Ayrıca yukarıda

¹⁴⁰ Costello, **a.g.m.**, s. 29 vd. Krş. Jean R. Sternlight, “Is Alternative Dispute Resolution Consistent with the Rule of Law?: Lessons from Abroad”, **De Paul Law Review**, Vol. 59, 2006, s. 596 vd.

¹⁴¹ Bkz. Yukarıda s. 9, Dpn. 19.

¹⁴² Street, “The Language”, s. 144. Ayrıca Bkz. Chapter Nine of the Latham Report, s. 16 vd.; Klement, Neeman, **a.g.m.**, s. 2.

¹⁴³ Ball, **a.g.m.**, s. 21, Costello, **a.g.m.**, s. 25. Ayrıca Bkz. Walter Mattli, “Private Justice in a Global Economy: From Litigation to Arbitration”, **The Rational Design of International Institutes**, Ed. Barbara Koremenos, Charles Lipson, Duncan Snidal New York, Cambridge University Press, 2004, s. 160 vd.

¹⁴⁴ Ziya Akıncı, Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, **BATİDER**, C. XVIII, Sayı 4, Aralık 1996, (Alternatif Çözüm Yolları), s. 100, Dpn 30; Ildır, Alternatif, s. 59 vd.; Ayrıca Bkz. Deason, **a.g.m.**, s. 1. Krş. Nottage, **a.g.m.**, s. 83 vd.

da değinildiği üzere burada dikkate alınması gereken en temel nokta tahkim yargısının da devlet yargısında olduğu gibi menfaati baz almayan, objektif kurallara göre ilerleyen bir yargılama süreci olmasıdır¹⁴⁵.

Yukarıdaki benzer özelliklerine rağmen tahkimin devlet yargısıyla paralel ve hatta ona rakip olarak gelişmesini sağlayan kendine münhasır özellikleri de bulunmaktadır. Bunlardan ilki hakemlerin devlet yargısının aksine uygulanacak hukukî rejim konusunda hareket kabiliyetlerinin bulunmasıdır. Bunun doğal bir sonucu olarak yargılama daha akıcı bir şekilde gerçekleşebilmektedir. Burada kuşkusuz mahkemelerin hakemlerle karşılaştırılamayacak bir iş yükünün bulunması hususu da göz önünde tutulması gereken diğer bir etkidir¹⁴⁶.

İkinci olarak uyuşmazlığın tahkimde çözümlenmesinin daha profesyonel sonuçlar doğurmasıdır. Zira; bu halde taraflar uyuşmazlığın ilk elden uzman kişilerce çözümlenmesi olanağına kavuşmaktadırlar. Her ne kadar devlet yargısında da bilirkişiye gidilmek suretiyle teknik bilgi gerektiren uyuşmazlıkların çözümü mümkün olsa da hakimin uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak teknik bilgiye ancak bilirkişinin bakış açısı ölçüsünde vâkıf olabileceği göz önünde tutulduğunda uyuşmazlığın tahkimde çözümlenmesinin taraf menfaatine daha çok hitap edebileceği görülmektedir¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Meessen, **a.g.m.**, s. 113; Benson, **a.g.m.**, s. 93 vd. Ayrıca Bkz. Elkouri, Elkouri, **a.g.e.**, s. 7 vd. ; Lawrence B. Solum, “Procedural Justice”, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 04-02, Spring 2004, s. 9 vd. (Erişim) <http://ssrn.com/abstract=508282> (20 Ekim 2008).

¹⁴⁶ Benson, **a.g.m.**, s. 94. Ayrıca Bkz. A. V. Dicey, J. H. C. Morris, **The Conflict of Laws**, Gen. Ed. Lawrence Collins, Vol. 1, 13 th Edition, London, Sweet&Maxwell, 2000, s. 597.

¹⁴⁷ Benson, **a.g.m.**, s. 94; Ildır, Alternatif, s. 59; Goldberg, Green, Sander, **a.g.m.**, s. 70.

Burada değinilmesi gereken diğ er bir özellik de tahkim müessesinin, her ne kadar kararın oluşturulması aşamasında taraf inisiyatifine yer verilmesi de, taraflara hakem/ hakemleri, yargılama usulüne uygulanacak hukuku, yargılama dilini, yargılamanın yapılacağı ülkeyi belirleyebilmek suretiyle daha en başından itibaren süreç üzerinde etkili olabilme olanağını tanımasıdır¹⁴⁸.

Son olarak tahkim yargılamasının, devlet yargılamasının istisnalar haricinde alenî olması zorunluluğuna karşın alenî olarak gerçekleştirilmesi mecburiyeti söz konusu değıldir¹⁴⁹.

Tahkim, uluslararası unsur ihtiva eden ticarî uyuşmazlıklar açısından ise ayrı bir önemi haizdir. Bu durum esas olarak milletlerarası ticaretin karakteristik özelliklerinin doğurduğı bir mecburiyet olarak belirmektedir. Zira milletlerarası ticaret, kendi yapısı içerisinde hızla değışen ve bu nedenle de değışimi ve esnekliğı zorunlu kılan bir özellik arz etmektedir. Bu durum milletlerarası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların dahilî uyuşmazlıklara nazaran daha farklı bir yapıda     mlenmesini zorunlu kılmaktadır. Tahkim müessesesi esas itibariyle değinilen ihtiyaçların bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Yukarıda genel olarak değinilen faydalarına ek olarak tahkimin uluslararası ticarî akitler bakımından sağladığı öncelikli kolaylık tahkim neticesinde verilen kararın tenfizi aşamasında belirmektedir. Yukarıda da değinildiğı gibi uluslararası ticaret bakımından hız son derece önemlidir. Özellikle de yapılan akitlerin hacmi göz önüne alındığında bu husus daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. şu halde uyuşmazlığın hızlı bir şekilde

¹⁴⁸ Akıncı, Alternatif     m Yolları, s. 95; Benson, **a.g.m.**, s. 94. Ayrıca Bkz. Aufses, **a.g.m.**, s. 34.

¹⁴⁹ Ildır, Alternatif, s. 60; Goldberg, Green, Sander, **a.g.m.**, s. 71. Ayrıca Bkz. Rosell, **a.g.m.**, s. 84 vd.

çözümlemesi son derece önemlidir. Ancak burada taraf menfaatini esas olarak ilgilendiren durum salt uyuşmazlığı çözüme kavuşturan bir kararın elde edilmiş olması değil, uyuşmazlığın pratikte de fiilen çözümlenmesidir¹⁵⁰. Bu durum ise kararın tenfizi aşaması ile ilgilidir¹⁵¹.

Milletlerarası ticarî tahkim neticesinde elde edilen kararların tanınması ve tenfizi¹⁵² yukarıda değinilen mecburiyetler nedeniyle uluslararası alanda da kolaylaştırılmıştır. Bu anlamda milletlerarası ticarete hız, esneklik ve icraîliğin arz ettiği önem nedeniyle milletlerarası ticarî tahkim neticesinde verilen kararların tenfizinin yabancı mahkeme kararlarının tenfizinden dahi kolay hale getirildiği görülmektedir¹⁵³.

Konuya ülkemiz açısından yaklaşıldığında yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilebilmesi için 5718 sayılı MÖHUK¹⁵⁴ m. 54 hükmünde öngörülmüş olan koşulların¹⁵⁵ sağlanmış olması gerekmektedir. Bu anlamda

¹⁵⁰ Bkz. Ziya Akıncı, “Devlet Yargısı ile Kıyaslandığında ICC Tahkimi Uygulaması”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, ICC Türkiye Millî Komitesi, 3 Kasım 2006, s. 113 vd. (ICC Tahkimi)

¹⁵¹ Garnett vd., **a.g.e.**, s. 11. Ayrıca Bkz. Banu Şit, **Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2005, s. 89 vd.

¹⁵² Bkz. Stephen M. Schwebel, **International Arbitration: Three Salient Problems**, Cambridge Grotius Publications Limited, 1987, s. 21 vd. Ayrıca Bkz. Stephen J. Toope, **Mixed International Arbitration: Studies In Arbitration Between States And Private Persons**, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1990, s. 116 vd.

¹⁵³ Akıncı, Alternatif Çözüm Yolları, s. 94; Garnett vd., **a.g.e.**, s. 13.

¹⁵⁴ R.G. 12.12.2007-26728.

¹⁵⁵ MÖHUK m. 54 hükmü şu şekilde düzenlenmiştir:

“ Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dahilinde verir.

- Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması,
- İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması,
- Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması,
- O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin

özellikle karşılıklılık yabancı mahkeme kararlarının tenfizini zorlaştıran bir koşul olarak öne çıkmaktadır. Bu anlamda ülkemizin anlaşmaya dayanan karşılıklılığı sağlamaya yönelik diğer ülkelerle yapmış olduğu ikili anlaşmaların sayısına¹⁵⁶ nazaran, 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne¹⁵⁷ taraf olan ülkelerin sayısı dikkate alındığında konunun önemi ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda değinilen faydalarına rağmen tahkim bazı eksiklikleri de beraberinde getirmektedir. Bunlardan ilki tahkimin bazı hususlarda icraî bir güçten yoksun oluşudur. Buna örnek olarak tanıkları duruşmada bulunmaya, tarafları keşfe zorlamak, tarafların kendilerinin ve malvarlıklarının hareketlerini kontrol edebilmek hususları gösterilebilir. İkinci olarak çok taraflı uyuşmazlıklar bakımından da tahkimin faydalı sonuçlar doğurmayacağı öngörülmektedir. Burada uyuşmazlığın iki tarafı olmakla birlikte arka planda taraflar arasında iç içe geçmiş pek çok anlaşma bulunmaktadır. Bu halde doğrudan ilgili olmayan ancak uyuşmazlıkla alakalı bulunan tarafları dinlemek de faydalı olacaktır. Ancak ilgili taraflar yalnızca kendilerinin doğrudan muhatabı olan tarafla aralarında çıkan sorunlar nedeniyle tahkime başvurmak hususunda yükümlülük altında bulunduklarını öne sürerek tahkim sürecine katılamayabilirler. Bu durumun da uyuşmazlığın etkili bir şekilde çözümlenmesini engelleyeceği ileri sürülmektedir¹⁵⁸. İleri sürülen diğer bir husus da tahkimin karmaşık uyuşmazlıklar bakımından ekonomik ve pratik bir yöntem olmaktan çıkmasıdır¹⁵⁹.

yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.

Bkz. (Erişim) <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5718.html> (15 Ekim 2008).

¹⁵⁶ Ülkemiz ile tanıma tenfiz konusunda anlaşma yapılan ülkeler için Bkz. <http://www.uhdgm.adalet.gov.tr/ts.htm> (20Ekim 2008).

¹⁵⁷ Sözleşme ülkemizde 30.12.1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁵⁸ Garnett vd., **a.g.e.**, s. 15.

¹⁵⁹ Ball, **a.g.m.**, s. 21.

Yukarıda değişik işlevleriyle incelenen tahkim bazı hususlar açısından eleştirilse de, tarafsızlık, pratik çözümler sunabilme, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulma zamanı, taraf inisiyatifine yer verilmesi¹⁶⁰ gibi özellikleri nedeniyle milletlerarası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde ayrı bir önemi haizdir. Yukarıda da değinildiği gibi tahkim milletlerarası ticaretin ruhuna uygun ve onunla paralel özelliklere sahiptir. Bu nedenle pratikte önemini korumaya devam etmektedir¹⁶¹.

C. Tahkim ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözümü birbiri içine geçmiş ve çoğu kez birlikte anılan kavramlardır. Burada esas olarak belirleyici olan husus tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bağlamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği meselesidir. Bu hususa yukarıda¹⁶² değinildiğinden burada her iki kurum da uyuşmazlık çözümünde işlevsellikleri açısından incelenecektir.

Yukarıda da değinildiği üzere tahkim uluslararası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde oldukça kabul gören bir kurumdur¹⁶³. Buna rağmen tahkimin yanı sıra çeşitli alternatif çözüm yolları belirmektedir¹⁶⁴. Bu bağlamda kurumsal tahkim hizmeti vermekte olan bazı uluslararası kuruluşlar alternatif uyuşmazlık çözümü hizmeti sunmaya başlamışlar, bu bağlamda çeşitli yeknesak kurallar oluşturmuşlardır. Bu kurallardan ön plana çıkanlar

¹⁶⁰ Akıncı, Alternatif Çözüm Yolları, s. 97.

¹⁶¹ Chris A. Carr, Michael R. Jencks, "The Privatization of Business and Commercial Dispute Resolution: A Misguided Policy Decision", **Kentucky Law Journal**, Vol. 88, 1999-2000, s. 183 vd.

¹⁶² Bkz yukarıda s. 8 vd.

¹⁶³ Bkz. Reynolds, a.g.e., s. 3. Ayrıca Bkz. Toope, a.g.e., s. 199 vd.; Steven A. Certilman, "A Comparison of Selected Arbitration Rules", **Alternatives**, Vol. 26, No. 5, May 2008, s. 91 vd.

¹⁶⁴ Bkz. Martin Domke, **Commercial Arbitration**, New Jersey, Foundations of Law in a Business Society, 1965, s. 3 vd. Ayrıca Bkz. Catherine Li, "Evaluating the Various Non-Litigation Processes for Resolving Disputes: The Cost-Effectiveness Approach", **J. Int. Arb.**, s. 435 vd.

UNCITRAL Uzlaştırma (Arbuluculuk) Kuralları ve Model Kanun¹⁶⁵, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO-ICC) İhtilâfların Dostâne Halline İlişkin Kurallar¹⁶⁶, ICSID Uzlaştırma (Arbuluculuk) Kurallarıdır¹⁶⁷.

Bilindiği üzere uluslararası ticarî faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların kendilerine has özellikleri vardır. Bu durum uluslararası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde de uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına cevap verebilecek yöntemlerin gelişmesini sağlamıştır. Bu özelliklerden en önemlileri hız, maliyet, güven ve tarafsızlıktır. En az bunlar kadar önem arz eden diğer bir özellik de rızaîliktir. Zira; uluslararası ticarî faaliyetlerin sürdürülmesinde taraf iradeleri ifa yerinin tespiti, ödeme birimi gibi temel hususlarda önemli bir rol ifa etmektedir¹⁶⁸. Rızaîlik alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının da temel özelliklerinden biridir. Bu çerçevede uluslararası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tercih edilmesi taraf iradelerinin ön plana çıkarılması bağlamında uluslararası ticaretin temel özellikleriyle paralellik arz etmektedir¹⁶⁹. Kanaatimizce bu durum uyuşmazlığın daha kolay ve işlevsel bir şekilde çözümlenebilmesi açısından önemlidir. Zira; uyuşmazlığın taraf iradelerini ön plana çıkaran bir çözüm yoluna vasıtasıyla çözümlenmesi halinde taraflar da uyuşmazlığın aydınlatılması hususunda kendilerine düşen görevi ifada ve sonucu kabulde daha istekli olacaklardır¹⁷⁰. Bu bağlamda taraf iradelerinin hakimiyeti açısından değerlendirildiğinde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları tahkimden bir adım daha ileridedir¹⁷¹. Bu husus özellikle çözüm anlaşmasının tamamen taraf iradelerinin bir ürünü olması noktasında belirginleşmektedir.

¹⁶⁵ Bkz. Aşağıda s. 81 vd.

¹⁶⁶ Bkz. Aşağıda s. 108 vd.

¹⁶⁷ Bkz. Aşağıda s. 129 vd.

¹⁶⁸ Bkz. Mahmut Bırsel, “Milletlerarası Tahkimde Tahkim Yerinin Seçiminin Önemi”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, ICC Türkiye Millî Komitesi, 10 Mart 2003, s. 64 vd.

¹⁶⁹ Akıncı, Alternatif Çözüm Yolları, s. 108.

¹⁷⁰ Bkz. Winkler, **a.g.e.**, s. 130 vd.

¹⁷¹ Bkz. Deason, **a.g.m.**, s. 1. Ayrıca Bkz. Franklin, **a.g.m.**, s. 96 vd.

Üçüncü kişinin sürecin yönetimi hususundaki rolü dikkate alındığında da uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözüm yolları vasıtasıyla çözümlenmesi halinde taraflar kendilerine doğrudan müdahale etmeyen tarafsız üçüncü kişinin nezaretinde uyuşmazlığa farklı açılardan bakarak, uyuşmazlığı ayrıntılarıyla değerlendirebilecekleri görülecektir. Bu noktada taraflar tahkimin aksine kendi çözümlerini üretmektedirler¹⁷².

Alternatif çözüm yollarının tahkime üstünlük arz eden diğer bir özelliği hak değil menfaat temelli olmasıdır. Bu durum her iki tarafın menfaatlerini tatmin edecek çözümlerin üretilmesine yardımcı olacaktır. Bu halde ulaşılan çözümün daha kalıcı olacağı söylenebilir¹⁷³.

Son olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları tahkim ve devlet yargısı ile kıyaslandığında usul ekonomisine daha çok hizmet etmektedir. Uyuşmazlıkların daha ucuz ve daha kısa sürede çözümlenebilmesi alternatif çözüm yollarının kullanımıyla mümkün olabilecektir. Zira; yukarıda değinildiği gibi bazı uyuşmazlıklar bakımından tahkim mantıklı bir tercih olmaktan çıkmaktadır¹⁷⁴.

Bütün bu özelliklerine rağmen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uluslararası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmasının önündeki en büyük engel “kararların bağlayıcılığı” noktasında belirmektedir. Bu halde taraflardan birisi çözümü ifa noktasında isteksiz

¹⁷²Garnett vd., **a.g.e.**, s. 15 vd. Ayrıca Bkz. Mattli, **a.g.m.**, s. 160 vd.

¹⁷³Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 39; Deason, **a.g.m.**, s. 1.

¹⁷⁴Ball, **a.g.m.**, s. 21; Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 393. Ayrıca Bkz. Turgut Kalpsüz, “Tahkim Giderleri”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, ICC Türkiye Millî Komitesi, 3 Kasım 2006, s. 13 vd. (Tahkim Giderleri).

davranırsa uyuşmazlığın çözümü hususunda sürecin başına dönülerek ya devlet yargısına ya da tahkime başvurmak gerekecektir¹⁷⁵.

Uluslararası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık yollarının pratik özelliklerinden tahkimin de uyuşmazlığı netlikle sona erdiren yapısından faydalanılabilecek optimum noktanın bulunabilmesi amacıyla her iki yöntemin bağdaştırılması öngörülmektedir. Böylece uyuşmazlığa uygun işlevsel bir yöntemin bulunması tarafların en üst düzeyde uzlaşmaya varmaları ve icra edilebilir bir kararın da garanti altına alınması suretiyle gerçekleşebilir. Bu da klasik çözüm yöntemlerine sıkı sıkıya bağlı kalınarak değil, yeni arayışlarla gerçekleştirilebilir. Arabuluculukla tahkimi birleştirmek suretiyle her iki yöntemin avantajlarından yararlanma eğilimi buna bir örnek olarak verilebilir¹⁷⁶.

Esasında burada başka bir çıkış yolu da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını sadece tahkim ve yargı dışı ve bunlardan tamamen ayrı çözüm yolları olarak düşünmemektir. Bu bağlamda alternatif çözüm yollarından, adı her ne olursa olsun, her tür uyuşmazlık çözüm süreci kapsamında istifade etmek mümkün olabilecektir¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Akıncı, Alternatif Çözüm Yolları, 109; Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 393; Karşıt görüş için Bkz. Hooper Bailie Associated Ltd. v. Natcon Group Pty Ltd. davası. Söz konusu davada mahkeme arabulucunun tahkimden rızalık noktasında farklılık arz ettiği, bu nedenle de tarafların arabuluculuk anlaşmasının gereğini ifaya zorlanamayacağı fikrini benimsememiştir. Michael Pryles, "Australia", **Dispute Resolution in Asia**, Ed. Michael Pryles, The Hague, Kluwer Law International, 1997, s. 46. Ayrıca Bkz. Leonard, Dharmananda, **a.g.m.**, s. 301 vd.

¹⁷⁶ IBM-FUJITSU tahkimi, bu yöntemin başarıyla gerçekleştirildiği bir örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu uyuşmazlığın çözümünde tahkim çerçevesinde kalınmak ve arabuluculuk yönteminin de sisteme entegre edilmesi suretiyle faydalanılmıştır. Sistemlerin yakınsamasına bir örnek teşkil eden bu hususun uyuşmazlığın niteliğine uygun çözüm sisteminin bulunması açısından oldukça önemli olduğu kanaatindeyiz. Bkz. Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 81 vd. Ayrıca Bkz. Garnett vd., **a.g.e.**, s. 17 vd.; Mattli, **a.g.m.**, s. 181 vd.; Oghigian, **a.g.m.**, s. 75 vd.

¹⁷⁷ Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 394. Ayrıca Bkz. Deason, **a.g.m.**, s. 1; Nottage, **a.g.m.**, s. 92.

V. GENEL OLARAK ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN KURALLAR

Günümüzde gelişen teknolojinin sunduğu cazip imkânlardan pek çok alanda faydalanılmakta, teknoloji vasıtasıyla gerçekleştirilebilecek işlemler kategorisi her geçen gün güncellenmekte ve genişlemektedir. Bu şartlar altında işlemlerin gerçekleştirilmesinde kullanılan eski yöntemler terkedilmektedir. Böylece bireyler ve kurumlar arası temaslar gelişmekte bu vesileyle ülke sınırlarını aşan işlemler ağırlık kazanmaktadır. Bu durum ticaret hayatında daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Milletlerarası hukukî işlemlerin sayısındaki artış, bu ilişkilerden doğan ihtilâfların sayısını aynı oranda artırmaktadır. Bu halde, günümüz şartlarında kurulmuş hukukî ilişkilerden doğan ihtilâfların çözümünde eski usûller de yetersiz kalmaktadır. Bu durum hem iç hukuk hem de uluslararası hukuk bağlamında yeni sorunları ve çözüm önerilerini beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda gerek uluslararası gerekse devletler kendi hukuk sistemleri içerisinde yeni çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi hususunda çaba sarf etmişlerdir. Bu yöndeki arayışların bir sonucu olarak beliren alternatif uyuşmazlık çözüm yolları da uluslararası kurallar, uluslarüstü (*supranasyonel*) düzenlemeler ve kanunlar gibi değişik adlarla yapılan düzenlemelere konu olmuştur.

Bu kapsamda ilk olarak uyuşmazlık çözüm hizmetleri veren çeşitli uluslararası kuruluşların konuya ilişkin detaylı kurallara yer verdiği görülmektedir. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)¹⁷⁸, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO-ICC)¹⁷⁹, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID)¹⁸⁰, tezimizde de incelendiği üzere, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hususunda kapsamlı

¹⁷⁸ Bkz. s. 81 vd.

¹⁷⁹ Bkz. s. 108 vd.

¹⁸⁰ Bkz. s. 129 vd.

kurallar ihdas eden belli başlı uluslararası kurumlardır. Bu kuralların ortak özellikleri; uyuşmazlığın çözümünde taraf iradelerini etkin kılarak, her iki tarafın menfaatlerine hitâb edebilecek nitelikte etkin, hızlı ve kalıcı çözümler üretebilmektir. Bu vesileyle taraflar arasındaki uzun süreli ilişkilerin tarafların menfaatlerinin bağdaştırılması yoluyla korunabilmesi amaçlanmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin olarak Avrupa Birliği tarafından uluslararası düzeyde gerçekleştirilen düzenlemeler de bu alanda diğer bir kategoriye teşkil etmektedir. Bu anlamda Avrupa Birliği hukuk sistemi kapsamında alternatif uyuşmazlık çözümü, özellikle adalete erişim açısından sağladığı kolaylıklar nedeniyle teşvik edilmektedir. Zira uyuşmazlıkların devlet yargısına başvurmak suretiyle çözümü; oldukça uzun süren, pahalı bir yöntem olarak belirmektedir. Çekişme temeli üzerine kurulu davaların, bireylerin ruhsal durumları üzerindeki olumsuz etkileri de durumun manevî maliyeti olarak ifade edilebilecek diğer bir boyutudur. Bu durum ticarî ilişkiler açısından dikkati çekmekle birlikte adî ilişkiler açısından da belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hak arama özgürlüğü bağlamında değerlendirilebilmesini sonuçlayan yeni bir boyut açmaktadır. Bu çerçevede olmak üzere yukarıda değinilen sorunların giderilmesi anlamında Avrupa Birliği Hukuku kapsamında somut olarak yapılan ilk düzenleme 2002’ de yayımlanan Yeşil Kitaptır (*Green Paper*)¹⁸¹. Yeşil Kitap’ta; alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin olarak sözleşmelere derc edilecek klostlar, süreler, gizlilik, sürece ilişkin taraf rızalarının geçerliliği, tarafsız üçüncü kişilerin eğitimi gibi pek çok husus düzenlenmiştir. Bunu takiben uzlaştırmaya ilişkin usûl ve esaslar tespit edilmiştir (*Code of Conduct*)¹⁸². Son olarak 2008 yılında 2008/52/EC sayılı Belirli Medenî Ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Direktifi (*Directive*

¹⁸¹Bkz. (Erişim)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0196:EN:NOT> (3 Ocak 2009).

¹⁸² Bkz. (Erişim)

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf (3 Ocak 2009).

2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21st May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters)¹⁸³ kabul edilerek, konuya ilişkin yasal çerçeve belirlenmiştir¹⁸⁴.

Son olarak, alternatif uyuşmazlık çözümü devletlerin iç hukuklarında düzenleme alanı bulmaktadır. Bu anlamda devletlere uluslararası kuruluşlarca ve Avrupa Birliği tarafından yapılan düzenlemeler yol gösterici olmaktadır. Kuşkusuz burada karşılaştırmalı hukuk da diğer devletlerin bu alandaki tecrübelerinin paylaşılması hususunda önemli bir rol ifa etmektedir. Bu anlamda ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hususundaki çalışmalar bu duruma bir örnek teşkil etmektedir. Zira; aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere¹⁸⁵ bu çalışmalar sonucunda ortaya çıkan “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı”nın hazırlanması esnasında gerek UNCITRAL Uzlaştırmaya İlişkin Model Kanun gerek Avrupa Birliği mevzuatı gerekse diğer ülkelerin uygulamalarından faydalanılmıştır.

VI. TÜRK HUKUKUNDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN KURALLAR

Uluslararası ticaret hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hususunda meydana gelen gelişmelerin iç hukuka bir yansıması olarak, ülkemizde de hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk vasıtasıyla çözümüne ilişkin kanun çalışmaları gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda hazırlanan “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı” 14.05.2008 tarihinde meclise sevk edilmiş bulunmaktadır¹⁸⁶.

¹⁸³ Bkz. (Erişim)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF> (3 Ocak 2009).

¹⁸⁴ Bkz. (Erişim)

http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/civil/dispute/fsj_civil_dispute_en.htm (3 Ocak 2009).

¹⁸⁵ Bkz. s. 67 vd.

¹⁸⁶ Bkz. (Erişim) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmtas.htm> (29 Ekim 2008).

Mevzuu hukukumuzda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ncesi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru esaslarını doğrudan doğruya ele alan bir düzenleme yer almamaktaydı. Bu bağlamda hukuk sistemimizin, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuruya cevaz verip vermediği tartışmalı bir konu olarak belirlemektedir. Bu bağlamda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, mevzuu hukukumuzda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru esaslarını sistemli olarak ele alan ilk yasal düzenleme örneğidir. Ancak bu çerçevede yapılan ilk çalışma olması nedeniyle pek çok yönüyle eleştirilmektedir. Bu eleştiriler daha çok arabulucu olabilecek kimseler ve arabuluculuk eğitimi hususlarına temas etmektedir.

Tez çalışmamızın kapsamı nedeniyle, değinilen düzenlemeler detaylandırılmaksızın, sadece ülkemizdeki gelişmeler hususunda bir fikir vermek amacıyla ve şahsi görüşlerimiz çerçevesinde incelenecektir.

A. Mevzuu Hukukumuzda Alternatif Uyuşmazlık zm Yolları

Alternatif uyuşmazlık çözümü en genel anlamda, “uyuşmazlık taraflarının sözleşmeye dayalı düzenlemeleri ile haklarını elde etmeleri” olarak tanımlanabilir¹⁸⁷. Medenî Usul Kanunumuzda yetki sözleşmesi (HUMK m. 22), delil sözleşmesi (HUMK m. 287/2) ve tahkim sözleşmesi (HUMK m. 516) gibi usul hukukuna ilişkin sözleşme türlerine değinilmiş olunmasına rağmen alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin bir sözleşme türüne yer verilmemiştir. Bu halde alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin bir sözleşmenin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu tasarısı

¹⁸⁷ Ildır, Alternatif, s. 121.

kanunlaşınca kadar yapılamayacağı da düşünülebilir¹⁸⁸. Konunun çeşitli açılardan incelenmesi gerekmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin sözleşmeler bağlamında ilk dikkati çeken husus her ne kadar konuya ilişkin açık bir düzenleme mevzuu hukukumuzda henüz yer almasa da bu türden sözleşmeleri engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır. Burada konunun irade özgürlüğü bağlamında da incelenmesi gerekmektedir. İrade özgürlüğü genel olarak, tüm özel hukuka ve özellikle de sözleşmeler hukukuna hakim olan bir ilkedir ve *“fertlerin özel hukuk ilişkilerini kendi özgür iradelerine göre bizzat düzenleme yetkisi”* olarak ifade edilebilecektir. Bu halde sözleşme özgürlüğü de liberalizmin ve bireyciliğin bir yansıması olarak irade özgürlüğü bağlamında uygulama alanı bulabilecektir¹⁸⁹. Kamu hukuku açısından bakıldığında ise irade özgürlüğü ve bunun bir yansıması olarak beliren sözleşme özgürlüğünün uygulama alanının daraldığından bahsedilebilir. Medenî usul hukukunun kamu hukukuna dahil olduğu görüşleri de değerlendirildiğinde alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin sözleşmelerin yapılamayacağı akla gelecektir. Ancak, bir görüşe göre burada taraf iradeleri tamamen de yadsınmamaktadır. Medenî usul hukukuna hakim olan “tasarruf” ve “tarafarla hazırlama” ilkeleri açısından da bakıldığında taraf iradelerine önem verildiği görülmektedir. Şu halde alternatif uyuşmazlık sözleşmelerinin yapılamayacağından değil, sınırlarının kamu düzeni kavramı vasıtasıyla tespit edilebileceği bir alanda mümkün olabileceğinden bahsedilebilir. Bu konuda yalnızca tarafların üzerinde tasarruf yetkisi bulunan hususlarda tahkime gidebileceklerini öngören HUMK m. 518 hükmü de kıyasen dikkate alınabilecektir¹⁹⁰. Bu husus aşağıda daha ayrıntılı olarak değinileceği üzere Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı m. 1 hükmünde “Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların

¹⁸⁸ İldır, Alternatif, s. 121.

¹⁸⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Tıpkı 7. Baskı, Ankara, Beta Yayınevi, 2001, s. 275.

¹⁹⁰ İldır, Alternatif, s. 122.

üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır.” demek suretiyle açıkça belirtilmiştir¹⁹¹.

Başka bir yazar da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilmesi için kanunî bir düzenlemeye gerek olmadığı kanaatindedir. Yazara göre, bazı ülkelerde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının mahiyetiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle bu hususta düzenleme yapmaktan kaçınılması gerektiği hususunda dahi görüşler beyan edilmektedir. Yazarın bu husustaki esas çekincesi arabuluculuk hususunda bir düzenleme bulunmaması halinde arabuluculuk yapacak kimselerin niteliklerinin tam olarak belirlenebilmesi ve arabuluculuk faaliyetinin icrasında yeknesaklığın sağlanması ve ulaşılan çözüme hukuk düzeni çerçevesinde nasıl bir değer atfedileceği hususunda belirlemektedir¹⁹².

Bir diğer yazar da ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bağlamında kayda değer bir gelişme şimdiye dek sağlanamamış olsa da, hukuk sistemimizin mahkeme dışı çözüm yollarına ve uzlaşma kültürüne çok da uzak olmadığı kanaatindedir. Yazar, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hukuk sistemimize zamanla aşılmasının mümkün olduğu ve bunun özellikle mahkemelerdeki iş yükünün azaltılabilmesi adına olumlu sonuçlar doğurabileceğini savunmaktadır¹⁹³.

Yukarıda değinilenlere ek olarak mevzuatımızda henüz yürürlükte olan konuyla ilgili genel bir düzenleme yer almasa da alternatif uyuşmazlık çözümüne yer veren dağınık düzenlemeler yer almaktadır. Bu bağlamda

¹⁹¹(Erişim) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm> (29 Haziran 2008).

¹⁹² Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 672.

¹⁹³ Özbek, Alternatif, s. 362.

Avukatlık Kanunu¹⁹⁴ m. 35/A hükmü, Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun¹⁹⁵ m. 22 hükmü, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun¹⁹⁶ ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun¹⁹⁷ m. 195 hükmü, 2822 sayılı Torplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu¹⁹⁸, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹⁹⁹ m. 73/8 hükmü ve 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu²⁰⁰ m. 253 ve m. 254 hükümleri ile 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu²⁰¹ m. 24 hükmü, 1512 sayılı Noterlik Kanunu²⁰² m. 49, 442 sayılı Köy Kanunu²⁰³, 6326 sayılı Petrol Kanunu²⁰⁴, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun²⁰⁵, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu²⁰⁶, Menkul Kıymetler Borsası Hakkında 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararname²⁰⁷ ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği²⁰⁸, 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Görevleri Hakkında Kanun²⁰⁹ alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuruyu mümkün kılabilir olan düzenlemelerdir²¹⁰.

¹⁹⁴ RG. 19.03.1969-13168.

¹⁹⁵ RG. 08.03.1995-2221.

¹⁹⁶ Bu kanun yayımlanmasıyla birlikte yürürlüğe girmiştir. RG. 18.01.2003-24997.

¹⁹⁷ RG. 08.12.2001-24607.

¹⁹⁸ RG. 07.05.1983-18040.

¹⁹⁹ RG. 12.10.2004-25611.

²⁰⁰ RG. 17.12.2004-25673.

²⁰¹ RG. 15.07.2005-25876.

²⁰² RG. 05.02.1972-14090.

²⁰³ RG. 07.04.1924-68.

²⁰⁴ RG. 20.12.2003-25322.

²⁰⁵ RG. 05.12.1984-18606.

²⁰⁶ RG. 10.01.1961-10703.

²⁰⁷ RG. 06.10.1983-18183.

²⁰⁸ RG. 19.02.1996-22559.

²⁰⁹ RG. 03.07.1992-21273.

²¹⁰ Bkz. Rıfat Erten, **Milletlerarası Özel Hukukta Spor**, Ankara 2007 (Spor); Ildır, Alternatif, 120 vd.; Halûk Konuralp, Aynur Konuralp, "Borsa Uyuşmazlıkları", **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**, Ankara 1998, s. 591 vd.; Erkan Küçükgüngör, "Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri", **Batider**, C. XXII, S. 4, s. 47 vd.; Mustafa Özbek, "Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk", **Ankara Barosu Dergisi**, 2001/3, s. 113 vd.; Özbek, Alternatif, s. 347 vd.; Şükrü Kızılot, Zuhâl Kızılot, **Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları**, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2008; Ömer Ulukapı, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları", **SÜHFD**, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, 1996/1-2, s. 77 vd.; Ejder Yılmaz, "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi: Avukatlık Kanunu m. 35/A", **75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki KURU Armağanı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2004, s. 843 vd..

B. Arabuluculuk Kanunu Tasarısı

1. Tasarıya İlişkin Genel Değerlendirmeler

Yukarıda da değinildiği üzere uyuşmazlıkların yalnızca mahkemeler vasıtasıyla çözümlenmeye çalışılması adalete ulaşma imkânını sınırlandırmakta; mahkemelerdeki iş yükünü artırmaktadır. Bu halde uluslararası alandaki eğilimi takip ederek uyuşmazlıkları mahkeme dışında çözebilme imkânı sunan seçeneklere yönelmek usul ekonomisine de hizmet edecektir. Bu çerçevede alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını hukuk sistemimize aşılatabilmek adına atılan adımlardan ilki “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı”dır²¹¹. Tasarının, bazı yönleriyle eleştirilmekte olsa da, adalet sisteminin iyileştirilmesi, daha kaliteli bir hizmet sunulabilmesi adına bir arayışı sembolize etmesi ve hukuk sistemimize yeni bir açılım getirmesi açısından önemli olduğu kanaatindeyiz.

Tasarı kapsam itibarıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından arabuluculuğu düzenlemektedir²¹². Bu doğrultuda tasarı tarafların üzerinde serbestçe hareket edebilecekleri uyuşmazlıkların arabuluculuk yönteminden faydalanılarak çözülmesine ilişkindir. Tasarıda yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar da kapsamı dahilinde değerlendirilmiştir (m. 1) .

Tasarıda düzenlenen şekliyle arabuluculuk, “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir*

²¹¹(Erişim) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/arbuluculuk.htm> (14 Kasım 2008).

²¹² Genel gerekçede bu tercih; alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sınırlı olmaması, her ülkeye ve sosyolojik gerçeklerine uygun çözümleri mevcut olmasına rağmen arabuluculuğun, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde en yaygın ve başarılı olan alternatif çözüm yolu olması olarak izah edilmiştir.

araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini” ifade etmektedir (m. 2/1-a). İlgili maddenin gerekçesinde düzenlenişi itibariyle arabuluculuk, uzlaştırmadan farklı bir şekilde ifade edilmiştir²¹³. Bu bağlamda arabuluculuk, “*uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle ‘kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak’ için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, uzman eğitimi almış, bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütülen, gönüllü olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir*”. Bu halde arabulucunun işlevi “*sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırarak, diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlamak*” olarak ifade edilebilir. Arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz. Arabulucunun buradaki esas işlevi taraflar arasındaki iletişimi yapılandırarak, özgür bir müzakere ortamı yaratmak ve sorumlulukları taraflara ait olmak üzere çözümü kendilerinin bulmasına yardımcı olmaktır. Burada arabulucu yukarıda da değinildiği üzere hakka dayalı bir çözüme değil menfaate dayalı bir çözüme odaklanmaktadır. Böylece tarafların her ikisinin de kazandığı bir sonuca ulaşabilmek mümkün olacaktır. Ancak, sistemin genel ruhuna da uygun olarak arabulucu uyuşmazlığı kendisi esastan hallederek taraflara kendi üretmiş olduğu çözüm şeklini direktmemektedir. Bunun aksine, taraflar arasındaki iletişimi güçlendirerek uyuşmazlığı kendi ve karşı tarafın menfaatleri anlamında yeniden değerlendirebilmelerini bu vesileyle ortak bir paydada birleşmelerini sağlamaktadır. Böylece sürecinin işleyişinde

²¹³ Bkz. Akıncı, Alternatif Çözüm Yolları, s. 102 vd.; Çetin, **a.g.e.**, s. 428 vd.; Ildır, **Alternatif**, s. 88 vd.; Muharrem Balcı, **İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim**, İstanbul, Danışman Yayınevi, 1999. s. 26 vd.; Özbek, **Alternatif**, s. 202 vd.; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 665 vd.; Tanrıver, **a.g.m.**, s. 165 vd.; D. Derya Yeşilada, “ADR Kuralları: Çeviri”, TBBD, S. 72, Eylül-Ekim, 2007, s. 20 vd.

tamamen tarafların egemenliği söz konusu olmaktadır. Bu nedenle sürecin her safhasında taraf iradeleri ön plana çıkmaktadır.

Gerekçede arabuluculuk kavramının açıklanması noktasında vurgulanan bir diğer husus ise, arabulucunun taraflardan birinin sunmuş olduğu çözüm önerisini karşı tarafa iletmesinin kendi görüşünü karşı tarafa empoze etmek olarak yorumlanmaması gerektiğidir²¹⁴.

Tasarı uyarınca arabulucu, “Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi” ifade etmektedir (m. 2/1-b) . Sicile kayıt, ilgilinin Daire Başkanlığına yazılı olarak başvurusu üzerine yapılır. Arabuluculuk siciline kaydedilebilmek için; Türk vatandaşı olmak, dört yıllık lisans eğitimi almış olmak, tam ehliyetli olmak, taksirli suçlar dışında herhangi bir sabıkası bulunmamak, arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak gerekir. Arabulucu, sicile kayıt tarihinden itibaren faaliyetine başlayabilir.

İlgililerin bahsedilen sicile kaydedilebilmeleri için sağlamaları gereken diğer bir koşul da arabuluculuk yetki belgesini haiz olmalarıdır. Yetki belgesinin alınabilmesi de ancak arabuluculuk eğitimi veren kuruluşlarda sunulan eğitim sürecinin tamamlanması ile mümkün olacaktır. Arabuluculuğun, tasarı anlamında arabuluculuk sayılabilmesi ve buna bağlanan sonuçları doğurabilmesi için, listeye kayıtlı olma ve belge alma zorunluluğu getirilmiştir. Ancak, bu zorunluluk, listeye kayıtlı olmayan

²¹⁴ Bkz. m. 2 hükmüne ilişkin gerekçe (Erişim) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/arbuluculuk.htm> (14 Temmuz 2008)).

kişilerin taraflarca seçilmesi hâlinde, uzlaşma sürecinde yer almalarına engel teşkil etmemektedir²¹⁵.

Sicile kayıt ve arabulucu olarak görevin ifası için gereken arabuluculuk eğitimi, dört yıllık lisans eğitiminin tamamlanmasından sonra alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgiler, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren ve asgari yüz elli saatlik eğitimi ifade eder. Hukuk lisans diplomasına sahip olmayan kimselerin arabuluculuk eğitimini tamamlamış sayılmaları için, yüz saatlik temel hukuk eğitimini de almış olmaları gerekir. Aşağıda da değinileceği üzere, kimlerin arabulucu olarak faaliyet gösterebilecekleri hususu ile arabuluculuk eğitiminin niteliği tasarının en çok eleştirilen noktalarındır.

Tasarıda alternatif çözüm yollarının genel ruhuna uygun olarak düzenlenmiş olan diğer bir husus da, yukarıda değinildiği gibi, taraf iradelerinin süreç yönetimindeki rolü ve gizliliğin tesisidir. Buna göre taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. Taraflar gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptir (m. 3). Buna ek olarak tarafların güvenini tesis ederek uyuşmazlık çözüm sürecinin amacına ulaşabilmesi için gizlilik esası kriter alınmıştır²¹⁶. Buna göre taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Taraflar, arabuluculuk faaliyetinin gizli kalması konusunda anlaşmışlarsa, bu konudaki gizliliğe de uymak zorundadırlar (m. 4). Arabuluculuk faaliyetiyle ilgili beyan veya belgelerin kullanılamayacağı hâller takip eden hüküm kapsamında detaylı olarak düzenlenmiştir. Burada

²¹⁵ Bkz. m. 25 hükmüne ilişkin gerekçe <http://www.kgm.adalet.gov.tr/arabuluculuk.htm> (14 Temmuz 2008).

²¹⁶ Bkz. Bristow, Gathering Storm, .s. 312 vd.

UNCITRAL Uzlaştırmaya ilişkin Model Kanun'a paralel bir düzenleme yapılmış olması dikkati çekmektedir²¹⁷.

Yukarıda da değinildiği üzere arabulucu "Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi" ifade etmektedir. Sicile kayıtlı olan arabulucular, arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahiptir. Söz konusu unvanın kullanımı bir hak olduğu kadar bir yükümlülük de getirmektedir. Zira; m. 6 hükmü uyarınca arabulucu bu unvanını arabuluculuk faaliyetleri sırasında belirtmelidir.

Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya her ikisiyle aynı anda görüşüp, iletişim kurabilecektir (m. 8). Bu bağlamda arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür (m. 11). Arabulucu görevini özenle ve tarafsız biçimde yerine getirmelidir. Buna göre, arabulucu görevini

²¹⁷ Buna göre:

" (1)Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dahil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.

b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.

c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü.

ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

(2) Birinci fıkra hükmü, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır.

(3) Birinci fıkra belirtilen bilgilerin açıklanması, mahkeme, hakem veya herhangi bir idarî makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkra öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

(4) Bu maddenin yukarıdaki fıkraları, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tahkimde uygulanır.

(5) Birinci fıkra belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülen caiz deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez."

Krş. UNCITRAL Uzlaştırmaya ilişkin Model Kanun m. 10; Bkz. s. 79 vd.

özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir (m. 9/1). Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir (m. 9/2). Arabulucu, taraflar arasında eşitliği de gözetmekle yükümlüdür (m. 9/3). Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez (m. 9/4).

Arabulucular reklam yasağına da tabidirler. Buna göre, arabulucuların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında arabulucu unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır²¹⁸.

Yukarıda da değinildiği üzere uyuşmazlık çözüm sürecinin başarıya ulaşabilmesi için başvuru sürecinin mahkemeye başvuru öncesi aşama ile sınırlandırılmaması gerekmektedir. Bu kapsamda olmak üzere mahkemenin de tarafları teşvik etmesi doktrinde ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, taraflar yargılama başladıktan sonra da anlaşarak arabulucuya başvurmak isterlerse mahkeme bu konuda taraflara süre vermeli ve işe yarayacağı kanaatinde ise tarafları teşvik etmelidir. Burada uyuşmazlığın niteliği ön plana çıkmaktadır. Uyuşmazlık kamu düzeninden sayılabilecek ve tarafların

²¹⁸ Bkz. m. 10. Bu husus doktrinde arabuluculuk kurumunun genel mahiyetiyle örtüşmediği için eleştirilmektedir. Bkz., Şamil, Demir: Arabuluculuk Tasarısının Bazı Maddeleri Hakkında Görüşler, Bkz.

http://arabulucu.com/index.php?option=com_content&view=article&id=90:arabuluculuk-kanunu-tasarinn-baz-maddeleri-hakknda-goerueler&catid=35:arabuluculuk&Itemid=58 (16 Temmuz 2008). Diğer ülkelerdeki uygulamalara ilişkin örnekler için Bkz. Pryles, **a.g.e.**, s. 25 vd.; Susan Cotter, Dennis Campbell, **Dispute Resolution Methods**, The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue, London, Graham&Trotman/Martinus Nijhoff, 1994, s. 35 vd.

üzerinde tasarruf edemeyecekleri bir hususa ilişkinse böyle bir çözüm yöntemine başvurulabilmesi mümkün olmayacaktır²¹⁹ .

Bu husus tasarıda da gözetilmiştir. Buna göre, taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır (m. 13).

Taraf iradelerini ön plana çıkaran diğer bir düzenleme de arabulucunun seçimi aşamasında söz konusu olmaktadır. Tasarıda, aksi kararlaştırılmamışsa, arabulucu ya da arabulucuların taraflarca seçileceği öngörülmüştür. Bu durumda arabulucuların sayısı taraflarca bir sınırlamaya tabi olmaksızın belirlenebilecektir (m. 14).

Arbulucu seçilmesini takiben, tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder (m. 15/1). Yukarıda değinildiği gibi taraflar usulü serbestçe belirleyebileceklerdir (m.15/2). Ancak, taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütecektir (m. 15/3). Ancak niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz (m. 15/4). Dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde, yargılama mahkemece üç ay süre ile ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç ay daha uzatılabilir (m.15/5). Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan her biri arabuluculuk müzakerelerine bizzat katılacaktır (m. 15/6).

²¹⁹ Pekcantez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 672.

Arabuluculuk sürecinin başlamasından itibaren, tarafların hak kaybına uğramamaları için sürelerin korunmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Arabuluculuk süreci; dava açılmasından sonra, arabulucuya başvuru hâlinde ise, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Bu halde dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması halinde süreç, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurulursa, süreç mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Bu noktada sürecin işlemeye başladığı anın tespiti, sürecinin işlemeye başlamasından sona ermesine kadar geçirilen sürenin, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaması bakımından önem kazanmaktadır (m. 16).

Yukarıda izah edilen şekilde başlatılan ve devam eden arabuluculuk süreci; arabuluculuk tutanağının imzalanması, taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi hallerinde sona erecektir²²⁰.

²²⁰Tarafların anlaşmasıyla sürecin sona ermesi halinde, anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Düzenlenen anlaşmanın icra edilebilme kaabiliyeti kazanabilmesi için, asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre yetkisi belirlenecek olan icra mahkemesine ibraz edilerek, icra edilebilirliğine ilişkin bir şerhin konulması talep edilmelidir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilâm niteliğinde belge sayılır. Bkz. m. 17/1, m. 18 hükümleri.

Sürecin yukarıda değinilen hallerde sona ermesi halinde sürecin ne şekilde sona erdiğini belirten bir tutanak tanzim edilir (m. 17/2). Bu tutanağa faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu metin ve ortaya çıkaracağı sonuçlar konusunda, taraflara gerekli açıklamaları yapar (m. 17/3). Sürecin sona ermesi halinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri ve sürecin bitmesi halinde hazırlanan tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk hizmetlerinin sonucunda düzenlediği belgelerin birer örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderecektir (m. 17/4).

2. Tasarıya İlişkin Görüşlerimiz

Yukarıda da değindiğimiz üzere Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı pek çok yönüyle eleştirilmektedir. Bu çerçevede en çok üzerinde durulan konular; arabulucuların sistem içerisindeki yeri, yetkileri ve nasıl eğitilecekleri ve kanunun uygulanma alanının tespiti meselesidir.

Öncelikle arabuluculuğun ayrı bir meslek olarak ihdas edilmesi ve istihdam alanı olarak görülmesi tepki çeken bir konu olarak belirmektedir. Zira; kimlerin arabulucu olabileceğini düzenleyen m. 20/2-b hükmü uyarınca dört yıllık lisans eğitimi almış ve arabuluculuk eğitimini tamamlamış olmak arabulucu olabilmek için yeterlidir. Oysa hukuk fakültesini bitirenler dahi avukat olabilmek için bir yıllık avukatlık stajını tamamlamak durumundadırlar. Şu halde tasarı, *“Hukuk fakültesini bitiren herkes avukat olabilir ancak*

arabulucu olamaz.” anlayışındadır²²¹. Genel olarak ileri sürülen görüş uyarınca, arabuluculuk ayrı bir meslek olarak ihdas edilmemeli, belirli nitelikleri haiz avukatlar ya da en azından hukukçular tarafından icra edilecek bir faaliyet olarak kurumsallaştırılmalıdır. Bu çerçevede ileri sürülen diğer bir husus da arabuluculuğun Adalet Bakanlığı’na bağlı bir kurum olarak düzenlenmeyip, kurumsallaştırmanın ve ücret tarifesinin Türkiye Barolar Birliği ile barolar bünyesinde yapılması gerektiğidir²²². Kurumsallaşma konusunda ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise arabuluculuğun Baro benzeri ancak ayrı bir meslekî örgüt bünyesinde yapılandırılmasıdır. Zira; Arabuluculuk daha çok serbest meslek şeklinde yürütüldüğü takdirde fayda sağlayabilecek bir kurumdur. Bu nedenle Adalet Bakanlığı çatısı altında yapılacak bir bürokratik yapılanma mesleğin gelişimini engelleyecektir²²³.

Tasarıda öngörülen düzenlemeler bağlamında eleştirilen diğer bir husus da arabulucuların kullanacağı yetkiler ve bunun hukuk düzeni ile sosyal yaşam üzerindeki etkileridir. Tasarının önceki şeklinde yer alan süreç sonucunda varılan ilam niteliğinde belge olma özelliği son derece eleştirilmiştir²²⁴. Zira; hukuk fakültesi mezunu olmayanların da arabulucu olabileceği düşünüldüğünde arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılacak olan anlaşmanın doğrudan doğruya icra kabiliyetini haiz olması sert bir şekilde eleştirilmiştir. Bu doğrultudaki eleştiriler de dikkate alınarak tasarının şu an

²²¹ Bkz. Bursa Barosu’nun yüzüncü yılı nedeni ile 15-16 mart 2008 de Bursa’da toplanan Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, baro başkanları ve Bursa Barosu’nun kamuoyuna duyurusu (Erişim) <http://www.bursabarosu.org.tr/haberler.php?kimlik=122> (8 Kasım 2008).

²²² Bkz. Bursa Barosu’nun yüzüncü yılı nedeni ile 15-16 mart 2008 de Bursa’da toplanan Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, baro başkanları ve Bursa Barosu’nun kamuoyuna duyurusu <http://www.bursabarosu.org.tr/haberler.php?kimlik=122>(8 Kasım 2008); **TBB Uluslararası İlişkiler** “Akdeniz Bölgesinde Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Önlenmesi ve Çözümlemesi: Avro-Akdeniz Alternatif Çözüm Uyuşmazlıkları Sistemine Doğru” Uluslararası Toplantısı (Erişim) <http://www.barobirlik.org.tr/ui/faaliyetler/roma/index.aspx> (8 Kasım 2008).

²²³ Demir, Arabuluculuk Tasarısının Bazı Maddeleri Hakkında Görüşler, Bkz. (Erişim) http://arabulucu.com/index.php?option=com_content&view=article&id=90:arabuluculuk-kanunu-tasarsnn-baz-maddeleri-hakknda-goerueler&catid=35:arabuluculuk&Itemid=58 (8 Kasım 2008).

²²⁴ Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm> (8 Kasım 2008). Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Özdemir Özok’un Bursa Barosu’nun Yüzüncü Yılı Nedeniyle 15-16 Mart 2008’de Bursa’da yapılan Baro Başkanları Toplantısı’nda yaptığı konuşma Bkz. http://www.barobirlik.org.tr/tbb/baskan/konusmalar/080315_bursa.aspx (8 Kasım 2008). Ayrıca Bkz. Yeşiladalı, a.g.m., s. 31 vd.

meclise sevk edilmiş olan düzenlenme şeklinde, anlaşmanın icra kabiliyetini kazanabilmesi için “icra edilebilirlik şerhi” nin varlığı aranmıştır. Ancak bu husus da hukukçu kökenli arabulucular ile diğer arabulucular arasında herhangi bir fark gözetilmemiş olması nedeniyle eleştirilmiştir²²⁵. Kanaatimizce tasarının önceki düzenleniş şeklinden vazgeçilerek arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmanın doğrudan ilam niteliğinde sayılması yerine bir “icra edilebilirlik şerhi” aranması son derece isabetlidir. Zira; hukuk fakültelerinde verilen eğitimin yeterliliği dahi tartışma konusu iken, hukuk eğitimi dahi almamış kişilerin nezaretinde yürütülen bir süreç sonucunda varılan anlaşmanın doğrudan icra kabiliyetini haiz olması bir tezat teşkil etmektedir. Bu tür bir uygulama sosyal kargaşa ve yargıya güvensizlik şeklinde tezahür edebilecektir.

Tasarı hususunda değinilmesi gereken diğer bir husus ise arabulucuların ne şekilde eğitileceği meselesidir. Tasarının arabulucuların eğitimini düzenleyen m. 22 hükmü uyarınca “arabuluculuk eğitimi, dört yıllık lisans eğitiminin tamamlanmasından sonra alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgiler, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren ve asgari yüz elli saatlik eğitimi ifade eder. Hukuk lisans diplomasına sahip olmayan kimselerin arabuluculuk eğitimini tamamlamış sayılmaları için, yüz saatlik temel hukuk eğitimi de almış olmaları gerekir. “ Öncelikle lisans eğitiminde yeterli düzeyde hukuk eğitimi almamış olanların, yapılan tüm eleştirilere rağmen, ısrarla arabulucu olabileceği şeklindeki düzenleme ancak yeni bir istihdam alanı oluşturmak gibi ekonomik ve salt pragmatik bir anlayışla açıklanabilir. Bu durum ise günü kurtarmak ve işsizlik oranını görünürde düşürmek gibi kısa vadede faydalı sonuçlar verebilecek gibi görünse de, uzun vadede isabetli sonuçlar

²²⁵Demir, Arabuluculuk Tasarısının Bazı Maddeleri Hakkında Görüşler, Bkz.(Erişim)http://arabulucu.com/index.php?option=com_content&view=article&id=90:arabuluculuk-kanunu-tasarsnn-baz-maddeleri-haknda-goerueler&catid=35:arabuluculuk&Itemid=58 (8 Kasım 2008).

doğuramayacaktır. Zira; arabuluculuk süreci göz önüne alındığında, her ne kadar arabulucu süreçte doğrudan etkin olmasa da sonuçta yapılan faaliyetin muhakeme kabiliyeti gerektiren bir uyuşmazlık çözüm çabası olduğu ortadadır. Bu nedenle arabuluculuk hukukî muhakeme yeteneğini kavratacak düzeyde lisans eğitimi almış olanlara münhasır kılınmalı, uyuşmazlığın niteliğine göre diğer dallarda uzmanlığı haiz olanların bilgilerinden de bilirkişi olarak faydalanılmalıdır. Zira; alternatif çözüm yolları, ancak esas amacı olan uyuşmazlıkların daha etkin çözümü çerçevesinde kullanıldığı takdirde kendisinden beklenen görevi ifa edebilecektir²²⁶.

Son olarak Tasarıda, uygulama alanının belirlenmesi hususu da netliğe kavuşturulmamıştır. Uygulanma alanını belirleyen m. 1 hükmü uyarınca tasarı kanunlaştığı takdirde yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanacaktır. Ancak burada “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri” uyuşmazlıklardan ne anlaşılması gerektiği hususu açıklığa kavuşturulmamıştır²²⁷. Bu hususun yeknesak bir uygulamayı engellemesi muhtemeldir. Ayrıca yabancı unsurlu uyuşmazlıklar konusunda da herhangi bir açıklamaya yer verilmeksizin salt “yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere” açıklamasıyla yetinilmiş, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların arabuluculuk suretiyle çözümlenmesi bu surette genel bir ifadeyle dahilî uyuşmazlıklarla aynı usûle tabi kılınmıştır. Bu halde, ne arabulucuların nitelikleri ne de diğer koşullarda herhangi bir fark gözetilmemiştir. Oysa yabancı unsurlu uyuşmazlıklar nitelik itibarıyla dahilî uyuşmazlıklardan farklı özellikler sergilemekte bu nedenle de farklı ihtiyaçları beraberinde getirmektedirler. Burada en basit olarak ele alındığında kanunun

²²⁶ Dauer, **a.g.m.**, s. 6; Karşıt görüş için Bkz. Franklin, **a.g.m.**, s. 91-94. Yazara göre tarafların menfaati açısından önemli olan arabulucunun hukukî ya da teknik bir altyapıyı haiz olması değil, uyuşmazlığı çözüm aşamasında sergilediği performanstır.

²²⁷ Bkz. Bursa Barosu’nun yüzüncü yılı nedeni ile 15-16 mart 2008 de Bursa’da toplanan Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, baro başkanları ve Bursa Barosu’nun kamuoyuna duyurusu <http://www.bursabarosu.org.tr/haberler.php?kimlik=122> (16 Kasım 2008).

uygulanma alanının tespiti dahi yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından çıkmaza girmektedir. Zira; uyuşmazlığın tarafların üzerinde tasarruf edebileceği bir uyuşmazlık olup olmadığı hangi kanuna göre belirlenecektir. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da kamu düzeni kavramının yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda daha hassas değerlendirilmesi gerektiğidir. Oysa tasarıda bu bağlamda herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Bu husus ileride ülkemizi uluslararası platformda zora sokabilecek niteliktedir. Yukarıda da değinildiği üzere yabancı unsurlu uyuşmazlıklar, dahilî uyuşmazlıklardan farklı nitelikleri haizdir. Bu nedenle de gerek maddî hukukun belirlenmesi, gerek kamu düzeni, gerekse uygulanacak usûlün belirlenmesi açısından farklı düzenlemelere tabi tutulmaktadırlar. Kanaatimizce bu hususun arabuluculuk kanunu tasarısında da gözetilmesi ve iki uyuşmazlık türü bakımından farklı bir düzenleme yönteminin belirlenmesi daha isabetli sonuçlar doğuracaktır.

Sonuçta, yukarıda ana hatlarıyla değinilmiş olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı bir çok yönüyle eleştirilmekte ise de salt hukuk sistemindeki tikanıklıkları gidermek yönünde atılan bir adım olarak görüldüğünde kanaatimizce olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilecektir. Ancak, tasarının bu haliyle kanunlaşması yukarıda değinilen çekinceleri de beraberinde getirmektedir. Yukarıda da değinildiği üzere alternatif çözüm yollarının esas amacı, uyuşmazlıkların daha etkin çözümüdür. Bu halde yapılan eleştirilere kulak tıkanmamalı ve sistemin ruhuna uygun yeni bir yapılandırma gerçekleştirilmelidir.

İKİNCİ BÖLÜM

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN ULUSLARARASI KURALLAR

Yukarıda değinildiği üzere uluslararası ticaretten kaynaklanan sorunlar dahilî uyuşmazlıkların aksine farklı özellikler göstermekte ve bu çerçevede de farklı ihtiyaçlar doğurmaktadırlar. Devlet yargısı bu ihtiyaçları karşılayabilme noktasından oldukça uzak olduğundan, tahkim bahsi geçen uyuşmazlıkların çözümünde klasik bir yöntem haline gelmiştir. Ancak, zamanla tahkime dahi alternatif olarak ifade edilebilecek olan “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (ADR)”, uyuşmazlık çözümüne yeni bir bakış açısı ve yöntem kazandırmıştır. Bu kapsamda olmak üzere, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, gerçek anlamda bir kazanım sağlayıp sağlamadıkları halen tartışılmakta olsa da, halihazırda uluslararası ticarete sözü geçen Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), (Milletlerarası Ticaret Odası (MTO-ICC), Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) gibi kurumların ilgili düzenlemelerinde yerini almış ve uluslararası ticaret uygulamasında da kabul görmeye başlamıştır.

Uluslararası alanda alternatif uyuşmazlık çözümü pek çok sahada kullanılmakla birlikte bunlardan önde gelenler devletlerarası siyasî sorunlar, iş sözleşmesinden doğan sorunlar ve uluslararası ticaretten doğan sorunlardır²²⁸. Çalışmamızın kapsamı göz önüne alınarak, aşağıda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uluslararası ticaretten doğan sorunların çözümünde ne şekilde kullanıldığı hususu ele alınacaktır. Bu kapsamda

²²⁸ Durand, **a.g.m.**, s. 450. Ayrıca Bkz. J. Stewart McClendon, “Alternate Methods of Dispute Settlement”, **Hous. L. Rev.** Vol. 17 1979-1980, s. 979 vd.; Thomas Fair Neblett, “International Mediation and Conciliation: A Permanent Function”, **International Lawyer**, Vol. 3, No. 2, 1968-1969, s. 332 vd.

olmak üzere, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Uzlaştırma Kuralları ve Model Kanun, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO-ICC) İhtilâfların Dostane Halli Kuralları, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) Uzlaştırma Kuralları ayrıntılarıyla incelenecektir.

I. UNCITRAL UZLAŞTIRMA (ARABULUCULUK) KURALLARI VE TİCARÎ UZLAŞTIRMAYA İLİŞKİN MODEL KANUN²²⁹

UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law- Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) Genel Kurul'un 17 Aralık 1966 tarih ve 2205 (XXI) sayılı kararı ile kurulmuştur. UNCITRAL'in teşkilinde amaç, uluslararası ticarete yeknesak düzenlemelerin yokluğundan kaynaklanan düzensizliğin giderilmesidir²³⁰. Bu amaçla UNCITRAL, uluslararası ticaret uygulamasını ilgilendiren pek çok alanda düzenleme yapmıştır²³¹. UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları ve Model Kanun da bu düzenlemeler arasında yer almaktadır²³².

²²⁹ UNCITRAL Uzlaştıma Kuralları için Bkz.

(Erişim) http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html (29 Ekim 2008). Uzlaştırmaya İlişkin Model Kanun için Bkz.

(Erişim) http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation.html (29 Ekim 2008).

²³⁰ Bkz. <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html> (29 Ekim 2008).

²³¹ Bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts.html (29 Ekim 2008). Ayrıca Bkz. Erik Suy, "Achievements of the United Nation Commission on International Trade Law", *Int'l L.*, Vol. 15, 1981, s. 139 vd.; Fayt A. Ruffin, "UNCITRAL Strives Toward a Global Partnership for Development", *UN Chronicle*, No. 1, 2004, s. 32; Howard M. Holtzmann, "Recent Work on Dispute Resolution by the United Nations Commission on International Trade Law", *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, Vol. 5, 1999, s. 426; José Angelo Estrella Faria, "The Work of The United Nations Comission on International Trade Law (UNCITRAL) in 1996", *Unif. L. R.*, Vol. 1, 1996, s. 476 vd.; Terence W., Thompson, "The UNCITRAL Arbitration", *Harv. Int'l. L. J.*, Vol. 17, 1976, s. 141 vd.

²³² Bkz. Eric van Ginkel, "The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation: A Critical Appraisal", *J. Int. Arb.*, Vol. 21, No. 1, 2004, s. 1. Ayrıca Bkz. "Current Developments", *AJIL*, Vol. 74, 1980, s. 959 vd. Krş. Jack J. Coe, "The Serviceable Texts of International Commercial Arbitration: An Embarrassment of Riches", *Willamette J. Int'l. L. & Dis. Res.*, Vol. 10, 2002, s. 157.

UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları, uluslararası ticaret uygulamasında ortaya çıkan hukukî sorunların çözümünde doğrudan doğruya başvurulabilecek kurallar bütünüdür. Yani burada taraflar aralarındaki sözleşmede bir atıf hükmüne yer vermek suretiyle bahsi geçen Kuralların uygulanmasını sağlayabileceklerdir²³³. Bunun aksine Model Kanun daha sonra yapılacak düzenlemelere örnek teşkil etmek üzere hazırlanmış bir düzenlemedir. Yani burada taraflar aralarındaki sözleşmede Model Kanun'a atıf yapmak suretiyle, bu kuralların uygulanmasını sağlayamayacaklardır. Zira; burada amaçlanan; uluslararası ticaretten kaynaklanan bir sorunun çözümü amacıyla başvurulacak bir kurallar bütünü'nün ihdası değil, ilgili konuda düzenleme yapmak isteyen devletler için yol gösterecek bir düzenlemenin teşkilidir²³⁴. Örneğin milletlerarası tahkimin hangi çerçevede cereyan edeceğini düzenlemek amacıyla çıkarılmış olan 4686 sayı ve 21 Haziran 2001 tarihli "Milletlerarası Tahkim Kanunu"²³⁵ UNCITRAL Uluslararası Ticarî Tahkim hakkında Model Kanun örnek alınmak suretiyle hazırlanmıştır²³⁶. Yine "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı" hazırlanırken de UNCITRAL Uzlaştırmaya ilişkin Model Kanun'dan istifade edilmiştir²³⁷.

²³³ Cemal şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005, s. 379.

²³⁴ Bkz. Bernd Von Hoffman, "UNCITRAL Rules", **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, ICC Türkiye Millî Komitesi, 5 Kasım 2001, s. 42 vd. Ayrıca Bkz. Jernej Sekolec, "International Dispute Resolution: Areas Where Further Research may be Useful", **ADRLJ**, Vol. 20, No. 1, February 2003, s. 35 vd.

²³⁵ R.G 05.07.2001-24453. Bkz. (Erişim) <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4686.html> (29 Ekim 2008).

²³⁶ Turgut Kalpsüz, **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007, s. 5 vd. (Milletlerarası Tahkim).

²³⁷ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı genel gerekçesi için Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/arabuluculuk.htm> (29 Ekim 2008).

A. UNCITRAL Uzlaştırma (Arabuluculuk) Kuralları²³⁸

UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları²³⁹ 23 Temmuz 1980 tarihinde Komisyon tarafından düzenlenerek 4 Aralık 1980 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca 35/52 sayılı kararla²⁴⁰ tavsiye edilmiştir. Söz konusu Kurallar, uluslararası ticarî uyuşmazlıklardan kaynaklanan sorunların uzlaştırma (arabuluculuk) yoluyla çözülmesine ilişkin kapsamlı bir usulü ifade etmektedir²⁴¹. Kurallar aynı zamanda tarafların sürecin devamında ne ölçüde bağlı olacaklarını, tahkime ve devlet yargısına gidebilme olanağının sınırlarını, güvenilirlik ve gizliliğin sağlanmasına ilişkin bazı önerileri de içermektedir; ancak tüm bu kapsayıcı özelliklerine rağmen düzenleme yapılırken oldukça sade, kısa ve öz bir anlatıma sadık kalındığı hususu da göz önünde bulundurulmalıdır.

UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları incelendiğinde yukarıda değinilen özelliklerin yanı sıra göze çarpan diğer bir husus da kurallara hakim olan anlayıştır. Burada “rızaîlik” ve “esneklik” unsurlarını ön plana çıkaran bir yaklaşım sergilendiği

²³⁸ İlgili hükümler tarafımızca İngilizce aslından tercüme edilerek çalışmanın kapsamı dahilinde yorumlanarak kullanılmıştır.

(Erişim) http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html (29 Ekim 2008).

²³⁹ UNCITRAL söz konusu Kurallarda “conciliation” terimini tercih etmiş olduğundan, çalışmamızda orijinal ifadeye sadık kalmak için “conciliation” ifadesinin tam karşılığı olan “uzlaştırma” terimine yer verilmiştir. Yukarıda da değinildiği üzere arabuluculuk ve uzlaştırma yöntemlerinin aynı kavramları ifade edip etmediği hususu tartışmalıdır. Ancak burada “uzlaştırma” kavramı “arabuluculuk” kavramı yerine ve aynı anlamda kullanılmış olup, “UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları” kavramı; ana metin, çeviriler ve doktrinde oturmuş bir kavram olarak benimsendiğinden, “arabuluculuk” kavramı parantez içinde belirtilmiştir. Bkz. Aynı görüşte Holtzman, **a.g.m.**, s. 426; Street, *The Language*, s. 146. Ayrıca Bkz. McClendon, **a.g.m.**, s. 979 vd.

Bkz. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf> (29 Ekim 2008). Aynı görüşte Bkz. Ginkel, **a.g.e.**, Dpn. 1, s. 1. Krş. Domke, **a.g.e.**, s. 3; Yeşiladalı, **a.g.m.**, s. 21.

²⁴⁰ <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/390/71/IMG/NR039071.pdf?OpenElement> (29 Ekim 2008).

²⁴¹ Bkz. Ginkel, **a.g.m.**, s. 1. Ayrıca Bkz. Isaak I. Dore, “Peaceful Settlement of International Trade Disputes: Analysis of the Scope of Application of the UNCITRAL Conciliation”, **Colum. J. Transnat'l L.**, Vol. 21, 1982-1983, s. 339 vd.; Society of Maritime Arbitrators, “Rules for Conciliation”, **J. Mar. L. & Com.**, Vol. 21, No. 1, January 1990, s. 145-149.

görülmektedir²⁴². Bu durum ise düzenlemeye konu edilen kurumun (uzlaştırma, arabuluculuk) ruhunun yansıtılması ve uygulanabilirliğin sağlanması açısından son derece önemlidir. Zira; yukarıda da değinildiği üzere²⁴³ hakemin aksine uzlaştırmacı kararını taraflara dikte etme şansına sahip değildir. Burada, verilen karar taraflarca kabul edilmezse uygulanma kabiliyetini de haiz değildir²⁴⁴. Tarafların uzlaştırmacının atanması konusunda anlaşamamaları halinde, atamayı kendiliğinden yapacak ve önceden belirlenmiş bir atama makamının bulunmaması da rızaîlik unsuruna örnek olarak verilebilecektir²⁴⁵. Bu durum esasında “rızaîlik” unsuru ile ilişkili olsa da aşağıda değinileceği gibi taraflara hareket kabiliyeti sağlaması bakımından “esneklik” unsuru açısından da önem arz etmektedir²⁴⁶.

Kuralların diğer bir özelliği de taraflara ve uzlaştırmacıya sağlamış olduğu “esneklik” tir. Bunun taraflar açısından yansıması sürecin tamamında isteklerinin ön planda tutulmasıdır; örneğin, taraflar her zaman öngörülen hükümlerden herhangi birinin uygulanmayacağını kararlaştırabilirler. Kurallara genel anlamda hakim olan “esneklik” unsuru uzlaştırmacıya da sürecin yönetimi bakımından kolaylık sağlamaktadır. Uzlaştırmacının sürecin tamamında çözüm önerisi sunabilmesi, taraflardan ek bilgi isteyebilmesi, taraflarla ayrı ayrı ya da birlikte görüşmeyi talep edebilmesi, uzlaştırmacıya tanınan esnekliğe örnek olarak gösterilebilir²⁴⁷.

“Rızaîlik” ve “esneklik” unsurunun yanı sıra sürecin tamamında etkili olan ve müessesenin karakteristik niteliklerinden kaynaklanan son bir özellik de Kuralların tarafları karşı karşıya getirerek çözüm üreten uyuşmazlık çözüm yollarından farklı

²⁴² Gavan Griffith, Andrew Mitchell, “Contractual Dispute Resolution in International Trade; the UNCITRAL Arbitration Rules (1976) and the UNCITRAL Conciliation Rules (1980)”, **Melbourne Law School Legal Studies Research Paper**, No. 217, March 2007, s. 197; Şanlı, **a.g.e.**, s. 352.

²⁴³ Bkz yukarıda s. 18 vd.

²⁴⁴ Bkz. Domke, **a.g.e.**, s. 3 vd. Ayrıca Bkz. Dore, **a.g.m.**, s. 352. Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 86.

²⁴⁵ Bkz. Aşağıda UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları m. 4 hükmüne ilişkin açıklamalar, s. 59 vd.

²⁴⁶ Bkz. Linda C. Reif, “Conciliation as a Mechanism for the Dispute Resolution of International Economic and Business Disputes”, **Fordham Int’l L. J.**, Vol. 14, 1990-1991, s. 615 vd.

²⁴⁷ Griffith, Mitchell, **a.g.m.**, s. 197. Ayrıca Bkz. Ball, **a.g.m.**, s. 22; Redfern vd. **a.g.e.**, s. 44 vd; Reif, **a.g.m.**, s. 617.

olarak, her iki tarafı ortak bir noktada buluşturmayı bir yöntem olarak benimsemesidir²⁴⁸. Bu özellik yukarıda da değinildiği üzere²⁴⁹, temel olarak uzlaştırma (arabuluculuk) ile devlet yargısı ve tahkimi birbirinden ayırmaktadır. Zira; her üç sistem de farklı mantıkî temeller üzerine inşa edilmiştir²⁵⁰. Tarafların masraflara eşit olarak katlanmasının öngörülmesi hususu bu özelliğe örnek olarak verilebilir²⁵¹.

Yukarıda genel hatlarıyla açıklanan UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

1. Kapsam

UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları'nın kapsamı "Kuralların Uygulanması" başlıklı m.1 hükmünde belirtilmiştir. Hükmün birinci fıkrası uyarınca UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları, tarafların aralarındaki akdî veya diğer yasal ilişkilerin doğrudan doğruya sonucu olan ya da bunlarla ilişkili olan uyuşmazlıkları dostane çözüm yollarıyla çözmek istemeleri halinde uygulama alanı bulacaktır²⁵².

Söz konusu hükme göre Kurallar, gerek akdî gerekse akit dışı ilişkilerden doğan uyuşmazlıklara uygulanabilecektir²⁵³. Bu halde Kurallar, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda uygulanabileceği gibi haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda

²⁴⁸ Griffith, Mitchell, **a.g.m.**, s. 198. Ayrıca Bkz. Dore, **a.g.m.**, s. 346; Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 86.

²⁴⁹ Bkz. yukarıda s. 39.

²⁵⁰ Bkz. Garnett vd. **a.g.e.**, s. 15 vd. Ayrıca Bkz. Redfern vd., **a.g.e.**, s. 44; Reif, **a.g.m.**, 587 vd.

²⁵¹ Bkz. Aşağıda UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları, m. 17 hükmüne ilişkin açıklamalar. s. 62.

²⁵² Reif, **a.g.m.**, s. 615 vd.

²⁵³ Bkz. Dore, **a.g.m.**, s. 342. Ayrıca Bkz. Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 86; Sekolec, **a.g.m.**, s. 40 vd.

da uygulanabilecektir. Ancak, çalışmamızın kapsamında konu yalnızca sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar bağlamında incelenecektir.

Yukarıda değinildiği gibi UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları, “esneklik” ve “rızaîlik” eksenine oturtulmuştur (m 1/2)²⁵⁴. Buna göre, taraflar hükümlerden herhangi birini istedikleri zamanda değiştirebilecekleri gibi devre dışı da bırakabileceklerdir. Bu hüküm taraflara sürece hakim olabilme ve kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruyabilme imkânı sunmaktadır. Yine rızaîlik unsurunun en önemli yansıması olarak ifade edilebilecek olan bir durum da kuralların ancak tarafların rızasının bulunması halinde uygulanabilecek olmasıdır.

Kuralların tarafların millî hukukları karşısındaki durumu da ayrıca incelenmesi gereken bir husustur (m. 1/3)²⁵⁵. Kurallar uyarınca, tarafların millî hukukunda aksine düzenleme yapma olanağı öngörülme ve mutlaka uygulanması gereken kuralların varlığı halinde UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları uygulanma olanağını yitirecektir.

2. Uzlaştırma Kuralları Çerçevesinde Öngörülen Usûl

a. Sürecin Başlangıcı

Uzlaştırma süreci, taraflardan birinin göndermiş olduğu yazılı uzlaştırma teklifinin muhatapça kabulü ile başlar; ancak teklif sözlü olarak iletilmişse bu

²⁵⁴ Bkz. Ball, **a.g.m.**, s. 22. Ayrıca Bkz. Garnett vd. **a.g.e.**, s. 16; Kerbeshian, **a.g.m.**, s. 420 vd.

²⁵⁵ Bkz. Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 86. Ayrıca Bkz. Mattli, **a.g.m.**, s. 165. Krş. Sekolec, **a.g.m.**, s. 40 vd.

durumda yazılı bir teyidin alınması tavsiye edilmektedir²⁵⁶. Burada teklifte bulunan tarafın teklifiyle bağlı olacağı süre otuz gün olarak belirlenmiştir. Otuz günün sonunda herhangi bir cevap ulaşmazsa teklifte bulunan taraf bunu red olarak kabul edebilir. Bu halde durumdan karşı tarafı uygun bir şekilde bilgilendirmelidir (m. 2)²⁵⁷.

b. Uzlaştırıcıların Seçimi

Taraflarca aksi öngörülmemişse süreci bir kişi yönetecektir. Üç kişiye kadar belirlenecilecek olan uzlaştırıcılar, birden fazla ise kural olarak birlikte hareket etmelidirler (m. 3). Uzlaştırıcı tek kişi ise taraflar kimin uzlaştırıcı olacağı hususunda anlaşmalıdırlar. Uzlaştırıcıların iki kişi olması halinde, taraflardan her biri kendi uzlaştırıcısını seçecektir. Uzlaştırıcı sayısı üç kişi olarak belirlenmişse taraflardan her biri kendi uzlaştırıcısını seçerek, üçüncü uzlaştırıcının ismi üzerinde uzlaşmaya da gayret etmelidirler. Taraflar uzlaştırıcıların seçimi konusunda bir kişi veya kurumun yardımına başvurmayı da öngörebilirler. Taraflar yardımını öngördükleri kişi ya da kuruma, doğrudan doğruya atama yapmak ya da uzlaştırmacılık görevini ifa edebilecek uygun niteliklerdeki kişilere ilişkin bir listenin sunulması şeklinde öngörebilecekleri seçimlik iki rol atfedebilirler. Bu halde sürecin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için kişi ya da kurum tarafından öngörülecek kişilerin bağımsız ve tarafsız kişiler olması hususu göz önünde bulundurulmalıdır²⁵⁸. Bunu sağlayabilmek için tek veya üçüncü uzlaştırıcının tarafların milliyetinden olmaması öngörülmüştür (m. 4).

²⁵⁶ Dore, **a.g.m.**, s. 346.

²⁵⁷ Bkz. Ball, **a.g.m.**, s. 22. Ayrıca Bkz. Redfern vd., **a.g.e.**, s. 46.

²⁵⁸ Bkz. Bristow, **a.g.m.**, s. 312 vd.

c. Uzlaştırıcıların Görevi

Uzlaştırıcı, atanmasından sonra süreci işletebilmek için öncelikle ihtilâf hakkında bilgi almalıdır. Bu halde uzlaştırıcı, her bir taraftan uyuşmazlığı genel hatlarıyla içeren kısa bir açıklama göndermelerini isteyecektir. Uzlaştırıcı bunun yanı sıra uyuşmazlığı aydınlatacak belgelerle diğer delilleri de her zaman isteyebilecektir; ancak taraflar uyuşmazlığı özetleyen beyanlarını ile istenen diğer ek belgeleri yalnızca uzlaştırıcıya göndermekle yetinmemeli aynı zamanda beyanın bir örneğini de karşı tarafa göndermelidir (m. 5).

Uzlaştırıcının sürece ilişkin rolü, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı dostça çözebilmeleri için bağımsız ve tarafsız bir tutumla onlara yardımcı olmaktır²⁵⁹. Uzlaştırıcı ihtilafı objektif, tarafsız hak ve nısfete uygun bir yaklaşımla değerlendirmelidir. Uyuşmazlığın değerlendirilmesi esnasında, tarafların daha önceki iş ilişkileri nedeniyle aralarında oluşmuş olan teamüller, uyuşmazlığı çevreleyen şartlar ve ticarî adetler de dikkate alınacaktır (m. 7). Uzlaştırıcı kendi görevini ifa ederken, tarafların da rıza göstermeleri halinde, sürecin yönetimini kolaylaştırmak üzere bir kişi ya da kurumdan yardım talep edebilir. Taraflar da aynı imkandan faydalanabileceklerdir (m. 8).

Uzlaştırma sürecinin başarısı kuşkusuz, uzlaştırıcının iletişim ve müzakere tekniklerini kullanabilme başarısı ile doğru orantılıdır²⁶⁰. Bu halde uzlaştırıcının hareket kaabiliyetini haiz olması, sürece hakim olabilmesi açısından son derece önem arz etmektedir²⁶¹. Bu hususun Kuralların düzenlenişinde de gözetildiği göze çarpmaktadır. Uzlaştırıcının taraflarla gerek yazılı gerek sözlü olarak iletişim

²⁵⁹ Bkz. Ball, **a.g.m.**, s. 22. Ayrıca Bkz. Redfern vd., **a.g.e.**, s. 45; Reif, **a.g.m.**, s. 615 vd.

²⁶⁰ Bkz. Çetin, **a.g.e.**, s. 427 vd. Ayrıca Bkz. Winkler, **a.g.e.**, s. 129.

²⁶¹ Bkz. Franklin, **a.g.m.**, s. 92. Ayrıca Bkz. Ginkel, **a.g.m.**, s. 2 vd.

kurabileceği hususunun m. 9/1 hükmünde öngörülmesi bu amaca hizmet etmektedir. Bu bağlamda uzlaştırıcıya tanınan diğer bir olanak da görüşmeleri taraflarla ayrı ayrı ya da birlikte gerçekleştirebilecek olmasıdır. Bu halde, taraflarca üzerinde anlaşma sağlanamamışsa, uzlaştırıcıya görüşmelerin sürdürüleceği yeri belirleme olanağı dahi tanınmıştır; ancak bu halde uzlaştırıcının taraflara danışması ve uyuşmazlığın şartlarını gözetmesi gerekmektedir (m. 9/2).

Uzlaştırıcı, belli koşullarda taraflar arasındaki iletişimi ve sürecin sağlıklı bir şekilde devamını sağlamak amacıyla, taraflardan birinden uyuşmazlığa ilişkin olarak almış olduğu bilgiyi muhatabın uygun bir açıklamada bulunabilmesi için ona iletecektir; ancak açıklamada bulunan taraf bilginin gizli kalmasını istemişse bu halde muhabata herhagi bir açıklama yapılmayacaktır (m. 10). Burada maddenin kurgulanış şekli dikkate alındığında, tarafların uzlaştırıcıyla iletişiminin kolaylıkla ve güven ilişkisi içinde yürütülebilmesi amacının hükme yansıtıldığı görülmektedir. Böylece açıklamada bulunan taraf bilgiyi uzlaştırıcı ile paylaşırken tereddüt etmeyecek ve gizli kalacağını bildiğinden bilgiyi gizleme eğilimi göstermeyecektir²⁶².

İletişimi kolaylaştırma ve uzlaştırıcıyı süreç içerisinde etkin kılma amacına yönelik diğer bir düzenleme ise tarafları uzlaştırıcı ile işbirliği yapmaya teşvik eden m. 11 hükmüdür²⁶³. Buna göre taraflar iyiniyetle uzlaştırıcıya yardımcı olmalı özellikle de belgeleri, delilleri temin etme ve toplantılara katılma hususunda çaba sarfetmelidirler. Burada tarafların süreçteki rolünün belirlenmesine yönelik bir yaklaşım göze çarpmakta, taraflar açısından uzlaştırıcıyla işbirliği yapma bağlamında bazı külfetler öngörülmektedir. Yazılı belgeleri temin etme, maddî delilleri gönderme, toplantılarda hazır bulunma gibi külfetler genel olarak "iyiniyetle işbirliği yapma" külfetinin yanı sıra tadâdî olarak belirtilmiştir.

²⁶² Tarafların güveninin kazanılması hakkında Bkz. Redfern vd., **a.g.e.**, s. 46.

²⁶³ Bkz. Reif, **a.g.m.**, s. 618.

d. Çözüm Anlaşması

Taraflar, sürecin devamında gerek doğrudan doğruya kendileri gerekse uzlaştırıcının teşviki ile uyuşmazlığın çözümüne ilişkin fikirlerini beyan edebileceklerdir. Bu sayede uyuşmazlığın değerlendirilmesi sonucunda uzlaştırıcı bir çözüm önerisi sunabileceği gibi taraflar da çözüm önerisi sunabileceklerdir. Uzlaştırıcının çözüm önerisini içeren “çözüm anlaşması” (*settlement agreement*) tarafların talebi ile yeniden kurgulanabilecektir²⁶⁴. Taraflar mutabakata varmışlarsa kendileri de bir çözüm anlaşması düzenleyebileceklerdir. Bu halde anlaşmanın yazılı olması ve taraflarca imzalanması hususu şekle dair bir koşul olarak belirmektedir. Taraflar çözüm anlaşmasının oluşturulması aşamasında uzlaştırıcıdan da yardım isteyebileceklerdir. Her ne şekilde oluşturulursa oluşturulsun çözüm anlaşması uyuşmazlığı sona erdirmekte ve taraflar açısından bağlayıcılık arz etmektedir (m. 13)²⁶⁵. Buradan da görüldüğü gibi isteklilik unsuru çözüm anlaşmasının imzalanması aşamasına kadar geçerliliğini korumakta; çözüm anlaşması imzalayan taraf açısından sorumluluk getirmektedir. Bu düzenleme uyuşmazlığın çözüm sürecinin kısır bir döngüye girmesinin önlenmesi ve bir noktada sonlandırılması çabaları çerçevesinde değerlendirilebilecektir²⁶⁶. Çözüm anlaşması açısından şekil koşulunun öngörülmesi de bu mantık silsilesi içerisinde anlamlı görünmektedir. Zira; şekil şartı tarafları daha dikkatli düşünmeye sevk edebilecektir.

Çözüm anlaşmasının doğrudan doğruya kendisinden ya da onunla bağlantılı olarak ortaya çıkan sorunlar da Kurallar bağlamında dikkate alınmıştır²⁶⁷. Buna

²⁶⁴ UNCITRAL Çalışma Grubu tarafından hazırlanan çözüm anlaşmasına ilişkin taslak hükümler için Bkz. Sekolec, **a.g.m.**, s. 36 vd.

²⁶⁵ Bkz. m. 13 hükmü. Krş. UNCITRAL Model Kanun m. 13; MTO İDH Kuralları m. 6/1-a; ICSID Uzlaştırma Kuralları m. 30. Ayrıca Bkz. Dore, **a.g.m.**, s. 348; Ottoarndt Glossner, “Enforcement of Conciliation Settlements”, **Int’l. Bus. Law.**, Vol. 11, 1983, s. 151 vd., Reif, **a.g.m.**, s. 618.

²⁶⁶ Bkz. Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 86. Ayrıca Bkz. Redfern vd., **a.g.e.**, s. 46.

²⁶⁷ Bkz. Sekolec, **a.g.m.**, s. 40 vd. Ayrıca Bkz. Oghigian, **a.g.m.**, s. 75 vd.

göre çözüm anlaşması bir tahkim şartını içerebilecektir. Böylece bizzat çözüm anlaşması ya da onunla ilintili olarak ortaya çıkacak olan uyuşmazlıkların çözümünde tahkime başvurulabilmesi mümkün olacaktır. Bu düzenleme, uyuşmazlığın uzlaştırma yoluyla çözümüne ilişkin olan bir anlaşmada tahkime gönderme yapılması açısından oldukça dikkat çekicidir. Kanaatimizce, burada tahkimin tercih nedeni, yukarıda değinildiği gibi uyuşmazlığı sonlandırma çabasıyla açıklanabilecektir.

e. Sır Saklama Yükümlülüğü

Yukarıda da değinildiği üzere uyuşmazlık çözüm sürecinin kaliteli bir şekilde yürütülebilmesi, taraflar arasındaki iletişimin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine bağlıdır. Bu bağlamda iletişimin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için güven unsuru son derece önem arz etmektedir. Güven unsuru ile ilişkilendirilebilecek olan diğer bir düzenleme sır saklama yükümlülüğü şeklinde kurgulanarak, m. 14 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre ne uzlaştırıcı ne de taraflar uzlaştırma süreci ile ilgili hiç bir hususu ifşa etmemelidir. Burada söz konusu yükümlülük ifa ve tenfize ilişkin durumlar haricinde²⁶⁸, çözüm anlaşmasını (*settlement agreement*) da kapsamaktadır²⁶⁹.

²⁶⁸ Bkz. Brette L. Steele, “Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards Under the New York Convention”, *UCLA Law Review*, Vol. 54, 2007, s. 1386 vd. Ayrıca Bkz. Leonard, Dharmananda, *a.g.m.*, s. 311 vd.; Pryles, *a.g.e.* s. 46.

²⁶⁹ Ball, *a.g.m.*, s. 22. Ayrıca Bkz. Redfern vd., *a.g.e.*, s. 45; Reif, *a.g.m.*, s. 618. Ayrıca Bkz. Sekolec, *a.g.m.*, s. 35 vd.

f. Uzlaştırma Sürecinin Sona Ermesi

Uzlaşma sürecinin hangi hallerde sona ereceği hususu da Kurallar kapsamında ele alınmıştır (m. 15). Buna göre:

- a) Tarafların çözüm anlaşmasını imzalamaları halinde, anlaşma tarihinde; veya,
- b) Uzlaştırıcının, taraflara danıştıktan sonra, uzlaştırma sürecinin devam ettirilmesini haklı kılacak bir neden olmadığını yazılı olarak beyan etmesi halinde, beyan tarihinde; veya,
- c) Tarafların uzlaştırıcıya süreci sona erdirdiklerine ilişkin yazılı beyanda bulunmaları halinde, beyan tarihinde; veya,
- d) Taraflardan birinin diğerine ve atanmışsa uzlaştırıcıya sürecin sona erdiğine ilişkin yazılı bir beyanda bulunması halinde, beyan gününde

uzlaştırma süreci sona ermiş olur. Burada sürecin başarısızlıkla sonuçlanması ihtimali değerlendirilmemiştir. Ancak bu noktada delillerin ileri sürülüşü ve tarafsız üçüncü kişiye ilişkin kısıtlamalar da gözetilerek, tahkim ya da devlet yargısı gibi diğer çözüm yollarına geçileceği açıktır²⁷⁰.

3. Diğer Hususlar

a. Masraflar

Yukarıda değinilen nedenlerle sürecin sona ermesi halinde, nelerin masraf olarak nitelendirilebileceği ve masrafların kim tarafından belirleneceği ve

²⁷⁰ Şanlı, **a.g.e.**, s. 353. Ayrıca Bkz. Garnett vd., **a.g.e.**, s. 17.

masraflara kimin katlanılacağı sorunu ortaya çıkacaktır (m. 17). İlgili hüküm uyarınca, sürecin herhangi bir şekilde sona ermesi halinde masraflar uzlaştırıcı tarafından tespit edilecektir. Nelerin masraflar kapsamında değerlendirileceği hususu ise tahdidî olarak sayılmıştır. Buna göre yalnızca; uzlaştırıcı için makul bir ücret, uzlaştırıcının yolculuk vb. amaçlarla yapmış olduğu masraflar, uzlaştırıcının tarafların rızası ile talep ettiği tanıkların seyahat vb. giderleri, uzlaştırıcının tarafların rızası ile talep ettiği bilirkişiye ilişkin masraflar ile Kuralların m. 4/2/b ve m. 8 hükümlerinde öngörülen idarî yardım masrafı Kurallar bağlamında masraf olarak değerlendirilecektir. Taraflar bu masraflara aksi kararlaştırılmamışsa eşit olarak katlanırlar. Bunun dışında ortaya çıkacak olan masraflara, masrafı yapan taraf katlanır²⁷¹.

Yukarıda değinilen masrafların yanı sıra taraflar depozito ödemelidirler. Uzlaştırıcı, atanmasını takiben ya da uzlaşma sürecinin devamı zarfında, taraflardan m. 17/1 hükmünde değinilen masraflara avans olarak eşit miktarda depozito yatırmalarını isteyebilir. Taraflar depozitoru ödemezse uzlaştırıcının başvurabileceği iki yol vardır. Bu halde uzlaştırıcı ya depozito ödenene dek süreci askıya alacaktır ya da süreci tamamen sonlandıracaktır. Bu halde uzlaştırıcı sürecin beyan tarihinde sona erdiğini taraflara yazılı olarak bildirecektir. Uzlaştırıcı sürecin herhangi bir şekilde sona ermesi halinde almış olduğu depozitoların hesabını taraflara vermeli harcanmayan miktar kalmış ise onu da taraflara iade etmelidir.

²⁷¹ Bkz. Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 87. Ayrıca Bkz. Li, **a.g.m.**, s. 435 vd.

b. Diğer Usûllere Başvuru Hakkı

Haklarını saklı tutma hususunda zorunlu olduğunu düşünmedikçe taraflar, uzlaştırma süreci esnasında uzlaştırma sürecine konu olan uyuşmazlık hakkında tahkime veya mahkemeye başvurmama yükümünü üstlenirler (m. 16). Bu hüküm uzlaştırma sürecini anlamlı kılmaktadır. Zira; taraflar süreci herhangi bir noktada keserek tahkime ya da devlet yargısına başvurma olanağına sahip kılınsalardı uzlaştırma usulünden verimli bir şekilde faydalanılamazdı. Bu nedenle tarafların hareket kabiliyetine belli ölçüde sınır getirilmiştir. Burada tarafların tahkime ya da mahkemeye başvurabilme imkânını sınırlayan hüküm bakımından dikkat çeken bir durum, tarafların kendi kanaatleri uyarınca haklarının saklı tutulabilmesi açısından tahkime ya da mahkemeye yapılacak başvurunun gerekli olması halinin yukarıda belirtilen kuralın bir istisnası olarak belirtilmesidir. Böylece ilgili taraf süreaşımı ya da hak düşürücü süre gibi hususları gözeterek kendi hakkını koruyabilecektir. Kanaatimizce hüküm düzenleniş şekli ile gerek uzlaştırma çabalarının akim kalmaması, gerekse tarafların dava ya da tahkim yoluna başvuru hakkının tamamen kaldırılmayarak rızaîlik unsurunun gözetilmesi bakımından dengeleri koruyabilmiştir. Ancak, bu yöndeki yaklaşım modern uyuşmazlık çözüm yolları üretebilme yönünde getirilen anlayış çerçevesinde isabetli bulunmamaktadır²⁷². Burada her ne kadar sevk edilen hükümle amaçlanan uzlaştırma sürecini diğer süreçlerin başlatılması suretiyle sekteye uğratmamak olsa da, tahkim gibi diğer çözüm yöntemlerinin denenmesinin de uzlaştırma çabalarına katkı sağlayabileceği ileri sürülmektedir²⁷³. Buna göre, tahkimde uyuşmazlık çözümü zaten uzun bir zaman almaktadır. Bu nedenle de tarafların, uzlaştırma süreci devam ederken, bu yöntemin başarısız olma ihtimaline binaen tahkime başvurularında uzlaştırma çabalarıyla bağdaşmayan bir yön bulunmamaktadır. Böylece uzlaştırmadan

²⁷² Bkz. yukarıda s. 22 vd.

²⁷³ Ayrıca Bkz. Aşağıda UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları m. 20 bağlamında yapılan açıklamalar. s. 96 vd.

istenen sonuç elde edilemezse taraflar herhangi bir gecikme olmaksızın tahkim sürecine devam edebileceklerdir²⁷⁴.

c. Arabulucunun Diğer Süreçlerdeki Rolü

Uzlaştırıcının uyuşmazlık çözüm sürecindeki tarafsızlığının sağlanması, uyuşmazlık çözüm sürecinin kalitesi ve tarafların sürece olan güveninin tesisi açısından son derece önem arz etmektedir. Bu husus uyuşmazlık çözüm süreci sonucunda tam olarak tatmin olmayan taraf açısından ayrı bir özelliğe sahiptir²⁷⁵. Zira; tarafların çözüm anlaşmasını ifa etme istekliliği de uzlaştırıcının taraflara ne derece güven verdiği ile oldukça ilgilidir. Güvenin tesisi anlamında m. 19 hükmü özel bir önem arz etmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca hem uzlaştırıcı hem de taraflar, gerek dava gerekse tahkim yoluna başvuru halinde, uzlaştırıcının tarafların hakemi, temsilcisi veya avukatı olarak hareket etmeyeceği ve tanık olarak dinletilmeyeceğini taahhüt etmelidirler (m. 19). Uzlaştırıcının daha sonraki süreçlerde aktif bir rol üstlenmesini engelleyen ve temelde uzlaştırma ve diğer çözüm yöntemlerini tahkimle bağdaştıramayacağı kabulüne dayanan bu yöndeki anlayış eleştirilmektedir. Uzlaştırıcının hakem rolü üstlenemeyeceği kabulünü berteraf etmeye yönelik bir kanıt olarak da arabuluculuk-tahkim (*med-arb*) yönteminin başarısı gösterilmektedir²⁷⁶. Bilindiği gibi söz konusu yöntemde, çeşitli sakıncalar doğurduğu ileri sürülse de, arabulucu ikinci aşama olan tahkimde de tarafsız üçüncü kişi olarak görevini sürdürebilmektedir.

²⁷⁴ Schneider, **a.g.m.**, s. 69. Ayrıca Bkz. Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 365 vd., Reif, **a.g.m.**, s. 618.

²⁷⁵ Bkz. Hibberd, Newman, **a.g.e.**, s. 87. Ayrıca Bkz. Redfern, **a.g.e.**, s. 46.

²⁷⁶ Bkz. Schneider, **a.g.m.**, s. 69. Ayrıca Bkz. Reif, **a.g.m.**, s. 618.

d. Delillerin Diğer Usûllerde İleri Sürülebilirliği

Sürecin ve uzlaştırıcının tarafsızlığının sağlanması bağlamında değerlendirilebilecek olan başka bir düzenleme de m. 20 hükmünde yer almaktadır. Buna göre, taraflar hükümde tahdidî olarak sayılmış olan hususları delil olarak sunmayacaklarını ya da bu hususlara dayanmayacaklarını taahhüt ederler²⁷⁷. İlgili hüküm gereğince, tarafların gerek uzlaştırma sürecinin konusu olan uyuşmazlık gerekse diğer bir uyuşmazlığın mahkemeye ya da tahkime konu olması halinde ileri süremeyecekleri belirtilen hususlar şunlardır:

- a) İhtilafın muhtemel çözümü bağlamında muhatapça ileri sürülmüş olan görüş ya da çözüm önerileri;
- b) Uzlaştırma süreci zarfında karşı tarafça yapılmış olan kabuller;
- c) Uzlaştırıcı tarafından yapılmış olan kabuller;
- d) Uzlaştırıcının uyuşmazlığın çözümü için yapmış olduğu bir teklifi karşı tarafın kabule istekli olması durumu.

Hükümde öngörülen anlayış da çözüm yöntemlerinin birlikte düşünülmesi ve bu şekilde işlevsel kullanımın sağlanabileceğini öne süren anlayış çerçevesinde eleştirilmektedir. Buna göre uzlaştırmının başarısız olması ihtimalinde taraflar başka bir uyuşmazlık çözüm yoluna yöneldiklerinde m. 20 vb. hükümler²⁷⁸ nedeniyle bazı verileri ileri süremeyeceklerinden sarf edilen çabalar boşa gidecektir²⁷⁹.

²⁷⁷ Krş. Redfern, **a.g.e.**, Dpn. 70, s. 45. Ayrıca Bkz. Reif, **a.g.m.**, s. 618.

²⁷⁸ Krş. MTO İDH Kuralları m. 7/2 hükmü.

²⁷⁹ Bkz. Schneider, **a.g.m.**, s. 69. Ayrıca Bkz. Redfern vd., **a.g.e.**, s. 45 vd.

e. Uzlaştırma Şartı

Kurallarda taraflara kolaylık sağlamak amacıyla örnek bir uzlaştırma şartına da yer verilmiştir²⁸⁰. Örnek uzlaştırma şartı şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bu sözleşmeden doğan ya da bu sözleşme ile ilgili bir uyuşmazlıkta, tarafların uyuşmazlığın uzlaştırma yoluyla dostane çözümünü istediği hallerde, uzlaştırma o an geçerli olan UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları’na göre gerçekleştirilecektir.

Taraflar başka uzlaştırma kuralları üzerinde anlaşabilirler.”

Görüldüğü üzere burada uzlaştırma uyuşmazlığın doğmasını müteakib (*Ad Hoc*) kararlaştırılabileceği gibi, uyuşmazlığın temelindeki esas sözleşmeye konan bir hükümle de kararlaştırılabilecektir²⁸¹.

B. UNCITRAL Milletlerarası Ticarî Uzlaştırmaya İlişkin Model Kanun²⁸²

UNCITRAL tarafından 24 Temmuz 2002 tarihinde hazırlanan UNCITRAL Milletlerarası Uzlaştırmaya ilişkin Model Kanun²⁸³ uzlaştırma sürecine ilişkin

²⁸⁰ İngilizce metin için Bkz. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf> (29 Ekim 2008). Ayrıca Bkz. Leonard Dharmananda, **a.g.m.**, s. 313. Richard B. Potter “The Role of Adr Clauses In Avoiding Foreign Litigation Entanglements”, **Can. Bus. L. J.**, Vol. 28, 1997, s. 415 vd. Ayrıca Bkz. Dore, **a.g.m.**, s. 347; Redfern vd., **a.g.e.**, s. 45.

²⁸¹ Redfern vd., **a.g.e.**, s. 45. Ayrıca Bkz. Ellen J. Dannin, “Contracting Mediation: The Impact of Different Statutory Regimes”, **Law and Society Conference Snowmass Village**, Colorado, June 4-7, 1998, s. 1 vd. (Çevrimiçi) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=156888 (8 Kasım 2008).

²⁸² İlgili hükümler tarafımızca İngilizce aslından tercüme edilerek, çalışmanın kapsamı dahilinde yorumlanarak kullanılmıştır.

²⁸³ Yukarıda da değinildiği üzere gerek UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları gerekse UNCITRAL Model Kanunu’nda açıklanacak alternatif uyuşmazlık türünü belirtmek için “*conciliation*” terimi tercih edilmiştir. Kullanılan bu terimin dilimizdeki tam karşılığı uzlaştırma olarak ifade edilebilmekteyse de bu yöndeki tercihin arabuluculuğu (*mediation*) ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını

yeknesak kuralları tesis etmiştir. Böylece müessesenin kullanımında tahmin edilebilirliğin ve kesinliğin sağlanması amaçlanmaktadır. Model kanun, uzlaştırma hususundaki boşlukların neden olabileceği muhtemel belirsizlikleri öngörerek uzlaştırıcıların atanmasından, uzlaştırma sonrası döneme kadar oldukça ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir²⁸⁴.

1. Kapsam ve Tanımlar

UNCITRAL Uzlaştırmaya ilişkin Model Kanun, kapsam itibariyle tüm uluslararası ticarî sorunların uzlaştırma yoluyla çözümünde uygulanabilecektir. Burada Model Kanun'un bölgelerarası devletler özel hukuku alanında da uygulanabilmesi için bazı öneriler sunulmuştur²⁸⁵. Buna göre, düzenlemeyi yapacak olan ilgili devlet uluslararası ibaresini kullanmamalı ve birinci fıkranın dördüncü, beşinci ve altıncı paragraflarını metinden çıkararak hükmü kurgulamalıdır. Böylece düzenleme yapacak olan devlet ticarî olmayan ve uluslararası nitelik arz etmeyen uyuşmazlıkları da kolaylıkla ilgili düzenleme kapsamına dahil edebilecektir²⁸⁶. Model Kanun kapsamında "ticarî" ifadesi de

dışlamadığı kanâatindeyiz. Aşağıda kapsam ve tanımlar bölümünde daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, burada "*conciliation*" terimi tarafların üçüncü bir kişinin yardımına başvurduğu tüm uyuşmazlığın dostça çözüm hallerini kapsamaktadır (m. 1/3). Bkz. Aynı görüşte Holtzman, **a.g.m.**, s. 426.

²⁸⁴ Bkz. (Erişim) <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/ml-conc-e.pdf> (29 Ekim 2008). Ayrıca Bkz. United Nations Commission on International Trade Law, Thirty-Fifth Session, New York, 17-28 June 2002, UN Doc. A/CN.9/514, s. 2 vd. Ayrıca Bkz. Antonin, I. Pribetic, "The Third Option: International Commercial Mediation", **World Arbitration & Mediation Review**, Vol. 1, No. 4, s. 566; Fernando Mantilla-Serrano, John Adam, "UNCITRAL Model Law: Missed Opportunities for Enhanced Uniformity", **U.N.S.W.L.J.**, Vol. 31, No. 1, 2008, s. 309 vd. Suy, **a.g.m.**, s. 141 vd..

(Erişim) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/544/93/PDF/V0254493.pdf?OpenElement> (8 Kasım 2008).

²⁸⁵ Bkz. Dpn. 2.

(Erişim) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/538/98/PDF/N0253898.pdf?OpenElement> (8 Kasım 2008).

²⁸⁶ Ginkel, **a.g.m.**, s. 12 vd. Ayrıca Bkz. Jernej Sekolec, Michael B. Getty, "The UMA and the UNCITRAL Model Rule: An Emerging Consensus on Mediation and Conciliation", **J. Disp. Resol.**, Vol. 2003, No. 1, s. 184 vd.

geniş bir uygulanma alanını haizdir²⁸⁷. Buna göre, uluslararası ticarî hayatın doğal akışından kaynaklanan akdî ya da akit dışı tüm uyuşmazlıklar bu bağlamda değerlendirilebilecektir²⁸⁸. Hükümde uluslararası ticarî hayatın doğal akışından kaynaklanan akitler tadâdî olarak sayılmıştır²⁸⁹. Buna göre tahdidî olmamakla birlikte, mal ve hizmet değişimine ilişkin akitler; dağıtım sözleşmeleri; ticarî temsilcilik ya da acente sözleşmeleri; faktoring; leasing; inşaat sözleşmeleri; danışmanlık; mühendislik; lisans sözleşmeleri; yatırım; finans; bankacılık; sigorta sözleşmeleri; işletme, imtiyaz; joint venture ve diğer ticarî ve sınaî ortaklık şekilleri; hava, deniz, demir ve karayollarıyla yolcu ve eşya taşıma sözleşmeleri bu bağlamda değiştirilebilecektir (m. 1/1).

Model Kanun uyarınca uzlaştırma (*conciliation*) deyimi; ister uzlaştırma (*conciliation*) isterse arabuluculuk (*mediation*) ya da bunlara benzer başka bir şekilde ifade edilsin, tarafların aralarında çıkan akdî ve akit dışı diğer yasal uyuşmazlıkların dostane çözümünde tarafsız üçüncü bir kişinin yardımını istedikleri halleri ifade etmektedir (m. 1/3)^{290, 291}. Model Kanun uyarınca uzlaştırmacı deyimi

²⁸⁷ Bkz. Dpn. 3.

(Erişim) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/538/98/PDF/N0253898.pdf?OpenElement> (8 Kasım 2008). Krş. Garnett vd., **a.g.e.**, s. 7 vd. Ayrıca Bkz. Domke, **a.g.e.**, s. 6 vd.; Pribetic, **a.g.m.**, s. 581 vd.

²⁸⁸ Bkz. UN Doc. A./CN.9/514, s. 2 vd.

(Erişim) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/544/93/PDF/V0254493.pdf?OpenElement> (8 Kasım 2008).

Bkz. Yukarıda UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları'na ilişkin açıklamalar s. 75 vd.

²⁸⁹ Krş. Sekolec, **a.g.m.**, s. 40.

²⁹⁰ Görüldüğü gibi burada da uzlaştırma, arabuluculuk ayrımı yapılmaksızın, hatta diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları dahi dışlanmaksızın, kapsayıcı bir düzenlemeye yer verilmektedir. Böylece uluslararası ticaretin bir gereği olan “*esneklik*” unsuru sağlanmış bulunmaktadır. Yukarıda da değinildiği üzere, tez çalışmamızda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kapsamı ve özellikle de uzlaştırma ve arabuluculuk terimleri hususunda yapılan tartışmalara yer verilmekle birlikte, esas olarak söz konusu kavramların uluslararası ticaretteki pratik önemini ve işlevselliğini ön plana çıkaran bir yaklaşım benimsenmiştir. UNCITRAL düzenlemelerinde de göze çarpan bu yöndeki tercih, tutumumuzu haklı çıkarmaktadır. Bkz. UN Doc. A./CN.9/514, s. 2. (Erişim) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/544/93/PDF/V0254493.pdf?OpenElement> (8 Kasım 2008).

²⁹¹ Fransa söz konusu hükmün mahkeme önderliğinde yapılan uzlaştırmaları içermediği kanaâtinde olmakla beraber, bu hususun hükümde açıkça belirtilmesinin de gereksiz bir kullanım teşkil edeceğini ileri sürmektedir. United Nations Commission on International Trade Law, Thirty- Fifth Session, New York, 17-28 June 2002, A/CN.9/513, s. 5.

durumun gereklerine göre bir, iki veya daha fazla uzlaştırıcıyı ifade etmektedir (m. 1/2). Ayrıca uzlaştırıcı kendi görüşünü taraflara direktme imkânını haiz değildir (m. 1/3)²⁹².

Uluslararası nitelikli uzlaştırmadan ne anlaşılması gerektiği de ayrıca izah edilmiştir (m. 1/4). İlgili hükümde hangi hallerde uzlaştırmanın uluslararası nitelikli addolunacağı haller tahdidî olarak sayılmıştır. Buna göre:

- a. Uzlaştırma sözleşmesinin taraflarının işyerlerinin, sözleşmenin akdedilme tarihinde, farklı devletlerde olması; veya
- b. Tarafların iş merkezlerinin bulunduğu devletlerin farklı olması,

hallerinde uzlaştırma uluslararası unsurlu sayılacaktır. Burda hükmün (b) bendi bağlamında ilgili devlet; ticarî ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklerin büyük bir bölümünün ifa edileceği devlet ya da sözleşmenin esas konusunun en çok bağlantılı olduğu devlettir. Tarafların birden fazla işyeri varsa uzlaşma sözleşmesiyle en yakın ilişkili olan işyeri; taraflardan birinin işyeri yoksa mutad meskeni (*habitual residence*) uzlaştırmanın uluslararası niteliğinin tespitinde dikkate alınacaktır (m. 1/5)²⁹³. Taraflar uzlaştırmanın uluslararası olduğu ya da bu Kanunun uygulanacağı hususunda birleşirse, yukarıdaki koşulları sağlamayan herhangi bir ticarî uzlaştırma süreci de bu Kanun kapsamında yürütülebilecektir (m. 1/6). Tarafların aksini kararlaştırarak bu Kanunu kapsam dışı bırakabilmeleri de mümkündür (m. 1/7) .

(Erişim) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/533/92/PDF/V0253392.pdf?OpenElement> (8 Kasım 2008).

²⁹² Bkz. Phillips, Piazza, **a.g.m.**, s. 33.

²⁹³ Burada Beyaz Rusya, "*habitual residence*" ifadesine ek olarak "*location*" ibaresinin eklenmesini tavsiye etmiştir. Bkz. UN Doc. A/CN.9/513 s. 4.

(Erişim) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/533/92/PDF/V0253392.pdf?OpenElement> (8 Kasım 2008).

Yukarıda Uzlaştırma Kuralları'na ilişkin açıklamalarda değinildiği üzere tarafların sürece ilişkin güveninin sağlanması bu vesileyle de sunulan çözüm önerisinin yerine getirilme eğiliminin artması hususu uzlaştırma sürecinin başarıyla sonuçlanabilmesi açısından oldukça önemlidir. Model Kanun'da da uzlaştırıcının tarafsızlığının sağlanabilmesi için bir uyuşmazlığın çözümü zarfında mahkemede ya da tahkim usulü devam ederken hakemde, hakim ya da hakemin uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırma girişiminde bulundukları hallerde Model Kanun'un uygulanmayacağı hususu öngörülmüştür. Ayrıca düzenlemeyi yapacak olan devletlere hareket kabiliyeti sağlanmış ve Kanunun uygulanmayacağı haller tahdidî olarak belirtilmemiştir (m. 1/9).

2. Model Kanun Çerçevesinde Öngörülen Usûl

a. Uzlaştırma Sürecinin Başlangıcı

Uzlaştırma süreci, önceden ortaya çıkmış olan uyuşmazlıklar bakımından, tarafların uyuşmazlığın uzlaştırma yoluyla çözümlenmesi hususunda anlaşmaları gün başlar (m. 4/1)²⁹⁴. Model Kanun sürecin başlangıcını düzenleyen hüküm içerisinde, taraflardan birinin uzlaştırma sürecinin başlatılmasına ilişkin yapmış olduğu icabın muhatapça sukûtle karşılanması halini de düzenlemiştir. Buna göre taraflardan biri muhataba göndermiş olduğu uzlaştırma davetine, davetin gönderildiği tarihten itibaren otuz gün içinde veya davette başka bir süre özel olarak belirtilmişse bu süre içinde, cevap alamazsa davette bulunan bunu teklifin reddi sayabilecektir (m. 4/2)²⁹⁵.

²⁹⁴ Bkz. Kerbeshian, **a.g.m.**, s. 422 vd.

²⁹⁵ Türkiye m. 4/2 hükmünün tarafların daha önceden aralarındaki uyuşmazlığı uzlaştırma yoluyla çözecekleri hususunda bir anlaşma yapmamış olmaları haliyle sınırlı olarak anlaşılması gerektiği kanaatindedir. Ayrıca bir anlaşmanın bulunmaması halinde, taraflardan birinin muhatapı uzlaştırmaya

b. Uzlaştırıcıların Sayısı ve Atanma Usulü

Model Kanun kural olarak sürecin tek uzlaştırıcı vasıtasıyla yürütülmesi esasını benimsemiştir. Taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça uzlaştırıcı ya da uzlaştırıcılar üzerinde birleşmeye gayret sarf etmelidirler. Taraflar bu noktada bir kurum veya kişinin yardımına da başvurabileceklerdir. Bu halde taraflardan biri ilgili kişi ya da kurumun uzlaştırıcı olarak süreci yönetecek uygun bir kişi tavsiye etmesini isteyebileceği gibi taraflar ilgili kişi ya da kurumun uzlaştırıcı ya da uzlaştırıcıları doğrudan doğruya ataması hususunda da birleşebilirler²⁹⁶. İlgili kişi ya da kurum uzlaştırıcının atanması ve tavsiye edilmesi hususunda uzlaştırıcının tarafsızlığının sağlanabilmesi hususunu göz önünde tutmalı ve gerekiyorsa taraflarla aynı tâbiyette olmayan kişileri tercih etmelidir (m. 5).

c. Uzlaştırma Sürecinin Yönetimi

Taraflar uzlaştırma sürecinin yönetimine ilişkin kuralları belli uzlaştıma kurallarına atıfta bulunarak belirleyebilecekleri gibi başka şekillerde de belirleyebilirler. Bu yönde bir belirleme yapılmamış ise, uzlaştırıcı somut olayın koşulları, tarafların istekleri ve uyuşmazlığın mümkün mertebe hızlı bir şekilde

davet etmesi, muhatapça onun aciziyeti olarak yorumlanabileceğinden bu husus uyuşmazlığın dostça çözümlenmesine engel teşkil edebilecektir. Oysa bu engel uyuşmazlığın uzlaştırmayla çözümleneceği hususunda tarafları icbar eden bir anlaşmanın bulunması halinde söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle Ülkemiz uzlaştırma sürecinin anlaşmaya dayanması halinde daha sağlıklı işleyebileceği ayrıca anlaşmanın da tarafları en az bir oturuma katılmaya zorunluluğu içermesi yönünde görüş belirtmiştir. Bkz. UN DOC. A/CN.9/513 s. 9 vd. (Erişim) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/533/92/PDF/V0253392.pdf?OpenElement>. (8 Kasım 2008).

²⁹⁶ Ülkemiz ilgili hükmün tarafların uzlaştırıcılar hususunda anlaşamaması ihtimalini düzenlememiş olması hususuna işaret ederek, bu durumda UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda olduğu gibi bir tayin makamının öngörülmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre tayin makamı taraflarca kararlaştırılabileceği gibi taraflarca kararlaştırılamazsa, Daimi Tahkim Divanı Sekreterliğince belirlenebilmelidir. Bkz. UN DOC. A/CN.9/513 s. 9. (Erişim) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/533/92/PDF/V0253392.pdf?OpenElement>. (8 Kasım 2008).

özme kavuşturulması ihtiyaını da göz alarak uygun yöntemi belirler. Hangi yöntem belirlenirse belirlensin, uzlaştırıcı süreci yönetirken taraf menfaatleri arasındaki dengeyi gözeterek, durum elverdiği ölçüde her iki tarafa da eşit muamelede bulunmalıdır. Bu hüküm bağlamında uzlaştırıcıya sunulan başka bir imkân da sürecin herhangi bir aşamasında çözüm önerisi getirebilmesidir (m. 6).

d. Taraflarla Uzlaştırıcı Arasındaki İletişim

Uzlaştırıcı ile taraflar arasındaki iletişime ilişkin düzenleme m. 7 hükmünde yer almaktadır. Buna göre uzlaştırıcı taraflarla gerek ayrı ayrı gerekse birlikte görüşebilecektir (m. 7).

e. Bilgilerin İfşası

Kural olarak uzlaştırıcı taraflardan birinin uyuşmazlığa ilişkin olarak kendine sunduğu bilgileri karşı tarafla paylaşabilecektir; ancak ilgili taraf bilgiyi gizli kalması kaydıyla açıklamışsa uzlaştırıcı bu bilgiyi gizli tutmalıdır (m. 8).

f. Gizlilik

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıa, uzlaştırma sürecine ilişkin tüm bilgiler; hukuken ifşası, sürecin ilerlemesi veya çözüm anlaşmasının tenfizi için

gerekmedikçe gizli tutulmalıdır (m. 9)²⁹⁷. Burada “sürecin ilerlemesi” unsurunun neden gizlilik yükümlülüğünden hariç tutulduğu ve çözüm anlaşmasının tenfizinden farklı bir şey ifade edip etmediği yeterince açık ifade edilmediğinden eleştirilmektedir²⁹⁸.

g. Uzlaştırma Sürecinin Sona Ermesi

Uzlaştırma süreci aşağıdaki hallerde sona erecektir:

- a. Tarafların çözüm anlaşmasını akdetmeleri halinde, sözleşme tarihinde;
- b. Uzlaştırıcının taraflara danıştıktan sonra sürecin devamına fayda olmadığını beyan etmesi halinde, beyan tarihinde;
- c. Tarafların uzlaştırıcıya uzlaştırma sürecinin sona erdiğinin ifade etmeleri halinde, beyan tarihinde;
- d. Taraflardan birinin diğer taraf veya taraflara ve atanmışsa uzlaştırıcıya uzlaştırma usulünün sona erdiğini beyan etmesi halinde beyan tarihinde.

Burada beyanın (*declaration*) ne şekilde yapılacağı ifade edilmemiştir. Beyanın yazılı olması gerektiği ileri sürülmektedir²⁹⁹. Ancak, metinde bir açıklık bulunmadığından bu yönde sınırlandırıcı bir yorumun isabetli olmadığı kanaatindeyiz³⁰⁰.

²⁹⁷ Bkz. Klaus Peter Berger, “Evidentiary Privileges: Best Practice Standarts versus/and Arbitral Discretion”, *Arb. Int’l*, Vol. 22, No. 4, s. 514 vd. (Evidentiary Privileges).

²⁹⁸ Ginkel, *a.g.m.*, s. 39. Krş. Sekolec, Getty, *a.g.m.*, s. 190. Ayrıca Bkz. Pribetic, *a.g.m.*, s. 584 vd.

²⁹⁹ Bkz. Kemal Dayınlarlı, *UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2007, s. 281.

³⁰⁰ Ülkemiz süreci tek taraflı olarak sonlandırabilme olanağına yer verilmesinin isabetli olduğu ancak beyanın yazılı olması hususuna hükümde yer verilmesi gerektiği kanaatindedir. UN Doc. A/CN.9/513, s. 9.

(Erişim) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/533/92/PDF/V0253392.pdf?OpenElement> (8 Kasım 2008).

3. Diğer Hususlar

a. Yorum

Kanunun yorumunda dikkat edilmesi gereken hususlar m. 2 hükmünde belirtilmiştir. Buna göre bu Kanun uyarınca yorum, uluslararası köken, kuralların uygulanmasında yeknesaklığın sağlanması arzusu ve iyi niyet hususları dikkate alınarak yapılacaktır³⁰¹. Kanunun kapsamına girip de kanun kapsamında açıkça düzenlenmemiş olan hususlar ise kanunun temeline hakim olan genel ilkeler dikkate alınarak çözüme kavuşturulacaktır.

b. Anlaşmayla Çeşitlendirme

Model Kanun uluslararası ticaretin ruhuna uygun olarak taraf iradelerine de önem atfetmiş ve taraflara hareket kabiliyeti sağlamıştır³⁰². Taraflar Model Kanun'un sunduğu olanak bağlamında m. 2 ve m. 6 /3 hükümleri hariç olmak üzere herhangi bir hükmü kapsam dışı bırakabilecek ya da değiştirebileceklerdir (m. 3) . Bu hüküm Model Kanun'un tamamına hakim olan taraf iradelerini ön plana çıkarma eğiliminin metne yansıdığı hallerden birisidir³⁰³.

³⁰¹ Bkz. Oscar, **a.g.e.**, s. 105 vd.

³⁰² Bkz. Suy, **a.g.m.**, s. 141.

³⁰³ Bkz. UN Doc. A/CN.9/514, s. 11

(Erişim) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/544/93/PDF/V0254493.pdf?OpenElement> . (8 Kasım 2008). MTO İhtilâfin Dostâne Halline Dair Kurallar'da da taraf iradelerine önem atfedilerek tarafların Kurallarda değişiklik yapabileceği ifade edilmiştir; ancak bu halde MTO'dan izin alınması öngörülmüştür (m. 1). Ayrıca Bkz. Ginkel, **a.g.m.**, s. 22.

c. Delillerin Diğer Usûllerde Kabul Edilebilirliği

Taraflardan biri, uzlaştırmacı ya da diğer bir üçüncü kişi, uzlaştırma sürecinin yönetimine katılan kişiler dahil olmak üzere, tahkim, dava yolu veya benzeri herhangi bir usulde aşağıdaki hususları delil olarak sunamaz ve bu hususlarda tanıklık yapamaz³⁰⁴ :

a. Taraflardan birinin uzlaştırma sürecine ilişkin daveti ya da taraflardan birinin uzlaştırma sürecine katılma isteği;

b. Taraflardan birinin uzlaştırma sürecinde, uyuşmazlığın muhtemel çözümüne ilişkin olarak ifade etmiş olduğu görüşler ve yapmış olduğu öneriler;

c. Taraflardan birinin uzlaştırma süreci esnasında yapmış olduğu beyanlar veya kabuller;

d. Uzlaştırmacı tarafından yapılmış olan teklifler ;

e. Taraflardan birinin uzlaştırmacı tarafından sunulan çözüme ilişkin teklifi kabule istekli olduğunu göstermesi;

f. Sadece uzlaştırma usulünün amaçları için düzenlenmiş olan belge³⁰⁵.

Yukarıda değinilen m.10/1 hükmü bilginin şekli ve ona atıfta bulunulan delil ne olursa olsun uygulanacaktır. Yine birinci paragrafta öngörülen güvenceyi pekiştirmek için söz konusu vakıaların ne devlet mahkemesi ne tahkim mahkemesi ne de diğer yetkili bir kamusal makam tarafından emredilemeyeceği öngörülmüştür. Birinci paragrafta belirtilen haller, delil olarak sunulmuşsa bu delil geçerli kabul edilmez; ancak söz konusu delillerin kanunca zorunlu olması ya da

³⁰⁴ Bkz. Ginkel, **a.g.m.**, s. 6; Schneider, **a.g.m.**, s. 68. Ayrıca Bkz. yukarıda UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları m. 20 çerçevesinde yapılan açıklamalar , s. 66 vd.

³⁰⁵ Krş. MTO İDH Kuralları m. 7/2 hükmü.

çözüm anlaşmasının işleme konması veya icra edilebilmesi bakımından gerekmesi halinde, bilgiler açığa vurulabilir veya delil olarak ileri sürülebilir. Şimdiye kadar açıklanmış olan hususlar, tahkim, devlet yargısı vb. usuller uyuşmazlıkla geçmişte veya halen ilişkili olsun ya da olmasın uygulanacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise birinci maddede öngörülen sınırlamalar hariç olmak üzere tahkim, devlet yargısı ya da benzerî süreçlerde caiz görülen delillerin salt uzlaştırma sürecinde kullanılmış olması nedeniyle inceleme dışı bırakılması mümkün olmamasıdır (m. 10). Burada da tarafların uzlaştırma sürecinde vâkıf oldukları bilgilerin kullanımının sınırlandırılması eğilimi görülmektedir. Bu yöndeki düzenlemelerin uygun bir dengeyi gözetmesi ve bir taraftan gizliliği korurken, diğer taraftan çözüm anlaşmasının tenfizini imkânsızlaştırmaması hususu özellikle uluslararası ticaret bağlamında düşünüldüğünde hayatî bir önemi ifade etmektedir³⁰⁶.

d. Uzlaştırıcının Hakemlik Yapması

Taraflarca başka şekilde kararlaştırılmadıkça, uzlaştırıcı uzlaştırma sürecine daha önce veya halihazırda konu olan uyuşmazlıkla, aynı veya ilişkili sözleşme ya da yasal uyuşmazlıkla ilgili olarak hakemlik yapamaz³⁰⁷. Görüldüğü gibi burada da taraf iradesine üstünlük tanınmış ve uzlaştırıcının hakem olarak sürece devam edebilmesi ihtimali yadsınmamıştır. Zira; uygulamada tarafların, sürece hakimiyeti nedeniyle, uzlaştırıcının hakem olarak devam etmesini arzu etmeleri muhtemeldir³⁰⁸.

³⁰⁶ Ginkel, **a.g.m.**, s. 40. Ayrıca Bkz. Sekolec, Getty, **a.g.m.**, s. 191 vd.

³⁰⁷ Bkz. Yukarıda UNCITRAL m. 19 hükmüne ilişkin açıklamalar. Krş. MTO İDH Kuralları m. 7/3 ve m. 7/4 hükümleri.

³⁰⁸ Bkz. Sekolec, Getty, **a.g.m.**, s. 192. Ayrıca Bkz. Schneider, **a.g.m.**, s. 67 vd.

e. Tahkime veya Mahkemeye Başvurabilme Olanağı

Taraflar uzlaştırmaya başvurmaya karar verdiklerinde ve halen var olan veya ilerde gerçekleşmesi muhtemel olan uyuşmazlıklarla ilgili olarak belli bir zaman diliminde veya belli bir olayın ortaya çıkışına kadar mahkemeye veya tahkime başvurmamayı taahhüt etmeleri halinde, böyle bir taahhüt mahkeme veya tahkim mahkemesi tarafından, taraflardan birinin kendi haklarını korumak için başvurduğu haller haricinde, geçerli sayılacaktır. Böyle bir taahhüt başlı başına uzlaştırmadan feragât ya da uzlaştırma sürecine son verme olarak nitelenemeyecektir (m. 13)³⁰⁹.

f. Çözüm Anlaşmasının İcrası

Tarafların bir çözüm anlaşması üzerinde birleşmesi halinde bu çözüm anlaşması bağlayıcıdır ve icra kaabiliyetini haizdir³¹⁰. Bundan kasıt çözüm anlaşmasının tarafları uyuşmazlığın tahkime veya devlet yargısına taşınması halinde sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk (*ahde vefa/pacta sunt servanda*) çerçevesinde bağlamasıdır. Böylece çözüm anlaşması bahsedilen süreçlerde taraf savlarını destekler mahiyette kullanılabilir ve kararın oluşumuna da yardımcı olacaktır. Bu halde taraf devletin anlaşmanın ne şekilde icra edileceğine ilişkin olarak bir yöntem belirleyerek bunu metne işlemesi veya yöntemi izah eden düzenlemelere atıfta bulunması öngörülmektedir³¹¹ (m. 14).

³⁰⁹ MTO İDH Kuralları bu yönde bir hüküm içermemektedir. Bkz. Aşağıda s. 79 vd.

³¹⁰ Ayrıca Bkz. Glossner, **a.g.m.**, s. 151 vd.

³¹¹ Bkz. m. 14 hükmü. Krş. UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları m. 13, MTO İDH Kuralları m. 6/1-a, ICSID Uzlaştırma Kuralları m. 30 hükümleri. Ayrıca Bkz. Dharmananda, Leonard, **a.g.m.**, s. 301 vd.; Pryles, **a.g.e.**, s. 47. Krş. Lawrence G. S. Boo, "Arbitration", **SAL Ann. Rev.**, Vol. 2002, s. 29 vd.

II. MİLLETLERARASI TİCARET ODASI (MTO-ICC) İHTİLAFLARIN DOSTANE HALLİ KURALLARI³¹²

1 Temmuz 2001 tarihinde yürürlüğe giren MTO İhtilafların Dostane Halli Kuralları (İDH), MTO İhtiyarî Uzlaştırma Kuralları'nın yerine kaim olmuştur. MTO İDH Kuralları pek çok ülkenin iş çevreleri nezdinde katılımıyla yapılmış müzakereler sonucunda ortaya çıkmıştır. Delegelerin dünyanın çeşitli yerlerinden gelmeleri herhangi bir kültür ögesinin diğerine üstün gelmesini önlemiştir. Kurallar millî ve milletlerarası ticarî ilişkilere uygulanabilecek şekilde düzenlenmiştir³¹³. Bu yönde yapılan düzenlemenin temelindeki amaç, taraflara aralarındaki uyuşmazlığı iş hayatının gereksinimlerine uygun olarak dostane bir şekilde çözebilme olanağının sunulmasıdır. Kurallar, tarafların yöntem üzerinde anlaşamamaları halinde oluşan boşluğu gidermek amacıyla, tarafların ortak bir tercih üzerinde birleşememeleri halinde arabuluculuğun uygulanacağını öngörmektedir³¹⁴.

Kurallara ilişkin olarak göze çarpan diğer bir husus da “alternatif çözüm yolları” ifadesinin tercih edilmeyerek, “ihtilâfın dostane yollardan halli” ifadesinin tercih edilmesidir. Böyle bir tercihin sebebi Kuralların temeline hakim olan

³¹² Kurallar için Bkz. (Erişim) <http://www.iccwbo.org/court/adr/id4452/index.html> (8 Kasım 2008). Ayrıca belirtmek gerektiği üzere, MTO İDH Kuralları ve buna ilişkin Rehberde İhtilafların Dostane Halli (Amicable Dispute Resolution) teriminin MTO nezdinde yürütülen alternatif uyuşmazlık çözümü hizmetlerini ifade etmek için, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (ADR) ya da “Negotiated Dispute Resolution” terimi yerine tercihen kullanıldığı ifade edilmiştir. Bu nedenle tezimizde de MTO uyuşmazlık çözüm hizmetlerine ilişkin açıklamalar sırasında “İhtilafların Dostane Halli” ifadesi tercih edilmiştir. Bkz. İhtilafların Halli İçin Verilen Hizmetler: İhtilafların Dostane Halli, İDH Kuralları ve MTO İDH Rehberi, MTO Yayın No: 809, Ankara 2001, s. 16; (Erişim) <http://www.iccwbo.org/court/adr/id4306/index.html#introduction> (8 Kasım 2008). Aynı görüşte Ginkel, **a.g.m.**, Dpn 1, s. 1. Ayrıca Bkz. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, 3rd Ed., New York, Oceana Publications Inc./Dobbs Ferry, 2000, s. 697 vd.; Paul-A. Gélinas, “Dispute Settlements According to ICC ADR (Amicable Dispute Resolution) Rules”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara 5 Kasım 2001, s. 24; Yeşiladali, **a.g.m.**, s. 24 vd.

³¹³ Bkz. Sternlight, **a.g.m.**, s. 569 vd. Ayrıca Bkz. McClendon, **a.g.m.**, s. 979 vd.

³¹⁴ İhtilafların Halli İçin Verilen Hizmetler, s. 4. Bkz. Gélinas, **a.g.m.**, 26. Ayrıca Bkz. Reif, **a.g.m.**, s. 612 vd.; Yves Derains, Eric Schwartz, **A Guide to the ICC Rules of Arbitration**, 2nd Ed., The Hague, Kluwer Law International, 2005, s. 477.

anlayıştır. Zira burada uyuşmazlıkların tarafların aralarındaki iyi ilişkileri muhafaza ederek çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır. Bu nedenle de daha çok uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında çözümünü anımsatan “alternatif çözüm yolları” ifade yerine, vurguyu Kuralların temeline hakim olan amaca yönlendiren “ihtilâfın dostane yollardan halli” ifadesi tercih edilmiştir. Bu bağlamda yukarıda da değinildiği üzere, İDH Kuralları bağlamında öngörülen alternatif çözüm yolları tahkimden ayrılmakta; “*sadece hükümle sonuçlanmayan bir usûlü veya Tarafsız Kişi’nin hukuken infazı kabil olmayan bir kararını*” ifade etmektedir³¹⁵. Buna göre MTO İDH kuralları hukuken icra kaabiliyetini haiz bir karar ya da hükümle sonuçlanmadığından devlet yargısı ve tahkimden ayrılmaktadır. Ancak bu halde, tarafların aralarında yapacakları yazılı bir anlaşma ile tarafsız üçüncü kişinin vereceği karara uyma zorunluluğu öngörmeleri mümkündür. Böylece yapılan anlaşma kendisine uygulanacak hukuk çerçevesinde tarafları bağlayacak ve taraflar açısından tarafsız üçüncü kişinin kararını uygulama yönünde sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük ortaya çıkacaktır. Ayrıca yine aynı kuruluş bünyesinde bakıldığında, İDH Kuralları ile MTO Tahkim Kuralları belli ölçüde birbirlerini tamamlayan yöntemlerdir. MTO Tahkiminde taraflar bu yöntemi bırakarak İDH Kuralları bağlamında öngörülen yöntemlere başvurabilecek; İDH Kuralları uyarınca sonuç alamayan taraflar da tahkime başvurabileceklerdir. Buna rağmen belli ölçüde birbirini tamamlayan bu iki mekanizma farklı özellikleri haiz olduğundan MTO bünyesinde de iki farklı sekreteryaya tarafından yönetilmektedir³¹⁶. Yukarıda³¹⁷ tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilip edilemeyeceği hususuna değinildiğinden, burada tekrar değinilmeyecektir; ancak kanaatimizce farklı özellikleri haiz olan ve farklı bir mantık zeminlerinde temellenmiş bulunan bu iki mekanizmanın MTO tarafından düzenleniş şekli itibariyle de birbirlerinden farklı işlevleri haiz olmaları arzu edilmiştir. Bu nedenle de MTO Tahkim Kuralları’ndan ayrı olarak MTO İDH Kuralları ihdas edilmiştir. Bu husus MTO Tahkim Kuralları ile

³¹⁵ İhtilafların Halli İçin Verilen Hizmetler, s. 16-17. Dyala, Jimenénez-Figueres, “Amicable Means to Resolve Disputes: How the ICC ADR Rules Work” **ADRLJ**, Vol. 21, No. 1, 2004, s. 91 vd. Ayrıca Bkz. Book Review, “**ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures**, Edited by Jean-Claude Goldsmith, Arnold Ingen-Housz, Gerald H. Pointon. Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006.” **Disp. Res. J.**, FebrüAry-April 2008, s. 83 vd.

³¹⁶ Bkz. Bradbeer, Schackleton, **a.g.m.**, s. 17; Derains, Shwartz, **a.g.e.**, s. 477; Gélinas, **a.g.m.**, s. 25.

³¹⁷ Bkz. yukarıda s. 8 vd.

oluşturulan mekanizmadan farklı bir mekanizmaya, yani MTO İDH Kurallarına olan ihtiyacın apaçık bir göstergesidir.

Yukarıda da değinildiği üzere 1 Temmuz 2001 tarihinde yürürlüğe giren MTO İhtilafların Dostane Halli Kuralları (İDH), 1 Ocak 1988 tarihli MTO İhtiyarî Uzlaştırma Kuralları'nın yerine kaim olmuştur. Bu halde tarafların, MTO bünyesindeki uzlaştırma faaliyetlerinden faydalanmak istemeleri halinde yeni kurallara uygun olarak talepte bulunmaları; halihazırda eski kurallara göre yapılmış olan bir başvuru varsa, bu taleplerini de yeni Kurallara uygun olarak yenilemeleri gerekecektir³¹⁸.

A. Kuralların Genel Özellikleri

MTO İDH Kuralları çerçevesinde taraf iradeleri, aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, sürecin başlangıcından sonlandırılmasına kadar her aşamada son derece önem arz etmektedir. Bu bağlamda İDH Kuralları tarafların aralarındaki uyuşmazlığı hem uyuşmazlığın niteliği ve gereksinimlerini hem de tarafların uyuşmazlığın çözümü hususundaki tercihlerini ön plana çıkaran bir esnekliği haizdir. Bu husus diğer bir açıdan uyuşmazlık çözümünün hızlı ve nispeten ucuz olmasını sağlamaktadır. *Rızailik* unsurunun mantıklı bir yansıması da tarafsız üçüncü kişinin sunmuş olduğu öneriler çerçevesinde şekillenen çözümün bağlayıcı olmamasıdır³¹⁹.

³¹⁸ İhtilafların Halli İçin Verilen Hizmetler, s. 16 vd.

³¹⁹ Bkz. Robert Knutson, "ICC, ADR and DRBs: A DIY Solution to ICDs", *Int'l. Bus. Law.*, Vol. 30, March 2002, s. 122. Ayrıca Bkz. Derains, Shwartz, *a.g.e.*, s. 477, Erik Schäfer, Herman Verbist, Christophe Imhoos, *ICC Arbitration in Practice*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, s. 176; Kerbeshian, *a.g.m.*, s. 422 vd.; Sekolec, Getty, *a.g.m.*, s. 180.

Kurallar, yukarıda da belirtildiği üzere, uyuşmazlıkların nispeten *hızlı* ve *ekonomik* bir şekilde çözülmesine olanak sağlar. Böylece taraflar uyuşmazlıklarını zaman ve maddî olanakların akılcı kullanımıyla, iş hayatının gereksinimlerine uygun bir şekilde çözüme kavuşturabileceklerdir³²⁰.

Kuralların diğer bir özelliği bir çözüm şeklini *dikte etmeyen* ancak tecrübeleriyle taraflara en uygun çözümü bulabilmeleri hususunda yardımcı olabilecek tarafsız üçüncü bir kişi vasıtasıyla uyuşmazlığı çözme olanağını haiz olmalarıdır. İDH bağlamında başvuru uyuşmazlık çözüm yöntemi, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdiren ve anlaşmaya uygulanacak hukuka göre tarafları bağlayan bir çözüm anlaşması ile de sonuçlanabilecektir. Bu durum taraf iradelerinin ikinci plana itildiği anlamına da gelmemektedir. Zira taraflar tarafsız üçüncü kişinin görüşünü, tarafları bağlamayan bir değerlendirme olarak niteleyen uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birine de başvurabileceklerdir³²¹.

Kuralların taraf menfaatlerine hitap edebilecek olan diğer bir özelliği de Kurallar bağlamında öngörülen usûlün *gizlilik* esasına dayanmasıdır. Bu durum özellikle ticarî ilişkiler açısından önem arz etmektedir. Böylece taraflar özellikle aralarındaki iş ilişkisini ticarî sırlarını güvence altına alarak çözüme kavuşturabilme olanağına haiz olacaklardır³²².

Son olarak kuralların yalnızca iki taraflı uyuşmazlıklara değil *çok taraflı* uyuşmazlıklara da uygulanma olanağının olduğunu belirtmek gerekecektir. Bu

³²⁰ Knutson, **a.g.m.**, s. 122. Bkz. Derains, Shwartz, **a.g.e.**, s. 477.

³²¹ İhtilafların Halli İçin Verilen Hizmetler, s. 17. Ayrıca Bkz. Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 345 vd.; Gélinas, **a.g.m.**, s. 31; Schneider, **a.g.m.**, s. 67 vd.; Sekolec, Getty, **a.g.m.**, s. 180.

³²² Knutson, **a.g.m.**, s. 122. Ayrıca Bkz. Berger, Evidentiary Privileges, s. 514 vd.

haliyle Kurallar özellikle küçük uyuşmazlıklar bakımından devlet yargısına ve tahkime oranla oldukça pratik ve ekonomik bir alternatif olarak belirmektedir³²³.

B. Kuralların Uygulanma Alanı

MTO İDH Kuralları ticarî ilişkilerinden³²⁴ kaynaklanan her türlü uyuşmalığa (*business disputes*) uygulanabilecektir. Bu halde uyuşmazlığın milletlerarası karakterde olup olmaması uygulanma alanı bakımından herhangi bir farka neden olmamaktadır. Buradan da anlaşılabileceği gibi uyuşmazlığın milletlerarası niteliği haiz olup olmaması hususu Kuralların uygulanma alanını sınırlama bakımından tercih edilen bir kriter değildir. Kuralların uygulanabilirliğinin sınırını taraflar arasındaki ilişkinin niteliği belirlemektedir. Buna göre, Kurallar yalnızca ticarî ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanabilecektir. Böylece alternatif uyuşmazlık çözümünün uygulandığı aile ve iş hukukuna ilişkin sorunlar, etnik sorunlar, akademik hayattan kaynaklanan sorunlar gibi uyuşmazlık kaynakları kapsam dışı bırakılmış olmaktadır³²⁵.

Yukarıda da değinildiği gibi uluslararası ticarî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde esneklik son derece önemlidir. Bunu sağlayabilmek ve tarafları süreçte etkin konuma getirebilmek için, taraflara kurallarda değişiklik

³²³ Krş. Eduardo Silva-Romero, “ICC Alternative Dispute Resolution and Transition Countries”, **EBLR**, 2006, s. 409 vd. Ayrıca Bkz. Gélinas, **a.g.m.**, s. 33.

³²⁴ Kuralların uygulanma alanını düzenleyen m. 1 hükmünün Türkçe metninde Kuralların kapsamı içinde olan ilişkileri ifade etmek üzere “iş münasebetlerinden doğan her türlü ihtilaf”, İngilizce metninde ise “business disputes” ifadelerine yer verilmiştir. Kuralların düzenlenişindeki amaç gözetilerek iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkları çağrıştırmaması için tezimizde “ticarî ilişkiler” ifadesi tercih edilmiştir. Bkz. İhtilafların Halli İçin Verilen Hizmetler, s. 7, 19; http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/adr_rules.pdf (10 Kasım 2008). Ayrıca Bkz. Knutson, **a.g.m.**, s. 122; Sekolec, Getty, **a.g.m.**, s. 180.

³²⁵ Bkz. m 1 hükmü. Ayrıca Bkz. Knutson, **a.g.m.**, s. 121 vd. Krş. Dore, **a.g.m.**, s. 342.

yapabilme imkânı tanınmıştır. Tarafların bu imkândan faydalanabilmeleri ise değişiklik üzerinde uzlaşmaları ve MTO'dan izin almalarına bağlıdır³²⁶.

C. MTO İDH Kuralları Bağlamında Öngörülen Usûl

MTO İDH Kuralları bağlamında öngörülen uyuşmazlıkların çözümü usûlü, tarafların başvuru talebinden sürecin sona ermesine kadar gerçekleşen tüm aşamaları içerir. Burada usûlden kasıt, tarafsız üçüncü kişinin yardımından faydalanılan teorik olarak kurgulanmış olan Kuralların somut olaya uygulandığı pratik aşamadır. Bu aşama tarafların tarafsız üçüncü kişi ile aralarında yapılacak müzakereler ile başlamaktadır. Müzakerelerde amaçlanan, uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak olan yöntemin tespit edilmesidir. Bu yönde bir tespit yapılamaz ise uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak olan yöntem arabuluculuktur³²⁷. Söz konusu usûlün başlangıcı tarafların Kurallara uygun olarak iradelerinin birleşmesi ile olacaktır. Tarafların İDH Kurallarına başvurma yönündeki iradeleri, esas sözleşmenin içerisine konulan bir şartla veya esas sözleşmeden ayrı olarak yapmış oldukları bir anlaşma ile veya taraflardan birinin talebinin diğer tarafça kabul edilmesi ile ortaya konulabilecektir. Buradan da anlaşılabileceği üzere sürecin başlangıcı her halde tarafların bu yöndeki iradeleri gereğince yapmış oldukları İDH'ye başvuru talebine dayanmaktadır³²⁸.

³²⁶ Bkz. Yukarıda UNCITRAL Ticarî Uzlaştırmaya İlişkin Model Kanun m. 3 hükmü , s. 76 vd.

³²⁷ Yukarıda da değinildiği üzere arabuluculuk ve uzlaştırmanın aynı usûlü ifade edip etmediği hususu tartışmalıdır. Bu bağlamda uzlaştırmanın Kurallar çerçevesinde arabuluculuğa nispeten daha resmi bir usûlü ifade ettiği; arabuluculuğun ise daha kolay bir usûl olduğu ifade edilmektedir. Ancak bu kavramlar üzerinde uluslar arası alanda üzerinde birleşilen bir tanımlı yapılmadığından, MTO İhtilafların Halli İçin Verilen Hizmetlere İlişkin Rehberde arabuluculuk ve uzlaştırma terimleri zımnen aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. Bkz. Yeşiladalı, **a.g.m.**, s. 29. Ayrıca Bkz. Holtzman, **a.g.m.**, s. 426; Redfern vd., **a.g.e.**, s. 44; Street, The Language, s. 40.

³²⁸ Schäfer, Verbist, Imhoos, **a.g.m.**, s. 176. Jiménez-Figueres, **a.g.m.**, s. 95 vd.

Sürecin yönetiminde oldukça önemli bir fonksiyonu ifa eden tarafsız üçüncü kişi ise ya tarafların uzlaşmasıyla ya da MTO tarafından tayin edilerek seçilir. Tarafsız üçüncü kişinin MTO tarafından atandığı hallerde de uyuşmazlık çözüm sürecinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için yine taraf iradelerini ön plana çıkaran bir düzenleme öngörülmektedir. Buna göre taraflar uyuşmazlığı yönetecek üçüncü kişinin özellikleri hususunda anlaşabilecekler, MTO da tarafların iradelerine uygun bir kişiyi atayabilmek için mümkün olan çabayı sarf edecektir³²⁹ .

Usûlî sürecin sona ermesi hususunda pek çok yol öngörülmüştür (m. 6) . Yine burada da taraf iradelerine önem verilmiştir (m. 5/1)³³⁰ .

Süreç gereğince ortaya çıkacak masraflar ise üç türlü olarak belirmektedir. Bunlardan ilki MTO tarafından tavanı belirlenmiş olan idarî masraflardır. Diğer masraflar ise MTO tarafından hem tarafsız üçüncü kişiye hem de taraflara danışılmak suretiyle saat bazında belirlenmiş olan tarafsız üçüncü kişinin ücreti ve MTO tarafından belirlenen tarafsız üçüncü kişinin yapacağı makul masraflardır (m. 4).

1. İDH Usûlünün Başlangıcı

MTO İDH Kuralları uyarınca usûlün başlangıcı, taraflar arasında İDH Kurallarına atıfta bulunan bir anlaşmanın mevcut olup olmamasına göre değişik şekillerde gerçekleşmektedir.

³²⁹ İhtilafların Halli İçin Verilen Hizmetler, s. 18. Bkz. Craig, Park, Paulsson, **a.g.e.**, s. 697.

³³⁰ Bkz. Aşağıda s. 125 vd.

a. Anlaşmanın Varlığı İhtimali

Taraflar arasında MTO İDH Kuralları'na atıfta bulunan bir anlaşmanın varlığı halinde, sürecin başlayabilmesi için taraflardan birinin m. 2/A-1 hükmünde belirtilen hususları³³¹ içeren bir talebi MTO'ya göndermesi gerekmektedir³³². Başvuru müştereken yapılmamış ise talepte bulunan taraf, MTO'ya yapmış olduğu talebi aynı anda diğer taraflara da göndermelidir. Talep ya tarafsız üçüncü kişiye ilişkin teklifleri içerebileceği gibi tarafsız üçüncü kişinin ismine ilişkin bir değerlendirmeyi içermeyip, sadece vasıfları hakkındaki teklifleri de içerebilir (2/A-2). Talebin ulaşmasını takiben, MTO da talebin kendisine ulaştığını derhal taraflara yazılı olarak bildirmelidir (m. 2/A-3).

Talep, uyuşmazlığın özü hususunda tarafsız üçüncü kişiye fikir verebilecek nitelikte ancak gereksiz ayrıntılardan uzak olmalıdır. Talep taraflardan sadece biri tarafından yapılmışsa, diğer tarafın talepte bulunan tarafın uyuşmazlığa ilişkin saptamalarına vâkıf olabilmesine imkân tanınmalıdır. Ayrıca tarafsız üçüncü kişinin MTO tarafından atanması gereken hallerde talep, MTO'nun tarafların tarafsız üçüncü kişinin niteliklerine ilişkin beklentilerini anlayabilmesine olanak tanıyabilecek vasıfta olması gerekmektedir³³³.

³³¹ Sürecin başlatılabilmesi için talepte yer verilmesi gereken hususlar şunlardır:

- İhtilâfın taraflarının ve eğer varsa, yetkili temsilcilerinin isimleri, adresleri, telefon ve faks numaraları ve e-posta adresleri;
- Uyuşmazlığın neden ibaret olduğunun, mümkünse değeri ile birlikte, açıklanması;
- Tarafsız üçüncü kişinin taraflarca müştereken atanması, böyle bir atamanın bulunmaması halinde, MTO tarafından atanacak tarafsız üçüncü kişinin niteliklerine ilişkin herhangi bir anlaşma;
- MTO İDH Kuralları'na başvurunun istinat ettiği yazılı anlaşmanın kopyası; ve
- MTO İDH usûlünün EK'te belirlenmiş tescil ücreti.

Bkz. http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/adr_rules.pdf (10 Kasım 2008). Ayrıca Bkz. Dannin, **a.g.m.**, s. 1 vd.

³³² Bkz. Craig, Park, Paulsson, **a.g.e.**, s. 709 vd.; Derains, Schwartz, **a.g.e.**, s. 479.

³³³ İhtilafların Halli İçin Verilen Hizmetler, s. 21. Ayrıca Bkz. Jiménez-Figueres, **a.g.m.**, s. 95 vd.; Gélinas, **a.g.m.**, s. 30; Knutson, **a.g.m.**, s. 122.

Tekliflerin iletilmesinin ardından taraflar, ortak bir kararla tarafsız üçüncü kişiyi atayabilecekleri gibi tarafsız üçüncü kişinin vasıfları üzerinde de anlaşabilirler. Taraflar bu gelişmeleri MTO'ya bildirmelidirler (m. 2/A-2).

Bu ihtimalde dikkat edilmesi gereken önemli bir husus ise, tarafların tarafsız üçüncü kişi ile yapılacak ilk görüşmeden önce MTO İDH sürecinden vazgeçemeyecekleridir. Böylece taraflar daha makul düşünme fırsatı bularak, süreci devam ettirme eğiliminde olacaklardır (m. 6/1-b).

b. Anlaşmanın Bulunmaması İhtimali

Taraflar arasında yukarıda değinilen anlamda bir anlaşma bulunmuyorsa, İDH sürecini başlatmak isteyen taraf ya da taraflar MTO'ya, m. 2/1-B hükmünün ilk fıkrasında yer alan hususları³³⁴ içeren bir talepte bulunmalıdırlar. Talep tarafsız üçüncü kişi olarak tayin edilecek kişi ya da kişilerin şahsına ilişkin teklifleri içerebileceği gibi, salt tarafsız üçüncü kişinin sahip olması arzulanan vasıfları da içerebilir (m. 2/B-1).

MTO yukarıda olduğu gibi burada da talep hakkında diğer tarafı ya da tarafları yazılı olarak bilgilendirir. Talebi alan taraf ya da taraflar, sürece iştirak etmek isteyip istemediklerini talebin kendilerine ulaşmasını takiben 15 gün içerisinde MTO'ya yazılı olarak bildirmelidirler. Bu halde sürece iştirak etmek

³³⁴ Sürecin başlangıcı için talepte bulunması gereken hususlar şunlardır:

- Uyuşmazlığın taraflarının ve varsa yetkili temsilcilerinin isimleri, adresleri, telefon, faks numaraları ve e-posta adresleri;
- Uyuşmazlığın neden ibaret olduğunun, mümkünse değeri ile birlikte, açıklanması;
- MTO İDH usûlünün EK'te belirlenmiş tescil ücreti.

Bkz. http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/adr_rules.pdf (29 Ekim 2008).

isteyen taraf, talepte bulunan taraf gibi ya tarafsız üçüncü kişinin bizzat şahsına ya da, şahsına ilişkin bir belirleme yapmaksızın, salt niteliklerine ilişkin bir teklifte bulunmalıdır. Bunun üzere yukarıda değinildiği gibi taraflar ya doğrudan doğruya üçüncü kişiyi müştereken seçecekler ya da MTO tarafından atanacak üçüncü kişinin vasıflarına ilişkin belirlemelerde bulunacaklardır. Taraflar her iki hali de derhal MTO'ya bildirmelidirler (m. 2/B-2).

Talep kendisine ulaşan taraf ya da taraflar, 15 gün içerisinde cevap vermezlerse MTO İDT'ye müracaat talebi reddedilmiş sayılacak, süreç işletilemeyecektir. Bu halde MTO talepte bulunan taraf ya da tarafları durumdan yazılı olarak haberdar edecektir. Karşı taraf talebi kabul ederse, taraflar tarafsız üçüncü kişi ile yapılacak ilk görüşmeden önce MTO İDH sürecinden vazgeçemezler .

Yukarıda açıklananlar özetlenecek olursa, MTO İDH Kurallarında öngörülen uyuşmazlık çözüm sürecinin başlatılabilmesinin ön koşulu taraf iradelerinin bu yönde birleşmesidir. Taraflar arasında bu yönde bir belirlemeye olanak verebilecek ayrı bir anlaşma ya da esas sözleşme içerisinde yer alan bir şart yoksa, tarafların uyuşmazlığın vukuundan sonra uyuşmazlığın MTO İDH Kuralları uyarınca çözüleceğine ilişkin anlaşmaları ya da taraflardan birinin talebine diğer tarafın olumlu cevap vermesi hallerinde de süreç işletilebilecektir³³⁵.

³³⁵ Bkz. Derains, Schwartz, **a.g.e.**, s. 479; Knutson, **a.g.m.**, s. 122; Schäfer, Verbist, Imhoos, **a.g.m.**, s. 179.

2. Tarafsız Üçüncü Kişinin Seçimi

Taraflar tarafsız üçüncü kişiyi müştereken atayabilmişlerse, MTO bu durumu kayda alacaktır. Tarafsız üçüncü kişi olarak tayin edilen kişinin, sürece dahil olabilmesi ise, MTO'ya kendine verilmiş olan görevi kabul ettiğine ilişkin bir bildirim yapmasıyla mümkün olacaktır. Taraflarca tayin edilen kişi kendine verilmiş olan görevi ifa etmek istemez ya da taraflarca müştereken atanmamış olursa MTO, MTO Millî Komitesi aracılığıyla veya başka bir şekilde bir tarafsız üçüncü kişi atayarak tarafları da bundan haberdar eder. Bu halde MTO tarafından yapılacak belirlemede, tarafların tarafsız üçüncü kişinin nitelikleri hakkındaki anlaşmalarına uygun bir kişinin atanması hususuna dikkat edilmelidir (m. 3/1)³³⁶.

Tarafsız üçüncü kişi atanmasını takiben, usulen imzalanmış ve tarihlenmiş bir özgeçmiş ile bağımsızlık beyanını MTO'ya sunmalıdır. Tarafsız üçüncü kişi bağımsızlık beyanında bağımsızlığını zedeleyebilecek hususları MTO'ya bildirir. MTO bu bilgiyi taraflara ulaştırır (m. 3/2).

Taraflardan herhangi biri atamanın kendine ihbar edildiği tarihi takip eden on beş gün içinde MTO tarafından atanan tarafsız üçüncü kişiye itiraz hakkı bulunmaktadır. İtirazda bulunan taraf itirazını ve gerekçesini hem MTO'ya hem de diğer tarafa yazılı olarak bildirmelidir. Bu halde MTO yeni bir tarafsız üçüncü kişi atamalıdır (m. 3/3).

³³⁶ Tarafsız üçüncü kişi olarak süreci yönetecek kişinin almış olduğu eğitim, deneyimleri, uzmanlık alanları ve talep edeceği ücret gibi hususlar tarafların iradelerine uygunluk arz etmelidir. Bkz. Pribetic, **a.g.m.**, s. 578 vd. Krş. Silva-Romero, **a.g.m.**, s. 409.

Tarafların müştereken anlaşarak, birden fazla tarafsız üçüncü kişi atamaları ya da birden fazla tarafsız üçüncü kişi atamasını MTO'dan talep etmeleri mümkündür. MTO da somut olayın koşullarına göre birdne fazla tarafsız üçüncü kişi atanmasını taraflara önerebilecektir (m. 3/4).

Tarafsız üçüncü kişi uyuşmazlık çözüm sürecinin anahtar noktalarından birini teşkil etmektedir. Zira; uyuşmazlık çözüm sürecinin başarı ile sonuçlanabilmesi onun sürecin yönetimindeki başarısına bağlıdır. Yukarıda da görüldüğü üzere, Kurallar böyle önemli bir konuda taraf iradelerini yadsımamış, mümkün olduğunca ön plana çıkarmıştır. Bu husus tarafların uyuşmazlığı dostane yollarla çözme hususundaki istekliliğini de doğrudan etkileyebilecek niteliktedir³³⁷.

3. Ücret ve Masraflar

Kurallar uyarınca MTO İDH hizmetlerinden faydalanmak isteyen taraflar, EK' te öngörülen iadesi mümkün olmayan tescil ücretini eklerler. Bu hususa riayet edilmemesi halinde, talep işleme konmaz (m. 4/1). Tarafların tescil ücretinin yanı sıra depozito ödemeleri de öngörülmektedir. Depozito miktarı EK'te öngörülen MTO'nun idarî masrafları ile tarafsız üçüncü kişinin ücretini ve onun tarafından sürecin yönetimine ilişkin olarak yapılacak masrafları karşılayacak miktarda olacaktır. Yine masraflara benzer şekilde depozito ödenmeksizin sürecin işleyebilmesi mümkün değildir (m. 4/2). MTO'nun depozitoyu yeniden uyarlayabilmesi de mümkündür. MTO, depozitonun sürecin gerektirdiği tüm masrafları karşılamayacağı kanaatine varırsa yeniden değerlendirme yapabilecek ve talep edilen miktar ödenmedikçe süreci bekletebilecektir (m. 4/3).

³³⁷ Bkz. Jiménez-Figueres, **a.g.m.**, s. 96; Knutson, **a.g.m.**, s. 122. Ayrıca Bkz. Craig, Park, Paulsson, **a.g.e.**, s. 709vd.

MTO İDH sürecinin tamamlanması üzerine yapılmış olan masrafları son olarak değerlendirecek taraflarca fazla ödeme yapılmış ise iade, taraflarca ödenmesi gereken bakiye varsa onu da fatura etmelidir (m. 4/4).

Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa masraf ve depozitolara taraflar eşit olarak katlanırlar. Taraflardan her biri diğer tarafın payına düşüp de onun tarafından ödenmeyen masraf ve depozitoları ödeyebilir (m. 4/5). Taraflarca yapılacak diğer harcamalara yapan taraf katlanacaktır (m. 4/6)³³⁸.

4. Usûlün İşleyişi

Sürece ilişkin en önemli husus kuşkusuz uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak olan uyuşmazlık çözüm yönteminin belirlenmesidir³³⁹. İhtilâfın esasına uygulanacak olan çözüm yöntemi tarafsız kişi ve taraflarca birlikte kararlaştırılır (m. 5/1). Tarafların bir yöntem üzerinde birleşememeleri halinde uygulanacak olan yöntem arabuluculuk (mediation) olarak tespit edilmiştir (m. 5/2)³⁴⁰.

Tarafsız üçüncü kişi süreci tarafların güvenini zedelemeyecek şekilde yürütmelidir. Bu halde tarafsız üçüncü kişinin konumu her iki tarafa da eşit mesafede olmalı, sürecin bağımsız ve tarafsızca yürütüldüğü düşüncesini zedelememelidir. Bunun yanı sıra tarafsız üçüncü kişi dürüstlük ve tarafsızlık

³³⁸ Burada öngörülen masraflar nedeniyle, uygulamada uyuşmazlığın dostça çözümü iradesinde iseler tarafların, bunu kendi imkânlarıyla gerçekleştirecekleri, bağlayıcı olmayan bir sonuç için alternatif uyuşmazlık çözüm hizmeti veren bir kuruma başvurma gereği duymayacakları ileri sürülmektedir. Bkz. Silva-Romero, **a.g.m.**, s. 409. Krş. Craig, Park, Paulsson, **a.g.e.**, s. 700. Ayrıca Bkz. Franklin, **a.g.m.**, s. 96 vd.; Li, **a.g.m.**, s. 435 vd.; O'Reilly Mawdesley, **a.g.m.**, s. 260 vd.

³³⁹ Bkz. Pribetic, **a.g.m.**, s. 576 vd.

³⁴⁰ Bkz. Craig, Park, Paulsson, **a.g.e.**, s. 697 vd.

ilkelerine ve tarafların isteklerine de riayet etmelidir (m. 5/3). Taraflar da tarafsız üçüncü kişiyle iyi niyet kurallarına uygun olarak işbirliği yapmalıdırlar (m. 5/5)³⁴¹.

Taraflarca kararlaştırılmamışsa, tarafsız üçüncü kişi uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak dil veya dillerle toplantı yerini tayin edebilecektir (m. 5/4).

Yukarıda değinilen madde bağlamında taraflarca başvurulabilecek İDH yöntemleri; arabuluculuk, tarafsız değerlendirme, kısa yargılama, diğer bir uyuşmazlık çözme yöntemi ve uyuşmazlık çözme yöntemlerinin bileşimidir³⁴².

MTO İDH Kuralları bağlamında arabuluculuk (*mediation*), “ Tarafsız Kişi’nin taraflar arasındaki uyuşmazlığın müzakereler yoluyla hallinde onlara yardım eden bir arabulucu gibi hareket ettiği uyuşmazlığın halli tekniği”dir. Burada arabulucunun rolü sadece tarafların ortak bir noktada birleşmesine yardımcı olmaktır. Arabulucunun uyuşmazlığın esası hakkında görüş bildirmesi öngörülmemektedir. Bu bağlamda arabulucu taraflarla ortak katılımının gerektiği görüşmeler yapabileceği gibi taraflarla ayrı ayrı (*caucuses*) da görüşebilecektir. Taraflarla gerek birlikte gerekse ayrı ayrı yapılacak bu görüşmeler sonucunda elde edilen bilgilerin diğer tarafla paylaşılabilmesi ise ancak beyanda bulunan tarafın tarafsız üçüncü kişiyi açıkca yetkili kılması ile mümkün olabilecektir³⁴³.

Tarafsız değerlendirme de Kurallar bağlamında öngörülen diğer bir yöntemdir. Taraflar; maddî, teknik, hukukî sorunlarla, esasa uygulanacak

³⁴¹ Bkz. Jiménez-Figueres, **a.g.m.**, s. 98 vd. Ayrıca Bkz. Reif, **a.g.m.**, s. 613.

³⁴² Bkz. McClendon, **a.g.m.**, s. 979 vd.

³⁴³ İhtilafların Halli İçin Verilen Hizmetler, s. 26. Ayrıca Bkz. Craig, Park, Paulsson, **a.g.e.**, s. 698; Jiménez-Figueres, **a.g.m.**, s. 98 vd.; Pribetic, **a.g.m.**, s. 576 vd.; Reif, **a.g.m.**, s. 611 vd.

hukukun maddi soruna uygulanmasından kaynaklanacak sorunlar, sözleşmenin yorumlanması ile ilgili sorunlar, sözleşmenin değiştirilmesiyle ilgili sorunlar çerçevesinde tarafsız üçüncü kişiden bağlayıcı olmayan görüş bildirmesini veya değerlendirmede bulunmasını isteyebilirler³⁴⁴.

Öngörülen üçüncü bir yöntem de kısa yargılamadır. Bu yöntemde tarafsız üçüncü kişi ile uyuşmazlığın taraflarının idarecilerinden oluşan bir kurul oluşturulmaktadır. Burada idarecilerin seçimi hususu önem arz etmektedir. İdareciler temsil ettiği tarafı bağlama yetkisini haizdirler; bununla birlikte sürecin sağlıklı bir şekilde devamı için uyuşmazlıkla doğrudan ilgili olanların kurulda yer almaması daha uygun olacaktır. Bu yöntemde taraflar tek tek kurula durumlarını açıklayacaktır. Kurul da yapılan açıklamalar sonucunda taraflardan her ikisi için bir sonuca varılması mümkünse bu yönde bir çözüm üretir. Tarafların menfaatleri ortak bir noktada bağdaştırılamıyorsa, heyet her iki tarafın durumuyla ilgili görüşünü açıklar³⁴⁵.

Taraflar yukarıda değinilen üç yöntem dışında tarafsız üçüncü kişiye danışarak m. 5/1 hükmü bağlamında aralarındaki uyuşmazlığın çözümüne ilişkin herhangi bir yöntem üzerinde de uzlaşabileceklerdir.

Taraflar, birden fazla uyuşmazlık çözüm yönteminin birleştirilmesi suretiyle de uyuşmazlığa uygulanacak yöntemi belirleme hakkını haizdirler. Böylece uyuşmazlığın niteliklerine uygun bir yöntemin bulunabilmesi ihtimali daha da artacaktır. Tarafların ilk görüşme sırasında uyuşmazlığa uygulanacak yöntemi belirlemeleri uygun olacaktır. Taraflarca seçilen bu yöntemle sürecin takvimi, belgelerin değişimi, toplantı tutanağının tutulması,

³⁴⁴ İhtilafların Halli İçin Verilen Hizmetler, s. 26. Ayrıca Bkz. McClendon, **a.g.m.**, s. 979 vd.; Ayrıca Bkz. Book Review, Goldsmith, Ingen-Housz, Pointon, **a.g.m.**, s. 83 vd.

³⁴⁵ Bkz. Ildır, Alternatif, s. 108; İhtilafların Halli için Verilen Hizmetler, s. 26; Redfern vd., **a.g.e.**, s. 47.

sürece katılanların kimliklerinin tespiti, taraflarla tarafsız kişi arasında yapılan toplantılar, sürecin sekteye uğramaksızın işleyişini sağlayan araçlar gibi unsurlar da bu yönetime eklenebilecektir³⁴⁶.

Taraflar yukarıda değinilen seçeneklerden birini tercih ederek, uyuşmazlığa uygulanacak yöntemi belirleyebileceklerdir. Ancak, belirlenen yöntem her ne olursa olsun tarafsız üçüncü kişinin konumuna ilişkin bazı özellikler değişmemektedir. Bu bağlamda, tarafsız üçüncü kişi hiçbir şekilde tarafları bağlayıcı karar alamayacaktır. Ancak, müessesenin mahiyetinden de anlaşılabilceği üzere taraflar istedikleri taktirde tarafsız üçüncü kişinin görüşünün bağlayıcı olacağını kararlaştırabilirler³⁴⁷.

Son olarak, MTO İDH Kuralları taraflara kendilerine en uygun yöntemi seçebilmeleri pek çok alternatif sunsa da burada İDH Kurallarının ihtilâfı çözülemeyeceği anlaşıldığında tahkime ya da devlet yargısına başvurulup başvurulamayacağı hususunda bir açıklamaya yer verilmemiştir. Yukarıda değinildiği üzere UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları m. 16 hükmü bu hususu düzenlemektedir. Buna göre taraflar haklarını korumak için zorunlu olduğunu düşünmedikçe taraflar, uzlaştırma süreci esnasında uzlaştırma sürecine konu olan uyuşmazlık hakkında tahkime veya mahkemeye başvurmama yükümünü üstlenirler. Burada amaçlanan uyuşmazlık çözüm sürecinin sekteye uğramasını engellemektir. Zira; tahkim veya mahkemeye başvuru yolunun uyuşmazlık çözüm sürecinin her aşamasında açık olması tarafların dostane yollarla uyuşmazlığı çözüm hususunda istekliliğini azaltabilecektir. Ancak, bu yönde bir belirlemeye MTO İDH Kuralları bağlamında yer verilmemiştir³⁴⁸.

³⁴⁶ İhtilafların Halli İçin Verilen Hizmetler, s. 27. Bkz. Jiménez-Figueres, **a.g.m.**, s. 101; Vera, **a.g.m.**, s. 156.

³⁴⁷ Bkz. Knutson, **a.g.m.**, s. 119 vd.; Sekolec, Getty, **a.g.m.**, s. 180. Krş. Silva-Romero, **a.g.m.**, s. 409.

³⁴⁸ Bkz. Yukarıda UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları m. 16 bağlamında yapılan açıklamalar. s. 64 vd. Ayrıca Bkz. Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 365 vd.; Schneider, **a.g.m.**, s. 67 vd.

5. Sürecin Sona Ermesi

MTO bağlamında öngörülen İDH usûlünün hangi hallerde sona ereceği tahdidî olarak düzenlenmiştir (m. 6/1). Buna göre:

- a. Taraflarca bir sulh anlaşmasının imzalanması;
- b. Bir ya da birden fazla tarafın m. 5/1 hükmünde bahsedilen müzakerenin yapılmasından sonra MTO İDH Kuralları uyarınca gerçekleşen sürece devam etmeyeceğini bildirmesi;
- c. Kurallar bağlamında m. 5 hükmünde öngörülen usûlün tamamlanması ve tarafsız üçüncü kişinin bunu taraflara yazılı olarak bildirmesi;
- d. Tarafsız üçüncü kişinin kendi kanâati uyarınca, taraflar arasındaki uyuşmazlığın İDH usûlü ile çözülemeyeceğini taraflara yazılı olarak bildirmesi;
- e. Bütün taraflarca uzatılmadığı takdirde, Kurallarca süreç için öngörülen sürenin sona ermesi (böyle bir durumun varlığı halinde tarafsız üçüncü kişi tarafları uzatmadan haberdar edecektir.);
- f. Kurallar uyarınca taraflardan biri veya bir kaç tarafından yapılması gereken ödemenin ödeme gününden on beş gün geçmesine rağmen yapılmaması halinin MTO tarafından taraflara ve tarafsız üçüncü kişiye bildirilmesi;
- g. MTO'nun yapmış olduğu değerlendirmeye göre tarafsız üçüncü kişinin atanmasında bir eksiklik olduğu ya da tarafsız üçüncü kişinin atanmasının mümkün olmadığının MTO tarafından taraflara yazılı olarak bildirilmesi,

hallerinde MTO İDH süreci sona erecektir.

MTO İDH Kuralları ile amaçlanan uluslararası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde nispeten ucuz ve hızlı bir yöntemi sağlamak ve uyuşmazlıkların tamamen dostane bir şekilde çözümü olduğundan MTO İDH usûlünün bir

anlaşmayla sonuçlanması halinde bu anlaşmanın tahkim kararında olduğu gibi tenfiz edilmesine ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir³⁴⁹.

MTO İDH Kuralları 6. maddesinin (a) bendi çerçevesinde yapılacak sulh anlaşması tarafları bağlayacaktır. İkinci bendde öngörülen ilk görüşmeye katılma zorunluluğu da tarafların aralarındaki uyuşmazlığı MTO İDH Kuralları'na göre çözmeyi kararlaştırmaları ile doğacaktır. Burda amaçlanan tarafların ne ile karşı karşıya olduklarını görerek mantıklı bir değerlendirme yapmalarını ve serinkanlı düşüncelerini sağlamaktır. Zira; taraflar ilk görüşmeden önce süreç hakkında çok fazla bilgi sahibi olamazlar (m. 5/1, 6/1-b)³⁵⁰.

Taraflarca bir sulh anlaşmasının imzalanması ve sürenin sona ermesine rağmen taraflarca uzatılmaması hallerinde tarafsız üçüncü kişi durumu derhal MTO'ya bildirmeli; yine m. 5 hükmü uyarınca öngörülen müzakerelerin yapılmasından sonra, bir ya da birden fazla tarafın MTO İDH usûlünü sürdürmeyeceklerine ilişkin kararlarını tarafsız üçüncü kişiye yazılı olarak bildirmeleri hali ile sürenin sona ermesi hallerinde yapılan ihbarların bir kopyasını MTO'ya göndermelidir. MTO da her halde, sürecin sona ermiş olduğunu taraflara ve tarafsız üçüncü kişiye bildirir.

³⁴⁹ Bkz. Pribetic, **a.g.m.**, s. 567. Krş. Silva-Romero, **a.g.m.**, s. 411 vd. Ayrıca Bkz. Dharmananda, **a.g.m.**, s. 301 vd.; Glossner, **a.g.m.**, s. 151 vd.; Pryles, **a.g.m.**, s. 45 vd.

³⁵⁰ Bkz. Schneider, **a.g.m.**, s. 85 vd. Bkz. Aşağıda UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları'na ilişkin açıklamalar, s. 53.

6. Genel Şartlar

MTO İDH sürecine ilişkin genel bir düzenleme olarak nitelendirilebilecek olan “*genel şartlar*” bağlamında, esas olarak sürecin sıhhat ve güvenilirliğinin sağlanmasına ilişkin düzenlemelere ağırlık verilmiştir. Sürecin taraflar nezdindeki güvenilirliği, tarafların sürece ilişkin tereddüdlerini gidermesi bakımından önem arz etmektedir. Güven unsurunun tesisi halinde taraflar uyuşmazlıkla ilgili birikimlerini aktarma hususunda daha istekli olabilecek, böylece her iki tarafa da hitab edebilecek çözüme ulaşabilmek mümkün olacaktır. Bu bağlamda m. 7 hükmü bağlamında ilk olarak düzenlenen husus gizliliğin kapsamının tayinine ilişkindir. Buna göre taraflarca aksi kararlaştırılmadığı ya da uygulanacak hukuk tarafından yasaklanmadığı takdirde MTO İDH süreci, varılan sonuç da dahil olmak üzere, özel ve gizlidir. Taraflar arasında varılan çözüm anlaşması da gizlilik kapsamındadır; ancak ilgili tarafın uygulanacak hukukun zorunlu kıldığı haller ile sürecin devamı ve tenfiz bakımından gerekli olan hallerde uzlaşmayı açığa vurma hakkı bulunmaktadır (m. 7/1) . Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta, sürecin gizliliği ile çözüm anlaşmasının gizliliğine ilişkin istisnaların farklı düzenlenmiş olmasıdır. Şu halde sürecin gizliliği açısından bakıldığında, tarafların sürecin gizliliğini kısmen ya da tamamen ortadan kaldırabilmesi mümkündür. Bu bağlamda öngörülen ikinci bir istisna da uygulanacak hukukun gerekli görmesi halidir. Öngörülen bu istisnalar dışında MTO İDH sürecine başvuru talebinin yapılmasını takiben, sürece dahil olan her bir unsur gizlilik kapsamında değerlendirilecektir.

Hükümde öngörülen diğer bir husus da çözüm anlaşmasının gizliliğidir. Uyuşmazlığı sona erdirecek olan çözüm anlaşması esasen sürece dahil olduğundan yukarıda değinilen hüküm bağlamında gizli kalacaktır. Ancak taraflardan herhangi birinin, uygulanacak hukukun sürecin devamı için ya da tenfizin mümkün kılınması bakımından zorunlu görmesi halinde çözüm anlaşmasını ifşa hakkı olduğu haller istisna olarak düzenlenmiştir.

Uygulanacak hukuk tarafından emredilmediği ya da aksi taraflarca kararlaştırılmadığı takdirde taraflar m. 7/2 hükmünde belirtilen hususları hiç bir şekilde devlet yargısında, tahkimde ya da benzerî herhangi bir usûlde delil olarak ileri süremezler³⁵¹. Buna göre;

- a. Devlet yargısında, tahkimde beya benzerî bir usûlde sunmak isteyen tarafça müstakilen elde edilebilir olmadıkça, tarafsız üçüncü kişi ya da diğer tarafça sunulmuş olan belge, beyan ya da herhangi bir tür iletişim;
- b. Uyuşmazlığın muhtemel çözümü bağlamında MTO İDH sürecinde, taraflardan herhangi biri tarafından ileri sürülen görüşler ve yapılan teklifler;
- c. MTO İDH sürecinde karşı tarafça yapılan ikrar;
- d. Tarafsız üçüncü kişi tarafından ileri sürülen görüşler ve yapılan teklifler ;
- e. Taraflardan birinin MTO İDH süreci esnasında karşı tarafça yapılmış teklifi kabule hazır olduğunu bildirmesi,

halleri tarafların delil olarak sunabilecekleri hususlardan hariç tutulmuştur.

Aksi taraflarca yazılı olarak kararlaştırılmadıkça, tarafsız üçüncü kişi, MTO İDH sürecine halihazırda konu olan ya da daha önceden konu olmuş olan uyuşmazlıkla ilgili olarak devlet yargısında, tahkimde veya diğer benzer bir süreçte hakimlik, hakemlik, bilirkişilik görevlerini ya da taraflardan birinin temsilciliğini veya danışmanlığını halihazırda yürütüyor ya da yürütmüş olmamalıdır (m. 7/3)³⁵². Benzer bir şekilde tarafsız üçüncü kişi uygulanacak hukuk emretmedikçe ya da

³⁵¹ Bkz. yukarıda UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları m. 20 hükmüne ilişkin açıklamalar. Krş. UNCITRAL Model Kanun m. 10 hükmü. Ayrıca Bkz. Reif, **a.g.m.**, s. 614; Sekolec, Getty, **a.g.m.**, s. 180.

³⁵² Krş. Schneider, **a.g.m.**, s. 77 vd. Ayrıca Bkz. Reif, **a.g.m.**, s. 613 vd.

tarafıarca aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıka, MTO İDH sürecinin herhangi bir açıdan ilgilendiren hususla ilgili olarak devlet yargısında, tahkimde ya da benzeri bir usûlde tanıklık yapamaz³⁵³.

Yukarıda da açıklandığı üzere daha çok sürecin bağışıklılığının sağlanmasına ilişkin düzenlemeler öngören m. 7 hükmünde düzenlenen diğeri bir husus da MTO İDH süreci bağlamında sorumluluktur (m. 7/5) . İlgili hüküm tarafsız kişi, MTO, MTO çalışanlarının ve MTO millî komitelerinin MTO İDH sürecinden kaynaklanan herhangi bir fiil ya da ihmalden dolayı sorumsuzluğunu öngörmüştür.

III. DEVLETLER VE DİĞER DEVLETLERİN VATANDAŞLARI ARASINDAKİ YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMLENMESİ HAKKINDA KONVANSİYON (ICSID) BAĞLAMINDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ³⁵⁴

ICSID, Devletler ve Diğeri Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözömlenmesi Hakkında Konvansiyon kapsamında kurulan, yüzkırtan fazla devletin üyesi olduğı özerk bir uluslararası kuruluştur³⁵⁵. ICSID, Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi'nin kurulması ile amaçlanan âkit devletler ile diğeri devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım anlaşmazlıklarının

³⁵³ Bkz. m. 7/4. Ayrıca Bkz. yukarıda UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları m. 19 hükmüne ilişkin açıklamalar. UNCITRAL Model Kanun m. 12 hükmü. Bkz. Reif, **a.g.m.**, s. 613 vd.; Sekolec, Getty, **a.g.m.**, s. 180; Vera, **a.g.m.**, s. 157.

³⁵⁴ Kurallar için Bkz.

http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_enarchive/ICSID_English.pdf (12Kasım 2008). R.G. 02.06.1988-19830.

³⁵⁵ Üye ülkelerin listesi için Bkz.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English> (12 Kasım 2008). Ayrıca Bkz. Domenico Lombardi, **The Governance of the World Bank: Lessons from the Corporate Sector**, The Review of International Organizations, Vol. 3, No. 3, September 2008, s. 287 vd.; Book Review, “Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, **International Investment Arbitration: Substantive Principles**, Oxford, Oxford University Press, 2007”, Disp. Res. J., February-April 2008, s. 84.

uzlaştırma ya da tahkim yoluyla çözümünün sağlanabilmesi için uygun alt yapının sağlanmasıdır (m. 1)³⁵⁶. Merkezin kurulmasından önce de Dünya Bankası kendisi tarafından desteklenen projelerden kaynaklanan sorunların çözümünde arabucululuk (uzlaştırma) yapmaktaydı; ancak bu tür bir hizmet Banka'nın ana faaliyet alanına girmediğinden Merkez'in oluşturulması yoluna gidilmiştir³⁵⁷.

A. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde Yeni Bir Alternatif

ICSID Tahkim ve Uzlaştırma Kuralları âkit devletler ile diğer devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım anlaşmazlıklarının uzlaştırma ya da tahkim yoluyla çözümü sağlayabilmeyi amaçlamaktadır. Bu tür bir ihtiyaç yatırım uyuşmazlıklarının karakteristik özelliklerinden doğmuştur³⁵⁸. Zira; yatırım uyuşmazlıkları uzun vadeli bir değerlendirmeyi gerektirmekte; ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında taraflar arasındaki dengenin muhafaza edilmesini zorlaştıran asimetrik bir ilişki kurmaktadır. Bütün bu özelliklerinin yanı sıra uluslararası yatırım uyuşmazlıkları diğer uluslararası ticarî uyuşmazlıklara nispeten son derece karmaşıktır. Bu özellik hem taraflardan birinin yargı yetkisini kullanabilme durumunda olan bir devlet, karşı tarafın ise başka bir devletin tâbiyetindeki yatırımcı olmasından hem de uyuşmazlığa konu faaliyetin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira; burada basit bir satım değil, uzun vadede ürünleri toplanabilecek bir yatırım ilişkisi söz konusudur.

³⁵⁶ Ayrıca Bkz. Muthucumaraswamy Sornarajah, **International Law on Foreign Investment**, 2nd Edition, West Nyack, Cambridge University Press, 2004, s. 429 vd.

³⁵⁷ Bkz. Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 347. Ayrıca Bkz. Ginkel, **a.g.m.**, s. 6; Knutson, **a.g.m.**, s. 120. Thomas Buergenthal, The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law, **Arb. Int'l**, Vol. 22, No. 4, s. 496 vd.; Esther Kentin, "Sustainable Development In International Investment Dispute Settlement: The ICSID And NAFTA Experience", **International Law and Sustainable Development: Principles and Practice**, Editors, Nico Schrijver, Friedl Weiss, Leiden, Brill Academic Publishers, 2004, s. 315 vd.

³⁵⁸ Bkz. Ole Kristian Fauchald, "The Legal Reasoning of ICSID Tribunals: An Empirical Analysis", **EJIL**, Vol. 19, No. 2, 2008, s. 304, Dpn. 19. Ayrıca Bkz. Chittharanjan Felix Amerasinghe, **Local Remedies in International Law**, 2 nd Ed., New York, Cambridge University Press, 2004, s. 48 vd.; Antonio R. Parra, "The Role of ICSID in the Investment Disputes", **News from ICSID**, Vol. 16, No. 1, Winter 1999, s. 5 vd.

Yatırımcı, yatırım araçlarının sahipliğinden çok faaliyetin kârlılığı ile ilgilenmektedir ve sonuç da çoğu kez belirsizdir. Ev sahibi ülke ise daha çok ülkesinin ekonomik gelişimiyle ilgilenmektedir. Bu taktirde ülkesine gelen yabancı yatırımcılar ülke ekonomisinin büyümesini sağlamaktadır. Yabancı yatırımlar; yeni iş sahaları oluşturması, kalifiye işgücünü geliştirmesi, vergilendirilebilecek yeni alanlar oluşturması, ithalat-ihracat dengesinin kurulmasına yardımcı olması açısından ev sahibi devletin de lehine sonuçlar doğurmaktadır. Burada yabancı yatırımcı ile ev sahibi devletin menfaatlerinin bir ölçüde örtüştüğünden bahsedilebilir; ancak bu yabancı yatırımların her zaman hoş karşılandığı anlamına gelmemektedir. Yabancı yatırımlar, ülkedeki yatırım alanlarının yabancıların eline geçmesi, yeni ithalat alanlarının oluşması, doğal çevrenin tahrip edilmesi gibi nedenlerle yerel kaygıların odağı olabilmektedir³⁵⁹.

Yukarıda değinilen özellikleri kapsamında düşünüldüğünde, yabancı yatırımlardan kaynaklanan sorunların özel çözüm mekanizmalarına ihtiyaç duyduğu ortadadır. Bu anlamda tahkim belirgin bir üstünlüğe sahiptir³⁶⁰. Bu durum uygulamada da kendini göstermektedir. Uzlaştırmanın çok fazla tercih edilmemesinin nedenleri arasında temel olarak yatırım uyuşmazlıklarının genel karakteri ve tarafların bu denli hassas uyuşmazlıkları bağlayıcı bir sonuçla çözümleyemeyen mekanizmaları para ve zaman kaybı olarak görmesi sayılabilir. Zira; ICSID yetkisi dahilindeki uyuşmazlıklarda, ev sahibi devlet karşısında bulunan yabancı yatırımcı zaten salt bu durum nedeniyle pek çok zorlukla karşılaşmakta ve zayıf durumda bulunmaktadır. Esasında bu husus uluslararası ticarî sorunların uzlaştırma ile çözümlendiği tüm hallere

³⁵⁹ Meessen, **a.g.m.**, s. 112. Ayrıca Bkz. Sornarajah, **a.g.e.**, s. 34 vd.; Reif, **a.g.m.**, s. 607 vd.

³⁶⁰ Bkz. Reif, **a.g.m.**, s. 608. Ayrıca Bkz. McClendon, **a.g.m.**, s. 982 vd.; M. Sornarajah, "A Law for Need or A Law for Greed?: Restoring the Lost Law in the International Law of Foreign Investment", **Int'l. Environ. A.**, Vol. 6, No. 4, December 2006, s. 340 vd.; Pribetic, **a.g.m.**, s. 565. Krş. Margrete Stevens, "Arbitration and Investment Disputes: Are We Heading in the Right Direction?", **News from ICSID**, Vol. 19, No. 1, Spring 2002, s. 10 vd.

ilişkin genel bir eleştiri olarak ileri sürülmektedir³⁶¹. Ancak bu, alternatif uyuşmazlık çözümünün yatırım uyuşmazlıklarında kullanımının imkânsızlığını ve gereksizliğini ifade etmemektedir. Bu duruma önemli bir örnek olarak “*Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago*” vakası verilebilir. *Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago* (ICSID Case No. CONC/83/1), ICSID tarafından 1985 yılında, başarıyla gerçekleştirilen ilk uzlaştırmadır³⁶². *Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago* vakasında uzlaştırma sürecinin temelindeki uyuşmazlık, her iki tarafın da eşit paya sahip olduğu bir *joint-venture* (*Trinidad-Tesoro*) ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Uyuşmazlık, vergilendirme ve temettülerin dağıtımının durdurulmasına ilişkin sorunlardan çıkmıştır. Bu nedenle *Tesoro*, *Trinidad-Tesoro*’daki hisselerini satma kararı almıştır. Aralarındaki sözleşme uyarınca uzlaştırmaya ilişkin çağrı *Tesoro* tarafından yapılması gerektiğinden, uzlaştırma teklifi *Tesoro* tarafından yapılmıştır. Bunun üzerine taraflar tek bir uzlaştırıcı (*Lord Wilberforce*) üzerinde anlamışlardır. Uzlaştırma süreci 1985’in sonlarına doğru başarıyla sonuçlanmıştır. Uzlaştırma sürecinin sonucunda şekillenen çözüm anlaşması, *Lord Wilberforce*’un önerileri üzerine teşkil etmekte ve temettülerin dağıtımına ilişkin detaylar içermekteydi³⁶³. Konuya ilişkin başka bir örnek olarak da Almanya ile İsrail arasındaki bir yatırım uyuşmazlığının, Danimarkalı bir arabulucu vasıtasıyla çözümlendiği vakıa gösterilebilir³⁶⁴. Bu durumda alternatif uyuşmazlık çözümü her ne kadar “*her derde deva*” bir çare olarak benimsenemeyecek

³⁶¹ Pribetic, **a.g.m.**, s. 577 vd. Ayrıca Bkz. Silva-Romero, **a.g.m.**, s. 409; Book Review, Goldsmith, Ingen-Housz, Pointon, **a.g.m.**, s. 85.

³⁶² Bundan önce *La SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. V. Madagascar* (ICSID Case No. CONC./82/1) uyuşmazlığında uzlaştırma için başvuru yapılmıştır; ancak süreç henüz uzlaştırmaya komisyonu teşkil ettirilmeden Önce Temmuz 1983’te SEDITEX’in talebi üzerine durdurulmuştur. Lester Nurick, Stephen J. Schnably, “The First ICSID Conciliation: *Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago*”, **ICSID Reports**, Eds. Rosemary Rayfuse, Elihu Lauterpacht, Vol. 2, ConsUting Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, s. 399’den naklen. Ayrıca Bkz. Jeswald W. Salacuse, **Global Negotiator : Making, Managing and Mending Deals Around the World in the Twenty-First Century**, Gordonsville, Palgrave Macmillan, 2003, s. 262 vd.

Bkz.(Erişim)<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded> (18 Kasım 2008).

³⁶³ Reif, **a.g.m.**, s. 606, Dpn. 106.

³⁶⁴ Meessen, **a.g.m.**, s. 119.

olsa da yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde giderek önem kazanmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından en yaygını arabuluculuk bu kapsamda yatırım uyuşmazlıklarının tarafları arasındaki hassas denge gözetildiğinde, pek çok farklı işlevi ifa edebilecektir. Ancak burada tarafsız üçüncü kişi uyuşmazlığı her iki tarafı açısından da değerlendirebilecek derecede bilgi sahibi olmalıdır. Bu durum ise üçüncü kişinin tamamen güvenilebilir bir bilgiye ulaşmasındaki zorluk da hesaba katılarak düşünülmelidir. Zira; burada uyuşmazlığın ekonomik ve siyasî boyutu düşünüldüğünde tarafların işe yarar bilgileri paylaşma hususunda ne derece istekli olacakları şüphelidir. Bu nedenle de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının büyük hacimlerdeki uyuşmazlıkların çözümü açısından çok da faydalı olamayacağı ileri sürülmektedir³⁶⁵.

Burada ICSID Tahkimine ilişkin açıklamalara, tez çalışmamızın kapsamı nedeniyle, yer verilmeyecek; aşağıda sadece ICSID Uzlaştırma Kuralları incelenecektir.

B. ICSID Uzlaştırma Kuralları Kapsamında Öngörülen Usûl

ICSID Uzlaştırma Kuralları İdarî Konsey tarafından ICSID Konvansiyonu'nun m. 6/1-c hükmü esas alınarak oluşturulmuştur. Uzlaştırma Kuralları, Merkezin idarî ve malî kuralları ile desteklenmiştir. Kurallar, uzlaştırma talebinin gönderilmesinden raporun yazılmasına kadar olan aşamayı kapsamaktadır. Bu tarihten önce yapılan işlemler kurumsal kurallara uyumlu olarak yorumlanır³⁶⁶. ICSID Uzlaştırma Kurallarının her resmî dildeki

³⁶⁵ Meessen, **a.g.m.**, s. 120. Ayrıca Bkz. Ross P. Buckley, Paul Blyschak, "Guarding the Open Door: Non-Party Participation Before The International Center for Settlement of Investment Disputes, (Erişim) <http://www.ssrn.com/abstract=989264> (14 Kasım 2008), s. 12. Krş. Reif, **a.g.m.**, s. 605.

³⁶⁶ Bkz. http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf (14 Kasım 2008). Ayrıca Bkz. Christoph Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary on the**

ifadesi eşdeğerdedir (m. 34/1). Bu Kurallar Merkez'in uzlaştırma kuralları olarak nitelendirilebilir (m. 34/2).

Uzlaştırma Kuralları açısından öngörülen usûl, Tahkim Kuralları'nda öngörülen usûle oldukça benzemektedir. Burada Uzlaştırma Kuralları açısından Kuralların temel karakteristiğini ortaya koyan iki husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki Uzlaştırma Kuralları'nın, Tahkim Kuralları'na kıyasen daha *esnek* bir yapı üzerine temellendirilmiş olmasıdır. Bu anlamda Uzlaştırma Kuralları hem zaman hem de maliyet anlamında *usul ekonomisine* daha fazla hizmet etmektedir. İkinci olarak da uzlaştırma süreci sonrasında ortaya çıkan çözüm anlaşmasının, tahkim usûlünün işletilmesi neticesinde ortaya çıkan kararın (*award*) aksine, bir karar niteliğinde olmamasıdır. Kurallar kapsamında uzlaştırıcı sadece tarafların orta noktada buluşmalarına yardımcı olmaktadır³⁶⁷. Buna rağmen taraflar karar niteliğinde bağlayıcı bir sonuç elde edememelerinden dolayı, uzlaştırma yöntemini zaman ve para kaybı olarak görebilirler³⁶⁸. Bu durum uyuşmazlığın uzlaştırma sürecinde çözülememesi ve bu nedenle tarafların tahkim ya da devlet yargısına başvurmak zorunda kalabilecekleri ihtimali çerçevesinde düşünüldüğünde kendi içerisinde tutarlı bir yaklaşım olarak belirlemektedir. Ancak, yukarıda da değinildiği gibi burada "*anahtar nokta*" uyuşmazlığın en işlevsel çözümünü sağlayacak çözüm yönteminin ancak somut olayın koşullarına göre bulunabilecek olmasıdır. Zira; ne tahkim ne de diğer çözüm yöntemleri "*her derde deva*" bir uyuşmazlık çözüm aracıdır. ICSID Tahkim ve Uzlaştırma Kuralları uygulamasında da bu husus göze çarpmaktadır. Her iki uyuşmazlık çözüm yolunun da farklı uyuşmazlık türlerine hitâb ettiği görülmektedir. Buna göre ICSID uzlaştırma mekanizması daha çok halihazırda yürütülen, maliyeti yüksek, uzun süreli projeler söz konusu

Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, s. 4 vd.

³⁶⁷ Nurick, Schnably, **a.g.e.**, s. 401. Ayrıca Bkz. Parra, **a.g.m.**, s. 5.

³⁶⁸ Bkz. Silva-Romero, **a.g.m.**, s. 409. Ayrıca Bkz. Book Review, Anthony Connerty, **Manual of International Dispute Resolution**, London, Commonwealth Secretariat, 2006, Disp. Res. J., February-April 2008, s. 85.

olduğunda tercih edilmektedir. Burada vazgeçmenin maliyeti oldukça fazla olduğundan, taraflar birlikte çalışmaya devam edebilmek için aralarındaki iyi ilişkileri muhafaza ederek uyuşmazlığı çözmeye çalışmaktadırlar. Buna örnek olarak enerji, alt yapı, maden sektörüne ilişkin projeler gösterilebilir³⁶⁹. Uzlaştırmanın ve bu anlamda ICSID Uzlaştırma Kuralları'nın uluslararası ticarete yeterince kullanılmayışının diğer bir nedeni de tarafların söz konusu kuralların varlığından haberdar olmayışındır³⁷⁰.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer konu, Merkez'in doğrudan doğruya uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında uzlaştırıcı ya da hakem olarak görev yapmadığı hususudur. Merkez yalnızca uzlaştırmanın sağlıklı ve güvenilir bir şekilde yürütülmesi için gerekli nitelikleri haiz uzlaştırıcıların listelerini hazırlar ve uzlaştırma usûlünün yürütülmesine ilişkin kurallar hazırlayarak sekreteryâ hizmetleri sunar³⁷¹. Bu bağlamda arabulucular da ICSID Konvansiyonu m. 3 ile m. 12 vd. hükümlerinde bahsi geçen, arabulucular panelinden veya panel dışından atanabileceklerdir. Panel dışından atanabilme imkânının tek istisnası; Konvansiyon'un m. 30 hükmü gereğince, talebin kaydını müteakip 90 gün (veya taraflarca başkaca bir süre kararlaştırılmışsa bu süre) içerisinde komisyonun teşkil ettirilememesi durumunda uzlaştırıcının başkan tarafından atanması halidir (m. 30, 31).

1. Uzlaştırma Talebi

Uzlaştırma talebi uzlaştırma sürecinin başlayabilmesi için gerekli olan bir ön koşuldur. Bu husus yetkinin de bir unsurudur; yani taraflar uyuşmazlığın ICSID Uzlaştırma Kuralları çerçevesinde çözülebileceği

³⁶⁹ Bkz. Onwuamaegbu, **a.g.m.**, s. 12. Ayrıca Bkz. Book Review, Connerty, **a.g.m.**, s. 85; Salacuse, **a.g.e.**, s. 262 vd.

³⁷⁰ Onwuamaegbu, **a.g.m.**, s. 13. Ayrıca Bkz. McClendon, **a.g.m.**, s. 979 vd.; Schreuer, **a.g.e.**, s. 6 vd.

³⁷¹ Şanlı, **a.g.e.**, s. 354. Ayrıca Bkz. Schreuer, **a.g.e.**, s. 6 vd., Pritbetic, **a.g.m.**, s. 578 vd.

hususundaki iradelerini beyan etmedikçe, uyuşmazlığın Merkez'in yetkisi dahilinde değerlendirilebilme olanağı da bulunmamaktadır. Taraflar bu yöndeki iradelerini yazılı olarak belirtmelidirler. Ayrıca burada dikkat edilmelidir ki taraflar bu yöndeki iradelerini bir kez belirttikten sonra, bundan tek taraflı olarak dönemeyeceklerdir (ICSID Konvansiyonu m. 25 hükmü).

2. Uzlaştırma Komisyonunun Teşkili

Bu başlık altında incelenecek olan hususlar kurulu teşkil eden uzlaştırıcıların seçimi, atanması ve kabulü gibi daha çok kurulun oluşturulmasına ilişkin sürecin devamına ilişkindir.

a. Genel Yükümlülükler

Uzlaştırma talebine ilişkin bildirim üzerine taraflar, Konvansiyon'da düzenlenen ilgili hükümleri de gözeterek kurulun teşkiline ilişkin süreci başlatabilirler (m. 1/1). Taraflar uzlaştırıcıların sayısı ve atanması usûlüne³⁷² ilişkin olarak bir belirlemede bulunmuş olmalarına rağmen talep böyle bir bilgiyi içermiyor ise, taraflar mümkün olan en kısa sürede Genel Sekreterliğe başvurmalıdır (m. 1/2).

³⁷² Burada uzlaştırıcıların sayısı sürece ilişkin harcamaları doğrudan doğruya artıracak bir unsurdur. Genellikle üç hakem tarafından yönetilen tahkim sürecinin aksine uzlaştırma süreci, şart olmamakla birlikte, tek uzlaştırıcı tarafından yönetilebilmektedir. Bu anlamda ICSID Uzlaştırma Kuralları bağlamında gerçekleştirilen ilk uzlaştırma olan *Tesoro-Trinidad* vakiasında da tek uzlaştırıcı kullanılmış ve uzlaştırıcı için ödenen ücret dahil süreç 11.000\$ ile sonuçlandırılabilmiştir. Tahkimde ise maliyetin 120.000\$ ile 170. 000\$ arasında değişebileceği ifade edilmektedir. Ancak burada uzlaştırma sürecinin başarıyla sonuçlanamaması halinde, tarafların tahkime ya da devlet yargısına başvurmak zorunda kalacakları ihtimali düşünüldüğünde, ek maliyetlerin gündeme geleceği ortadadır. Bkz. Nurick, Schnably, **a.g.m.**, s. 402. Ayrıca Bkz. Goldberg, Green, Sander, **a.g.m.**, s. 70 vd.; O'Reilly, Mawdesly, **a.g.m.**, s. 241 vd.

b. Komisyonun Oluşturulmasına İlişkin Bir Anlaşmanın Bulunmaması İhtimali

Tarafların, uzlaştırmaya ilişkin talebin yapılmasına kadar uzlaştırmacıların sayısı ve atanma usûlüne ilişkin henüz bir belirleme yapmamış olmaları halinde nasıl bir usûle başvuracakları da Kurallar bağlamında öngörülmüştür³⁷³. Buna göre uzlaştırma talebinde bulunan taraf diğer tarafa, talebi takip eden on gün içerisinde, uzlaştırmacıların sayısı ve atanması usûlü hakkında bir belirlemede bulunmak hususunda teklifte bulunabilir. Muhatap da teklifin ulaşmasından itibaren yapılan teklifi kabul edebileceği gibi, uzlaştırmacı sayısı ve atanma usûlüne ilişkin yeni bir teklifte bulunabilir. Bu halde ilk teklifi yapan taraf da muhatapça yapılan teklifi, kendine ulaşma tarihinden itibaren yirmi gün içerisinde (serinleme süresi/*cooling-off period*)³⁷⁴ kabul veya red beyanında bulunma imkânını haizdir (m. 2/1). Burada belirtilen bildirimler doğrudan yazılı olarak yapılabileceği gibi, sözlü olarak da yapılabilir. Bu halde beyanın yazılı olarak teyidi gereklidir. Yine beyanın taraflara iletimi de doğrudan doğruya yapılabileceği gibi Genel Sekreterlik aracılığıyla da yapılabilir. İkinci ihtimalde beyanın bir kopyasının Genel Sekreterliğe iletilmesi gerekmektedir. Bunun gibi taraflar varmış oldukları tüm anlaşmaları da Genel Sekreterliğe iletmelidirler (m. 2/2) .

Talebin kaydedilmesini takip eden altmış gün sonra, taraflarca başka bir usûl üzerinde anlaşılmamışsa, taraflardan her biri Konvansiyon'un 29/2-b hükmünde belirtilen usûlü seçtiğini Genel Sekreterliğe bildirebilir. Genel Sekreter de Kurul'un belirtilen hükme göre teşkil ettirileceğini karşı tarafa ivedilikle bildirir (m. 2/3).

³⁷³ Krş. MTO İDH Kuralları m. 2/B-1 hükmü. Ayrıca Bkz. Parra, **a.g.m.**, s. 5.

³⁷⁴ Bkz. Ucheora Onwuamaegbu, "The Role Of Adr In Investor-State Dispute Settlement: The ICSID Experience", **News from ICSID**, Vol. 22, No. 2, 2005, s. 12. Ayrıca Bkz. Martina Polasek, "The Consultation Period Requirement In Investment Treaties As A Matter Of Jurisdiction, Admissibility or Procedure", **News from ICSID**, Vol. 23, No. 1, 2006, s. 14.

c. 29/2-b Hükmü Uyarınca Teşkil Ettirilmiş Bir Komisyona Uzlaştırıcı Atanması Usûlü

Eğer Kurul 29/2-b hükmü uyarınca teşkil ettirilmişse taraflardan her biri diğeriyle görüşerek, biri uzlaştırılık görevini diğer kurul başkanlığını ifa edecek iki isim önerir. Aynı zamanda önerilen isimlerden birinin uzlaştırıcı diğerinin kurul başkanı seçilmesi suretiyle seçim sürecini tamamlayabilmek için diğer tarafa davette bulunabilir. Bunu müteakiben muhatap da ivedilikle kendisi tarafından tayin edilen bir uzlaştırıcıyı belirtir. Muhatap değinilenlerin yanı sıra kurul başkanlığı hususunda da görüşünü beyan etmelidir. Bu halde ya teklifte bulunan tarafça önerilen kişinin başkanlığını kabul edecek ya da başka bir isim önerecektir. Teklifte bulunan taraf da bu cevaba karşılık kendi görüşünü iletecektir. Bahsi geçen beyanlar yine yazılı olarak ya da başka bir şekilde yapılabilecektir. Beyanların yazılı yapılmaması ihtimalinde, yazıya dökülerek bir kopyası Genel Sekreterliğe gönderilecektir (m. 3/1). Taraflar yazışmaları doğrudan birbirleriyle yapabilecekleri gibi Genel Sekreterlik aracılığıyla da yapabileceklerdir. Taraflar yazışmaları Genel Sekreterliğin aracılığı olmaksızın yapmış iseler bir kopyayı Sekreterliğe iletmelidirler (m. 3/2)³⁷⁵.

d. Uzlaştırıcının İdarî Konsey Başkanı Tarafından Atanması

Kurul, uzlaştırma isteğinin Genel Sekreterlikçe kaydedilmesini takip eden doksan gün (serinleme süresi/*cooling-off period*)³⁷⁶ içerisinde ya da taraflarca belirlenen başka bir sürede oluşturulamazsa, taraflardan her biri Genel Sekreterlik aracılığı ile, henüz atanamamış olan uzlaştırıcı ya da uzlaştırıcıların atanmasını ve Kurul başkanı olacak uzlaştırıcının

³⁷⁵ Bkz. Parra, **a.g.m.**, s. 5 vd.; Reif, **a.g.m.**, s. 605.

³⁷⁶ Bkz. Onwuamaegbu, **a.g.m.**, s. 12. Ayrıca Bkz. Polasek, **a.g.m.**, s. 14.

belirlenmesini de yazılı olarak İdarî Konsey'den isteyebilir (m. 4/1). Bu hüküm Kurul başkanının uzlaştırıcılar tarafından seçilmesinin taraflarca kararlaştırıldığı ancak başkanın bu usûlle seçiminde başarıya ulaşamadığı hallerde de *mutatis mutandis*³⁷⁷ uygulanacaktır (m. 4/2).

Alınan talebi müteakiben Genel Sekreter talebin bir örneğini derhal karşı tarafa gönderir (m. 4/3). Başkan talebin kendilerine intikalinden itibaren otuz gün içinde gereğini yerine getirmeye gayret eder. Başkan herhangi bir atama yapmadan önce Konvansiyon'un m. 31/1 hükmü gereğince mümkün mertebede tarafların görüşüne de başvurmalıdır (m. 4/4). Genel Sekreter Başkan tarafından yapılan atamaları derhal taraflara bildirmelidir (m. 4/5).

e. Atamaların Kabulü

Taraf veya ilgili taraflar, bir uzlaştırıcı atadıklarında bu durumu ve uzlaştırıcı atanırken tercih ettikleri usûlü Genel Sekreterliğe bildirmelidirler (m. 5/1). Genel Sekreterlik de taraflarca veya İdarî Konsey Başkanı tarafından bilgilendirilmesini müteakiben uzlaştırıcının atanmayı kabulüne ilişkin beyanını bekler. Uzlaştırıcı on beş gün (serinleme süresi/*cooling-off period*)³⁷⁸ içinde atamayı kabul etmezse, Genel Sekreterlik derhal tarafları durumdan haberdar eder ve İdarî Konsey Başkanı da müsait ise taraflara birlikte onu da çağırarak sürecin devamı için daha önce izlenen yolla başka bir uzlaştırıcı atanması için davette bulunur (m. 5/1-2).

³⁷⁷ Gerekli değişikliklerin yapılması kaydıyla.

³⁷⁸ Bkz. Onwuamaegbu, **a.g.m.**, s. 12. Ayrıca Bkz. Polasek, **a.g.m.**, s. 14.

f. Komisyonun Kuruluşu

Tüm uzlaştırmacıların atamayı kabul ettikleri hususunun Genel Sekreterlik tarafından taraflara bildirildiği tarihte komisyon kurulmuş ve süreç başlatılmış kabul edilir (m. 6/1). Komisyonun ilk oturumunda ya da daha öncesinde her uzlaştırmacı bir bildiri imzalar. En geç ilk oturumun sonuna kadar böyle bir bildiri imzalamayan uzlaştırmacılar, görevden çekilmiş sayılırlar (m. 6/2).

g. Uzlaştırmacıların Değiştirilmesi ve İstifası

Komisyonun kurulmasından önceki herhangi bir zamanda, taraflardan her biri kendisi tarafından tayin edilmiş olan herhangi bir uzlaştırmacıyı değiştirebilir; taraflar da ortak rıza ile uzlaştırmacılarından herhangi birini değiştirebilirler. Bu halde yeni bir uzlaştırmacının atanması Uzlaştırma Kurallarının m. 1, 5 ve 6 hükümleri uyarınca mümkün olabilecektir (m. 7). Burada alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına hakim olan genel mantığın bir gereği olarak, taraf iradelerini ön plana çıkaran bir yaklaşım benimsendiği göze çarpmaktadır. Bilindiği üzere, uzlaştırmacının uyuşmazlık çözüm sürecindeki rolü son derece önem arz etmektedir³⁷⁹. Bu nedenle uzlaştırmacıların kimliği her iki taraf menfaati için de oldukça önemlidir. Bu husus özellikle yatırım uyuşmazlıkları açısından bakıldığında daha da ön plana çıkmaktadır. Zira; taraflardan biri olan yatırımcının durumu, uluslararası nitelikte sıradan bir ticarî ilişkinin tarafı olan tacirin durumundan oldukça farklılık arz etmektedir. Bu halde yatırımcının kaşısında, egemenlik kudretini haiz hukukî bir varlık (ev sahibi devlet) yer almaktadır. Bu nedenle m. 9 hükmünde yatırım uyuşmazlıklarının hassasiyeti de gözetilerek, katı bir tutum benimsenmemiş olması kanaâtimizce isabetli bir yaklaşımdır.

³⁷⁹ Bkz. Hill, **a.g.m.**, s.103 vd.; Phillips, Piazza, **a.g.m.**, s. 31.; Shapiro, **a.g.m.**, s. 117 vd.

(1) Uzlaştırıcıların Yetersizliği ve İstifası

Bir uzlaştırıcının görevini ifa hususunda yetersizliği veya görevlerini yerine getirememesi durumu söz konusu olursa, m. 9 hükmü uygulama alanı bulabilecektir (m. 8/1).

Uzlaştırıcı istifa beyanını komisyonun diğer üyelerine ve Genel Sekreterliğe bildirmek suretiyle istifa edebilecektir. Eğer uzlaştırıcı taraflardan biri tarafından atanmışsa, komisyon istifa nedenlerini de gözönünde tutarak istifaya rıza gösterip göstermeyeceğine karar verir. Komisyon istifaya ilişkin kararı hakkında Genel Sekreterliği derhal bilgilendirir (m. 8/2).

(2) Uzlaştırıcıların Görevden Alınması

Taraflardan biri Konvansiyon'un m. 57 hükmü uyarınca uzlaştırıcıların yetersizliğini ileri sürüyorsa, komisyonun uyuşmazlığın çözümüne ilişkin teklifi taraflara ilk olarak önermesinden önce veya sürecin tamamlanması halinde, görüşünü Genel Sekreterliğe gerekçeleriyle birlikte gönderir (m. 9/1). Genel Sekreter bu halde derhal, öneriyi komisyonun diğer üyelerine derhal iletmeli ve uzlaştırıcılardan yalnızca birine ya da komisyonun çoğunluğuna ilişkinse İdarî Konsey'in Başkanına gönderir ve uyuşmazlığın diğer tarafını da bilgilendirir (m. 9/2). Önerinin ilgili olduğu uzlaştırıcı herhangi bir gecikmeye mahal vermeksizin, öneriyle ilgili açıklamalarını komisyona ya da başkana iletir (m. 9/3). Öneri komisyon'un çoğunluğuna ilişkin olmadıkça komisyonun diğer üyeleri öneriyi değerlendirerek diğer ilgili üyenin yokluğunda oylar. Eğer komisyon üyelerinin oyları eşit dağılır ve bu nedenle de bir karara varılamazsa, komisyon Genel Sekreterlik aracılığıyla başkanı ilgili uzlaştırıcının görüşü ve kendilerinin bu durumla ilgili bir karara varamamış

oldukları hususunda bilgilendirir (m. 9/4). Başkan bir uzlaştırıcının görevden alınmasıyla ilgili bir karar vermek durumunda olduğu hallerde, kararını önerinin kendine iletilmesini müteakib otuz gün içerisinde vermeye gayret etmelidir (m. 9/5). Bu halde karar verilene dek uzlaştırma süreci askıya alınacaktır (m. 9/6).

h. Komisyonda Boşluğun Bulunması Halinde İzlenecek Yol

Genel Sekreter, uzlaştırıcıları görevden alınma, ölüm, yetersizlik, uzlaştırıcının istifası ve varsa komisyonun istifaya rızası hususunda tarafları ve gerekliyse İdarî Konsey Başkanını derhal bilgilendirir (m. 10/1). Genel Sekreter'in komisyonda boşluk bulunduğu yönündeki bilgilendirmesini müteakiben, komisyondaki boşlukların doldurulmasına kadar süreç askıya alınacaktır (m. 10/2).

Komisyonda yukarıda değinilen nedenlerle boşluk bulunması halinde m. 11/2 hükmünde belirtilen istisnalar hariç, görevden uzaklaştırma, ölüm, yetersizlik ve istifa hallerinde yeni uzlaştırıcı ilk uzlaştırıcının atanmasında kullanılan yöntemle tayin edilebilir (m. 11/1). İdarî Konsey Başkanı bazı hallerde uzlaştırıcılar heyetinden (*panel of conciliators*) de uzlaştırıcı tayin edebilir. Buna göre, taraflardan birince atanmış olan bir uzlaştırıcının, komisyon'un izni olmaksızın istifasından doğan bir boşluğun doldurulmasında ve taraflardan herhangi birinin isteği üzerine gerçekleşmiş bir boşluğun doldurulması için Genel Sekreterlikçe yapılan bildirimden itibaren kırk beş gün içinde (serinleme süresi/*cooling-off period*)³⁸⁰ yeni bir atama yapılmamış ya da yapılan atama kabul edilmemişse uzlaştırıcılar heyetinden atama yapılması mümkün olabilecektir (m. 11/2).

³⁸⁰ Bkz. Onwuamaegbu, **a.g.m.**, s. 12. Ayrıca Bkz. Polasek, **a.g.m.**, s. 14.

Komisyonadaki boşlukların doldurulmasını müteakiben süreç, boşalmanın meydana geldiği anda ne aşamada ise oradan devam eder. Yeni atanmış olan uzlaştırmacı da daha önceden gerçekleşmiş olan oturumların kısmen veya tamamen yenilenmesini isteyebilir (m. 12/1).

3. Komisyonun Çalışma Usûlü

a. ICSID Uzlaştırma Kuralları Uzlaştırma Sürecinde Öngörülen Belli Başlı Hususlar

Komisyon ilk oturumu, atanmasını takip eden altmış gün (serinleme süresi/*cooling-off period*)³⁸¹ içerisinde ya da tarafların da onaylayacağı başka bir zaman zarfında gerçekleştirir. Oturum tarihi, komisyon başkanı tarafından kendi üyelerine ve Genel Sekreterliğe danışmak suretiyle belirlenir. Taraflar başkanın komisyon üyeleri tarafından seçilmesini öngördüğü için başkan henüz belli değilse, Genel Sekreterlik oturum tarihini belli eder. Her iki durumda da tarafların görüşü mümkün mertebe dikkate alınır (m. 13/1). Diğer oturumların günü ise komisyon üyeleri tarafından Genel Sekreterliğe ve mümkün mertebe taraflara da danışmak suretiyle belirlenir (m. 13/2)³⁸².

Komisyon oturumları Merkez'in bulunduğu yerde ya da taraflarca Konvansiyon'un m. 63 hükmüne uygun olarak kararlaştırılmış olan yerde yapılır. Taraflar oturumun Merkez'in bulunduğu yer ya da Merkezce gerekli hazırlıkların tamamlandığı bir kurum dışında yapılmasını arzu ediyorsa, Genel Sekreterliğe danışmalı ve komisyonun da onayını istemelidirler. Komisyon isteği onaylamazsa, görüşmeler Merkez'in bulunduğu yerde

³⁸¹ Bkz. Onwuamaegbu, **a.g.m.**, s. 12 , Polasek, **a.g.m.**, s. 14.

³⁸² Bkz. Parra, **a.g.m.**, s. 5.

gerçekleştirilecektir (m. 13/3). Genel Sekreterlik komisyonu ve tarafları, uygun bir zamanda, oturumun yeri ve tarihi hakkında bilgilendirecektir (m. 13/4).

(1) Komisyon Oturumları

Komisyon Başkanı oturumları idare ederek, sürece nezaret eder (m. 14/1). Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, oturumlarda komisyon üyelerinin çoğunluğu aranır (m. 14/2). Oturum Başkanı oturum saati ve gününü tayin eder (m. 14/3). Komisyon oturumlarda gerçekleştirilecek olan işlemlerin sırasını da kendisi belirler (m. 19/1).

(2) Müzakere Usûlü

Komisyon müzakerelerini gizli olarak gerçekleştirir (m. 15/1). Müzakerelere komisyon üyeleri dışındakiler, komisyonca aksi kararlaştırılmadıkça, katılamaz (m. 15/2).

Uyuşmazlık çözüm sürecinin gizlilik esası çerçevesinde yürütülmesi *alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının* temel özelliklerinden biridir; ancak bu durum yatırım uyuşmazlıkları açısından özel bir anlam kazanmaktadır. Zira; yatırım ilişkisine ilişkin detayların korunması yatırımcının ve ev sahibi devletin itibarının korunabilmesi açısından bir zaruret olarak belirlemektedir. Böyle hassas bir uyuşmazlığın mevcudiyetinde güvenilirlik, sürecin taraflarca tercih edilip edilmemesi noktasında da belirleyici bir faktör olmaktadır³⁸³.

³⁸³ Bkz. Amerasinghe, **a.g.e.**, s. 43 vd. Ayrıca Bkz. Meessen, **a.g.m.**, s. 111 vd.; Sornarajah, **a.g.e.**, s. 169 vd.

(3) Komisyonun Kararları

Komisyon kararlarını üye tam sayısının çoğunluğu ile alır. Çekimser oylar olumsuz oy sayılacaktır (m. 16/1). Kurallarca aksi kararlaştırılmadıkça ya da komisyonca karara bağlanmadıkça, komisyon kararlarını tüm üyelerine danışarak yazışma usûlü ile de alabilecektir. Bu şekilde alınan kararlar, komisyon başkanı tarafından belgelendirilmelidir (m. 16/2).

(4) Başkanın Yetersizliği

Başkanın görevini yerine getiremediği hallerde, ona düşen görevler komisyon üyelerinden biri tarafından yerine getirilir. Burada sıra uzlaştırmacıların atanmaya ilişkin işlemi kabul beyanlarının Genel Sekreterliğe ulaşmasına göre tayin edilecektir (m. 17/1).

(5) Tarafların Temsili

Taraflardan her biri kendini bir temsilci ya da avukat vasıtasıyla temsil ettirebilecektir. Ancak bunun için temsilci ve avukatın ismi ile yetkilendirildiğine ilişkin açıklamanın ilgili tarafça, Genel Sekreterliğe bildirilmesi ve komisyon ile karşı tarafın da durumdan ivedilikle haberdar edilmesi gerekmektedir (m. 18/1). Bu bağlamda ilgili tarafın temsilcisi ve avukatı da yetkisinin sınırları dahilinde “*taraf*” kavramı içerisinde düşünülebilecektir (m. 18/2).

(6) Hazırlayıcı Görüşmeler

Komisyon'un teşkilinin ardından mümkün olan en kısa süre zarfında, Başkan, tarafların usûle ilişkin bazı noktalarda görüşlerini ortaya çıkarabilmek için, tarafların kendisini ziyaret etmesini isteyebilir³⁸⁴. Başkan özellikle şu hususlarda tarafların görüşlerini değerlendirecektir:

- a. Komisyon'un oturumlarda toplantı yeter sayısını oluşturacak üye sayısı;
- b. Sürece hakim olacak dil ya da diller;
- c. Taraflarca sunulacak ya da Komisyonca istenmesi talep edilen sözlü ya da yazılı deliller ile taraflarca ileri sürülecek yazılı beyanlar ve bahsi geçen deliller ile beyanların sunulabileceği süre;
- d. Karşı tarafa gönderilecek örneklerin sayısı;
- e. Oturumların kaydedilme usûlü (m. 20/1).

Yukarıda değinilenlere ek olarak komisyon, taraflar arasında usûle ilişkin olarak yapılmış anlaşmaları da Konvansiyon, İdarî ve malî düzenlemelerde aksi öngörülmemiş olmak şartıyla uygulayabilir (m. 20/2).

(7) Sürece Hakim Olacak Dil

Taraflar usûle hakim olmak üzere bir ya da birden fazla dili tespit edebilirler. Ancak, taraflar Merkez'in resmî dili olmayan bir dili tercih etmişlerse, komisyon, Genel Sekreteliğe danıştıktan sonra, onayını verebilir.

³⁸⁴ Bkz. Winkler, **a.g.e.**, s. 129 vd.

Eğer taraflar dil konusunda herhangi bir uzlaşmaya varamazsa, taraflardan her biri İngilizce, İspanyolca, Fransızca gibi Merkez'in resmi dillerinden herhangi birini seçebilir (m. 21/1)³⁸⁵.

Taraflarca iki dil tespit edilmişse, işlemler iki dilde de gerçekleştirilebilecektir. Yine oturumlar sırasında da her iki dil kullanılabilecektir. Bu halde komisyon, beyanların tercümesini veya açıklanmasını isteyebilecektir. Komisyon'un tavsiye ve raporları her iki dilde de kaydolunur. Bu iki nüshanın birbirine üstünlüğü bulunmamaktadır (m. 21/2).

(8) Komisyonun İşlevi

Komisyon, tarafları dinleyerek taraflar arasındaki uyuşmazlığı aydınlatmaya ve uyuşmazlığın sona erdirilmesini sağlayacak hususları elde etmeye çalışır. Bu halde taraflar mümkün mertebe işleriyle ilişkilendirilir (m. 22/1)³⁸⁶.

Komisyon sürecin herhangi bir safhasında, taraflar arasında anlaşmayı sağlayabilmek için zaman zaman taraflara yazılı ya da sözlü tavsiyelerde bulunur. Komisyon taraflara çözümün belli şartlarını kabul etmelerini ya da taraflar arasında anlaşma sağlanmaya çalışılırken, tarafların uyuşmazlığı daha kötü duruma sokacak muayyen anlaşmalardan kaçınmalarını tavsiye edebileceği gibi taraflara kendi tavsiyeleri doğrultusunda uyuşmazlığı çözebilecek araçları da gösterebilir. Bunun yanı sıra komisyon, tarafların

³⁸⁵ Bkz. İdarî ve Malî Kurallar, m. 34.

(Erişim) <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp> (21 Kasım 2008).

³⁸⁶ Ayrıca Bkz. Parra, **a.g.m.**, s. 5.

sunulmuş olan tavsiyeleri kabul edip etmediklerini bildirecekleri süreyi de belirtebilir (m. 22/2).

Burada incelendiği üzere komisyonun rolü daha çok uyuşmazlık çözüm sürecinde tarafları yönlendirme şeklindedir. Bu çerçevede kendi görüşünü taraflara dikte etmek yerine tavsiyelerde bulunmakta, bir nevî rehber vazifesi görmektedir³⁸⁷.

Komisyon, işlevini ifa etmesini sağlayacak bilgilerin ifşası için sürecin herhangi bir aşamasında;

- a. Tarafların her birinden sözlü ve yazılı açıklamalarla diğer herhangi bir veriyi,
- b. Uyuşmazlığın tarafları dışındaki kimselerin tanıklığı,
- c. İlgili tarafların da onayı ve tarafların da katılması şartı ile, uyuşmazlıkla ilgili herhangi bir yerin görülmesi ve burada araştırmaların yapılması seçeneklerine başvurabilir (m. 22/3).

Yukarıda da açıklandığı üzere m. 22 hükmünde komisyonun uzlaştırma faaliyetlerini hangi çerçevede yürüteceğine ilişkin ana hatlar belirlenmiştir. Bu anlamda komisyonun uzlaştırma yetkisini (*görevini*) hangi vasıtalarla kullanacağı fazla kazuistik olmayan bir yöntemle ifade edilmiş olmaktadır. Bu yöndeki tercih, hem genel bir çerçeve çizilerek belirsizliğin giderilmesi hem de komisyonun hareket kabiliyetinin gereğinden fazla sınırlanmaması anlamında önem arz etmektedir. Zira; uluslararası ticaretten kaynaklanan

³⁸⁷ Bkz. Book Review, Connerty, **a.g.m.**, s. 85; Salacuse, **a.g.e.**, s. 262;

sorunların çözümü belli oranda esnekliği gerektirmektedir. Bu husus yatırım uyuşmazlıkları açısından bakıldığına ise özel bir anlam taşımaktadır³⁸⁸.

Burada komisyonun yetkilerinin kapsamı açısından yeri gelmişken tekrar değinilmesi gereken diğer bir husus da ICSID Uzlaştırma Kuralları'nın kapsamıdır. Zira; “*arbuluculuk*” ve “*uzlaştırma*” kavramlarının farkına işaret eden bazı yazarlar ICSID Kuralları bağlamında “*arbuluculuk*” usûlünün de ayrıca düzenlenmesi gereğini ifade etmektedirler³⁸⁹. Buna göre taraflar gönüllü olarak başvuracakları “*arbuluculuk mekanizmasında*”, tarafsız üçüncü kişi rolündeki “*arbulucu*”nun yardımıyla uyuşmazlığı değişik açılardan tartışma fırsatı bulacaklardır. Böylece katı sınırlarla çevrelenmiş tahkim ya da devlet yargısına başvurmak zorunda kalmayacaklardır. Ancak, kanaatimizce burada da “*arbuluculuk*” ve “*uzlaştırma*” kavramlarının karakteristik farkları izah edilememiştir. Tekrar vurgulamak gerekirse teorik olarak yapılan ve bu kapsamda dahi sınırları ve ayırt edici özellikleri yeterli açıklıkta ortaya koyamayan tartışmaların uluslararası ticaret uygulamasında taraf menfaatleri açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Sonuçta, kanaatimizce bu iki terim farklı bir anlamı ifade etmediğinden, arbuluculuk usûlünün de ayrıca düzenlenmesi hususunda bir ihtiyaç belirmemektedir. Kaldı ki Uzlaştırma Kuralları'nın dahi tahkimin gölgesinde kaldığı düşünüldüğünde, bu kuralların yanı sıra “*arbuluculuk*” usûlünün ayrıca düzenlenmesi önerisi, henüz çok da işlevsel bir teklif olarak görünmemektedir³⁹⁰.

³⁸⁸ Bkz. Amerasinghe, **a.g.e.**, s. 43 vd.; Buergenthal, **a.g.m.**, s. 496; Meessen, **a.g.m.**, s. 111 vd. Ayrıca Bkz. Schreuer, **a.g.e.**, s. 5 vd.; Sornarajah, **a.g.e.**, s. 97 vd.; Philips, Piazza, **a.g.m.**, s. 31 vd.

³⁸⁹ Onwuamaegbu, **a.g.m.**, s. 13. Ayrıca Bkz. Redfern vd., **a.g.e.**, s. 44; Schneider, **a.g.m.**, s. 57 vd.; Warbeck, **a.g.m.**, s. 111.

³⁹⁰ Bkz. Onwuamaegbu, **a.g.m.**, s. 13. Ayrıca Bkz. Bühring-Uhle, **a.g.e.**, s. 347. Book Review, Connerty, **a.g.m.**, s. 85; Salacuse, **a.g.e.**, s. 262.

b. Uzlaştırma Sürecine İlişkin Diğer Hususlar

(1) Taraflarla İşbirliği

Taraflar komisyonla iyi niyet kuralları çerçevesinde işbirliği yaparlar. Bu bağlamda taraflar özellikle de komisyonca talep edilen ilgili tüm belge, bilgi ve açıklamaları ve komisyonca talep edilen tanık ve bilirkişileri sağlamalıdır (m. 23/1). Buna ek olarak taraflar daha önce kararlaştırılmış ya da komisyonca saptanmış olan zamana ilişkin sınırlamalara uymalıdır (m. 23/2). Burada yatırım uyuşmazlıklarının niteliği gereği taraflar, bilgileri istenilen netlikte ortaya koymaktan kaçınabilirler. Bu halde süreci yöneten tarafsız üçüncü kişi konumundaki komisyon'un daha fazla esnekliğe sahip olup, daha girişken bir rol üstlenebilmesi gerekmektedir³⁹¹.

(2) Taleplerin İletimi

Komisyonun teşkilini müteakip, Genel Sekreterlik taraflardan her birine süreci başlatan talebi, destekleyici dökümanları, giriş bildirimini ve tarafların her birinin karşı tarafın beyanına cevaben yapmış olduğu beyanların bir kopyasını gönderir (m. 24). Burada talep; uyuşmazlığa ilişkin detayları, uyuşmazlığın merkezin yetkisi dahilinde³⁹² ve hukukî bir uyuşmazlık olduğunu izah eder nitelikte olmalıdır³⁹³.

³⁹¹ Bkz. Buckley, Blyschak, **a.g.m.**, s. 12. Ayrıca Bkz. Schreuer, **a.g.e.**, s. 11 vd.

³⁹² Bkz. aşağıda yetki itirazına ilişkin açıklamalar s. 153 vd.

³⁹³ Nurick, Schnably, **a.g.m.**, s. 400.

(3) Yazılı Beyanlar

Komisyondun kurulması üzerine, komisyondun başkanını, otuz gün veya yine kendisince belirlenecek faklı bir zaman diliminde, taraflardan herbirini kendi durumlarını açıklayan yazılı bir beyanda bulunmaya davet eder. Komisyon'un kurulması esnasında bir başkanını yoksa, davet Genel Sekreterlikçe yapılır. Bu durumda Genel Sekreterlik süreyi yukarıda değinilen şekilde belirleyebilecektir. Sürecin herhangi bir safhasında, sınırlarını komisyonca tayin edilecek bir zaman diliminde, taraflardan her biri uyuşmazlığın çözümü açısından faydalı ve uyu mazlıkla al kalı sayılabilecek başka yazılı beyanlarda da bulunabileceklerdir (m. 25/1). Komisyonca başka şekilde   ng r lmedik e, taraflara ve Genel Sekreterliğe danı ılmasının ardından her yazılı beyan ve araç imzalı aslının yanı sıra Komisyon  ye sayısından iki fazla örnekle sunulur (m. 25/2). Bu bilgiler Merkez bünyesinde saklanmaktadır³⁹⁴.

(4) Destekleyici Belgeler

Taraflarca kullanılacak her tür belge ve diğer araç başka belgelerle desteklenerek, otuzuncu İdari ve Mali Düzenlemede   ng r len sayı ve şekilde sunulabilir (m. 26/1). Destekleyici belgeler kural olarak ilgili oldukları araçlarla ve bu araç için belirlenmiş zamanda sunulur (m. 26/2)³⁹⁵.

³⁹⁴ Bkz. Schreuer, **a.g.e.**, s. 46 vd.

³⁹⁵ Berger, Evidentiary Privileges, s. 501 vd.

(5) Duruşmalar (*hearings*)

Komisyon'un duruşmaları özel (private) ve taraflar aksini kararlaştırmadıkça gizli olarak gerçekleşir (m. 27/1). Komisyon tarafların rızası ile tarafların yanı sıra kimlerin (taraf temsilcilerinin, avukatların, tanıkların ve bilirkişilerin ifadeleri sırasında ve buna ek olarak komisyon çalışanlarının) duruşmalara katılabileceğine karar verebilir (m. 27/2).

(6) Tanıklar ve Bilirkişiler

Taraflardan her biri sürecin herhangi bir aşamasında kendi ilgili gördüğü tanık ve bilirkişilerin dinlenmesini komisyondan isteyebilir. Komisyon söz konusu dinlemenin gerçekleşeceği zaman dilimini belirler (m. 28/1).

Kural olarak tanık ve bilirkişiler, Başkanın kontrolünde, komisyondan önce taraflarca sorgulanır (examine). Komisyon üyeleri de tanık ve bilirkişilere sorular sorabilirler (m. 28/2). Sorgu tarihinde tanık veya bilirkişiye çeşitli nedenlerle ulaşılamamışsa komisyon, tarafların rızasını da alarak, delilin yazılı olarak sunulmasını ya da sorgunun başka bir yerde yapılmasına karar verebilir. Taraflar bu halde de sorguya katılabileceklerdir (m. 28/3). Burada *alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının* ruhuna uygun bir şekilde tarafların sürece katılımı sağlanmıştır. Tarafların tanıklara doğrudan sorular yöneltebilmeleri ve bu vesileyle uyuşmazlık çözüm sürecinde aktif bir rol üstlenmeleri, süreç sonucunda ulaşılan çözüm ile tatmin olabilmeleri ihtimalini de artırmaktadır. Zira; taraflar tanık ve bilirkişilere doğrudan doğruya yöneltebilecekleri sorular ile uyuşmazlık konusu vakıa ile ilgili kendi menfaatleri açısından söz konusu olan soru işaretlerini de katı usul

kurallarına tâbi olmaksızın cevaplayabilme olanağına kavuşmuş olmaktadır³⁹⁶.

(7) Yetki İtirazı

Uyuşmazlığın Merkezin veya Komisyonun yetkisi dahilinde değerlendirilemeyeceğine ilişkin her türlü itiraz mümkün mertebe sürecin erken aşamalarında gerçekleştirilmelidir. Burada kısaca Merkez'in yetkisi hususuna değinilmesi gerekmektedir. Bu anlamda, Yargılama yetkisinin sağlanması açısından önem arz eden ilk husus; sözleşmenin, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki dengeyi korumaya çalışması ve uyuşmazlığın çözümüne geçilebilmesi için her iki tarafın da “*onayını*” aramasıdır. Yani devletler Sözleşmeye taraf olmakla, ICSID bünyesindeki yöntemlerle uyuşmazlığı çözme yükümlülüğü altına girmemektedirler. Sözleşmeye taraf olma sadece, ICSID sisteminin işletilebilmesi için şart olup, bu kapsamda bir tahkim ya da uzlaştırma prosedürünün başlatılabilmesi için yeterli değildir. Merkezin yargılama yetkisinin varlığına ilişkin olarak ikinci koşul ise kişi bakımında yetkinin (*ratione personae*) varlığıdır. Aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği gibi, Merkezin kişi bakımından yetkisi “*âkit bir devlet veya onun alt bir birimi ya da temsilcisi ve diğer bir âkit devletin vatandaşı*” arasındaki uyuşmazlıklarla sınırlıdır. Merkezin yetkisi devletlerin kendi aralarındaki uyuşmazlıklara açık değildir. Aynı şekilde, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda da Merkez yetkili değildir. Merkezin yargılama yetkisinin sağlanabilmesi için varlığı gereken üçüncü koşul, konu bakımından yetkinin “*ratione materiae*” varlığıdır. Konu bakımından yetkinin varlığından bahsedilebilmesi için öncelikle ortada “*hukukî bir uyuşmazlık*” bulunmalıdır. İkinci olarak, söz konusu hukukî uyuşmazlık “*doğrudan*” ilgili işlemten kaynaklanmalıdır. Son olarak da, uyuşmazlığın kaynaklandığı işlem bir

³⁹⁶ Bkz. Amerasinghe, **a.g.e.**, s. 280; Buergenthal, **a.g.m.**, s. 496; Sornarajah, **a.g.e.**, s. 34 vd. Ayrıca Bkz. Book Review, McLachlan, Shore, Weiniger, **a.g.m.**, s. 84.

“yatırıma ilişkin bir işlem” olmalıdır³⁹⁷. Bu çerçevede ilgili taraf, yukarıda unsurları açıklanan yetkiye ilişkin itirazını, itirazın istinat ettiği vakıaların kendisi tarafından bilinmediği ihtimali haricinde, Genel Sekreterlik vasıtasıyla ilk yazılı beyanında ya da daha erken gerçekleşiyorsa ilk oturumda sunmalıdır (m. 29/1). İtirazın ileri sürülmesini müteakip, davanın esası hakkındaki süreç askıya alınmış olacaktır. Komisyon bu aşamada, tarafların itirazla ilgili görüşlerini alacaktır.

Komisyon, sürecin herhangi bir aşamasında uyuşmazlığın Merkezin ve kendi yetkisi dahilinde olup olmadığını re’sen araştırabilir (m. 29/2). İtirazın ileri sürülmesi ile süreç askıya alınacaktır. Komisyon bu halde tarafların itiraza ilişkin görüşlerine başvurabilecektir (m. 29/3). Komisyon itirazı bir ön sorun olarak nitelendirebileceği gibi esasa dahil ederek bu şekilde de inceleyebilecektir. Komisyon itirazı reddeder ya da itirazın esasa dahil edilmesine karar verir. İkinci ihtimalde komisyon, gecikmeksizin itirazın incelemesine geçmelidir (m. 29/4). Şayet komisyon, uyuşmazlığın Merkezin ya da kendi yetkisi dahilinde olmadığı kanaatine varırsa, süreci sonlandırarak, itirazı kabul gerekçesini de içeren bir rapor hazırlar (m. 29/5).

4. Sürecin Sonlandırılması

a. Raporun Hazırlanması

Taraflar uyuşmazlığa ilişkin konular üzerinde anlaşmaya varırlarsa, komisyon süreci sonlandırarak, tarafların uyuşmazlık üzerinde anlaşmaya

³⁹⁷ Bkz. İlhan Yılmaz, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID: Yargılama Yetkisi**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2004, s. 84 vd.; Georgios, Petrochilos, **Procedural Law In International Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2004, s. 255; Toope, **a.g.e.**, s. 223 vd.; Yuval Shany, **The Competing Jurisdictions Of International Courts And Tribunals**, Oxford University Press, 2004, s. 192.

vardığını belirten bir rapor hazırlar³⁹⁸. Burada uzlaştırma komisyonu, taraflar arasındaki uyuşmazlığa esas teşkil eden akdî ilişkiyi ve bununla ilgili sosyal, siyasî, malî ve ekonomik şartları değerlendirerek uyuşmazlığı aydınlatır ve taraflara çözüm önerileri sunar. Taraflar sunulan çözüm önerilerini kabul ederlerse yukarıda değinildiği gibi bu husus rapor altına alınarak, uyuşmazlık sonlandırılır³⁹⁹. Taraflar arzu ederlerse rapor, anlaşmanın detaylarını da kaydedecek şekilde hazırlanabilecektir (m. 30/1)⁴⁰⁰.

Şayet komisyon, tarafların sürecin hiçbir aşamasında çözüme varma ihtimalinin olmadığını tespit etmişse tarafları konu hakkında bilgilendirdikten sonra tarafların uzlaştırma yoluna başvurduğu ancak herhangi bir anlaşmaya varamadıkları hususunu da belirten bir rapor hazırlayarak, süreci sonlandırır (m. 30/2)⁴⁰¹.

Taraflardan biri sürece katılım hususunda devamsızlık gösterirse, komisyon tarafları bilgilendirdikten sonra, tarafların uyuşmazlığı uzlaştırma yoluyla çözüme girişimini ve bunun ilgili tarafın devamsızlığı nedeniyle akamete uğradığı hususunu belirten bir rapor hazırlayarak, süreci sona erdirir (m. 30/3). Komisyon raporu da her halde, sürecin sonlandırılışını takiben altmış gün içerisinde hazırlanarak imzalanmalıdır (m. 31).

³⁹⁸ Krş. UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları m. 13, UNCITRAL Model Kanun m. 14, MTO İDH Kuralları m. 6/1-a.

³⁹⁹ Bkz. Şanlı, **a.g.e.**, s. 355. *TG World Petroleum Limited v. Republic of Niger* (Case No. CONC/03/1) vakasında taraflar Komisyon'un teşkilinden önce anlaşmaya vardıkları için süreç sonlandırılmıştır. Bkz. News from ICSID, Vol. 22, No. 1, 2005, s. 7.

⁴⁰⁰ Bkz. Parra, **a.g.m.**, s. 5 vd.

⁴⁰¹ *Togo Electricité v. Republic of Togo* (Case No. CONC/05/1) vakasında 21 Eylül 2005 tarihinde kurulan Komisyon (António Maria Ribeiro de Sampaio Caramelo (Portekiz), Başkan; Bernard Hanotiau (Belçika) ve Pierre B. Meunier (Canada)) tarafından 9 Ocak 2006 tarihinde Paris'te gerçekleştirilen ilk duruşmanın ardından, 24 Şubat 2006'da davacı, tarafların bir anlaşmaya varamadıklarını, bu nedenle sürecin sona erdirilmesini talep etmiştir. Bunu takiben davalı taraf da 7 Mart 2006'da sürecin sonlandırılması talebinde bulunmuştur. Tarafların bahsi geçen talepleri üzerine Komisyon sürecin tamamlanamadığını belirten bir rapor hazırlayarak süreci sonuçlandırmıştır (m. 30/2). Taraflar daha sonra uyuşmazlığın çözümü için tahkim mekanizmasına başvurmuşlardır (Case No. ARB/06/7). Bkz. News from ICSID, Vol. 23, No. 1, 2006, s. 12. Ayrıca Bkz. News from ICSID, Vol. 22, No. 2, 2005, s. 10.

Burada değinilmesi gereken diğerk bir husus da uzlaştırma sürecinin başarıyla sonuçlanması halinde akdedilecek olan çözüm anlaşmasının tarafları, muhtemel bir uyuşmazlığın tahkime ya da devlet yargısına taşınması halinde, dürüstlük kuralı, ticarî ve ahlâkî kurallar çerçevesinde bağlayacak olmasıdır. Bu bağlamda her ne kadar uzlaştırma sonucunda varılan anlaşma bir karar niteliğinde olmadığından doğrudan doğruya tenfiz edilemeyecek olsa da, tahkimde ve devlet yargısında taraflarca uyuşmazlığa ilişkin iddiaları güçlendirmek amaçlı kullanılabilecektir⁴⁰².

b. Raporun Nitelikleri

Rapor yazılı olmalı ve ikinci paragrafta belirtilenlere ek olarak m. 30 hükmündeki unsurları içermelidir. Bu hususlar şunlardan ibarettir (m. 32):

- a. Taraflara ilişkin kısa bir izahat (*designation*);
- b. Komisyon'un Konvansiyon hükümlerine göre kurulduğu ve kuruluşuna ilişkin kısa bir tanım;
- c. Komisyon üyelerinin isimleri ve üyeleri atayan kimselerin kimlilerine ilişkin bir açıklama;
- d. Tarafların temsilci ve avukatlarının isimleri; (*agents counsels advocate*)
- e. Komisyonca gerçekleştirilecek oturumların tarih ve yerleri;
- f. Sürecin bir özeti.

Rapor Konvansiyon'un m. 35 hükmüne göre tarafların yapmış oldukları ifade edilen görüşlerin, yapılan beyanların, süreç boyunca gerçekleşen kabul ve çözüm tekniklerinin diğerk süreçlerde kullanımına ilişkin olan bir anlaşmayı

⁴⁰² Şanlı, **a.g.e.**, s. 355. Ayrıca Bkz. Leonard, Dharmananda, **a.g.m.**, s. 301; Glossner, **a.g.m.**, s. 151; Pryles, **a.g.m.**, s. 45 vd.; Pribetic, **a.g.m.**, s. 567. Krş. UNCITRAL Model Kanun m. 14 hükmü.

da içerebilir (m. 32/2). Burada daha önce değinilen kuralların aksine diğer süreçlerde kullanılamayacak olan delillere ilişkin açıklayıcı bir belirleme yapılmamış; bu husus tarafların yapacakları anlaşmaya bırakılmıştır⁴⁰³.

Rapor komisyonca imzalanmalıdır. Her imzanın hangi tarihte gerçekleştirildiği de belirtilmelidir. Üyelerden birinin imzadan kaçınması halinde bu durum da kayıt altına alınır (m. 32/3).

c. Raporun İletimi

Raporun son uzlaştırmacı tarafından da imzalanmasını müteakiben Genel Sekreterlik ;

- a. Raporun sahilliğini tespit ederek Merkezin arşivlerinde saklama,
- b. Gönderim tarihini asıl metne ve örneklere işleyerek, taraflara metnin bir kopyasını gönderme,

görevlerini yerine getirir (m. 33/1).

Genel Sekreterlik taraflardan birine, istek üzerine, daha fazla onaylı kopya sağlayabilir (m. 33/2).

Merkez, tarafların rızası olmaksızın raporu yayımlayamayacaktır (m. 33/3)⁴⁰⁴. Bu husus ticarî sırların korunması ve bu anlamda tarafların

⁴⁰³ Bkz. UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları m. 20, UNCITRAL Model Kanun m. 10, MTO İDH Kuralları m. 7/2 hükümleri. Ayrıca Bkz. Ginkel, **a.g.m.**, s. 40; Schneider, **a.g.m.**, s. 68 vd.; Sekolec, Getty, **a.g.m.**, s. 191 vd.

uyuşmazlığın çözümü için gereken bilgileri güven içerisinde açıklayabilmeleri açısından önem arz etmektedir⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Bu hüküm nedeniyle örnek uzlaştırma vakıaları detaylı olarak yayımlanmamaktadır. Bkz. (Erişim) <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListPending> (21 Kasım 2008), <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded> (21 Kasım 2008).

⁴⁰⁵ Bkz. Schreuer, **a.g.e.**, s. 47.

SONUÇ

İnsan ilişkilerinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkların, yasal yöntemlerle, hukukun caiz kıldığı bir şekilde çözümlenebilmesi sosyal barışın sağlanabilmesi açısından oldukça önem arz etmektedir. Öte yandan yargı sistemlerine intikal eden uyuşmazlık sayısının artması da uyuşmazlıkların tatmin edici bir şekilde çözümlenebilmesi ihtimalini azaltmaktadır. İç hukuk açısından bu şekilde beliren durum, medenî yargıya alternatif çözüm yollarının geliştirilmesi arayışına neden olmuştur. Bu vesileyle uyuşmazlıkların daha kısa sürede, daha az maliyetle ve daha yapıcı bir şekilde çözümlenmesi mümkün olabilecektir.

Yukarıda değinilen eğilimin bir sonucu olarak, uyuşmazlıkların tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla çözümlenmesi temeline dayanan arabuluculuk (*arbitration*), arabuluculuk-tahkim (*mediation-arbitration*), kısa yargılama (*mini trial*), vakıaların saptanması (*fact finding*), tarafsız ön değerlendirme (*early neutral evaluation*) gibi yöntemler ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda uzlaştırma (*conciliation*) olarak ifade edilen yöntemin arabuluculuk usûlüyle aynı kurumu ifade edip etmediği ve tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kavramsal çerçevesinin çizilmesi sırasında akla gelen en önemli sorulardır. Kanaâtimizce ‘uzlaştırma’ ve ‘arabuluculuk’ aynı müesseseyi ifade etmek üzere kullanılabilecek kavramlardır. Doktrinde bu iki terimin farklı kurumları ifade ettiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Bununla birlikte söz konusu yazarların görüşleri incelendiğinde; uzlaştırma ve arabuluculuk usûllerini ayırmakta kullanılabilecek somut kriterlere ulaşamamış olduğu ve bir usûlün hangi kriterlerle uzlaştırma hangi kriterlerle arabuluculuk sayılacağı konusunda fikir birliği olmadığı görülmektedir. Bu terimlerin uluslararası kuruluşlarca yapılan düzenlemelerde de birbirinin yerine geçer şekilde

kullanılmış olduğu da dikkate alındığında her iki müessese arasında kurumsal olarak bir fark olmadığı sonucuna varmak mümkündür.

Konuya ilişkin kavramsal anlamda tartışmalı diğer bir sorun da tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Kanaatimizce kendine has özellikleriyle farklılaşmış olan tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında sayılabilecek bir usûl değildir. Zira; öncelikle tahkim süreci sonucunda; hakem heyeti tarafından verilen ve tenfizi mümkün, yani icra edilebilir nitelikte olan bir kararın ortaya çıkması; tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında değerlendirilen diğer usûllerde olduğunun aksine uyuşmazlık çözüm sürecinde yeterince aktif rol alamaması; hakemlerin ve tarafsız üçüncü kişilerin uyuşmazlık çözüm sürecindeki işlevleri göz önüne alındığında bu husus daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Zira; burada taraflar yine devlet yargısına benzer bir şekilde, menfaatlerine uygun olarak iddia ve savunmalarını bu defa hakemler önünde ortaya koymakta, sonuçta hakemler verdikleri “*karar*” ile uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktadırlar. Burada taraflar her ne kadar devlet yargısına kıyasen tahkim dilinin, uygulanacak hukukun ve hakemlerin seçimi gibi hususlarda daha aktif rol alabilme olanağına sahip olsalar da kararın oluşturulması aşamasında bu etkilerinin sınırlandığı görülmektedir. Öte yandan uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının işletilmesi suretiyle çözümlenmesi halinde sonuçta tarafsız üçüncü kişi tarafından verilen bir karar söz konusu değildir. Burada, seçilen uyuşmazlık çözüm yoluna göre değişse de, sonuçta tarafsız üçüncü kişi tarafından bir kararın verilmesi durumu söz konusu değildir. Sonuçta taraflar uyuşmazlık konusu olan hususlar üzerinde birleşirlerse, bu hususlar bir anlaşmaya (çözüm anlaşması) bağlanmaktadır. Bu durumda bir kararın tenfizi değil, tarafların sözleşmeden doğan sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Yukarıda kısaca özetlenen gelişmeler, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının milletlerarası ticaret bakımından da kullanılması ihtimalini akla getirmiştir. Zira; tahkim, özellikle uzun dönem projelere dayanan ve maliyetli işlerin yürütülmesinden doğan uyuşmazlıklarda istenilen sonuçları doğurmamaktadır. Burada taraflar menfaatleri gereği, uyuşmazlığın çıkması anına dek gerçekleştirilen çalışmaların boşa gitmemesi için uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözülerek, projenin tamamlanabilmesini arzu etmektedirler. Benzer bir durum tarafların uzun dönemli tek bir projeyi yürütüyor olmasalar da sıklıkla ticarî ilişkiler kurmaları halinde de mevcuttur. Bu durumda da tarafların uyuşmazlığın çözümü sürecinde hasım olmaları, gelecekte gerçekleştirmeleri muhtemel olan uyuşmazlıkları etkileyecek, ekonomik menfaatlerini zedeleyecektir. Bu tür durumlarda devlet yargısına başvurmak; kararın tenfizi, taraf tatmininin sağlanamaması, yargılama esnasında nesnelliğin sağlanamayacağı endişesi gibi nedenlerle akılcı olmadığı gibi, tahkime başvurmak da taraf menfaatlerini koruyabilme adına yetersiz kalmaktadır. Zira; tahkim sürecinde de taraflar ve ekonomik menfaatleri karşı karşıya gelmekte, taraflar arasındaki olumlu ilişkiler zedelenmektedir. Söz konusu ihtiyaç konunun uluslararası kuruluşlarca ele alınmasının da temel nedenleri arasında bulunmaktadır. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), Milletlerarası Ticaret Odası (MTO-ICC), Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID), tarafından çeşitli çalışmalar yapılmıştır.

Tezimizde konunun milletlerarası ticaret açısından incelenmesi kapsamında ilk olarak UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları ele alınmıştır. Söz konusu Kurallar tarafların doğrudan doğruya aralarındaki sözleşmede bir atıf hükmüne yer vermek suretiyle uygulama alanı bulabilecektir. UNCITRAL tarafından alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında gerçekleştirilen düzenlemelerden ikincisi ise Uzlaştırmaya Dair Model Kanun' dur. Model Kanun, amaç itibarıyla Uzlaştırma Kurallarından farklılık arz etmektedir. Bu anlamda, Model Kanun sadece konuyla ilgili düzenleme yapacak olan

devletlere yol göstermek amacını taşımaktadır. Bu halde taraflar aralarındaki sözleşmede Model Kanun'a atıf yapmak suretiyle söz konusu Kuralların uygulanmasını sağlayamayacaklardır.

Uluslararası kuruluşlar tarafından ortaya konan ve tezimizde inceleme konusu yapılan diğer bir düzenleme Milletlerarası Ticaret Odası İhtilafların Dostane Halli Kurallarıdır. Söz konusu Kurallar taraflara uzlaştırma usûlü dışında; tarafsız değerlendirme, kısa yargılama, diğer bir ihtilafın halli tekniği ve ihtilafların halli tekniklerinin bileşimi gibi seçenekler de sunmaktadır. Bu husus uyuşmazlık çözüm sürecinin başarıya kavuşturulması için uyuşmazlığın niteliği ve tarafların isteklerine uygun usûlün tespit edilebilmesi bakımından oldukça önemlidir.

Tezimizde son olarak ICSID Uzlaştırma Kuralları incelenmiştir. Söz konusu Kurallar, uzlaştırmayı yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde tahkime bir alternatif olarak getirmiş olması bakımından, oldukça önemlidir. Zira; burada milletlerarası ticaretten doğan sıradan bir ilişki değil, hassas dengelere dayanan bir yatırım ilişkisi söz konusudur.

Sonuçta, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, bu alandaki terminolojik karmaşa bir tarafa bırakılırsa, taraflara klasik yöntemlerin yanı sıra yeni seçenekler sunması anlamında oldukça önemli bir yapıyı ifade etmektedir. Konu milletlerarası ticaret açısından ele alındığında bu husus daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Zira; milletlerarası ticarî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde; zaman, uyuşmazlığın çözüm maliyeti ve taraf iradelerinin süreçteki rolü son derece kritik noktaları ifade etmektedir. Kanaatimizce taraf iradelerine uygun çözümler üretilmesini sağlayabilecek esneklikte olan bu tür bir mekanizma, salt kavramsal sorunlarla gölgelenmemeli, işlevsel anlamda da değerlendirilmelidir. Böylece

taraf tatmininin tam olarak gerçekleştirilebileceği başarılı bir uyuşmazlık çözüm yönetimi gerçekleştirilebilecektir. Ancak burada kastımız, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının her anlamda “*her derde deva*” bir seçenek olduğu değildir. Kuşkusuz alternatif uyuşmazlık çözüm yolları da ancak taraf iradelerine ve uyuşmazlığın niteliğine uygun yöntemin tercihi ile başarıyı getirebilecektir. Öte yandan, milletlerarası ticaret açısından devlet yargısının hâlihazırda bir nevî devre dışı bırakılmış olduğu göz önünde tutulduğunda, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tahkimle kıyaslanarak, her defasında tahkimin daha üstün olduğunu kanıtlama şeklinde beliren yaklaşımın terk edilerek, daha yapıcı ve işlevsel bir tutumun benimsenmesi kanaatimizce yeni gelişmelere ışık tutacaktır.

KAYNAKÇA

I. Genel Eserler, Monografiler, Tezler

AKINCI, Ziya; **Milletlerarası Tahkim**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007 (Milletlerarası Tahkim).

AMERASINGHE, Chittharanjan Felix; **Local Remedies in International Law**, 2 nd Ed., New York, Cambridge University Press, 2004.

BALCI, Muharrem; **İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim**, İstanbul, Danışman Yayınevi, 1999. s. 23 vd.

BOULDING, Kenneth E.; **Conflict and Defense: A General Theory**, New York, Harper & Row, 1962.

BÜHRING-UHLE, Christian; **Arbitration and Mediation in International Business**: Designing Procedures for Effective Conflict Management, Hague, Kluwer Law International, 1996.

CHASE, Oscar G.; **Law, Culture and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context**, New York, New York University Press, 2005.

COTTER, Susan, CAMPBELL, Dennis; **Dispute Resolution Methods**, The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue, London, Graham&Trotman/Martinus Nijoff, 1994.

CRAIG, Laurence, PARK, William W., PAULSSON, Jan; **International Chamber of Commerce Arbitration**, 3rd Ed., New York, Oceana Publications Inc./Dobbs Ferry, 2000 .

ÇETİN, Canan; **Müzakere Teknikleri**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007.

DAYINLARLI, Kemal; **UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim**, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2007.

DERAİNS, Yves, SCHWARTZ, Eric; **A Guide to the ICC Rules of Arbitration**, 2nd Ed., The Hague, Kluwer Law International, 2005.

DICEY A. V., MORRIS J. H. C.; **The Conflict of Laws**, Gen. Ed. Lawrence Collins, Vol. 1, 13 th Edition, London, Sweet&Maxwell, 2000.

DOMKE, Martin; **Commercial Arbitration**, New Jersey, Foundations of Law in a Business Society, 1965.

ELKOURI Frank, ELKOURI Edna Asper; **How Arbitration Works**, Revised Ed., Washington, BNA Incorporated, 1960.

EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Tıpkı 7. Baskı, Ankara, Beta Yayınevi, 2001.

ERTEN, Rifat; **Milletlerarası Özel Hukukta Spor**, Ankara 2007 (Spor).

GARNETT Richard vd.; **A Practical Guide To International Commercial Arbitration**, Oceana Publications Inc., New York, 2000.

HARTLEY, Roger E.; **Alternative Dispute Resolution in Civil Justice Systems**, New York, LFB Scholarly Publishing LLC, 2002.

HIBBERD Peter, NEWMAN Paul; **ADR and Adjudication In Construction Disputes**, London, Blackwell Science, 1999.

ILDIR, Gülin; **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003 (Alternatif).

İhtilafların Halli İçin Verilen Hizmetler: İhtilafların Dostane Halli, İDH Kuralları ve MTO İDH Rehberi, MTO Yayın No: 809, Ankara 2001.

KALPSÜZ, Turgut; **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007, (Milletlerarası Tahkim).

KIZILOT, Şükrü, KIZILOT, Zuhale; **Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları**, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2008.

KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder; **Medenî Usul Hukuku**, Değiştirilmiş 18. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2007.

LOVENHEIM, Peter; **Mediate Don’t Litigate**, Berkeley, Nolo Press 2004.

NOMER Ergin, ŞANLI Cemal; **Devletler Hususî Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007.

ÖZBEK, Mustafa; **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2004, (Alternatif).

PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, ÖZEKES Muhammet; **Medenî Usul Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2006.

PETROCHILLOS, Georgios; **Procedural Law In International Arbitration**, Oxford, Oxford University Press, 2004.

REDFERN, Alan vd.; **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, 4th Ed., London, Sweet&Maxwell, 2004.

REYNOLDS, Michael P.; **Arbitration**, London, Lloyd's of London Press Ltd., 1993.

SALACUSE, Jeswald W.; **Global Negotiator : Making, Managing and Mending Deals Around the World in the Twenty-First Century**, Gordonsville, Palgrave Macmillan, 2003.

SCHÄFER, Erik, VERBIST, Herman, IMHOOS, Christophe; **ICC Arbitration in Practice**, The Hague, Kluwer Law International, 2005.

SCHREUER, Christoph; **The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States**, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

SCHWEBEL, Stephen M.; **International Arbitration: Three Salient Problems**, Cambridge Grotius Publications Limited, 1987.

SHANY, Yuval; **The Competing Jurisdictions Of International Courts And Tribunals**, Oxford University Press, 2004.

SINGER, Linda; **Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families and the Legal Sytem**, 2nd Edition, Colorado, Westview Press, 1994.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy; **International Law on Foreign Investment**, 2nd Edition, West Nyack, New York, Cambridge University Press, 2004.

ŞANLI, Cemal; **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005.

ŞİT, Banu; **Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2005.

TOOPE, Stephen J.; **Mixed International Arbitration: Studies In Arbitration Between States And Private Persons**, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1990.

WINKLER, Klaus; **Alternative Dispute Resolution Enables Efficient Negotiations: Conclusions From Dispute Resolution in Network Industries**, Heidelberg, Physica-Verlag, 2006.

YILMAZ, İlhan; **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID: Yargılama Yetkisi**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2004.

ZHAO, Yun; **Dispute Resolution in Electronic Commerce**, Leiden, NLD: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

I. Makaleler

AKINCI, Ziya; “Devlet Yargısı ile Kıyaslandığında ICC Tahkimi Uygulaması”, **Milletlerarası Tahkim Semineri** Ankara, ICC Türkiye Millî Komitesi, 3 Kasım 2006, s. 113-131 (ICC Tahkimi) .

AKINCI, Ziya; Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, **BATİDER**, C. XVIII, Sayı 4, Aralık 1996, s. 173-177. (Alternatif Çözüm Yolları).

“Alternative Dispute Resolution (“ADR”)”, **ADRLJ**, June 1994 (2), s. 83-91.

ANGELO, José, FARÍA, Estrella; “ The Work of The United Nations Comission on International Trade Law (UNCITRAL) in 1996, **Unif. L. R.**, Vol. 1, 1996, s. 476-493.

ARNOLD, Tom; "MEDALOA: The Dispute Resolution Process of Choice", **A.B.A. Conflict Management**, Vol. 6, Issue: 3, 2003, s. 1-11.

AUFSES, Arthur H.; **Litigation**, Vol. 16, No. 3, Spring 1990, s. 33-57.

BALL, Markham; "ADR In International Transactions", **Int'l Fin. Rev.**, Vol. 8, 1989, s. 21-23.

BERGER, Klaus Peter; "Evidentiary Privileges: Best Practice Standarts versus/and Arbitral Discretion", **Arb. Int'l**, Vol. 22, No. 4, s. 501-520 (Evidentiary Privileges).

BERGER, Klaus Peter; Law and Practice of Escalation Clauses, *Arbitration International*, Vol. 22, No. 1, 2006, s. 1-18 (Escalation Clauses).

BINGHAM, Lisa B.; "The Next Step: Research on How Dispute System Design Affects Function", **Negotiation Journal**, October 2002, s. 375-379.

BINGHAM, Lisa Blomgren vd.; "Dispute Resolution and The Vanishing Trial: Comparing Federal Government Litigation and ADR Outcomes", <http://ssrn.com/abstract=1127878> (20 Ekim 2008) s. 1-43.

BİRSEL, Mahmut; "Milletlerarası Tahkimde Tahkim Yerinin Seçiminin Önemi", **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, ICC Türkiye Millî Komitesi, 10 Mart 2003, s. 64-79.

BOO, Lawrence G. S.; "Arbitration", **SAL Ann. Rev.**, Vol. 2002, s. 29-42 .

Book Review, "Campbell McLACHLAN, Laurence SHORE and Matthew WEINER, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2007", **Disp. Res. J.**, February-April 2008, s. 84.

Book Review, "ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures, Edited by Jean-Claude Goldsmith, Arnold Ingen-Housz, Gerald H. Pointon. Alphen aan den Rijn, the Netherlands, Kluwer Law International, 2006." **Disp. Res. J.**, February-April 2008, s. 83-85.

Book Review, "Anthony Connerty, Manual of International Dispute Resolution, London, Commonwealth Secretariat, 2006", **Disp. Res. J.**, February-April 2008, s. 85.

BRADBEER Ronald, SHACKLETON Stewart; "The Only Alternative", **The Lawyer**, Vol. 15, 2005, s. 17.

BRISTOW, David I.; "Alternative Methods of Dispute Resolution in Canada", **ADRLJ**, Part 4, December 1992, s. 194-211 (Canada).

BRISTOW, David I.; "The Gathering Storm of Arbitrators' and Mediators' Liability", **ADRLJ**, Part 4, December 2000, s. 312-323. (Gathering Storm)

BROWN, Henry; "England, Dispute Resolution Methods", **The Comparative Law Yearbook of International Business**, Special Issue, 1994, s. 151-180.
 Bruce L. BENSON, "Arbitration", <http://www.scribd.com/doc/239471/Arbitration> (22 Ekim 2008), s. 159-193.

BUCKLEY, Ross P., BLYSCHAK, Paul; "Guarding the Open Door: Non-Party Participation Before The International Center for Settlement of Investment Disputes", (Erişim) <http://www.ssrn.com/abstract=989264> (14 Kasım 2008), s. 1-22.

BUERGENTHAL, Thomas; The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law, **Arb. Int'l**, Vol. 22, No. 4, s. 495-499.

Bursa Barosu'nun yüzüncü yılı nedeni ile 15-16 mart 2008 de Bursa'da toplanan Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, baro başkanları ve Bursa Barosu'nun kamuoyuna duyurusu (Erişim) <http://www.bursabarosu.org.tr/haberler.php?kimlik=122>.

BÜHRING-UHLE, Christian, SCHERER, Gabriele, KIRCHHOFF, Lars; "The Arbitrator as Mediator: Some Recent Empirical Insights", **ADRLJ**, Vol. 20, No. 1, February 2003, s. 81-89.

BYRON, Suzanne vd.; "Akademik Ortamlarda Meydana Gelen Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Usûllerinin Kullanımı", Çev. Doç. Dr. Ömer Özkan, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_446.htm (26.07.08).

CRANSTON, Ross; "Theorizing Transnational Commercial Law", **Texas Int'l L. J.**, Vol. 42, s. 600-617.

CHORNENKI, Genevieve A., "Criteria for Successful Mediation: A Users' Guide", **ADRLJ**, s. 279-288.

Chapter Nine of the Latham Report: Dispute Resolution, **ADRLJ**, Vol. 4, 1995, s. 164-170.

CARR, Chris A., JENCKS, Michael R.; "The Privatization of Business and Commercial Dispute Resolution : A Misguided Policy Decision", **Kentucky Law Journal**, Vol. 88, 1999-2000, s. 183-243.

JAMES, Mark Huleatt; "The Avoidance of Delay in Dispute Resolution for International Projects", **ADRLJ**, Part 4, December 1992, s. 211-219.

CLARK, E. Eugene; " Arbitration, Dispute Resolution and the World Wide Web", **ADRLJ**, Vol. 7, 1998, s. 3-18.

COSTELLO, Edward J.; "To Mediate or Not To Mediate", **ADRLJ**, 1998, Vol. 7, s. 25-30.

CUSHNER, Stacey Lynne; "Mediation in the United States", **ADRLJ**, Part 2, June 2000, s. 107-116.

COE, Jack J.; "The Serviceable Texts of International Commercial Arbitration: An Embarrassment of Riches", **Willamette J. Int'l. L. & Dis. Res.**, Vol. 10, 2002, s. 143-159.

COWLES, Alfred E.; "An Experienced Mediator Views the Advantages of Mediation and Arbitration", **The Business Lawyer**, Vol. 29, 1973-1974, s. 1047-1050.

"Current Developments"; **AJIL**, Vol. 74, 1980, s. 954-967.

ÇOLAK, Halûk; Yeni Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Cezai Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolu Olarak Uzlaşma (Mediation), **TBBD**, 2006/63, s. 127-145.

CERTILMAN, Steven A.; "A Comparison of Selected Arbitration Rules", **Alternatives**, Vol. 26, No. 5, May 2008, s. 91-99.

D'ALO, Grace E.; "Justice, Understanding and Mediation: When Talk Works, Should We Ask for More?", **Negotiation Journal**, July 2003, s. 215-227.

DANNIN, Ellen J.; "Contracting Mediation: The Impact of Different Statutory Regimes", **Law and Society Conference Snowmass Village**, Colorado, June 4-7, 1998, s. 1-43. 67 Çevrimiçi) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=156888 (8 Kasım 2008).

DEASON Ellen E.; "Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation-Worldwide", **Public Law and Legal Theory**, Working Paper Series No. 22, **Center for Law, Policy and Social Science**, Working Paper Series No. 15, s. 1-46, (çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=583141> (18 Ekim 2008).

DAUER, Edward A.; "The Future of ADR", **Pepp. Disp. Resol. L.J.**, 2000-2001, s. 6.

DEASON, Ellen E.; Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation- Worldwide, **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 22, **Center for Law, Policy and Social Science Working Paper Series**, No. 15, August 2004, s. 1-46. (Erişim) <http://ssrn.com/abstract=583141> (20 Ekim 2008) .

DEMİR, Şamil; Arabuluculuk Tasarısının Bazı Maddeleri Hakkında Görüşler, http://arabulucu.com/index.php?option=com_content&view=article&id=90:arabuluculuk-kanunu-tasarsnn-baz-maddeleri-hakknda-goerueler&catid=35:arabuluculuk&Itemid=58.

Developments: The Paths of Civil Litigation, **Harv. L. Rev.** , Vol. 113, 2000, s. 1851-1875.

DIAMANT, Neil J.; "Conflict and Conflict Reolution in China: Beyond Mediation Centered Approaches", **Journal of conflict Resolution**, Vol. 44, No. 4, August 2000, s. 523-546.

Dispute Before The Center, **News from ICSID**, Vol. 24, No. 2, 2007, s. 2.

DURAND, Barlett K.; "International ADR Conference (Mediation Simulation and Panel Discussion)", **APLPJ**, Vol. 3, 2002, s. 437-464.

FAUCHALD, Ole Kristian; “ The Legal Reasoning of ICSID Tribunals: An Empirical Analysis”, **EJIL**, Vol. 19, No. 2, 2008, s. 301-364.

FINKELSTEIN, A. William, vd.; “ADR in the US: The Time Has Come”, **Managing Intellectual Property**, March 1994, s. 21-22.

FRANKLIN, Kim; “Arbitration v. Alternatives”, **ADRLJ**, June 2000, Part 2, s. 89-116.

GINKEL, Eric van; “The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation: A Critical Appraisal”, **J. Int. Arb.**, Vol. 21, No. 1, 2004, s. 1-65.

GLOSSNER, Ottoarndt; “Enforcement of Conciliation Settlements”, **Int’l. Bus. Law.**, Vol. 11, 1983, s. 151-153.

GOLDBERG, Stephen B. vd.; “Litigation, Arbitration or Mediation: A Dialogue”, **A.B.A.J**, June 1998, s. 70-72.

GRIFFITH, Gavan, Andrew, Mitchell; “Contractual Dispute Resolution in International Trade; the UNCITRAL Arbitration Rules (1976) and the UNCITRAL Conciliation Rules (1980)”, **Melbourne Law School Legal Studies Research Paper**, No. 217, March 2007, s. 184-199.

GREENWALD, Robert F.; “Dispute Resolution Through Mediation”, **A.B.A.**, Vol. 64, 1978, s. 1250-1254.

GUTHRIE, Robert; “Negotiation, Power in Conciliation and Review of Compensation Claims, **Law&Policy**, Vol. 24, No.3, September 2002, s. 229-268.

HARRIS, Bruce; ADR in Maritime Disputes, **ADRLJ**, June 1992, Part 2, s. 65-128.

HAUER, Harvey I.; Making Mediation Work, **Fam. Advoc**, Vol. 19, 1996-1997, s. 26-28.

HENRY, James F.; “ Some Reflections On ADR”, **J. Disp. Resol.**, Vol. 2000, No. 1, s. 63-70.

HILL, Richard; “Common Points and Differences Among Different Types of Mediation”, **ADRLJ**, Part 2, June 2000, s. 95-107.

HOFFMAN, Bernd Von; “UNCITRAL Rules”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, ICC Türkiye Millî Komitesi, 5 Kasım 2001, s. 40-55.

HOLTZMANN, Howard M.; “Recent Work on Dispute Resolution by the United Nations Commission on International Trade Law”, **ILSA J. Int’l & Comp. L.**, Vol. 5, 1999, s. 425-431.

ILDIR, Gülin; “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama”, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki KURU Armağanı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayın No.8, 2004, s. 385-402 (Hak Arama).

Isaak I., Dore; “ Peaceful Settlement of International Trade Disputes: Analysis of the Scope of Application of the UNCITRAL Conciliation”, **Colum. J. Transnat’l L.**, Vol. 21, 1982-1983, s. 339-352.

IWASAKI, Kazuo; “Japan”, **Dispute Resolution in Asia**, The Hague, Kluwer Law International, 1997, s. 117-148.

JIMENÉNEZ-FIGUERES Dyala; “Amicable Means to Resolve Disputes: How the ICC ADR Rules Work” **ADRLJ**, Vol. 21, No. 1, 2004, s. 91-101.

KALPSÜZ, Turgut; “Tahkim Giderleri”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, ICC Türkiye Millî Komitesi, 3 Kasım 2006, s. 13-46.

KENTIN, Esther; “Sustainable Development In International Investment Dispute Settlement: The ICSID And NAFTA Experience”, **International Law and Sustainable Development: Principles and Practice**, Editors, Nico Schrijver , Friedl Weiss, Leiden, Brill Academic Publishers, 2004, s. 309-338.

KERBESHIAN, Lynn A.; “ADR: To Be Or...?”, North Dakota Law Review, Vol. 70, 1992, s. 381-400.

KONURALP, Halûk, KONURALP, Aynur; “Borsa Uyuşmazlıkları”, **Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan**, Ankara 1998, s. 591-608.

KNUTSON, Robert; “ICC, ADR and DRBs: A DIY Solution to ICDs”, **Int’l. Bus. Law.**, Vol. 30, March 2002, s. 119-125.

KRIVIS, Jeffrey; “Mediating in Cyberspace”, **ADRLJ**, Vol. 7, 1998, s. 19-24.

KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan; “Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri”, **Batider**, C. XXII, S.4, s. 47-76.

KLEMENT, Alon, NEEMAN, Zvika; “Civil Justice Reform: A Mechanism Design Framework”, June 2007, s. 1-16. (Erişim) <http://ssrn.com/abstract=998028> (20 Ekim 2008).

LABES, Hubertus W.; “Germany, Dispute Resolution Methods”, **The Comparative Law Yearbook of International Business**, Special Issue, 1994, s. 181-204.

LaMOTHE Lousie A.; “Thinking About Mediation”, **Litigation**, Vol. 19, No. 4, 1992-1993, s. 1-4.

LEONARD Sarah, DHARMANANDA Kanaga; "Peace Talks Before War: The Enforcement of Clauses for Dispute Resolution Before Arbitration", **J. Int. Arb.**, 23(4), 2006, s. 301-315.

LINDHOLM, Donald W.; "The Mediation Succeeds The Mediation Fails: What Do You Owe Each Party?" **Fam. Advoc.**, No. 9, 1986-1987, s.14-36.

LI, Catherine; "Evaluating the Various Non-Litigation Processes for Resolving Disputes: The Cost-Effectiveness Approach", **J. Int. Arb.**, s. 435-449.

LOMBARDI, Domenico; **The Governance of the World Bank: Lessons from the Corporate Sector**, The Review of International Organizations, Vol. 3, No. 3, September 2008, s. 287-323.

MANTILLA-SERRANO, Fernando, ADAM, John; "UNCITRAL Model Law: Missed Opportunities for Enhanced Uniformity", **U.N.S.W.L.J.**, Vol. 31. No. 1, 2008, s. 307-318.

MATTLI, Walter; "Private Justice in a Global Economy: From Litigation to Arbitration", **The Rational Design of International Institutes**, Ed. Barbara Koremenos, Charles Lipson, Duncan Snidal New York, Cambridge University Press, 2004, s. 159-189.

McCABE, Douglas M.; "Alternative Dispute Resolution and Employee Voice in Nonunion Employment: An Ethical Analysis of Organizational Due Process Procedures- The Case of The United States", **Journal of Business Ethics**, Vol. 16, 1997, s. 349-356.

MOSTEN, Forest S.; "Makes Sense: How to Prevent an International Crises", **Fam. Advoc.**, Vol. 15, 1992-1993, 44-45.

MYERS, Edward B.; "Mediation and Energy Law", **Nat. Resources & Env't**, Summer 1997, s. 56-58.

MEESEN, Karl M.; "International Investment and Dispute Settlement", **Conflict Resolution in International Trade: A Symposium**, Eds. Daniel, Friedmann, Ernst-Joachim, Mestmäcker, Baden-Baden, 1993, s. 111-123.

McCLENDON, J. Stewart; "Alternate Methods of Dispute Settlement", **Hous. L. Rev.** Vol.17 1979-1980, s. 979-990.

McGOVERN, Francis E., HARE, Francis H.; "Lessons From U.S Alternative Dispute Resolution, Mediation: An Alternative Method of Dispute Resolution?", Lausanne, the 14th and 15th November 1991, s. 165-175.

MOSER, Michael J.; "Hong Kong", **Dispute Resolution in Asia**, The Hague, Kluwer Law International, 1997, s. 95-106 (Hong Kong).

MOSER, Michael, J.; "People's Republic of China", **Dispute Resolution in Asia**, Editor, Michael Pryles, The Hague, Kluwer Law International, 1997, s. 73-94 (China).

NEBLETT, Thomas Fair; "International Mediation and Conciliation: A Permanent Function", **International Lawyer**, Vol. 3, No. 2, 1968-1969, s. 332-338.

NADLER, Janice; "Electronically-Mediated Dispute Resolution and E-Commerce", **Negotiation Journal**, October 2001, s. 333-347.

NOTTAGE, Luke; "Is International Commercial Arbitration ADR?", **The Arbitrator & Mediator**, Vol. 21, No. 1, May 2002, s. 83-92.

NURICK, Lester; SCHNABLY, Stephen J.; "The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago", **ICSID Review: Foreign Investment L.J.**, Vol. 1, 1986, s. 340-353; reprinted in ICSID Reports, Vol. 2 (Rosemary Rayfuse, ed., and E. Lauterpacht) Consulting Ed., Cambridge University Press, 1994, s. 399-419.

OGHIGIAN, Haig; "The Mediation/Arbitration Hybrid", **ADRLJ**, Vol. 20, No. 1, February 2003, s. 75-81.

ONWUAMAEGBU, Ucheora; "The Role Of Adr In Investor-State Dispute Settlement: The ICSID Experience" News from ICSID, Vol. 22, No. 2, 2005, s. 12-14.

O' REILLY Michael; MAWDESLY Michael, The Management of Disputes: A Risk Approach, **ADRLJ**, Part 4 ,December 1994, s. 241-320.

ÖZBEK, Mustafa; "Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", **AÜHFD**, C. 51, S. 2, 2002, (Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketi), s. 121-162.

ÖZBEK, Mustafa; "Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk", **Ankara Barosu Dergisi**, 2001/3, s. 113-139 (Avukatlık).

PARKER, Diana; "Where is the " Me" in Mediation", **ADRLJ**, Part 2, June 1993, s. 85-90.

LIDE, E. Casey; "The Role of Alternative Dispute Resolution in Online Commerce, Intellectual Property and Defamation", **ADRLJ**, Vol. 7, 1998, s. 31-51.

OLASEK, Martina; “The Consultation Period Requirement In Investment Treaties As A Matter Of Jurisdiction, Admissibility or Procedure”, *News from ICSID*, Vol. 23, No. 1, 2006, s. 14-17.

ÖZOK, Özdemir; Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Özdemir Özok’un Bursa Barosu’nun Yüzüncü Yılı Nedeniyle 15-16 Mart 2008’de Bursa’da yapılan Baro Başkanları Toplantısı’nda yaptığı konuşma Bkz. http://www.barobirlik.org.tr/tbb/baskan/konusmalar/080315_bursa.aspx (16.07.08).

PARRA, Antonio R.; “The Role of ICSID in the Investment Disputes”, **News from ICSID**, Vol. 16, No. 1, Winter 1999, s. 5-8.

PEARSON Jessica, THOENNES Nancy; “The Benefits Outweigh the Costs” **Fam. Advoc.**, Vol. 4, 1981-1982, s. 26-32.

PEARSON, Yvonne; “Early Neutral Evaluations: Applications To Custody And Parenting Time Cases Program Development And Implementation In Hennepin County, Minnesota”, **Family Court Review**, Vol. 44 No. 4, October 2006, s. 672–682.

PHILIPS Barbara Ashley, PIAZZA Anthony; “How to Use Mediation?”, **Litigation**, Vol. 10, 1983-1984, s. 31-33.

PICARD, Cheryl A., MELCHIN, Kenneth R.; “Insight Mediation: A Learning Centered Mediation Model”, **Negotiation Journal**, January 2007, 35-53.

POTTER, Richard B.; “The Role of ADR Clauses In Avoiding Foreign Litigation Entanglements”, **Can. Bus. L. J.**, Vol. 28, 1997, s. 415-429.

POTTER, Richard B.; "Resolving Disputes in The Computer/IT Industry: The Courts, ADR or What?", **Int'l J. L. & Info. Tech.**, Vol. 1, No. 1, 1993-1994, s. 107-113 (IT Industry).

PRIBETIC, Antonin, I.; "The Third Option: International Commercial Mediation", **World Arbitration & Mediation Review**, Vol. 1, No. 4, s. 563-587.

PRYLES, Michael; "Australia", **Dispute Resolution in Asia**, Ed. Michael Pryles, The Hague, Kluwer Law International, 1997 s. 25-46.

RAM, Avigail, ROSS, Hildy; 'We Got to Figure it Out': Information-sharing and Siblings' Negotiations of Conflicts of Interest", **Social Development**, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2008, s. 1-16.

RENDELL, Marjorie O.; "ADR Versus Litigation", **Dispute Resolution Journal**, February 2000, s. 69-72.

REIF, Linda C.; "Conciliation as a Mechanism for the Dispute Resolution of International Economic and Business Disputes", **Fordham Int'l L. J.**, Vol. 14, 1990-1991, s. 578-638.

ROSELL, José; "Arbitration v. State Courts; Arbitration Confidentiality Challenged by The State Courts", **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, ICC Türkiye Millî Komitesi, 10 Mart 2003, s. 84-100 vd.

ROSENBERG, Joshua D. H., FOLBERG, Jay; "Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis", **Stanford Law Review**, Vol. 46, July 1994, s. 1487-1551.

RUFFIN, Fayt A.; "UNCITRAL Strives Toward a Global Partnership for Development", **UN Chronicle**, No. 1, 2004, s. 32.

SACKS, Michael Alan, REICHART, Karaleah S., PROFFITT, W. Trexler; "Broadening the Evaluation of Dispute Resolution: Context and Relationships Over Time", **Negotiation Journal**, October 1999, 339- 345.

SANTERAMO, Jordan Leigh; "Early Neutral Evaluation in Divorce Cases", **Family Court Review**, Vol. 4, No. 2, April 2004, 321-341.

SCHNEIDER Michael E.; " Is There an Expanding Culture that Favours Combining Arbitration, Conciliation or Other Dispute Resolution Procedures?:Combining Arbitration with Conciliation", **International Dispute Resolution, Towards an International Arbitration Culture** , Gen. Ed. Albert Jan Van Den Berg, The Hague, Kluwer Law International, 1996, s. 57-99.

SCHOENY Mara, WARFIELD Wallace; "Reconnecting Systems Maintenance with Social Justice: A Critical Role for Conflict Resolution", **Negotiation Journal**, July 2000, s. 253-266.

SEKOLEC, Jernej; "International Dispute Resolution: Areas Where Further Research may be Useful", **ADRLJ**, Vol. 20, No. 1, February 2003, s. 35-67.

SEKOLEC, Jernej, Michael B.GETTY; " The UMA and the UNCITRAL Model Rule: An Emerging Consensus on Mediation and Conciliation", **J. Disp. Resol.**, Vol. 2003, No. 1, s. 175-196.

SHAPIRO, David; "Pushing the Envelope: Selective Techniques in Tough Mediations", **ADRLJ**, June 2000, Part 2, s. 117-125.

SILVA-ROMERO, Eduardo; "ICC Alternative Dispute Resolution and Transition Countries", **EBLR**, 2006, s. 409-412.

Society of Maritime Arbitrators; "Rules for Conciliation", **J. Mar. L. & Com.**, Vol. 21, No. 1, January 1990, s. 145-149.

SOLUM, Lawrence B.; "Procedural Justice", Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 04-02, Spring 2004, s. 1- 125. (Erişim) <http://ssrn.com/abstract=508282> (20 Ekim 2008).

SORNARAJAH, M.; "A Law for Need or A Law for Greed?: Restoring the Lost Law in the International Law of Foreign Investment", **Int'l. Environ. A.**, Vol. 6, No. 4, December 2006, s. 329-357.

STEELE, Brette L.; "Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards Under the New York Convention", **UCLA Law Review**, Vol. 54, 2007, s. 1386-1412.

STERNLIGHT, Jean R.; "Is Alternative Dispute Resolution Consistent with the Rule of Law?: Lessons from Abroad", **De Paul Law Review**, Vol. 59, 2006, s. 596-592.

STREET, Laurence; "The Language of Alternative Dispute Resolution", **ADRLJ**, September 1992, Part 3, s. 129-192. (The Language).

STEVENS, Margrete; "Arbitration and Investment Disputes : Are We Heading in the Right Direction", **News from ICSID**, Vol. 19, No. 1, Spring 2002, s. 10-12.

STONE, Katherine V. W.; "Alternative Dispute Resolution: Encyclopedia of Legal History", **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, University of California, Los Angeles School of Law, Research Paper No. 04-30, t.y, s.1-6.

(çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=631346> (18 Ekim 2008).

STULBERG, Joseph B.; "Mediaton and Justice: What Standarts Govern?", **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 37, August 2005, (Erişim) <http://ssrn.com/abstract=800827> (20 Ekim 2008), s. 1-44.

SUY, Erik; "Achievements of the United Nation Commission on International Trade Law", **Int'l L.**, Vol. 15, 1981, s. 139-148.

TANRIVER, Süha; "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", **TBB Dergisi**, S. 64, Y. 2006, s. 151-176.

THOMPSON, Terence W.; "The UNCITRAL Arbitration", **Harv. Int'l. L. J.**, Vol. 17, 1976, s. 141-154.

ULUKAPI, Ömer; "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları", **SÜHFD**, Prof. Dr. M. şakir Berki'ye Armağan, 1996/1-2, s. 77-101.

VERNON, Raymond; "International Trade Policy in The 1980's: Prospects and Problems", **Interntional Studies Quarterly**, Vol. 26, No. 4, December 1982, s. 483-510.

VERA, Carlos De; "Arbitrating Harmony: Med-Arb and the Confluence of Culture and Rule of Law In the Resolution of International Commercial Disputes In China", **Columbia Journal of Asian Law**, Vol., 18, No. 1, 2004, s. 149-194.

WAGNER, John; "International ADR Conference (Mediation Simulation and Panel Discussion)", **APLPJ**, Vol. 3, 2002, s. 440.

WARBACK, Johannes; “Alternative Dispute Resolution in the World of Business: A Comparative Analysis of the Use of ADR in the United Kingdom and in Germany”, **ADRLJ**, Vol. 7, 1998 s. 104-131.

WEINBERG, Donald H.; “A Municipal Official Views the Advantages of Mediation and Arbitration”, **Bus. Law.**, Vol. 29, April 1974, s. 1043-1045.

XIAO, Yang; “ An Insight into Foreign Investment Dispute Resolution in China,: Adherence to the Administration by Law, Improvement of the Quality of Government”, **Qui Shi**, Issue 1, s. 292-312.

YANNICK, Gabuthy; “Online Dispute Resolution and Bargaining”, **European Journal of Law and Economics**, Vol. 17, 2004, s. 353-371.

YEŞİLADALI, D. Derya; “ADR Kuralları: Çeviri”, **TBBD**, S. 72, Eylül-Ekim, 2007, s. 21-32.

YILMAZ, Ejder; “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi: Avukatlık Kanunu m. 35/A”, **75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki KURU Armağanı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2004, s. 843-856.

I. Faydalanılan İnternet Sayfaları

<http://www.arbitrators.org/index.asp>.

<http://www.academy-experts.org/mediaadr.htm>.

<http://www.cedr.co.uk/conflict>.

<http://www.cic.org.uk>.

<http://www.cic.org.uk/home/index.shtml>.

[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0196:EN:NOT)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0196:EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0196:EN:NOT)

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf .

[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF)

http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/civil/dispute/fsj_civil_dispute_en.htm .

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending>.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp> .

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm>.

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/arabuluculuk.htm>.

Leonard P., Reina; Beyond Mediation, (Erişim)

<http://library.findlaw.com/2000/May/1/127071.html> .

??<http://www.kgm.adalet.gov.tr/arabuluculuk.htm>.

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/arabuluculuk.htm>.

TBB ULUSLARASI İLİŞKİLER “Akdeniz Bölgesinde Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Önlenmesi ve Çözümlemesi: Avro-Akdeniz Alternatif Çözüm Uyuşmazlıkları Sistemine Doğru” Uluslararası Toplantısı (Erişim) <http://www.barobirlik.org.tr/ui/faaliyetler/roma/index.aspx>.

<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5718.html>.

<http://www.scribd.com/doc/239471/Arbitration> 34.

??<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/ts.htm>.

<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/ts.htm>.

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html>.

HYPERLINK "http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts.html".

United Nations Commission on International Trade Law, Thirty- Fifth Session, New York, 17-28 June 2002.

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/533/92/PDF/V0253392.pdf?OpenElement>.

ÖZET

[POLAT, Malike]. [Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk], [Yüksek Lisans Tezi], Ankara, [2009].

Uyuşmazlıklar, insan ilişkilerinin doğal ve kaçınılmaz bir sonucudur. Öte yandan toplumsal barışın sağlanabilmesi; ancak uyuşmazlıkların tarafları tatmin edici bir şekilde çözümlenmesiyle sağlanabilecektir. Bu anlamda, her türlü uyuşmazlığın intikali nedeniyle tıkanan medenî yargının sağlıklı bir şekilde işlemesini sağlamak amacıyla alternatif yöntemler geliştirilmiştir. Söz konusu yöntemler, uyuşmazlıkların kısa zamanda, etkin ve ekonomik çözümü arayışının bir sonucudur. Bu arayışın ışığında; arabuluculuk, arabuluculuk-tahkim, kısa duruşma vb. yöntemler geliştirilmiş ve yargıya intikal eden uyuşmazlık sayısının bir ölçüde azaltılması amaçlanmıştır.

Yukarıda değinilen eğilim, milletlerarası ticarete de görülmektedir. Bilindiği gibi devlet yargısı milletlerarası ticaret açısından çeşitli sakıncalarla, başvurulabilir bir yöntem olarak kabul görmemiştir. Bu alanda en çok tercih edilen yöntem olan tahkim de bazı uyuşmazlık türleri açısından tarafları tatmin etme noktasından oldukça uzaktır. Bu ihtiyaçlara paralel olarak, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), Milletlerarası Ticaret Odası (MTO-ICC), Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) tarafından bazı kurallar geliştirilmiştir.

Yukarıda değinilen gelişmeler çerçevesinde, iki bölümden oluşan tezimizin ilk bölümünde; alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramı, olumlu ve olumsuz yönleri, türleri ve ülkemizdeki gelişmeler incelenmiştir. Tezimizin ikinci bölümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kurumu bu alandaki

milletlerarası kurallara odaklanmak suretiyle incelenmiştir. Bu çerçevede, öncelikle UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları ve bu alanda düzenleme yapacak olan ülkelere yol göstermek amacıyla hazırlanan Model Kanun incelenmiştir. İkinci olarak taraflara uzlaştırma (arabuluculuk) dışında da pek çok seçenek sunan Milletlerarası Ticaret Odası İhtilafların Dostane Halli Kuralları incelenmiştir. Son olarak yatırım uyuşmazlıklarında tahkim dışında bir çözüm önerisi sunan ICSID Uzlaştırma Kuralları ayrıntılarıyla incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

1. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları
2. Arabuluculuk (Uzlaştırma)
3. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)
4. Milletlerarası Ticaret Odası (MTO-ICC)
5. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID)

ABSTRACT

[POLAT, Malike]. [Mediation In International Law of Procedure], [Thesis of Masters], Ankara, [2009].

Conflicts are the natural and unavoidable consequences of human relations. On the other hand, the social peace will only be ensured by resolution of disputes in a satisfactory way. In this regard, some alternative procedures to litigation, occupied by diverse conflicts, have been developed to make litigation properly functioning. These mentioned procedures, can be deemed as the result of seeking of practical, functional and economic solutions to the disputes. In the light of this effort, methods such as arbitration, mediation-arbitration, mini-trial etc. have been developed seeking to reducing the burden of the cases reflected to litigation.

The trend, mentioned above, can also be seen in international commerce. As well known, litigation has not been found acceptable for some concerns regarding international trade. In some cases, arbitration, as the most acceptable method, is quite far from satisfying all parties in some kind of disputes. Parallel to this requirement, some regulations has been made by United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), International Chamber of Commerce (ICC), and International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

In the framework of this progress, the alternative dispute resolution concept, pros and cons of the procedure and the developments in our country has been scrutinized in the first part of our study which is based on two parts. In the second part, the institution of alternative dispute resolution

has been studied by focusing on the international regulations in this scope. In this context, firstly the UNCITRAL Conciliation Rules and the Model Law that is designed to be a guide for the countries making regulations in this scope are scrutinized. Secondly, the Amicable Dispute Resolution Rules of International Chamber of Commerce which presents various alternatives to parties rather than mediation is studied. Lastly, ICSID Conciliation Rules which provides a different alternative solution to investment conflicts besides arbitration have been analyzed.

Key Words:

1. Alternative Dispute Resolution Methods (ADR)
2. Mediation (Conciliation)
3. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)
4. International Chamber of Commerce (ICC)
5. International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)