

**T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ
SÖZLEŞMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Mehmet DOĞAR

Anabilim Dalı: Hukuk

Programı: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Taylan Özgür KİRAZ

EYLÜL 2008

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	vii
TABLO LİSTESİ	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ KAVRAMI, TANIMLANMASI, TARİHSEL GELİŞİMİ VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

§ 1. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ KAVRAMI, ORTAK ÖZELLİKLERİ, FAYDALARI VE SAKINCALARI.....	3
A. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ TERİM VE KAVRAMI.....	3
B. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN ORTAK ÖZELLİKLERİ.....	6
C. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN FAYDA VE SAKINCALARI	9
I. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Faydaları	9
II. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Sakıncaları.....	15
§ 2. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNÜN TARİHSEL GELİŞİMİ	17
A. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN ORTAYA ÇIKMASINDAKİ NEDENLER VE GÖRÜŞLER	17
B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞİM SÜRECİ	21
C. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNDE GELİŞMESİ VE UYGULANMASI	24
I. İngiliz Hukukunda	24
II. Fransız Hukukunda.....	29
III. İtalyan Hukukunda	31
IV. İspanya Hukukunda	32
V. Avrupa Birliğinin Arbuluculuk Hakkındaki Düzenlemesi	34
§ 3. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ.....	34
A. MÜZAKERE (NEGOTIATION)	35
I. Temel Müzakere.....	36
II. Uzlaşmacı Müzakere	37
III. Rekabetçi Müzakere	38

B. TARAFSIZ ÖN DEĞERLENDİRME USULÜ (EARLY NEUTRAL EVALUATION).....	38
C. KISA DURUŞMA (MINI TRIAL).....	39
D. ARABULUCULUK (MEDIATION)	41
I. Arabuluculuk Çeşitleri.....	43
1. Hak Temelli-Menfaat Temelli Arabuluculuk.....	43
2. Kolaylaştırıcı-Değerlendirmeci Arabuluculuk	43
II. Arabuluculuk Aşamaları	43
E. ARABULUCULUK-TAHKİM (TERDİTLİ USUL-MED-ARB)	44
F. ONLINE ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ(ODR).....	46

İKİNCİ BÖLÜM ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİ

§ 4. İRADE BEYANI, HUKUKİ İŞLEM VE SÖZLEŞME KAVRAMI, ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	49
A. İRADE BEYANI, HUKUKİ İŞLEM VE SÖZLEŞME KAVRAMLARI.....	49
I. İrade Beyanı	49
II. Hukuki İşlem.....	50
III. Sözleşme	51
1. Edim İlişkisi Yönünden	52
2. Zaman Yönünden	53
3. Kanunla Düzenlenmiş Olup Olmaması Yönünden.....	53
B. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI.....	55
I. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesinin Tanımı	55
II. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesinin Unsurları.....	56
C. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	57
I. Hukuki Niteliğin Belirlenmesinin Önemi.....	57
II. Maddi Hukuk Sözleşmesi Görüşü.....	58
III. Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü.....	59
IV. Karma Görüşler	62
1. Sözleşmelerin Dış Görünüşü Kuramı	62
2. Sözleşmenin Düzenlendiği Yer Kuramı	63
3. Sözleşmenin Etki Unsurlarının Birbirinden Ayrılması Kuramı	63
4. Konu veya Sözleşmenin Doğrudan Etkilerini Gösterdiği Alan Kuramı	63
V. Görüşümüz.....	64

§ 5. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞ SAFHALARI, KURULMASI, İÇERİĞİ VE BAĞLAYICILIĞI	67
A. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞ SAFHALARI	67
I. Asıl Sözleşmeyle Beraber veya Sözleşmenin Yapılması Esnasında	69
II. Uyuşmazlığın Ortaya Çıkmasından Sonra	69
III. Uyuşmazlığın Çözümü İçin Dava Yoluna Başvurduktan Sonra	70
B. SÖZLEŞMENİN KURULMASI	71
I. İcap	71
II. Kabul	71
III. Ehliyet	72
C. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİ	74
I. Sözleşmenin Konusu	74
II. Sözleşmenin Şekli	75
III. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesinin Kapsamı	77
IV. Uyuşmazlığa Uygulanacak Yöntemin Belirlenmesi	79
1. Alternatif Uyuşmazlık Yöntemlerinden Birinin Seçilmesi	79
2. Terditli Usul	81
V. Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk	82
VI. Sözleşmeye Gizlilik Şartı Konulması	87
VII. Sözleşmeden Doğan Masrafların Belirlenmesi	88
VIII. Tarafsız Üçüncü Kişinin (Neutral) Tayini	90
1. Tarafsız Üçüncü Kişinin Nitelikleri	93
2. Tarafsız Üçüncü Kişinin Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri	95
3. Tarafsız Üçüncü Kişinin Sözleşmeden Doğan Hakları	98
D. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN BAĞLAYICILIĞI VE ETKİLERİ	99
I. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesinin Bağlayıcılığı Sorunu	99
1. İngiliz Hukukunda	102
2. Amerikan Hukukunda	109
3. Türk Hukukunda	111
II. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesinin Etkileri	114
1. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi ve Gizlilik	114
a. Yasal Düzenlemeler	116
b. Gizlilik Anlaşması Yapılması	117
2. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi ile Alternatif Yöntemlere Başvurmanın Sürelere Etkisi	119
3. Beyan veya Belgelerin Kullanılmaması	119

§ 6. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN BENZER KURUMLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI	121
A. TAHKİM SÖZLEŞMESİ VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİ.....	121
B. İHTİYARİ TAHKİM VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİ.....	124
C. HAKEM-BİLİRKİŞİLİK VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİ.....	125
D. İBRA SÖZLEŞMESİ VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİ.....	126
E. SULH SÖZLEŞMESİ VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİ.....	128
§ 7. TÜRK HUKUKUNDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SAYILABİLECEK DÜZENLEMELER.....	130
A. ÇEŞİTLİ KANUNLARLA GETİRİLEN DÜZENLEMELER	130
B. GENEL İDARİ USUL KANUNU TASARISI	133
C. HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU TASARISI.....	134
D. YENİ TÜRK CEZA KANUNU VE CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA DÜZENLENEN UZLAŞMA MÜESSESESİ.....	137
E. İŞ KANUNUNDA YAPILAN DÜZENLEMELER.....	138
F. AVUKATLIK KANUNUNA GÖRE AVUKATLARIN UZLAŞTIRMA YETKİSİ.....	140
G. TÜKETİCİ KANUNUNDA YAPILAN DÜZENLEMELER	141
H. AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	142
I. Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma.....	143
II. Boşanma Protokolü ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi.....	146
III. Aile Mahkemeleri Bünyesinde Çalışanlar	147
§ 8. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	150
A. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN YERİNE GETİRİLMESİ.....	150
B. TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ VEYA FİİL EHLİYETİNİ KAYBETMESİ	150
C. TARAFLARIN KARŞILIKLI OLARAK SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRMESİ	151

D. SÖZLEŞMENİN FESHİ	151
I. Tarafların veya Taraflardan Birinin Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Toplantılarına Katılmaması veya Toplantılardan Çekilmesi	151
II. Tarafların veya Taraflardan Birinin Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesinde Kararlaştırılan Masrafları Ödememesi.....	152
III. Taraflardan Birinin Devlet Yargılamasına veya Tahkim Yoluna Başvurması	153
E. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN İPTALİ	153
I. Hata.....	153
II. Hile	153
III. İkraah.....	154
IV. Gabin.....	155
F. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ.....	156
I. Hukuka Aykırılık.....	156
II. Genel Ahlak ve Adaba Aykırılık	156
SONUÇ.....	158
KAYNAKLAR.....	161

KISALTMALAR

AAA	: American Arbitration Association
ABA	: American Bar Association
ADR	: Alternative Dispute Resolution
ADRA	: Administrative Dispute Resolution Act
AFM	: Academy of Family Mediators
AICA	: Association of Independent Construction Adjudicators
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Aşa.	: Aşağıda
AUÇ	: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av.K	: Avukatlık Kanunu
Av.Kan. Yön	: Avukatlık Kanunu Yönetmeliği
BATNA	: Best Alternative To Negotiated Agreement
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
CEDR	: Centre for Effective Dispute Resolution
C.	: Cilt
CJRA	: Civil Justice Reform Act
CPR	: Civil Procedure Rules
Çev.	: Çeviren
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
dn.	: Dipnot
Ed.	: Edition
HUAKT	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi

İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
İz.BD	: İzmir Barosu Dergisi
İHAS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KOÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Md.	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
NADRAC	: National Alternative Dispute Resolution Advisory Council
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
s	: Sayfa
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi, Grev Ve Lokavt Kanunu
VUK	: Vergi Usul Kanunu
vb.	: Ve Benzeri
vd.	: Ve Devamı
yuk.	: Yukarıda
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZGB	: Zivilgesetzbuch

TABLO LİSTESİ

Tablo 1.1. Hukuk Mahkemeleri Ortalama Yargılama Süresi.....	6
Tablo 1.2. AUÇ Özellikleri	8
Tablo 1.3. Hukukçu Gözüyle Tarafların AUÇ Yöntemlerini Seçme Nedenleri.....	15
Tablo 1.4. CEDR'nin 2000-2001 Yıllarında Çözdüğü Uyuşmazlık Türleri.....	14
Tablo 1.5. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri.....	35

GİRİŞ

Devletin üç temel fonksiyonlarından biri olan yargı erki, devlet mahkemelerinde herkese, kanunlar çerçevesinde adil bir biçimde ve makul bir sürede çözümü garanti etmektedir. Günümüzde nüfus yoğunluğunun artması, iş alanlarının genişlemesi ve diğer bazı sebeplerden ötürü kişiler arasındaki uyuşmazlıklar artmış, mahkemeler aşırı iş yükü nedeniyle davaları makul süreler içerisinde bitiremez hale gelmişlerdir. Hukuk sistemleri, devlet yargılamasının uzun sürmesi ve pahalı olması nedeniyle tahkim gibi mahkeme dışı çözümlere yönelmişlerse de hızla gelişen teknoloji, adalete daha hızlı ulaşma ihtiyacı ve ticari hayatın gereklilikleri göz önüne alındığında tahkim yolunun da ihtiyaçlara cevap veremediği anlaşılmıştır.

Bunların paralelinde Türk hukuk sisteminde mahkemelere açılan davaların çokluğu, hakim açığı bulunması ve kanunların yetersizliği sebebiyle aşırı iş yığılması oluşmuştur. Küçük tutarlı taleplerin dahi dava konusu yapıldığı günümüzde, Sulh mahkemeleri esas amacından giderek uzaklaşmış ve tarafları sulh yoluna özendirmeyi dahi başaramamıştır. Bunun sonucunda, alternatif yöntemlerin özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanması, günümüzde artık bir zorunluluk haline gelmiştir. Alternatif uyuşmazlık yöntemlerini denemek isteyen ve buna paralel şekilde alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi yapan tarafların, uyuşmazlıklarını mahkeme önüne götürmeden çözüme ulaştırmaları, hukuk sistemimizde ciddi bir rahatlama sağlayacaktır.

Türk hukukunda kanunlaşmasına az bir zaman kalan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde bu çalışmanın yapılmasına karar verilmiştir. Çalışmada ilk önce, alternatif yöntemlerin genel bir tanımı verilmiş, daha sonra bu yöntemlerin hangi ihtiyaçlardan doğduğu ve nasıl bir gelişme izlediği incelemeye çalışılmıştır. Hukuk sistemlerinde en fazla uygulanan alternatif yöntemlerin özellikleri genel olarak anlatılmıştır. Mahkeme katımlı alternatif yollar ise, tarafların kendi istekleri ile yöneldiği bir usul olmadığından, bu konu tez dışında tutulmuştur. Alternatif yöntemlerin en kapsamlı uygulandığı ülkelerde dahi yeni yeni

uygulanmaya başlanan ve Türk hukukunda pek bilinmeyen ODR yönteminden de bahsedilmiştir. Çalışma yapılırken en fazla İngiliz hukuk sistemindeki uygulamalara yer verilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin tanımı ve unsurları hakkında bilgi verdikten sonra bu sözleşmenin hukuki niteliğinin nasıl belirlenmesi gerektiği konusunda çeşitli görüşlere yer verilmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin hukuki niteliğinin ülkeden ülkeye değiştiği görülmüş ve tüm bunların sonucunda, alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında varılan sonuç tanımlanmıştır. Sözleşmenin içeriğinde olması gereken asgari unsurlar ve sözleşmenin amacına ulaşması bakımından yapılması gereken düzenlemeler de örnek maddelerle açıklanmaya çalışılmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin bağlayıcılığı ve etkileri konusu ise, başta İngiliz hukuku olmak üzere çeşitli hukuk sistemleri ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Tasarısı esas alınarak incelenmiştir. Çalışmada özellikle emsal davalara yer vermeye, davaların nasıl başlayıp, nasıl cereyan ettiğine ve hangi gerekçelerle nasıl son bulduğuna dair bilgi vermeye gayret edilmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi, Türk hukukundaki diğer bazı kurumlarla karşılaştırılmış, benzerlikler ve farklar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Türk hukukunda AUÇ yolları sayılabilecek düzenlemeler ise ayrı bir başlık altında konu edilmiş ve boşanma protokolünün alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi sayılıp sayılamayacağına dair genel bir inceleme de yapılmıştır.

Tez çalışmasında son olarak, alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin sona erme sebepleri genel olarak incelenmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM
ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ KAVRAMI,
TANIMLANMASI, TARİHSEL GELİŞİMİ VE ALTERNATİF
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

§ 1. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ KAVRAMI, ORTAK
ÖZELLİKLERİ, FAYDALARI VE SAKINCALARI

A. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ TERİM VE KAVRAMI

"Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-AUÇ" terimindeki "alternatif" kelimesi, "seçenek" anlamına gelmekle birlikte, hukuk sisteminde alternatif kelimesi, mahkemelerde uygulanan yargılama usulünün alternatifini ifade eder.¹ Başka bir ifadeyle, dava yoluna seçimlik olan yollar anlaşılmaktadır.² Alternatif uyuşmazlık çözüm süreci, klasik dava yoluna gerçek bir "alternatif" olarak adlandırılmakla beraber, özellikle mahkeme katılımlı AUÇ usulleri, gün geçtikçe mahkemenin bir parçasıymış gibi yargılamanın bir oyuncusu olarak kabul edilmektedir.³

Uyuşmazlık, kişiler arasındaki bir anlaşmazlığın ortaya çıkarılarak anlatılması ve açıklanması olarak tanımlanmaktadır.⁴ Uyuşmazlık terimi, hukuk alanında meydana gelen bir anlaşmazlık olarak da tanımlanabilir.⁵ Uyuşmazlık, dava, niza ve ihtilaf terimleri ile eşanlamlı olarak da kullanılmaktadır.⁶

Sözlük anlamı ile "çözüm", "bir anlaşmazlığın sona erdirilmesi" veya "anlaşma" olarak tanımlanmaktadır.⁷ "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü" terimi içerisindeki "çözüm" kelimesi ise, tarafların uyuşmazlığı anlaşma yolu ile sona erdirmelerini

¹ Petley, Michael, ADR-An İntroduction to Alternative Dispute Resolution, Guilford 1992, s.5.

² Özbek, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004, s.90.

³ Sourdin, Tania, Alternative Dispute Resolution and The Courts, Annandale 2004, s. 4.

⁴ Özbek, s.113.

⁵ Mistelis, Loukas A., ADR in England and Wales, s.2-3. www.ombuds.org/cyberweek2002/library/ADR%20in%20England%20and%20Wales.pdf – (01.03.2007).

⁶ Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Dokuzuncu Baskı, Ankara 2005, s.1282.

⁷ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr (09.04.2007).

ifade eder. Taraflar, ulaşmış oldukları çözüm ile uyuşmazlığa neden olan olaylar konusunda anlaşmaya varmış olurlar.

Nihayetinde, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü" (Alternative Dispute Resolution-ADR), tarafların bir uyuşmazlığı, dava yoluna başvurmadan çözmelerini sağlayan yöntem ve usullerin genel bir ifadesidir.⁸ Uyuşmazlığın, devlet yargısına başvurulmadan, tarafsız ve adil üçüncü bir kişi vasıtasıyla çözümlenmesine alternatif uyuşmazlık çözümü denmektedir.⁹ Alternatif uyuşmazlık yollarını genel anlamda ifade etmek gerekirse, bu yöntemlerin hepsi bir uyuşmazlığın mahkemeler dışında, tarafsız bir üçüncü kişinin taraflara telkin, tavsiye ve gayretleriyle uyuşmazlıkların çözülebilmesi için kullanılan yöntemlerdir.¹⁰

Başka bir tanıma göre; hukuk sistemlerinde usul açısından uyuşmazlıklara seri ve basit çözüm yolları getiren, yargılamayı hızlandıran, süreçleri basitleştiren usule "alternatif çözüm yolları" veya "mahkeme dışı çözüm yolları" adları verilmektedir.¹¹ Tarafsız üçüncü kişinin rehberliğinde, tarafların kendi çabalarıyla ticari bir çözüme ulaşma sürecine ise "ticari uyuşmazlık çözümü" denilmektedir.¹² İşte, alternatif uyuşmazlık çözümü, devlet yargısına başvurulması halinde mahkemelerde yapılan yargılama yöntemine alternatif teşkil eder.¹³ Kural olarak, AUÇ yollarının tamamı uyuşmazlığın çözümü konusunda üçüncü bir kişinin aracılığına rıza gösterilmesini aramaktadır.¹⁴ ADR terimi, uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan çeşitli yöntemlerin genel adı olarak kullanılmaktadır. Doğrudan müzakere, arabuluculuk, kısa duruşma ve buna benzer usullerin tümü, tez iğersinde ADR veya AUÇ terimi çatısı altında ifade edilecektir.

Günümüzde taraflar arasında çıkan küçük bir uyuşmazlığın dahi dava konusu olması nedeniyle mahkemeler çalışamaz hale gelmiş, iş yükleri dolayısı ile hızlı ve doğru karar vermekten uzaklaşmışlardır. Dava süreçlerinin çok uzun ve masraflı olması da AUÇ usullerinin gelişmesine katkıda bulunmuştur. Klasik devlet yargılamasının aşırını

⁸ Martin, Elizabeth A., Oxford Dictionary of Law, 6th Ed., Oxford 2006, s.28.

⁹ Mistelis, s.3.

¹⁰ Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s.6. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0196en01.pdf (12.02.2007).

¹¹ Çakın, Akin, Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Türk Hukuku, Yayınlanmamış Çalışma Raporu, 20.05.2005, s.1.

¹² Petley, s.1.

¹³ Ildr, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s.31.

¹⁴ Sourdin, s.2.

şekilcilik, karmaşıklık içermesi ve yargılama giderlerinin pahalı olması AUÇ yollarının doğuş nedenlerinin başında gelir.¹⁵ Tarafların "adalete ulaşma isteği" mahkemelerin dava yoğunlukları yüzünden gerçekleşmemekte ve bu durum, adalete olan güveni zedelemekte ve bu nedenle mahkeme dışı çözüm yollarına başvurulmaktadır.¹⁶ Bütün bağlayıcı olmayan uyuşmazlık çözüm yollarını ifade etmek için kullanılan ADR terimi, genelde değerlendirme amaçlı ya da uzlaştırma amaçlı tarafsız bir arabulucunun katılımını gerektirmektedir.¹⁷

Avustralya Ulusal ADR Danışma Konseyi (NADRAC), uyuşmazlık çözüm yollarını üç kısma ayırmıştır. Buna göre, gönüllülük esasına dayanan yöntem, tavsiye veya danışma niteliğinde olan (advisory) yöntem ve hüküm verme yöntemi olmak üzere üç kısım vardır. Arabuluculuk ve uzlaştırma, gönüllülük esasına dayanan yöntemlerdir. Ön değerlendirme, vakıaların saptanması ve çözüm danışmanlığı; danışma niteliğinde örneklerdir. Hüküm verme (karara bağlama-adjudication) ve hakem mahkemesi de bağlayıcı usullere örnektir.¹⁸

ABD Eyalet mahkemelerinde her yıl açılan davaların %96'sından fazlasına tekabül eden doksan milyon dava eyalet mahkemelerinde görülmektedir. Bu aşırı yüklenme gün geçtikçe mahkemeleri çalışamaz duruma getirmiş ve farklı yöntemler aramaya yöneltmiştir.¹⁹ Ülkemizde ise, hukuk mahkemelerine açılan davaların yargılama süreleri incelendiğinde Asliye Ticaret Mahkemelerinin 403, Asliye Hukuk Mahkemelerinin ise 279 gün, dava başına ortalama zaman harcadıkları görülecektir (Tablo 1.1). Tüm bunlar dikkate alındığında dosyaların kesin hükme bağlanması ortalama iki yılı bulmaktadır.

¹⁵ Petley, s.5.

¹⁶ Pekcanitez, Hakan, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, HPD, 2005/5, s. 12-16.

¹⁷ Stitt, Alan J., Mediation-a Practical Guide, London 2004, s.12.

¹⁸ Sourdin, s.2; Avustralya Hukuk Reformu Komisyon Raporu s.1, <http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/issues/25/ch2.html#Heading3> (04.02.07).

¹⁹ Duizend, Richard Van, ABD Mahkemelerinin Değişen Yüzü, s. 7. <http://ankara.usembassy.gov/uploads/images/xUzWMY5o6ogPBsYQCMBomg/abdmahkeme.pdf>

**Tablo 1.1. Hukuk Mahkemeleri Ortalama Yargılama Süresi (Gün)
(1986-2005)²⁰**

Yıllar	Asliye Tic.	Asliye	İş	İcra	Sulh	Kadastro	Tüketici	Aile	Fik. ve Sın. Hak.	Türkiye
1986	252	291	285	117	149	905	-	-	-	252
1987	196	289	236	108	148	823	-	-	-	243
1988	199	265	272	111	133	616	-	-	-	225
1989	225	285	216	117	124	727	-	-	-	234
1990	234	293	238	113	109	734	-	-	-	226
1991	233	276	233	101	110	654	-	-	-	215
1992	229	253	291	100	91	745	-	-	-	200
1993	210	256	318	98	78	754	-	-	-	197
1994	221	254	244	88	69	619	-	-	-	188
1995	285	251	229	95	62	652	-	-	-	186
1996	337	258	276	89	73	670	-	-	-	191
1997	301	250	261	88	81	676	-	-	-	183
1998	201	234	258	88	82	636	-	-	-	173
1999	352	237	246	93	80	593	-	-	-	175
2000	372	241	274	104	75	590	-	-	-	177
2001	383	241	284	104	71	551	-	-	-	174
2002	434	242	312	111	65	468	43	-	-	174
2003	417	240	322	114	64	450	262	160	-	177
2004	376	257	329	108	69	441	336	158	174	177
2005	403	279	358	98	87	332	237	158	621	184

B. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN ORTAK ÖZELLİKLERİ

Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra, mahkemelere alternatif olarak ortaya çıkan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ortak özelliklerini aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

- Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanılması için, ilk önce her iki tarafında AUÇ yoluna başvurma iradesini belirtmeleri gerekmektedir. Tarafların, ileride ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık halinde üçüncü bir kişinin rehberliği ile sorunun çözümü konusunda rızada bulunmaları sorunu çözme konusundaki ortak niyeti ifade eder.²¹

²⁰ <http://www.adli-sicil.gov.tr/istatistikler/huk12.htm> (01.02.07).

²¹ Stitt, s.15.

- Genel olarak bütün AUÇ yolları incelendiğinde; bu sistemin en önemli özelliği, klasik yargılama yöntemlerinden daha özel olup, resmi prosedürlerin az olmasıdır. Klasik dava süreci, zaman içerisinde bazı gelişmeler gösterse bile sıkı ve etkili olan şekil kuralları AUÇ yöntemlerinde yoktur. Devlet yargılamasında duruşmaların yıllarca devam etme ihtimali varken, AUÇ yolları ile uyuşmazlıklar 1 hafta içerisinde çözülebilmektedir.²² Devlet yargılamasından farklı olarak bu sayede zamandan ve masraftan tasarruf sağlanması, AUÇ yollarının tercih edilmesi nedenlerinden bir tanesidir.²³
- AUÇ yollarında, klasik mahkeme sürecinden farklı olarak "mücadeleci olmayan" yöntemler izlenmektedir. AUÇ yöntemleri ile üçüncü kişinin rehberliğinde taraflar sorunun çözümü için daha fazla çaba gösterirler. Bu durum taraflar arasındaki potansiyel ilişkinin bozulmasına da engel olacaktır.²⁴
- AUÇ yöntemlerinin en önemli ortak özelliği, tarafsız ve muteber üçüncü kişi konumundaki kişi(ler) marifetiyle uyuşmazlıkların çözüme bağlanmasıdır. Tarafsızlığı konusunda şüphe duyulmayan adil ve güvenilir üçüncü kişinin, uyuşmazlığın taraflarını, çözüm konusunda daha hızlı ve kolay ikna edeceği bir gerçektir.²⁵
- Bütün AUÇ yollarında taraflar, uyuşmazlığın her aşamasında tam ve mutlak bir kontrole sahiptirler. Taraflar sorunun çözümünde uygulanacak usulleri kendileri belirler. Hâlbuki şekli dava yollarında taraflar, hâkimler ve kanunların belirlediği usul kuralları ile bağlıdır.²⁶
- AUÇ yollarının amacı, tarafları, sorunun çözümünde ortak bir noktada buluşturmadır. Bu nedenle, tarafların iyi niyetli (good faith) olması uyuşmazlığın çözümü bakımından önem taşımaktadır.²⁷

²² Stitt, s.10.

²³ Petley, s.1.

²⁴ Fiadjoe, Albert, Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective, London 2004, s.68; Newmark, Chris/Monaghan, Anthony, Mediators on Mediation: leading mediator perspectives on the practice of commercial mediation, Sussex 2005, s.21.

²⁵ Estreicher, Samuel /Sherwyn, David, Alternative Dispute Resolution in The Employment Arena, Hague 2004, Ch.34, s.888.

²⁶ Stitt, s.16.

²⁷ İyiniyet (good faith) ilkesinin geniş tanımı için bkz. Grubb, Andrew/ Furmston, Michael, The Law of Contract, 3rd Ed., Edinburgh 2007, s.480; Stitt, s.57.

- AUÇ yöntemlerinin en temel özelliği ise yapılan müzakereler sonunda ulaşılan "sonuç" ile ilgilidir. Tüm AUÇ yollarında yapılan müzakereler (görüşmeler) sonucunda alınacak kararların tarafları bağlayıcı olmaması gerekmektedir. Taraflar AUÇ usullerinden herhangi birine başvurduktan sonra ortaya çıkan sonuca uyup uymamakta serbest olmalıdırlar. AUÇ yollarını klasik devlet yargılamasından ayıran en temel özellik ulaşılan sonucun tarafları "bağlayıcı" olmamasıdır. Tarafların ortak bir karar alması, zorla bir kararın yerine getirilmesinden çok daha tercih edilecek bir durumdur.²⁸
- Klasik devlet yargılamasında verilen hüküm ile tarafların biri davayı kazanan (win), diğeri ise kaybeden (lose) taraf olmakta, hatta bazen iki taraf da kaybeden olabilmektedir.²⁹ Hâlbuki AUÇ yolları uygulanırken her iki tarafında menfaatleri gözetilerek "kazan-kazan" (win-win) şeklinde uyuşmazlığın çözümüne ulaşılmaktadır. Böylece taraflar psikolojik olarak da birbirleri ile daha uzlaşmacı davranışlar göstermektedirler.³⁰

Tablo 1.2. AUÇ Özellikleri³¹

Özellikler	Dava Yolu	Tahkim	Arbuluculuk
Taraf Kontrolü	Hayır	Hayır	Evet
Gönüllü olma	Hayır	Evet	Evet
Mücadeleci	Evet	Evet	Hayır
Hızlı Sonuç Alabilme	Genellikle Hayır	Genellikle Evet	Evet
Masraf	Yüksek	Orta	Düşük
Hukuksal Prosedürler	Evet	Çoğunlukla evet	Hayır
Kanıt-Delil ağırlığı	Evet	Evet	Hayır
Çözüm tipi	Kazan-kaybet veya kaybet-kaybet	Kazan-kaybet veya kaybet-kaybet	Kazan-kazan veya hiçbiri
Kararın Bağlayıcılığı	Evet	Anlaşmaya göre	Anlaşmaya göre

²⁸ Stitt, s.17.

²⁹ Stitt, s. 15.

³⁰ Fiadjoe, s.367.

³¹ Utah Eyalet Mahkemesinin resmi sitesinden alınmıştır.
<http://www.utd.uscourts.gov/documents/adrrpage.html> (22.04.07).

C. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN FAYDA VE SAKINICALARI

I. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Faydaları

Günümüz yargı sistemi incelendiğinde, ortaya çıkan sorun ve şikayetlerin gün geçtikçe arttığı görülmektedir. Mahkemelerde dava yükünün artması, uyuşmazlığın çözümü için harcanan zaman ve paranın ciddi meblağlar tutması, adalete ulaşma isteğini gün geçtikçe zayıflatmaktadır. Davaların makul süre içerisinde bitirilememesi, tarafların yargıya olan güvenini sarsmakta ve özellikle de davanın gecikmesinde yararı olana cesaret vermektedir. Devletin, yargıya olan güveni sağlaması ve bu güveni devam ettirmekteki ödevini gecikmeksizin yerine getirmesi gerekir. Makul süre içerisinde bitirilemeyen davanın sonunda hakkını elde eden taraf, bu gecikme sebebiyle ya hakkını tam olarak elde edemeyecek ya da bu gecikmeden dolayı zarar görecektir.³² Türkiye'de Adalet Bakanlığının, TÜBİTAK ile birlikte geliştirdiği "Türkiye Hukuk Kamu Araştırma Programı" çerçevesinde, "dünyada kişilerin adalete ulaşmasının önündeki engellerinin kaldırılmasında kullanılan yöntemlerin biri de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıdır" denilmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının mahkemelerin iş yükünü azaltacağı ve ilk derece mahkemelerinde görülen dava sayısının azalacağı dolayısıyla istinaf ve temyiz mahkemelerinde de dava sayısının azalacağı belirtilmektedir. Aynı zamanda toplumda bireyler arasındaki ilişkilerin yeniden düzenlenerek toplumsal uzlaşmaya katkıda bulunacağı belirtilmektedir.³³ Şu halde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yararları aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

Geleneksel yargılama sistemi ile ilgili en önemli sorunlardan biri yargılama giderlerinin, hak aramayı engelleyecek kadar yüksek olduğudur. Devlet yargısı sisteminde adalete ulaşmak isteyen bireyler, yargılamanın başında, yargılama süreci esnasında veya yargılamanın uzaması veya ertelenmesi durumlarında ağır mahkeme masraflarıyla karşı karşıya kalmaktadır.³⁴ Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmanın temel amaçlarından biri, masraflardan tasarruf sağlanarak uyuşmazlığın çözümünü sağlamaktır. AUÇ yöntemlerinin klasik yargılama usulüne göre avantajı

³² Pekcanitez, Hakan, Medeni Yargıda Adil Yargılama Hakkı, İz.BD 1997/2, s. 41.

³³ T.C. Adalet Bakanlığı Türkiye Hukuk Kamu Araştırma Programı raporu 2006, <http://www.tubitak.gov.tr/kamu/kamuprogramlari/hukuk-taslak.pdf> (24.02.07).

³⁴ Coltri, Laurie S., Conflict Diagnosis and Alternative Dispute Resolution, New Jersey 2004, s.335; Stitt, s.9.

ise, maliyetinin düşük olmasıdır.³⁵ AUÇ, sorunların mahkemeye aktarılmadan çözülmesine yönelik bir sistem olduğu için, mahkeme harcı ve benzeri giderlerden tasarruf edilmesini sağlar. Yargılama sürecinin uzaması, tarafların ek masraflar yapmasına neden olmakta ve bu durum tarafların adalet sistemine bakış açısında güvensizlikler yaratmaktadır. Mahkeme tarafından hüküm verilmesiyle, yargılama harç ve giderleri davayı kaybeden tarafa yüklenir. Nadiren de olsa bazı karmaşık davalarda, mahkeme masraflarının dava konusu meblağdan daha yüksek olduğu görülebilir. Böyle bir durum adaletle olan güveni zedeler.³⁶ Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, şirketlerin uyuşmazlık çözümü için yaptıkları masrafları azaltması nedeniyle, bütün dünyada ticarî işletmeler tarafından en çok tercih edilen yöntemlerdir.³⁷

AUÇ usullerinde taraflar, yargılama giderleri üzerinde kontrol sahibidirler. Bir uyuşmazlık ne kadar erken çözülürse yargılama masraflarının da o oranda azalacağı görülmektedir.³⁸ Türk Hukukunda, Anayasanın eşitlik ve sosyal hukuk devleti olma ilkesi gereği (Anayasa md. 2), ekonomik olarak güçsüz olan kişilerin de hak arama hürriyeti bakımından ekonomik durumu güçlü olan kişilerle aynı haklara sahip olması gerekmektedir. Bu nedenle Türk hukukunda adli yardım müessesesi düzenlenmiştir.³⁹

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tercih edilmesinin diğer bir sebebi klasik devlet yargılamasında uzun süren dava sürecinden tarafları kurtarmasıdır. Hukuk devleti ilkesi, bir taraftan gerçek anlamda hukuki korunmayı, öteki taraftan hukuki güvenliğin sağlanması ve uyuşmazlık konusunun makul süre içinde sonuçlandırılmasını gerekli kılmaktadır. Kanun koyucu bir taraftan gerçek ve adil yargılamayı, diğer taraftan da uyuşmazlığın makul süre içerisinde sonuçlanmasını telif eder şekilde düzenleme yapmalıdır.⁴⁰ Taraflar AUÇ yöntemlerini seçmekle, geleneksel yargılama yöntemlerinde süregelen uzun yargılama prosedürleri ile karşı

³⁵ Petley, s.12.

³⁶ Stitt, s.9.

³⁷ Ankara Barosu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Merkezi, www.ankarabarusu.org.tr/download/adr/brosur.doc (28.02.07).

³⁸ <http://www.citydisputespanel.org/pages/adrbenefits.asp>

³⁹ Bu konu hakkında daha geniş bilgi için bkz. Gül, Cengiz/Birtek, Fatih, Hak Arama Özgürlüğü Ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler, EÜHFD, C. II, Sayı:1-2,2007, s.1-40.

⁴⁰ Pekcanitez-Yargılama Hakkı, s.43.

karşıya kalmamaktadır. Arabuluculuk gibi AUÇ yöntemleri, klasik yargılama yollarına göre çok daha hızlı ve ucuzdur.⁴¹

AUÇ yollarının uygulanması sebebiyle Birleşik Devletlerde mahkemelerin iş yükünün azaldığına dair pek çok istatistik yapılmıştır. AUÇ usullerinin dava sürecinin kısalmasına da doğrudan etki ettiği bilinmektedir. Dava öncesi hazırlığın anahtar faktörü olan sürece "delillerin ortaya çıkarılması" (*discovery*) süreci denir.⁴² Davanın açılması, dilekçelerin tebliğ edilmesi, replik-düplik aşaması, duruşma günü verilmesi, keşifler, bilirkişi raporları gibi aşamalar gerçekten uzun süren prosedürlerdir. Hâlbuki AUÇ yolları bu tip aşamaları gerektirmez.⁴³

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bir diğer faydası ise, uyuşmazlığın konusu hakkında uzman kişilerce inceleme yapılmasını sağlamaktadır. AUÇ usullerinin hemen hepsinde uyuşmazlığın çözümü konusunda uyuşmazlık konusunu iyi bilen ve tarafsız bir üçüncü kişi tarafından inceleme yapılır. Tarafların en fazla korktukları ise mahkemenin veya hakemlerin dava ile ilgili söylenen iddiaları veya savunmaları anlamaması veya dikkate almaması ve bunun sonucunda açılan davanın istenilen sonuca ulaşmamasıdır.⁴⁴ Tarafsız üçüncü kişilerin, alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri konusunda bilgili, pratik düşünebilme yeteneğine sahip ve aynı zamanda uyuşmazlık konusunda uzman kişiler arasından oluşturulması, özellikle bilirkişiye başvurmayı gereksiz kılmakta ve zaman kaybını önlemektedir. Kısa ve biçimsel olmayan bir çözüm mekanizmasının maliyeti de düşük kalmaktadır.⁴⁵

Alternatif uyuşmazlık çözümüne başvurmak, tarafların, devlet ya da tahkim yargısına başvurma hakkını kısıtlamaz. Ortaya çıkmış veya çıkabilecek bir uyuşmazlığın AUÇ yöntemleriyle çözmek isteyen tarafların bu yolu seçmeleri tamamen kendi iradelerine bağlıdır. Aynı şekilde AUÇ yollarının sonuçlarına uymak da tamamen serbesttir. Bu sebeple AUÇ usullerini tercih eden taraflar, kural olarak her aşamada yargı yoluna başvurma hakkına sahiptirler. AUÇ, bu özelliği sebebiyle tahkim yolundan farklılık göstermektedir. Zira taraflar tahkim usulünü seçme konusunda tam bir serbestliğe

⁴¹ Pekcanitez-AUÇ, s.12 vd; Coltri, s. 336; Petley, s.13; Sourdin, s.1; Fiadjoe; s.21, Stitt, s.10.

⁴² Macuncu, Muhsin, Amerikan Hukuk Sisteminde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözüm Yöntemleri, 2004, http://www.inisiyatif.net/link/arsiv/filtre/ADR_yazi.asp (15.01.07).

⁴³ Coltri, s.336. Aynı yönde: O'connor, Patrick, Alternative Dispute Resolution: Panacea Or Placebo?, London 1992, s. 4.

⁴⁴ O'connor, s.5.

⁴⁵ İldr, s.64; Petley, s.13.

sahiplerken, bir kez bu yöntemi tercih etmişlerse, hakem kararlarının da tıpkı mahkeme kararları gibi bağlayıcı olması nedeniyle, beğenmedikleri hakem kararına rağmen aynı uyuşmazlık için devlet yargısına başvurma yetkileri kalmamaktadır.⁴⁶

ADR yöntemleri adı altında kullanılan yöntemlerin bir kısmı doğrudan yasalarla düzenlenip, resmi yargının bir parçası olmakta, bir kısmı ise tamamen taraflar arasındaki anlaşmaya dayanmaktadır.⁴⁷ Bazı ülkelerde özel kanunlarla işleyişi düzenlenen AUÇ yöntemlerine mahkeme veya hakeme başvurmadan evvel müracaat zorunlu, verilen karara uymak ise ihtiyaridir (Türk hukukunda, tüketici sorunları hakem heyetine başvuru gibi).⁴⁸

AUÇ yolları tarafların uyuşmazlık çözüm sürecinde söz sahibi olmalarını ve konular üzerinde tarafların daha iyi katılımını ve kontrolü ellerinde bulundurmalarını sağlar.⁴⁹ Klasik dava yolunda taraflar, birbirlerine hasımca davranışlarda bulunabilirler. Özellikle duruşmalar esnasında tarafların tam olarak katılımından söz etmek mümkün değildir. Uyuşmazlık konusu olan vakıaların tartışılması ve derin olarak analiz edilebilmesi neredeyse imkânsızdır. AUÇ usullerinde tarafların aynı masa etrafına toplanarak uyuşmazlık konusunu enine boyuna tartışmak suretiyle uyuşmazlığın çözüme bağlanması amaçlanmaktadır.⁵⁰ Taraflar AUÇ usullerinde bilgi ve belgeleri istedikleri gibi tartışıp, bir sonuca ulaşmayı hedeflerler. Bu şekilde kendilerini daha iyi ifade etme şansını bulurlar. Bunun sonucunda hem AUÇ usulüne katılmak hem de üçüncü şahıs tarafından sunulan çözüm önerilerine uymak, tarafların serbest iradelerine aittir.⁵¹

Tüm bunlarla birlikte, AUÇ usulleri, dava yoluna göre uyuşmazlığın çözümü üzerinde esnek (flexibility), ve daha yaratıcı (creativity) çözümler sağlar. Aşağıda Tablo 1.3. incelendiğinde ankete katılan katılımcıların %40 gibi bir bölümü alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını seçme nedenlerinden birini de "Usuli işlem ve sonuçları daha fazla kontrol etme isteği" nedenine bağlamıştır. AUÇ usullerinde taraflar ve

⁴⁶ Ildır, s.64.

⁴⁷ Fiadjoe, s.22.

⁴⁸ Özer, Ayça Sermaye Piyasası Kurulu Aracılık Faaliyetleri Dairesi Aracı Kuruluşlar İle Yatırımcılar Arasında Sermaye Piyasası Faaliyetlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi Yeterlik Etüdü, Ankara 2002, s.14.

⁴⁹ O'connor, s.5; Stitt, s.16.

⁵⁰ Fiadjoe, s.21.

⁵¹ Stitt, s.13, 59 vd.

avukatlarının yeni çözüm metotları geliştirip, bunu uygulamalarında herhangi bir sakınca yoktur.⁵²

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bir başka avantajı ise gizlilik. Özellikle aile veya ticari uyuşmazlıklardan doğan sorunlarda gizlilik, çok daha fazla önem arz etmektedir. Devlet yargılamasındaki aleniyet ilkesi gereğince yargılamanın tüm aşamaları izlenmeye açıktır.⁵³ Bu durum özellikle aile hukuku ile ilgili davalarda tarafların gerçekleri tam olarak açıklayamaması sorununa neden olmaktadır. Ticari davalarda ise şirketlerin ticari sırlarının ortaya çıkması tehlikesi söz konusudur.⁵⁴ Tarafların AUÇ usulleri ile ilgili sözleşme yaparken koyacakları gizlilik maddeleri ile de gizliliğin önemi ve etkisi artacaktır.⁵⁵ Keza müzakereler sırasında tutulan kayıtlar, yapılan pazarlıklar, AUÇ toplantıları sırasında tutulan kayıtlar gizlidir ve imha edilmelidir.⁵⁶ AUÇ usulleri içerisinde gizliliği en çok sağlayan usul doğrudan müzakeredir.⁵⁷

AUÇ yöntemleri, uyuşmazlık taraflarının aralarındaki uyuşmazlığı dostça çözmek isteğini ifade eder. Bir üçüncü kişinin desteğiyle ile de olsa, kendi aralarında anlaşmaya varan tarafların, bu anlaşmanın koşullarına uyma olasılığı, kendilerine zorla kabul ettirilen bir karara nazaran daha yüksektir.⁵⁸ Bununla birlikte taraflar kendi uyuşmazlıkları üzerinde daima en doğru bilgiye sahip olduklarından çözüme ulaşma konusunda hızlı mesafe kat eder ve bu nedenle uyuşmazlık konusuna daha iyi yoğunlaşırlar. Bu da her iki tarafın menfaatleri doğrultusunda sonuç alma isteklerini arttırmakta ve dava yoluna göre beklenmedik bir kararın çıkması ihtimalini bertaraf etmektedir.⁵⁹

AUÇ yöntemleri tarafların uyuşmazlık üzerinde ön incelemede bulunmalarını sağlar. Uyuşmazlık konusunun tarafları ortaya çıkan sorunların üzerinde yeterince inceleme yapmadan dava yoluna başvurdukları için davalar uzun sürmekte, bu da taraflar

⁵² Coltri, s.342; Stitt, s.11.

⁵³ Aleniyet konusu hakkında geniş bilgi için bkz. Pekcanıtez, Hakan, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir, Ekim 2000, s.408-409,419 vd; Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, İzBD, 1999/4, Faruk Erem'e Armağan, s.635-666.

⁵⁴ O'connor, s.6.

⁵⁵ Özbek s.163.

⁵⁶ Estreicher/Sherwyn, s.888.

⁵⁷ <http://www.texasadr.org/drtexas.html#confidentiality> (09.01.07).

⁵⁸ Petley, s.2; Ildır s.63.

⁵⁹ Stitt, s.16.

açısından zaman kaybına neden olmaktadır. Klasik yargılama yönteminde davanın nasıl sonuçlanacağı tahmin edilememektedir.⁶⁰ Hâlbuki tarafların dava yolu öncesi yapacakları bir ön inceleme ile davayı kazanma ve kaybetme şanslarını değerlendirme fırsatına sahip olurlar.⁶¹

AUÇ yöntemleri sürekli ilişkilerin korunmasını ve devamını sağlar.⁶² AUÇ yöntemlerinin tarafları anlaşmaya yöneltmesi sayesinde, süreklilik arz eden ilişkiler zedelenmemiş olur. Klasik dava yolunda ise taraflar birbirleriyle daha mücadeleci ve hasmane bir tutum içerisinde olmaktadır. Böyle bir durumda tarafların süregelen ilişkilerini devam ettirebilmeleri mümkün gözükmemektedir. Hâlbuki AUÇ usullerinde taraflar sorunlarını tartışmak suretiyle bir çözüme ulaşma isteklerini ifade ederler. Özellikle boşanma ile ilgili ihtilaflar ve ticari ilişkilerde bu metotlar büyük önem arz eder. Örnek vermek gerekirse franchise veren ile franchise alan, toptancı ile perakendeci, üretici ve bayi arasındaki uyuşmazlıklarda AUÇ yöntemleri tercih edilmelidir. Böylece taraflar arasındaki ticari ilişkinin devamı da sağlanmış olacaktır.⁶³

Tablo 1.3'de görüleceği üzere uyuşmazlığa düşen tarafların % 81'i daha hızlı çözüm için AUÇ yollarını tercih etmektedirler. %93'lük kısım ise masrafların azaltılması ve %72 'lik kısım ise mahkemelerin nasıl sonuçlanacağını bilemediklerinden AUÇ usullerine yönelmektedirler. Birleşik devletlerde yapılan bir araştırmaya göre, AUÇ uygulayıcısı olan hukukçuların %93 oranındaki büyük bölümü, yargılama masraflarını azaltmak için AUÇ usullerini seçtiklerini belirtmişlerdir. Aynı araştırmada, uyuşmazlığa düşen tarafların %61'i AUÇ yollarını, devlet yargılama sisteminden daha ucuz olduğu için tercih ettiklerini belirtmişlerdir.

⁶⁰ Stitt, s.14.

⁶¹ Newman, Paul, Alternative Dispute Resolution, London 1999, s.29.

⁶² Petley, s.13; Fiadjoe, s.22, 68; Stitt, s.15.

⁶³ Coltri, s. 340, 338; Newman, s.29.

Tablo 1.3. Hukukçu Gözüyle Tarafların AUÇ Yöntemlerini Seçme Nedenleri⁶⁴

Nedenler	Katılımcı	%
Masrafların azaltılması	183	93.4
Hızlı sonuç alma isteği	159	81.1
Mahkeme sonuçlarından duyulan kuşku	142	72.4
Sürekli ilişkileri devam ettirme isteği	86	43.9
Çözüme ulaşma isteği	82	41.8
Usuli işlem ve sonuçları daha fazla kontrol etme isteği	80	40.8
Gizlilik ve güvenilirlik	74	37.8
Kontrat, anlaşma nedeniyle	61	31.1
Yaratıcı tercihler sunması	48	24.5
Mahkeme prosedürlerinden endişelenme	39	19.9

II. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Sakıncaları

AUÇ usulleri hukuki uyuşmazlık çözümlerinde hızlılık ve çözümde yaratıcılık gibi avantajlar sunarken, özellikle karmaşık hukuki sorunların çözümlenmesi konusunda yetersiz kalmaktadır. Özellikle kamu düzenini ilgilendiren ceza hukukuna ilişkin suçlarda (cinsel içerikli suçlar ve seri cinayetler gibi) AUÇ yöntemlerinin kullanılması sakıncalıdır.⁶⁵ Yine uyuşmazlık konusunun esaslı ve taraflarının da fazla olduğu durumlarda AUÇ yöntemlerinin tıkandığı görülmektedir.⁶⁶

AUÇ yöntemleri için yöneltilen bir diğer eleştiri ise, taraflar arasındaki dengesizliktir.⁶⁷ Devlet yargılamasında taraflar, mahkeme önünde tam bir eşitliğe sahiptirler. Tarafların hakları tüm yönüyle güvence altındadır.⁶⁸ Hukuki korumanın yokluğu taraflar açısından dezavantaj oluşturabilmektedir.⁶⁹ Gerçekten de Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kullanmaya karar veren taraflardan birinin ekonomik olarak diğerinden zayıf olması durumunda, kuvvetli olan tarafın isteklerini kabul ettirmesi daha kolay olacaktır. Uzlaşma konusunda tecrübeli avukatlar, arabuluculuk sürecini uzatma yoluna giderek, uyuşmazlık konusu hak veya alacağın zamanaşımı sürelerini geçirmek isteyebilirler. Konusunda tecrübeli bir arabulucunun taraflar

⁶⁴ <http://www.justice.govt.nz/pubs/reports/2004/adr/advantages.html> (09.02.07).

⁶⁵ Fiadjoe, s.68.

⁶⁶ <http://www.mediate.ca/reasonstouse.htm> (25.12.06).

⁶⁷ Newman, s.29-30.

⁶⁸ Coltri, s. 389 vd.

⁶⁹ Fiadjoe, s.23.

arasındaki böyle bir dengesizliği gidermesi beklenmektedir, ancak uygulamada buna nadiren rastlanmaktadır.⁷⁰

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yöneltilen diğer bir eleştiri ise güven konusundadır. Devlet yargılamasında taraflar mahkemelerin koruması altındadırlar. AUÇ usullerinde ise taraflar, müzakereler esnasında sunulan bilgi veya belgelerin ortaya çıkmasından çekinebilirler. Bununla beraber karşı tarafın iyi niyetli olmaması veya yalan beyanda bulunabileceği şüphesi bulunabilir.⁷¹ Ticari hayat ve aile hukukuna ilişkin konularda da tarafların tereddütleri ortaya çıkmaktadır. Özellikle bilirkişi raporları ve yapılan keşifler mahkeme çatısı altında yapılmadığı için risk oluşturmaktadır. Bununla beraber tarafsız üçüncü kişinin tecrübesi ve bilgisi konusundaki soru işaretleri de diğer bir olumsuz düşüncedir.⁷²

Büyük miktarda anlaşmazlıkların çözümünde AUÇ usullerinin tıkandığı ve beklenen verimi göstermediği görülmektedir. Özellikle yüksek talepli uyuşmazlıklarda taraflar daha emin ve kesin bir yol olan klasik devlet yargılama usullerini seçmektedirler. Bu denli büyük davalarda taraflar, (genellikle büyük şirketler) AUÇ usullerine yönelmenin bir zayıflık göstergesi olabileceğinden çekinerek dava yoluna gitmeyi tercih etmektedirler. Yüksek meblağlı uyuşmazlıklarda AUÇ yöntemlerinin çözüm garantisinin olmaması, boşa giden emek ve zamanın da göz önünde bulundurulması nedeniyle taraflar, dava yolunu tercih etmekte, uzun sürüyor olsa da klasik devlet yargılamasının bir çözüm garantisi sunduğu dikkate alınmalıdır.⁷³

AUÇ yöntemlerinin önündeki bir diğer engel ise, diğer tarafı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini uygulamaya ikna edebilmektir. AUÇ teklifini yapacak olan tarafın, sırf zayıf görünme korkusundan dolayı bu teklifi yapmadığı belirtilmektedir.⁷⁴ Taraflar arasında sürekli bir iş ilişkisinin varlığı, teklifin kabulünü kolaylaştırmakla beraber AUÇ yöntemlerini uygulamayı teklif eden taraf, hangi usulü teklif edeceğini ve bu usulün bağlayıcılığı konusunda dikkatli teklif vermelidir. Arabulucunun kim olacağı konusu ise her iki taraf için tereddüt uyandıran bir konudur. Taraflar arabulucunun seçiminde de ortak bir karara varmak zorunda

⁷⁰ Chalmers, Carolyn, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Uzlaşma Eğitim Programı Seminerleri, Bahçeşehir Üniversitesi, 16 Ekim 2007.

⁷¹ Newman, s.29; AUÇ yöntemlerinin sakıncaları hakkında bilgi için bkz. Pekcanitez-AUÇ, s.12-16.

⁷² O'connor, s.19-20.

⁷³ Coltri, s.349.

⁷⁴ O'connor, s.20.

olmakla beraber bulunacak en iyi çözüm, uyuşmazlığın çıkmasından evvel yapacakları bir akitle veya akde konulacak bir madde ile düzenleme yoluna gitmeleridir. Böyle bir akit veya şartın olması halinde tarafların ikna edilmesi daha kolay olacaktır.⁷⁵

Başka bir görüşe göre, AUÇ usulleri taraflarca kötüye kullanılabilir. Hasım tarafın dava açmasını oyalamak veya engellemek için hukuk danışmanlarının çeşitli taktikler uygulayabileceği belirtilmektedir.⁷⁶ Uyuşmazlık taraflarından birinin AUÇ yöntemleri konusunda tecrübesiz olması, tecrübeli tarafın toplantılarda istediği şekilde kontrolü sağlamasına neden olmakta ve taleplerini, uyguladıkları taktikler yoluyla kabul ettirebilmektedirler.⁷⁷

Diğer önemli bir sorun ise AUÇ usulleri sonunda ulaşılan çözümün bağlayıcılığı meselesidir. Kara Avrupa'sında ve ülkemizde, uzun süren müzakereler sonucunda varılan kararların yazılı hale gelmedikçe icrai niteliğinin olmaması önemli bir problem olarak görülmekte, bağlayıcılığı olmayan bir çözüm için uğraş vermenin de zaman ve maddi kayıp olacağı düşüncesi ortaya çıkmaktadır.⁷⁸ Hatta bağlayıcılığı olmayan bu yöntemlerde, bir tarafın çözüm sürecini yarıda bırakma şüphesi söz konusu olabilir.⁷⁹ Ancak bir görüşe AUÇ sürecinin sonuçsuz kalması, herhangi bir zarar veya kayıp oluşturmaz, çünkü AUÇ süreci içerisinde yapılan görüşmeler, keşif, bilirkişi incelemesi ve benzeri prosedürler, ileride açılacak bir dava için ön hazırlık olmakta ve böylece yargılama aşamasını hızlandırmaktadır.⁸⁰

§ 2. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNÜN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN ORTAYA ÇIKMASINDAKİ NEDENLER VE GÖRÜŞLER

AUÇ yolları, sanılanın aksine yeni bir yol olmaktan ziyade, eskiden beri kullanılan barışçıl çözüm yollarının modernize edilmesi şeklinde ortaya çıktığı yöntemlerdir.⁸¹ Bir görüşe göre kişiler arasındaki uyuşmazlıkların yargı dışı yollarla

⁷⁵ Petley, s.16.

⁷⁶ Newman, s.29; <http://www.findlaw.com.au/article/420.htm> (26.12.06).

⁷⁷ Fiadjoe, s.23.

⁷⁸ O'connor, s.19.

⁷⁹ Fiadjoe, s.23.

⁸⁰ Petley, s.13.

⁸¹ Barrett, Jerome T., A History of Alternative Dispute Resolution, San Francisco 2004, s.13 vd.

çözülmesi fikri yeni bir gelişmedir.⁸² Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Moore, Nader-Todd ve McConnell gibi yazarlar arabuluculuğun Çin, Japonya, Kore, Latin Amerika, Ortadoğu, Uzakdoğu ve Avrupa da uzun zamandan beri kullanıldığı ve yeni bir gelişme veya icat olmadığı konusunda aynı görüşü paylaşırlar.⁸³

Osmanlı devletindeki kadılık sisteminde kadı, aslında bir hâkimin bugünkü özelliğinden çok, bir arabulucu gibi tarafların uzlaşmasını sağlayan kişi konumundadır. Esasen kadılar, şer'i hükümlere göre, taraflardan hangisinin haklı veya hangisinin haksız olduğunu belirlemekte ve şeriat kanunlarına göre davaları çözümlenmekteydi. Bu nedenle, arabuluculuk gibi yöntemler ortaya yeni çıkmış değildir. Uluslararası hukuk alanında, endüstri ve sanayi uyuşmazlıklarında ve aile hukuku ihtilaflarında, arabuluculuk öteden beri kullanılmagelmiştir.⁸⁴

Nitekim Osmanlı hukuk sisteminde taraflar arasındaki özel hukuk ihtilaflarında uzlaştırma kurumunun çok önemli rolü olmuştur. Osmanlı Şer'iyeye sicillerinden, ihtilafın taraflarının mahkeme yargılaması sırasında bir uzlaştırıcı tarafından uzlaştırıldıklarını ve bu uzlaşmanın taraflarca mahkemede ikrar ve kabul edilerek kararın oluşturulduğunu ve sicillere şerh edildiği görülmektedir. Padişahın koyduğu örfi hukuk da şer'i hukukun dışına çıkamamaktaydı. Diğer bir deyişle, örfi Osmanlı hukuku, Şer'i hukukun vesayeti altındaydı. Osmanlı hukuk sisteminde şer'i hukukun Hanefî mezhebine ait içtihatları esas alınmakla beraber, halkın çoğunluğunun Hanefî mezhebine mensup bulunması sebebiyle kadılar da Hanefî mezhebine göre uyuşmazlıkları çözmek üzere görevlendirilmekteydi.⁸⁵ Alevi mezhebine mensup halk ise, cemlerde dedelerin önderliğinde, köylerde vuku bulan bir anlaşmazlığın çözümü için toplanır, uyuşmazlığın giderilmesi için çeşitli çözüm yolları bulmak için çalışırlardı.

İslamiyet'ten önceki dönemde, Arap toplumunda adam öldürme ve müessir fiillerde ihkak-ı hak ve ölç alma usulleri uygulanmakta iken, diğer ihtilaflarda uzlaşma ve arabuluculuk yöntemlerinin kullanıldığı bilinmektedir. İslam dini tarafların barıştırılmasına ve sulh yolunun uygulanmasına büyük önem vermektedir. Araplarda

⁸² Özbek, s.113.

⁸³ Sourdin, s.35.

⁸⁴ Petley, s.5.

⁸⁵ Balcı, Muharrem, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999 s.27; Daha geniş bilgi ve örnekler için bkz. Şer'iyeye Sicilleri, Türk Dünyası Araştırma Vakfı Yayını, İstanbul, 1989 C. 1-2.

hakem veya arabulucular doğruluğu ile tanınmış, güvenilir ve nüfuz sahibi kişilerden seçilirlerdi. Örneğin, Mekke'de hakemler genellikle Kureyş kabilesinden seçilmekteydi.⁸⁶ Günümüzde hala, Güneydoğu Anadolu bölgesinde, aşiretler arasında çıkan töre davalarında bölgenin önde gelen aileleri ve hatta o şehrin mülki amirleri arabuluculuk görevini üstlenerek tarafları barıştırmaya çalışmaktadır.

Roma hukukunda ise, var olan devlet yargılamasının yanında, tarafların iradesine bağlı ikame bir sistem olarak gelişen tahkimde, hakemler yetkilerini kanundan değil, sözleşmeden aldıklarından, hakem kararlarının kesin hüküm gücü yoktu. Ortaçağ Avrupa'sında kilisenin hukuk sistemi üzerindeki etkisi yoğun olarak görülmekle beraber, bu çağın sonlarına doğru derlenmiş olan Adet Hukukuna göre, devletin yüksek menfaatlerini ilgilendirmeyen cezai davaların dahi tahkimle çözümü mümkündü. Zamanla bazı sınırlamalar getirilmiş ceza ve şahsın hürriyetine ilişkin sorunlar tahkim konusu dışında bırakılmış; her türlü cezaya, evlenmeye, esarete, cismani fiillere ait davalarda tahkim men edilmiştir.⁸⁷

Barışçıl çözüm yollarının eskiden beri kullanıldığı bir diğer ülkede Çin Halk Cumhuriyetidir. Çin'de arabuluculuğun geçmişi Konfüçyus'a kadar dayanır. Uzlaştırma prosedürleri, Konfüçyus'un düşünce sistemi ve ilkelerine göre yapılmaktadır. 2000 yıl önce Zhou hanedanının, arabulucuları, krallık ve halk arasındaki idari sorunların çözümü amacıyla kullandığı bilinmektedir. Bugün Çin'de 6 milyon insandan oluşan 950.000. adet uzlaşma komitesi görev yapmaktadır.⁸⁸

AUÇ yöntemlerinin ortaya çıkmasındaki en önemli düşünce, klasik devlet yargılamasında uzun süren dava süreci ve mahkeme masraflarının azaltılması düşüncesidir. Taraflar, AUÇ yöntemlerini seçmekle, geleneksel yargılama yöntemlerinde süregelen uzun yargılama prosedürleri ile karşı karşıya kalmamakta ve klasik devlet yargılamasına göre çok daha hızlı ve ucuz şekilde sonuç alabilmektedir.⁸⁹

AUÇ sisteminin ortaya çıkmasındaki bir diğer düşünce, tarafların sürekli devam eden ilişkilerinin sürdürülmesidir. Özellikle ticari davalarda sürekli iş ilişkisi içinde olan

⁸⁶ Barrett, s.13 vd.

⁸⁷ Yeğengil, Rasih, Tahkim (L'arbitrage), İstanbul 1974, s. 42-43.

⁸⁸ Barrett, s.6.

⁸⁹ Coltri, s.336; Petley, s.13; Sourdin, s.1.

tarafların bu durumu sürdürmek istemeleri, AUÇ yöntemlerinin ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Örneğin aile hukukuna ilişkin davalarda, tarafların birbirlerine hasmane tutum içinde oldukları ve bu durumdan psikolojik olarak zarar gördükleri ve çocukların da bu durumdan etkilendiği düşünülürse, AUÇ yöntemlerinin bu tür sürekli ilişkileri koruduğu söylenebilir.⁹⁰ Başka bir düşünceye göre, AUÇ yollarının doğuş nedeni mahkemelerdeki dava yoğunluğunun azaltılmasıdır. Bu sayede mahkemelerin özellikle düşük tutarlı dava yükünden kurtarılması hedeflenmiş, mahkemelerin daha süratli karar vermeleri amaçlanmıştır.⁹¹

AUÇ yöntemlerinin son yıllarda farklı alanlarda kullanıldığı da görülmektedir. Örneğin Bosna savaşının bitirilmesi için eski başkanlardan Jimmy Carter ve Richard Holbrooke'un uyguladığı arabuluculuk sistemi uluslararası uzlaşmacılık için iyi bir örnektir.⁹² Bunlarla beraber 1905 yılındaki Rus-Japon savaşının bitmesi, Fransa ve Almanya'nın Fas üzerindeki anlaşmazlığının sona ermesi, Birleşik Krallık ile Guatemala arasındaki anlaşmazlığın arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmesi diğer örneklerdir.⁹³ Geçmişte Rönesans döneminde Katolik papaların Avrupa ülkeleri arasında arabuluculuk görevi yaptıkları da bilinmektedir. Katolik kiliseleri, piskoposlardan oluşan arabuluculuk komitelerini sorunların çözümü için ihdas ederek sorunları çözmek istemiştir.⁹⁴

Mısır ile İsrail arasındaki toprak anlaşmazlığında, taraflar, Harvard Konsepti olarak bilinen yöntemle aralarındaki sorunları savaşmadan halletmişlerdir. Bu yöntemde taraflar kendileri için en öncelikli isteklerini sıralamakta ve buna göre çözüm mekanizmaları oluşturulmaktadır. Arabuluculuk ve uzlaşma yöntemleri artık devletler arasında ihtilafların çözümünde sık başvurulan yöntemler haline gelmiştir. Bu nedenle ihtilaf çözümü konusunda uluslararası organizasyonların kurulması, yaygınlaştırılması ve desteklenmesi gerekmektedir.⁹⁵

⁹⁰ Sourdin, s.1.

⁹¹ Petley, s.1-3.

⁹² Barrett, s.197.

⁹³ Glahn, Gerhard Von, Law Among Nations, 7.Ed., Massachusetts, 1995, s.497.

⁹⁴ Barrett, s.13.

⁹⁵ International Alternative Dispute Resolution: Past, Present and Future, by Kofi Annan, The International Bureau of The Permanent Court of Arbitration, Hague 2000, s.95.

B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞİM SÜRECİ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kökeni Amerika Birleşik Devletlerine dayanmaktadır. Arabuluculuk gibi AUÇ yöntemlerinin geçmişi ise 1960'lı yıllara kadar gider. 1947 yılında Federal hükümetin himayesinde kurulan "Arabuluculuk ve Uzlaşma Kurulu" iş hukukundan doğan ihtilafların çözülmesini amaçlamıştır. İş hukukundan doğan bu tip uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözülmesi bu yöntemlerin tanınmasında etkili olmuştur. Ancak bu yöntemler sınırlı bir alanda ve az sayıdaki bağımsız arabulucular tarafından uygulanmaktaydı.⁹⁶ 1964 tarihli Yurttaşlık Hakları Yasası uyarınca Adalet Bakanlığına bağlı "halkla ilişkiler servisi" kurulmuştur. Bu kurum, kişilerin hukuk sistemine başvurmak yerine müzakereler ya da arabuluculuk vasıtasıyla sorunlarını çözüme kavuşturmaya yardımcı olmaktadır. Federal hükümet, arabuluculuk alanında yaşanan gelişimin ilk yıllarında halka düşük ücretle ya da ücretsiz olarak arabuluculuk hizmetleri veren merkezleri finanse ederek arabuluculuğun yaygınlaşmasını sağlamıştır.⁹⁷

60'lı yılların sonu 70'li yılların başına gelindiğinde kişisel haklar ve çevresel haklar ile ilgili davaların, mahkemelerin dava yükünü aşırı şekilde arttırdığı görülür. Dava yolu pahalı bir tercih olmasına rağmen davacılar, hiçbir bilgi sahibi olmadan körü körüne, sırf haklarını alabilmek uğruna ardı ardına toplu davalar açarak mahkemeleri iş göremez hale getirmişlerdir.⁹⁸ İş uyuşmazlıklarını kapsayan uyuşmazlıklarda da bu dönem içinde aşırı bir artış olduğu saptanmıştır.⁹⁹ Geleneksel jüri sisteminin yarattığı gecikme ve mahkemeye gelen vakaların karmaşıklaşması nedeniyle, taraflar gönüllü olarak davalarının jüri ile görülmesi hakkından vazgeçerek daha basit, hızlı ve maliyeti düşük adalete yönelmişlerdir.¹⁰⁰

1970'lerin ortalarına doğru büyük şirketlerin ilgisi AUÇ yollarının gelişip büyümesini sağlamıştır. Bu sırada NewYork'da "Centre For Public Resources" adlı

⁹⁶ Spencer, David /Brogan, Michael, Mediation Law and Practice, Newyork 2006, s.25 vd.

⁹⁷ Kite, Deniz, Mediasyon, Kayseri Ticaret Odası yayınları, Kayseri 2007, s.106.

⁹⁸ Spencer/Brogan, s.26.

⁹⁹ Barrett, s.145.

¹⁰⁰ Simpson, David B., Amerikan Hukuk Sisteminde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri ve Bunun Türk Hukuk Sistemi ile Uygunluğu "Seminer Sonuçlarını Özetleyen Öğretim Görevlisi Raporu", Çev.: Ayşe Tezel.
<http://www.eakademi.org/icerik.asp?kategori=%C3%83%E2%80%A1eviri&kid=2&git=2>

kurum kurulmuştur. Bu kurum, alternatif çözüm yollarını geliştirmek ve destekleme amacıyla ihdas edilmiştir. Yargılama sisteminin verimsizliği, hantal ve pahalı olması bu kurumun asıl kuruluş nedenlerindedir. Kurum, bir süre sonra bir bildiri yayınlamış ve şirketlere tahkim veya dava yoluna başvurmadan evvel yargıya alternatif yolları kullanma çağrısında bulunmuştur. Amerika'nın en büyük kuruluşları içinde bulunan, 300'den fazla şirketin dava yoluna başvurmadan önce, alternatif yolları kullanacağını yazılı olarak beyan etmesi ile AUÇ yolları tam anlamıyla popüler ve tanınır hale gelmiştir.¹⁰¹ Amerikan mahkemelerinin AUÇ yollarını çok çabuk benimseyip uygulamaya koyması da AUÇ yollarının gelişmesine katkı sağlamıştır. Yargılama yükünün ağırlığı, duruşmaların sürekli ertelenmesi ve jüri duruşmaların maddi-manevi külfetleri mahkemeleri AUÇ yollarına yönlendirmiştir.¹⁰² AUÇ yöntemleri daha sonra velayet ve boşanma davalarında daha etraflıca uygulanmaya başlanmış ve yargıçlar, boşanmaya karar veren eşlerin kendi ayrılık planlarını kendilerinin yapmasını tercih ederek AUÇ yöntemlerine ivme kazandırmışlardır.¹⁰³

1976 yılında düzenlenen ve adalet sistemindeki sorunların tartışmaya açıldığı "Pound Konferansı" AUÇ yollarının ilerleme kaydetmesine neden olmuştur. Bu konferansta "multidoor courthouse" denilen çok seçenekli mahkeme teşkilatlarının kurulması teklif edilmiş ve bu yolla mahkemeler, AUÇ hizmetini sağlayan kuruluşlarla beraber tahkim ve uzlaşma gibi yöntemlerle zamandan, iş yükünden ve masraflardan tasarruf etmeyi amaçlamıştır.¹⁰⁴

1980 yılından itibaren çok seçenekli mahkemelerin (multidoor courthouse) teşkilatlanması hızlandırılmıştır. Yeni kurulan çözüm merkezleri ve organizasyonları kişilerin alternatif yöntemlere yönelmesinde etkili olmuştur. 80 ve 90'lı yılları AUÇ yollarının gelişim dönemi olarak adlandırabiliriz.¹⁰⁵ Bu yıllarda, boşanma davalarının AUÇ yollarıyla çözümlenmeye başlandığı ve kişilerin bu yöntemler ile tanıştığı yıllar denilebilir. Yargıçların tarafları arabuluculuğa sevk etmeleri, bu dönemde daha geniş bir biçimde uygulanmaya başlamıştır. Birleşik Devletler'deki pek çok adli daire

¹⁰¹ O'connor, s.2.

¹⁰² O'connor, s. 8.

¹⁰³ Spencer/Brogan, s.26.

¹⁰⁴ Spencer/Brogan, s.28.

¹⁰⁵ Spencer/Brogan, s.27.

sorunları çözüme kavuşturmak amacıyla mahkeme temelli arabuluculuk programlarına başvurmaktadır.¹⁰⁶

Kayıtlara geçen ilk AUÇ uygulaması örneği Amerika da 1977 yılında *Telecredit* ve *TRW* arasındaki patent davasıdır. Bu dava, yaklaşık 30 ay devam etmiş ve tahmini 100.000 doküman incelenmiştir. Dava devam ederken, şirketlerin CEO'ları arasında bir toplantı organize edilmiş ve bu toplantıya tarafsız bir danışmada katılmıştır. 14 saatlik görüşmeler sonunda taraflar anlaşmaya varmıştır. Uzlaşmanın sonunda 30 dakika içinde hazırlanan sözleşme taraflarca imzalanarak çözüme ulaşılmıştır.¹⁰⁷

1990 yılına gelindiğinde, AUÇ yollarının yasalarla düzenlenmesi süreci başlamaktadır. Adalet reformu kanunları (CJRA) çerçevesinde kabul edilen İdari Uyuşmazlıklar Çözüm Kanunu (ADRA), Federal mahkemelere, AUÇ yöntemlerini kullanmak suretiyle zaman ve masraftan tasarruf etmeleri konusunda plan yapmalarını düzenlemiştir. AUÇ yollarının kullanılması zorunlu olmamakla beraber, mahkemeler AUÇ konusunda bir plan yapacak ve açılan davalarda AUÇ yollarının uygulanmasını taraflara teklif edecektir.¹⁰⁸

1998 yılında kabul edilen Uyuşmazlık Çözüm Kanunu (Dispute Resolution Act 1998) AUÇ yolları için önemli aşama sayılır. Bu kanunla tüm federal bölge mahkemelerine kendi kurallarına göre AUÇ programları oluşturma yetkisi verilmiştir.¹⁰⁹

Amerikan hukuk sistemi büyük ölçüde İngiliz hukuk sistemine dayanmaktadır. Anglo-Sakson hukuku, Kara Avrupa'sı hukuk düzenindeki gibi kurallar bütünüünün oluşturduğu kanunlar sistemi olmaktan ziyade hâkimler tarafından geliştirilen ve yorumlanan bir hukuktur. Anglo-Sakson hukukunun temel özelliklerinden biri hâkimlerin eski davalar ile benzer olaylara ve hukuki temellere dayanan yeni davalara, eski davalarla oluşturulan hukuk prensiplerini kullanarak çözmeye çalıştığı içtihat doktrini dir. İlk derece mahkemeleri ise, (district courts) kendi yargı alanlarındaki yüksek dereceli mahkemelerin kararlarını takip etmek zorundadırlar.¹¹⁰

¹⁰⁶ Kite, s.108.

¹⁰⁷ O'connor, s. 9; Newman, s.57.

¹⁰⁸ Spencer/Brogan, s.29.

¹⁰⁹ Örnek ADR programı için bkz.

<http://www.kscourts.org/programs/Alternative-Dispute-Resolution/default.asp> (24.11.07).

¹¹⁰ Campbell, Dennis / Hepperle, Winifred, The U.S. Legal System-a practice handbook, Netherlands 1983, s.51 vd.

Anglo-Amerikan hukukunda mücadelecı sistem (adversarial system) olarak adlandırılan, vakıaların ve bunları ispat eden delillerin taraflarca getirilmesi ilkesi egemendir. Mücadelecı sistemde deliller, taraflarca mahkemeye sunulmakta ve yargıçların delil toplanması konusunda etkileri veya yönlendirmeleri bulunmamaktadır. Duruşma esnasında yargıç ve jüri üyeleri tanık veya bilirkişiyeye soru sorma konusunda kısıtlıdır. Bu durum tarafları, yargıçlara göre daha etkin kılan bir sistemdir. Kara Avrupa'sı sistemlerinde yargıç yargılamayı idare eden kişiyi olmasına rağmen, Anglo-Amerikan sistemindeki yargıç, duruşmanın adil bir biçimde gerçekleşmesini sağlayan bir hakem olarak görülmektedir.¹¹¹ Türk hukuk sisteminin de dâhil olduğu Kara Avrupa'sı hukuk sistemi ise, yazılı biçimde derlenmiş olan kamu hukuku-özel hukuk şeklinde ikili ayrıma dayanır. Yargı ayrılığı ilkesi egemendir ve yargı kararları hukukun yardımcı kaynakları olarak görülmektedir. Anglo-Sakson hukuk sistemi ise, kaynağını, bağlayıcı olan geçmiş mahkeme kararlarından ve yüksek mahkemenin içtihatlarından almaktadır. Sonuç olarak, AUÇ yollarının Anglo-Sakson hukuku kökenine dayanması, Anglo-Sakson hukuk sistemine dâhil olmayan ülkelerde bu yolların uygulanmasını geciktirmiştir.¹¹²

C. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNDE GELİŞMESİ VE UYGULANMASI

I. İngiliz Hukukunda

AUÇ yollarının çıkışı her ne kadar Amerikan hukuk sistemine ait olsa da bu sistem, İngiltere, Kanada, Avustralya gibi Anglo-Sakson hukukunu benimseyen diğer ülkeler tarafından da uygulanıp geliştirilmiştir. AUÇ yöntemlerinin Avrupa'da en yaygın kullanıldığı İngiltere'de AUÇ yöntemleri zaman içerisinde hızlı bir şekilde gelişme göstermiştir.

1960'larda geniş ölçekte tartışılan konu Kuzey Amerika uygulamalarıyla, devlet kurumları ve devletin rolü üzerinde odaklanmaktaydı. Bu tartışmalar AUÇ

¹¹¹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Tanverdi, Mücahit, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, Yayınlanmamış doktora tezi, s.25 vd.

¹¹² Campbell/Hepperle, s.60 vd.

yöntemlerinin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki gibi hızlı gelişmesine engel olmuştur.¹¹³

1980'li yılların sonunda AUÇ usulleri Birleşik Krallıkta sınırlı bir şekilde uygulanmaktaydı. İngiltere'de AUÇ tartışmaları, 1990'larda ise iyice yoğunlaştı. 1990'ların başlarında AUÇ konusuyla ilgili iki rapor hazırlandı. Bunlardan biri Baro Genel Kurulunun hazırladığı, diğeri ise Avukatlar Birliği tarafından yayınlanan raporlardır. Eş zamanlı olarak, aile davalarında kullanılan pilot uzlaştırma planının yerine geçen ve Çocuk Yasası'ndaki değişiklikleri yansıtan yeni bir usul yönergesi de aynı dönemde yayınlanmıştır. (Usul Yönergesi-Aile Hukuku Uzlaşma Yolları-18 Ekim 1991) Usul alanında getirilen yenilikler kapsamında, 1895'te özel bir talimatla kurulan Ticaret mahkemesi ön plana çıkmaktaydı. Mahkeme davalardaki çabukluğu ve hassasiyetiyle gurur duymaktaydı. Ticaret mahkemesine getirilen dava konularından büyük bir kısmı, son aşamaya gelip büyük masraflara yol açsa da, duruşma aşamasına gelmeden çözümleniyordu. 1993'te mahkeme, dava konularını başlangıç safhasında çözüme kavuşturma amacıyla tarafları arabuluculuk veya uzlaşma gibi AUÇ yöntemlerinden birini kullanmaları yolunda teşvik etti.¹¹⁴ Bu teşvik şekli yönerge haline getirildi ve Ticari Davalarda Alternatif Çözüm Yolları Yönerge Bildirimi olarak 10 Aralık 1993 de yayımlandı.¹¹⁵

7 Temmuz 1995'te Waller J.'nin yayımladığı bir diğer yönetmeliğin adı Ticari Davaların Alternatif Çözümü'dür. Bu yönetmelikte ön değerlendirme usulü teşvik edilmekte bunun masrafları aşağı çekeceği ve gecikmeleri önleyeceği öne sürülmekteydi. Yönerge özellikle davaya bakan yargıcın AUÇ tekniklerinden yararlanabileceğini, tarafların önceden bu tür araçlarla çözüme gitmedikleri durumlarda, onları AUÇ yollarına yönlendirebileceğini vurgulamaktaydı. Mahkemeler yeri geldiğinde tarafları AUÇ konusunda harekete geçmeye teşvik etmek için devam eden davaları ertelemekle yetkili kılınmıştır.¹¹⁶

¹¹³ Mistelis, s.4.

¹¹⁴ Pugh, Thomas, A, "The Commercial Court of England and Wales and Alternative Dispute Resolution", International Company and Commercial Law Review, (Naklen: Mistelis, s.6.).

¹¹⁵ Brown, Henry J./Marriott, Arthur L., ADR Principles and Practice, 2nd Ed., London 1999, s.637.

¹¹⁶ Newman, s.23.

Nihayet 14 Temmuz 1998'de Colman J.'nin başkanlığında AUÇ yöntemleri ile ilgili Ticaret Mahkemesi Kurulu Çalışma Grubu'nun İkinci Raporu'nun 2 ve 3 no.lu ekleri yayımlandı.¹¹⁷ Çalışma özellikle aşağıdaki hususları dikkate almıştır:

- Mahkemeler, tarafların diğer araçlarla bir çözüme gitme çabası göstermediği davalarla tıkanmamalıdır.
- Adli gücün etkili olarak kullanılması için yargıçların AUÇ yollarını uygulamayan veya bir çözüm aramadan mahkemeye başvuran tarafları caydıracak yetkiye sahip olmaları gerekir.
- Adli kaynakların korunması ve etkili biçimde kullanılması için, hukuk alanında devlete daha az bir maliyete ve daha az zamana mal olacak çözüm yollarına gidilmesinin teşvik edilmesi gerekmektedir.

İngiliz yargılama sisteminde davaları çözümleyen merciler şunlardır: mahkemeler, tribunaller, ombudsman ve tahkim kurulları. İngiliz hukuk sistemine hâkim olan içtihat hukuku sistemi hemen her alanda kendini göstermektedir. İngiltere de mahkemeler, kendi aralarında ihtisaslaşmış olup, ticaret, teknoloji ve inşaat alanlarında, ihtisaslaştıkları alanlarda karar vermektedirler. Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar ise ayrı bir mahkemede görülmektedir. Bu mahkemelerin içinde bidayet mahkemeleri de uyuşmazlıkların görüldüğü ilk derece mahkemelerdir. Tribunaller ise özellikle iş hukuku dalında çıkan uyuşmazlıkları dava yolu ile çözen bir mercidir.¹¹⁸

Ombudsmanlar ise mağduriyetlerin giderilmesini sağlayan mercilerdir.¹¹⁹ Bu kişiler kendilerine gelen şikâyetleri araştırıp öneride bulunmakla görevlidirler.¹²⁰ İdare ile vatandaşlar arasındaki uyuşmazlık ve şikâyetlerin çözümlenmesi hedeflenmektedir. Genelde spesifik ve büyük organizasyonların oluşturduğu (Belediye, kamu kurumları, büyük vakıflar gibi) ombudsmanlık sistemi, iş hukuku ve kişisel ihtilafların resmi olmayan (informal) şekilde çözüm yolu arandığı şikâyet birimleridir. Ombuds'lar şirket veya kurumların içinde yüksek liyakat ve dereceye haiz, ikna yeteneği ve çalıştığı kurum hakkında geniş bilgilere sahip kişiler arasından

¹¹⁷ Brown/Marriott, s.631-634.

¹¹⁸ Mistelis, s.11.

¹¹⁹ Mistelis, s.13.

¹²⁰ Fiadjoe, s.24.

seçilir. Bu kişiler kendilerine iletilen bir şikâyeti, tarafları ortak bir noktada buluşturmak suretiyle çözmeye çalışırlar.¹²¹

"Magistrate's Court" adlı mahkemelerde tüm İngiltere'deki davaların %96'sı görülmektedir. Esasen Türkiye deki Sulh mahkemelerine benzeyen bu mahkemeler Ceza ve Hukuk kısımlarına ayrılmıştır. Hukuk kısmı basit hukuk davaları ile küçük miktarlı uyuşmazlıklar ve lisans (alkol satma lisansı gibi) davalarına bakmaktadır. İngiltere Adalet Bakanlığı yapılan başvuruları daha kısa sürede sonuçlandırmak ve uyuşmazlıkları uzlaşma yoluyla çözmek için, bu mahkemelere sürekli teşvik ve yönlendirmede bulunmaktadır.¹²²

Centre for Effective Dispute Resolution, (CEDR) Birleşik Krallıkta uyuşmazlıkların çözümü için hizmet veren kuruluşlardan en önemlisi olarak tanımlanmaktadır. CEDR günümüzde AUÇ konusunda uzmanlaşmış en önemli kurum konumunda olup, AUÇ yöntemlerini etkili biçimde kullanmak suretiyle tarafları uzlaştırmak için kurulmuştur.¹²³ Aşağıda İngiltere'nin en büyük alternatif uyuşmazlık çözüm kuruluşu olan CEDR'nin 2000-2001 yıllarında çözdüğü uyuşmazlık türleri sıralanmıştır.

Tablo 1.4. CEDR'nin 2000-2001 Yıllarında Çözdüğü Uyuşmazlık Türleri¹²⁴

Profesyonel ihmalkârlık ¹²⁵	17%
İnşaat-Yapı	14%
Finansal	7%
Kişisel Kaza-Sağlık Hizmetleri	5%
İş Davaları	4%
Deniz hukuku	4%
İnşaat	4%
Ticari Ortaklıklar	3%
Sigorta	3%
İnternet-Teknoloji	6%
Gayrimenkul-Eşya	3%

¹²¹ Coltri,, s.498.

¹²² İngiliz adalet sisteminde ilk derece mahkemeleri "county courts" , dava konusu miktarın belirlenen miktardan fazla olması durumunda "high courts" (asliye mahkemesi) ve "Magistrate court" (Sulh Mahkemesi) genel yetkili ilk derece mahkemeleridir. Bunun yanında özel alanda uzmanlaşmış birçok mahkemede ihdas edilmiştir. (Yapı ve İnşaat Mahkemesi, Ticaret, Teknoloji, Patent mahkemeleri vb.) Magistrate's Court hakkında daha geniş bilgi için bkz. Gibson, Bryan, Introduction to the Magistrate's Court, 4thEd., London 2001, s. 14 vd.

¹²³ Newman, s.10.

¹²⁴ http://www.cedr.co.uk/library/articles/CEDR_PCB_survey.pdf (30.11.2006).

¹²⁵ Burada kast edilen ihmalkârlık, doktor, avukat, mühendis vb. meslek kollarında çalışan kişilerin sorumluluk alanlarına giren uyuşmazlık türleridir.

İngiltere Adalet Bakanlığı 1999 yılında alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ve yargı reformları konusunda hükümetin, son 120 yıl içindeki en radikal reform girişiminde bulunduğunu ifade etmiştir. Hukuki sorunların mahkeme dışı yöntemlerle çözülmesi fikri desteklenmekte ve cesaretlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Gerçekten de 1990'larda önemli reformlar yapılmıştır. Bunların başında 1996'da kabul edilen yeni İngiliz Tahkim Yasası (English Arbitration Act), 26 Nisan 1999'da kabul edilen Medeni Usul Yasası ve Yerel Mahkemeler Kanunu gelmektedir. Medeni Usul Yasası ve AUÇ yöntemleri, Lord Woolf'un "Access to Justice-Adalet Ulaşma" raporlarından sonra İngiltere'de kapsamlı bir şekilde uygulanmaya başlamıştır.¹²⁶

Adalet Bakanlığı, 1994'te Lord Woolf'un başkanlığında "Adalet Erişim" adıyla bir rapor hazırlamıştır. Aradan bir yıldan daha az bir süre geçtikten sonra Lord Woolf bir ara rapor ve 1996 Temmuz ayında da nihai bir rapor daha hazırlamıştır. 1997 Şubatında hükümet, rapora bir takım eklemelerde bulunmuş ve Medeni Usul Kanunu (Civil Procedure Rules-CPR) 1997'de yasalaşarak yürürlüğe girmiştir. Lord Woolf, adalet sistemindeki çok biçimsel ve esnek olmayan yönleri tespit etmiş, büyük zararlara yol açan gecikmelere dikkat çekmiş ve adalet arayanların anlam veremedikleri büyük masraflara yol açan ve modern teknolojiden hiç yararlanmayan İngiliz medeni hukukunun kısa ama belirleyici bir betimini yapmıştır.¹²⁷

Medeni Hukuk alanındaki reformunun dört ana hedefi bulunmaktadır:

- Usullerin basitleştirilmesi (masrafların azaltılmasına yönelik);
- Davaların hukuki yönden kolay görülür olması (yargıçların çözüm yolları bulunmasında daha aktif olmalarını gerektirir);
- Dava öncesi protokoller (taraflar arasında görüşme yapılmasına olanak vermek, daha iyi bir şekilde bilgi alışverişini sağlamak; bir çözümün olabileceğini hissettirmek); ve
- Mahkeme işlemlerinin yanı sıra alternatif çözüm uygulamaları getirmek.¹²⁸

Woolf Raporlarında ve Medeni Usul Kanunu Hükümlerinde AUÇ yollarını geliştirmek adına üç değişiklik yapılmıştır.

¹²⁶ Oxford Dictionary of Law, s.338.

¹²⁷ Martin, Jacqueline, The English Legal System, 5th. Ed., London 2007, s.130.

¹²⁸ Mistelis, s.10 vd.

- Harç, Keşif, Tebligat vs. gibi ödemelerin sistemi değiştirilmiş, davacı ve davalıların benzer şekilde masraflara katılma sistemi uygulanmaya başlamıştır. (CPR, md.36)
- Taraflar arasında yapılmış bir anlaşma varsa, bu anlaşmaya göre dava öncesi çözüme gidilebilmesi olanağı getirilmiştir.
- Alternatif çözüm yollarına başvurma teşvik edilmiştir.¹²⁹

Reformla ortaya çıkan İngiliz Medeni Usul Kanunu, mahkemelere önemli bir yetki vermiştir. Hâkimler, AUÇ yolları kullanımının uygun olduğu uyuşmazlıklarda, duruşmaların başında veya duruşmalar esnasında tarafları herhangi bir AUÇ yöntemine yönlendirme yetkisine sahip olmuştur. Yani bir dava esnasında AUÇ yollarının uygulanmasının faydalı olacağı kanaati oluşursa, mahkeme hâkimi, duruşmayı ara kararla erteleyerek, tarafların AUÇ usullerini kullanmasına karar verebilir. Bu mahkemelerdeki işlemlerin basitleştirilmesi, davaların mahkeme dışı çözüm yollarıyla desteklenmesi 1999 yılının Mayıs – Ağustos döneminde çok başarılı olmuş ve bir önceki yıla karşılaştırıldığında yerel mahkemelerdeki dava sayısının % 25 oranında azaldığı görülmüştür.¹³⁰

II. Fransız Hukukunda

Yaygın olan kaniya göre, AUÇ usullerinin Fransa'da yeni ortaya çıkmış olduğudur. Hâlbuki AUÇ usullerinin uygulanması Fransız ihtilaline kadar dayanır. İhtilali yapanlar, dava sayılarındaki artışı dikkate alarak sulh hâkiminin taraflara uzlaşma usullerini uygulamasını zorunlu tutmuştur. 1855 ve 1906 Hukuk Usulü Muhakeme Kanunuyla da uzlaşma konusu kanunlaşmıştır. 1940 ve 1950'li yıllardan itibaren uzlaştırma yöntemleri kullanılmamaya başlanmış ve zorunlu olmaktan da çıkarılmıştır. Bu durumun Fransız hukukuna olan güvenden kaynaklandığı düşünülmektedir.¹³¹ 90'lı yıllarda dava sayısının aşırı artması üzerine emekli bir hâkim olan M.Coulon bir rapor hazırlamıştır. Bu raporda dava sayısının azaltılması için uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir. Hâkim Coulon İngiltere'de başarıyla uygulanan bu sistemin bir benzerinin uygulanmasını

¹²⁹ Mistelis, s.9-10.

¹³⁰ Mistelis, s.10.

¹³¹ Gaillard, Emmanuel / Edelstein, Jenny, Mediation in France, (Dispute Resolution Journal, 2001/1, s. 74-78), s.74 vd. http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200011/ai_n8981675/pg_1 (05.01.07).

önermiş ve insanlara uzlaşma alışkanlığının kazandırılması gerektiğini savunmuştur.¹³²

Fransa'da yapılan son düzenlemelerde mahkeme katımlı uzlaştırma sistemi benimsenmiştir. Ancak hâkim kendi yetkilerini, mahkeme bünyesinde çalışan kişilere veya mahkemenin denetimi altında bulunan kurumlara devretmektedir. 1995 tarihli ve 95-125 sayılı kanun, uzlaştırma usullerinin kullanılması ve teşvik politikalarını içermektedir. İlgili kanuna göre, uzlaştırma usulünü desteklemek ve teşvik etmek amacıyla hâkimlere, tarafların uzlaşabilmesine fırsat tanıyabilmek için yetki vermiştir. Buna göre hâkimler, davanın seyrine, tarafların eğilimi ile kendi otoritesi, bilgisi ve ikna kabiliyetine göre taraflara sulh teklif etme yetkisine sahiptir.¹³³

Fransız adalet sistemi içerisinde kurulan "Tribunal d'instance" adlı mahkemeler taraflar arasında uzlaşma sağlanması amacını taşır. Uzlaşma yoluna başvurmak zorunlu olmamakla birlikte desteklenmektedir. Bu mahkeme taraflara ilk aşamada uzlaşmayı teklif etmektedir. Taraflar kısa ve basit sorularla mahkemenin uzlaşmayı nasıl sağladığı konusunda bilgi alır ve uzlaşma yöntemini aldıkları yanıtlara göre kullanmaya karar verebilirler. Uzlaşma sürecinin başarısız olması halinde dava prosedürü kaldığı yerden devam eder.¹³⁴ Sözleşmelere koyulan AUÇ şartlarıyla ilgili Fransız mahkemelerinin, bu şarta riayet edilmemesinin müeyyidesi hakkındaki görüşü açık değildir. Temyiz mahkemesinin konuyla ilgili olarak verdiği bir kararda, taraflardan birinin uzlaştırma şartına uymaması hâlinde, uzlaştırma girişiminin başarısız olacağı açıkça belli olmadıkça, sonradan açılacak davanın kabule şayan olmayacağı belirtilmiştir. Temyiz mahkemesi daha sonra verdiği bir kararda, Paris İstinaf mahkemesinin, bir uzlaştırma şartına uyulmamış olmasının, davanın açılmasını engelleyen bir neden oluşturmayacağına dair verdiği kararı onaylamıştır.¹³⁵

Sözleşmelere koyulan ADR şartlarıyla ilgili Fransız mahkemelerinin, bu şarta riayet edilmemesinin müeyyidesi hakkındaki görüşü açık değildir. Temyiz mahkemesinin

¹³² Elliott, Catherine /Jeanpierre, Eric /Vernon, Catherine, French Legal System, 2nd Ed., London 2006, s.172.

¹³³ Elliott/Jeanpierre/Vernon, s.172.

¹³⁴ Elliott/Jeanpierre/Vernon, s.174.

¹³⁵ Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler, Özbek, Mustafa, (AÜHFD, 2006, C. 55, sayı 1, s. 207-292). s. 244 vd.

konuyla ilgili olarak verdiği bir kararda, taraflardan birinin uzlaştırma şartına uymaması hâlinde, uzlaştırma girişiminin başarısız olacağı açıkça belli olmadıkça, sonradan açılacak davanın kabule şayan olmayacağı belirtilmiştir. Temyiz mahkemesi daha sonra verdiği bir kararda, Paris İstinaf mahkemesinin, bir uzlaştırma şartına uyulmamış olmasının, davanın açılmasını engelleyen bir neden oluşturmayacağına dair verdiği kararı onaylamıştır.¹³⁶

1995 tarihli Kanun ve 22 Temmuz 1996 tarihli kararnameye göre, yargısal arabuluculuk (*judicial mediation*) gönüllülük esasına dayanmaktadır ancak gönüllülük esasının da istisnaları vardır. Özellikle iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan bazı ihtilaflarda uzlaşma yoluna gidilmemesi, bir dava şartı şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hatta iki istisna dışında boşanma davalarında da dava öncesi tüketilmesi gereken zorunlu bir yoldur. Fransız usul kanununa göre uzlaştırma aşamasının zorunlu tutulduğu hallerde, bu zorunluluğa uyulmadan açılan davalar açılmamış sayılarak cezalandırılmaktadır. 23 Haziran 2003 tarihinde yayınlanan bir kararname ile hâkimlere, tarafları arabuluculuğu kullanmaları konusunda zorlama yetkisi verilmiştir. Taraflar bu düzenlemeye göre 1 ay içinde anlaşmaya varabilmek için müzakere ederler.¹³⁷

III. İtalyan Hukukunda

İtalyan hukukuna AUÇ yollarının girmesi ancak 1990'lı yılların başında mümkün olmuştur. İtalyan yargılama sisteminde bir davanın duruşma aşamasına ancak 3 yılda geçilebildiği, asliye mahkemelerinde görülen davaların 427 gün sürdüğü, temyiz aşamasının da 555 gün devam ettiği adalet sisteminin içine düştüğü feci durumda, asliye mahkemesinde dava açmak isteyenlerin karar çıkıncaya kadar yaklaşık on yıl beklemeleri gerekmektedir. İtalyan hükümeti 2000 yılında, uyuşmazlıkların çok uzun sürede sonuçlandırıldığından bahisle, AIHM'de aleyhine açılan davalar sonucu, vatandaşlarına toplam 600 milyon Euro ödeme yapmıştır.¹³⁸

1991'de İtalyan Parlamentosu, Sulh Hâkimliği (Giudice di Pace) adıyla yerel ölçekli adli bir kurum ihdas etti. Küçük miktartlı taleplerle ilgili adli görevlerini sürdürmenin

¹³⁶ Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler, Özbek, Mustafa, (AÜHFD, 2006, C. 55, sayı 1, s. 207-292). s. 244 vd.

¹³⁷ Elliott/Jeanpierre/Vernon, s.173.

¹³⁸ De Palo, Giuseppe / Harley, Penelope, Mediation in Italy: Exploring the Contradictions, Negotiation Journal, 2005/10, s.470.

yanı sıra bu mahkemelere alınan yeni hâkimler (her büyük İtalyan kentinde nüfus sayısına bağlı olarak bu hâkimlerden bulunmaktadır) aynı zamanda medeni hukuk kapsamındaki anlaşmazlıklarda, taraflardan birinin talebi üzerine, arabuluculuk yöntemini uygulamakla da yetkilendirilmişlerdir. 1993'te İtalyan Meclisi ticaret odalarının uzlaştırma hizmeti vermesini mümkün kılan 580 sayılı yasayı kabul etmiş ve o tarihten bu yana İtalya sınırları içinde sayıları yüzü aşkın ticaret odası AUÇ hizmeti vermeye başlamıştır. 1998'de kabul edilen 192 sayılı yasa ise sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıklarda yerel ticaret odalarının dava öncesinde yasada belirtildiği şekilde arabuluculuk yapmalarını düzenlemektedir.¹³⁹

2003 Ocak başlarında hükümet, uzun süredir bekleyen ve üzerinde hararetli tartışmalar yapılan şirketler hukuku reformlarına ilişkin bir dizi kararname çıkardı. Çıkarılan kararnameler arasındaki 5 numaralı kararname, şirketler arası ihtilafların alternatif yollarla çözümünü içermektedir. Arabuluculukla ilgili önceki yasa tekliflerinin yanı sıra 1 Ocak 2004'te yürürlüğe giren bu kararname, şirketlerle ve mali konularla ilgili arabuluculuk girişimlerini düzene koymaktadır. Yürürlüğe giren bu kararnameye göre, Adalet Bakanlığı nezdinde özel ve kamu kurumlarının, arabuluculuk heyetleri veya AUÇ organizasyonları (Organismi di Conciliazione) kurmaları teşvik edilmektedir. Aynı düzenlemeye göre AUÇ organizasyonları aracılığıyla uygulanan arabuluculuk yöntemleri şu özellikleri içermektedir;

- Uyuşmazlık, hızlandırılmış bir prosedürle adli yapı içinde infaz edilir.
- Arabuluculuk yöntemi, açık bir sözleşme maddesine veya AUÇ şartına dayanıyorsa, tarafların arabuluculuktan kaçındığı hallerde hâkim davanın ertelenmesine ve tarafları arabuluculuğa sevk etme yetkisine sahiptir.¹⁴⁰

IV. İspanya Hukukunda

İspanya'da alternatif yöntemlerin kökeni İspanya kralı Alfonso'nun yayınladığı 1263 tarihli *Siete Partides* kurallarına kadar dayanır. Bu kurallara göre kral, tahkim müessesesinin kullanımına izin vermiş kültürel farklılıklar dikkate alınarak verilecek kararların taraflar açısından bağlayıcı olacağını ilan etmiştir. Günümüzde İspanyol hukuk sisteminde uyuşmazlıkların AUÇ yöntemleri ile çözüldüğü en geniş alan iş hukuku alanıdır. Karmaşık bir hukuk sistemine sahip olan İspanya, 1990 yılından

¹³⁹ De Palo/Harley, s.471.

¹⁴⁰ De Palo/Harley, s.471.

beri özellikle iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk ve mahkeme katımlı arabuluculuk yöntemlerini en geniş şekilde uygulayan Avrupa ülkelerinden biridir. İspanyol iş mahkemeleri (Jurisdicción del Orden Social) tek ve toplu yapıda iş uzlaşmazlıklarını çözüme kavuşturan, uzlaşma konusunda uzman hâkimlerin oluşturduğu mahkemelerdir.¹⁴¹

İspanya hukukunda, uyuşmazlıklar mahkemeye gelmeden önce, tarafların önünde iki seçenek bulunur; taraflar ya uzlaşma yolu ile ihtilafı kendi aralarında çözüme kavuştururlar ya da arabulucu tarafından önerilen bir çözüm yolunu seçme hakkına sahiptirler. Bölgesel Arabuluculuk, Uzlaştırma ve Tahkim Birlikleri (Unidades Territoriales de Mediación, Conciliación y Arbitraje) tarafından önerilen ilk çözüm yolu yani uzlaşma, kamu görevlileri tarafından uygulanır. Bu uygulama başarısız olursa uyuşmazlık aynı gün içinde konusunda uzman bir hâkimin önüne getirilir. Hâkim, uzlaştırma ve arabuluculuk yöntemlerinin beraber uygulandığı bir usulle tarafları uzlaştırmaya çalışır. Bölgesel yönetimlerin birçoğu Özerk Yönetim Yargı usullerine göre çalışmaktadır. (İspanya'da Katalonya, Bask Bölgesi Andaluzya ve Galiçya gibi her biri özerk yönetime tabi 17 bağımsız bölge bulunmaktadır). İspanyol devlet sisteminin karmaşık yapısı ve özerk bölgelerin yargılama sistemleri değişiklik arz etmekle beraber iş uyuşmazlıklarında uygulanan AUÇ yöntemleri medeni hukuk alanında da 1996 yılından sonra hızla uygulanmaya başlanmıştır. İlk önceleri sadece aile hukukuna ilişkin davalarda uygulanan barışçıl yollar, günümüzde artık birçok alana yayılmış durumdadır. 1996 Ocak sonlarında hazırlanan "Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Genelgesi" düzenlemesine dayanılarak bütün İspanya'yı kapsayacak şekilde "Konfederasyonlar Arası Uzlaştırma ve Tahkim Hizmeti" adıyla yeni bir kurum oluşturulmuştur. Bu kurum, yapısı ve işlevleri bakımından Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Federal Arabuluculuk ve Uzlaştırma Servisi'ne benzemekte ve sorunların çözümünü konusunda ciddi bir rol üstlenmektedir.¹⁴²

¹⁴¹ The Spanish System Of Mediation And Arbitration, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/1997/05/feature/es9705107f.html> (27.11.2007).

¹⁴² The Spanish System Of Mediation and Arbitration.

V. Avrupa Birliğinin Arabuluculuk Hakkındaki Dzenlemesi

Avrupa Birliği AUÇ usullerinin yerleşip gelişmesi için sürekli yeni düzenlemeler yapmaktadır. Üye devletlerin bazıları, yargılama usulü alanlarında AUÇ yöntemlerine ilişkin değişiklik yapmayı tartışmaktadırlar. 2002 yılında, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından AUÇ yöntemlerine ilişkin Yeşil Kitap yayımlanmış ve 2004 yılında, Arabulucular için Avrupa Etik Kuralları hayata geçirilmiştir. Komisyon, AB Arabuluculuk Yönergesi Taslağını hazırlamış, bu taslak metinle arabuluculuk ve diğer çözüm yollarına başvurulmasını geliştirmek ve bu yollarla ilgili tüm üye devletler için tek bir kanunun uygulanmasını amaçlamıştır. AB'ne üye devletlerde, zamanaşımı süreleri, çözüm süreci, gizlilik ve AUÇ anlaşmalarının bağlayıcılığı gibi konularda ortak bir düzenleme oluşturulması hedeflenmiştir. Avrupa komisyonu 1998–2004 yıları arasında tüketici, aile ve velayet gibi konularda AUÇ yollarının desteklenmesi gerektiği konusunda birçok tavsiye kararları almıştır. İlgili yönergenin amacı, üye devletler arasında tek bir arabuluculuk kanunun uygulanmasını sağlamaktır. Arabuluculuk hakkında ortak tanımlamalar ve düzenlemeler yapılmakla beraber üye ülkelerin kendi düzenlemelerini kendilerinin yapması gerektiği ve bunun destekleneceği vurgulanmıştır.¹⁴³

Sözleşmeye dayalı AUÇ usulleri, üye devletlerde özel bir yasal düzenlemenin konusunu oluşturmamaktadır. Bu konudaki düzenlemeler, sözleşme hukukunun genel hükümleri veya AUÇ usulleri sonunda yapılan sulh anlaşmalarıyla (*transaction agreements, contrat de transaction*), (Fransız Medenî Kanunu md. 2044) ilgili olan özel hükümlerdir. AUÇ usulleri, sözleşme hukukunun, medenî usul hukukunun ve milletlerarası özel hukukun genel ilkelerine dayandırılmaktadır.¹⁴⁴

§ 3. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet halinde olan bir çözümler süreci değildir. Söz konusu yöntemlerin asıl amacı, küçük çapta olan ve kamu düzenini ilgilendirmeyen

¹⁴³ Avrupa Birliğinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları üzerine yapılan öneri ve tavsiye kararları için bkz. Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, Özbek, Mustafa AÜHFD, 2007, C. 56, S. 1, s. 183–231.

¹⁴⁴ Özbek, Mustafa, Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.15.
<http://www.ankarabarasu.org.tr/download/adr/incelemeplani.doc> (04.02.08).

uyuşmazlıkların, adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmektir. AUÇ yollarının gelişip büyümesine paralel olarak birçok yeni alternatif çözüm yöntemleri de ortaya çıkmıştır. Her ülke, kendi sosyal ve ekonomik gerçeklerini gözetererek, bu süreçlerden birini tercih edebileceği gibi, bunlardan birkaçını bir araya getirmek suretiyle karma yöntemler de oluşturabilir veya söz konusu yöntemler dışında başka yöntemler de geliştirebilir. Vakıaların Saptanması, Arabuluculuk, Müzakere, Ön Değerlendirme, Tarafsız Ön Değerlendirme, Arabuluculuk-Tahkim, Kısa Duruşma, Kısa Jüri Yargılaması, Hüküm Verme, Bilirkişi İncelemesi ve Uzlaştırma gibi birçok AUÇ usulü vardır.¹⁴⁵ Tez konumuz açısından, uygulamada en çok kullanılan ve tercih edilen AUÇ yöntemleri üzerinde kısaca durulacaktır.

Tablo 1.5. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ¹⁴⁶

	Müzakere	Mediasyon	Uzlaşma	Tahkim	Mahkeme
Kararları kim veriyor?	Taraflar	Taraflar	Taraflar ve uzlaştırıcı	Hakem	Yargıç
Süreci kim Kontrol ediyor?	Taraflar	Arabulucu (taraflarla sıkı ama gayri resmi)	Uzlaştırıcı	Hakem: nispeten gayri resmi	Yargıç: Yüksek derecede resmiyet
Üçüncü tarafın rolü	Taraflara bağlı	Bağımsız tarafsız arabulucu	Taraflara tavsiyede bulunabilen uzlaştırıcı	Bağımsız tarafsız uzman	Müvekkili savunmak ve karşı tarafın itirazlarını çürütmek
Tarafların direk katılımı	Eksiksiz, fakat kendi şartları üzerinde	Konuları belirleme, alternatif üretme, değerlendirme	Konuları belirleme, alternatif üretme, uzlaşmaya katılım	Konular ve fikirler ortaya konur, hakem karar verir	Temsilciler müvekkilleri adına katılır
Ortaya çıkabilecek sonuçlar	Tarafların uzlaşmalarını gerektiren herhangi bir konu	Kazan/Kazan ortak kabullenmeyi amaçlar	Kazan/Kazan ortak kabullenmeyi amaçlar	Her iki tarafında karşılıklı ödün verdiği uzlaşma	Kazan/Kaybet hukuki kurallar ve kanıtların değerlendirilmesi

A. MÜZAKERE (NEGOTIATION)

Müzakere, iki ya da daha fazla tarafın kendi çıkarları doğrultusunda ortak bir karar almaya yönelik yaptıkları iletişim toplantılarıdır. Bir başka tanıma göre müzakere, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı bir anlaşma veya çözüme ulaştırmak için yaptıkları görüşmeler olarak da adlandırılır.¹⁴⁷ Prensip olarak müzakere toplantıları, tarafların doğrudan doğruya yaptığı görüşmelerdir. Ancak bu görüşmelere taraflar

¹⁴⁵ Pekcanitez-AUÇ, s.15-16.

¹⁴⁶ Kite, s.37.

¹⁴⁷ Spencer/Brogan, s.9, Martin, J., s.131.

hukuki temsilcileriyle de katılabilirler. Müzakere kavramını 7 temel öge oluşturmaktadır. Bunlar; ortak çıkar, taraflar arası ilişki, dürüstlük, alternatif yollar, çok seçeneklilik, taahhütler ve iletişim.¹⁴⁸

Müzakere, iki veya daha fazla kişi arasında ortak bir çözüme ulaşmak için yapılan toplantılardır. Müzakere usulünde taraflar, toplantılara bizzat kendileri ya da yetkili temsilcileri ile katılmak durumundadırlar. Toplantı sürecinin kontrolünü de tarafların kendileri veya temsilcileri yürütebilir.¹⁴⁹ Müzakere yöntemi, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra kullanılacak ilk yöntem olmalıdır.¹⁵⁰ Müzakere yöntemi üç kısımda incelenebilir; temel müzakere uzlaşmacı müzakere ve rekabetçi müzakere, yöntemi.

I. Temel Müzakere

Temel müzakere yönteminde taraflar, çıkarlarının korunması amacıyla dava yoluna başvurmadan önce uyuşmazlığın çözümü için müzakere ederler.¹⁵¹ Görüşmelerdeki amaç, tarafların çıkarları göz önünde bulundurularak ortak bir noktada buluşmaktır. Taraflar kendileri için öncelik arz eden konuları belirleyerek bu konuların çözümünde tatmin edici bir sonuç için iletişim kurarlar. Müzakere yöntemi taraflar arasında yapılan tango dansına benzemektedir.¹⁵²

Taraflar müzakere sürecinin nasıl işleyeceğine karar verdikten sonra her bir taraf kendi görüş ve iddialarını sunmak için hazırlanmalıdır. Taraflar dava açılmasının artı ve eksi yönlerini çok iyi değerlendirmeli ve buna göre görüşmeler için strateji belirlemelidir. Müzakere stratejisi çeşitli ihtimallere göre belirlenebilir. Bunu belirlerken karşı tarafın algılama düzeyi ve davranışları, diğer tarafın nasıl bir teklif sunacağı belirleyebilir. Bu nedenle, kimi zaman agresif, kimi zamanda ölçülü bir yol izlenebilir.¹⁵³

Müzakereler sırasında taraflar, birbirlerine karşı dürüst olmalı ve yanıltıcı sözlerden kaçınmalıdır. İyi niyet ilkesi gereği aldatıcı beyanlarda bulunulmamalıdır. Müzakere

¹⁴⁸ Editors: Moffit, Michael L./ Bordone, Robert C., The Handbook of Dispute Resolution, San Francisco 2005, by Patton, Bruce, ch.18, s.279.

¹⁴⁹ Fiadjoe, s.22.

¹⁵⁰ Mistelis, s.28.

¹⁵¹ Moffit/Bordone, by Patton s.280.

¹⁵² Moffit/Bordone, by Patton s.297.

¹⁵³ Estreicher/Sherwyn, Ch.32, s.867.

toplantılarına ister doğrudan taraflar, isterse de temsilcileri katılsın katılan herkes doğru söyleme yükümlülüğü altındadır.¹⁵⁴

Temel müzakerede taraflar, uyuşmazlık konusundaki en önemli isteklerini ortaya koyarlar ve kendilerini en iyi tatmin edecek sonuca ulaşmak için müzakere ederler. Süregelen bir ilişkinin uyuşmazlık sonrası için de devam etmesini sağlamak açısından müzakere yöntemi önem taşır. İşveren-çalışan, bayilik ilişkileri, sponsorluk anlaşmaları, tedarikçi-market ve diğer ticari ilişkilerin zarar görmemesi için müzakere yöntemi sıklıkla tercih edilmektedir.¹⁵⁵

II. Uzlaşmacı Müzakere

Uzlaşmacı müzakerede taraflar, kendi çıkarlarını düşünmek yerine her iki tarafın da menfaatleri üzerinde tartışmayı düşünmelidirler. Taraflar açısından dengeli, adil ve çok seçenekli bir çözüm üretmek amaçlanır. Müzakere esnasında en çok kullanılan ve en fazla bilinen yöntem "müzakere edilen bir anlaşmaya en iyi alternatif" (Best Alternative to a Negotiated Agreement-BATNA) yöntemidir. BATNA, tarafların müzakere ederek uyuşmazlığı çözümleyememesi halinde, kendilerine en iyi sonucun ne olacağını bildirilmesidir. Bu nedenle, müzakerecilerin her zaman çeşitli BATNA seçenekleri olmalıdır.¹⁵⁶ Taraflar böylece müzakerede buldukları çözüm yolunun alternatiflerini de değerlendirme fırsatı bulurlar.¹⁵⁷ Müzakerecinin en fazla tatmin olacağı anlaşmayı yapmak istemesi "Müzakereci BATNA'sı" olarak adlandırılmaktadır.¹⁵⁸

Taraflar, müzakerelerin başarısız olması halinde ne gibi sonuçlarla karşılaşacaklarının farkında değilse, reddetmeleri menfaatlerine daha uygun olacak olan bir anlaşmayı kabul etme riskine girebilirler veya kabul etmeleri menfaatleri için çok daha yararlı olacak bir anlaşmayı reddetme tehlikesine düşebilirler.¹⁵⁹

III. Rekabetçi Müzakere

¹⁵⁴ Moffit/Bordone, s.281-282.

¹⁵⁵ Moffit/Bordone, s.282.

¹⁵⁶ Moffit/Bordone, s.283.

¹⁵⁷ BATNA yöntemi hakkında geniş bilgi ve açıklamalar için bkz. Moffit/Bordone, s.283; Coltri, s.245; Stitt, s.114.

¹⁵⁸ Moffit/Bordone, s.283.

¹⁵⁹ Özbek, s.77.

Rekabetçi müzakere usulünde taraflar, kendi isteklerini karşı tarafa kabul ettirmek, uyuşmazlık konusunda avantaj sağlamak isterler. Müzakere konusu üzerinde sıkı pazarlıklar yapılır. Taraflar bu tip müzakerede bir avukat gibi davranırlar. Uzlaşmacı müzakere usulünde ise, her iki taraf ortak bir noktada buluşmayı amaçlamaktadır. Burada esas nokta devam eden ilişkilerin korunmasıdır. Bu nedenle, rekabet ederek değil de her iki tarafın yapacağı fedakârlıklar çözüme etkili olur. Temel müzakere yöntemi, her iki tarafın çıkarlarını dikkate almak suretiyle tatminkâr bir çözümü hedeflediği halde rekabetçi müzakerede taraflar, karşı tarafın zayıflığından ve tecrübesizliğinden faydalanmayı da amaçlar.¹⁶⁰

Rekabetçi müzakere yöntemi, tarafların birbirlerini çeşitli taktiklerle ikna etme esasına dayanır. Burada müzakereciler tamamen kendi çıkarlarını korumakta ve en avantajlı anlaşmayı yapmayı amaçlamaktadırlar. Rekabetçi müzakerelerde taraflar çok sıkı pazarlıklar ve tartışmalar yaşayabilirler, ancak bir kazananın ve kaybedenin olacağı bu usulde bu tip çıkışların yaşanması normaldir.¹⁶¹

B. TARAFSIZ ÖN DEĞERLENDİRME USULÜ (EARLY NEUTRAL EVALUATION)

Tarafsız ön değerlendirme yönteminde, tarafsız üçüncü kişi, ortaya çıkan uyuşmazlık hakkında bir rapor hazırlar. Bu raporda, uyuşmazlığın nedeni, çıkış noktası ve nasıl çözümlenebileceği hakkında taraflara bilgi verilir. Çözüm hakkında nasıl bir yol izleyeceğini bilmeyen taraflar bu yönteme başvurur. Rapor, taraflara, uyuşmazlığın çözümü için dava açma, tahkime başvurma veya AUÇ yollarını kullanma gibi öneriler getirebilir. Taraflar bu usule birlikte başvurabileceği gibi herhangi bir taraf özel olarak da bu yöntemi kullanabilir.¹⁶²

Diğer AUÇ metotlarından farklı olarak, tarafsız ön değerlendirme yöntemi uyuşmazlığın başlangıcı esnasında kullanılmalıdır. Bu yöntemin başarısızlıkla sonuçlanmış olması dahi yararlı olarak görülmektedir. Hazırlanan rapor ilerde açılacak bir davada zaman tasarrufu ve davanın yürütülmesi bakımından fayda sağlayacaktır.¹⁶³

¹⁶⁰ Fiadjoe, s.22.

¹⁶¹ Spencer/Brogan, s.9.

¹⁶² Fiadjoe, s.26.

¹⁶³ Fiadjoe, s.26.

Tarafsız ön değerlendirme usulünde, uzman bir bilirkişi veya hukukçu bir bilirkişi uyuşmazlık konusunda tarafların üstün ve zayıf oldukları noktaları belirler. Mahkeme katılımlı yöntemlerde bilirkişi yazılı veya sözlü olarak görüşlerini sunar. Taraflar bilirkişinin raporuna göre kendilerine bir yol çizerler ve bu rapora göre müzakere ortamına girebilirler. Bu yöntem genelde karmaşık ve teknik uyuşmazlıkların çözümünde daha yararlıdır.¹⁶⁴ Uyuşmazlığın gerektirdiği bazı durumlarda ön değerlendirme yapan kişi, taraflara sözlü sunumda bulunabilir ancak yapılan bu sunum tamamen gizlilik esaslarına göre yapılır ve hiçbir kayıt tutulamaz.¹⁶⁵

Bu yöntem uzman bilirkişi incelemesi yöntemiyle benzerlikler göstermektedir. Ancak bilirkişi incelemesi yöntemi, tarafların bilmedikleri bir alanda ve uzmanlık gerektiren uyuşmazlıklarda söz konusu olmaktadır. Örneğin, bir geminin batma nedeni ancak mühendislerin vereceği raporlarla ortaya çıkabilir. Bağlayıcı bir yöntem olmaması, gizli, pratik ve kolay bir süreci içermesi, hızlı ve ucuz bir yol olması, tarafsız ön değerlendirme yönteminin tercih edilme sebepleridir.¹⁶⁶

C. KISA DURUŞMA (MINI TRIAL)

Tarafsız üçüncü kişilerden oluşan ya da taraf temsilcilerinin meydana getirdiği bir komite veya heyetin, uyuşmazlık üzerinde bağlayıcı olmayacak şekilde, bir çözüm bulmak veya çözüm önerilerinde bulunmak amacıyla bir araya gelmesidir. Özellikle büyük miktartlı, taraf sayısı fazla ve karmaşık ticari uyuşmazlıklarda tercih edilen bir yöntemdir. Birçok formatı içermekle beraber, şirketlerin akdettikleri anlaşamaya göre usul belirlenir.¹⁶⁷ Kısa duruşma yöntemi uzun yazışma ve tebligat sürecini içermez. Taraflar, yaptıkları savunma ve sunumlarını kanun ve kurallar dışında rahat bir ortamda gerçekleştirirler. Kısa duruşma süreci sonunda verilen karar, tarafların kendi oluşturdukları heyet tarafından verildiği için, tercih edilmektedir.¹⁶⁸ Bu yöntem ilk olarak, 1977 yılında *TRW* ile *Telecredit* arasındaki uyuşmazlıkta kullanılmıştır.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Coltri, s.467.

¹⁶⁵ Mistelis, s.31.

¹⁶⁶ Coltri s.467; Ildır, s.83; Fiadjoe, s.26.

¹⁶⁷ Fiadjoe, s.25.

¹⁶⁸ Newman, s.10.

¹⁶⁹ Bu dava hakkında genel bilgi için bkz. § 2 B, Newman, s.57; O'connor, s. 9.

Taraflar, uyuşmazlığın niteliğine göre şirketlerinde çalışan yöneticileri bu heyette görevlendirebilirler. Komite veya heyet bağlayıcı bir karara varacağı gibi, taraflar açısından tavsiye kararları da alabilir.¹⁷⁰ Taraflar sözleşmeyle, komitenin alacağı kararı tavsiye niteliğinde ve ihtiyari olarak tanıyacakları gibi heyetin vereceği kararı bağlayıcı hale de getirebilirler.¹⁷¹ Bu durumda komite hüküm verici (decision maker) olarak tanımlanır.¹⁷²

Oluşturulan heyete tarafsız üçüncü bir kişi başkanlık (chairman) yapabilir. Tarafsız üçüncü kişinin seçimi dengeler açısından büyük önem taşımaktadır. Hukuk bilgisi, uzmanlık alanı, ikna gücü ve tecrübesi kilit rol oynamaktadır. Uygulamada bazen uzman hukukçular veya emekli hâkimler tercih edilmekle beraber sıklıkla başka alanlardan da seçim yapılmaktadır.¹⁷³ Bu kişi duruşmaları izler, tarafların yapmış oldukları sunumlara soru sorabilir ve taraflara uyuşmazlık konusunda kimin daha zayıf kimin daha güçlü konumda olduğu hakkında görüşlerini bildirebilir.¹⁷⁴

Bu yöntemde, klasik duruşma esnasında cereyan eden sahnelerin görülmesi olağandır. Taraf avukatları, kendilerine tanınan süre içerisinde, sanki bir duruşma cereyan ediyormuşçasına argümanlarını özetleyerek ortaya koyarlar. Hatta vakıa saptayıcı veya bilirkişi raporları da bu sırada ortaya konulabilir.¹⁷⁵ Kısa sunumların ardından yöneticiler, tarafsız üçüncü kişi veya kişilerin yardımıyla bir çözüme ulaşmak üzere görüşmelere başlarlar. Tarafsız üçüncü kişi veya kişiler, bu aşamada, uyuşmazlık taraflarının yaptığı anlaşmaya göre görüş belirtir ya da herhangi bir görüş veya tavsiyede bulunmazlar.¹⁷⁶

Kısa duruşma yönteminde, klasik duruşmalardaki zaman ve masraflar minimize edilerek uyuşmazlığın özetlenmesi yoluna gidilmektedir. Kısa duruşma safhasının ardından tarafsız üçüncü kişi, ya bağlayıcı olmayan kararını açıklar veya tarafların güçlü ve zayıf oldukları yönleri taraflara anlatır.¹⁷⁷

¹⁷⁰ Fiadjoe, s.25.

¹⁷¹ Newman, s.9.

¹⁷² Newman, s.55 vd.

¹⁷³ Coltri, s.467; Newman, s.55.

¹⁷⁴ Mistelis, s.31.

¹⁷⁵ O'connor, s.12. Aynı yönde: Newman, s.55.

¹⁷⁶ Fiadjoe, s.25.

¹⁷⁷ Coltri, s.465; Kısa Duruşma yöntemi hakkında daha geniş bilgi için bkz. O'connor, s.12; Fiadjoe, s.25; Ildır, s.108.

Kısa duruşma yöntemi, taraf avukatlarının argümanlarını daha iyi bir şekilde ortaya koymasını sağlamakla beraber şirket çalışanlarının işlerini bırakarak jüri de görev almaları şirketler açısından verimsizlik ve iş kaybı yaratmaktadır. Heyeti oluşturan birçok yöneticinin zaman kaybı ve masraf oluşturması bu yöntemin önemli dezavantajlarından biridir.¹⁷⁸ Ayrıca sunumlar yapılırken dinlenen tanıkların objektifliği veya ortaya atılan argümanlar, taraflardan birine adil olmayan avantajlar sağlayabilir.¹⁷⁹

D. ARABULUCULUK (MEDIATION)

Arabuluculuk, tarafsız üçüncü kişinin, taraflara uyuşmazlığı çözme konusunda yardım etmesini ifade eder.¹⁸⁰ Bu yöntemin diğer anlatılan yöntemlerden farkı tarafların doğrudan uzlaşma isteğini ifade etmesidir.¹⁸¹ Tarafsız ön değerlendirme, vakıa saptama yöntemi veya uzman bilirkişi incelemesi yöntemleri tarafların tam anlamıyla bir uzlaşma istediklerini ifade etmez. Başka bir tanıma göre arabuluculuk, tarafsız üçüncü kişinin (arabulucu) tarafları, uyuşmazlık konusunda müzakere etmelerini sağlayan bağlayıcı olmayan yöntemler olarak tanımlamaktadır.¹⁸² Diğer bir tanıma göre ise, tarafsız üçüncü kişinin, uyuşmazlığın taraflarını bir araya getirerek mekik diplomasisi uygulamak suretiyle tarafların kendi menfaatlerine odaklanarak uygun bir çözüme ulaşmasına yardımcı olmasıdır.¹⁸³ Nihayet başka bir tanıma göre arabuluculuk, tarafların uyuşmazlık üzerinde üçüncü bir kişinin yardımıyla yapılan bir müzakere çeşidi olarak tanımlamıştır.¹⁸⁴

"Uzlaşma" (conciliation) ve "Konsensüs oluşturma" yöntemleri de arabuluculuk şemsiyesinin altındadır.¹⁸⁵ İngiltere de arabuluculuk yöntemini uygulayacak kişi için "arabulucu" (mediator) ve "uzlaştırıcı" (conciliator) terimleri sıkça birbirlerinin yerine kullanılmaktadır.¹⁸⁶ Uzlaştırma ve arabuluculuk yöntemleri birbirlerine benziyor olsa da uzlaştırıcı, arabulucuya oranla uyuşmazlıkta daha pasif bir rol üstlenmektedir. Bir uzlaştırıcı, devam eden uzlaşma toplantılarında fikirlerini açıkça

¹⁷⁸ O'connor, s.13. Kısa duruşma yönteminin dezavantajları hakkında geniş bilgi için bkz. Newman, s.56.

¹⁷⁹ Fiadjoe, s.25.

¹⁸⁰ Haynes, John, ADR-The Fundamentals of Family Mediation, Horsmonden-Kent 1993, s.1.

¹⁸¹ Moffit/Bordone, by Kovach, Kimberlee K., s.304.

¹⁸² Fiadjoe, s.22; Martin, J., s.132.

¹⁸³ Newmark/Monaghan, s.361; Newman, s.9.

¹⁸⁴ Coltri, s.306.

¹⁸⁵ Fiadjoe, s.22.

¹⁸⁶ Mistelis, s.28; Newman, s.9; O'connor, s.13.

beyan edebilir. Ne var ki tarafların uzlaştırma süreci içerisinde kontrolü ve katılımı arabuluculuğa oranla daha azdır.¹⁸⁷ "Konsensüs oluşturma" yöntemi ise, harici arabuluculuk olarak da düşünülebilir. Birçok kişi veya büyük grupların katılımıyla gerçekleşen ve birden fazla sorun için ortak bir karara varmayı amaçlayan bir yöntemdir.¹⁸⁸

Arabulucunun buradaki rolü, tarafları aynı masada buluşturmak ve müzakere etmelerini sağlamaktır. Bu nedenle, arabulucu "kolaylaştırıcı" olarak da adlandırılmaktadır. Arabulucunun karar verme veya taraflara bir çözüm önerisi sunma gibi bir yetkisi ise yoktur.¹⁸⁹ Arabulucunun uyuşmazlık konusundaki tecrübeleri sahip olduğu bilgi ve eğitim ve taraflar arasında saygı uyandıracak birisi olması uyuşmazlığın çözümü bakımından hayati önem taşımaktadır. Tarafların ne istediklerini iyi kavramalı, doğru anda doğru adımlar atabilen, sabırlı ve tarafların güvendiği bir kişiliğe sahip olmalıdır.¹⁹⁰

Arabuluculuğu diğer AUÇ yöntemlerinden ayıran iki özellik vardır. Birincisi, tarafsız üçüncü kişinin, (arabulucu) kısa duruşma, tahkim, kısa jüri yargılaması yöntemlerindeki gibi karar verme veya tavsiye kararı alma yetkisinin bulunmamasıdır. Diğer fark ise, tarafların çözüm için kontrolü her zaman ellerinde tutabilme gücüdür.¹⁹¹ Taraflar arabuluculuk toplantılarının nasıl yürütüleceğine kendileri karar verirler. Arabulucu ise, arabuluculuk toplantılarının kurallarını belirler ve bu kurallara uygun davranılmasını sağlar.¹⁹²

Arabuluculuk yöntemi, sürekli ilişki halinde bulunan taraflar, küçük miktarlı uyuşmazlıklar, karmaşık ihtilaflar, çok taraflı davalar, idari ve çevresel uyuşmazlıklardan kaynaklanan sorunlar için kullanılmaya elverişlidir. Ancak şiddet, ırza tecavüz, adam öldürmeye teşebbüs ve diğer bazı cezai suçlar için bu yöntemin uygulanması doğru değildir.¹⁹³

I. Arabuluculuk Çeşitleri

¹⁸⁷ Petley, s.6.

¹⁸⁸ Fiadjoe, s.24.

¹⁸⁹ Moffit/Bordone, s.304.

¹⁹⁰ Boulle, Laurence /Nesic, Miryana, Mediation: Principles, Process, Practice, Sussex 2006, s.111.

¹⁹¹ Coltri s.306.

¹⁹² Fiadjoe, s.22.

¹⁹³ Spencer/Brogan, s.111-118.

1. Hak Temelli-Menfaat Temelli Arabuluculuk

Menfaat temelli arabuluculukta, arabulucu, tarafların öncelikli istek ve ihtiyaçlarını ortaya koymalarını teşvik ederek onların dava yoluna göre daha tatminkâr sonuç almalarını sağlar. Hak temelli arabuluculuk, arabulucunun taraflara sahip oldukları haklara ilişkin görüş önermesini içerir. Taraflar, kanunların ve arabulucunun görüşü doğrultusunda bir çözüme ulaşmayı amaçlarlar.¹⁹⁴

2. Kolaylaştırıcı-Değerlendirmeci Arabuluculuk

Kolaylaştırıcı arabuluculukta (Facilitative Mediation) arabulucu, tarafların bir araya gelmesini ve uyuşmazlık konusunu tartışmalarını sağlayacak ortamı yaratmakla yükümlüdür. Yani bir anlamda arabulucunun görevi tarafları ortak bir masada buluşturup müzakere etmelerini sağlamaktır. Değerlendirme yapılan arabuluculuk türünde ise (Evaluative Mediation), arabulucu çok daha aktif bir görev üstlenerek, taraf taleplerinin ortak bir noktada buluşması için çaba sarf eder. Bunu yaparken tarafların pozisyonlarını, dayanma güçlerini, statülerini ve zayıf oldukları noktaları belirleyerek onları ortak bir noktada buluşturmaya çalışır.¹⁹⁵

II. Arabuluculuk Aşamaları

Arabuluculuk yöntemine karar verildikten sonra sırasıyla şu aşamalar ortaya çıkar;

Arabuluculuğa hazırlanma

Arabulucunun açılış konuşması

Tarafların beyanda bulunması

Tarafların ne istediklerinin belirlenmesi

Anlaşma için bazı ön seçeneklerin sunulması

Özel oturumlar

Nihai oturumlar

Anlaşmanın yazılması veya arabuluculuğun sonu.¹⁹⁶

Arabuluculuk toplantılarına başlanmadan evvel arabulucu, taraflardan uyuşmazlık hakkında yazılı veya sözlü bilgi alır ve oturumların hangi usule göre yürütüleceği, nerede ve ne zaman yapılacağı belirlenir.¹⁹⁷ Arabuluculuk toplantıları, çok rahat ve

¹⁹⁴ Fiadjoe, s.61; Arabuluculuk modelleri hakkında geniş bilgi için bkz. Spencer/Brogan, s.101 vd.

¹⁹⁵ Coltri s.307. Aynı yönde: Mistelis, s.28.

¹⁹⁶ Spencer/Brogan, s.49; Boulle/Nesic, s.127 vd.

¹⁹⁷ Boulle/Nesic, s.118.

resmi olmayan bir atmosferde cereyan eder. Taraflar, bir temsilci, avukat veya yetkili bir kişiyle toplantılarda temsil edilebilir.¹⁹⁸ Arabuluculuğun ilk aşamasında arabulucu, taraflara kısa bir konuşma yaparak oturumda uyulacak kurallardan ve nasıl bir süreç izleneceğinden bahseder. Bundan sonra taraflar iddialarını ortaya koyar ve nasıl bir çözüm istediklerini belirtirler. Arabulucu iddiaları dinledikten sonra tarafların anlaşmasını sağlamak için ön teklifte bulunabilir ya da tarafların birbirlerine çözüm önerilerini sunmalarını isteyebilir.¹⁹⁹ Eğer bu aşamada anlaşma olmazsa arabulucu taraflarla özel görüşmeler yapabilir. Özellikle görüşmelerin kilitlendiği veya gerilimin arttığı bir ortamda özel görüşmeler faydalı olmaktadır. Özel oturumlarda taraflar, kendilerini daha güvende hissederler ve arabulucuya gerçek isteklerini samimiyetle ifade edebilir ya da karşı tarafın öğrenmesinden korktukları bir belge veya bilgiyi arabulucuya sunabilirler. Bazen BATNA'nın tartışılması veya belirlenmesi için de ayrı oturumlar yapılabilmektedir.²⁰⁰ Tüm bu aşamalardan sonra nihai oturum yapılır. Nihai oturumda arabulucu, tarafların tamamen uyuşmazlık konusuna odaklanmalarını sağlar ve anlaşma olmaması halinde neler olabileceği konusunda tarafları bilgilendirebilir. Taraflar artık son önerileri analiz eder ve buna göre kararlarını verirler. Arabuluculuk yöntemi ya anlaşmayla ya da çözümsüzlükle sona erer. Çözüme ulaşılması halinde ulaşılan sonuç yazılı hale getirilir ve taraflarca imzalanır.²⁰¹ Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşma, bu yöntemin sağladığı en somut ve tatminkâr sonuçtur.²⁰²

E. ARABULUCULUK-TAHKİM (TERDİTLİ USUL-MED-ARB)

Tarafların arabuluculuk yönteminin başarısız olması ihtimalini dikkate alarak uyuşmazlık için kesin bir çözüme ulaşmak amacıyla kullandıkları karma bir yöntemdir. Taraflar genelde sözleşmeyle bu yöntemin kullanılmasına karar verirler. Ancak uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra da bu anlaşma yapılabilir. Arabuluculuğun tek başına uyuşmazlığı çözme konusunda yetersiz kalması ihtimali göz önünde bulundurularak, tarafların AUÇ yollarına devam etmek ve bu yollarla

¹⁹⁸ O'connor, s.14.

¹⁹⁹ Spencer/Brogan, s.65.

²⁰⁰ Spencer/Brogan, s.66-67.

²⁰¹ Spencer/Brogan, s.69-73.

²⁰² Haynes, s.1; Arabuluculuk hakkında örnek anlaşmalar için bkz. Haynes, s.153; Stitt, s.141; Fiadjoe, s.63; Spencer/Brogan, s.79; Boulle/Nesic, s.89 vd.

çözümüne ulaşmak istemeleri, arabuluculuk-tahkim yönteminin tercih edilme sebebidir.²⁰³

Karma (Mixed) veya Hibrid (Hybrid) çözüm yolları olarak da adlandırılan bu yöntemde, iki veya daha fazla AUÇ yolunun uyumsuzluğunun çözümü için uygulanması söz konusudur. Bu tip birden fazla yöntemin en fazla kullanılan türü arabuluculuk-tahkim prosedürüdür. Anglo-Sakson ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde yapılan bazı anlaşmalarda arabuluculuk-tahkim şartının her ikisinin de bağlayıcı olmayacağına karar verilebilir.²⁰⁴

Taraflar, arabuluculuk-tahkim anlaşmasında, bu yöntemin kimler ve kaç kişi tarafından yürütüleceğini, hangi kuralların uygulanacağını, nasıl bir süreçte işleyeceğini, ne kadar sürede sonuca ulaşılabileceğini, taraflara ve tarafsız üçüncü kişiye verilen yetkileri ve bu yetkinin sınırlarını, bağlayıcı olup-olmayacağını ve masrafların nasıl paylaşılacağı hususunda düzenleme yapmalıdırlar.²⁰⁵

Arbuluculuk-tahkim yönteminde tarafsız üçüncü kişi, sözleşmeye göre, ilk aşamada arabulucu rolünü üstlenmekte, uyumsuzluğun çözülmemesi durumunda arabulucu, tarafların anlaşmasına göre tahkim aşamasında hakem olarak görev yapabilir ve taraflar açısından bir karar verir.²⁰⁶

AUÇ hizmeti sunan özel kuruluşların terditli usullerde taraflara sunduğu diğer bir yöntemde MEDALOA (Mediation And Last Offer Arbitration) sistemidir. Bu yöntem arabuluculuk-tahkim modelinin değişik bir formatıdır. Bu yöntemde taraflar, arabuluculuk yöntemiyle çözüme ulaşamadıkları takdirde tahkim aşamasına geçerler ancak burada normal arabuluculuk-tahkim yönteminden farklı olarak süreç şöyle cereyan eder; tahkim aşamasına geçen taraflar ilk olarak, hakem heyetinden bir kişiyi tarafsız üçüncü kişi olarak seçerler. Tarafların aynı kişileri seçmemesi durumunda, taraflarca seçilmeyen kişi tarafsız üçüncü kişi olarak belirlenir. Taraflar veya avukatları iddialarını ortaya koyarlar ve taraflardan her biri çözüm için teklifini sunar. Tarafsız üçüncü kişi kendisine sunulan bu iki tekliften birini 24 saat içinde

²⁰³ Newman, s.68; Spencer/Brogan, s.474.

²⁰⁴ Coltri, s. 477 vd.

²⁰⁵ Boule/Nesic, s.90 vd.

²⁰⁶ Fiadjoe, s.30; Newman, s.68.

seçmek ve uyuşmazlığı sonlandırmak zorundadır.²⁰⁷ Bu nedenle taraflar tekliflerini yaparken çok dikkatli ve makul olmalıdırlar. Normal tahkim sürecinden farklı olarak bu yöntem sıkı kurallar içerir. Tahkim sürecinin 24 saat içinde bitirilmesini ve kararın açıklanmasını garanti eder. Bu nedenle taraflar en kısa sürede sonuç alacaklarının bilincindedirler. MEDALOA yöntemi tarafları müzakere etme yönünde daha fazla teşvik eden bir yoldur.²⁰⁸

Terditli usullerde nispeten daha az kullanılan tahkim-arabuluculuk, arabuluculuk-ombudsman, arabuluculuk-kısa duruşma veya uzlaştırıcı tahkim gibi diğer karma yöntemlerde taraflarca seçilebilmektedir.²⁰⁹ Ayrıca taraflar ikiden fazla AUÇ yöntemini uygulamaya da karar verebilirler. Örneğin arabuluculuk-tahkim yönteminden önce tarafsız ön değerlendirme yöntemine başvurulacağı sözleşme ile kararlaştırılabilir.²¹⁰

F. ONLINE ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ (ODR)²¹¹

Teknolojinin gelişmesi, internetin getirdiği hizmet ve yenilikler karşısında hemen bütün sistemlerin elektronik ortama taşındığı ve birçok sorunun sanal ortamlarda meydana geldiği artık bir gerçektir. 1989 yılından sonra internetin kullanım alanı ve kullanıcı sayısının her geçen gün büyüyerek artması bu yöntemin ortaya çıkmasına neden olmuştur.²¹² ODR, eADR veya siber-ADR yöntemleri, uyuşmazlığın alternatif yollarla, elektronik ortamda ve özellikle e-mail aracılığıyla iletişim kurularak çözümünü ifade eder.²¹³ AUÇ yöntemlerinin sanal ortamda kullandığı platform ve forumların tümü ODR olarak adlandırılmaya başlanmıştır. Bu forumlar sayesinde siber uyuşmazlıklara çözüm yolu aranmaktadır. ODR, yüksek hızda network ağlarını uzak bağlantılar için kullanmaktadır.²¹⁴

Klasik AUÇ yöntemlerinden farklı olarak, ODR yöntemlerinde yüz yüze görüşmenin yerini "Senkronize İletişim"²¹⁵ almıştır. AUÇ yöntemlerindeki gibi tarafları bir araya

²⁰⁷ Ildır, s.105, dn. 93.

²⁰⁸ Newman, s.67.

²⁰⁹ Spencer/Brogan, s.473.

²¹⁰ Karma yöntem çeşitleri hakkında geniş bilgi için bkz. Coltri, s.477-483; Ildır, s.155, dn. 93.

²¹¹ Online Dispute Resolution.

²¹² ODR yönteminin ortaya çıkışı ve gelişimi hakkında bkz. Moffit/Bordone, by Kash, Ethan, ch.26, s.426.

²¹³ Spencer/Brogan, s.478.

²¹⁴ Moffit/Bordone, by Kash, s.425.

²¹⁵ Syncehronous Communication (Eşzamanlı-Senkronize iletişim).

getirmek yerine onları, sanal ortamda buluşturma söz konusudur. Servis sağlayıcılar video-konferans, e-mail veya görüntülü konuşma sistemi yardımıyla ya da internet üzerinden telefon görüşmeleri (tele-konferans) yaptırmak suretiyle hizmet vermektedirler.²¹⁶ Yüz yüze görüşme şansı olmayan tarafların ODR aracılığıyla görüşebilmeleri önemli bir avantajdır. Bugün bazı yazarlar teknolojinin bu rolü için "4.taraf" tanımlaması getirmektedir.²¹⁷

Genel olarak, ODR nin konusunu elektronik ortamlarda ortaya çıkan mülkiyet konuları ve kişisel haklar oluşturmaktadır. Bunlara örnek olarak, alan ismi hakkı, e-posta kutusu ile ilgili sorunlar, hacker saldırıları, e-ticaret uyuşmazlıkları (özellikle internet üzerinden yapılan satışlar), internet üzerinden sözlü-yazılı hakaret veya iftira gibi konular gösterilebilir. Günümüzde bankacılık işlemleri, alışveriş, ürün siparişleri ve eğitim gibi konularda verilen hizmetlerin hepsi internet ortamında verilmektedir. Özellikle tüketici sorunları ve küçük meblağlı uyuşmazlıklar konusunda ODR yönteminin Birleşik Devletlerde başarıyla uygulandığı söylenebilir.²¹⁸

ODR konusunda uygulamada görülen en dikkat çekici örnek, "eBay" internet portalının geliştirdiği mekanizmadır. EBay, yaklaşık 92 milyon kullanıcısı olan ve günde 14 milyon ürünün satışa sunulduğu bir alışveriş sitesidir. Bu site, satıcı ve alıcı arasında çıkan bir uyuşmazlıktan doğrudan sorumlu değildi ancak 1999 yılında alıcı ve satıcı arasında güvenin sağlanması için yeni bir çözüm yöntemini uygulamaya koydu. Bu aşamada "bilgi teknolojisi çözüm merkezi" adlı bir firmayla birlikte pilot uygulamasına geçildi ve yaklaşık 200 uyuşmazlık alternatif yollarla çözümlendikten sonra, eBay, "SquareTrade" adlı bir site kurarak, uyuşmazlıkların artık bu site aracılığıyla çözümleneceğini duyurdu. SquareTrade, yazışmalarını web üzerinden veya e-mail yolu ile yapmaktaydı. Buna göre uyuşmazlığın taraflarına, bir arabulucu önerilmeden önce, sorunun internet üzerinden müzakere yolu ile çözümü teklif edilmekte, taraflar kendilerine web üzerinden yollanan formlara isteklerini, şikâyetlerini ve çözüm önerilerini yazarak yine web ortamında SquareTrade'e yollamaktadırlar. Bu aşamadan sonra ilgili site, tarafları aynen normal müzakerede olduğu gibi üçüncü bir kişi olmadan müzakere etmelerine olanak vermektedir. Bu aşamada SquareTrade, sanal olarak tarafların müzakerelerini izlemekte ve bazen

²¹⁶ Coltri, s.499.

²¹⁷ Moffit/Bordone, by Kash, s.426.

²¹⁸ Coltri, s. 498 vd.

gerçek bir arabulucu gibi taraflara hangi kurallara uyulması gerektiğini bildirmektedir. Web temelli müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması halinde, SquareTrade taraflara gerçek bir arabulucuyu uygun bir ücret karşılığında sağlamaktadır.²¹⁹ SquareTrade'in elektronik ortamda çözdüğü uyuşmazlıkların oranı %80 civarındadır.²²⁰

ODR sisteminin çok hızlı geliştiği söylenebilir. Seyahat, ulaşım giderleri ile diğer bazı masraflardan tasarruf sağlaması ve bazı cezai uyuşmazlıklarda tarafları karşı karşıya getirmemesi (şiddet, tecavüz, hırsızlık gibi) önemli avantajlardır.²²¹ Bundan kısa bir süre sonra elektronik ortamlarda daha fazla sorunun çözümü mümkün olacaktır. E-ticaretin süratle büyümesi, internet üzerinden yapılan satışlar, bankaların internet ortamında verdikleri hizmetler ve E-devlet gibi uygulamalar, normal AUÇ yöntemlerine göre çok daha ucuz ve hızlı olan ODR metotlarının, ileride sorun çözümü konusunda geniş bir şekilde uygulanacağını göstermektedir.

²¹⁹ Moffit/Bordone, by Kash, s.428-429.

²²⁰ Spencer/Brogan, s.480.

²²¹ Sourdin, s.6.

İKİNCİ BÖLÜM

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİ

§ 4. HUKUKİ İŞLEM VE SÖZLEŞME KAVRAMI, ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. İRADE BEYANI, HUKUKİ İŞLEM VE SÖZLEŞME KAVRAMLARI

I. İrade Beyanı

İrade beyanı, hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir düşüncenin istenen hukuki sonucu gerçekleştirebilmesi için karşı tarafa (dış dünyaya) açıklanması olarak tanımlanabilir. Bazı durumlarda irade beyanının tek başına açıklanması hukuki işlemlerin kurulması bakımından yeterli olmayabilir. Böyle bir durumda hukuki işlemin geçerli olabilmesi için, irade beyanının yanı sıra diğer bazı kurucu unsurların da varlığına ihtiyaç duyulmaktadır.²²² Kısacası, irade açıklaması, bir kişinin bir hakkı ya da hukuksal ilişkiyi kurma, değiştirme ya da ortadan kaldırma iradesini dış dünyaya yansıtması, açıklaması ya da bildirmesidir.²²³ Kişi irade beyanını doğrudan veya dolaylı, açık veya kapalı, yazılı veya sözlü şekillerde açığa vurabilir.²²⁴

Sözleşmenin kurulması açısından temel kurucu unsur olan irade beyanı her ülkenin hukuk sistemine göre farklılıklar gösterebilir. Örneğin, Alman Medeni Yasasında (BGB), irade açıklamasını tanımlayan bir hüküm yoktur. Genel olarak Alman doktrininde kabul edilen bir tanıma göre irade açıklaması öyle bir muameledir ki onunla iradesini açıklayan kimse, ya tipik olayların gidişatına uygun olarak anlaşılabilir, ya da iradenin yöneltildiği kişinin algılayabileceği anlamda belirlenebilen bir arzusunu hukuki sonucu gerçekleştirmek amacıyla bildirmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu ise (Schweizerischen Obligationenrechts), bir sözleşmenin

²²² Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.Bası, İstanbul 2002, s.45.

²²³ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5.Bası, İstanbul 1994, C. I, s.153.

²²⁴ Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003, C.1, s.107 vd.

kurulması için tarafların birbirine uygun olarak karşılıklı irade açıklamalarını aramaktadır. Bu açıklamaların açık veya örtülü olabileceğine hükmedilmiştir. İsviçre hukuk sistemine göre iradenin açıklanması iradeyi dışa yansıtan söz veya yazı ile olabileceği gibi hareketler vasıtası ile de olabilir.²²⁵

Fransız hukukunda iradenin bağımsızlığı bütün hakların kaynağı sayılmıştır. Bütün hukuki muamelelerin zorunlu unsuru bunu yapanın iradesidir. Başka bir anlatımla açıklanan irade klasik borçlar teorisinin öngördüğü özü muhafaza etmektedir. Anglo-Amerikan hukuku ise, iradenin sözleşmede borç doğuran bir unsur olduğu çıkış noktasından hareket eder. İrade, dogmatik yapısı itibariyle açıklamadan daha üstün bir değerlendirmeye tabidir. Kara Avrupa'sı doktrininden farklı olarak, irade açıklamasının hukuki muamelenin temel unsuru sayılmasından başka, daha ileri giden bir anlayışla, eş ağırlıklı bir unsur olarak kabul edilir.²²⁶

II. Hukuki İşlem

Hukuki işlem (muamele), bir veya birden çok kişinin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde gerektiğinde diğer unsurlarla birlikte hukuki sonuçlar doğurmaya yönelmiş irade açıklaması veya açıklamalarından oluşan hukuki bir olgudur. Hukuki muamele ile bireyler, diğer kişilerle doğrudan doğruya hukuki ilişkilerini kurar ve düzenlerler.²²⁷ Hukuki işlem, bir veya birden çok kimsenin hukuki bir sonuç doğurmaya yönelmiş irade beyanı olarak da tanımlanır.²²⁸ Hukuki işlem, katılanların sayısına göre tek taraflı ve iki taraflı (çok taraflı) olmak üzere iki kısma ayrılır.

Tek bir tarafın iradesini açığa vurması, hukuki bir sonuç doğurmaya yetiyorsa, hukuki işlem tek taraflıdır.²²⁹ Tek taraflı akitlerde, (contractus unilaterales) iki taraflı hukuki muamele olduğu halde, taraflardan sadece biri borç altına girmektedir. Tek taraflı hukuki işlemlerin en önemli ve ortak özelliği kanunla düzenlenmiş olmalarıdır. Vasiyetname, vakıf kurma ve mirasın reddi gibi işlemler tek taraflı işlemlerdir. Eğer bir hukuki işlemin, sonuçlarını doğurabilmesi için iki ya da daha

²²⁵ Ertaş, Güven K., Sosyal Tipli Davranış ve Sözleşme Teorisine Etkisi: Fıli Sözleşme İlişkileri, İzBD, 1984/7, Sayı 3, s.25.

²²⁶ Ertaş, s.25.

²²⁷ Eren, s.168; Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002, s. 6.

²²⁸ Reisoğlu, s.44.

²²⁹ Eren, s.169 vd.

fazla kişinin irade açıklaması gerekiyorsa, burada iki taraflı (çok taraflı) hukuki işlemlerden söz edilir.²³⁰

Hukuki işlemler ivazlı ve ivazsız olabilir. Özellikle iki tarafa tam borç yükleyen akitlerde edim ve karşı edim daima mevcuttur. Tarafların iradesine göre, hukuki muamelenin muhtevası bir karşı edimden yoksunsa, ivazsız muameleden söz edilir.²³¹

Hukuki muameleler doğurdukları etkiler bakımından borçlandırıcı muamele ve tasarruf muamelesi olarak ikili bir ayrıma tutulmaktadır. Borçlandırıcı muamelelerde borçlu, alacaklıya karşı belirli davranışta bulunmayı yüklenmektedir. Bu tür muameleler, alacaklı ve borçlu arasında borç doğumuna neden olan muamelelerdir. Akitle kurulan borçlandırıcı muameleler tek tarafa ya da iki tarafa da karşılıklı olarak borç altına sokabilir. İki tarafa borç yükleyen akitler ve borç altına sokan bütün hukuki işlemler "borçlandırıcı işlemlerdir".²³²

Bir hakkı başkasına geçiren ya da hak üzerine bir yüküm yükleyen ya da o hakkın niteliğini değiştiren veya o hakkı ortadan kaldıran hukuki işlemlere tasarruf işlemleri denir. Taşınır ve taşınmazların devri, rehin, temlik işlemleri, irtifak hakkının kurulması gibi işlemler tasarruf muamelesi için birer örnektir.²³³

III. Sözleşme (Akit)

Birden çok kişinin ortaklaşa istedikleri bir hukuki ilişkiyi kurmak ya da aralarında mevcut bir hukuki ilişkiyi değiştirmek veya ortadan kaldırmak şeklinde bir hukuki sonuç doğurmak amacıyla karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarına "sözleşme" adı verilir.²³⁴

Sözleşme, genellikle birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden kişiler arasında hukuki bir sonuç doğurmak ve özellikle bir borç ilişkisi kurmak, mevcut bir borçta değişiklik yapmak, ya da onu büsbütün ortadan kaldırmak için yapılan bir

²³⁰ Karahasan, s.101.

²³¹ Eren, s.225; Serozan, s. 8.

²³² Reisoğlu, s.46-47.

²³³ Eren, s.231 vd.

²³⁴ Tekinay, S.Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.51; Yılmaz, s.56.

anlaşmadır.²³⁵ Sözleşmelerin oluşmasında karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin beyan edilmesi aranmaktadır ki buna, sözleşmelerin "rızaılığı ilkesi" denmektedir.²³⁶

Sözleşmenin kurulması için üç şartın (unsurun) varlığı öne sürülür. Bunlar: İradenin açığa vurulması, iradelerin açığa vurulmasının karşılıklı olması, açığa vurulan iradelerin birbirine uygun olmasıdır. İrade açıklaması dış aleme karşı bir bildirme, bir kimsenin açığa vurmaya kastında bulunduğu manası çıkarılabilen bir harekettir.²³⁷ İradelerin karşılıklı olması (BK. md.2) ve birbirine uygun olmasından maksat ise akit yapılırken en az iki tarafın bulunması ve bu iki tarafın "birbirlerine uygun surette" – en azından- akdin esaslı noktaları üzerinde anlaşmış sayılacak mahiyette iradelerini ızhâr etmeleridir.²³⁸

1. Edim İlişkisi Yönünden²³⁹

Edim ilişkisi yönünden sözleşmeler tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak iki kısma ayrılmaktadır.

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bir sözleşme sayıldığından sözleşmenin oluşabilmesi için karşılıklı ve birbirine paralel irade beyanında bulunulması gerekir. Burada taraflardan sadece biri borç yükü altına girmektedir. Diğer taraf herhangi bir borç altına girmemekle beraber karşı tarafın icap beyanını kabul etmelidir. Borç altına girmeyen taraf alacaklı durumundadır. Bağışlama taahhüdü, kefalet sözleşmesi, borcun ibrası gibi sözleşmeler bu tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından birer örnektir.²⁴⁰

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her biri, diğer tarafın aynı zamanda hem alacaklısı hem de borçlusudur. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kendi içinde iki kısma ayrılır; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, iki taraf da birbirine karşı asli bir edim yüklenmektedir. Taraflardan birinin borcu diğer

²³⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.51. Aynı yönde: Feyzioğlu, N.Feyzi, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C. 1, İstanbul 1967, s.44.

²³⁶ Akipek, Şebnem/Küçükgüngör, Erkan, Sözleşmeler Rehberi, 2.Bası, Ankara 2002, s.35 vd; Serozan, s. 7.

²³⁷ Olgaç, Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C. 1, Ankara, 1976 s.59.

²³⁸ Feyzioğlu, s.47.

²³⁹ Tezimiz açısından sözleşmeleri sadece edim ilişkileri yönünden, kanunla düzenlenmiş olup olmamaları yönünden ve zaman yönü açılarından inceleyeceğiz.

²⁴⁰ Oğuzman, M.Kemal/ Öz, M.Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2000, s.45.

tarafın borcunun sebebini ve karşılığını teşkil eder. Edimler arasında tam anlamıyla karşılıklılık ve bağımlılık ilişkisi vardır. Taraflardan her biri diğer tarafın edimini elde etmek için borç altına girer. Satış sözleşmesi, kira sözleşmesi hizmet veya istisna sözleşmeleri bu tür sözleşmelere birer örnektir.²⁴¹

Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden farkı, tarafların yüklendikleri edimlerin birbiriyle mübadele edilmesi, değiştirilmesi amacını taşımamasıdır. Burada edimler birbirine bağlı olmayıp, birbirlerinin sebep ve karşılığını teşkil etmezler. Taraflardan biri edimini diğer tarafın edimi karşılığında borçlanmamaktadır.²⁴² Ücretsiz vekalet, faizsiz karz ve ücretsiz vedia sözleşmeleri örnek olarak gösterilebilir.²⁴³

2. Zaman Yönünden

Zaman yönünden sözleşmeler üç kısma ayrılır. Yalın (ani edimli) sözleşmeler, dönemli sözleşmeler ve sürekli sözleşmeler.

Yalın sözleşmeler, borçlunun asli edimini zaman içerisinde bir defada yerine getirdiği sözleşme türüdür. Peşin satım sözleşmesi bu duruma örnektir. Dönemli sözleşmeler ise, belli bir dönemi kapsayan borç sözleşmelerdir. Aylık irat ödemeleri bu türdür. Sürekli sözleşmeler ise, taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisini içermektedir. Asli edim yükü ile zaman unsuru arasında devam eden bir ilişki söz konusudur. Bu tip sözleşmelerde edim, sözleşme sona erinceye kadar ifa edilir.²⁴⁴ Acentelik, bayilik veya su, gaz elektrik abonelikleri ile uzun dönemli kira sözleşmeleri örnek olarak gösterilebilir.²⁴⁵

3. Kanunla Düzenlenmiş Olup Olmamaları Yönünden

Kanunla düzenlenmiş olup olmamalarına göre sözleşmeler iki kısma ayrılmaktadır. İsimli sözleşmeler ve isimsiz sözleşmeler.

²⁴¹ Oğuzman/Öz, s.254.

²⁴² Bu ikili ayrımlardan başka çok taraflı sözleşmelerden de söz etmek gerekir. Bu tür sözleşmelerde tarafların her birisi borç yükümlülüğü altına girerler. Ancak burada taraflar, karşılıklı bir borcun doğumu için değil de, ortak bir amacı gerçekleştirmek için sözleşmeyi kurarlar. Şirket sözleşmesinde olduğu gibi. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Serozan, s. 9-10.

²⁴³ Karahasan, s.105.

²⁴⁴ Eren, s.276.

²⁴⁵ Serozan, s. 10; Oğuzman/Öz, s. 48.

İsimli (tipik) sözleşmeler, kanunla düzenlenmiş borç sözleşmeleridir. Borçlar Kanunu'nun "özel borç ilişkileri" bölümünde düzenlenen, günlük hayatta ve iş hayatında çok sıkça kullanılan sözleşme türüdür. Satım, kira, vekâlet, istisna, miras mukavelesi bu tür sözleşmelerdendir. Hukukumuzda yürürlükte olan genel veya özel kanunlarla düzenlenmemiş sözleşmelere isimsiz (atipik) sözleşmeler denir. Borçlar Kanunu'nun dayandığı sözleşme serbestisi gereğince, hukuk düzeni sınırlarının içinde kalmak şartı ile taraflar diledikleri tip ve içerikte sözleşme yapma olanağına sahiptirler. İsimsiz sözleşmeler, kendisine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler ve karma sözleşmeler olarak ayrıca ikili bir ayrıma tabidir.²⁴⁶

Kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş olan isimli sözleşmelerin unsurları dışında, tamamen kendine ait unsurlardan oluşan sözleşmedir. Taraflarca o anda yaratılmış olan bu sözleşmelerin herhangi bir ismi yoktur. Doktrinde tek satıcılık, lisans, kredi açma, menajerlik, know-how, joint venture gibi sözleşmelerin kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler arasında yer alıp almadığı üzerinde henüz görüş birliğine varılamamıştır.²⁴⁷

Karma sözleşmeler, kanunlarla düzenlenmiş olan çeşitli sözleşme türlerine ait birbirinden farklı unsurların kanunda öngörülmeven biçimde bir araya getirilerek oluşturulan sözleşmedir. Bu sözleşmeler kanunla düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını içeriyor olsa da aslında unsurlarını taşıdıkları isimli sözleşmelerden bağımsız bir niteliğe sahiptirler. Karma sözleşmeyi oluşturan farklı sözleşme tiplerine ait özel hükümler, doğrudan olmasa da kıyasen uygulanırlar. Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi, hasta kabul sözleşmesi, portföy yönetim sözleşmesi, gibi sözleşmeler karma sözleşme türü örnekleridir.²⁴⁸

²⁴⁶ Doktrinde Aral, Sirmen ve Oğuzman'a göre bu ayrıma bileşik sözleşmeleri de eklemek gerekir. Ancak Eren'in de taraf olduğu Zevkliler ve Feyzioğlu ise ikili bir ayrımdan bahsetmektedirler. (Naklen: Akipek/Küçükgüngör, s.24). Bileşik sözleşmeler hakkında bilgi için bkz. Serozan, s. 60.

²⁴⁷ Akipek/Küçükgüngör, s.25.

²⁴⁸ Akipek/Küçükgüngör, s.25 vd.

B. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

I. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesinin Tanımı

Alternatif uyuşmazlık çözümü (AUÇ) sözleşmesi ya da diğer adıyla ADR sözleşmesi, taraflar arasındaki asıl borç ilişkisinden doğmuş veya ilerde doğabilecek bir uyuşmazlığın, tarafsız üçüncü kişi rehberliğinde ve alternatif çözüm yöntemleriyle çözümünü ifade eder. Bu sözleşme aynı zamanda, tarafların mahkeme dışı çözüm olanaklarını denemek istemeleri anlamını da taşımaktadır.²⁴⁹

Taraflar, aralarındaki asıl borç ilişkisine dair yaptıkları sözleşmeye bir şart ekleyerek veya bağımsız bir sözleşme yaparak, ortaya çıkmış veya çıkacak olan bir uyuşmazlığın alternatif yollarla çözümünü düzenleyebilirler. Taraflarla, uyuşmazlığı çözümlenmekle yetkilendirilen tarafsız üçüncü kişiler arasında yapılan sözleşme, bu sözleşmeden farklı bir sözleşmedir.²⁵⁰ AUÇ sözleşmesi ile tarafların, uyuşmazlığın çözümü için tarafsız üçüncü kişilere bir icapta bulunduğu, onlar tarafından da bu icabın kabul edildiği anlaşılır.²⁵¹

Günümüzde AUÇ yöntemlerinin sözleşmelerle uygulanmaya başlaması giderek yaygınlaşmaktadır. Özellikle mahkeme masraflarının pahalı olması ve mahkeme sürecinin uzun sürmesi, tarafların AUÇ şartını sözleşmede düzenlemelerine neden olmaktadır. Günümüzde özellikle ticari, endüstriyel ve uluslar arası sözleşmelerde AUÇ şartının sıkça kullanıldığı görülmektedir. Tüm bunlarla beraber, sözleşmedeki AUÇ şartının nasıl olması gerektiğinin bilinmesi ve sözleşmedeki AUÇ şartının kanunlara ve özellikle o ülkedeki yerleşen içtihatlarla göre yapılması sözleşmedeki AUÇ şartının bağlayıcılığı açısından büyük önem taşır.²⁵²

Taraflar, AUÇ sözleşmesini ayrıntılı bir biçimde düzenlemelidir. Sözleşmede, uyuşmazlığa uygulanacak yöntem, masrafların dağılımı, tarafsız üçüncü kişinin tayini ve benzeri konuların düzenlenmesi AUÇ sözleşmesinin Anglo-Amerikan sistemine tabi hukuk düzenlerinde bağlayıcı olması açısından hayati önem

²⁴⁹ Sourdin, s.1.

²⁵⁰ Hakem sözleşmesinde olduğu gibi. Hakem sözleşmesi, taraflarla hakem veya hakemler arasında kurulan bir sözleşmedir. Taşkın, Âlim, Hakem Sözleşmesi, II. Bası, Ankara 2005, s.44.

²⁵¹ Ildır, s.64.

²⁵² Spencer/Brogan, s.408.

taşımaktadır. Türk hukukunun da dahil olduğu Kara Avrupa'sı hukuk sistemlerinde ise, bu sözleşmenin bağlayıcı bir etkisi bulunmamakta ve sözleşmenin uygulanması tarafların kendi isteklerine bırakılmaktadır. (HUAKT md. 3/1) Hatta bir görüşe göre, uyuşmazlık taraflarından birinin devlet yargısına başvurması, alternatif uyuşmazlık sözleşmesinin zımni olarak ortadan kalkması anlamını taşır.²⁵³

II. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesinin Unsurları

Yukarıda yapılan tanımlamalardan hareketle, alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinde olması gereken ilk unsur, iradi olma unsurdur. Sözleşme yapma ehliyetine sahip birden ziyade kişi ya da kişilerin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana gelen bu sözleşmeyle taraflar, aralarında ortaya çıkmış veya çıkabilecek bir uyuşmazlığı, alternatif yöntemlerle çözmeye isteklerini ortaya koyarlar. Taraf iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olması, uyuşmazlığın mahkeme veya tahkim yolu dışı yöntemlerle çözümleneceği anlamını taşır. Alternatif yöntemlere başvurunun zorunlu olduğu ya da mahkemelerin yönlendirmesiyle uygulanan mahkeme katımlı AUÇ yöntemleri tarafların iradesi dışında meydana geldiği için incelememiz dışındadır. Çünkü mahkeme katımlı AUÇ ve mecburi AUÇ yöntemleri, tüketilmesi gereken bir yol olarak sayılmakta ve yargılamanın zorunlu bir parçası olarak görülerek dava şartına benzer hükümlere tabi tutulmaktadır. Bu nedenle, AUÇ yöntemlerine başvurmanın ihtiyari olduğu durumlar bu sözleşmenin gerçek karakterini ortaya koyar.²⁵⁴

Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinde bulunan diğer bir unsur ise, çözüme ulaşmada tarafsız bir üçüncü kişinin müdahalesi gerekliliğidir. AUÇ yöntemini uygulayacak tarafsız üçüncü kişi taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için görev yapacaktır. Taraflar, sözleşme ile belirledikleri tarafsız üçüncü kişiyi, ortaya çıkmış veya çıkabilecek bir uyuşmazlığın çözümü için yetkilendirmektedirler. Bu yetkinin hukuki niteliği, tarafsız üçüncü kişiye, taraflar arasındaki ihtilafın, AUÇ usulleri kullanılarak çözümlenme yetkisinin verilmesidir.

²⁵³ İldır, s.65.

²⁵⁴ Nitekim HUAKT'nın 3.maddesinin gerekçesinde, arabuluculuk yolunun iradî olması ortaya konulmuştur. Tarafların, öncelikle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırmak konusunda anlaşmalarına özellikle vurgu yapılmıştır.

Sözleşmedeki son unsur ise "sözleşmenin bağlayıcı olmaması" unsurudur. Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesini imzalayan taraflar, sözleşmeye rağmen devlet ya da tahkim yargısına başvurmakta serbesttirler. Türk hukukunda bu sözleşmenin devlet veya tahkim yargısına başvurmaya engel olan "olumsuz etkisi" yoktur.²⁵⁵ Taraflar sözleşmenin uygulanmasını gerçekten istiyorlarsa, sözleşmeye tazminat veya cezai şart ekleyerek sözleşmeye aykırı davranan tarafı dava edebilir. Borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde diğer tarafa ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşmaya cezai şart denilmektedir.²⁵⁶ BK md. 158-161 arasında düzenlenen cezai şartın en önemli işlevi borçluyu doğru ve dürüst ifaya zorlayıcı olmasıdır. Bu nedenle, uyuşmazlığın çözümü için AUÇ yöntemlerini uygulamak yerine doğrudan mahkemeye başvurmak mümkündür ancak, sözleşmede AUÇ yöntemlerinin uygulanmamasından zarar gören taraf, zararını sözleşme hükümlerine dayanarak talep edebilecektir.²⁵⁷

Sözleşmenin konusu ise, tarafların üzerinde serbestçe hareket edebileceği konular olmalı ve taraflar alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi ile çözülecek uyuşmazlıkların türünü, kapsamını ve toplantıların nasıl yürütüleceğini de sözleşmede belirlemelidir. Tarafların AUÇ toplantılarını yapacakları yer, toplantıların süresi, kimlerin toplantılara katılacağı ve masrafların nasıl paylaşılacağı hususu gibi karşılıklı edimlerin sözleşmede ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.²⁵⁸

C. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. Hukuki Niteliğin Belirlenmesinin Önemi

Hukuki niteliğin belirlenmesi, AUÇ sözleşmesinin hangi hukuk alanına ait olduğunun tespiti anlamına gelmektedir. Bir sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi her şeyden önce bu sözleşmelerin yapılmasına ilişkin koşullar, ehliyet, biçim, şarta bağlanıp bağlanamama, irade bozuklukları durumunda iptal, fesih gibi özel hukuk olanaklarının kullanılabilirliği, devletler hukuku açısından uygulanacak

²⁵⁵ İldır, s.67.

²⁵⁶ Oğuzman/Öz, s.870.

²⁵⁷ Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. § 5 D I 4, § 4 C V.

²⁵⁸ Spencer/Brogan, s.411.

hukuk bağlamında ortaya çıkacak sorunlar (lex fori veya lex causae) gibi pek çok açıdan uygulamaya dönük öneme sahiptir.²⁵⁹

Usuli işlemlerle maddi hukuk işlemlerini ayırmak bir zarurettir. Bu alanlara ilişkin yapılan işlemlerin ayrılması için kullanılan, hukuki işlemin etki alanı kriteri ise kolay ve uygulanabilirliği olan bir kriterdir. Eğer bir işlem, etkilerini usul hukuku alanında doğuruyor ise usuli işlem, eğer etkilerini maddi hukuk alanında doğuruyorsa, maddi hukuk işlemidir. İşlemin birden çok hukuk alanında etkileri varsa, bu takdirde, ağırlıklı etkilerinin doğduğu hukuk alanına dâhil edilecektir.²⁶⁰

II. Maddi Hukuk Sözleşmesi Görüşü

Maddi hukuk, fertler arasındaki ilişkileri düzenlerken, onlara birtakım haklar tanır ve bir kısım mükellefiyetler yükler. Maddi hukuk, hukuki ilişkilerin tanzimini şahısların iradelerine bağlı kılmıştır. Yani şahıslar arzu ettikleri sözleşmeleri, diledikleri şekle uygun olarak yapabilirler. İşte hakları tesis eden bu maddi hukuk kuralları, hakkın doğumu için aradığı şartların tahakkuku ile bir mahkeme kararına gerek olmaksızın, hakkın ileri sürülmesi yetkisini verir.²⁶¹

Usul hukukunun ilkeleri ile uyuşan bir alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi ya da herhangi bir sözleşme içindeki alternatif uyuşmazlık şartı, tarafların aralarında çıkmış ya da çıkacak bir uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık yollarından herhangi biri ile çözülmesini istemelerini yani serbestçe irade beyanında bulunmalarını gerektirir. Yukarıda bahsettiğimiz tarafların irade serbestisi, kanunda veya tarafların gerçekleştirmek istedikleri hukuki sonucu gerçekleştirmeye yöneliktir. Bu da sözleşmenin akdi karakteridir. İrade serbestisi, ilke olarak hem maddi hukuk hem de usul hukuku alanında geçerli olmakla birlikte, sözleşmenin hukuki niteliğinin tespitinde maddi hukuk sözleşmesi veya usul hukuku sözleşmesi olduğu konusunda belirleyici bir kriter olmadığı savunulmaktadır.²⁶² Sözleşmenin inikadı için tarafların temsil yetkisi, ehliyet, sözleşmenin şekli, geçersizliği veya sona ermesi gibi işlemlerin tümü borçlar hukuku alanına girmekte ve sözleşmenin kurucu unsurunun

²⁵⁹ Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s.53.

²⁶⁰ Karslı, Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001, s.126

²⁶¹ Karslı, s.111 vd.

²⁶² Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s.39 vd.

maddi hukuk karakteri taşıması, taraflar arasındaki uyumsuzluk konusu olan ilişkinin maddi hukukta etkisini göstermesi, maddi hukuk sözleşmesi karakterini gösterir.²⁶³

Bir görüşe göre, bütün usul sözleşmeleri maddi hukuk niteliği taşır. Zira bu sözleşmelerin konusu, dayandıkları hukuki ilişkinin devamıdır. Hukuki ilişki özel hukuktan doğduğuna göre, tarafların davayı etkilemek için yapacağı sözleşmeler de kaynaklandıkları hukuki ilişkinin rejimine tabi olmalıdır. Yargılama hukukundaki sözleşmelerin maddi hukuk nitelikli olduğu, bir başka gerekçe ile de öne sürülmüştür. İdari sözleşmeler açısından kullanılan taraf kuramına göre, bir kamu otoritesi olan mahkeme sözleşmeye katılmadığı, onun tarafı olmadığı için aslında yargılama hukukuna dayalı sözleşmelerin varlığından söz edilemez; bunlar maddi hukuk sözleşmeleridir.²⁶⁴ Bir sözleşmenin usule ilişkin hükümleri ve ona ilişkin temel sonuçları asıl etkilerini özel hukuk alanında gösteriyorsa, bu sözleşme bir özel hukuk sözleşmesidir.²⁶⁵

III. Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü

Usul hukuku kendine mahsus ilkeler çerçevesinde işleyen, maddi hukuktan ayrı görevi ve hedefi olan, maddi hukukun ferde tanıdığı hakkı tespit ve tevdi etmeyi amaçlayan, ancak hakkı ihdas etmeyen, bu mahiyeti itibariyle de bütün özel hukuku tahakkuk ettirmeyi hedefleyen hukuk alanıdır.²⁶⁶ Maddi hukuk yaklaşımlarının tam tersi bir çıkış noktası olan görüşe göre, tarafların bir dava nezdinde veya davaya etki etmek üzere yaptıkları her sözleşme usul sözleşmesidir.²⁶⁷

Usul hukuku alanına giren sözleşmeler, kurucu (inşai) nitelikte sözleşmelerdir. Davayı veya dava yolunu direkt olarak etkilerler. Yetki ve tahkim sözleşmeleri bu konuda birer örnektir. Böyle bir kurucu etkisi olmayıp, sadece usuli bir edimin ifasını öngören, usuli bir kaçınmayı (içtinap) içeren sözleşmelerin usuli bir anlamda özelliği

²⁶³ Alman hukukunda hakemin tarafları sulh yolu ile uzlaştırma yoluna gitmesi sözleşmenin maddi hukuk yönünü ortaya koymaktadır. Alangoya, s.42.

²⁶⁴ Taşpınar, s.55–56.

²⁶⁵ Taşkın, s.17.

²⁶⁶ Karslı, s.112, dn. 195.

²⁶⁷ Kohler, Josef, Über processrechtliche Verträge und Kreationen, Gruch 1881, s.276 vd. (Naklen: Taşpınar, s.58); Taşpınar'a göre teknik anlamda birbirine uygun, karşılıklı ve hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanlarının yargılama hukukunda da varlığını tespit etmek, yani bunların da sözleşme olması, hukuki niteliklerinin de özel hukuka göre belirleneceği anlamına gelmez. Bunun yanında bir dava nezdinde yapılan her türlü sözleşme, sırf davada gündeme gelmesi nedeniyle usul sözleşmesi olamaz. Taşpınar, s.58.

yoktur. Bunlar olağan borçlar hukuku sözleşmeleridir.²⁶⁸ Bir görüşe göre yargılama hukukunda etki gösterebilecek sözleşmelerin sadece kurucu (inşai) nitelikte ve davayı doğrudan doğruya yönlendirici etkiye sahip olabileceği; buna karşılık, bir yükümlülük getirip borç doğuramayacağı belirtilmiştir.²⁶⁹ Usul hukuku şartlarına göre, işlemin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, davaya etki etmesinden söz edebilmek için yapılan işlem vasıtası ile davanın inşası, ilerletilmesi, şekillendirilmesi, gerekçelendirilmesi veya engellenmesi hallerinin vuku bulması gerekir. Usuli etkiler doğuran böyle bir işlem, müspet bir işlem şeklinde olabileceği gibi, içtinap şeklinde ve dava içinde veya dışında, davayı hazırlayıcı veya etkileyici nitelikteki işlemler de olabilir.²⁷⁰

Devletin yargılama faaliyeti olarak sürdürdüğü adalet hizmetleri kural olarak devletin tekelinde olmakla beraber, tahkim, arabuluculuk, uzlaşma gibi yöntemler devlet yargılamasına alternatif yolları oluşturmaktadır. Hakem sözleşmesinde devlet yargılaması daraltılarak, mahkemeye giden yol kapatılır ve hakemlerce verilen kararlar yargısal (kazai) olarak kabul edilir. Bu durum hakem sözleşmesinin usuli etkilerini ortaya koymaktadır. Türk hukuk sisteminde taraflar, alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi yaparken devlet yargılamasına herhangi bir etkide bulunmamakta ve tahkim yolundan farklı olarak, devletin yargılama erkine dair herhangi bir kısıtlama da getirmemektedirler. Taraflar sözleşmeyi meydana getirirken devlet yargısına başvurmayı kısıtlayan bir etki de yaratmak istemezler. Bu nedenle, alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi veya sözleşmedeki alternatif uyuşmazlık şartının devlet veya tahkim yargısına başvurmaya engel olan "olumsuz bir etkisi" yoktur.²⁷¹

Her ne kadar Türk hukukunda AUÇ sözleşmesinin usuli bir etkisi bulunmasa da bu sözleşmenin Anglo-Sakson ülkelerinde usuli etkileri vardır. Örneğin İngiliz hukukunda taraflar, sözleşme ile zamanaşımı sürelerinin işlemeyeceğine dair bir düzenleme getirebilmektedirler. İngiliz Medeni Usul Kanununun (CPR) 1.4.2 maddesi ile taraflar arasında yapılmış bir anlaşma varsa, bu anlaşmaya göre dava

²⁶⁸ Taşpınar, s.63.

²⁶⁹ Schiedermaier, Gerhard, Vereinbarungen im Zivilprozeß, Bonn 1935, s.95. (Naklen:Taşpınar, s.64).

²⁷⁰ Karşlı, s.132 vd.

²⁷¹ İldır, s.67

öncesi alternatif yöntemlere gidilebilmesi olanağı getirilmiştir.²⁷² İngiliz mahkemeleri AUÇ sözleşmesinin ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi halinde dava şartı olarak tarafları bağlayacağına dair hükümler vermiştir. Sözleşmedeki AUÇ şartının tahkim şartına benzer şekilde açık ve net ifadeler içermesi sözleşmenin AUÇ yollarının tüketilmesi gerektiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Tarafların AUÇ şartını bağlayıcı kılmadıkları sözleşmelerde dahi hakimler, AUÇ yollarının uygulanmasının faydalı olacağı kanaatine varırsa, duruşmayı ara kararlarla ertelleyerek, tarafların AUÇ usullerini kullanmasına karar verebilir. İngiliz mahkemeleri, genel olarak, sözleşme ile kararlaştırılan bir AUÇ şartının uygulanmasından kaçan tarafa, mahkemeye başvurma izni vermemektedirler. Mahkemeler, vermiş oldukları kararlarla, tarafları AUÇ yöntemlerini uygulamak konusunda zorlamakta ancak sonuçları bakımından tarafları serbest bırakmaktadır. Bu durum Türk hukukundaki "Tüketici Sorunları Hakem Heyetine" başvurma yoluna benzetilebilir.²⁷³

Amerikan hukuk sisteminde de bir davanın AUÇ yöntemleri ile çözümüne uygun olup olmadığına ve bu yöntemlere havale edilip edilmeyeceğine hakimler karar vermektedir. Her mahkeme kendi bünyesinde oluşturduğu AUÇ programları çerçevesinde, sözleşme ile kararlaştırılan bir AUÇ şartını korumuşlar ve bu yolun tüketilmesi gerektiğine dair çeşitli kararlar vermişlerdir.²⁷⁴ Bu durum AUÇ yöntemlerinin usuli etkilerini ortaya çıkarmaktadır. Sözleşmeye konulan AUÇ şartının açık ve kesin ifadeler içermesi ve tarafların aralarında çıkabilecek uyuşmazlığı AUÇ yöntemleri ile çözmek istediklerini sözleşmeye yansıtılmaları durumunda mahkemeler tarafları AUÇ yöntemlerini uygulamaya sevk etmektedirler. Tarafların AUÇ şartına riayet etmeleri iyi niyetin bir göstergesi olarak onlardan beklenmektedir. AUÇ yöntemlerine havale edilen bir davada mahkemeler, davanın esasına girmeyerek AUÇ görüşmelerinin sonucunu beklemektedir. Eğer devlet yargısına başvurmadan önce, AUÇ yöntemlerine başvurmak, kanunla zorunlu kılınmışsa burada "dava şartı" durumundan söz edilir. Dava şartı ise AUÇ yollarının yargılama hukuku alanında etkisini ortaya çıkarır. Prensip olarak, AUÇ yollarına başvurmamak dava yoluna başvurmaya engel teşkil etmez; ancak aşağıda da

²⁷² Mistelis, s.10.

²⁷³ Spencer/Brogan, s.416-424. AUÇ şartının bağlayıcılığı ve etkileri konusunda bkz. § 5 D.

²⁷⁴ Bkz. §5 D I 2.

anlatılacağı üzere açık ve net ifadelerle düzenlenmiş bir AUÇ anlaşması Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde tarafların yargı yoluna başvurmasını engelleyebilir.²⁷⁵

Avustralya mahkemeleri arabuluculuk şartının bağlayıcı olduğu yönünde kararlar almıştır. Örneğin, *Hooper Bailie Associated Ltd. ile Natcom Group Pty Ltd.* arasındaki davada mahkeme, taraflar arasında yapılan uzlaşma anlaşmasının kesin ve net ifadeler içermesi nedeniyle bu anlaşmanın uygulanması gerektiğine ve uzlaşma yolu tüketilmeden tahkim yoluna başvurulamayacağına dair karar almıştır.²⁷⁶

IV. Karma Görüşler

Karma görüşe göre sözleşme içerik olarak hem akdi hem de yargısal unsurları birlikte taşır. Sözleşmenin unsurları ve sonuçları itibariyle maddi hukuk ve usul hukuku karakterlerini taşımaktadır. Çifte nitelik görüşüne göre, hakem sözleşmesi gibi sözleşmeler karma, yani hem maddi hem de usul hukuku niteliği gösterir. Çifte nitelikli bir akit ancak, hem maddi hem de usuli etkiler içeren, her iki etki itibariyle birbirleriyle bağımlılık gösteren, hem maddi hem de usul hukuku şartlarını birlikte gerçekleştirmesi halinde sözkonusu olur. Burada belirleyici olan, münferit hukuk alanlarından kaynaklanan etkilerin tek bir unsura dayanması, dolayısıyla akdin bölünememesi, çeşitlilik gösteren unsurların bir bütünlük oluşturmasıdır. Bu hukuki bütünlüğün sonucu olarak, çifte nitelikli bir akitte, maddi hukuk ve usul hukukuna ilişkin etkiler, karşılıklı bir etkileşim ve bağlılık içinde bulunmaktadır.²⁷⁷ Bunlarla birlikte sözleşme unsurlarının belirlenmesinde çeşitli uzlaştırmacı görüşler de mevcuttur. Her bir görüş farklı kriterlerden yararlanmak suretiyle bir sonuca varmaktadır.

1. Sözleşmelerin Dış Görünüşü Kuramı

Bu görüş, sözleşmelerin dava içinde mi yoksa dava dışında mı ya da davadan önce veya sonra mı yapıldığını ölçü olarak kabul etmektedir. Dava esnasında veya mahkeme önünde yapılan sözleşme usul sözleşmesi, bunun dışındakiler ise maddi hukuk sözleşmesidirler. Düşüncenin çıkış noktasını, derdest bir davaya yönelik, biçimsel usul işlemi kavramı oluşturmaktır.²⁷⁸

²⁷⁵ Bkz. §5 D I.

²⁷⁶ Sourdin, s.124; Boulle/Nesic, s.472.

²⁷⁷ Taşkın, s.25.

²⁷⁸ Taşpınar, s.58 vd.

2. Sözleşmenin Düzenlendiği Yer Kuramı

Bu kuram, usul işlemleri bakımından bir ayırım yapmaktadır. Bu görüşün, yasal düzenlemesi olan sözleşmeleri usul sözleşmesi olarak kabul etme gibi bir eğilimi vardır. Bu görüş, son derece pozitivist bir yaklaşım içinde olup, aslında hukuki nitelik konusunda bir ölçüt getirmediği için kabul edilemez.²⁷⁹

3. Sözleşmenin Etki ve Unsurlarının Birbirinden Ayrılması Kuramı

Bu görüşe göre, bir sözleşmenin içeriği ve etkisi yargılama hukukuna bağlı olurken, unsurları maddi hukukça belirlenebilir. Bir hukuki işlem etkilerini yargılama hukukunda gösterebilir. Ancak bu durum unsurlarının hukuki niteliği hakkında hiçbir şey ifade etmez.²⁸⁰ Sadece unsurları dikkate alarak hukuki niteliği belirlemek de tam bir ölçüt değildir. Nasıl ki özel hukuk alanındaki sözleşmeler etki gösterdikleri alana göre borçlar hukuku, eşya hukuku, aile hukuku ve miras hukuku sözleşmeleri olarak niteleniyorsa, usul hukuku alanındaki sözleşmelerin hukuki niteliğinin belirlenmesinde de münhasıran taraflarca istenen asli etkiler belirleyici olacaktır.²⁸¹

4. Konu veya Sözleşmenin Doğrudan Etkilerini Gösterdiği Alan Kuramı

Doktrinde ilk kez Sachse ve sonra Schiedermaier tarafından ileri sürülen kurama göre, sözleşmelerin hukuki niteliği, etkileri dikkate alınmadan belirlenemez. Ancak amaçlanan hukuki sonuç, onun niteliğini ortaya çıkarır. Amaçlanan hukuki sonuç ise irade beyanından ayrı düşünülemez. Beyan, etkiyi belirlemek biçiminde bir sonuca sahiptir. Sözleşmenin hukuki niteliği, onun münferit unsurlarına göre değil, etkilerine göre belirlenebilir.²⁸²

Burada önemli olan, tarafların irade beyanlarıyla doğrudan amaçlanan hukuki sonuçlardır. Beyan sahibinin bu beyanı ile ortaya koymak istediği bir hukuki tesir arzusu vardır ki, o aslında beyanın özünü, esasını teşkil eder. İşte irade beyanının esasını teşkil eden, elde edilmek istenilen, amaçlanan hukuki tesirin, hangi hukuk sahasında ortaya çıkacağı tespit edilip, bu sonuca göre, işlemin hangi hukuk sahasına ait olduğuna karar vermek gerekir.²⁸³ Yan sonuçlar sözleşmenin niteliğini

²⁷⁹ Schiedermaier, s.32, (Naklen: Taşpınar, s.59).

²⁸⁰ Oertmann, Paul, Der vogaengige Rechtsmittelverzicht, ZZP 1915, (Naklen: Taşpınar, s.59).

²⁸¹ Alangoya, Yavuz /Yıldırım, M.Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, IV.Bası, İstanbul 2004, s.190 vd.

²⁸² Sachse, Beweisvertraege, ZZP 1929, s.409-434; Schiedermaier, s.31 vd; (Naklen: Taşpınar, s.60).

²⁸³ Karşlı, s.128.

değiştirmez. Örneğin, ifa yerini tayin etmeye ilişkin bir sözleşme ve evlilik akdinde, usuli sonuçlar hukuki işleme bağlı olarak çıkmaktadır. Ancak açıkça akdin içeriğine ait değildir. Bunlar tipik yan sonuçlar olup, hukuki işlem sonuçları değildir.²⁸⁴ Bu nedenle asli etkilerini maddi hukuk alanında gösteren ve fakat usuli yan sonuçlara da sahip olan sözleşmeler münhasıran maddi hukuk sözleşmeleridir. Bu yan sonuçlar irade beyanlarının içeriğine dahil olmadıklarından, hiçbir şekilde hukuki niteliğin belirlenmesinde de etkili olamazlar.²⁸⁵

Bu görüşün ölçütü, tarafların usuli ilişki üzerinde yargılama hukukuna ilişkin alanda hukuki sonuç doğurma iradesidir. Bu konuda varsayımsal norm sınıflandırması şeklinde bir ölçüt kullanılmaktadır. Bir sözleşmenin kamu hukuku mu, özel hukuk sözleşmesi mi olduğunu belirlemek için bir varsayım sınıflandırılması ölçüt olarak kullanılmaktadır. Bu sözleşme bir yasal düzenleme halinde hangi hukuk alanında düzenlenirdi, sorusu sorularak bir yanıt aranmaktadır.²⁸⁶

V. Görüşümüz

Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin hukuki niteliğini belirlemede yukarıda anlatılan görüşler doğrultusunda sonuca ulaşılmalıdır. Bu sözleşme ile taraflar, ileride çıkabilecek bir uyuşmazlığın çözümü için AUÇ yöntemlerini kullanmaya karar vermekte ve birbirine uygun irade beyanlarıyla da bu isteklerini sözleşmeyle düzenlemektedirler. AUÇ yöntemlerinin kullanılması esas olarak bir sözleşmeye dayanmakta ve asıl ilişkinin kaynağını borçlar hukuku alanı oluşturmaktadır.

Sözleşmenin her iki tarafı da birbirine karşı asli bir edim yüklenmekte ve taraflardan birinin borcu diğer tarafın borcunun sebebinin ve karşılığını teşkil etmektedir. Edimler arasında tam anlamıyla bir karşılıklılık ve bağımlılık söz konusudur. AUÇ sözleşmesine veya sözleşmedeki AUÇ şartına uymayan tarafın dava veya tahkim yoluna başvurması halinde, sözleşme hükümlerine aykırılık ve edimlerin yerine getirilmemesi söz konusu olacaktır ki, bu durum da sonuçları bakımından sözleşmenin maddi hukuk alanına tabi olduğunu göstermektedir.

²⁸⁴ Taşpınar, s.60 vd.

²⁸⁵ Alangoya, s.40.

²⁸⁶ Taşpınar'a göre bu görüş sadece yardımcı ölçüt olarak kullanılabilir. Zira hükümlerin içinde yer aldığı kanunlar, taşıdıkları isimlere karşın her zaman aynı nitelikte değildir. Taşpınar, s.62.

Bir sözleşmenin hukuki niteliği, yargılama ilkesine olan etkisine göre belirlenir. Usul hukuku alanına giren sözleşmeler, kurucu (inşai) nitelikte sözleşmelerdir. Davayı veya dava yolunu direkt olarak etkilerler.²⁸⁷ Usul hukuku şartlarına göre, işlemin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, davaya etki etmesinden söz edebilmek için yapılan işlem vasıtası ile davanın inşası, ilerletilmesi, şekillendirilmesi, gerekçelendirilmesi veya engellenmesi hallerinin vuku bulması gerekir.²⁸⁸ Eğer bir işlem, etkilerini usul hukuku alanında doğuruyor ise usuli işlem, eğer etkilerini maddi hukuk alanında doğuruyorsa, maddi hukuk işlemidir. İşlemin birden çok hukuk alanında etkileri varsa, bu takdirde, ağırlıklı etkilerinin doğduğu hukuk alanına dâhil edilecektir.²⁸⁹

"Konu veya Sözleşmenin Doğrudan Etkilerini Gösterdiği Alan" kuramını ölçüt olarak aldığımızda tarafların, irade beyanlarıyla hangi amaca ulaşmak istedikleri belirleyici olacaktır. Zira irade beyanının esasını teşkil eden, elde edilmek istenilen, amaçlanan hukuki tesirin, hangi hukuk sahasında ortaya çıkacağı tespit edilip, bu sonuca göre, işlemin hangi hukuk sahasına ait olduğuna karar vermek gerekir.²⁹⁰ Sözleşmenin yapılması ile taraflar, aralarında çıkmış veya çıkabilecek bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için tarafsız üçüncü kişiye uyuşmazlığı çözüme yetkisi vermektedirler. Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinde tarafların yargılamaya veya usule ilişkin bir etki yaratmak veya bir sonuç doğurmak hususunda herhangi bir irade beyanları yoktur. Bu sözleşmenin, taraflar açısından devlet yargılamasına başvurmaya engel hiçbir etkisi de bulunmamaktadır. Bu nedenle, Türk hukukunda, alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin yargılama hukukuna bir etkisinin olmadığı söylenebilir. Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi veya bir AUÇ şartının usul alanına ilişkin bir etkisi bulunmadığından sözleşme maddi hukuk sözleşmesi karakterini taşır.

Burada şu hususu belirtmek gerekir: usul hukukunda işlem yapanın arzu ettiği, subjektif amaçtan öte, yasanın o işleme bağladığı sonuç da önemlidir. Aksi takdirde işlem ile izlenen subjektif amaç bir şey ifade etmez.²⁹¹ Arabuluculuk kanunu tasarısında, dava yoluna başvurmaya engel bir düzenlemenin yapılmadığı ve hatta

²⁸⁷ Taşpınar, s.63 vd.

²⁸⁸ Karşlı, s.132 vd.

²⁸⁹ Karşlı, s.126

²⁹⁰ Karşlı, s.128.

²⁹¹ Karşlı, s.129, dn. 247.

yasa koyucunun, dava yoluna başvurmayaya engel bir ifade dahi kullanmamaya özen gösterdiği düşüncesindeyiz. Bu nedenle öncelikle münhasıran maddi hukuk etkilerine sahip olup aynı zamanda usuli yan sonuçları da olan sözleşmelerde önemli olan doğrudan amaçlanan hukuki sonuçlardır. Hukuk düzeni, istenen hukuki sonuca başka bir sonuç da bağlamış olabilir. Önemli olan, hukuki sonucun istendiği asıl alandır. Yan sonuçlar, sözleşmenin niteliğini değiştirmez. Bu nedenle de ortada maddi hukuk sözleşmesi mevcuttur.²⁹² Bu görüşten hareketle, HUAKT md.16/2 de düzenlenen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durması ile ilgili sonuçların da sözleşmeye bağlı yan sonuçlar olduğu kanaatindeyiz.

Sözleşmedeki AUÇ şartının bağlayıcılığı konusu ise, hala tartışmalı bir konu olmakla birlikte böyle bir şart veya sözleşmenin varlığına rağmen mahkemeye başvuran tarafın tutumuna karşı diğer taraf, AUÇ sözleşmesinden doğan edimlerin yerine getirilmediği konusunu öne sürebilir. Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden dolayı ortaya çıkacak sorumluluklar da yine borçlar hukukuna tabi sorumluluklardır.

AUÇ yöntemlerinin kullanılmasıyla ulaşılan çözüm, yani anlaşma (sulh) da yine maddi hukuk alanı içerisinde kalmaktadır. Mahkeme dışı yapılan bu tür bir anlaşma veya sulh sözleşmesi yine borçlar hukuku alanına özgü bir sözleşmedir. Doktrinde sulh, tahkim, hakemlik ve hakem-bilirkişilik gibi sözleşmeler ise ‘kendine özgü sözleşmeler’ arasında sayılmıştır.²⁹³

Türk hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi, kaynağını maddi hukuktan (borçlar hukukundan) alan, etki ve sonuçlarını da maddi hukuk alanında gösteren, usuli etkisi bulunmayan ve tam iki tarafa borç yükleyen, kendine özgü yapısı olan bir sözleşmedir.

²⁹² Schiedermaier, s.36-37, (Naklen: Ildır, s.60-61)

²⁹³ Serozan, s.77; Zevkliler, s.12; Yavuz, s.22.

§ 5. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞ SAFHALARI, KURULMASI, İÇERİĞİ VE BAĞLAYICILIĞI

A. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞ SAFHALARI

AUÇ yöntemlerini uygulamak isteyen taraflar bir sözleşme ile veya aralarında yaptıkları bir sözleşmeye hüküm koymak suretiyle AUÇ yöntemlerini uygulamayı kararlaştırabilirler. Sözleşmeye konan bu maddeye AUÇ şartı da denilir. AUÇ sözleşmesinde, sözleşmeyi imzalayan tarafların AUÇ yöntemlerini kullanma isteklerini açık bir şekilde beyan etmeleri gerekir. Sözleşmedeki AUÇ şartı her iki tarafın da AUÇ yöntemlerini uygulamak istediklerini net bir biçimde ifade etmelidir. Uygulamada, tarafların sözleşme yapılırken özel bir AUÇ kuruluşunun kurallarına atıfta buldukları veya bu kuruluşların hazırlamış oldukları klozları sözleşmeye ekledikleri de görülmektedir.²⁹⁴ Bunun yanında taraflar, uygulayacakları prosedürü kendileri de belirleyebilirler.²⁹⁵

Amerika Birleşik Devletlerinde mahkeme katımlı AUÇ yöntemleri görülmektedir. Mahkemelerin bağlayıcı olmayan AUÇ yöntemlerini kullanmaya zorlama yetkileri de vardır. Örneğin Kansas'taki, hâkimlerin hemen hepsi, medeni hukuk davalarını zorunlu bir arabuluculuk müzakeresine yönlendirmekle yetkilidir.²⁹⁶ Mahkeme AUÇ yöntemlerinin kullanılması kararını duruşma safhasından önceki müzakerelerin ardından verebilmektedir. Bunun amacı uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesini sağlamaktır. Mahkeme uyuşmazlığın konusunu inceler. Uyuşmazlık konusu incelenirken davanın yapısı, taraf sayısı, davanın karmaşıklığı, teknik bir konu olup olmadığı, taraflar arası ilişkiler ve tarafların talepleri ile dava değeri gibi kıstaslar üzerinde durulur. Mahkeme bu kıstaslara göre davanın AUÇ usulleri aracılığıyla çözüme ulaşılmasında tarafları yönlendirebilir Mahkeme katımlı arabuluculuk, profesyonel olarak eğitilmiş "tarafsız" bir kişinin tarafların bir anlaşmaya varmalarına yardımcı olmasıdır. Amerika Birleşik Devletindeki mahkemeler, iş ihtilafları, boşanma ve velayet anlaşmazlıkları, kişisel veya maddi zarar vakalarında, küçük şikâyetler için (örneğin \$5,000 altında bir meblağ söz konusu olduğunda), su

²⁹⁴ Özel AUÇ kuruluşları hakkında bkz. dn. 411, § 5 C VIII.

²⁹⁵ Newman, s.32.

²⁹⁶ <http://www.kscourts.org/pdf/adr/disresmanual.pdf>, s.3 (07.05.07).

hakları ihtilaflarında ve ev sahibi ile kiracı arasındaki anlaşmazlıklarda tarafları arabuluculuk yöntemlerini kullanmaya teşvik eder. Hatta bazı eyaletlerde mahkemelerin, tarafları bu konuda zorlama yetkileri dahi vardır.²⁹⁷

Buna benzer bir düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısının 142 ve devamı maddelerinde yapılmıştır. Buna göre, tarafların dilekçeleri karşılıklı vermesinden sonra mahkemece ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulha yahut arabulucuya gitmeye teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir. Tasarıya göre, hakimlerin Amerikan hukukunda olduğu gibi tarafları arabuluculuğa zorlaması söz konusu değildir.²⁹⁸

Tez konusunun alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi olması nedeniyle mahkeme katımlı AUÇ yöntemleri tez konusunun dışında kalmaktadır.

Bir uyuşmazlığın çözümü için AUÇ yollarından birini kullanmak ve bu usulleri uygulamaya çalışmak pratikte çok kolay olmamaktadır. Dava yoluna başvurmak daha kolay olmakla beraber, AUÇ yöntemlerini uygulayabilmek için her şeyden önce tarafların rızası ve AUÇ konusunda bilgili olmalarına ihtiyaç duyulmaktadır. Tarafların bu konuda herhangi bir çaba veya istekleri olmadığı sürece AUÇ usullerini uygulamak imkânsız hale gelmektedir. AUÇ yöntemlerinin ortak özelliği olan hız ve tasarruf arasındaki denge ve yargılamanın getireceği maliyet-fayda analizi, tarafların AUÇ yollarını kullanma isteklerinde belirleyici olacaktır.²⁹⁹

HUAKT'nın 13. maddesinin ilk fıkrasına göre taraflar, dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Arabuluculuk gibi, AUÇ yöntemlerinin başlaması ülkeden ülkeye farklılıklar arz etmektedir;

- AUÇ yöntemlerine başvurma olasılığı (Belçika, Fransa)
- AUÇ yöntemlerinin teşvik edilmesi (İspanya, İtalya, İngiltere)
- AUÇ yöntemlerine başvurunun ön koşul (dava şartı) olarak kabul edilmesi (Almaya, Yunanistan)

²⁹⁷ Van Duizend, s. 9.

²⁹⁸ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/hmk.htm> (02.01.08).

²⁹⁹ Petley, s. 17.

AUÇ yöntemlerinin uygulanmasına aşağıda belirtilen safhalarda karar verilebilir:

I. Asıl Sözleşmeyle Beraber veya Sözleşmenin Yapılması Esnasında

Taraflar arasında yapılan bir sözleşmeye AUÇ şartının konulması, AUÇ yollarının uygulanması bakımından önem taşır. Uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce taraflar, asıl sözleşmeye ekleyecekleri bir AUÇ şartı veya ayrı bir AUÇ sözleşmesiyle, ileride çıkabilecek bir uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri ile çözümlenmesine karar verirler. AUÇ sözleşmesinin taraflar arasındaki asıl borç ilişkisini doğuran sözleşmeyle birlikte yapılması en sağlıklı yoldur. Asıl sözleşme esnasında yapılan böyle bir anlaşma diğer safhalardan daha kolay bir şekilde AUÇ usullerinin uygulanmasını sağlayacaktır.³⁰⁰ AUÇ şartının sözleşmeye başlangıçta konulmaması, AUÇ yollarını uygulama konusunda tarafların çekingen olmasına veya yapılan bir AUÇ teklifinin zayıflık belirtisi düşüncesiyle reddedilmesine neden olabilir. Bu nedenle bir AUÇ yolunun sözleşme esnasında kararlaştırılması tarafların yapacağı en iyi tercihtir.³⁰¹

ABD'de bazı büyük şirketler, ticari ilişkilerinin devam etmesi bakımından, bünyelerinde AUÇ konusunda profesyonel elemanlar çalıştırmaktadır. Bu kişiler ileride çıkması muhtemel herhangi bir uyuşmazlıkta aktif olarak AUÇ sürecini yürütmekte ve ticari ilişkilerin zarar görmeden devam etmesine olanak sağlamaktadırlar.³⁰²

II. Uyuşmazlığın Ortaya Çıkmasından Sonra

Ayrı bir sözleşmenin bulunmaması veyahut sözleşmede bir AUÇ şartının olmaması durumunda taraflar, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra da aralarında anlaşarak uyuşmazlığın, AUÇ yöntemleriyle çözüme kavuşturulmasına karar verebilirler. Ancak bu aşamada özellikle uyuşmazlıkta haklı görünen tarafın ya da kendini haklı bulan tarafın AUÇ usulleri için ikna edilmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Çünkü haklı görünen tarafın, AUÇ yöntemlerini uygulamayı kabul etmesi, kendisi açısından bir zayıflık belirtisi olarak görülebilir veya kendine güvensizmiş gibi izlenim vermekten kaçınabilir.³⁰³ Bu nedenle taraflara AUÇ yöntemleri konusunda bilgi verilmeli ve

³⁰⁰ Moffit/Bordone, by Sander, Frank E.A./Rozdeiczer, Lukasz, s. 387.

³⁰¹ Newman, s.31.

³⁰² Coltri, s.338-340; Petley, s.13.

³⁰³ Newman, s.31.

AUÇ yöntemlerinin faydaları anlatılarak ikna yoluna gidilmelidir. Taraflar, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra AUÇ usullerini uygulamak için yazılı şekilde anlaşabilecekleri gibi, sözlü şekilde de anlaşma yoluna gidebilirler.

III. Uyuşmazlığın Çözümü İçin Dava Yoluna Başvurduktan Sonra

Bu aşamada ilk olarak, sulh kavramından bahsetmek gerekir. Çünkü dava aşamasında tarafların sulh olma durumu söz konusu olabilir. Sulhta esas olan unsur maddi yöndür ki, bu da tarafların iradesidir.³⁰⁴ Bir uyuşmazlık, mahkemede dava açıldıktan sonra da AUÇ yöntemlerinden birinin kullanılmasıyla mahkeme dışında çözülebilir. Amerikan mahkemelerinde devam eden bir dava esnasında taraflar, AUÇ sözleşmesi yapabilecekleri gibi, özel AUÇ kuruluşlarından birini de seçebilirler.³⁰⁵ Taraflar bu sözleşmenin varlığını mahkemeye bildirmek durumundadırlar. Mahkeme tarafların isteğine göre davayı bekletici sorun yapmaktadır. Bu kararın ardından, taraf vekilleri, AUÇ yöntemlerinin nasıl sonuçlandığı hakkında mahkemeyi bilgilendirmek zorundadır.³⁰⁶

HUAKT md.13/1 fıkrası tarafların davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabileceklerini ve mahkemenin de tarafları aydınlatıp, arabuluculuğun kullanılmasını teşvik edeceğini düzenlemiştir. Dava aşamasında AUÇ yöntemlerinin uygulanması için en uygun safha duruşma öncesi yazışmalar (replik-düplik) safhasıdır. Ancak davacı olan ve kendini haklı gören taraf AUÇ yöntemlerini seçmekte isteksiz davranabilir. Kaldı ki dava için mahkeme veznesine yatırmış olduğu harç, pul, bilirkişi, keşif ve sair masraflarından dolayı AUÇ yöntemlerini tercih etmesini beklemek zordur. Bu nedenle AUÇ görüşmeleri sonunda mahkeme masrafları konusunda da bir anlaşmaya varılması arabuluculuğun uygulanması için bir gerekliliktir.³⁰⁷

³⁰⁴ Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s.102.

³⁰⁵ ABD'deki bazı eyalet mahkemelerinde hakimlerin dosyayı erken kapatmak ve iş yükünü hafifletmek gayesiyle taraflardan veya avukatlarından, AUÇ usullerini kullanmaları konusunda baskı uyguladıkları bilinmektedir. Hatta birçok eyaletteki mahkemelerin davayı mahkeme dışında çözüme yönlendirme konusunda yetkileri vardır. Örneğin Kansas'ta bölge hakimleri, medeni hukuk davalarını arabuluculuğa havale etmeye yetkilidir.

<http://www.kscourts.org/pdf/adr/disresmanual.pdf> (04.05.2007).

³⁰⁶ <http://www.mad.uscourts.gov/LocPubs/ADR.htm> (05.06.07).

³⁰⁷ Newman, s.31 vd.

B. SÖZLEŞMENİN KURULMASI

I. İcap

Akdin yapılması teklifini kapsayan ve bu amaçla zaman itibariyle daha önce yapılan, karşı tarafa (muhataba) varması gerekli, tek taraflı, kesin ve bağlayıcı bir nitelik taşıyan, muhatabın kabulü ile akdin kurulması sonucunu doğuran irade açıklamasına icap adı verilir. İcap, hukuki niteliği itibariyle tek taraflı bir hukuki muameledir. Genel bir ifade ile sözleşme yapma çağrısıdır.³⁰⁸ İcap beyanı belli kişi veya kişilere yöneltilebildiği gibi, bir topluluğa da yöneltilebilir. İcap, sözleşmenin esaslı noktalarını ihtiva etmeli, kesin ve belirleyici teklifleri içermelidir. İlke olarak özel bir şekle tabi değildir. Ancak kanun veya icapta bulunan, sözleşmenin geçerliliğini bir şekle tabi tutmuşsa, icap beyanının bu şekilde yapılması gerekir. (BK. md.16)

Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığın, tarafsız üçüncü kişilerce çözümü hususunda çözümü hususunda karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin beyan edilmesi ile ortaya çıkar.³⁰⁹ Türk hukukunda ve kanunlarımızda alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin ne şekilde yapılacağına dair bir hüküm veya düzenleme bulunmamakla birlikte, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının (HUAKT) 13/2 maddesi "Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır" şeklinde düzenleme getirmiştir. Amerika Birleşik Devletlerinde herhangi bir uyuşmazlığı barışçıl yollarla çözmek isteyen bir taraf, doğrudan karşı tarafa bu teklifi yöneltebileceği gibi, AUÇ hizmeti veren bir kuruluşla veya bu hizmeti veren tarafsız üçüncü kişiyle temasa geçerek de diğer tarafa bu isteğini iletebilmektedir. İlgili AUÇ kuruluşu da uyuşmazlığın barışçıl yollarla çözümü teklifini muhataba yöneltmektedir.³¹⁰

II. Kabul

Bir sözleşme, icapçının yapmış olduğu teklifin muhatap'ınca kabul edilmesine kadar tamamlanmış sayılmaz. Kabul, yapılan bir icaba karşılık muhatap tarafından icabı yapana yöneltilen ve akdi icaba uygun ve sözleşmeyi meydana getirme arzusunu

³⁰⁸ Reisoğlu, s.55; Oğuzman/Öz, s.49.

³⁰⁹ İldr, s.67.

³¹⁰ İcap konusu hakkında geniş bilgi için bkz. Eren, s.304 vd., Oğuzman/Öz, s. 49; Spencer/Brogan, s.348.

kesin olarak ifade eden irade beyanıdır.³¹¹ Kabul beyanı, iki taraflı sözleşmeler açısından kritik öneme sahiptir. Muhatap, kabul beyanını, yapılan teklife uygun, şüpheye yer bırakmayacak ve birden fazla anlam taşımayacak şekilde açık ve net bir ifadeyle yapılmalıdır.³¹²

Kabul beyanı bir şekle tabi kılınmadıkça, şekle tabi değildir. Sözlü, yazılı ve hatta kanaat verici bir davranışla yapılabilir. İcaba uygun bir kabul, akdi doğrudan doğruya meydana getirir. Hukuki niteliği itibarıyla kabul, tek taraflı, kurucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasına yönelik bir hukuki muameledir.³¹³ Yapılan bir icap, kime yönelik olarak yapılmışsa, ancak onun tarafından (muhatabınca) kabul edilebilir. Eğer icap belirli bir gruba karşı yapılmışsa, grup üyelerinden biri temsil yetkisi olması kaydıyla kabul beyanında bulunabilir.³¹⁴

Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin kurulabilmesi için de yapılan icabın muhatabınca kabul edilmesi gerekmektedir. İcabın muhatapça kabul edilmesi sözleşmenin kurulmasını sağlar. Sözleşmenin kurulması ile taraflar, tarafsız üçüncü kişi ya da kişilere, aralarında çıkmış ya da çıkabilecek bir uyuşmazlığı çözümlene yetkisi vermiş olurlar. AUÇ sözleşmesinin kurulma anı muhatap'ın sözleşme teklifini kabul etme anıdır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının 13/2 maddesine göre aksi kararlaştırılmadıkça, arabuluculuk faaliyetinin başlaması için taraflardan birisinin arabuluculuk teklifini otuz gün içerisinde kabul etmesi gerekmektedir. Arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmemesi halinde ise teklifin reddedilmiş sayılacağı düzenlenmiştir.

III. Ehliyet

İki taraflı hukuki muamele olan bir akdin muteber olabilmesi için tarafların o akdi yapmağa ehil olmaları gerekir. Diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin de yapılabilmesi için tarafların fiili ehliyete haiz olmaları, en kısa ifade ile temyiz kudretine sahip, reşit ve kısıtlı olmaması gerekir. Medeni haklarını kullanma ehliyetine haiz olanlar, bu sözleşmeyi bizzat kendileri yapabilecekleri gibi temsilcileri aracılığı ile de bu sözleşmeyi yapabilirler. AUÇ sözleşmesinde taraflar tüzel veya gerçek kişiler olabileceği gibi, ikiden fazla tarafın

³¹¹ Oğuzman/Öz, s. 60 vd.

³¹² Oğuzman/Öz, s.61; Grubb/Furmston, s.480.

³¹³ Eren, s.316.

³¹⁴ Oğuzman/Öz, s.60 vd; Grubb/Furmston, s.481.

olması da mümkündür.³¹⁵ Taraf ehliyeti, AUÇ toplantılarına katılacak temsilciler için de söz konusudur. AUÇ toplantılarına iştirak eden bir vekil veya temsilcinin de yetkilendirilmiş olması gerekmektedir.³¹⁶

Bir başkası adına akit yapan kimsenin (vekil) bu hususta temsil yetkisinin bulunması gerekir. BK. md.388/3 gereği, sulh olma ve tahkim sözleşmesi yapma gibi muameleler özel yetkiyi gerektirdiğinden kanımızca burada da temsilcinin "özel yetkili" olarak yetkilendirilmesi gerekmekte ve temsil ettiği şahıs adına borçlanma, sulh ve ibra gibi yetkilere sahip olması gerekmektedir. Yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşme, temsil olunan adına olumlu veya olumsuz bir sonuç doğurmamakta ve temsil edilenin onay vermesine kadar sözleşme askıda kalmaktadır.(BK. md.38) Ancak temsil olunan icazet vererek akdi benimseyebilir ve akit sanki başlangıçta varmış gibi hüküm ifade eder.³¹⁷ Bazı yazarlara göre yetkisiz temsilin söz konusu olabilmesi için sözleşme taraflarından birinin yanıltılarak gerçeğin gizlenmesi ya da hileye başvurulduğu veya sahte belgelerle iş yapıldığının ispatı gerekir. Bununla beraber zarara uğrayan tarafın masum olduğunu kanıtlaması da gerekmektedir.³¹⁸ Yetkisiz temsilci, üçüncü kişinin temsil eksikliğini bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.(BK. md.39)

Mümeyyiz küçük veya mahcurların yapmış oldukları akitlerin geçerli olması, kanuni mümessillerinin iznine veya sonradan vereceği icazete bağlıdır. Yine vesayet altındaki kişilerin bu tür bir sözleşme yapması mahkemenin veya vasinin iznini gerektirir.³¹⁹

Yabancı bir kimsenin fiili ehliyete sahip olup olmadığı tabi olduğu milli hukuka göre belirlenir (MÖHUK. md. 9). Milli hukukları olmayan vatansızlar için ikametgah hukuku uygulanır.³²⁰ "Temsil Yetkisinin Etki Alanı Kuralı" gereği, temsilcinin aynı ikametgâhta faaliyet göstermesi halinde iş ikametgâhı, belli bir ikametgâhta faaliyet

³¹⁵ Ehliyet konusu hakkında geniş bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s.72; Hatemi, Hüseyin, Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 2005; Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut, Kişiler Hukuku, C.1, 5.Bası, İstanbul 2004, s.281, 336-352; Arpacı, Abdulkadir, Kişiler Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2000, s.11-41; Collins, Lawrance, The Conflict of Laws, 14th Ed., London 2006, s.1625 vd.

³¹⁶ Petley, s.6.

³¹⁷ Oğuzman/ Öz, s.129.

³¹⁸ Temsil konusu ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. Karahasan, s.406; Oğuzman/Öz, s.129, 161 vd. Grubb/Furmston, s.797, 878; Poole, Jill, Textbook on Contract Law, Oxford 2006, s.100.

³¹⁹ Oğuzman/Öz, s.73; Grubb/Furmston, s.775 vd.

³²⁰ Çelikel, Aysel/Erdem, B.Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 8 Bası, İstanbul 2007, s.205-206.

göstermeyen temsilcilerde ise yetkiyi fiilen kullandığı yer hukuku bağlama kuralı olmalıdır.³²¹

Uluslararası konsorsiyumlar da konsorsiyum üyelerinden birinin diğerini veya diğerlerini temsil edebilmesi ve yetkilendirmesi ile yetkili hale gelirler.³²² AUÇ sözleşmesi yabancı bir tüzel kişilikle yapılıyorsa, iki ayrı kıstas söz konusudur; yabancı şirket hangi devlet hukukuna göre kurulmuşsa o devletin kurallarına göre usulüne uygun şekilde kurulmuş ve o devletin kanunlarına göre tüzel kişiliğe sahip olmalıdır. İkinci kıstas, tüzel kişiliğin idare merkezidir. Yani şirketin gerçekten yönetilip idare edildiği merkezin bulunduğu yer hukukuna göre tüzel kişiliğe sahip olmalıdır. Kendi hukuk kurallarına uygun olarak kurulmuş tüzel kişiliklerin yine kendi kanunlarına uygun şekilde temsil yetkisi vermiş olmaları taraf ehliyeti için gerekmektedir.³²³

AUÇ sözleşmesi veya şartının devamı sırasında taraflardan birinin ölümü ya da fiil ehliyetini kaybetmesi halinde durum ne olacaktır? Eğer bu soru tahkim sözleşmesi için sorulsaydı böyle bir durumda tahkim şartı ortadan kalkmaz ve ölenin mirasçıları bakımından sözleşme devam ederdi. Kanımızca, AUÇ yöntemleri gönüllülük esasına dayandığından, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını gerektirdiğinden ve tahkim gibi bağlayıcılık unsuru içermediğinden dolayı mirasçıların iradesi önemli olacaktır.

C. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİ

I. Sözleşmenin Konusu

Alternatif uyuşmazlık çözüm sözleşmesi yapılırken, bu yöntemlerin uygulandığı ülkedeki kamu düzeni ile ilgili kanun ve kurallara dikkat edilmesi gerekir. Misal olarak, Birleşik Devletler ve Avustralya gibi Anglo-Sakson hukuk sistemine tabi ülkelerde boşanma davaları, AUÇ yöntemleri ile çözülebilirken, Türk Hukuk sisteminde bu yetki münhasıran aile mahkemelerindedir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı ihtilaflar bu sözleşmenin konusunu oluşturmaz. Türk hukukunda ayrılık, velayet, vasi tayini, nesep davaları, nafaka talepleri, iflas

³²¹ Tekinalp, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 1981, s. 78.

³²² Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. Collins, 1621.

³²³ Tekinalp, s. 34 vd.

davaları ve çekişmesiz yargı işleri gibi konular AUÇ sözleşmesinin konusunu oluşturmazlar.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, sözleşmenin konusu, tarafların üzerinde serbestçe hareket edebileceği konular olmalıdır. Alacak davasına konu uyuşmazlıklar, tazminat talepleri ve menkul davaları ile ilgili ihtilaflar, sözleşmenin konusunu oluşturabilir. Haksız fiilden doğan kanunla belirlenmiş bazı uyuşmazlıklarda AUÇ yöntemleriyle çözümlenebilmektedir.³²⁴ Bununla birlikte kamu düzenine ilişkin işlenen suçlar bakımından yapılan (adam öldürme, tecavüz vb.) bir AUÇ sözleşmesi ise geçersiz olacaktır.³²⁵

Tarafların AUÇ yöntemleri uygulayacağı ihtilaf konusu "belirli" olmalı, imkansız olmamalıdır.³²⁶ AUÇ sözleşmesi ile başka bir sözleşmede ortaya çıkan ifa edilmeme, alacak, tazminat gibi talepler konusunda AUÇ yöntemlerinin uygulanacağına karar verilebilir. AUÇ sözleşmesinde taraflar, sözleşmenin konusunu kanunun çizdiği sınırlar içerisinde istedikleri gibi düzenlemekle beraber, sözleşmedeki bir madde veya bir şart kanunlara, ahlaka ve adaba aykırı ise o madde batıldır. Butlan hükümlerine tabi olan sözleşmedeki madde olmadan da sözleşme geçerliliğini sürdürebiliyorsa sözleşme batıl sayılmaz, sadece sözleşmedeki ilgili madde iptal hükümlerine tabi olur (BK. md.20).³²⁷

II. Sözleşmenin Şekli

Türk hukuk sisteminde şekil serbestisi prensip, şekle bağlılık istisna olarak kabul edilmiştir.³²⁸ Kanunun özel bir hükümlerle şekil mecburiyeti koyduğu hukuki muameleler bu ilkenin dışındadır. Bu nedenle şekil mecburiyeti istisnai bir durumdur. Şekil serbestisinin amacı, hukuki muamelelerin ve bu arada akitlerin, ihtiyaca göre, mümkün olduğu kadar süratle yapılıp sonuçlandırılmasıdır.³²⁹ Taraflar şekil şartına kendileri karar verebilecekleri gibi kanundan kaynaklanan bir şekil şartı da öngörülebilir. Bu durumda şekil şartı bir geçerlilik şartı olur ve sözleşmeler bu

³²⁴ Yeni Türk Ceza Kanunu ve CMK da düzenlenen uzlaşma konusu için bkz. § 7 D.

³²⁵ Fiadjoe, s.68.

³²⁶ Oğuzman/Öz, s.77; Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, 3Baskı, İstanbul 1994, s.13; Zevkliler, Aydın, Özel Borç İlişkileri, 6.Bası, Ankara 1998, s.19.

³²⁷ Olguç, s.64.

³²⁸ Bıçakcı, Levent, Mirastan Feragat Sözleşmesi, İstanbul 1999, s.29.

³²⁹ Eren, s.330; Zevkliler, s.9.

şekle göre yapılmazsa geçersiz sayılırlar.³³⁰ Örneğin tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinin yazılı olması ve uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesinin açık ve net bir biçimde sözleşmeye konulmuş olması HUMK'un 517. maddesinin bir gereğidir. Bu şart sözleşmenin şekil yönünden geçerlilik şartıdır.

Hakem sözleşmesi ya da tahkim şartının aksine AUÇ sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir ve bu sözleşme için belirlenmiş bir düzenleme de yoktur. Taraflar sürecin nasıl işleyeceğini belirler ve kendileri için gerekli hukuki tedbirleri sözleşmeye koyarlar.³³¹ Sözleşmenin yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik şartı değildir. Ancak sözleşmenin ispat edilmesi bakımından tarafların yazılı şekilde sözleşmeyi yapmalarında fayda vardır. Tarafların bu sözleşmeyi yazılı olarak yapmaları, aralarındaki uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözümü ile hallini istediklerinin açık bir ifadesidir.³³²

Taraflar, herhangi bir uyuşmazlık halinde AUÇ yöntemlerinin uygulanacağına sözlü olarak da karar verebilirler. Sözlü yapılan böyle bir anlaşma geçerli olmakla beraber, asıl sorun, böyle bir anlaşmanın nasıl ispat edileceği konusunda ortaya çıkmaktadır. İhtilafın ortaya çıkmasından sonra taraflardan biri AUÇ konusunda yapılan sözlü anlaşmayı ispat etmekte ve diğer tarafı AUÇ yöntemlerini kabul ettirme konusunda zorluk yaşayabilir. Ayrıca kendini haklı gören taraf, AUÇ yöntemlerini kabul etmekte isteksiz davranabilir. Bu nedenle AUÇ yöntemlerinin sözleşmeye eklenecek bir madde veya ayrı bir sözleşme ile yazılı olarak düzenlenmesi, AUÇ yöntemlerinin uygulanması açısından daha yararlı olacaktır. Böylece tarafların AUÇ yöntemlerini daha kararlı şekilde uygulama şansı yakalayacağı düşüncesindeyiz.

AUÇ sözleşmesi yabancı bir ülkede akdedilirse bu durumda sözleşmenin şekli nasıl olacaktır? Eğer taraflar sözleşmede hangi hukukun uygulanacağına karar vermişlerse, sözleşme artık o hukukun şekil şartlarına göre yapılmalıdır. Bu serbestinin istisnası kamu düzeni kurallarıdır. Sözleşmede tarafların hangi hukuku seçtiklerine dair bir hüküm yoksa bu durumda iki farklı kuraldan bahsetmek mümkündür. İlki, "*logus regit actum*" (LRA) denilen işlemin yapıldığı yer kanunudur. Diğeri ise işlemin hükümlerine uygulanan hukuk "hüküm statüsü" (*Lex Cause*) dür. LRA kuralı ile

³³⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 99 vd.

³³¹ Fiadjoe, s.62.

³³² İldr, s.66.

tarafra, işlemlerini buldukları yer hukukuna göre gerçekleştirmek imkânı verilmektedir.³³³ Hüküm statüsü kuralında ise hukuki işlemin meydana gelişine ve sonuçlarına göre farklı hukuklar uygulanmaktadır. (MÖHUK md.7)³³⁴

AUÇ sözleşmesini yazılı olarak yapmaya karar veren taraflar, adi yazılı şekilde sözleşmeyi düzenleyebilirler. Birleşik Devletler ve İngiltere'de AUÇ yöntemlerini uygulamaya karar veren taraflar, AUÇ hizmeti veren kuruluşların veya mahkemelerin hazırladıkları matbu formları doldurarak sözleşmeye ek yapabilmektedirler.³³⁵

III. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesinin Kapsamı

Genel olarak yetki (salahiyet), bir davaya hangi yerdeki mahkemenin bakabileceğini ifade eder.³³⁶ AUÇ sözleşmesinde yetki ise, uygulanacak AUÇ usulünün türü, AUÇ usulünün işleyeceği alanın ve nerede işletileceğinin belirlenmesi anlamına gelir. Uyuşmazlığa uygulanacak yöntem ve bu yöntemin temel kurallarının seçiminde ve müzakereleri yönetecek tarafsız kişinin ya da kuruluşun atanması esnasında doğal olarak yetki de belirlenmektedir.³³⁷ Taraflar AUÇ sözleşmesini yaparken yetki konusunda da bir düzenleme yapmak durumundadırlar. Taraflar yetki kurallarını sözleşmede düzenlerken, AUÇ yöntemlerinin nerede yürütüleceğine de sözleşmede karar verebilir ve kendi ikametgâhlarından birinde veya belirleyecekleri başka bir yerde AUÇ görüşmelerinin yapılmasını kararlaştırabilirler. AUÇ sözleşmesinde yetki, aynı zamanda AUÇ usullerinin hangi kurallara göre yürütüleceği anlamına da gelir. Örneğin, AUÇ sürecinin nasıl başlatılacağı (ihbar veya tebligat gibi), hangi uyuşmazlıkların AUÇ yolları ile çözüleceği ve AUÇ toplantılarının nerede yapılacağı gibi konular sözleşmede düzenlenmelidir. Hatta taraflar AUÇ yöntemlerinin

³³³ Çelikel/Erdem, s.65; Şekil konusu ile ilgili daha geniş bilgi, teori ve düşünceler için Bkz. Tekinalp, s.60 vd.

³³⁴ Daha geniş bilgi için bkz. Tekinalp, s. 69.

³³⁵ Formlardan çeşitli örnekler için bkz. <http://www.mad.uscourts.gov/LocPubs/ADReh2.pdf>, <http://www.okwd.uscourts.gov/files/adr/0504select.pdf> (04.05.2007). <http://www.okwd.uscourts.gov/files/adr/0504propord.pdf> (04.05.2007). <http://www.moed.uscourts.gov/forms/ADROrderOfReferral.pdf> (04.05.2007).

³³⁶ Pekcanitez Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 4.Bası, Ankara 2005, s.99; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 4.Bası, Ankara 1991, s.101.

³³⁷ Spencer/Brogan, s. 224; Özbek, s.191.

kararlaştırılan yerde olmaması ihtimaline karşılık yedek bir yetki kuralı da dzenleyebilirler.³³⁸

Tarafların tuzel kişilik olmaları durumunda kendi Şirket merkezinin bulunduğu veya Őubelerinin bulunduğu yeri yetkili kılabilirler. Uygulamada mahkeme katımlı AUÇ oturumları mahkeme binalarında yapılırken, özel AUÇ hizmeti kuruluşlarınca yapılan AUÇ oturumları ise yine bu kurumların merkezinde veya ortak belirlenecek bir yerde yapılabilmektedir.³³⁹

Yetki konusunda dzenleme yapılırken taraflar herhangi bir AUÇ kuruluşunu yetkili kılabilecekleri gibi bu kuruluşun yetki kurallarına atıfta da bulunabilirler. Eğer taraflar özel hizmet veren bir AUÇ kuruluşunun yetki kurallarına atıfta bulunmuşlarsa, uyuşmazlığın çözümlü aşamasında kuruluşun belirlediği yetki kuralları çerçevesinde davranmakla yükümlüdür.

Taraflar AUÇ sözleşmesinin son bölümünde, AUÇ toplantılarının sonuçsuz kalması veya sözleşmenin ihlali halinde hangi mahkemenin yetkili olacağına dair bir maddeye yer verebilirler. Belirlenen süre veya oturumların sonunda bir anlaşma olmaması halinde taraflar dava yoluna başvurmayı kararlaştırmakla beraber, uyuşmazlığın hangi mahkemede görüleceğine dair bir madde de sözleşmeye eklenebilir (HUMK md.22). Belli bir uyuşmazlık hakkında kanunen yetkili olmayan bir mahkemeyi yetkili kılmak için yapılan yetki sözleşmesi ile taraflar, sözleşmenin ihlalden doğacak uyuşmazlıklar için herhangi bir mahkemeyi tayin edebilirler.³⁴⁰ Usul hukukumuzda yetki kuralları kamu düzenine ilişkin görülmediğinden, davacı davasını açarken genel yetki kurallarının yanında, ona seçim hakkı tanıyan özel yetki kurallarına göre de tercih yapabilir.³⁴¹ Sözleşmeden doğan davalarda yetki kurallarının niteliği kamu düzenine ilişkin olmadığı gibi, kesin yetki kuralları da değildir. HUMK'nda sözleşmeden doğan davalar için iki özel yetki kuralı söz konusu olmaktadır. İlki sözleşmenin yerine getirileceği yer mahkemesi, ikincisi sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin yetkisidir. Ancak sözleşmeye böyle bir madde koyarken yetkinin kamu düzenine ilişkin olmaması gerekmektedir. Yani taraflar yetkinin kamu düzenine ilişkin olduğu hallerde yetki sözleşmesi yapamaz veya böyle bir madde

³³⁸ Spencer/Brogan, s.226-228.

³³⁹ <http://www.mad.uscourts.gov/LocPubs/ADR.htm> (24.05.07).

³⁴⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 155.

³⁴¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.99.

ekleyemezler. Örneğin, Türk hukukunda taşınmazın aynına ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin dışında bir mahkeme yetkilendirilemez.³⁴²

Örnek Klotz.

Sözleşme ile kararlaştırılan arabuluculuk yöntemi İngiltere'nin Londra şehrinde DRY şirketinin Fleet Street, 70 adresindeki merkezinde başlatılacaktır.

İşbu sözleşmeden doğacak herhangi bir uyuşmazlık halinde taraflar, ortaya çıkan sorunu, CEDR'nin yetki kurallarına uygun bir şekilde çözmeyi kararlaştırmışlardır.

Taraflar, CEDR'nin tayin edeceği yerde ADR toplantılarının yapılmasında anlaşmışlardır. İşbu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar ve her türlü taleplerin karara bağlanmasında Londra mahkemeleri yetkilidir.

Tarafların işbu sözleşme ile kararlaştıkları ve 30 Gün / 6 oturum yapılacak olan uzlaştırma toplantılarının sonuçsuz kalması / çözüme ulaşılamaması halinde, taraflardan her biri İngiliz mahkemelerinde dava yoluna başvurabilecektir.³⁴³

IV. Uyuşmazlığa Uygulanacak Yöntemin Belirlenmesi

1. Alternatif Uyuşmazlık Yöntemlerinden Birinin Seçilmesi

Uyuşmazlığa hangi AUÇ yönteminin uygulanacağı sorusu uzun zamandan beri tartışılmalı bir konudur. Sözleşmenin tarafları, uygulayacakları AUÇ yöntemlerinden hangisinin kendi ilişkilerine ve çıkabilecek uyuşmazlığa uygun olacağını araştırmak suretiyle karar vermelidirler.³⁴⁴ Taraflar, arabuluculuk, kısa jüri yargılaması, tarafsız ön değerlendirme, müzakere gibi usullerinden biri üzerinde anlaşmaya vardıldıktan sonra, seçilen AUÇ yönteminin uygulayıcısı olan tarafsız üçüncü kişiyi de buna göre belirlemelidirler. Bu aşamada hukuki yardımın alınması kanımızca isabetli olacaktır.³⁴⁵

³⁴² Kuru/Arslan/Yılmaz, s.156.

³⁴³ Örnek sözleşme klotzları için bkz.

www.cedr.co.uk/library/documents/Contract_Clauses.doc (05.06.2007).

³⁴⁴ Petley, s.6

³⁴⁵ İngiltere ve A.B.D. de avukatlar sözleşmenin yapılışı sırasında taraflara AUÇ konusunda belli kıstaslara göre yardımcı olmaktadır. Sözleşmede AUÇ yöntemlerinin belirlenmesi için nasıl bir yol izlendiği konusunda geniş bilgi için bkz. Newman, s.33 vd.

Ortaya çıkmış veya çıkabilecek bir uyuşmazlığa hangi AUÇ yönteminin uygulanacağına karar verilirken, taraflar arasındaki ilişkinin özellikleri, çıkabilecek uyuşmazlığın tahmini maddi değeri, ne kadar zamanda çözüme ulaşılmak istenmesi ve uyuşmazlığın ortaya çıkma nedenleri göz önünde bulundurulmalıdır. Çıkabilecek uyuşmazlığın taraflarca iyi analiz edilerek birden fazla AUÇ usulünün de uygulanmasına karar verilmesi gerekebilir (terditli usul). Sözleşme ile kararlaştırılan bir AUÇ yöntemi, çıkan uyuşmazlığın türüne ve ulaşılabilecek çözümün niteliğine göre taraflarca istenildiği zaman değiştirilebilir. Uyuşmazlık çıktıktan sonra veya AUÇ süreci devam ederken, sözleşmede kararlaştırılan yöntemden farklı bir AUÇ yönteminin uygulanmasına da karar verilebilir.³⁴⁶ Taraflar uyuşmazlığa uygulanacak AUÇ yöntemlerini seçerken bu yöntemlerin ne kadar süre ile uygulanacağını, toplantıların nerede olacağını ve diğer prosedürleri de belirlemelidirler.³⁴⁷

Sözleşme ile kararlaştırılan bir AUÇ yöntemi, çıkabilecek bir uyuşmazlığa uygun olmayabilir. Uyuşmazlığa uygulanacak yöntemlerin isabetli seçilmemiş olması, uyuşmazlığın çözümünde faydalı olmayacağı gibi, taraflardan birinin mahkeme yoluna başvurmayı karşı tarafa bir baskı aracı olarak kullanmasına da yol açabilir.³⁴⁸ Bu nedenle uygulanacak AUÇ yöntemi belirlenirken taraf ilişkisinin türü, taraf sayısı, çıkabilecek uyuşmazlığın niteliği, karmaşıklığı, uyuşmazlığın maddi değeri gibi hususlar göz önünde tutularak karar verilmelidir. Genel olarak uygulamada taraflar, sözleşmeye bir madde koyarak veya atıf yapmak suretiyle, AUÇ sürecinde hangi yöntemin uygulanacağı kararını özel hizmet veren AUÇ organizasyonlarına bırakmaktadırlar.³⁴⁹

Örnek Klotz.

İşbu akitte yer alan madde hükümlerinin tamamı veya bir kısmının uygulanması konusunda ihtilaf çıkması halinde, taraflar, A.B.A. (American Bar Association) kurumuna başvuracaklardır. Taraflar, A.B.A. kurallarına göre tayin edilen ve bu kurallara göre görevini yapacak olan tarafsız üçüncü kişinin/kişilerin rehberliğinde uzlaşma/müzakere yöntemlerinden biri ile aralarında vuku bulacak ihtilafi çözüme konusunda anlaşmışlardır.

³⁴⁶ Moffit/Bordone, by Sander/Rozdeiczer, s.387.

³⁴⁷ Fiadjoe, s.65

³⁴⁸ Moffit/Bordone, by Sander/Rozdeiczer, s.387.

³⁴⁹ Petley, s.6.

Taraflar, aralarında akdedilen sözleşmeden dolayı, aralarında ilerde ortaya çıkabilecek ihtilaflar için müzakere/arabuluculuk/tarafsız ön değerlendirme yöntemini uygulamak suretiyle ihtilafın çözümüne ulaşmayı kararlaştırmışlardır.

İşbu sözleşme nedeniyle ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta taraflar, CEDR kurumunun uyuşmazlık için belirleyeceği alternatif çözüm yöntemini uygulamaya karar vermişlerdir.

2. Terditli Usul

Diğer bir adı hibrid (hybrid) çözüm yöntemleri olarak da adlandırılan bu usulde iki veya daha fazla alternatif uyuşmazlık yönteminin uyuşmazlığa uygulanması durumu söz konusudur.³⁵⁰ Günümüzde ticari uyuşmazlıklar ve iş hukuku uyuşmazlıkları için en çok tercih edilen yollardan biri olan terditli AUÇ yöntemi ile taraflar, sözleşmede ileride çıkması muhtemel bir ihtilafın çözümü için farklı farklı yöntemler seçmiş olabilirler. Tarafların terditli AUÇ şartını seçmelerindeki neden, uyuşmazlığa sadece bir AUÇ yönteminin uygulanmasının, çözüme ulaşmada yeterli gelmeme kaygısı olabilir. Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda, Milletlerarası Ticaret Odası, tahkime başvurulmadan önce terditli AUÇ yöntemlerinin kullanılmasını taraflara tavsiye etmektedir.³⁵¹

Terditli yöntemlerde taraflar, uyuşmazlığın ilk aşamasında iyi niyetli müzakere (good faith negotiotion) yöntemini seçebilir, belli bir süre veya kararlaştırılan bir aşama sonrası bu yöntemden sonuç alınmadığı takdirde, arabuluculuk yöntemlerini uygulamaya karar verebilirler. Hatta arabuluculuk yönteminin de sonuçsuz kalması halinde tahkim yoluna başvurulabileceğine dair anlaşma yapılmasında bir sakınca yoktur. Bir uyuşmazlık için birden fazla AUÇ yönteminin seçilmesi çözüm sürecini daha da hızlandırmakta ve karmaşık uyuşmazlıklar için özellikle tavsiye edilmektedir.³⁵²

³⁵⁰ Coltri, s.21.

³⁵¹ Milletlerarası Ticaret odasının AUÇ kuralları ve prosedürleri hakkında daha geniş bilgi için bkz. http://www.iccwbo.org/index_adr.asp#process (25.05.2007).

³⁵² Moffit/Bordone, by Sander/Rozdeiczer, s.386.

Örnek Kloz.

İşbu sözleşmeden doğacak her türlü uyuşmazlık, ilk olarak taraflar arasında doğrudan müzakere edilecek, müzakerelerden 15 gün içerisinde sonuç alınmadığı takdirde taraflar bu defa üçüncü bir şahıs rehberliğinde arabuluculuk görüşmelerine başlayacaktır. Arabuluculuk yönteminin de 30 gün / 8 oturum içerisinde sonuç vermemesi halinde taraflar, uyuşmazlığın tahkim/dava yolu ile çözüleceği konusunda anlaşmaya varmışlardır.

İşbu sözleşme ile ilgili bir ihtilafın çıkması halinde taraflar, ilk önce Amerikan Hakem Derneğinin (AAA) yönetiminde ve "Ticari Arabuluculuk Kuralları"na göre uyuşmazlığı müzakere etme konusunda anlaşmışlardır. Tarafların müzakerelerden bir sonuç alamamaları halinde AAA, taraflara 3 gün içerisinde tarafsız bir üçüncü kişi tayin edecek ve tayin kararından en fazla 7 gün sonra taraflar arabuluculuk görüşmelerine başlayacaktır.³⁵³

V. Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde akdin nasıl düzenleneceği, hangi hukuk kurallarına tabi olacağı, bir sorun çıkması durumunda hangi hukukun uygulanacağı konusu, ihtilafın çözümü bakımından önem arz eder.³⁵⁴ Yabancılık unsuru birçok şekilde ortaya çıkabilir; İki Türk vatandaşının Amerika'da yaptığı sözleşmede yabancılık unsuru sözleşmenin yapıldığı yer iken, bir Türk ile Amerikan vatandaşının Fransa da yaptığı sözleşmede akdin yapılış yeri, tarafların milliyetleri, ikametgâhları gibi konular yabancılık unsuru içerir.

Türk hukukunda tarafların, sözleşmenin içeriğini, tipini veya şeklini istedikleri gibi tayin ve tespitinde serbest olduklarını yukarıda belirtmiştik. 1955 ve 1986 yıllarında Lahey Konvansiyonunda taraf otonomisinden söz edilmiştir. Bu konvansiyon, irade serbestisinin uluslararası alanda temel bir ilke olarak kabul edilmesini sağlamıştır.³⁵⁵

Milletlerarası Özel Hukuk'ta akit serbestisi, tarafların, borç doğuran bir özel hukuk sözleşmesini, muayyen bir hukuka tabi kılabilmelerini ifade eder. Milletler arası özel hukukta irade serbestisi, bir bağlama kuralı teşkil eder ve akdin bir bütün olarak

³⁵³ AUÇ şartının orjinal metni için bkz. Newman, s.67.

³⁵⁴ Coltri, s.456.

³⁵⁵ Collins, s.1561.

muayyen bir hukukun tamamlayıcı ve emredici kurallarına tabi olmasını sağlar. Burada tarafların irade serbestliği, sözleşmenin doğumu, muhtevası, tipi ve icrasının tabi olacağı hukuku belirlemeye yöneliktir. Bu yetkiye "irade muhtariyeti" esaslı da denmektedir.³⁵⁶

Sözleşmeden doğan borçlarda uygulanacak hukuk hakkında Roma Konvansiyonunun 1. maddesi taraflara, sözleşmeyle bağlantılı olmayan bir hukuk sistemini seçme izni vermiştir. Bununla beraber yabancılık unsuru taşımayan bir sözleşmede başka bir hukukun tayin edilmesi imkânsızdır. Örneğin iki Fransız vatandaşı İngiliz hukukunun kendilerine uygulanmasını isteyemezler.³⁵⁷ Tarafların serbest iradeleri olmasına rağmen seçilen hukukun akdedilen sözleşmenin konusu ve şartları bakımından bağlantılı olması gerekmektedir.³⁵⁸ Milletlerarası özel hukukta gelişen yeni doktrinlerde yabancılık unsuru taşıyan olay ve ilişkilere uygulanacak kanunun seçimi konusunda Birleşik Devletlerde yeni görüşler ortaya atılmıştır. Amerika Birleşik Devletlerinin kanunlar ihtilafı konusundaki esaslarını toplayan ve yarı resmi bir kod görünümündeki Restatement II bu görüşlerin ışığı altında hazırlanmıştır. Restatement II de yetkili hukukun "hukuki münasebetin en sıkı şekilde irtibat halinde olduğu kanun" olarak seçilmesi kabul edilmiştir.³⁵⁹

Taraflar, yapmış oldukları hukuk seçiminde sözleşme koşullarını dikkate almalıdırlar. Örneğin İran'da şeriat hükümlerine göre yapılmış bir sözleşmenin İngiliz mahkemelerinde geçerliliği yoktur. Böyle bir sözleşme icrai nitelik de taşımaz.³⁶⁰

Hukuk seçimine ilişkin beyanlar, genellikle ana sözleşme içerisinde, bu sözleşmenin bir hükmü görüntüsünde yer almakta veya bundan bağımsız bir sözleşme olarak yapılmaktadır. Bunlar, ana sözleşme içerisinde, bu sözleşmenin bir maddesi veya hükmü gibi düzenlenmiş olsalar da; bağımsız bir sözleşme olarak kabul edilmeleri gerekir. Çünkü bu klozların konusu ve amacı ana sözleşmeden farklıdır ve tamamen ana sözleşmeden ileride doğacak herhangi bir ihtilafın hangi hukuk kurallarına göre çözümleneceğini göstermekten ibarettir. Bazı hukukçular bu nevi hukuk seçimi

³⁵⁶ Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, 12.Bası, İstanbul 2003, s.291.

³⁵⁷ Collins, s.1563.

³⁵⁸ Hill, Jonathan, International Commercial Disputes In English Courts, 3rd Ed., Portland 2005, s.457.

³⁵⁹ Çelikel/Erdem, s.55.

³⁶⁰ Hill, s.470.

klozlarına "atıf sözleşmesi" veya "hukuk seçimi sözleşmesi" demişlerdir.³⁶¹ Uluslararası ticarete ilişkin uyuşmazlıklarda açılacak davalarda, uygulanacak hukukun belirlenmesi için MÖHUK özel bir hüküm getirmiş ve tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde açık olarak seçtikleri kanuna tabi olmasını öngörmüştür.³⁶²

Tarafların ana sözleşmede veya ayrı bir anlaşma ile sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuka karar vermeleri "açık" seçimdir.³⁶³ Akdin yapıldığı yer, ifa yeri, malların bulunduğu yer gibi kıstaslar seçilerek sözleşmeye uygulanabilir. Örneğin, bir Türk ve Amerikan şirketinin yapacağı bayilik sözleşmesinde taraflar, çıkacak uyuşmazlığın, Birleşik Devletlerde kurumsal AUÇ hizmetleri veren AAA kuruluşunca çözüleceğine dair anlaşma yapabilirler. Bu durumda çıkabilecek bir uyuşmazlığın Amerikan hukuku ve AAA kurumunun kurallarına tabi olacağı açıktır. Bağlama noktalarının, hukuki ilişkinin ait bulunduğu hukuki kategoriye göre tayin edildiği Türk hukukunda, elimizdeki ilişkinin ait bulunduğu hukuki kavram ve kategorinin tayini gereklidir.³⁶⁴

Taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimini, tüm sözleşmeye teşmil edebilecekleri gibi, sözleşmenin belli kısımlarına farklı bir hukukun uygulanmasını da kararlaştırabilirler.(MÖHUK md.24/2) Bununla birlikte, tarafların, yaptıkları sözleşmeyi parçalayarak çeşitli hukuklara tabi tutmaları pek beklenmez.³⁶⁵ Taraflar çıkabilecek bir uyuşmazlığı Amerikan hukukuna, sözleşmede şekil, ehliyet şartlarını da Türk hukukuna tabi kılabilirler. Hakem sözleşmesinden kıyasla, taraflar yargılama usulünü de belirleyebilirler. Taraflar uygulanacak yargılama usulünü, bir tahkim kurumu kurallarına veya milli hukuk sistemlerine atıf yaparak belirleme olanağına da sahiptirler.³⁶⁶

Taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemiş olabilirler. Özellikle sözleşme aşamasında taraflar, uygulanacak hukuk seçimi konusunda, gereken özeni göstermemekte bu konuda ihmalkâr davranabilmektedir. Hatta taraflar, sözleşme

³⁶¹ Şanlı, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s.107.

³⁶² Şanlı, s.103 vd.; Nomer/Şanlı, s.292; Çelikel/Erdem, s.65.

³⁶³ Collins, s.1561.

³⁶⁴ Çelikel/Erdem, s.63.

³⁶⁵ Nomer/Şanlı, s.294.

³⁶⁶ Taşkın s.56.

sırasında böyle bir şart üzerine tartışma yapılmasını aralarındaki anlaşmayı riske etmemek açısından doğru bulmayabilirler. Tarafların o anda temel gaye ve hedefleri ana sözleşmenin yapılması olduğu için bu tip muhtemel sorunlar üzerinde durmada isteksiz davranmaktadırlar.³⁶⁷

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur. (MÖHUK md. 24/4) Türk doktrininde, akitler alanında tarafların bir hukuk seçimi yapmadığı hallerde, borcun karakteristik edimin ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku kuralı geçerlidir. Bunun da bulunamaması halinde ise, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku bağlama kuralı kabul görmektedir.³⁶⁸ İngiliz kanunlar ihtilafı kuralları da benzer düzenlemeler içermektedir.³⁶⁹ İngiliz mahkemeleri, açık bir seçim yapılmayan ve hangi hukuka tabi olacağı belirsiz sözleşmelerde, sözleşmenin yapıldığı veya ifa edileceği yer kuralı ya da geminin tabi olduğu bayrak ülkesi kurallarından biriyle sorunu çözümlenmektedir.³⁷⁰

Örnek Kloz.

Taraflar sözleşme ile kararlaştırılan müzakere/arabuluculuk yöntemine Avustralya hukukunun uygulanmasına karar vermişlerdir.

İşbu sözleşme ile ortaya çıkabilecek ihtilafların çözümü için uygulanacak alternatif uyuşmazlık yöntemleri Utah Eyalet yasalarına tabi olacaktır.

İşbu 10 maddelik alternatif uyuşmazlık çözüm sözleşmesine İngiliz hukuku uygulanacaktır.

³⁶⁷ Şanlı, s.104.

³⁶⁸ Tekinalp, s.247.

³⁶⁹ Hill, s.458; Collins, s.1563 vd.

³⁷⁰ Hill, s.459.

Bu konuda emsal bir davadan da söz etmek gerekir. Uyuşmazlığın çözümü konusunda taraflar, açık bir seçim yapmış olsa dahi *The Komninos S* davasında olduğu gibi uyuşmazlığın ve sözleşmenin koşullarına göre yorum yapmak bazen sorun yaratabilir. Dava konusu olan ilgili sözleşme maddesi şöyledir;

*"Sözleşmenin yorumlanması ve sözleşmeye uygun hareket etme konusunda taraflar arasında bir anlaşmazlık çıkması veya sözleşme hükümleri ile alakalı bir ihtilaf durumunda, imzalanan sözleşmenin sadece İngilizce tercümesi geçerli olacak ve taraflar arasında çıkan tüm uyuşmazlıklar İngiliz mahkemelerince çözümlenecektir."*³⁷¹

Sözleşmeyi imzalayan tarafların hiçbiri İngiliz vatandaşı değildir ve İngiltere ile de bir ilgileri yoktur. Sözleşme Yunanistan da, Yunanlı bir ihracatçı ve Panama bandıralı bir kuru yük gemisinin yine Yunanlı ve Kıbrıslı sahipleri arasında imzalanmıştır. Sözleşmeye göre Yunanistan'da yüklenen mallar İtalya'ya taşınacak ve bunun karşılığında ödeme Drahmi'ye göre yapılacaktır. İhraç edilen mallar İtalya'da karaya indirildiğinde alıcı, malların birçoğunda hasar meydana geldiğini tespit etti. Davacı, geminin gerçekte, denize açılmaya elverişsiz olduğunu ve taşıyıcının ihmalkârlığının bulunduğundan bahisle sözleşmenin ilgili hükümlerine dayanarak zararının tazmini için İngiliz mahkemelerinde dava açtı. Mahkeme, açılan davada, ilk iş olarak, geminin resmi yükleme evrakları ve faturalarının hangi ülkede düzenlendiğini tespit etmekle başladı. Eğer Yunan hukuku uygulanacaksa ilk bakışta, davacının dava açma süresini geçirmiş olduğu görünüyordu. Ancak davacı sözleşmedeki hükme dayanarak İngiliz hukukuna göre dava açmıştı.

Mahkeme ilk olarak, yükleme evraklarının Yunan makamlarınca düzenlendiğini belirledi. Bu durumda borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edim ve sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku bağlama kuralına göre kararını vererek Yunan hukuk kurallarının, sözleşmede İngiliz hukukuna yapılan atıftan daha ağır bastığına hükmetti ve açılan davayı reddetti. Davalının dosyayı temyiz etmesi ile karar, temyiz mahkemesinde üç gerekçeyle bozulmuştur, bunlar;

İlk olarak taraflar eğer uyuşmazlığın İngiliz mahkemelerince çözümlenmesini istemişlerse, bu seçim, tarafların İngiliz yargılama ve usul kurallarına tabi olacaklarını da seçmiş oldukları anlamına gelmektedir. İkinci olarak, mahkeme

³⁷¹ Hill, s.476.

hüküm verirken, resmi evrakların düzenlendiği yer olarak Yunanistan'ı tespit etmiş ve Yunan hukukunun uygulanması gerektiği kararına varmıştır. Ancak tarafların sözleşmede, taşıma veya başka bir belge ile alakalı olarak düzenlenen evraklara ilişkin bir hukuk seçimi yapmadıkları ya da böyle bir imada bulunmadıkları görülmekte ve böyle bir yargılamayı ve sonucu sözleşmede kast etmedikleri çok açıktır. Son olarak, akitteki bu şart, sözleşmenin en yakın irtibatlı olduğu yer kuramına göre Yunan hukukuna tabi olması konusunda alternatif bir kuralı işaret etmemekte veya böyle bir yedek kuralı da kast etmemektedir.³⁷² İngiliz kanunlar ihtilafı kurallarında temel prensip, tarafların sözleşmede neyi kast ettikleridir.³⁷³ Bu nedenle, kararın bozulmasına... Türk Ticaret Kanununun deniz sigortaları kısmında bulunan 1380/1.a maddesine göre "geminin 974.maddeye muhalif olarak denize elverişli bir halde bulunmadan yahut lüzumlu vesikalar olmadan denize çıkarılmasından doğan zararlardan sigortacı sorumlu olmayacaktır."³⁷⁴

VI. Sözleşmeye Gizlilik Şartı Konulması

AUÇ sözleşmesi yapılırken ya da böyle bir şart sözleşmeye eklendiğinde gizlilik konusunda da bir düzenleme yapılması gerekmektedir. AUÇ yöntemlerinin tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden biri gizliliğidir. Özellikle aile hukuku ve ticari uyuşmazlıklarda gizlilik konusu önem arz eder. Taraflar başkalarının bilmesini istemedikleri konular hakkında, aralarında gizlilik anlaşması yapmakta serbesttirler. Birleşik Devletlerde mahkemeler ve Federal Kanunlar, taraflar arasındaki müzakereler esnasında gizliliğin sağlanması konusunda taraflara destek vermektedir. Ancak hukuka aykırılığın önlenmesi ve kamu sağlığı veya kamu güvenliğine verilecek bir zararın ortaya çıkabileceği durumlar gizlilik konusunun istisnalarını oluşturmaktadır.³⁷⁵

Tarafların sözleşme ile hangi bilgilerin açıklanıp hangilerinin açıklanmayacağı hakkında bir düzenleme yapmaları AUÇ toplantılarının samimi ve dürüst bir havada geçmesine katkı sağlar. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının (HUAKT) 4. maddesi tarafların arabuluculuk faaliyetinin gizli kalması konusunda

³⁷² Hill, s.477.

³⁷³ Collins, s.1592.

³⁷⁴ Kender, Rayegan, Deniz Sigortalarında Geminin Elverişsiz Olarak Yola Çıkarılması Hakkındaki İstisna, KOÜHFD, Yıl:2, Sayı:2,1998-1999, s.198.

³⁷⁵ Kenyon, Andrew T./ Richardson, Megan, New Dimensions In Privacy Law-International and Comparative Perspectives, Cambridge 2006, ch.8, s.230 vd.

anlaşmaları halinde arabulucunun da bu konudaki gizliliğe uymak zorunda olduğuna dair düzenleme getirmiştir. Taraflar aksi kararlaştırılmadığı sürece kendileri de gizlilik kurallarına uymak zorundadırlar. (HUAKT. md.4/2) Müzakereler esnasında sunulan ticari sırlar, bilgi ve belgeler ile tutulan kayıtlar gizlidir. Taraflar bu bilgilerin açıklanmasını sözleşmeyle sınırlandırabilirler. Taraflar, hem kendilerinin, hem tarafsız üçüncü kişinin yapabileceği veya yapamayacağı açıklamalar için de alternatif gizlilik kurallarını sözleşmeye koyabilirler.³⁷⁶

VII. Sözleşmeden Doğan Masrafların Belirlenmesi

AUÇ hizmetleri, mahkeme tarafından sağlanan tarafsız üçüncü kişilerce verilebileceği gibi özel bir AUÇ kuruluşunun önceden tespit edilmiş kurallarına göre de bu hizmet alınabilmektedir. Bir AUÇ sözleşmesinde doğacak en önemli masraf kalemi tarafsız üçüncü kişi için ödenecek ücrettir. Tarafsız üçüncü kişiye ödenecek ücretin nasıl ve ne şekilde ödeneceği konusunun düzenlenmesi, özellikle sözleşmenin bağlayıcılığı açısından büyük önem taşımaktadır. İngiliz mahkemelerinin büyük bir çoğunluğu tarafsız üçüncü kişiye ödenecek ücretin sözleşmede karlaştırılmaması halinde AUÇ şartının bağlayıcı olmadığına dair kararlar almışlardır.³⁷⁷

AUÇ sözleşmesinde tarafsız üçüncü kişiye ödenecek ücretin karlaştırılması ile beraber, tarafsız üçüncü kişinin seyahat giderleri, tebligat masrafları veya uzman bilirkişi yardımı gibi konulardan doğacak masrafların da sözleşmede düzenlenmesinde yarar vardır. Tarafların sözleşmede bu şekilde detaylı düzenlemeler yapması, ileride çıkabilecek bir uyuşmazlığı AUÇ yöntemleri ile çözmek istediklerinin kuvvetli bir ifadesi olarak sayılmaktadır. Uygulamada bu tip masraflar aksine bir anlaşma yoksa taraflarca eşit biçimde karşılanmaktadır. HUAKT'nın 7/1 maddesi de arabulucunun, ücret ve masraf için avans talep edebileceğini düzenlemiş ve aynı maddenin ikinci fıkrası, taraflarca aksi karlaştırılmadıkça ücret ve masrafların taraflarca eşit olarak karşılanacağı hükmünü getirmiştir.³⁷⁸

Mahkemeler, tarafsız üçüncü kişi ücretlerinin belirlenmesinde dört değişik yaklaşımdan birini kullanırlar. Bunlar, piyasa fiyatı, mahkemenin belirlediği fiyat, ücretsiz hizmet ve ücretsiz hizmet saatlerinin belirlenmesinden sonra mahkemenin

³⁷⁶ Spencer/Brogan, s.312 vd; Gizlilik konusu ve gizlilik anlaşması hakkında daha geniş bilgi için bkz. § 5 D II 1.

³⁷⁷ Bkz. § 5 D I.

³⁷⁸ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm>

önerdiği fiyat. Yaygın olarak kullanılan yöntem piyasa fiyatıdır (saat başı veya oturum sayısına göre fiyatlandırmalar).³⁷⁹ Genel olarak, her bir AUÇ oturum ücreti 200–500 \$ arasında değişmektedir. Aksine bir anlaşma yoksa oturum ücreti taraflarca eşit şekilde ödenmektedir. Michigan'da ücretler, tarafsız üçüncü kişinin tecrübesine, ikna kabiliyetine ve performansına göre belirlenmektedir.³⁸⁰

Taraflar sözleşmede AUÇ yöntemlerini uygulayacak üçüncü kişinin seçimi için bir AUÇ kuruluşunu seçebilirler. Uygulamada, tarafsız üçüncü kişiye ödenecek ücret, yapılan ilk görüşme esnasında taraflarca ödenmektedir. Masrafların ödeme planı tarafsız üçüncü kişi tarafından hazırlanmaktadır. Tarafsız üçüncü kişi, düşük gelirli taraflar için değişken skala'lı ve düşük fiyatlandırma uygulaması yapmak durumundadır. Kansas eyaletinde, mahkeme katılımlı AUÇ oturumlara mazeretsiz olarak 48 saat katılmayan taraf, hem tarafsız üçüncü kişinin hem de AUÇ oturumunda hazır bulunan diğer tarafın masraflarını ödemekle cezalandırılmaktadır.³⁸¹ Bunun yanında taraflar, yapacakları sözleşme ile mahkeme listelerinden de tarafsız bir üçüncü kişiyi seçebilirler. Bir kısım mahkemeler kendi listelerinden seçilen tarafsız üçüncü kişilerin ücretlerinin tümünü karşılarken birçok mahkeme ise bu ücretlerin belirli bir kısmını karşılamaktadır. Massachusetts eyalet mahkemesi kurallarına göre taraflar, dava öncesi, mahkeme listelerinden seçecekleri gönüllü tarafsız üçüncü kişilerden AUÇ hizmeti almaları durumunda, herhangi bir ek ücret ödeme yükümlülüğü altına girmemektedirler. Yine Massachusetts eyalet mahkemesi kurallarına göre özel bir AUÇ kuruluşundan hizmet alınması durumunda, AUÇ oturumları öncesi, taraflar ve tarafsız üçüncü kişi arasında ödenecek ücret, oturum adedi, kaç saat oturum yapılacağı ve ödeme şekli konusunda yazılı bir anlaşma yapılması şarttır. Mahkeme katılımlı yöntemlerde ise, tarafların masraflar konusunda anlaşamaması durumunda mahkeme masrafların nasıl paylaşılacağına karar vermektedir.³⁸² Mahkemelerin, masraflar bakımından, özel AUÇ hizmeti veren kuruluşlar üzerinde herhangi bir etki veya kontrolü bulunmamakla beraber, bazı durumlarda bölge mahkemesi, iflas etmiş veya müflis olan bir tarafın, kendi payına düşen AUÇ masraflarını ödemesini muaf tutabilir.³⁸³

³⁷⁹ Ildır, s.118.

³⁸⁰ <http://www.learn2mediate.com/classes/civil/courtrule2410.php> (06.06.07).

³⁸¹ <http://www.kscourts.org/pdf/adr/disresmanual.pdf>, s.5–6.

³⁸² <http://www.mad.uscourts.gov/LocPubs/ADR.htm> (24.05.07).

³⁸³ <http://www.utd.uscourts.gov/documents/adrrpage.html> (05.06.07).

Örnek Kloz.

Taraflar, AAA kurumunun ücret tarifesine göre kendilerine atanacak tarafsız üçüncü kişinin ücretini ve arabuluculuk toplantıları sonrası ortaya çıkabilecek diğer masrafları eşit bir biçimde ödemeyi kabul etmişlerdir.

Tarafsız üçüncü kişi (arabulucu) ve AUÇ yöntemlerinin uygulanmasından doğabilecek tüm masraflar, sözleşme taraflarınca eşit şekilde ödenecektir.

VIII. Tarafsız Üçüncü Kişi (Neutral) Tayini

Taraflar asıl sözleşmeden kaynaklanan bir ihtilafa uygulanacak AUÇ yöntemlerine karar verdikten sonra, bu yöntemleri uygulayacak tarafsız üçüncü kişi (neutral) de tayin etmelidir. Tarafların üçüncü kişiyi belirleme serbestisi, yukarıda bahsettiğimiz "sözleşme serbestisi" ilkesine dayanır. Genel olarak sözleşmelerde, tarafsız üçüncü kişinin seçimi, uygulanacak AUÇ yönteminden sonra belirlenmektedir.³⁸⁴ Seçilen kişi arabulucu, tarafsız vaka saptayıcı veya uzlaştırıcı olarak adlandırılacaktır. AUÇ yöntemi uygulayıcısı olan tarafsız üçüncü kişi, bir kişiden fazla olarak da tayin edilebilir. Tayin edilen kişi ya da kişiler görevini tek başlarına veya tarafların kararlaştırması halinde hep beraber yapabilirler. Özellikle karmaşık ve çok taraflı uyuşmazlıklarda birden fazla arabulucunun tayin edilmesi daha iyi bir seçenek olacaktır. Örneğin birisi uyuşmazlığın hukuki boyutuyla ilgilenirken, diğeri de taraflar arasındaki diplomasiyi yürütebilir.³⁸⁵

Sözleşmeyi avukatları aracılığı ile yapmayan tarafların, bu sürecin her aşamasında hukuki görüş alıp buna göre bir belirleme yapabilmeleri mümkündür. Bununla beraber taraflar, AUÇ hizmeti veren kuruluşların listelerinden veya mahkeme listelerinden AUÇ uygulayıcısı üçüncü kişiyi seçme hakkına sahiptir.³⁸⁶ Mahkeme listesindeki kişilerin hangi konular üzerinde uzman olduğu yazılıdır. Özel AUÇ organizasyonları da tarafsız üçüncü kişilerin hangi alanda uzmanlaştıklarını ve daha önceki iş tecrübelerini tarafların isteği halinde kendilerine bildirmektedir.³⁸⁷ Örneğin tarım alanı ile ilgili bir uyuşmazlığa ziraat mühendisi, inşaatla ilgili bir uyuşmazlığa

³⁸⁴ Moffit/Bordone, by Sander/Rozdeiczer, s.388.

³⁸⁵ Coltri s.323.

³⁸⁶ Stitt, s.40.

³⁸⁷ Stitt, s.40-41.

mimar veya inşaat mühendisi, ticari bir uyuşmazlığa ise mali müşavir veya alanında uzman bir tacir tayin edilmektedir.³⁸⁸

Kanaatimizce sözleşmede kararlaştırılan üçüncü kişinin, sözleşme öncesinden haberdar edilip, rızasının alınması yararlı olacaktır. Tarafsız üçüncü kişi olarak seçildiğinden habersiz olan şahsın, böyle bir seçimi kabulü halinde sorun çıkmayacaktır. Ancak teklifin (icap) kabul edilmemesi halinde yeni bir tarafsız üçüncü kişinin seçimi gerekecek, bu durum da AUÇ yöntemlerinin uygulanma süresini uzatacaktır. Böyle bir ihtimal için sözleşmeye yedek bir madde eklenerek tarafsız üçüncü kişinin görevi kabul etmemesi veya fiilen görev yapamayacak durumda olması halinde, yerine başka bir kişinin düzenlenmesi yararlı olacaktır. HUAKT'nın 14. maddesi, başkaca bir usul öngörülmemişse, arabulucu veya arabulucuların taraflarca seçileceğini düzenlemiştir.³⁸⁹

Bunlarla beraber, AUÇ yöntemini uygulayacak üçüncü kişinin (neutral) ölümü, azli veya istifası durumlarının da sözleşmede düzenlenmesi isabetli olacaktır. Üçüncü kişinin hangi usule göre yeniden tayin edileceği, devam eden arabuluculuk görüşmeleri esnasında ölen, istifa eden veya azledilen üçüncü kişinin durumunun ne olacağının sözleşmede düzenlenmesi, taraflara zaman ve masraflardan tasarruf sağlayacaktır.³⁹⁰

Tüm bunlarla beraber taraflar sözleşmede herhangi bir üçüncü kişi tayin etmeseler dahi AUÇ hizmeti veren kuruluşlardan birini seçerek veya atıfta bulunmak suretiyle üçüncü şahıs seçimini bu kuruluşu bırakabilirler. Taraflar, özel AUÇ kuruluşunun atadığı tarafsız üçüncü kişiyi ortak bir kararla değiştirme yetkisine sahip oldukları gibi, atanan kişinin değiştirilemeyeceğini de AUÇ sözleşmesinde düzenleyebilirler.³⁹¹ Tarafların, üçüncü kişi tayininde anlaşmazlığa düşmesi durumunda, üçüncü kişinin seçimi özel bir AUÇ kuruluşuna bırakılabilir veya özel

³⁸⁸ Mahkeme aracılığıyla AUÇ hizmeti veren tarafsız üçüncü kişiler için bkz.

<http://www.kscourts.org/adr/mediatorlist.htm>,

<http://www.mad.uscourts.gov/LocPubs/panel04.pdf>

³⁸⁹ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm>

³⁹⁰ A.B.D. de üçüncü kişilerin mahkeme veya taraflarca seçimi konusu hakkında bkz. <http://www.kscourts.org/pdf/adr/disresmanual.pdf>, s.3 (29.05.2007).

³⁹¹ Birleşik Devletlerdeki hemen tüm eyaletlerde ihtilafların alternatif yollarla çözümü konusunda uzmanlaşmış bağımsız kuruluşlar vardır. Bu kuruluşlar belirli ücret karşılığı ticari, aile, inşaat, sigorta, tarım ve iş uyuşmazlıkları gibi pek çok alanda AUÇ hizmeti vermektedirler. AAA, ABA, CPR, CEDR ve CFDR gibi kuruluşlar bu konuda uzmanlaşmışlardır. Mahkemelere bağlı olarak çalışan ve AUÇ eğitimi almış üçüncü kişilerde AUÇ hizmeti vermektedirler.

AUÇ kuruluğu taraflara uyuşmazlığın türüne uygun kişileri önerebilir. Aynı şekilde anlaşmazlığa düşen taraflar, yerel mahkemeden de üçüncü kişinin tayin edilmesini talep edebilirler.³⁹²

Taraflar sözleşmede, uzlaştırıcı bir hâkimin tarafsız üçüncü kişi olmasına da karar verebilirler. Uyuşmazlığın adil bir çözüme kavuşturulması konusunda hukuki bilgisi, ikna kabiliyeti ve iş ahlakına güvendikleri bir kimseyi ortak arabulucu olarak tayin edilmelidir.³⁹³ Bu nedenle tarafların güvenini sağlayabilecek birinin seçilmesi tarafların korkularını bertaraf edecektir.³⁹⁴ Genel olarak, uyuşmazlığın konusu hakkında uzmanlaşmış avukatlar, emekli hâkimler ve uzman bilirkişilerin sözleşmelerde tayin edildiği görölmektedir. Kanaatimizce hakem sözleşmesinden farklı olarak, tüzel kişilikler de, AUÇ yöntemlerini uygulayan tarafsız üçüncü kişi olabilirler. Hatta taraflar tarafsız üçüncü kişinin seçimini de başka bir gerçek veya tüzel şahsın tayin edebileceği konusunda anlaşabilirler.³⁹⁵ Tüm bunlarla beraber sözleşmede terditli usul seçilmiş ise uyuşmazlığın çözüm sürecindeki farklı aşamalara değişik arabulucu veya vekillerin görev alması da kararlaştırılabilir.³⁹⁶

Taraflar arasındaki sözleşmede uzlaştırıcı veya bir başka ad altında yetkilendirilmiş üçüncü kişinin ihtilafı hükme bağlayacağı kabul edilmiş ise, tayin edilen üçüncü kişi artık bir uzlaştırıcı değil hakem-bilirkişi'dir. Hakem-bilirkişilerin kararları nihai karar olmamakla birlikte, akabinde gidilecek resmi yargı veya tahkimde tarafların bu kararları bağlayıcı olarak kabul etmiş olmaları halinde kesin delil niteliğinde sayılacaktır.³⁹⁷ İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinde sık kullanılan "Hüküm Verme" (Adjudication) yönteminde taraflar, sözleşme ile tarafsız üçüncü kişiye, uyuşmazlık hakkında nihai karar verme veya bağlayıcı bir tavsiye görüş sunma yetkisi verebilirler. Bazı yazarlar, AUÇ sürecinin çözüme ulaşmaması sonucunda arabulucunun, bir "vakıa saptayıcısı" haline geldiği görüşünü ileri sürmektedir.³⁹⁸

³⁹² Stitt, s.41.

³⁹³ Moffit/Bordone, s.311.

³⁹⁴ Petley, s.6.

³⁹⁵ Taşkın'a göre tüzel kişiler hakemlik görevini yapamazlar. Tüzel kişi yalnızca hakemin içinde bulunduğu bir organ olduğundan, hakem sözleşmesinde hakem olarak taraf değildir. Daha geniş bilgi için bkz. Taşkın s. 66.

³⁹⁶ Terditli usullerde, şirketlerin üst düzey yöneticisi, hukuki danışmanları veya CEO tabir edilen yöneticileri de ilk aşama veya ilk aşamadan sonraki AUÇ yöntemlerinden birine katılabilirler. Bu durum sözleşmeyle kararlaştırılabileceği gibi sözlü olarak da karar verilebilir.

³⁹⁷ Balcı, s.28.

³⁹⁸ Coltri, s.417.

Birden fazla müzakereci veya arabulucu tayin edilen durumlarda taraflar, üçüncü kişiden birinin ölümü, istifası veya azli durumunda diğer müzakereci/arabulucuyu tek başına yetkili kılabilirler. Türkiye de ticari ihtilafların çözümü için TOBB, ATO ve İTO gibi meslek kuruluşları uzlaştırma komisyonları oluşturarak AUÇ yöntemlerinden beklenen faydanın sağlanması için çalışmalar yapmaktadırlar.³⁹⁹

Örnek Kloz.

Taraflar, akdettikleri ... tarihli distribütörlük sözleşmesinden dolayı, aralarında ortaya çıkabilecek ihtilaflar konusunda ... şahsının rehberliğinde, müzakere/arabuluculuk yöntemini kullanmak suretiyle, ihtilafların çözümüne ulaşmayı kararlaştırmışlardır.

Taraflar, arabuluculuk yöntemini uygulayacak tarafsız üçüncü kişiyi, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından itibaren 10 gün içerisinde tayin edemezlerse, tarafsız üçüncü kişinin tayin edilmesini İ.T.O. / T.O.B.B. uzlaştırma kurulundan talep edeceklerdir.

Müzakere/arabuluculuk yöntemini uygulayacak tarafsız üçüncü kişinin ölümü, istifası veya azli durumunda taraflar, on gün içerisinde yeni bir üçüncü kişiyi müzakereci/arabulucu olarak tayin edecektir. Taraflar, oturumların, önceki üçüncü kişinin kalmış olduğu yerden devam etmesi konusunda anlaşmışlardır.⁴⁰⁰

1. Tarafsız Üçüncü Kişinin Nitelikleri

Alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin uygulayıcısı konumunda bulunan tarafsız üçüncü kişi (neutral), uzlaştırmacı veya arabulucu terimlerinin genel ifadesi olarak da adlandırılmaktadır. AUÇ sürecinin başarıya ulaşması tarafsız üçüncü kişinin nitelikleriyle doğru orantılıdır.⁴⁰¹ Tarafsız üçüncü kişinin almış olduğu eğitim, sahip olduğu tecrübe ve özellikle ikna kabiliyeti uyuşmazlığın çözümünde ve AUÇ yöntemlerinden faydalanma noktasında önem taşımaktadır.⁴⁰² Tarafsız üçüncü kişi, tarafların sorunlarına özenle eğilmeli, uyuşmazlık konusunda onları anlamak için çaba göstermelidir. Doğru zamanda doğru kararlar alabilen, sinirlerine hakim, sabırlı, tarafların saygı göstereceği bir yaklaşım içinde olmalı ve tarafların, karşılıklı

³⁹⁹ <http://www.ito.org.tr/ITOPortal/SDMMain.aspx?tabid=510> (09.06.2007).

⁴⁰⁰ Örnek sözleşme maddeleri için bkz. www.cedr.co.uk/library/documents/Contract_Clauses.doc

⁴⁰¹ O'connor, s.15.

⁴⁰² Pekcanitez-AUÇ, s.14.

güvenini kazanabilmelidir.⁴⁰³ Tarafsız bir üçüncü kişinin sabırlı ya da tahammüllü olması görüşmelerin başarıyla sonuçlanması için şarttır. Sorunun çözümü konusunda isteksiz davranan tarafsız üçüncü kişinin, uyuşmazlık taraflarına yardımcı olması ve onları uyuşmazlığın çözümü için motive etmesi mümkün görünmemektedir.⁴⁰⁴ Bu nedenle, taraflar üzerinde etkili olmalı ve onları uyuşmazlık çözümüne odaklandırmalıdır.⁴⁰⁵

Tarafsız üçüncü kişiler mahkeme listelerine kayıtlı olabilecekleri gibi özel AUÇ hizmeti veren bir kuruluşun da listesinde yer alabilirler. Mahkeme listelerinde uzman hukukçuların yanı sıra kendi dallarında ihtisas yapmış kişiler de bulunmaktadır. Tarafsız üçüncü kişiler genelde iki şekilde sınıflandırılmaktadır: Sicile kayıtlı olanlar ve sicile kayıtlı olmayanlar. Bu ikisi arasındaki fark sonuçları açısındandır. Tarafların sicile kayıtlı bir arabulucuya başvurması halinde zamanaşımı, hak düşürücü süreler ve benzeri konularda süreler kesilmektedir.⁴⁰⁶

Bir arabulucu veya uzlaştırmacıda olması gereken yedi özellik vardır.⁴⁰⁷ Bunlar: İhtilaf konusunu anlama, dinleme ve ihtilafı tanımlama, görüşmelere hâkim olma (kontrolü elinde bulundurma), etik kuralları bilmek ve uygulamak, muhakeme yeteneği ve ikna kabiliyeti, duygusal hassasiyet ve kişisel empati, ihtilaf konusu üzerinde bilgi sahibi olma ve taraflara bu bilgileri aktarma, uyuşmazlık çözümü konusunda yaratıcı, esnek ve tatminkâr çözümler bulabilme yetenekleridir.⁴⁰⁸

Tarafsız üçüncü kişilerin belli bir eğitimden geçmesi hemen hemen tüm ülkelerde bir zorunluluktur. Örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde boşanma konusu üzerine arabulucu olmak isteyenlerin 40 ile 60 saat arasında bir eğitim alması yeterli görülmektedir. Örneğin, Maryland eyaletinde arabulucuların belli bir alanda branşlaşmaları ve asgari bazı niteliklere sahip olmaları istenmektedir.⁴⁰⁹ HUAKT'nın 22/1 maddesi de arabulucular için 150 saatlik bir eğitimi öngörmekte, hukuk lisansı diploması olmayanların ise, 100 saatlik ek bir eğitim daha almasını düzenlemektedir.

⁴⁰³ Petley, s.6.

⁴⁰⁴ Newman, s.38.

⁴⁰⁵ Fiadjoe, s.60.

⁴⁰⁶ HUAKT. md. 16.

⁴⁰⁷ Mistelis, s.33.

⁴⁰⁸ Tarafsız üçüncü kişinin nitelikleri hakkında geniş bilgi için bkz. O'connor, s.16; Newman, s.38 vd.

⁴⁰⁹ Maryland Eyalet yasasının 17-104(a) maddesine göre bir arabulucu, en az 21 yaşında, lisans derecesine sahip, 40 saatlik eğitimden geçmiş, etik kurallara uyabilecek ve uyuşmazlık konularına hakim olma özelliklerini taşımalıdır; Coltri, s.324.

Avusturya da bir arabulucunun yetişmesi ve görev alabilmesi için ise, 340 saat eğitim alması gerekmektedir.⁴¹⁰

Tarafsız üçüncü kişilerin eğitimi, mahkemeler, üniversiteler ve özel AUÇ kuruluşlarınca verilmektedir. İngiltere de faaliyet gösteren CEDR, özel AUÇ hizmeti sunan önemli kuruluşlardan birisidir. CEDR, tüm alternatif yöntemler ile ilgili konferans, eğitim programı, seminer ve pratik yapma olanağı sunmaktadır. Amerika Birleşik Devletlerinde ise, Amerikan Tahkim Birliği (AAA) ve Amerikan Barolar Birliği (ABA) gibi kurumlar AUÇ konusunda hem hizmet, hem eğitim veren kuruluşlar arasında sayılabilir.⁴¹¹

2. Tarafsız Üçüncü Kişinin Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri

Tarafsız üçüncü kişinin (neutral) AUÇ sözleşmesinden doğan ilk yükümlülüğü kendisine yetki veren tarafların sorunlarını tarafsız ve objektif bir biçimde çözme görevidir. Tarafsızlık ve adil olma AUÇ uygulamalarında en önemli etik standartlardan biridir.⁴¹² Tarafsızlık ve adil olma özellikleri, tarafsız üçüncü kişinin, tarafların güvenini sağlayabilmesi için hayati öneme sahiptir. Bu nedenle tarafsız üçüncü kişi hiçbir tarafın baskısı altında kalmayarak kendi kararlarını verebilmeli ve kendi çözüm önerisini taraflara empoze etmemelidir.⁴¹³

Bir arabulucu, taraflara arabuluculuk süreci ile ilgili tüm kurallar ve nasıl davranılması hakkında bilgilendirme yapmalıdır.⁴¹⁴ Tarafsız üçüncü kişi önyargılardan uzak olmalı ve uyuşmazlığa ilişkin bir menfaati bulunmamalıdır. Her iki tarafa da eşit mesafede durmalı, taraflara ayrı ayrı tavsiyelerde bulunmaktan ve kişisel görüşlerini açıklamaktan kaçınmalıdır.⁴¹⁵ Bir arabulucunun herhangi bir hukuk bürosuna veya tarafsızlığına gölge düşürecek bir organizasyona üye olması

⁴¹⁰ Coltri, s.324.

⁴¹¹ Özel AUÇ kuruluşları ve eğitim programları ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. <http://www.cedr.co.uk/training.php?param=training>, <http://www.ukcfm.co.uk> http://www.academy-experts.org/courses/expert_training.htm (02.06.2007).

⁴¹² Moffit/Bordone, s.311; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı 9/1 maddesi, "arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir" şeklinde düzenlenmiştir.

⁴¹³ Fiadjoe, s.60.

⁴¹⁴ Moffit/Bordone, s.312.

⁴¹⁵ O'connor, s.16; Fiadjoe, s.60; Moffit/Bordone, s.312; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının 9/2 maddesi, "arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür" hükmünü getirmiştir.

tercih edilmez.⁴¹⁶ Tarafsız üçüncü kişilerin uymaları gereken etik kurallar, o ülkede bulunan AUÇ kuruluşları, profesyoneller ve bazı yönetmeliklerle düzenlenmektedir.⁴¹⁷ Örneğin Hukukçular-Arabilucular Derneğinin yayınladığı "Arabilucular için Etik Kılavuzu" tarafsız üçüncü kişiler için etik standartları belirlemede önemli bir kaynaktır.⁴¹⁸

Tarafsız üçüncü kişi ilk aşamada, tarafları uygun yer ve saatte buluşturmakla görevlidir. Eğer AUÇ hizmetini özel bir kuruluş verecekse, uyuşmazlığın taraflarına müzakere tarihini, müzakereleri yönetecek kişiyi ve oturumun yapılacağı yeri çeşitli yollarla bildirmektedirler. Örneğin Kuzey Alabama bölge mahkemesinin AUÇ programına göre, tarafsız üçüncü kişi, taraflarında uygun bulacağı yer ve saatte toplantıları organize etmekle sorumludur.⁴¹⁹

Tarafsız üçüncü kişi, toplantı yer ve saatinin belirlenmesinin ardından, belirlenen yer ve zamanda toplantılara katılmalı, tarafların sorunlarını dikkatli ve özen göstererek dinlemelidir.⁴²⁰ Tarafların kendisine anlattığı uyuşmazlığı iyi bir şekilde analiz etmeli ve sorunun çözümü hakkında değişik alternatifler üretebilmeli ve kendisine yöneltilen sorulara tatminkâr yanıtlar verebilmelidir.⁴²¹ Kendisine sunulmuş olan bilgi ve belgeleri gerekli ihtimamı göstererek incelemeli ve bu bilgi ve belgeleri en iyi şekilde muhafaza etmelidir. Bununla beraber gerektiğinde taraflardan ek bilgi ve belge istemelidir. Tarafsız üçüncü kişinin kendi uzmanlığı dışında kalan bir konu hakkında o konunun uzmanlarından yardım alma yetkisi vardır.⁴²² Özel bir AUÇ kuruluşu olan CEDR'de tarafsız üçüncü kişilerin, müzakerelere girmeden evvel kendisine gönderilen bilgi ve belgeleri inceleme yükümlülüğü de vardır. Aynı kurumun diğer bir kuralına göre tarafsız üçüncü kişi kararlaştırılan AUÇ prosedürüne ve taraflarca yapılan anlaşmaya uygun hareket etmelidir.⁴²³

Kuzey Alabama ve Massachusetts eyalet mahkemelerinin ADR programlarına göre, tarafsız üçüncü kişinin görüşmeler sonrasında bir rapor hazırlama yükümlülüğü de

⁴¹⁶ Coltri, s.414.

⁴¹⁷ Sourdin, s.3.

⁴¹⁸ <http://www.attorney-mediators.org/ethics.html> (05.06.07); Etik kurallar hakkında daha fazla bilgi için bkz. Spencer/Brogan, s.182 vd.

⁴¹⁹ http://www.alnd.uscourts.gov/Local/adr_plan.htm (05.06.07).

⁴²⁰ Newman, s.11 vd.

⁴²¹ Petley, s.7.

⁴²² http://www.alnd.uscourts.gov/Local/adr_plan.htm (05.06.07).

⁴²³ http://www.cedr.com/library/documents/MMPA_9thEd.pdf (04.06.07).

vardır. Eğer taraflar arasında bir anlaşma durumu söz konusu ise tarafsız üçüncü kişi bu anlaşmayı tarafların ortak iradeleri doğrultusunda hazırlamalıdır.⁴²⁴ HUAKT md. 17/4 göre bir arabulucu, yapmış olduğu arabuluculuk faaliyeti ile ilgili kendisine sunulan bilgi, belge ve bildirimler ile arabuluculuk sonunda hazırlanan tutanağı beş yıl süre ile saklama yükümlülüğu altındadır. Bu yükümlülük arabulucuya kanun tarafından yüklenmiştir.

Kanımızca tarafsız üçüncü kişinin en önemli yükümlülüğu sır saklama yükümlülüğüdür. Keza, HUAKT'nın 4/1 maddesinde "taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür" şeklinde düzenleme getirilmiştir. Taraflar ADR görüşmeleri sırasında ortaya çıkan bilgilerin açıklanmaması hususunda sözleşmeye madde eklemekle, tarafsız üçüncü kişinin yapabileceği veya yapamayacağı açıklamalar konusunda sınırlama getirebilirler.⁴²⁵ Özellikle aile hukuku ve ticari uyuşmazlıklarda, tartışılan konular, tarafların üçüncü kişiye sunmuş oldukları bilgi ve belgeler, önemli ticari veya ailevi sırları ihtiva edebilir. Hatta müzakereler esnasında taraflardan biri ikrarda veya itirafta bulunabilir. Tarafsız üçüncü kişinin öğrenmiş olduğu bu bilgileri, aksine bir anlaşma bulunmadığı sürece saklama yükümlülüğu söz konusudur.⁴²⁶

Tarafsız üçüncü kişi, ADR toplantıları esnasında herhangi bir kaydın tutulmasına engel olmakla da yükümlüdür.⁴²⁷ Massachusetts bölge mahkemesinin ADR programına göre, ADR toplantıları esnasında geçen konuşmalar, bir sözleşmeye gerek olmaksızın, taraflar muvafakat etmedikçe mahkemeye sunulamaz denilmiştir.⁴²⁸ Avustralya aile mahkemesi çocukların tacize uğradığına dair bir şüphe veya riskin bulunduğu durumlar ve çocukların tacizinin itiraf edilmesi veya açıklanması halinde tarafsız üçüncü kişinin mahkemeye bu durumu bildirmesini zorunlu kılmıştır.⁴²⁹

⁴²⁴ Petley, s.7.

⁴²⁵ Stitt, s.58.

⁴²⁶ Stitt, s.58.

⁴²⁷ Fiadjoe, s.60.

⁴²⁸ <http://www.mad.uscourts.gov/LocPubs/ADR.htm> (05.06.07).

⁴²⁹ http://www.familycourt.gov.au/presence/resources/file/eb00024dde59ba9/mediation_Turkish.PDF (04.06.07).

Uyuşmazlığın taraflarıyla, tarafsız üçüncü kişi arasındaki ilişkinin Türk hukukunda vekâlet hükümlerine tabi olacağı kanaatindeyiz. Buna göre Borçlar Kanununun 386. maddesine göre vekil, vekâleti kabul etmekle, kendisine tevdi edilen bir iş veya hizmeti aralarındaki anlaşmaya uygun biçimde yapma yükümlülüğü altındadır. Borçlar Kanununun 390. maddesi gereği vekilin, vekâlet verene karşı sadakat borcu ve iş görme zorunluluğu bulunmaktadır. Vekil, bazı istisnai haller dışında, sözleşme konusu görevi kendisi bizzat yerine getirmelidir.⁴³⁰

3. Tarafsız Üçüncü Kişinin Sözleşmeden Doğan Hakları

Alternatif uyuşmazlık çözümü hizmetini veren tarafsız üçüncü kişinin sözleşmeden doğan ilk hakkı, ücret talep etme hakkıdır. Amerika Birleşik Devletlerindeki uygulamaların hemen hepsinde, aksine bir anlaşma yoksa ortaya çıkan masraf ve ücretler taraflarca eşit şekilde karşılanır. Sınırlı sayıdaki mahkeme ise bu hizmeti tamamen ücretsiz vermektedir. Massachusetts eyalet mahkemesi bünyesinde çalışan gönüllü kişiler bu hizmet için taraflardan hiçbir ücret talep etmemektedir. Ancak AUÇ hizmetinin özel kişi veya kuruluşlarca sağlanması halinde, tarafsız üçüncü kişinin, tarafları ücret konusunda bilgilendirmesi şarttır. Hatta oturumlara başlamadan önce, taraflarla tarafsız üçüncü kişi arasında, ödenecek ücret, yapılacak oturum sayısı ve ücretin nasıl ödeneceği hususunda anlaşma imzalamaları gerekmektedir.⁴³¹ Tarafsız üçüncü kişinin ücret isteme hakkı, aynı zamanda AUÇ sözleşmesi taraflarının da borcunu oluşturmaktadır. Taraflar AUÇ sözleşmesi ile tarafsız üçüncü kişiye bir ücret ödeme borcu (edimi) altına da girmişlerdir.

Taraflar AUÇ hizmetini özel bir kuruluştan almayı kararlaştırmışlarsa (örneğin CEDR) artık o kurumun belirlediği kurallar çerçevesinde davranmak zorundadırlar. Buna göre taraflar, o kuruluşun belirlediği ücret tarifesi üzerinden ücretlendirilirler. Eğer sözleşmelerinde aksine hüküm yoksa bu ücret taraflar arasında eşit şekilde paylaşılır. Uygulamada, AUÇ oturumlarına başlamadan önce yapılan bir toplantı ile üçüncü kişiye ödenecek ücretin miktarı ve nasıl ödeneceği belirlenir. Bazı durumlarda üçüncü kişiye bir ön ödeme de yapılmaktadır. Özel kuruluşların

⁴³⁰ Vekâlet konusu hakkında geniş bilgi için bkz. Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2002, s.581 vd.

⁴³¹ <http://www.mad.uscourts.gov/LocPubs/ADR.htm> (05.06.07).

listesinde bulunan tarafsız üçüncü kişilerin ücretleri ise bağlı oldukları kuruluşlar tarafından belirlenmektedir.⁴³²

Türk hukukunda ise, HUAKT'nın 7. maddesine göre, arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masraf isteme hakkına sahiptir. Arabulucunun ücret ve masraf için avans da talep edebileceği aynı madde ile düzenlenmiştir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgarî Ücret Tarifesine göre belirlenmekte ve yine aksi kararlaştırılmadıkça ücret ve masraf taraflarca eşit olarak ödenmektedir.⁴³³

D. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN BAĞLAYICILIĞI VE ETKİLERİ

I. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesinin Bağlayıcılığı Sorunu

AUÇ yöntemleri hakkında en fazla tartışılan konu, bir AUÇ şartının veya imzalanan bir AUÇ sözleşmesinin bağlayıcılığı sorunudur. Anglo-Sakson hukukuna tabi ülkelerde bile mahkemelerin AUÇ sözleşmesi hakkındaki görüşleri net değildir. İngiltere'de mahkemeler, bir arabuluculuk sözleşmesinin ihlal edilerek, tarafların arabuluculuğa başvurmadan doğrudan dava açması halinde yargılamayı durdurma konusunda yetkilidir.⁴³⁴ Birleşik Devletlerde mahkemeler AUÇ şartının uygulanması yolunu tercih etmektedirler. Avustralya mahkemeleri ise, varolan bir AUÇ sözleşmesine rağmen dava yoluna başvurmayı, hakkın kötüye kullanılması olarak yorumlamakta ve yargılamayı durdurma yoluna gitmektedir.⁴³⁵

Yabancılık unsuru içeren bir sözleşmeden doğacak ihtilaf durumunda taraflar ihtilafın çözümü için sözleşmede başka bir hukuku seçmiş olabilirler. Örneğin, bir Türk firması ile Amerikan şirketi arasındaki distribütörlük sözleşmesinde çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için taraflar, Amerika'da bulunan bir AUÇ kuruluşunu yetkili kılabilirler. Böyle bir ihtilafın çıkması durumunda Türk tarafının direkt mahkeme yargısına başvurması halinde ne olacaktır? Özellikle bazı Amerikan

⁴³² Tarafsız üçüncü kişi listeleri ve talep edilen ücretler hakkında bkz. <http://www.okwd.uscourts.gov/files/adr/mediatorlist.pdf> (06.06.07).

⁴³³ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm> (08.06.07)

⁴³⁴ Özbek, s.322.

⁴³⁵ Spencer/Brogan, s.409.

eyaletlerinde AUÇ yöntemlerine başvurmadan dava açılmamakta, Türk hukukunda ise, böyle bir durumda dava açmaya herhangi bir engel bulunmamaktadır.⁴³⁶

Kanımızca, kanunlar ihtilafı kurallarına göre akde uygulanması gereken hukukun emredici kurallarının dışına çıkan taraf haksız sayılmalıdır. Çünkü taraflarca kararlaştırılan hukuk sistemi, bir bütün olarak emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile birlikte ilişkiye uygulanmakta ve emredici kurallardan kaçınma tenkidi ortadan kalkmaktadır. Taraflar seçtikleri hukuku, hukuki ilişkileri için uygun görmüşlerdir ve böylece, uygulanacak hukuku da önceden bildiklerinden hukuki güven içindedirler.⁴³⁷

Ortaya çıkan bir başka sorun, AUÇ yöntemlerinin zorunlu olarak başvurulması gereken bir çözüm yolu olup olmadığından çok, AUÇ yolunun zorunlu tutulduğu bir uyuşmazlıkta bu durumun İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ne derece aykırı olup olmadığı sorunudur. Başka bir deyişle mahkemelerin tarafları AUÇ yöntemlerine havale etmeleri ne kadar caizdir? Tarafların, mahkemelerce AUÇ yollarına sevk edilmesi, aleni ve adil yargılama hakkını teminat altına alan 1998 İnsan Hakları Beyanname'sinin 6. bölümündeki maddelerin ihlali anlamına gelebilir mi? Bu sorunun cevabı İngiliz yasalarının üç temel ilkesinde yanıt bulabilir:

- AUÇ hakkında yapılmış geçerli bir anlaşma, AUÇ yollarının başlatılması ve bu işlemlerin geçerliliği açısından bir önkoşuldur. Bu nedenle, anlaşmazlık ortaya çıkmadan önce veya sonrasında bir anlaşmaya gidilmelidir. Avrupa Birliği ve İngiliz yasalarına göre bir uyuşmazlığın AUÇ yolları ile çözümü için bu yollara başvurma kararının alındığı net olarak belirlenmelidir. Yani bu konudaki irade beyanlarının açık olması sözleşmeyi caiz kılmaktadır.
- Tahkim usulünün tersine AUÇ, adil olma ilkesi üzerinde değil, tarafların ortaklaşa olarak uyuşmazlığa bir çözüm bulma iradesi üzerinde oluşmaktadır. Bu nedenle çözümde tarafsız bir kimsenin veya bir arabulucunun bulunması ve bu kimsenin tarafsız davranmasını gerektirir.⁴³⁸

⁴³⁶ Bkz. § 4 C III, § 4 C V.

⁴³⁷ Tekinalp s.236–237. Aynı yönde görüşler için bkz. Şanlı, s.108 vd.

⁴³⁸ Mistelis, s.20.

- Taraflar AUÇ aracılığıyla anlaşmazlıklarına bir çözüm getiremezlerse her zaman için mahkemelere başvurabilirler. Bu sayede tarafların Anayasal hakları da güvence altına alınmaktadır.⁴³⁹

Uyuşmazlık çözümünde temel prensip, tarafları uyuşmazlığın çözümü için cesaretlendirmek ve ortak bir düşüncede buluşturmadır.⁴⁴⁰ Uygulamada kullanılan arabuluculuk şartları kısa ve açık olmakla beraber, uyuşmazlık ortaya çıktığında arabuluculuk sürecinin işleyişinin daha kolay olması amacıyla tarafsız üçüncü kişinin kimliği, ödenecek ücret, seçilme usulü veya arabuluculuğu yönetecek AUÇ kuruluşunun belirlenmesi gibi asgari düzeydeki bilgileri içermelidir.⁴⁴¹ Taraflar, akdedilen sözleşmeye bir şart konulması suretiyle veya esas sözleşmeden ayrı olarak da bir akit düzenleyerek, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını seçme iradelerini ortaya koyabilirler. Bu sözleşmeyi de ihtiyari veya bağlayıcı kılmakta serbesttirler.⁴⁴²

Bu konuda araştırma yaparken gördük ki, Anglo-Sakson hukuk sisteminde taraflar, sözleşme ile AUÇ şartının bağlayıcı olabileceğini kararlaştırabilmekte, ancak AUÇ şartının bağlayıcı olabilmesi için aynen tahkim şartındaki gibi açık, kesin ve ayrıntılı bir düzenleme yapılması beklenmektedir. Tarafların, sözleşmedeki AUÇ yöntemini gerçekten uygulamak konusundaki isteklerini (irade beyanları) sözleşmeye yansıtılmaları mahkemelerin yargılamayı durdurmaları konusunda kanaat getirmelerine neden olmaktadır. Bu nedenle, mahkemeler AUÇ yöntemlerinin kullanılmasını dava şartı olarak yorumlamakta ve AUÇ yöntemlerini giderek tahkim müessesesine yaklaştırma eğilimindedirler.

⁴³⁹ Anayasa Mahkemesi, 2003/98 E. ve 2004/31 K. sayılı kararında, 1136 sayılı “Avukatlık Kanunu”nun 4667 sayılı yasa ile değiştirilen 167. maddesinin iptali için yapılan başvuruyu incelemiş ve ‘avukatlık sözleşmesinden ve vekâlet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlıklar, hukukî yardımın yapıldığı yer barosu hakem kurulunca çözümlenir’ şeklindeki düzenlemeyi, Anayasanın 9. ve 36. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. İptal gerekçesinde, baro hakem kurullarının verdiği kararlar, taraflar açısından bağlayıcı, kesin hüküm oluşturan, ilâm hükmünde ve esas yönünden denetime olanak vermeyen kararlar olarak görülmüştür. İlgili kararda mahkeme, yasa koyucunun taraflara, görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek için baro hakem kuruluna başvurma yükümlülüğü getirebileceği, ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa ilk derecede veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulmasının da düzenlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

⁴⁴⁰ O’connor, s.2.

⁴⁴¹ Özbek s. 320–321.

⁴⁴² Sourdin, s.2.

1. İngiliz Hukukunda

İngiliz mahkemeleri, sözleşmedeki AUÇ şartının açık olmayan, belirsiz, anlamsız veya iki anlamlı olmamasına dikkat etmektedir. AUÇ şartının, tahkim şartına benzer şekilde açık ve kesin ifadeler içerip içermediğini dikkate almaktadırlar. Bu nedenle AUÇ şartının tahkim şartına daha çok yaklaştırıldığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Taraflar, AUÇ yoluna başvuracaklarsa en azından hangi yöntemi uygulayacaklarını, süresini, uygulayıcıyı, ödenecek ücreti ve nasıl ödeneceğini belirlemelidirler. Aksi durumda mahkemeler bu tür AUÇ şartlarının bağlayıcı bir etkisi olmadığından bahisle açılmış olan davanın kabulü yoluna gidebilir. Tarafların ileride çıkabilecek bir uyuşmazlığı baştan tahmin etmeleri zor görünmekle beraber sözleşmenin bağlayıcılığı açısından hukuki yardım alınması faydalı olacaktır.⁴⁴³

İngiliz hukukunda kararın emsal teşkil etmesi nedeniyle ilk olarak *Cable & Wireless Plc v IBM United Kingdom Ltd.* arasındaki davayı örnek verebiliriz. İngiltere ticaret mahkemesi, 2002 yılında görülen davada sürpriz sayılabilecek bir karar alarak yeni bir içtihat oluşturmuştur. Buna göre *Cable & Wireless Plc v IBM United Kingdom Ltd.* arasında yapılan sözleşmede taraflar, herhangi bir uyuşmazlık halinde ilk olarak sorunu doğrudan müzakere edeceklerini, doğrudan müzakerelerden bir sonuç alınamaması halinde, CEDR tarafından uygulanacak bir AUÇ yöntemine başvurmayı kararlaştırmışlardır. Uygulanan AUÇ yöntemlerinin de sonuçsuz kalması halinde taraflardan herhangi birinin dava yoluna başvurabileceğine dair bir AUÇ şartı konulmuştur. Taraflar, AUÇ yöntemleri devam ederken dava yoluna başvurabileceklerine dair düzenlemeyi de sözleşmeye koymuşlardır.

Bir süre sonra, sözleşmeden doğan fiyat/kalite problemi nedeniyle taraflar arasında ihtilaf ortaya çıkmış ve yapılan doğrudan müzakerelerden bir sonuç alınamamıştır. Bu aşamada *IBM*, AUÇ yollarının kullanılmasını istemiş ancak AUÇ yöntemlerini uygulama konusunda isteksiz olan ve bu yöntemleri uygulamak istemeyen *Cable & Wireless* dava yoluna başvurarak ticaret mahkemesinde dava açmıştır. *IBM*, açılan davada sözleşmedeki AUÇ şartını dayanak yaparak davacının AUÇ yöntemlerine başvurmadan ve bu yolu tüketmeden dava açamayacağını ileri sürmüştür. *Cable &*

⁴⁴³ Spencer/Brogan, s.424 vd.

Wireless ise, AUÇ şartının bağlayıcı olmadığını ve dava açmasına engel teşkil etmediğini savunmaktaydı.

Mahkeme sürpriz bir şekilde, sözleşmedeki AUÇ klozunu dikkate alarak tarafların sözleşme gereği AUÇ yollarına başvurması gerektiğine ve sözleşmeye konulan bu şartın uygulanması gereken ve bağlayıcı bir şart olduğuna dair kararını açıklamış ve bu nedenle açılan davanın ertelenmesine karar vermiştir.

Söz konusu karar uzun zamandır kabul edilen geçerli bir teamülü de değiştiriyordu. İngiliz hukuk sisteminde, alternatif uyuşmazlık çözümüne dair klozların bağlayıcı olmadığı kabul edilmekte ve bu nedenle de taraflar, AUÇ sözleşmesine rağmen dava yoluna başvurabilecekleri düşüncesindeydiler. Mahkeme ise içtihat oluşturan hükmünü üç gerekçe ile açıklamıştır:

- Taraflar karşılıklı irade beyanlarıyla sözleşmeyi imzalamış ve dava yolunu en son başvurulacak seçenek olarak belirlemişlerdir.
- AUÇ yollarının, taraflara uzlaşmaları açısından daha iyi bir fırsat vereceği açıktır. Her iki tarafın AUÇ yöntemlerini uygulamak konusunda birbirlerine taahhüt verdiği görülmektedir. Bu nedenle AUÇ yolları tarafların müzakere edip anlaşmaları konusunda basit bir anlaşmadan daha fazla olanak verir.
- AUÇ şartının uygulanması ve bağlayıcı olması konusunda kamu yararı mevcuttur. Aynı zamanda mahkemeler, belirlenen yargı politikası gereği AUÇ yollarını desteklemelidir.

Hüküm gerekçesinde dikkate değer nokta son gerekçedir. İlgili gerekçe ile getirilen yenilik, artık İngiliz mahkemelerinin AUÇ yollarını destekleme yönünde içtihat oluşturmaya başladığı gerçeğidir. İchtihat hukukunun egemen olduğu İngiliz hukuk sisteminde mahkemeler dava öncesi AUÇ yollarını destekleyeceklerine dair ortak bir içtihat oluşturma politikası çabasıdadırlar. Mahkeme hakimi, CEDR'nin taraflara tatminkar bir uyuşmazlık çözüm yolu önerebileceğini ve tarafların kendi iradeleri doğrultusunda uyuşmazlığı yönlendirme imkanına sahip olduğunu karar gerekçesinde belirtmiştir. Sözleşmedeki AUÇ şartı, arabuluculuk veya diğer çözüm yollarına dair bir atıfta bulunmamıştı. Taraflar sadece alternatif uyuşmazlık çözüm

yoluna başvuracakları konusunda anlaşmaya varmıştı. Mahkeme, ilgili uyuşmazlığa arabuluculuk yönteminin uygulanmasının faydalı olacağını kararında belirtmiştir.⁴⁴⁴

Bu kararla İngiliz mahkemelerinin kamu yararını göz önünde tutarak AUÇ yollarının kullanılmasını desteklediği açıktır. Bunun sebebi artan dava sayısını azaltmak ve mahkeme dışı çözüm yollarını özendirme. Dava sonucunda, tarafların AUÇ şartını bağlayıcı kılmadıkları hallerde dahi AUÇ yöntemlerinin uygulanması konusunda bir içtihat oluşmuştur. Sonuçları bakımından ihtiyari olan alternatif uyuşmazlık yollarına başvurmak, bir anlamda dava şartlarından biri haline de gelmektedir.

Son zamanlarda özellikle ticari uyuşmazlıklar için terditli (çok aşamalı, kademeli) AUÇ şartları uygulanmaya başlamıştır. Buna göre taraflar, birden fazla yöntemi uygulayacaklarına dair anlaşma yapmış olabilirler. Böyle bir AUÇ şartı doğrudan müzakere, arabuluculuk, bilirkişi incelemesi veya tahkim gibi aşamaları içerebilir. Bu yöntem özellikle birbirini tanımayan veya güvensiz olan tarafların sıkça tercih ettiği bir yoldur. Bazı durumlarda taraflardan biri, uyuşmazlık çözümünün ilk aşaması başlamadan veya bu süreç devam ederken bir sonraki aşamaya geçmek isteyebilir.⁴⁴⁵ Örneğin taraflar, ilerde bir ihtilafın çıkması halinde önce tarafsız ön değerlendirme yöntemine başvuracaklarını bu yöntemden sonuç alınamaması halinde arabuluculuk aşamasına geçileceğine bu aşamanın da sonuçsuz kalması durumunda tahkim yoluna gitmeyi kararlaştırabilirler. Böyle bir maddeye göre tarafsız ön değerlendirme veya arabuluculuk süreci devam ederken taraflardan birinin tahkime başvurması halinde ne olacaktır?

Bu sorunun cevabı için başka bir emsal davadan bahsetmek gerekir. *Cubitt Building and Interiors Limited (Cubitt) v DGT Steel and Cladding Limited (DGT)* şirketleri arasında yapılan inşaat sözleşmesinin 19.1 maddesine göre taraflar, bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde ilk aşamada AICA⁴⁴⁶ derneğine başvuracak ve tarafların derneğe sunacağı belgelere göre, AICA'nın kendi kuralları çerçevesinde hüküm vermesi istenecek ve bu aşama sonrasında İngiliz mahkemeleri yetkili olacaktır. Taraflar, uyuşmazlığın çıkmasından sonraki iki gün içerisinde hüküm verecek kişinin

⁴⁴⁴ İlgili davanın orijinal metni için bkz. <http://dispute.practicallaw.com/4-101-8257> (02.09.07).

⁴⁴⁵ Coltri, s.477 vd; Boulle/Nesic, s.90 vd.

⁴⁴⁶ Association of Independent Construction Adjudicators (Bağımsız Yapı ve İnşaat Hakemleri Derneği).

tayini hususunda sözleşme ile anlaşmışlardır. Tarafların ortak bir karar alamamaları durumunda ise, AICA bu kişiyi belirleyecektir.

DGT şirketinin avukatı, daha sonra çıkan bir uyuşmazlıktan dolayı, AICA derneğine başvurmanın bir zorunluluk olmadığını ve dava yoluna başvurmalarına engel teşkil etmediğini iddia ederek dava açmıştır. Davacı vekili, ilgili maddede yazılan "ilk aşama" kelimesinin tarafları bağlayıcı bir özelliğinin bulunmadığını ve AICA derneğinin kendi kurallarına göre vereceği kararın taraflar açısından bağlayıcılığının da olmayacağını, bu maddenin aslında taraflara bir opsiyon tanıdığını dilekçesinde belirtmiştir. AICA'nın bir hüküm vermesi halinde bile tarafların, bu karara uyup uymama konusunda serbest olduklarını ileri sürmüştür. Son olarak, sözleşmenin 19.1 maddesi ile taraflara zorunlu bir prosedürün uygulanmasından çok, seçimlik bir hakkın kullanılmasının söz konusu olduğunu belirterek 1996 tarihli "Yapı ve İnşaat Kanunu" nun 108. maddesine göre dava açma haklarının bulunduğunu ve kendilerinin de bu hakkı kullandıklarını iddia etmiştir.

Mahkeme, yapılan yargılama sonunda verdiği hükümde aşağıdaki maddeleri gerekçe olarak göstermiştir:

"Davacı vekilinin bağlayıcı olmadığını ileri sürdüğü sözleşmedeki 19.1 maddesinin aslında çok açık, kesin ve net ifadeler içerdiğini tespit edilmiştir. Şöyle ki, ilgili maddenin içinde geçen "shall" kelimesi tarafların AICA'ya başvurma konusunda açık ve kesin bir irade beyanlarını ortaya koymaktadır. Bu kelimenin kullanılması tarafların AICA derneğine başvurmayı güçlü bir şekilde istediklerinin ifadesidir. Taraflar eğer derneğe başvurma konusunda daha az istekli olsalar idi "shall" kelimesi yerine "may" kelimesini kullanabilirlerdi.⁴⁴⁷ Kullanılan "shall" ifadesi, esasen taraflar açısından bir zorunluluk ifade ettiği gibi emredici bir hüküm olarak da algılanmaktadır. Tüm bunların yanında aynı maddede yer alan "thereafter"⁴⁴⁸ kelimesi tarafların ilk etapta AICA'ya başvurmayı istediklerini, sonrasında dava yolunu kullanmak istediklerinin bir göstergesidir. Mahkemeye göre bu ifadeler özenli bir şekilde seçilmiş ve sözleşmeye konulmuştur. İfadelerin bu tarzda AUÇ

⁴⁴⁷ İngilizce dil bilgisinde "shall" kelimesi bir durumun ifadesi konusunda güçlü bir isteği ve Türkçedeki emir kipine yakın "meli-malı" kelimesine karşılık gelir. "may" kelimesi ise daha belirsiz, ihtimalleri içeren anlamda kullanılmaktadır.

⁴⁴⁸ "Bu aşamadan sonra, ondan sonra".

şartında kullanılması ve hüküm verme yetkisinin de tanınması tarafları bağlamaktaydı".

Mahkemeye göre Yapı ve İnşaat Kanununun ilgili maddeleri dava açmayı bir hak olarak herkese tanımıştır. Ancak burada sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi söz konusudur. Taraflar kendilerine kanunla verilen bir hakkı, yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla kullanmamalıdır. Sözleşmenin değişik şekillerde yorumlanması, sözleşmenin yapılış amacındaki gayeden uzaklaşmasına neden olur. Mahkeme, tarafların sözleşmeyle AICA derneğine hüküm yetkisi verdiğini ve bu yetkiyi de açık bir dille sözleşmede belirttikleri kanaatine vardığını açıklamıştır. Gerekçenin sonunda "aslında davayı bekletmek için çok iyi gerekçeler olmamasına rağmen tarafların bu yolla daha uygun bir çözüm bulacağına inanıldığı" belirtilmiş ve "bu nedenle davanın bekletilmesi konusunda güçlü bir kanaat oluşmuştur." denilerek açılan davanın ertelenmesine karar verilmiştir.⁴⁴⁹

İngiliz mahkemelerinin birçoğu AUÇ sözleşmesinin veya AUÇ şartının, yeterli derecede açık ve net bir dille ifade edilmesi halinde bu şartın icra edilebilir (enforceable) olduğu kanaatindedir. Sözleşmede dikkat edilecek husus tarafların bu konuda tam olarak neyi amaçladıklarıdır.

7 Temmuz 1996 tarihinde, İngiliz ticaret mahkemesi, bazı kriterler belirleyerek, dava öncesi AUÇ aşamasının, mahkemelerce desteklenmesi gerektiğini duyurmuştur. Bu kriterler şunlardır;

Masraflarda kayda değer bir tasarrufu öngörmesi

Sonuç alınması konusunda daha hızlı olması

Ticari ilişkilerin ve ticari itibarın korunması

Dava yoluna göre daha fazla ve çeşitli çözüm yolları sunması

Yargılamaya oranla karşılıklı yardımlaşma ve dayanışmayı verimli hale getirmesi.

Tüm bu sayılan nedenlerden dolayı ticaret mahkemelerinin AUÇ yollarını dava öncesi desteklemeleri ve tarafları da cesaretlendirmeleri gerektiği belirtilmiştir.⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ Söz konusu karar için bkz.

<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ALR/DGT%20v%20Cubbitt%202007.pdf> (03.09.07).

⁴⁵⁰ Newman, s.23.

İngiltere ve Galler'de ticaret mahkemeleri, davanın AUÇ yollarına sevki amacıyla duruşmaları ertelemektedirler.⁴⁵¹ Bu konuya örnek olarak *ASIC* ve *Rich* arasındaki davayı gösterebiliriz. Bu davada *ASIC* (Australian Securities and Investments Commission), yapılan bir bilişim sözleşmesinden uğradığı zarardan bahisle Galler ticaret mahkemesine başvurmuştur. Hâkim, taraflara uyuşmazlığın arabuluculukla çözülmeye uygun olduğunu belirtmiş ve arabuluculuk yöntemini kullanmalarını teklif etmiştir. Davacı bu teklife karşı çıkmamıştır, ancak davalı bu yöntemleri uygulamak istemediğini beyan etmiştir. Mahkeme vermiş olduğu kararda, tarafların arabuluculuğu kullanmalarına karar vermiştir. Uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözüme ihtimalinin yüksek olduğunu, davanın sonuçlanmasının uzun zaman alacağını, yapılacak masrafın da çok yüksek tutabileceğini gerekçe olarak göstermiştir. Kaynakların daha verimli kullanılması ve mahkemelerin daha hızlı işlemesi açısından bu tip uzun sürebilecek ve aşırı masraflı davaların, arabuluculuğa sevk edilmesinde kamu yararı ve kamu menfaati bulunduğu bahsedilmiş ve taraflar arabuluculuğa havale edilmiştir.⁴⁵²

İngiliz mahkemelerinin aksi yönde karar verdiği davalar da vardır. Buna örnek olarak *Halifax Financial Services Ltd v Intuitive Systems Ltd* arasındaki uyuşmazlığı gösterebiliriz. İki şirketin yapmış oldukları "yazılım ve program dizaynı" sözleşmesinin 33.1 maddesine göre, sözleşmeden ortaya çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlık halinde taraflardan biri, 10 iş günü içerisinde diğer tarafa ihbarda bulunacak ve bunun ardından iyi niyetli müzakereleri başlatacaktır. Sözleşmenin 33.2 maddesine göre taraflar iyi niyetli müzakerelerden bir sonuç alamazlarsa tarafsız üçüncü kişinin rehberliğinde uzlaşma yoluna gidecekler veya bu kişiden tavsiye mahiyetinde bir rapor isteneceğini kararlaştırmışlardır. Taraflar 33.6 maddesiyle de herhangi bir AUÇ yöntemiyle uzlaşmaya vardıklarında imzalayacakları anlaşmanın kendileri için bağlayıcı olduğunu kabul etmişlerdir. Tüm bu yöntemlerin sonuçsuz kalması halinde ise dava yolu veya tahkim yoluna başvurmayı kararlaştırmışlardır.

Sözleşmenin imzalanmasından bir süre sonra taraflar, aralarında çıkan uyuşmazlığı iyi niyetle müzakere etmişlerse de davacı *Halifax*, davalının sözleşmede belirtilen

⁴⁵¹ Özbek, s.191.

⁴⁵² Spencer/Brogan, s.285.

yükümlülüklerini zamanında yerine getiremeyeceğinden ve sözleşme konusu işi zamanında bitiremediğinden bahisle *Intuitive Systems* aleyhine dava açmıştır. Davalı *Intuitive Systems* vekili, sözleşmedeki 33.maddenin bir bütün halinde değerlendirilmesi gerektiğini, ilgili maddenin açık ve net ifadeler içerdiğinden bahisle, arabuluculuk ve diğer belirtilen prosedürlerin uygulanmadan dava açılmayacağını savunmuştur. Davalı vekilli 33. maddenin taraflar açısından bağlayıcı olduğunu belirterek *Scott v Avery* davasını da emsal göstermiştir. Davalı vekiline göre tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları yöntemler devam ederken ve bu sözleşme ile uygulanması gereken aşamalar uygulanmadan dava yoluna başvurmak sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Davalı, sözleşmedeki klozların taraflar açısından emredici birer hüküm olduğunu belirtmiş ve tarafların "party autonomy"⁴⁵³ ilkesi gereği sözleşmede serbestçe kararlaştırdıkları şekilde uyuşmazlığı çözmeleri gerektiğini savunmuştur.

Davacı vekili ise 33.maddenin esasen müzakerelerin nasıl planlanacağını içermekte olduğunu ve belirtilen prosedürlerin tümünün aslında taraflar açısından opsiyonel (optional) olduğunu söylemiştir. Sözleşmedeki maddenin birçok aşama içerdiğini ve başlaması için de taraflardan birinin ihbarda bulunması gerektiğini, bu yönüyle bağlayıcı olmadığını vurgulamıştır. Bununla beraber, bir sonraki aşamaya ancak tarafların isteğiyle devam edilebileceğini vurgulamıştır. Sözleşmede uyuşmazlığın kesin bir dille arabuluculukla çözüleceğine dair bir ifade veya ima'nın bulunmadığını iddia etmiştir.⁴⁵⁴ Davacı vekili, 10 günlük sürenin de esasen prosedürleri başlatmak açısından usuli bir kural olduğunu belirterek, tarafların bu süreye ve ihbar etme kuralına uymadıklarında AUÇ sürecinin başlamayacağını ve dolayısıyla da AUÇ şartının emredici bir kural olmadığından bahsetmiştir. Kaldı ki tarafların AUÇ yöntemlerini uygulamalarının tamamen gönüllülük esasına dayandığını, bir tarafın AUÇ yöntemlerine yönelmek istememesi nedeniyle onu zorla bu yollara sevk etmenin, bu yöntemleri kullanarak sonuç alınmasını imkânsız kılacağını ileri sürmüştür.

⁴⁵³ İrade özerkliği, tarafların istedikleri şekilde sözleşme yapabilmesi ilkesi.

⁴⁵⁴ Davacı vekili savunmasında, kesin ifadelerden kastettiği şeyin "must" kelimesi olduğunu belirtmektedir. İngilizce de "must" ifadesi bir şeyin kesinlikle yapılması gerektiğini ve kararlılığı ifade etmektedir.

Davaya bakan mahkeme vermiş olduğu ara kararın gerekçesinde, sözleşmedeki AUÇ klotunun taraflara seçimlik bir hak tanıdığını, alternatif yöntemleri yargı yoluna başvurulması için tüketilmesi gereken bir yol olarak görmediğini belirtmiştir. Mahkeme, verdiği kararda, sözleşme ile hangi AUÇ yönteminin seçildiğine dair kesin kanaat getirilemediğini vurgulamıştır. Sözleşmedeki AUÇ şartında tahkim şartı, uzlaşma ve bilirkişi incelemelerinin birlikte düzenlenmiş olması ancak hangi aşamada hangi yöntemin nasıl uygulanacağına dair bir ayrıntı bulunmaması sözleşmede çelişki ve farklılıklar yarattığı belirtilmiştir. Sözleşmede kararlaştırılan arabuluculuk, uzlaşma ve tavsiye kararı alma yöntemlerinin birbirlerine uygun olmadığını ve karışıklık çıkardığı da ifade edilmiştir. Tarafların tam olarak hangi usulü uygulamak istediklerini ve kararlaştırılan diğer usullerin AUÇ şartını kapsayıp kapsamadığı sorularının cevabı aranmıştır. Mahkeme, tarafsız üçüncü kişi rehberliğinde uygulanacak yöntemlerin belirsiz olması ve çok genel ifadeler içermesi nedeniyle sözleşmedeki maddelerin icrai nitelik taşımadığına kanaat getirmiştir.⁴⁵⁵

Sözleşmedeki AUÇ şartı ile ilgili ciddi tereddüt ve şüphelerin olduğu ve sözleşmedeki AUÇ şartının, AUÇ yöntemlerinin uygulanması konusundaki kararlılığı göstermediği karar gerekçesinde ifade edilmiştir. Mahkeme, karşılıklı rıza ve gönüllülük esasına dayanan ve taraflarca bir opsiyon olarak kararlaştırılan bu yöntemlere tarafların katılmasını zorlamak veya onlara bu konuda baskı yapmanın yanlış olacağı kanaatinde olduğunu belirlemiştir. Yargıç, sözleşmenin 33.1 ve 33.4 maddelerinde kullanılan "will" kelimesinin aslında taraflar açısından bağlayıcı olabileceğini ancak bu bağlayıcılığın sözleşmenin diğer maddelerine uygulanamayacağını ve 33. maddeyi bir bütün halinde görmediğini açıklamıştır. Tüm bu nedenlerle mahkeme arabuluculuk şartının icrai nitelikte olmadığından bahisle davacının dava yoluna başvurma isteğini haklı görmüştür.⁴⁵⁶

2. Amerikan Hukukunda

Amerikan doktrininde, sözleşmeye konulan bir AUÇ şartının bağlayıcı olup olmadığına dair bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, arabuluculuk veya kısa yargılama şartı, başlı başına icraya konu olamaz ve böyle bir şart taraflara

⁴⁵⁵ Mistelis, s.20.

⁴⁵⁶ Halifax Financial Services Ltd v Intuitive Systems Ltd. arasındaki davanın kararı için bkz. http://www.cedr.com/about_us/library/edr_law/edr_law2.php?id=17 (05.07.2007).

herhangi bir yükümlülük de yüklemes.⁴⁵⁷ Kimi yazarlara göre ise, sınırları iyi çizilmiş açık ve net bir anlaşma aynen diğer anlaşmalar gibi geçerlidir ve yerine getirilmelidir.⁴⁵⁸ Başka bir görüş ise AUÇ yöntemlerinin geleceği ve uygulama alanının genişlemesi açısından AUÇ şartının geçerli ve bağlayıcı kabul edilmesi gerektiğini, hâkimlerin, uzun vadeli süreçte AUÇ yöntemlerini daha fazla tercih edip uygulayacaklarını savunmaktadır.⁴⁵⁹

Birleşik Devletler Federal Bölge mahkemelerinde, hangi tür uyuşmazlıklar için alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin zorunlu veya ihtiyari olarak önerileceğine dair tartışmalar yaşanmıştır. Birleşik Devletler bölge mahkemeleri, tüm hukuk davalarında, alternatif uyuşmazlık çözümünü kullanma yetkisini elinde bulundurmaktadır. Hatta her bölge mahkemesi, kendi bölgesinde alternatif uyuşmazlık çözümü kullanımını teşvik etmek ve yaymak için kendi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini oluşturacak ve yaygınlaştırmakla görevlidir. Ancak mahkemeler, tarafların alternatif yöntemlerin deneneceğine dair bir anlaşma yapması halinde, bu anlaşma hükümlerini korumuşlardır.⁴⁶⁰ Amerikan Alternatif Uyuşmazlık Kanununun⁴⁶¹ 28. Başlığında, "alternatif uyuşmazlık çözümü kullanım yetkisine sahip her mahkemenin çözüm yöntemlerinin özelliklerine göre yargılama öncesinde hâkim tarafından taraflara tarafsız üçüncü bir kişinin görevlendirilmesiyle ilgili izin verir" denilmektedir.⁴⁶² Yine aynı maddeye göre bu usulün uygulanabilmesi için hâkimin dava yolundan yeterli bir zaman önce karar vermesi ve vermiş olduğu karar ile adalete ulaşmada gecikmeyi ve yapılacak yargılama masraflarını da önlemiş olması gerekir.⁴⁶³ Bununla birlikte bazı adli daireler, finansal talepli yapılan başvurular için bir alt limit belirlemiş ve bu limitin altında kalan talepler için yargıya başvurmadan önce mediasyonu denemeleri şartını getirmişlerdir.⁴⁶⁴

Bir panelde konuşma yapan Amerikalı yargıç David R. Homer, 1992 yılında Medeni Adalet Reformu Kanununun (Civil Justice Reform Act) yürürlüğe girdiğini ve medeni hukuk vakalarının daha çabuk ve ucuza karara bağlanmaya başladığını

⁴⁵⁷ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Özbek, s.340-341.

⁴⁵⁸ Coltri, s.420.

⁴⁵⁹ Boule/Nesic, s.476.

⁴⁶⁰ Ildır, s.30-29.

⁴⁶¹ Federal Civil Judicial Procedure and Rules, Title 28.Alternative Dispute Resolution Act, 1998.

⁴⁶² http://www.law.cornell.edu/uscode/search/display.html?terms=adr&url=/uscode/html/uscode28a/usc_sup_05_28_10_sq7_20_Hnotes.html (24.02.07).

⁴⁶³ Petley, s.12.

⁴⁶⁴ Kite, s.108.

ifade etmiştir. Konuşmasında devamla "Magistrate hâkimleri, önlerine gelen vakaları mahkemeden önce AUÇ yollarına sevk etmeleri başlangıçta gönüllü olarak yapıyordu. Bu durum New York eyaletinin Syracuse şehrinde başladı ve sonra Albany'e geldi. 4-5 yıl önce de bilhassa işçi ve işveren arasındaki ve vatandaşlık hakları konusundaki uyuşmazlıkların, Magistrate hâkimler tarafından AUÇ yollarına sevki mecburi kılındı. ... Her vakayı AUÇ yollarına sevk etmek şart değil. Rule 16 Status Conference'de vakanın, AUÇ yollarına sevki için gerekli şartlara uygun olup olmadığına Magistrate hâkimi karar veriyor." demiştir.⁴⁶⁵

Amerikan mahkemelerinin sözleşmedeki AUÇ şartının bağlayıcı olduğuna dair verdiği çeşitli kararlar mevcuttur. *Haertl Wolff Parker Inc.* ile *Howard S. Wright Construction Co.* ve *Southland Corporation* ile *Keating* davalarında, Oregon ilk derece mahkemesi, alternatif uyuşmazlık çözüm şartı içeren bir sözleşmenin bağlayıcı olduğunu ve bu sözleşme maddesine uymayan tarafın mahkeme yoluna zamanından önce başvurmasının sözleşme hükümlerine aykırılık teşkil ettiği yönünde karar almıştır.⁴⁶⁶ Yine *Con Callergis* ve *Calshonie* arasındaki davada tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları müzakere şartının geçerli ve bağlayıcı olduğu kararı verilmiştir.⁴⁶⁷

Genel olarak bakıldığında mahkemeler, AUÇ yöntemlerinin uygulanması konusunda tarafları zorlamakta ancak sonuçları bakımından kendilerini serbest bırakmaktadır. Taraflar, AUÇ yöntemlerinin ulaştığı çözüm yolları ve sonuçlarını reddetmekte tamamen özgür olmalarına karşın, AUÇ toplantılarına katılmamaları ya da bu yöntemleri uygulamaktan kaçınmaları, mahkemelerce sözleşmenin ihlali ve kötü niyetli bir davranış olarak yorumlanmaktadır.

3. Türk Hukukunda

Türk hukukunda, AUÇ şartlarının bağlayıcı olması hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, "sözleşmede kararlaştırılan bir AUÇ yöntemine başvurmadan doğrudan devlet yargısına başvurmak mümkündür, zira doğrudan devlet yargısına başvurma alternatif uyuşmazlık yöntemleri ile ulaşılabilecek çözümün peşinen benimsenmeyeceği anlamına gelir. Bir AUÇ şartının

⁴⁶⁵ Macuncu, s.7.

⁴⁶⁶ Newman, s.103.

⁴⁶⁷ Boule/Nesic, s.473.

varlığına rağmen, taraflardan birinin dava yoluna başvurmasıyla, AUÇ şartı zımnen ortadan kalkar yani, geçersiz hale gelir. Sonuç olarak, uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yöntemlerin kullanılmasına ilişkin sözleşme, alternatif uyuşmazlık çözümünün "gerçek bir alternatif" olduğu durumlarda mümkündür" denilmektedir.⁴⁶⁸

Diğer bir görüş ise, gönüllü olarak anlaşılan tarafların, anlaşıldıktan sonra, ileride çıkabilecek olan bir uyuşmazlıkta arabuluculuk şartını bağlayıcı kılarak zorla yerine getirmeleri mümkün olmalıdır. Dava yoluna başvurmanın AUÇ şartını kendiliğinden geçersiz kılacağını kabul etmek yerine, AUÇ şartının uygulanabilirliğini üstün tutmak gerekir. Yapılacak bir yasal düzenlemeyle, sözleşmelere konulan AUÇ şartlarının tüketilmeden dava yoluna başvurulmaması gerektiği ve böylece arabuluculuk şartının ihlal edilerek dava açılması halinde arabuluculuk def'i ileri sürülerek davanın usulden reddedilmesinin mümkün olabileceği düşüncesini savunmaktadır.⁴⁶⁹

Bazen tarafların tahkim sözleşmesine, aralarındaki ihtilafı gidermek için tahkime gitmeden önce "mühendis'e müracaat" şeklinde bir şart koydukları görülmektedir. Özellikle Dünya Bankası gibi milletlerarası kuruluşlardan alınan kredilerle ilgili sözleşmelerde, bu tür sözleşmelerin bağlı olduğu şartnamelerin uygulanmasından veya yorumundan çıkan uyuşmazlıklarda tahkim davasını açmadan önce talep sahibi tarafından mühendise götürülmesi ve mühendisin ihtilafı çözümediği durumlarda tahkime gidilebileceği öngörülmektedir. Ancak Yargıtay buradaki "mühendis'e gitme şartının, tahkim şartını geçersiz sayamayacağına hükmetmekte, dolayısıyla önce mühendise gidilmediği için tahkim davasının reddini isteyen tarafın bu talebini yerinde bulmamaktadır.⁴⁷⁰

Türk hukukunda AUÇ sözleşmesinin usuli bir etkisinin olmadığını ve bağlayıcılığının bulunmadığını yukarıda belirtmiştik.⁴⁷¹ Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı" taslağının genel gerekçe bölümünde de yabancı hukuk sistemlerinden söz edilmiş ve arabuluculuğun ihtiyari olması gerektiği vurgulanmıştır. Tarafların, ancak kendi

⁴⁶⁸ İldır, s.65-66.

⁴⁶⁹ Özbek, s.344.

⁴⁷⁰ Dayınlarlı, Kemal, HUMK'da Düzenlenen İç tahkim, Ankara 1997, s.22.

⁴⁷¹ Bkz. § 4 C III, § 4 C V.

rızalarıyla ve hiçbir zorlama olmadan arabuluculuk yöntemini kullanmaya karar vermeleri gerektiği belirtilmiştir.⁴⁷² Her ne kadar arabuluculuk faaliyetinin başlangıcından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmasa da bu sonuç yasa koyucunun getirmiş olduğu bir sonuçtur. Tarafların yaptıkları sözleşmeyle usuli ilişki ve bununla yargılama hukuku kuralları üzerinde mi yoksa özel hukuk hükümleri ile bu alanda mı etki yaratmak istediklerinin araştırılması sözleşmenin hukuki niteliğini belirleyecektir.⁴⁷³ Maddi hukuk etkilerine sahip olup aynı zamanda usuli yan sonuçları da olan sözleşmelerde önemli olan, doğrudan amaçlanan hukuki sonuçlardır. Hukuk düzeni, istenen hukuki sonuca başka bir sonuç da bağlamış olabilir. Önemli olan, hangi hukuki sonucun istendiği yani tarafların neyi amaçladıklarıdır. Bu nedenle yan sonuçlar, sözleşmenin niteliğini değiştirmez.⁴⁷⁴ Bu görüşten hareketle, HUAKT md.16/2 de düzenlenen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durması veya mahkemelerin devam eden bir davayı ertelemesi sonuçlarının sözleşmeye bağlı yan sonuçlar olduğu düşüncesindeyiz.

Yasa hazırlayıcıların dava yolunu taraflara her aşamada açık tutması, alternatif yöntemlerin genel prensiplerine uygun düşmektedir. Zira uyuşmazlık taraflarından birini yasal bir düzenleme veya Yargıtay içtihatları ile AUÇ yöntemlerini uygulamaya zorlamak kanaatimizce istenilen çözüme ulaşılmasında faydadan çok zarar getirebilir. Ülkemiz açısından davacı-davalı psikolojisi ve avukatların AUÇ yolları ile ilgili eğitimlerinin yetersizliği bu yolların en azından bugün için uygulanmasının zorunlu kılınmasını güçleştirmektedir. Türk hukuk sistemi ve tarafların eğitim durumları da dikkate alındığında sözleşmedeki AUÇ şartlarını yasal bir düzenlemeyle bağlayıcı kılmak sözleşme yapma özgürlüğü ilkesine ve tarafların özgür iradelerine müdahale olarak görülebilir. Kaldı ki böyle bir şartı yasal düzenlemeyle bağlayıcı kılmak, anlaşmak istemeyen tarafların, AUÇ yöntemlerini, yargısal bir faaliyetten ziyade dava yoluna başvurmak için tüketilmesi gereken füzuli ve bürokratik bir yol olarak görmesine neden olacaktır. Böyle bir durum da hem zaman kaybına hem de tarafların dava açmasını geciktirmesine sebebiyet verecektir.

⁴⁷² <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm> (02.04.07).

⁴⁷³ Taşpınar, s.62.

⁴⁷⁴ Schiedermaier, s.36-37, (Naklen: Taşpınar, s.60-61)

Taraflar, yapmış oldukları AUÇ sözleşmesinin uygulanmasını istiyorlarsa, BK. md. 158-161 hükümlerine göre, sözleşmeye cezai şart koyabilir veya sözleşmeye uymamaktan dolayı diğer tarafa tazminat ödenmesini kararlaştırma yoluna gidebilirler. Böyle bir durumda AUÇ şartına uygun davranmayan taraf için sözleşmeye aykırı davranmaktan söz edilebilir. HUAKT md. 18'de yapılan değişiklik ile arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmanın taraflarca imzalanması halinde yetkili icra mahkemesinden anlaşmanın icra edilebilirliğine dair şerh istenebilir. İcra mahkemesinin md.18/3'e göre yapacağı incelemenin ardından verilecek şerh sonrasında, yapılan anlaşma ilam niteliğinde belge sayılmaktadır.

Türk hukukunda AUÇ yöntemlerinin kullanılması artık bir gereklilik halini almıştır. Mahkemelerin iş yükü ve davaların ortalama yargılama süreleri dikkate alındığında AUÇ yöntemlerine olan ihtiyaç daha iyi anlaşılacaktır.⁴⁷⁵ Hazırlanan taslakta yapılacak bir düzenleme ile belirlenen bir miktara kadar olan ihtilaflarda (Tüketici Hakem Heyetlerine yapılan başvurular gibi) AUÇ yöntemlerinin kullanılması zorunlu kılınabilir ancak sonuçları açısından taraflar serbest bırakılmalıdır. Örneğin maddi hasarlı trafik kazaları, sigorta uyuşmazlıkları ya da düşük meblağlı iş uyuşmazlıkları veya belli bir miktarın altındaki tazminat, kira hukuku ve kat mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ya da nafaka talepleri dava açılmadan önce AUÇ yollarından birine başvurularak çözümlenebilir.

II. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesinin Etkileri

1. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi ve Gizlilik

Gizlilik AUÇ usullerinin belki de en önemli unsurlarından biridir. Tarafların hem birbirine hem de AUÇ yöntemlerine daha fazla güvenmelerine sağlayan gizlilik konusuna, AUÇ sözleşmesinde yer vermesi bir gerekliliktir. Gizlilik ya da özel hayatın gizliği konusunda her ülkenin kendine göre düzenlemeleri vardır. Örneğin Birleşik Devletler Anayasası, vatandaşlarına en geniş alanda, bireysel olarak kullanılabilecekleri haklar tanımıştır. Özel hayatın gizliliği, Amerikan hukukunda, bireysel haklar içerisinde en önemli hak olarak görülmekte ve mahkemeler de

⁴⁷⁵ Bkz. Tablo-1.

verdikleri kararlarla bu hakkı genişletici yorumlamakta ve özel hayatın gizlilik alanını sürekli genişletme eğilimindedirler.⁴⁷⁶

Anayasamızın da 20-22. maddelerinde doğrudan ve ayrıca 23-25. maddelerinde ifade edilen özel hayatın gizliliği ve korunması düzenlenmiştir. Uluslararası alanda ise özel hayatın ve aile hayatının gizliliği İHEB (md.12) ve İHAS (md.8) ile kabul edilmiştir.⁴⁷⁷ Bütün bu metinlere göre, herkes özel hayatına ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.⁴⁷⁸

AUÇ yöntemlerinin tercih edilmesindeki en önemli nedenlerden biri de taraflara uyumsuzluk konusuyla ilgili gizlilik sağlamasıdır. Devlet yargılamasında duruşmalar aleni olup, gizliliğin sağlanması mümkün olmamakta ve çoğu zaman tarafların ticari sırları, hesapları, kişisel veya ticari ilişkileri ortaya çıkabilmektedir.⁴⁷⁹ Bu tür bilgilerin ortaya çıkması telafisi güç zararları da beraberinde getirebilir. AUÇ yöntemlerinde ise taraflar, ellerindeki bilgi ve belgeleri güvenle paylaşabilecekleri bir çözüme ulaşma amacını taşırlar. Gizli kalması gereken bilgi veya belgeler, sır saklama yükümlülüğü bulunan ve her iki tarafında güvendiği üçüncü şahsa tevdi edilmek suretiyle tarafların istedikleri gizlilik sağlanmış olmaktadır. Örneğin doktor-hasta, avukat-müvekkil, karı-koca arasındaki ilişkilerin hepsi özel ve gizliliğin korunması gereken ilişkilerdir.⁴⁸⁰ Avusturya Anayasasının 90 ve ZPO. §.171 maddelerine göre ise, duruşmalar kamuya açık yapılmakta, ancak aile hukukuna ilişkin davalarda tarafları korumak adına veya kamu yararı bulunması hallerinde duruşmalar gizli yapılabilmektedir.⁴⁸¹

Doktrinde, tahkimden kıyasla, bu tür gizlilik şartının devlete karşı da gizliliği içerdiğini, gizliliğin adalet adına bir tehlike teşkil edebileceğinin yanı sıra, ticari müesseselerin mali durumlarının devlete karşı böyle bir şartla kapatılmasına neden olacağı ileri sürülmektedir.⁴⁸² Bu nedenle, gizlilik anlaşmalarının caizliği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir görüşe göre taraflar arasında yapılan gizlilik anlaşmaları

⁴⁷⁶ Özel hayatın gizliliği, dünyadaki gelişimi ve ülkelere göre uygulamalar hakkında geniş bilgi için bkz. Kenyon/Richardson, s.229 vd.

⁴⁷⁷ Bu konu hakkında geniş bilgi ve açıklamalar için bkz. Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Ankara 2003, s.62 vd.

⁴⁷⁸ Foster, Nigel, Austrian Legal System&Laws, London 2003, s.115.

⁴⁷⁹ Stitt, s.58.

⁴⁸⁰ Newmark/Monaghan, s.404 vd.

⁴⁸¹ Foster, s.87.

⁴⁸² Şanlı, s.24-25.

muteberdir.⁴⁸³ Başka bir görüş ise, gizliliği düzenleyen yasal hükümlerin doğrudan HUMK'da düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴⁸⁴ Kanımızca kamu düzenini ilgilendirmeyen hallerde tarafların gizlilik anlaşması yapması hukuk düzeninde artık bir gerekliliktir. Özellikle aile hukuku ve ticari şirketlere ilişkin ihtilaflarda, AUÇ yöntemleri ile birlikte yapılan gizlilik anlaşmaları çok geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Sözleşmelerde gizlilik iki şekilde korunmaktadır: Yasal düzenlemeler ve gizlilik anlaşması yapılması.

a. Yasal Düzenlemeler

Bir AUÇ sözleşmesinde gizlilik anlaşması yapmayan taraflar dahi yapılan çeşitli düzenlemelerle koruma altına alınmaya çalışılmıştır. Kanunlar, böyle bir gizlilik anlaşması yapmayan tarafları da asgari olarak koruma altına almayı hedeflemiş ve "müzakerelerin gizliliği" ilkesi ile de bunu somutlaştırmıştır. Örneğin Federal Delil Kanununun 408. maddesi, arabuluculuk toplantılarında ortaya atılan iddia veya ikrar ya da bilgi ve belgelerin korunması için yapılan bir düzenlemedir. Buna göre, bir arabuluculuk toplantısında yapılan uzlaşma teklifleri, itiraflar, ortaya konulan deliller, bilgi ve belgeler daha sonra mahkemede kullanılamaz.⁴⁸⁵ Bu düzenleme tarafların AUÇ sürecine daha fazla güvenmelerini sağlamaktadır. Bu kuralın amacı, çözüm önerilerinin çözüm önerilerinin özgür ve serbest olarak görüşülmesini teşvik etmektir ki bu aynı zamanda arabuluculuğun da amaçlarından biridir. Doktrinde, Federal Delil Yasası'nın 408. maddesinin içerdiği etkili korumanın, arabuluculuğun kapsamını daha da genişlettiği kabul edilmektedir.⁴⁸⁶

Türk hukukunda gizliliğin sağlanması diğer bazı kanunlarla da düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu md. 35/A ve 36, Av. Kan. Yön. md.16/6, HUMK 245/4 ve 236/3 gibi düzenlemeler gizliliğin sağlanmasına yönelik düzenlemelerdir. Genel İdari Usul Kanunu Taslağının 49. maddesine göre alternatif uyuşmazlık çözüm sürecinde, tarafların ve uzlaştırıcının veya uzlaştırma kurulunun görüşmelerde yaptıkları beyanların, verdikleri bilgi ve belgelerin gizliliği güvence altına alınmıştır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının 4. maddesi gizlilik konusunu düzenlemiş ve "taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa arabulucu, arabuluculuk faaliyeti

⁴⁸³ Ildır, s.136; Özbek, s.

⁴⁸⁴ Özbek, s. 221 vd.

⁴⁸⁵ Coltri, s.391-392.

⁴⁸⁶ Özbek, s.216.

çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür" şeklinde düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye aykırı hareket edenler hakkında altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. (HUAKT md. 33)

b. Gizlilik Anlaşması Yapılması

Gizlilik anlaşmaları gizliliğin korunmasını sağlayan diğer kaynaktır. Bu sözleşmeler tarafların AUÇ oturumlarına güvenmelerini ve müzakere toplantıları boyunca ortaya çıkan bilgilerin gizli kalmasını sağlamaktadır. Taraflar, hem kendilerinin, hem tarafsız üçüncü kişinin yapabileceği veya yapamayacağı açıklamalar için alternatif gizlilik kurallarını gizlilik sözleşmesine koyabilirler. Örneğin basına yapılacak bir açıklama için tarafların ortak izninin bulunması şarttır.⁴⁸⁷ Bununla beraber taraflar, sözleşme ile tarafsız üçüncü kişinin mahkemede tanık olarak dinlenilmemesini kararlaştırmaları faydalı olacaktır. Yine uyuşmazlık tarafları, bilirkişi olarak tarafsız üçüncü şahsın istenilmemesini sözleşmede belirtmelidirler. Mahkeme sürecinde herhangi bir taraf, iddia ve savunmasını tarafsız üçüncü kişinin yazılı veya sözlü fikirlerine dayandırmamalıdır.⁴⁸⁸ Bu konularda yapılacak bir anlaşma ya da sözleşmeye eklenecek bir madde taraflar açısından her zaman yararlı olacaktır.⁴⁸⁹

Bir AUÇ sözleşmesi yapılırken, bununla birlikte gizlilik anlaşmasının da yapılması AUÇ toplantıları esnasında yapılan beyanların, ortaya konulan bilgi ve belgelerin sonradan kötü niyetli kullanılmasını engeller. Böylece taraflar ve tarafsız üçüncü kişi birbirlerine daha fazla güven duyarlar. Gizlilik anlaşması yapılan bir arabuluculukta taraflar, diğer tarafın izni olmadıkça, arabuluculuk sürecine dâhil olmayan hiç kimseyle uyuşmazlık konusunu tartışamaz ya da görüş alış-verişinde bulunamazlar. Tarafsız üçüncü kişinin, AUÇ süreci sonunda hazırladığı rapor da gizlilik sınırları içerisinde kalmalıdır.⁴⁹⁰

Gizliliğin korunması, AUÇ yöntemlerini uygulayan hemen tüm ülkelerde desteklenmektedir. Ancak bu durumun bazı istisnaları da vardır. Avustralya aile mahkemesi çocukların tacize uğradığına dair bir şüphe veya riskin bulunduğu durumlarda, çocukların tacizinin itiraf edilmesi veya açıklanması halinde tarafsız

⁴⁸⁷ Stitt, s.58.

⁴⁸⁸ Fiadjoe, s.135; Moffit/Bordone, s.313.

⁴⁸⁹ Örnek gizlilik anlaşması için bkz. Coltri, s.393.

⁴⁹⁰ Stitt, s.58.

üçüncü kişinin mahkemeye bu durumu bildirmesini zorunlu kılmıştır.⁴⁹¹ Hukuka aykırılığın önlenmesi, kamu sağlığı veya kamu güvenliğine verilecek bir zararın ortaya çıkabileceği durumlar gizlilik konusunun istisnalarını oluşturmaktadır.⁴⁹² AUÇ toplantılarına katılan tarafları koruyan ve sözleşmeyi yapan taraflar açısından bağlayıcı olan gizlilik anlaşmasının, üçüncü kişilere karşı tam bir koruma sağladığı söylenemez. Sözleşmeye taraf olmayan birinin bu tür bilgi ve belgeleri delil olarak kullanabilme tehlikesi her zaman söz konusu olabilmektedir. Bu da AUÇ yöntemlerinin en büyük handikaplarından biridir.⁴⁹³

HUAKT md. 5/3 düzenlemesine göre bir kanun hükmünün emrettiği hallerde ve arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerektiği ölçüde açıklama yapılabileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu, gizliliğin korunmasına büyük önem vermiş ve bu fıkranın uygulama alanını oldukça dar bir çerçevede tutmayı amaçlamıştır. Nitekim arabuluculuk faaliyeti sırasında ortaya koyulan bilgi ve belgelerin mahkeme veya hakemler tarafından dahi istenemeyeceği düzenlenmiş, bu beyan ya da bilgilerin delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamayacağı net bir biçimde ifade edilmiştir. Gizlilik anlaşması, taraflarca asıl sözleşme yapılırken veya AUÇ sözleşmesi ile birlikte yapılabileceği gibi tarafların AUÇ görüşmeleri öncesinde tarafsız üçüncü kişi vasıtasıyla bu sözleşmeyi yapması da mümkündür.⁴⁹⁴ HUAKT'nın 4/2 maddesi ile taraflar, arabuluculuk faaliyetinin gizli kalması konusunda aksine bir anlaşma yapmamışlarsa, gizlilik kuralına uymak zorundadırlar.⁴⁹⁵

Örnek Kloz.

Arabuluculuk toplantıları sırasında ortaya çıkan tüm bilgi, belge ve kayıtlar her iki tarafın ortak izni olmadıkça arabulucu tarafından açıklanamaz, mahkemede delil olarak kullanılamaz. Arabuluculuk sonunda tutulan tüm kayıtlar bilgi ve belgeler imha edilecektir. Tarafların uzlaşma toplantıları esnasında ya da bu toplantılar sonrası açıklama yapması tarafların ortak iznine bağlıdır. İlerde uyuşmazlık konusu

⁴⁹¹ http://www.familycourt.gov.au/presence/resources/file/eb00024dde59ba9/mediation_Turkish.PDF (04.06.07).

⁴⁹² Moffit/Bordone, s.313.

⁴⁹³ Coltri s.392.

⁴⁹⁴ Spencer/Brogan, s.342.

⁴⁹⁵ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm> (02.04.07).

ile ilgili dava açılması halinde uyuşmazlık tarafları, arabulucuyu mahkemeye tanık olarak çağıramazlar, bilirkişi olmasını talep edemezler.

2. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi ile Alternatif Yöntemlere

Başvurmanın Sürelere Etkisi

Tarafların alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi imzalayarak bir uyuşmazlığı AUÇ yolları ile çözüme kavuşturmak istemesi, bu yöntemlerin kullanılmasında tarafsız üçüncü bir kişinin varlığını da gerektirir. Sözleşmede kararlaştırılan tarafsız üçüncü kişinin, niteliklerinin yanı sıra sicile kayıtlı olup olmadığı önem arz eder. Tarafsız üçüncü kişiler genelde iki şekilde sınıflandırılmaktadır: Sicile kayıtlı arabulucular ve sicile kayıtlı olmayan arabulucular. Bu ikisi arasındaki fark sonuçları açısından farklıdır. Tarafların sözleşme ile sicile kayıtlı bir arabulucuya başvurması halinde zamanaşımı, hak düşürücü süreler vb. gibi konularda süre kendiliğinden kesilmektedir. Bu durum AUÇ yöntemlerinin usuli etkisini ortaya koymaktadır. HUAKT'nın 16. maddesi de benzer bir düzenlemeyi getirmiştir. Tasarımın 16/1 maddesi, "dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, arabulucunun tarafları ilk toplantıya davet etmesi ve taraflarla arabulucu arasında faaliyetin sürdürülmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarih itibarıyla zamanaşımı ve arabuluculuk sürecinin konusu olan hak ve taleplerin ileri sürülmesine ilişkin diğer süreler durur" şeklinde düzenleme getirmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, "Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz" şeklinde düzenleme yapılmıştır.⁴⁹⁶

3. Beyan veya Belgelerin Kullanılmaması

Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin kuruluşu esnasında taraflardan birinin, maddi bir vakıayı kabul etmesi veya bir olay hakkında itirafta bulunması ya da alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi gereği, arabuluculuk faaliyetleri esnasında taraflardan birinin, uyuşmazlık konusu hakkındaki ikrar veya beyanlarının durumu arabuluculuk yönteminin başarısı açısından önem arz etmektedir.

HUAKT md. 5/1 de yapılan düzenleme ile taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası

⁴⁹⁶ İlgili düzenleme hakkında bkz. s. 113.

açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, ilgili düzenlemede belirtilen konular hakkında beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz. Buna göre uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü ile sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler mahkemede delil olarak kullanılamaz ve bu konular hakkında tanıklık da yapılamaz.

HUAKT 5/1 (c) düzenlemesi ile taraflardan birinin bir vakıa ya da iddiayı arabuluculuk faaliyeti esnasında kabul etmesi mahkeme dışı ikrar olarak nitelendirilebilir. İkrar, taraflardan birinin kendi aleyhinde hukuki sonuç doğurabilecek nitelikte bir maddi vakıanın doğruluğunu bildirmesidir.⁴⁹⁷ Tek taraflı bir bilgi beyanı veya bir bilginin açıklanması olarak tanımlanan ikrarın yargılama hukuku alanında kendiliğinden sonuçlarını doğurduğu kabul edilmektedir.⁴⁹⁸ Türk hukukunda ikrarın hukuki niteliği, delil ikame faaliyetini ve ispat gereğini ortadan kaldıran tek taraflı bir usul işlemidir.⁴⁹⁹

HUMK. 236/3. maddesi "mahkeme haricindeki ikrarı teyit edecek delail ve emare mevcut ise hâkim buna binaen hüküm verebilir." düzenlemesini getirmiştir. HUAKT 5/1 (c) maddesi ise mahkeme dışı bir ikrarın söz konusu olması halinde dahi bunun mahkemede delil olarak kullanılmasının önünü kapatmaktadır. Tüm bunlarla beraber mahkeme dışı ikrarın tek başına bir delil hatta takdiri delil olarak nitelendirilemeyeceği de açıktır. Eğer mahkeme dışı ikrar delil olsa idi, ayrıca kendisinin ispatı aranılmayacak, başka bir delil veya emare ile ispat edilmeden doğrudan bir ispat aracı olarak hükme esas alınabilecekti.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ İkrarın tanımı hakkında daha geniş bilgi için bkz. Kiraz, T.Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2005, s.38 vd.

⁴⁹⁸ Kiraz, s.43.

⁴⁹⁹ Kiraz, s.59.

⁵⁰⁰ Kiraz, s.236, dn. 28

§ 6. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN BENZER KURUMLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. TAHKİM SÖZLEŞMESİ VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİ

İngilizce karşılığı "arbitration", Fransızca karşılığı "l'arbitrage" olan tahkim, kanunun menetmediği konularda taraflar arasında doğmuş veya doğması muhtemel anlaşmazlığın, bir akit veya kanun hükmü uyarınca, devlet yargısına başvurulmadan, taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya kanunun yetki tanıdığı şahıs veya mercilerce tayin edilmiş bulunan kişiler aracılığı ile çözümlenmesidir.⁵⁰¹ Taraflar arasında yapılan bir tahkim sözleşmesi taraf iradelerinin belli bir yönde kullanılmış ve uyuşmazlığın hakemde çözümlenmesi konusunda iradelerin birleşmiş olduğu gösterilmektedir.⁵⁰²

Tahkim, II. Dünya savaşı sonrasına kadar hemen bütün uyuşmazlık çözüm alanlarında yargı dışı bir yöntem olarak kullanılmıştır. Doktrindeki bazı görüşlere göre tahkim, resmi bir yol olması, hakemlerce verilen kararın mahkeme kararları gibi tarafları kanunen bağlaması nedeniyle dava yoluna çok benzetilmektedir. Tahkim genelde AUÇ yollarının bir parçası olarak görülmekle birlikte, sahip olduğu hüküm verme özelliği nedeniyle AUÇ yöntemleri dışında mütalaa edilmekte ve AUÇ yolları sadece karşılıklı rızaya dayalı usullere hasredilmektedir.⁵⁰³

Aslında bugün için, alternatif uyuşmazlık çözümü deyince, tahkim yargılaması dışındaki yöntemlerden söz etme eğilimi giderek artmaktadır. Gerçektende, günümüzde, uyuşmazlıkların basit, ucuz, süratli şekilde çözüme ulaştırılabileceği bir usul olarak, mahkemelerde yapılan yargılamaya alternatif olacak şekilde geliştirilen ve Türk hukukunda da yasalarla düzenlenmiş olan tahkim, önemli zaaf lar taşımaktadır.⁵⁰⁴ Karşı bir görüş ise, tahkim yolunu AUÇ yollarının bir parçası olarak görmekte ve tahkim yolunu, işleyişi ve sonucu itibariyle yargısal bir usul olarak

⁵⁰¹ Yeğengil, s.94; Taşkın, s.6 vd.

⁵⁰² Kiraz, T.Özgür, İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması, Ankara 2007, s.290-291.

⁵⁰³ Özbek, s. 99 vd.

⁵⁰⁴ İldr, s. 27.

değerlendirmektedir.⁵⁰⁵ Diğer bir görüşe göre ise, tahkim yolu yargı yoluna eşit olmadığı gibi hakemler de yargı organı değildir.⁵⁰⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme kararında, niteliği gereği bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan tahkim yolu sonunda verilen kararı, mahkeme kararıyla eş tutarak ve temyize tabi kılarak, tahkim yolunun niteliğine ve tercih edilme nedenlerine uygun olmayan bir karar vermiştir.⁵⁰⁷

Günümüzde tahkimin hukuki niteliğinin kısmen önemini yitirdiği ifade edilmektedir. Gerekçe olarak da pek çok ülkenin New York, Avrupa, Washington veya diğer uluslararası tahkimi düzenleyen çok taraflı sözleşmelere taraf oldukları veya milletlerarası tahkimi düzenleyen uluslararası iç mevzuatlarını çıkardıkları görülmektedir.⁵⁰⁸ Amerikalı bazı hukukçular tahkim yolunu, AUÇ yollarından çok keskin bir biçimde ayırmasa bile her ikisini farklı bir yol olarak görmektedirler. Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüşe göre tahkim, niteliği gereği hala bir AUÇ usulü olarak yorumlanmalıdır.⁵⁰⁹ Tüm bunlara karşın son yıllarda artan eğilim, tahkimin AUÇ yolları dışında değerlendirilmesi yönündedir. Bir görüşe göre ise, tahkim, günümüzde önemini gittikçe yitirmekte ve üstünlüğü barışçıl yollara kaptırmaktadır. Bu nedenle uzlaşma gibi yöntemler ihtiyaçlara göre sürekli modernize edilmelidir.⁵¹⁰ Nitekim 2002 yılında, Avrupa Komisyonu tarafından yayımlanan AUÇ usullerinin uygulanması ve durum tespitine ilişkin Yeşil Kitap'ta tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında değerlendirilmemiştir.⁵¹¹

Türk hukukunda hâkim görüş, tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği gereği bir usul sözleşmesi olduğu ve etkilerini doğrudan usul hukuku alanında gösterdiğidir. Tahkim sözleşmesi kural olarak özel hukuk sözleşmesi özelliğini gösterse de sonuçlarını usul hukukunda göstermektedir.⁵¹² Usul hukuku sözleşmesi görüşü, tahkimin usul

⁵⁰⁵ Özbek, s.100.

⁵⁰⁶ Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s.150.

⁵⁰⁷ Daha geniş bilgi için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, IV. Bası, Ankara 2005, s. 627; Karşı görüş ve düşünceler için bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, XVI. Bası, s. 974 vd.

⁵⁰⁸ Şanlı, Cemal, Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı, 6.Bası, İstanbul 1995, s.42.

⁵⁰⁹ Moffit/Bordone, by Cole, Sarah R./Blankey, Kristen M., ch.20, s. 319 vd.

⁵¹⁰ Editor: The International Bureau of The Permanent Court of Arbitration, International Alternative Dispute Resolution: Past, Present and Future, by Holtzmann, Howard M., Hague 2000, s.107 vd.

⁵¹¹ Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0196en01.pdf (20.08.2007).

⁵¹² Taşkın, s.19.

kanunlarında düzenlenmiş olması vakiasını bir hareket noktası olarak görmektedir.⁵¹³ Bu düşünceden hareketle tahkim mahkemelerinin, devletin hukuk mekanizmasının bir parçası olduğu belirtilmiştir.⁵¹⁴ Milletlerarası tahkimin hukuki niteliğini açıklayan görüşlerden bir diğeri ise akdi teoridir. Bu teori, tahkimin sözleşme hukuku içinde yer alan bir kurum olarak sınıflandırılmasını öngörmektedir. Buna göre tahkim kurumu esas itibariyle bir sözleşmeye dayanmaktadır.⁵¹⁵ Başka bir görüşe göre ise, tahkim sözleşmesi tümüyle nesnel hukuk (borçlar hukuku) alanına özgü bir hukuki işlemdir.⁵¹⁶ Hakem sözleşmesi ise, tahkim sözleşmesinden farklı olarak, öncelikle borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşmedir. Fakat aynı zamanda usul sözleşmesidir ve bu nedenle usul hukukuna ilişkin sonuçlarda doğurur.⁵¹⁷ Tahkimin hukuki niteliği hususundaki görüşlerden bir diğeri de kaza-i'lik teorisidir.⁵¹⁸

Tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunlu olup, tahkim sözleşmesi için geçerlilik şartıdır. Prensip olarak alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin sözlü şekilde yapılması ise mümkündür ve herhangi bir şekilde de tabi değildir.⁵¹⁹ Tarafların uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözmek istedikleri, tahkim sözleşmesinde (veya şartında) açık ve kesin bir biçimde belirtilmesi gerekir. Buna paralel, AUÇ sözleşmesi veya AUÇ şartında da net ve kesin ifadeler aranmaktadır. Birçok batılı hukuk sisteminde ise taraflar bağlayıcı olmayan ve tavsiye niteliğinde tahkim yoluna başvurabilmektedir.⁵²⁰ Türk hukukunda taraflar tahkim yoluna başvurmak için anlaşmışlarsa, bu durum tarafları bağlar ve dava yolunu kapatmaktadır. Hâlbuki AUÇ sözleşmesinin Türk hukukunda dava yoluna başvurmaya olumsuz bir etkisi yoktur.

Tahkim sözleşmesi, taraflar hakkında hüküm ifade eder. Yani kural olarak tarafları bağlar. Tahkim yoluna başvurmak ihtiyari olmakla birlikte, tahkim yargılaması sonucunda verilen hüküm, aynen mahkemelerin verdiği hüküm gibi etkilidir. AUÇ sözleşmesi ile taraflar, tarafsız üçüncü kişiye herhangi bir hüküm ya da karar verme

⁵¹³ Tekinalp, Ünal, Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1965 s.17 vd.

⁵¹⁴ Alangoya, s.64.

⁵¹⁵ Kalpsüz, Turgut, Hakem Kararlarının Milliyeti, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, C. IX, 1978, s.604.

⁵¹⁶ Önen-Yargılama, s.352.

⁵¹⁷ Pekcantez/Atalay/Özekes s. 609.

⁵¹⁸ Ertekin, Erol/Karataş, İzzet, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara 1997, s.423 vd.

⁵¹⁹ Bkz. § 5 C II.

⁵²⁰ Tahkim Sözleşmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Hill, s. 647 vd.

yetkisi vermezler. Bununla birlikte, AUÇ yöntemleri herhangi bir yargılamayı da gerektirmez. Prensip olarak AUÇ sözleşmesi tarafların yargı yoluna başvurmasına engel olmamaktadır. Ayrıca tahkim sözleşmesi, tarafların külli ve cüz'i haleflerini de bağlar. Örneğin; tahkim sözleşmesi, tarafların mirasçılarını ve uyuşmazlık konusu olacağı taraflardan birinden devralacak kişiyi de bağlar.⁵²¹ Buna karşılık, alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi mirasçuları bağlamamakta ve üçüncü kişilere de olumsuz bir etkisi bulunmamaktadır.⁵²²

B. İHTİYARİ TAHKİM VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİ

İhtiyari tahkim, tarafların anlaşmaları (rıızaları) ile başvurabilecekleri tahkim yoludur. Taraflar, bir uyuşmazlığın görülmesi için hakeme (tahkim yoluna) başvurmak zorunda değildirler, zira dava normal olarak devlet mahkemelerinde de görülebilir. Ancak taraflar anlaşarak, belli bir davayı, tayin edecekleri (seçecekleri) hakemlere de götürebilirler. Tahkim, tarafların, hakkında kanuni bir yasaklama bulunmayan, kamu düzenini ilgilendirmeyen, kendi istekleriyle özgürce hareket edebilecekleri işlerden dolayı aralarında çıkabilecek hukuki ihtilafların çözümünü devlet yargısına başvurmak yerine kendi tercihleri ile belirledikleri bir (veya birkaç) kişiye bırakmak suretiyle sağlamalarıdır.⁵²³ Tahkim, ancak tarafların arzusuna tabi olan uyuşmazlıklar hakkında mümkündür (HUMK. md.518).

Mecburi tahkimde, bazı hallerde bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için hakeme başvurmak mecburidir. Taraflar devlet mahkemelerinde dava açamazlar. İhtiyari tahkimde ise taraflar, sözleşme akdedildikten sonra artık devlet yargılaması yoluna başvuramazlar.⁵²⁴ Taraflar, hakem sözleşmesinin konusu olan uyuşmazlık hakkında dava açmak isterlerse, ilk önce tahkim yoluna başvurmak zorundadırlar. Yani davayı, genel mahkemelerde değil, "hakem heyetinde" açabilirler. Buna rağmen, dava mahkemede açılırsa, davalı tahkim itirazında bulunabilir. Hâlbuki bir uyuşmazlığın çözümü hususunda AUÇ yöntemlerini uygulamaya karar vermiş olan tarafların, devlet yargılamasına başvurmada hiçbir sakınca veya engel bulunmaktadır. AUÇ yolları dava açmaya engel teşkil etmemektedir. Ancak dava açılması durumunda

⁵²¹ Ertekin/Karataş, s. 98 vd.

⁵²² Bkz. § 8 B.

⁵²³ Onursal, Erkut, Hakem mi? Hâkim mi? Ticari Uyuşmazlıkların Çözümü Size Bağlı, s. 3. <http://www.dtm.gov.tr/dtmadmin/upload/EAD/TanitimKoordinasyonDb/hakem.doc> (16.03.2007).

⁵²⁴ Onursal, s.3.

sözleşme hükümlerine aykırılık ve edimlerin yerine getirilmemesi durumu söz konusu olacaktır. Bu nedenle, tahkim sözleşmesi etkilerini ağırlıklı olarak usul hukuku alanında gösterdiği halde, alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi etkilerini maddi hukuk alanında göstermektedir.⁵²⁵

İhtiyari tahkim yolunda taraflar, hakemler ve kanunların belirlediği usul kuralları ile bağlıdırlar. Oysaki AUÇ yollarında, tahkim sürecinden farklı olarak "mücadeleci olmayan" yöntemler izlenmektedir. Taraflar sorunun çözümünde uygulanacak usulleri kendileri belirlerler.⁵²⁶

AUÇ yöntemlerinin tahkimden diğer bir farklı özelliği ise yapılan müzakereler sonunda ulaşılan "sonuç" ile ilgilidir. Tüm AUÇ yollarında yapılan müzakereler (görüşmeler) sonucunda alınacak kararların tarafları bağlayıcı olmaması gerekmektedir. Taraflar AUÇ usullerinden herhangi birine başvurduktan sonra ortaya çıkan sonuca uyup uymamakta serbesttirler. İhtiyari tahkime başvurmak zorunlu olmamakla birlikte bu yola başvuran taraflar artık hakemlerin vereceği karara uymak zorundadırlar.⁵²⁷

C. HAKEM-BİLİRKİŞİLİK VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİ

Bazı durumlarda, sözleşmenin tarafları bir uyuşmazlığın çözümünü değil de ihtilafın çözümüne esas oluşturacak sözleşmedeki bir konunun üçüncü kişilerce tespitini isteyebilirler. Örneğin, sözleşmeye konu olan bir malın üretim maliyetleri veya o malın piyasa satış tutarı ile ilgili bir durumun üçüncü bir kişi tarafından tespit edileceğinin kararlaştırılması durumunda burada hakem-bilirkişilik sözleşmesinden söz edilebilir.⁵²⁸

Esasen burada tayin edilen üçüncü kişilerin vermiş oldukları karar bir mütalaa olarak kabul edilmelidir. Çünkü hakem-bilirkişiler, haklar ve hukuki münasebetler üzerinde bir karar vermezler. Ancak bir zararın tespiti, miktarı, bir şeyin kıymetini uzmanlıkları alanına binaen tespit ederler. Keza bu tip tespitlerin icrai kabiliyetleri yoktur. Bu tür tespitler HUMK 287. maddesi kapsamına girmektedir. Bu kişilerin, bu

⁵²⁵ Bkz. § 4 C V.

⁵²⁶ Stitt, s.16.

⁵²⁷ Stitt, s.17.

⁵²⁸ Şanlı, s.21.

konuda verecekleri rapor, mahkemeyi bağlar.⁵²⁹ Bu şekliyle mahkemede karara esas olarak alınabilirler.⁵³⁰

Bu yönleriyle hakem-bilirkişilik müessesesi AUÇ yöntemleri ile benzerlik göstermektedir. AUÇ yöntemlerinden ön değerlendirme usulünde de üçüncü kişi, ihtilafın durumuna göre hangi tarafın daha avantajlı olduğunu veya hangi tarafın daha fazla fedakârlık yapması gerektiğini ilgili tarafa bildirerek aralarında bir uzlaşma sağlamaya çalışır. Ancak AUÇ yöntemlerinde kullanılan deliller ve yapılan tespitler, mahkemede tarafları HUMK. 287 anlamında bağlamaz. Hatta taraflar arasında gizlilik anlaşması olması halinde, müzakereler esnasında yaptırılan tespit veya deliller, istisnai haller dışında mahkemeye sunulamaz. AUÇ yöntemlerinde tayin edilen üçüncü şahıs uyuşmazlık konusunda gerekli inceleme ve tespitleri yaptıktan sonra tarafların uzlaşması için ortaya esnek çözümler sunmaktadır. Mamafih hakem-bilirkişilikte tayin edilen üçüncü şahıs uyuşmazlık konusu hakkında sadece tespitte bulunmakta taraflara herhangi bir tavsiye veya çözüm önerisi getirmemektedir.

D. İBRA SÖZLEŞMESİ VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİ

İbra, Arapça kökenli bir kelime olup “aklama, temize çıkarma” anlamına gelir. İbra, alacaklının ivazlı veya ivazsız olarak alacağıının tamamından veya bir kısmından borçlu lehine feragat etmesi, daha doğrusu itfa edilmiş gibi kabul eylesidir.⁵³¹ Tarafların aralarında bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya ve bu surette borçlunun borcundan kurtulmasına yönelik bir sözleşmeye de ibra sözleşmesi denilmektedir.⁵³² İbrada borç ilişkisi değil sadece münferit olan borç sona erer. Buna göre, borç kendiliğinden sona ermemekte, borcun sona ermesi için tarafların bunu sağlayacak bir başka işlemi yapmaları gerekmektedir. Borcu sona erdirecek sözleşme üzerinde tarafların tam bir fikir birliğine varmaları gerekir.⁵³³

⁵²⁹ Hakem-Bilirkişilik konusuyla ilgili daha geniş bilgi ve mahkeme kararları için bkz. Taşpınar, s.140 vd., dn. 145.

⁵³⁰ İlgili Yargıtay kararları için bkz. Yeğengil, s.202 vd.

⁵³¹ Berki, Şakir, Borçların Sukutu, AÜHFD, 1955, Cilt XII, s. 237.

⁵³² Eren, s.469, Oğuzman/Öz, s.416; Reisoğlu, s.331.

⁵³³ Turanboy, K.Nuri, İbra Sözleşmesi, Ankara 1998, s.26.

İbra sözleşmesinin iki taraflı bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir.⁵³⁴ Tüm hukuki muamelelerde olduğu gibi ibra sözleşmesinde de bir sebebin var olduğu kabul edilir. İbra sözleşmesi yapılırken değişik nedenler söz konusu olabilir. Bu nedenle, tek ve belirli bir sebepten söz edilmez. Sebep ne olursa olsun ibra sözleşmesindeki temel unsur, borç ilişkisindeki tarafların bu borcu sona erdirmek hususunda anlaşmış olmalarıdır.⁵³⁵

Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi ile ibra sözleşmesi arasında temel farklılıkların bulunduğu açıktır. İbra sözleşmesi ile taraflar aralarındaki borcu sona erdirmek istemektedir. Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi ise, tarafların aralarındaki borç ilişkisini sonlandırmaktan ziyade, ortaya çıkmış ya da çıkabilecek uyuşmazlıkları müzakere etme ve bu sorunları AUÇ yöntemleri ile çözmek istediklerine dair bir sözleşmedir. Taraflar bu sözleşmeyle birbirlerini ibra etme gibi bir yükümlülük altına girmez ya da böyle bir amaç taşımazlar.

Tezimiz açısından akla gelen ilk soru, AUÇ görüşmeleri sonucunda imzalanan sözleşmenin ibra sözleşmesi sayılıp sayılmayacağı hususudur. Türk hukukunda ibra sözleşmesi belli bir sebebe bağlı tasarruf işlemidir. Buna göre, temel işlemin geçersiz olması halinde ibra işlemi de geçersiz olacak ve borç ortadan kalkmadan, alacak aynen devam edecektir.⁵³⁶ Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi ise, asıl sözleşmeden bağımsızdır. Bunun sonucunda, ne asıl sözleşme, ne de alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi, kendiliğinden diğerinin akıbetine tabi olur.⁵³⁷ Bununla beraber, ibra sözleşmesinin belli bir şarta ve vadeye bağlanması da mümkündür. Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin de prensip olarak vadeye veya şarta bağlanması kabul edilebilir ancak bu durum sözleşmenin yapılma amacı ve sıhhati bakımından karışık ve faydasız bir durumu ortaya çıkarabilir.

İki sözleşme birbirlerinden çok farklı sonuçlar da doğurmaktadır. AUÇ görüşmesi sonucu taraflar bir borcun sona erdirilmesi konusunda anlaşmaya varabilirler ancak yapılan anlaşmanın bağlayıcılığı ve etkileri ise taraflara bağlıdır, çünkü taraflar AUÇ sonucunda ulaşılan çözüm sonrası dava yoluna başvurmakta serbesttirler. Oysa ibra sözleşmesi yapan taraflar aralarındaki borç ilişkisini çözüme kavuşturduklarından

⁵³⁴ Berki, s.240.

⁵³⁵ Turanboy, s.97.

⁵³⁶ Turanboy, s.110.

⁵³⁷ İldır, s.68, dn. 198.

ibra sözleşmesine konu olan uyuşmazlığın mahkemede görülmesini tekrar isteyemezler. AUÇ görüşmeleri sonucunda ulaşılan anlaşmanın ibra kavramından çok sulh kavramına daha yakın olduğu görüşüdeyiz.

E. SULH SÖZLEŞMESİ VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİ

Hukuki anlamda sulh, iki tarafın karşılıklı istekleriyle, varolan bir çekişmeyi ortadan kaldırmaları veya çekişmenin ortaya çıkmasına engel olmalarını ifade eder.⁵³⁸ Kanunlarımızda sulh sözleşmesine dair bir tanımlama yapılmamasına rağmen sulh, mahkeme dışı ve mahkeme içi sulh olmak üzere ikiye ayrılır. Mahkeme içi sulh, görülmekte olan bir davanın taraflarının, karşılıklı anlaşma ile dava konusu uyuşmazlığa son vermeleridir. Genellikle davacı talep sonucunun bir kısmında feragat eder ve davalı da, davacının talep sonucunun kalan kısmını kabul ederse sulh sözleşmesi meydana gelmiş olur.⁵³⁹ Sulh bir sözleşme olarak mahkeme dışında da yapılabilir. Tarafların mahkeme dışında karşılıklı fedakârlık ve özveri ile gerçekleştirdikleri sözleşme ile mahkeme dışı sulh oluşur. Sulhun şarta bağlı yapılması mümkündür.⁵⁴⁰

Sulhun hukuki niteliği hakkında çeşitli görüşler vardır. Bir kısım yazarlar sulhun özel hukuk sözleşmesi olduğunu ileri sürmekte diğer kısım yazarlar ise sulhun yargılama hukukuna ait bir kurum olduğunu savunmaktadırlar. Maddi ve usuli bir nitelik taşıyan sulh, taraflar arasında bir sözleşme yapılmasını gerektirir. Bu sözleşme sulhun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Sözleşmenin mahkemeye sunularak tutanağa geçirilmesi ve imzalanması ise sulhun usuli niteliğini özelliğini ortaya koyar.⁵⁴¹

Tarafların isteğiyle yapılan sulh görüşmelerinde sulh teklifini yapan tarafla birlikte, karşı tarafın da sulh teklifini kabul ettiğini mahkeme önünde beyan etmesi gerekmektedir. Tarafların teşebbüsü ile yapılan sulhta hâkimin rolü sadece sulh

⁵³⁸ Yılmaz, s.1131.

⁵³⁹ Önen, s.29.

⁵⁴⁰ Hukukumuzda, hâkimin davanın başında tarafları çağırarak sulha teşvik etmesi mümkün olup, sulh konusunda daha geniş bilgi için bkz. Önen, s.104 vd.

⁵⁴¹ Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. Önen, s.27-34 vd.

teklifini diğerk tarafa iletmek olmalı, fakat bunu kabulü için hâkim herhangi bir telkin ve tavsiyede bulunmamalıdır.⁵⁴²

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bakımından incelenmesi gereken husus, sulh sözleşmesi ile AUÇ sözleşmesinin beraber bulunup bulunmayacağı veya sulh sözleşmesinin AUÇ sözleşmesi ile beraber düzenlenip düzenlenemeyeceği hususudur. Sulh sözleşmesi hem borçlandırıcı hem de tasarrufi işlemlerden oluşan bir sözleşmedir. AUÇ görüşmeleri sonunda tarafların uzlaşması halı, mahkeme dışı sulh olma durumuna benzemektedir. Özellikle AUÇ görüşmeleri sonrası imzalanan anlaşmalar sulh sözleşmesinin bir bölümü gibi düşünülebilir. Bu durumda sulh sözleşmesi ile AUÇ sözleşmesi arasında organik bir bağlantı olduğunu söyleyebiliriz. AUÇ görüşmeleri sonunda uyuşmazlığı çözen tarafların yaptıkları anlaşma sulh sözleşmesinin de temelini oluşturmakta ve bu nedenle mahkemeye sunulması halinde mahkeme içi sulh hükümlerine tabi olacağı kanaatindeyiz.

Sulhun, AUÇ yöntemlerinden farklılıkları vardır. Mahkemece yapılan sulhta tek bir teklif yapılmakta iken AUÇ yöntemlerinin esnekliğı nedeniyle birden çok teklif yapılabilmektedir. Hâkim sulh teklifinden sonra tarafların bunu kabul etmeleri için bir çaba göstermemektedir. AUÇ yöntemlerinde tarafsız üçüncü kişi ise tarafları sonuç alma konusunda ikna etmeye çalışır ve bu yönde çeşitli alternatif çözüm yolları üretir. Şarta bağılı olmayan sulh üzerine verilen mahkeme kararı, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder.⁵⁴³ Oysaki AUÇ yöntemleri sonucunda ulaşılan sonucun böyle bir etkisi bulunmamaktadır. Yine mahkeme içi yapılan sulh taraflar açısından bağlayıcı olup, icrai niteliktedir. Türk hukukunda AUÇ yöntemleri sonucu ulaşılan çözüm, taraflar için bağlayıcılık teşkil etmediğı gibi, icrai bir niteliğı de bulunmamaktadır.

⁵⁴² Önen, tatbıkatta bu durumun aksini Almanya da bir duruşma esnasında gördüğünü ifade etmektedir. Bu duruşmada hâkim, sulh teklifinin kabulünü taraflardan ısrarla istemektedir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Önen, s. 105, dn. 8.

⁵⁴³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.627.

§ 7. TÜRK HUKUKUNDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SAYILABİLECEK DÜZENLEMELER

Türk hukukunda yapılan düzenlemelerden söz etmeden önce, bir tespitte bulunmak doğru olacaktır. Kanaatimize göre, Türk hukukunda en çok tercih edilen ve en büyük alternatif uyuşmazlık çözüm yolu, ilamsız icra takipleridir. İlamsız icra takipleri, çoklukla herhangi bir dava söz konusu olmadan tarafların icra dairelerinde çözebilecekleri uyuşmazlıklardır. Her ne kadar devletin cebri icra vasıtasıyla müdahalesi söz konusu olsa bile ‘mahkeme katılımlı’ AUÇ yolları da devletin müdahalesi ve yönlendirmesini içermektedir. Taraflar ne şekilde olursa olsun, kendi aralarında uyuşmazlığın her aşamasında mahkeme dışında uzlaşma imkânına sahiptirler. Özellikle taraf avukatları ve icra müdürlerinin AUÇ metotları konusunda eğitime tutulmaları ve bu metotları icra dosyaları üzerinde uygulamaları halinde maddi olarak çok ciddi bir tasarruf sağlanacağı gibi icra dosyaları ile ilgili dava sayısının da azalacağı düşüncesindeyiz.

A. ÇEŞİTLİ KANUNLARLA GETİRİLEN DÜZENLEMELER

Devlet Planlama Teşkilatının Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı çerçevesinde yayımladığı "Adalet Hizmetlerinde Etkinlik" başlıklı Özel İhtisas Komisyonu Raporunun 9 ve 10. sayfalarında yargıdaki aksaklıklar ve tıkanmalar ortaya konulmuş ve çeşitli çözüm önerileri getirilmiştir. Bu öneriler arasında mahkemelerin iş yükünü hafifletmeye yönelik olarak arabuluculuk ve uzlaştırma gibi alternatif çözüm yollarına işlerlik kazandırmaktan söz edilmiştir. Aynı raporda İcra Tetkik Mercilerinin ilamsız icra prosedürü içindeki yetkilerinin genişletilmesi ve etkinliğinin sağlanarak, ilamsız icra prosedürüne yönelimin teşvik edilmesi ile dava sayısının azaltılması hedeflenmiştir.⁵⁴⁴

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 6/a maddesine göre aile mahkemesi, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere görev alanına giren konularda yetişkinler hakkında evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak, gerektiğinde uzlaştırmaya karar verebilir. Aynı kanunun 7. maddesi ise "Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve

⁵⁴⁴ Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı "Adalet Hizmetlerinde Etkinlik" Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s.12. <http://ekutup.dpt.gov.tr/adaleti/oik526.pdf> (01.02.07).

hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder" şeklinde bir düzenleme getirmiştir.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 516–536 maddeleri arasında düzenlenen tahkim de bir alternatif uyuşmazlık çözüm usulüdür. Ancak alternatif çözüm yöntemlerinin zamanla gelişmesi ve etkinliğinin artması ile birlikte klasik tahkim yolunu alternatif çözüm dışında değerlendirme eğilimi giderek artmaktadır.⁵⁴⁵

3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 4. maddesi ile Türkiye Futbol Federasyonu bünyesinde oluşturulacak Tahkim Kurulu'nun, futbol federasyonu ile kulüpler, futbolcular, hakemler, teknik direktörler ve antrenörler arasında çıkacak ihtilafları çözmekle görevli ve yetkili olduğu düzenlenmiştir.

4667 sayılı Kanun ile 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35 inci maddesinden sonra "uzlaşma sağlama" başlığına 35/A maddesi eklenerek uzlaşma müessesesine işlerlik ve ivme kazandırılmak istenmiştir. Türk hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümü bakımından somut olarak ilk düzenleme sayılan bu madde ile kanun koyucu, ihtilafların dava açılmadan çözümünü sağlamak istemiştir. Bununla beraber avukata uzlaşmayı teklif etme ve uzlaşmayı sağlama yetkisi verilmiştir. Avukatlar, bu madde ile aşağıda bahsedeceğimiz "tarafsız üçüncü kişi" (neutral) konumuna gelmiştir.

6326 sayılı Petrol Kanunu ile Petrol Kanunu hükümlerine göre iktisap edilmiş veya edilebilecek olan bütün haklarla ilgili olarak, müracaat veya hak sahipleri arasında çıkacak olan ihtilaflar, öncelikle Petrol İşleri Genel Müdürlüğü tarafından müzakere ve sulh yoluyla çözüme ulaşılmaya çalışılır. Aynı kanununun 26 ve 27. maddeleri, ihtilaf ile ilgili bakanın uyuşmazlığı yirmi gün içinde çözüme ulaştırması düzenlenmiştir.

91 sayılı KHK'nin 13'üncü maddesinde "Borsa üyeleri arasındaki borsa işlemlerinden doğan ihtilafların hal mercii borsa yönetim kurullarıdır. Borsa yönetim kurullarının kararlarına karşı Sermaye Piyasası Kuruluna itirazda bulunulabilir. Kurulun bu ihtilaflar konusundaki kararları nihaidir. Borsa üyeleri ile müşterileri arasındaki

⁵⁴⁵ Tahkim yolunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı hakkında bkz. § 6 A.

ihtilaflar için de borsa yönetim kurullarına başvurulabilir. Bu tür ihtilaflar için tarafların adli yargı mercilerine başvurma hakları saklıdır." hükmü yer almaktadır. İMKB Yönetmeliği'nin 42-49'uncu maddelerinde de konuya ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olup, anılan hükümlere göre borsa üyeleri arasındaki veya borsa üyeleri ile yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü konusunda İMKB Yönetim Kurulu yetkili kılınmıştır.⁵⁴⁶

Borsa üyesi aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak, 91 sayılı KHK'nin 13'üncü ve İMKB Yönetmeliği'nin 42-49'uncu maddeleri çerçevesinde, borsa üyeleri ile yatırımcılar arasında veya üyelerin kendi aralarında borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde alternatif bir uyuşmazlık çözümü sistemi öngörülmüştür.

VUK. Ek-1 ve devamı maddeleri idare ile vergi mükellefleri arasındaki vergi uyuşmazlıklarının yargı yoluna başvurmadan, hızlı bir şekilde çözülmesi düzenlenmiştir. Buna göre çıkan ihtilaf ilk önce taraflarca müzakere edilebilir. Böylece ödenecek vergi tutarının veya uygulanacak ceza miktarının uzlaşma ile çözülmesi amaçlanmaktadır.⁵⁴⁷

3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanununun 1. maddesine göre "gerçek veya tüzel kişilerin zilyet bulunduğu taşınmaz mallarla kamu idareleri, kamu kurumları ve kuruluşları veya bunlar tarafından idare olunan veya devlete ait veya devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlere veya menfaati umuma ait olan taşınmaz mallara yapılan tecavüz veya müdahalelerin, idari makamlar tarafından önlenmesi suretiyle tasarrufa ilişkin güvenliği ve kamu düzenini sağlar."denilmiştir. Aynı kanununun 2. maddesi "Taşınmaz mallara tecavüz veya müdahale edilmesi halinde; taşınmaz mal merkez ilçe sınırları içinde ise, il valisi veya görevlendireceği vali yardımcısı, diğer ilçelerde ise kaymakamlar tarafından bu tecavüz veya müdahalenin önlenmesine karar verilir ve taşınmaz mal yerinde zilyedine teslim edilir." şeklinde düzenleme yapılmıştır.

442 sayılı Köy Kanununun 5 inci maddesine göre iki köy arasındaki nizalı sınırların ihtiyar heyetlerinin müzakereleri sonucu çözüme kavuşturulmasından bahsedilmiştir.

⁵⁴⁶ Özer, s.6.

⁵⁴⁷ Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. Candan, Turgut, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, 2.Baskı, Ankara 2006, s.265, 377 vd.

Aynı kanunun 48. maddesi iki ve daha fazla köylerin ortaklaşa yapması gereken işler öncelikle ilgili köylerin muhtar ve ihtiyar heyetleri arasında müzakere edilir şeklinde düzenleme yapılmıştır. Yine aynı kanunun 6. faslında 53. madde ile ihtiyar meclisine, tarafların uzlaşmasıyla bitirilebilen her türlü işlere bakabileceklerini düzenleyerek aslında köy ihtiyar meclislerini bir arabulucu ve uzlaştırmacı olarak kabul etmiştir.⁵⁴⁸

2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda 12.02.2004 tarihinde 5092 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile "Konkordato ile Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması" olarak değişiklik yapılmış ve 309/I maddesinden sonra 309/m ve 309/ü maddeleri eklenerek muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda olan veya mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmeyen ya da bu hallerden birine düşme tehlikesiyle karşı karşıya kalması kuvvetle muhtemel olan bir sermaye şirketi veya kooperatifin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması kabul edilmiştir (İİK. md. 309/m).

Son olarak, 1 Eylül 2007 tarihinden itibaren Türkiye Bankalar Birliği (TBB), üye bankalar ile bireysel müşterileri arasında çıkan uyuşmazlıklarda uzlaştırıcı bir niteliğe sahip olacak "Müşteri Şikâyetleri Hakem Heyeti"ni ihdas etme kararı almıştır. Hakem heyetine yapılacak başvurularda uyuşmazlık konusu olayın, 1 Eylül 2007 tarihinden sonra meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bireysel müşteri hakem heyetine başvurmadan önce şikâyetini ilgili bankaya yapacak, bankadan alacağı cevaba göre de hakem heyetine başvuracaktır.⁵⁴⁹

B. GENEL İDARİ USUL KANUNU TASARISI

Genel İdari Usul Kanununda yapılacak değişikliklerle devlet ve bireyler arasında yıllarca süren ihtilafların mahkemeye gitmeden çözülmesine imkân tanıyan yeni düzenlemeler getirilmektedir. Taslağın 43-61. maddeleri arasında yapılan düzenlemeye göre kamu kurumlarıyla vatandaş arasında yaşanan kamulaştırma, tapu sorunları, imar işleri, yıkım uygulamaları, tazminat talebi gibi idari uyuşmazlıklarda müzakere ve uzlaştırma gibi alternatif çözüm yolları düzenlenmektedir. Taslakta alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak müzakere ve uzlaştırma usullerinin kullanacağı öngörülmüştür.

⁵⁴⁸ http://www.hasansen.av.tr/idealhukuk/kanun_detay.asp?id=530&h=k (02.02.07).

⁵⁴⁹ <http://www.tbb.org.tr/turkce/duyurular/tbb/28082007.doc> (28.08.07).

Alternatif uyuşmazlık yollarının kullanılması isteğe bağlı olarak uygulanacak ve vatandaşlar belediye, valilik ya da diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla herhangi bir ihtilaf yaşamaları durumunda dava açmak yerine söz konusu kuruluşa dilekçeyle başvurarak müzakere veya uzlaşma yönteminin uygulanması talebinde bulunabileceklerdir. İlgili kurum, başvuru talebini kabul edip etmediğini en geç 7 gün içinde müracaatçıya bildirmek zorundadır. Dava yolu yerine alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurulması halinde dava açma süresinin duracağı kabul edilmektedir. Tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birini kullanarak anlaşamamaları halinde idare mahkemesinde dava açabilme hakları saklı olacaktır. Taslak kanununun 56. maddesine göre "Uyuşmazlığın konusunun para alacağına ilişkin olması hâlinde, uzlaşmanın temin edildiğine dair tutanak, ilâmlı icraya dayanak olacak belgelerdendir." denilerek imzalanan tutanağın icrai niteliği vurgulanmaktadır.⁵⁵⁰

C. HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU

TASARISI

"Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının" genel gerekçesinde, uzlaşma suretiyle uyuşmazlıkların çözümünün son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul ettiği, bunun nedeninin bu ülkelerde yargı yükünün ve yargı giderlerinin giderek artması, bunun sonucunda yargının yavaş işleyişi ve bunların getirdiği olumsuzlukların çözümüne yönelik arayışlar olduğu belirtilmektedir. Tasarı gerekçesinde devamlı, alternatif uyuşmazlık çözümünün, devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümünü amaçladığı belirtilmiştir. Hazırlanan tasarıyla, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarında uygulanacağı belirtilmektedir.⁵⁵¹

Yabancı hukuk sistemleri ile karşılaştırıldığında, bu tasarının yasalaşması için geç kalınmış olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Tasarının kanunlaşmasıyla birlikte mahkemelerdeki yoğun dava yükünün azalacağı, zaman ve masraf konusunda tasarruf sağlayacağı bir gerçektir. Ancak bu yöntemlerin uygulanması ve pratikte taraflarca kabul görmesi birçok sistemde yaşandığı gibi kolay bir süreç olmayacaktır.

⁵⁵⁰ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gik1711.htm> (04.05.07)

⁵⁵¹ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm> (02.04.07).

Altyapısı iyi hazırlanmamış ve bazı boşluklar içerebilecek bir düzenlemenin yarardan çok zararlı olabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Yukarıda AUÇ yöntemlerinin sakıncaları konusu genel olarak incelenmiş ve bu sistemin sakınca yaratacağı durumlar maddeler halinde sıralanmıştır.⁵⁵² Hukukumuzda var olan sulh müessesesinin gelişmesi ve uzlaşma kültürünün oluşması bakımından ilgili tasarının önemi açıktır. Ancak hazırlanan taslak için çeşitli tenkitler de getirilmektedir. Özellikle "yargının özelleştirildiği" ve "çok hukuklu" bir sistemin getirilmek istenildiğinden bahisle arabulucunun vereceği kararın mahkeme hükmünde olacağı hususu sert eleştirilere maruz kalmaktadır.⁵⁵³ Ancak biz bu eleştirilere katılmıyoruz, çünkü arabulucuların, karar verme noktasında hiçbir yetkisinin olmadığı kanun taslağının ilgili maddelerinde düzenlenmiştir; kaldı ki bütün hukuk sistemlerinde arabulucunun prensip olarak karar verme yetkisi de bulunmamaktadır.⁵⁵⁴

Kanun tasarısı taslağının 1. maddesinde geçen "Bu kanun, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır" kuralının yumuşatılması gerektiği, örneğin Aile Mahkemeleri Kanununun 6-7 ve Medeni Kanununun 195. maddesiyle aile sorunlarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa gidilmesinin önü, buraya konulacak bir istisna düzenleme ile açılabilmesi belirtilmiştir.⁵⁵⁵

Tasarının 13. maddesi arabuluculuğa başvurmayı düzenlemekte ve tarafların dava açılmadan önce veya davanın görülmesi esnasında arabuluculuk yöntemi konusunda anlayabileceklerinden bahsetmektedir. Ancak ilgili maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki "mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir" şeklindeki düzenlemenin "mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik eder" şeklinde değişmesi, mahkeme hâkimine, taraflara arabuluculuğu anlatma ve yükümlülük getirmesi bakımından yararlı olacaktır.⁵⁵⁶ Aynı maddede arabuluculuk faaliyetinin başlaması da düzenlenmiştir. Ancak burada arabulucuya başvuru ve karşı tarafın cevabının ne şekilde olacağı düzenlenmemiştir. İspat ve sürenin belirlenmesi bakımından bu

⁵⁵² Bkz. § 1 C 2.

⁵⁵³ Yaltı, Başar, Yargının Özelleştirilmesi ve Çok Hukukluluk, İBD, C. 81, Sayı:2007/5, s.2136.

⁵⁵⁴ Bkz. § 3 D.

⁵⁵⁵ Başözen, Ahmet, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağına Dair Değerlendirme, EÜHFD, C. II, Sayı:1-2,2007, s.236.

⁵⁵⁶ Başözen, s.237.

başvurunun ve cevabın yazılı olarak düzenlenmesi önerilmektedir.⁵⁵⁷ 13. maddenin ikinci fıkrasında, tek taraflı arabuluculuk tekliflerinde diğer tarafın cevap verme süresi 30 gün olarak düzenlenmiştir. Bu süre uzun bir zaman dilimi olarak görülmekte ve olması gereken sürenin 15 gün olması gerektiği, ancak işin niteliğine göre 15 günlük sürenin arttırılabilmesine de imkân verilmesi görüşü ortaya atılmaktadır.⁵⁵⁸

Arabulucunun "tarafalara eşit uzaklıkta olma ilkesi" ve "bağımsızlık" konusu bazı tereddütlere yol açmakta ve arabuluculuk sisteminin Adalet Bakanlığı merkezli bir yapılanma içerisinde olması adil yargılanma hakkı konusunda çeşitli sorunları da beraber getirmektedir. Devletin sertifika vererek yetkilendirdiği ve yasal düzenlemeyle güç kullanan bir arabulucunun verdiği ilam niteliğindeki belge adil yargılama ilkesi açısından tartışmalı olduğu öne sürülmektedir. Ancak bu düzenleme taslağın 18. maddesinde yapılan değişiklik ile giderilmiştir. Arabuluculuk sisteminin getirilmesi yerine yeni hâkim atamaları yapılmasının dava sayısını düşüreceği ve tasarruf sağlayacağı da savunulan bir başka görüştür.⁵⁵⁹

Kanaatimizce tasarıda en fazla boşluk yaratacak konu arabuluculuk ücreti ve masrafların nasıl paylaşılacağı hususudur. Tasarının 7. maddesi bu konuda düzenleme getirmekle beraber yetersizdir. 7. maddenin II. fıkrası arabulucuya ödenecek ücretin aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit olarak ödeneceğini düzenlemektedir. Yabancı hukuk sistemlerinin hemen hepsinde ücret ve masrafların nasıl paylaşılacağına çok net bir biçimde sözleşmelerde bulunması gerektiği vurgulanmaktadır.⁵⁶⁰ Bu nedenle devam eden bir yargılama sürecinde veya açılmış olan bir davada tarafların uzlaşması söz konusu olursa yargılama giderleri nasıl paylaşılacaktır? Özellikle harç, pul, keşif veya bilirkişi incelemesi için yapılan masrafların akıbetinin ne olacağı belli değildir. Kanaatimizce, taraflar, uzlaşma sağlandığı takdirde açılmış bir davanın yargılama giderleri hakkında da bir anlaşmaya varmalı ve arabuluculuk sonunda hazırlanan anlaşmada yargılama giderlerinin nasıl paylaşılacağı hususu da düzenlenmelidir.

⁵⁵⁷ Kiraz, T.Özgür, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Görüş ve Öneriler, 10.10.2007.

⁵⁵⁸ Başözen, s.238.

⁵⁵⁹ Mutlu, E.İlker, Arabuluculuk Yasa Tasarısı Üzerine Kavramsal Bir Değerlendirme, İBD, C. 81, Sayı:2007/5, s.2146-2149.

⁵⁶⁰ Bkz. yuk. § 5 C VII.

D. YENİ TÜRK CEZA KANUNU VE CEZA MUHALEMESİ KANUNUNDA DÜZENLENEN UZLAŞMA MÜESSESESİ

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 253, 254 ve 255 inci maddelerinde ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 73. maddesinde 'Uzlaşma' konusu düzenlenmiştir. Buna göre; "Suçtan zarar gören, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir." şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Uzlaşma yoluna başvurulabilmesi için; suçtan zarar görenin gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişisi olması ile suçun, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç olması önkoşuldur. Bu nedenle şikâyete tabi suçlar bakımından kabul edilen uzlaşmanın özel ceza kanunları ile şikâyete tabi kılınan tüm suçlar bakımından kabul edildiği söylenebilecektir. Cumhuriyet savcısı suçtan zarar gören taraf ile şüphelinin ilk ifadelerini aldıktan sonra tarafların uzlaşmamaları üzerine eğer uzlaşma olanağı da var ise taraflardan 'uzlaştırıcı' olarak bir avukat üzerinde anlaşmalarını isteyecektir.⁵⁶¹

Savcının, koşulları oluştuğu halde, uzlaşmaya gidip gitmemek hususunda kesinlikle bir takdir yetkisi yoktur. Koşullar oluştuğunda uzlaşma sürecini başlatması zorunludur. Bu emredici bir normdur.⁵⁶² Bu nedenle yazılı olarak yapılacak 'uzlaşma önerisi' ile uzlaşma faaliyetleri başlamayacaktır. Fail eğer suçsuz olduğunu iddia ederse ve uzlaşma yapmak istemediğini bildirirse savcı, uzlaşma faaliyetine başlamayacak ve soruşturmayı yaparak neticelendirecektir.⁵⁶³

Uzlaşmayı düzenleyen CMK. nun 253.maddesi, uzlaşmacı için iki ayrı süre öngörmüştür. Birincisi, 5. fıkradaki 30 günlük süre ikincisi ise 7. fıkradaki 10 günlük süredir. Buradaki 30 günlük sürenin, uzlaşmanın sonuçlandırılması için öngörülen ve gereğinde Cumhuriyet savcısı tarafından bir defaya mahsus olmak üzere 30 gün daha

⁵⁶¹ Soysal, Tamer, Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma, Bahçeşehir Üniversitesi IGUL Yayınları, No: 9, 2005/8, İstanbul.

⁵⁶² Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa R., Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 90.

⁵⁶³ Soysal, s.16-18.

uzatılabilen bir süre olduğu tartışmasızdır. Ancak 30 günlük sürenin ne zaman başladığı belirsizdir. Fıkarda "*başvurunun yapıldığı tarihten itibaren*" denmişse de, buradaki başvurudan neyin kastedildiği belli değildir. 30 günlük sürenin başlangıcı, uzlaştırmacı avukatın taraflarca ya da baro tarafından seçilerek görevlendirildiği tarih olmalıdır. Hatta baro, tarafların uzlaşacakları üçüncü bir uzlaştırıcı tayin etmelidir ki, bu suretle uzlaşma öç alma süreci olmaktan çıkarak teknik hukuk işlemine dönüşmüş olsun.⁵⁶⁴

Kanunda uzlaşma tutanağından bahsedilmemiştir. Tarafların uzlaşması halinde, hazırlık aşamasında Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığına, yargılama aşamasında ise mahkeme, davanın düşmesine karar verir.⁵⁶⁵

Ceza hukukundaki uzlaşma düzenlemesinin AUÇ yollarından hangi usule girdiğine dair karışıklıklar olabilir. AUÇ yöntemlerinden uzlaştırma mı yoksa arabuluculuk yöntemine mi girdiğini analiz etmek gerekirse, uzlaştırmacı avukatın yaptığı faaliyetleri arabuluculuk faaliyetleri içerisinde görebiliriz. Arabuluculuk yönteminde tarafsız üçüncü kişi uzlaştırma yöntemlerine göre daha aktif ve etkin bir rol üstlenmektedir. Uzlaştırmacı, bir sorunun taraflarca çözümlenememesi halinde görev almaktadır. Ancak arabulucu bizzat görüşmeleri organize etmekte ve başlatmaktadır. Arabulucu, uzlaştırıcıya göre daha bağımsız hareket eder. Ceza Muhakemesi sistemi içinde uzlaştırıcının bu ölçüde serbest bağımsız hareket etmesi de beklenmez.

E. İŞ KANUNUNDA YAPILAN DÜZENLEMELER

İşçi ve işveren arasındaki iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar çeşitli ayrımlara göre incelenmekte ve buna göre hak-menfaat uyuşmazlığı ve bireysel-toplu iş uyuşmazlığı şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Bireysel iş uyuşmazlıkları, işçi ile işveren arasındaki bireysel iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarıdır. Toplu iş uyuşmazlıkları ise işveren sendikası veya işveren ile işçi sendikası arasında çıkan uyuşmazlıklara denir.⁵⁶⁶

Toplu iş uyuşmazlıklarının kilitlemesi ve devam edememesi durumunda taraflar ilk olarak grev veya lokavt eylemine yönelebilir ya da devam eden bir grev veya lokavt

⁵⁶⁴ Öztürk/Erdem, s.91.

⁵⁶⁵ Soysal, s.18 vd.

⁵⁶⁶ Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 14. Bası, İstanbul 1998, s.495 vd.

eylemini sürdürebilirler. İkinci olarak, ihtilafın çözümü için üçüncü kişinin rehberliğini talep edebilirler. Üçüncü kişinin rehberliğindeki barışçı yolları üç kısma ayırabiliriz; Arabuluculuk, uzlaştırma ve hakemlik.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununa göre arabuluculuk, zorunlu veya ihtiyari olabilir. Kanuna göre toplu görüşmelerin başlamasından itibaren otuz gün geçmesine rağmen anlaşma sağlanamamışsa, her iki tarafın veya taraflardan birinin isteğiyle görüşmelere bir arabulucu katılabilir. (TSGLK. md. 22) Toplu görüşmelerin başlamasından sonra altmış günlük sürenin geçmesine rağmen anlaşma sağlanamazsa, görevli makamın, mahkemeden talep etmesi suretiyle arabuluculuk aşamasına geçilir ve zorunlu arabuluculuk aşaması başlar. Birleşik Devletlerde de iş uyuşmazlıklarının büyük bir bölümü arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmektedir.⁵⁶⁷

Uzlaştırma müzakerelerine nazaran arabuluculukta, tarafsız üçüncü kişi, daha aktif bir rol üstlenmeli ve daha yaratıcı çözüm yolları sunabilmelidir. Tarafların istekleri konusunda onlara baskı yapabilir ancak taraflar sunulan tüm önerileri kabul etmekte serbesttirler. Bununla birlikte arabuluculuk yönteminin tüm iş uyuşmazlıkları çözümünde yeterli olduğu söylenemez.⁵⁶⁸ Üçüncü bir kişinin müdahalesiyle taraflar arasındaki görüş ayrılıklarını gidererek onları birbirlerine yaklaştırmaya çalışan yönteme uzlaştırma denir. Uzlaştırımacı her iki tarafın taleplerini dinleyerek onları ortak bir noktada uzlaşma konusunda ikna etmeye çalışır. Taraflar uzlaştırımacının önerilerini kabul edip etmemekte serbesttirler.⁵⁶⁹

Hakemlik ise, taraflar arasında doğmuş veya ileride doğması muhtemel olan muayyen hukuki ihtilafların, devlet yargısı dışında taraflarca seçilen ve "hakem" denen tarafsız özel şahıs(lar) marifetiyle nihai olarak karara bağlanmasına denir.⁵⁷⁰ Hakemlik de uyuşmazlığa düşen tarafların çıkacak olan kararı kabul edeceklerini önceden kararlaştırmaları (özel hakem) ya da kanunla böyle bir karara uymak zorunda olmaları (kanuni veya zorunlu hakem) şekillerinde görülür.⁵⁷¹

⁵⁶⁷ İş uyuşmazlıklarına yönelik uygulanan AUÇ yöntemleri hak. Bkz. Estreicher/Sherwyn, s.109, 153.

⁵⁶⁸ Estreicher/Sherwyn, ch.31, s.846.

⁵⁶⁹ Çelik, s.498 vd.

⁵⁷⁰ Taşkın, s.8.

⁵⁷¹ Çelik, s.500.

F. AVUKATLIK KANUNUNA GÖRE AVUKATLARIN UZLAŞTIRMA YETKİSİ

Avukatlık Kanununun 35/A ve Av. Kan. Yön. 16. maddesine göre avukatlar, dava açılmadan veya dava açılmış olup ta henüz duruşma başlamadan önce... uzlaşma müzakerelerini yönetebilirler. Düzenlenen madde gereğince avukatlar uzlaşma konusunda kanunen yetkilendirilmiştir. Avukatların yapacağı uzlaşma ise AUÇ yöntemlerinden müzakere metoduna benzemektedir. Avukatlar, uzlaşmaya davet edilen taraflara değişik çözüm tekliflerinde bulunmak, onları yönlendirmek, tavsiyelerde bulunmak ve onları uzlaşma konusunda teşvik etmekle yükümlüdür. Davanın devam etmesi durumunda çıkabilecek ihtimalleri müvekkillerine açıklamalıdır. Avukat hukuki mevzuatı ve Yargıtay içtihatlarını iyi bilmeli ve doğru yönlendirmede bulunmalıdır. Türk hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümü bakımından somut olarak ilk düzenleme sayılan bu madde ile kanun koyucu, ihtilafların dava açılmadan çözümünü sağlamak istemiştir. Bununla beraber avukata uzlaşmayı teklif etme ve uzlaşmayı sağlama yetkisi verilmiştir. Avukatlar bu madde ile aslında AUÇ yöntemlerinde bahsettiğimiz "tarafsız üçüncü kişi" konumuna gelmiştir.

Kanunun 35/A maddesi, AUÇ yöntemlerinin temel özelliği olan gönüllülük ilkesinden kısmen ayrılmıştır. Uzlaşma yoluna başvurmak, isteğe bağlı olsa bile uzlaşma toplantıları sonunda düzenlenen uzlaşma tutanağı ile taraflar bağlıdır. Zira bu tutanak İcra ve İflas Kanununun 38. maddesi gereği ilam niteliği sayılacağından, ulaşılan çözüm şekli tarafları bağlayıcı olacaktır.

Bize göre, AUÇ müzakereleri sonunda yapılan anlaşmanın taraflar açısından bağlayıcı olması, AUÇ yöntemlerinin temel özelliklerine ters düşmektedir. Zira bu yöntemlerin en temel özelliği gönüllülüktür ve taraflar, uzlaşma tutanağının bağlayıcı olup olmayacağını kendileri belirlemelidir. Amerika ve Avustralya gibi ülkelerde uygulama bu yöndedir. Hatta anlaşmaya uymayan taraf için cezai şart veya tazminat da kararlaştırılabilir. Bu nedenle uzlaşma tutanaklarına kendiliğinden ilam niteliği tanımak, tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden uzaklaştıracaktır. Nitekim HUAKT md.18/2'e göre taraflar arabuluculuk sürecinin sonunda bir anlaşmaya varırlarsa bu anlaşmayı, yetkili icra mahkemesine ibraz edip, icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh verilmesini talep edebilirler. Mahkeme şerhini

içeren anlaşma ise ilâm niteliğindeki belgelerden sayılmıştır. Yargıtay ise çeşitli kararları ile mahkeme dışında taraf ve vekillerinin imzası bulunan anlaşmaları veya tarafların sözleşmeye bağlayıcı hükümler koymasına halinde bu sözleşmelerin ilam niteliğinde sayılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.⁵⁷²

G. TÜKETİCİ KANUNUNDA YAPILAN DÜZENLEMELER

Bir mal ya da hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiye "tüketici" denmektedir. (TKHK. md.3/e) Tüketici satın aldığı mal veya hizmet dolayısıyla satıcıya karşı zayıf ve korunmaya muhtaçtır. Bu nedenle Amerika'da hızlı bir örgütlenme ile başlayan tüketici hareketi 1970'lerden sonra Avrupa'ya sıçramış ve İngiltere ile kuzey Avrupa ülkelerinden yayılmıştır.⁵⁷³ Osmanlı Devletinde ise "ihtisap" adlı verilen kontrol teşkilatı esnafın faaliyetleri ile ilgili kontrollerde bulunmaktaydı. Özellikle esnaf teşkilatı bu konuda bir otokontrol mekanizması olarak önemli bir yere sahiptir. Bu mekanizmanın gelişmesinde ahiliğin, büyük rolü olmuştur.⁵⁷⁴

Türk hukukunda, Anayasanın 172. maddesi gereği devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik etmekle yükümlüdür. Buna paralel olarak 1995 yılında 4077 sayılı TKHK kabul edilmiş (RG 22221, 8.3.1995) ve tüketiciler ile satıcılar arasındaki uyuşmazlıkların bir an önce çözülmesi ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla tüketici sorunları hakem heyetleri kurulmuştur.

⁵⁷² Yargıtay 12.Hukuk Dairesi, Esas: 2005/10090, Karar: 2005/13965, Karar Tarihi: 28.06.2005 Özet: Taraflar arasında yapılan takip dayanağı sözleşmenin 22.maddesi gereğince Avukatlık Kanununun 35/A maddesine atıf yapılarak bu sözleşmenin ilam niteliğinde sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Yargılama aşamasında ve borçlu itirazında Avukatlık Kanununun 35/A maddesi koşullarının yerine getirilmediğine ilişkin herhangi bir itirazda ileri sürülmediğine göre borçluların ve kefillerin vekilleri tarafından imzalanan dayanak sözleşmenin Avukatlık Kanununun 35/A maddesi gereğince ilam mahiyetinde olduğunun kabulü gerekirken reddi isabetsizdir. Yargıtay 12.Hukuk Dairesi, Esas: 2006/12239, Karar: 2006/15277, Karar Tarihi: 11.07.2006 Özet: Alacaklı tarafın takibe dayanak yaptığı 30.03.2005 tarihli Gurubu Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi başlığını taşıyan belgenin 1136 Sayılı Kanunun 35/A maddesine uygun olarak borçlu asilleri ve vekilleri ile alacaklı bankalar vekilleri arasında tanzim edildiği görülmektedir. Anılan bu belge İİK'nun 38. maddesi anlamında ilam niteliğindedir. Mahkemenin gerekçesinin aksine yargılamayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. <http://www.mediatorler.org/showthread.php?t=11> (15.06.07).

⁵⁷³ Baykan, Renan, Tüketici Hukukuna İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri, İTO yayınları, 2.Baskı, Yayın no: 2005-41, s.27.

⁵⁷⁴ Baykan, s.27.

Değeri 500 YTL.⁵⁷⁵ altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu uyuşmazlıklarda heyetin vereceği kararlar ise tarafları bağlar. Bu kararlar İcra ve İflas Kanununun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir. Taraflar bu kararlara karşı on beş gün içinde tüketici mahkemesine itiraz edebilirler. İtiraz, tüketici sorunları hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak, talep edilmesi şartıyla hâkim, tüketici sorunları hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir. Tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir. (md.22/5) Değeri 500 YTL. ve üstündeki uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerinin verecekleri kararlar, tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilir.

Tüketici sorunları hakem heyetini bir AUÇ kuruluşu olarak kabul etmek doğru olmayacaktır. Burada tarafların uzlaşmasından ziyade hakem heyetinin bir yargılama faaliyeti ve hüküm verme durumu söz konusudur. AUÇ yöntemlerinin bir çoğunda karar alma mekanizması olmadığı gibi sonuçları da bağlayıcı olmamaktadır. Bu nedenle, mecburi tahkim'e benzer bir uygulama söz konusudur ve hakem heyetine başvuru, bir dava şartı olarak karşımıza çıkmaktadır.

H. AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Türk hukukunda boşanma konusu ve özellikle anlaşmalı boşanma esnasında taraflarca hazırlanan protokol, tez konumuz açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle genel olarak anlaşmalı boşanma konusu incelenirken, anlaşmalı boşanma sırasında mahkemeye sunulan anlaşma protokolünün niteliği ve alternatif uyuşmazlık sözleşmesine konu olup olamayacağı hususunu da açıklamak gerekir. AUÇ şartları, aile hukukunda eşlerin yaptıkları ayrılık anlaşmalarında sıkça görülmektedir. Ancak evlenme sözleşmesinden önce yapılan mal rejimi sözleşmelerinde bir AUÇ şartının kararlaştırılması daha nadirdir.⁵⁷⁶ Ancak Birleşik Devletler gibi ülkelerde görülen boşanma davalarının büyük bir kısmı AUÇ görüşmeleri ile sonuçlanmaktadır. Eşler,

⁵⁷⁵ 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4822 Sayılı Kanun İle Değişik 22. ve Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin 5. Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Arttırılmasına İlişkin Tebliğe (TRKGM-2007/4, RG 26725, 9.12.2007) göre 01.01.2008 tarihinden itibaren tüketici sorunları hakem heyetlerinin kararlarının bağlayıcı olacağına ilişkin üst veya tüketici mahkemelerinde delil olacağına ilişkin alt parasal sınır 827,05 YTL, büyükşehir statüsünde bulunan illerde faaliyet gösteren il hakem heyetlerinin uyuşmazlıklara bakmakla görevli ve yetkili olmalarına ilişkin alt parasal sınır 2.159,08 YTL, olarak tespit edilmiştir.

⁵⁷⁶ Özbek, s. 322.

ödeyecekleri tazminat miktarı, devredeceği menkul, gayrimenkul ve diğer bazı konuları AUÇ görüşmeleri ile belirlemektedir.⁵⁷⁷ Amerikalı birçok hukukçu ve araştırmacı, aile arabuluculuğunun kullanılmasının zorunlu tutulmasında kamu yararı bulunduğu görüşündedir.⁵⁷⁸

I. Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma

Osmanlı devletinde, 1917 yılında muvakkat bir kanunla çıkarılan Aile Hukuku kararnamesinin 130. maddesi ile karı-koca arasında çıkacak ihtilaflarda resmi yargılama dışında tahkim usulünün uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu hükme göre, karı-kocadan biri aralarındaki ihtilaf konusunda hâkime müracaat ettiği takdirde hâkim, tarafların ailelerinden birer hakem seçer ve bir aile meclisi oluşturur. Kurulan aile meclisi tarafların sorunlarını çözmeye yardımcı olmaya çalışır. Bu kararname iki yıl yürürlükte kaldıktan sonra 1919 yılında yine bir muvakkat kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.⁵⁷⁹

Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi ile düzenlenen ve uygulamada anlaşmalı boşanma olarak adlandırılan davalarda tarafların ortak bir anlaşma hazırlayarak bunu mahkemeye sunmaları gerekmektedir. Eşlerin boşanma ve boşanmanın sonuçları üzerinde anlaşmış olmaları halinde, onların bu iradelerine değer verilerek, boşanma olanağının sağlanmış olması, birey iradesine önem veren ileri bir tutumdur.⁵⁸⁰ Kanun koyucu bu fıkrada, bir faraziyeden hareket etmiştir. O da, eşlerin birlikte dava açmaları veya açılan davayı diğer eşin kabul etmesi halinde evlilik birliğinin sarsıldığı kabul edilmesidir.⁵⁸¹

Anlaşmalı boşanma niteliği itibariyle çekişmesiz yargıya tabi bir faaliyet olarak ortaya çıkmaktadır. Boşanmaya karar veren eşlerin, bir yıl süre ile evli kalmış olmaları şartı ile beraber, boşanmanın sonuçları hakkında da anlaşmış olmaları veya bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi, çekişmesiz yargı faaliyetidir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, bir yıllık dava koşulunun gerçekleştiği davaların "çekişmesiz yargı" olarak kabul edilmesi, bir yıllık sürenin dolmadığının anlaşılması halinde ise yargılamanın artık "çekişmeli yargı" haline dönüştüğünün usul hukuku

⁵⁷⁷ Haynes, s.58.

⁵⁷⁸ Parkinson, Lisa, Family Mediation, London 1997, s.350.

⁵⁷⁹ Balcı, s.95.

⁵⁸⁰ Özdemir, Nevzat, Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003, s.107.

⁵⁸¹ Öztan, Bilge, Aile Hukuku, V.Bası, Ankara 2004, s.416.

bakımından kabul edilmesidir.⁵⁸² Doktrinde genel olarak kabul edilen görüş de bu yöndedir.⁵⁸³ Bir yıllık süre dolmadan açılan boşanma davaları ise reddedilmemeli, davanın yargılaması sürdürülürken bir yıllık süre dolarsa dava koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.⁵⁸⁴

Boşanma anlaşması yapılırken, tarafların boşanma konusunda anlaşmalarının yanında, boşanmanın mali sonuçları ve varsa çocukların boşanma sonrası durumlarının ne olacağı hususu da belirlenmiş olmalıdır. Hâkimin de böyle bir anlaşmayı uygun bulması halinde boşanma kararı verilir. Taraflar sözleşmeyi kendileri hazırlayabilecekleri gibi, duruşma esnasında sözlü olarak da beyanda bulunabilirler.⁵⁸⁵

Boşanma davası esnasında taraflar hâkimin teklifiyle veya kendi istekleriyle AUÇ yöntemlerini uygulayabilirler. Bu şekilde tarafların tekrar düşünme fırsatı bulup evlilik birliğinin devam etmesi yönünde karar almaları olasıdır. Taraflardan birinin, boşanma davası devam ederken yapacakları AUÇ görüşmeleri safhasında ölümü halinde ne olacaktır? AUÇ görüşmelerine mirasçılar devam edebilirler mi?

TMK. 181. maddesine göre "*Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler.*"

TMK 181/2 maddesinde ise "*Boşanma davası devam ederken ölen davacının mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması halinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır*" denilmektedir.

Ancak doktrinde bu maddeler tenkit edilmektedir. Uygulamada da bu madde sert eleştiriler almaktadır.⁵⁸⁶ Yargıtay ise mahkemenin duruşmalara devam edip kusur

⁵⁸² Doğan, İzzet, Anlaşmalı Boşanma, Legal Hukuk Dergisi, 2004/2, s.373 vd.

⁵⁸³ Aynı yönde: Özdemir, s. 117 vd. Öztan, s. 421; Özdemir, doktora tezinde çekişmesiz yargı konusuna vurgu yapmak amacıyla çalışmasında, çekişmeli yargıya ait taraf, davalı-davacı terimleri yerine "aile birliğinin tarafları", "evlilik birliğinin tarafları" veya "eşler" terimlerini kullanmaya özen göstermiştir.

⁵⁸⁴ Doğan, İzzet, Türk Medeni Kanununda Süreler, İstanbul 2007, s.113.

⁵⁸⁵ Öztan, s.417.

⁵⁸⁶ Doktrinde Mustafa Dural tarafından eleştirilen ilgili maddede Doğan, boşanma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğunu belirtmektedir. Bu bakımdan ölen davacının mirasçılarında birinin davaya devam etmesi halinde davanın konusuz kaldığı ve "karar verilmesine yer olmadığı" şeklinde karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Doğan, İzzet, Boşanma Davası Esnasında Davacının Ölmesi Halinde Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı, Legal Hukuk Dergisi, 2006/4.

tespiti yapması gerektiği şeklinde karar vermiştir.⁵⁸⁷ Bu nedenle mirasçıların davaya devam etmeleri konusunda tam bir fikir birliği bulunmamaktadır. Doktrinde ise, anlaşmalı boşanma ile ayrılmak isteyen eşlerin davasında TMK. 181/2 maddesi uygulanamaz düşüncesi hakimdir.⁵⁸⁸

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 6/a maddesine göre aile mahkemesi, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere görev alanına giren konularda yetişkinler hakkında evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak, gerektiğinde uzlaştırmaya karar verebilir. Aynı kanunun 7. maddesi ise "Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir." denmektedir.

Kanunda çok açık belirtildiği üzere mahkeme esas incelemesine girişmeden evvel tarafları uzmanlarında yardımıyla sulha teşvik etmelidir. Aile mahkemesinin tarafları bir uzmana yönlendirmesi kanaatimizce, mahkeme katılımlı AUÇ yöntemleri ile birebir benzerdir. Kanun maddesi incelendiğinde, taraflardan arabuluculuk yöntemi ile çözüme ulaşmaları beklenmektedir. Ancak gönüllü AUÇ yöntemlerinden farklı olarak, uzlaştırma yetkisi münhasıran aile mahkemelerindedir.

Fransız Medeni Kanununun 231. maddesi gereğince aile mahkemesi hâkimi eşleri dinledikten ve tarafların boşanmayı istediklerine kanaat getirdikten sonra taraflara 3 aylık düşünme süresi vermek zorundadır.⁵⁸⁹ İsviçre Medeni kanununun 111/2 maddesine göre mahkeme, eşlere 2 aylık düşünme süresi vermek durumundadır.⁵⁹⁰ Amerika'nın birçok eyaletinde, çocuklarla ilgili konular için arabuluculuğun

⁵⁸⁷ 2. HD, 30.06.2003 gün, 2003/8765 E, 2003/9870 K. Sayılı hükmünde, " Türk Medeni Kanununun 181/2.maddesi uyarınca davacı mirasçılarının davaya devam edeceklerini bildirmiş bulunmaları karşısında, davalının kusur nispetinin veya kusursuz olup olmadığının tespiti yönünden davaya devam edilerek sonucuna göre karar verilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.

⁵⁸⁸ Özdemir'e göre TMK. 166/3 maddesi, eşlere birbirlerinin kusurlarını hiçbir şekilde ortaya koymak, bu hususu hiçbir şekilde üçüncü kişilerin bilgi ve incelemesine sunmak zorunda kalmaksızın boşanabilme olanağını sağlamak istemiştir. Davacının ölmesi halinde mirasçılarının yargılamaya devamla kusuru mahkeme önünde tartışır hale gelmeleri, hükmün amacına aykırı düşer. Özdemir, s. 191.

⁵⁸⁹ Özdemir, s.93.

⁵⁹⁰ <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/210.de.pdf> (08.06.07).

kullanılması zorunlu tutulmuştur.⁵⁹¹ Tüm bunlarla beraber TMK. 195/2 maddesi incelendiğinde, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin davalarda uzlaştırma yetkisinin aile mahkemesine ait olduğu ve uzlaşma konusunda tarafların iradelerini aramaksızın gerektiğinde uzlaştırmaya karar verilebileceği sonucuna da varmak gerekir.⁵⁹²

II. Boşanma Protokolü ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi

Türk Medeni Kanununun 166/3 maddesi ile anlaşmalı boşamak isteyen taraflar, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu ile ilgili düzenlemeyi mahkemeye sunmak zorundadırlar. Uygulamada taraflarca veya taraf vekillerince hazırlanan boşanma protokolü, AUÇ sözleşmesi olarak kabul edilebilir mi?

İlk önce boşanma protokolünün hukuki niteliğini incelemek gerekmektedir. Bu protokolün mahkemeye sunulması anlaşmalı boşanmanın maddi koşullarından biri sayılmıştır. Bununla beraber anlaşma hâkimin onay verip hüküm verme anına kadar bağlayıcı değildir.⁵⁹³ Yani taraflar, böyle bir anlaşmadan, hükmün verilme anına kadar, serbestçe dönme hakkına sahiptirler. Nitekim İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) 111/1 ve 112/2 maddeleri de aynı yöndedir.⁵⁹⁴

TMK. 184/5 maddesince tarafların boşanma ve ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar hâkim onayı olmadıkça geçerli değildir. Doktrinde aksi görüşler de vardır.⁵⁹⁵ Kanaatimce dışarıda hazırlanan ve onay için mahkemeye sunulan boşanma sözleşmeleri sulh sözleşmesi olarak kabul edilmemelidir. Çünkü hâkim, tarafların varmış olduğu anlaşmayla bağlı değildir. Hâlbuki diğer mahkemelerde uygulanan sulh yolunda, mahkeme hâkimi tarafların sulh olmasıyla bağlıdır. Önüne gelen boşanma davasında ise olayları değerlendirerek ve tarafları da analiz etmek suretiyle kendi kanaatine göre karar vermelidir. Böyle bir anlaşma ancak, hâkimin vereceği hüküm konusunda fikir edinmesine yardımcı olabilir. Anlaşmalı şekilde boşanmak isteyen eşlerin tazminat, nafaka gibi mali konuların yanında çocukların durumu ve

⁵⁹¹ Parkinson, s.349.

⁵⁹² İldır, s.147.

⁵⁹³ Özdemir, s. 155–157.

⁵⁹⁴ <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/210.de.pdf> (08.06.07).

⁵⁹⁵ Önen'e göre boşanmanın veya ayrılığın fer 'i hükümlerine dair taraflar arasında sulh yapılabilir. Bu tali sonuçlar mali karakterde(tazminat, mal rejimleri, nafaka) olabileceği gibi, kişisel karakterli veya başka bir nevi'den de olabilirler. MK. Bu gibi anlaşmaların hâkimin onayı olmadıkça geçerli olmayacağını öngörmekteyse de, fikrimizce bu hüküm ancak mahkeme dışı anlaşmalar için bir değer ifade eder. Bunlar mahkeme önünde yapılacak olurlarsa, ayrıca mahkemenin onayına lüzum olmasa gerekir. Zira bu anlaşmalar mahkemeler önünde yapılan sulh hükümlerine tâbi olur ve öyle muamele görürler. Önen s.46.

diğer bazı hususlarda boşanma sonrası neler olacağını tartışıp münazara etmeleri ve çözüme ulaşılan konular hakkında mahkemeye bir anlaşma metnini sunmaları gerekmektedir. Uygulamada bu anlaşmaları taraf vekilleri hazırlayıp mahkemeye sunmaktadır.⁵⁹⁶ İsviçre hukukunda bu sözleşmelerin hâkimin onayından önceki dönemde de bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak tarafları bağladığı kabul edilmektedir. Borçlar hukukunun genel kaideleri çerçevesinde, irade sakatlığı nedeni ile fesh edilebileceği, ayrıca hâkimden de anlaşmanın onaylanmamasının istenebileceği kabul edilmektedir.⁵⁹⁷

Kanaatimizce tarafların mali ve diğer konularda oturup ortak bir karara varmaları AUÇ yöntemleri uygulamalarına benzerlik göstermektedir. Özellikle üzerinde uzlaşılan konularda bir protokol yapılması ve bu protokolün mahkeme onayına kadar bağlayıcı olmaması, yani sözleşmeden serbestçe dönebilmeleri AUÇ sözleşmesinin özellikleri ile örtüşmektedir. Kaldı ki böyle bir sözleşme maddi hukuk alanına giren bir sözleşme olarak görünmektedir. Taraflar böyle bir protokol yapmakla herhangi bir borç yükü altına da girmediklerinden AUÇ sözleşmesine benzer nitelikler vardır. TMK, anlaşmalı boşanma protokolünün yazılı şekilde olmasını şart olarak aramamıştır. Eşler boşanma üzerindeki anlaşmalarını mahkeme hâkimine sözlü olarak da iletebilirler. Bu özelliği ile de AUÇ sözleşmesinin şekil şartlarıyla paralellik göstermektedir. Hazırlanan sözleşmenin bağlayıcı olmamasının nedeni, kanun koyucunun aile birliğine vermiş olduğu önemden kaynaklanmaktadır.⁵⁹⁸

III. Aile Mahkemeleri Bünyesinde Çalışanlar

4787 sayılı kanunun 5. maddesine göre her aile mahkemesine, bir tane psikolog, bir tane pedagog ve bir tane de sosyal çalışmacı olmak üzere, en az üç tane uzman atanması kabul edilmiştir. Bu uzmanlar, birbirine alternatif değil, hepsinin birlikte atanması kabul edilmiştir. O nedenle, kural olarak, her aile mahkemesinde bu uzmanlardan birer tane bulunacaktır.⁵⁹⁹ Ancak uygulamada mahkemelerin bu uzmanlardan faydalanmadığını rahatlıkla söylemek mümkündür. Burada dikkat

⁵⁹⁶ Taraf vekillerinin, boşanma arabuluculuğu toplantılarına katılıp katılmamaları konusu Amerikan hukuk sistemi içerisinde sürekli tartışıla gelen bir konu olmaktadır. Özellikle müvekkillerini etkilemek ve dava yolunu özendirmeyle eleştirilen avukatların, bazı istisnai durumlar haricinde boşanma esnasındaki arabuluculuk toplantılarına katılmaması tercih edilmektedir. Marguiles, Sam, Working With Divorcing Spouses, Newyork 2007, s.133-134.

⁵⁹⁷ Özdemir, s.154

⁵⁹⁸ Boşanma anlaşması hakkında geniş bilgi için bkz. Haynes, s.78 vd.

⁵⁹⁹ Tercan, Erdal, Türk Aile Mahkemeleri, (AÜHFD, 2003, C. 52, sayı.3 s.19-53). s. 29.

edilmesi gereken husus, tarafları boşanmadan vazgeçirmek için mi yoksa boşanmanın sonuçları konusunda uzlaşmak için mi arabuluculuk yöntemine başvurulduğunun tespiti konusudur.⁶⁰⁰ Aile hukukuna ilişkin arabuluculuk yöntemlerinin temel amacı ayrılmaya karar veren çiftlerin, boşandıktan sonraki koşulları değerlendirmek ve ortak karar vermelerini sağlamaktır. Aile hukukuna ilişkin arabuluculuk yönteminde arabulucunun üç çeşit rol üstlendiği belirtilmektedir, bunlar; asgari müdahale, direkt müdahale ve iyileştirici müdahale rolleridir.⁶⁰¹ Aile hukukuna ilişkin arabuluculuk mahkeme içi ve mahkeme dışı arabuluculuk olarak iki kısma ayrılmıştır.⁶⁰²

Aile birliğinin korunması ve bu yönde tedbirler alınması toplumun geleceği açısından büyük bir ihtiyaç ve gerekliliktir. Boşanmaya karar veren eşlere tekrar konuşma ve aralarındaki sorunu çözümü fırsatı tanımak toplum yapısı açısından önemlidir. Özellikle çocuklu çiftlerin velayet konusunda uzlaşmaları çocuk psikolojisi bakımından önem arz ettiği gibi çocukların ruhsal olarak sağlıklı yetişmesini neden olur. Böyle bir anlaşma tarafların sorumluluklarını da paylaşmasını sağlar.⁶⁰³ Mahkeme nezdinde çalışan psikolog, pedagog veya uzman çalışmacının hukuki niteliği konusunda tam bir görüş birliğinden bahsedilemez. Bu uzmanları HUMK. md. 275 vd. maddelerine göre bilirkişi saymak mümkün müdür?

HUMK anlamında bilirkişilik, davada ortaya çıkan olayın çözümü açısından gereken teknik ve özel bilgilere ihtiyaç duyulması nedeniyle başvuru bir kurumdur. Hâlbuki uzmanlar dava konusu sorunların nedenlerini araştırmak ve bunlara çözüm bulabilmek amacıyla tayin edilirler. Bilirkişilerin tarafları uzlaştırıcı veya sorunlara çözüm bulma gibi bir görevi yoktur. Bilirkişilerin ücreti taraflarca karşılanmakta ve bilirkişi seçimi de tarafların ortak anlaşması ile yapılmaktadır. Mahkeme nezdinde çalışan uzmanlar ise devlet memuru niteliğinde olup maaşları da devlet tarafından karşılanmaktadır. Bu uzmanlar, davanın açıklığa kavuşturulması, hâkimin, ailenin ve çocukların durumları hakkında daha iyi bilgi sahibi olması ve bunların durumuna uygun kararlar verilmesini, verilen kararların, ailenin ve çocuğun durumuna uygun

⁶⁰⁰ Herring, Jonathan, Family Law, 2nd Ed., Essex 2004, s.114.

⁶⁰¹ Marguiles, s.77 vd; Bu kavramlar hakkında daha geniş bilgi ve açıklamalar için bkz. Herring, s.115

⁶⁰² Herring, s.114; Bu konu hakkında daha geniş bilgi için bkz. Marguiles, s. 134 vd.

⁶⁰³ Haynes, s.78.

olarak yerine getirilmesini sağlamak için hâkime yardımcı personeller olarak görülmektedir.⁶⁰⁴

Aile mahkemelerinde eşlerin üçüncü bir kişi rehberliğinde uzlaşması AUÇ yöntemlerinden arabuluculuk ile büyük ölçüde örtüşmektedir. AUÇ yöntemlerindeki tarafsız üçüncü kişi (neutral) gibi, mahkeme bünyesinde çalışan uzman kişi de (pedagog, psikolog, sosyal çalışmacı) tarafsız olmalıdır. Yine mahkeme bünyesindeki uzman kişinin de aynen AUÇ yöntemlerindeki tarafsız üçüncü kişi gibi sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Arabuluculuk yönteminde kullanılan ve tarafsız üçüncü kişinin yapması gereken, tarafları yatıştırmak, duygu ve düşüncelerin açıklanmasını kolaylaştırmak ve gerektiğinde onlara danışmanlık yapmak gibi görevler mahkeme bünyesinde çalışan uzmanların görevleriyle neredeyse aynıdır. Ayrıca arabuluculukta kullanılan uyuşmazlığın çözüm süreci üzerinde kontrol, tarafları ikna etme ve yeni öneriler sunma gibi yöntemler mahkeme bünyesinde çalışan uzmanların kullandığı yöntemlerle benzerlik göstermektedir.⁶⁰⁵ Bunlarla birlikte hem AUÇ yöntemlerindeki tarafsız üçüncü kişinin hem de mahkeme nezdinde çalışan uzmanın bağlayıcı bir karar verememesi, tarafları ortak bir noktada uzlaştırmaya çalışması diğer bir benzerliktir. Hatta 5. maddenin ikinci fıkrasına bakıldığında, bazı durumların varlığı halinde mahkeme, uzlaştırma hizmetini serbest meslek icra edenlerden alabilir demektedir. Böyle bir durum AUÇ hizmetlerinin, özel AUÇ kuruluşlarınca olmasa da buna benzer şekilde alınabileceğini göstermektedir. Hizmetin bu şekilde alınması, Birleşik Devletler ve Avustralya gibi ülkelerdeki uygulamalarla aynıdır.

Görev, nitelik ve yükümlülükler karşılaştırıldığında, kanaatimizce tüm bu sayılan benzerlikler nedeniyle aile mahkemesi nezdinde çalışan bir psikolog veya pedagoğu, uzlaştırmacı ya da arabulucu olarak kabul edebiliriz. Bize göre aradaki tek fark, AUÇ yöntemlerinde tarafsız üçüncü kişi (neutral) yetkisini taraflardan alırken, (mahkeme katılımlı ADR yöntemleri hariç) aile mahkemesi nezdinde çalışan uzman kişi, yetkisini mahkemeden almaktadır.

⁶⁰⁴ Tercan, s. 33.

⁶⁰⁵ Aile terapisti ve aile arabuluculuğu hakkında geniş bilgi için bkz. Parkinson, s.85.

§ 8. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN YERİNE GETİRİLMESİ

AUÇ sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu yukarıda belirtmiştik. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflar, yüklendikleri edimleri yerine getirmek suretiyle yükümlü oldukları borcu ifa etmiş olurlar.⁶⁰⁶ Sözleşme ile kararlaştırılan sonucun elde edilmesiyle de sözleşme olağan şekilde sona ermiş olur. Tarafların uyuşmazlık hakkında mutlaka bir çözüme ulaşması beklenmez ancak, sözleşmede kararlaştırılan AUÇ yöntemlerinin iyi niyetli olarak taraflarca uygulanması AUÇ sözleşmesi gereği bir yükümlülüktür. AUÇ sözleşmesinin tarafları belirlenen yerde ve belirlenen sayıdaki AUÇ toplantılarına katılmakla yükümlülüklerini yerine getirmiş olurlar. AUÇ toplantıları sonunda tarafların çözüme ulaşıp ulaşmamasının ise bir önemi yoktur.

Sözleşmede tayin edilen AUÇ görüşme sürelerinin dolması veya tayin edilen toplantı sayılarına ulaşılması da sözleşmeyi olağan şekilde sona erdiren sebeplerdir. Taraflar sözleşmede belirlenen toplantılara katılmak suretiyle sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmiş olurlar. Yapılan müzakereler sonucu tarafların uzlaşması halinde hazırlanan anlaşmanın imzalanmasıyla da AUÇ sözleşmesinin sona erdiği kabul edilir. (HUAKT md. 17/a)

B. TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ VEYA FİİL EHLİYETİNİ KAYBETMESİ

AUÇ sözleşmesi veya şartının devamı sırasında taraflardan birinin ölümü ya da fiil ehliyetini kaybetmesi halinde durum ne olacaktır? Eğer bu soru tahkim sözleşmesi için sorulsaydı böyle bir durumda tahkim şartı ortadan kalkmaz ve ölenin mirasçıları bakımından sözleşme devam ederdi. Kanımızca, AUÇ sözleşmesi taraflarından birinin sözleşme devam ederken ölmesi, prensip olarak sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmez, ancak AUÇ yöntemleri gönüllülük esasına dayandığından, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını gerektirdiğinden ve tahkim gibi bağlayıcılık unsuru içermediğinden dolayı mirasçıların AUÇ yöntemlerine devam edip etmeme

⁶⁰⁶ Oğuzman/Öz, s.256; Reisoğlu, s.233.

yönündeki iradesi önemli olacaktır.⁶⁰⁷ AUÇ sözleşmesi taraflarından birinin fiili ehliyetini kaybetmesi halinde ise, sözleşmenin devam edip etmeyeceğine dair kararı, vasi veya kayyımın vermesi uygun olacaktır. Sözleşmede tarafların birlikte seçmiş oldukları veya özel AUÇ hizmeti veren kuruluş tarafından atanan tarafsız üçüncü kişinin ölümü ise, alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesini sona erdirmez. Taraflar böyle bir durumda nasıl bir yol izleyeceklerini sözleşmeye yedek bir kural ekleyerek düzenleyebilirler.

C. TARAFLARIN KARŞILIKLI OLARAK SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRMESİ

Uyuşmazlık taraflarının ortak akdettikleri AUÇ sözleşmesi, aksine bir hüküm yoksa istenildiği zaman taraflarca sonlandırılabilir. (HUAKT md.17/ç) Taraflar bu nedenler dışında sözleşmeden kaynaklanan diğer nedenlerle de karşılıklı anlaşmayla sözleşmeyi sona erdirebilirler.⁶⁰⁸

D. SÖZLEŞMENİN FESHİ

I. Tarafların veya Taraflardan Birinin Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Toplantılarına Katılmaması veya Toplantılardan Çekilmesi

Sözleşme taraflarından birinin kararlaştırılan yer ve saatte AUÇ toplantılarına mazeretsiz olarak katılmaması halinde AUÇ görüşmelerinin son bulduğu ya da başarısız olduğu kabul edilir. Bu durumda yapılan sözleşmede son bulmuş olacaktır. Toplantıya katılmama sayıları, anlaşma ile veya bazı eyalet kanunları ya da özel AUÇ kuruluşlarının yönetmelikleri ile belirlenmektedir. Örneğin taraflar anlaşmayla, iki oturum üst üste AUÇ toplantılarına katılmayan tarafın kusurlu olacağını kararlaştırabilir ve cezai şart ekleyebilirler veya sözleşme taraflarından biri, diğer tarafın mazeretsiz olarak AUÇ oturumlarına katılmadığı hallerde dava yoluna başvurma hakkına sahip olacağı sözleşmede kararlaştırılabilir. Tarafsız üçüncü kişi (neutral) toplantıya mazeretsiz olarak katılmayan ya da toplantıyı terk eden taraf hakkında bir rapor tutar ve bu durumu belgelendirir.⁶⁰⁹ Devam eden AUÇ görüşmeleri sırasında da taraflardan birinin AUÇ toplantılarını terk etmesi ya da

⁶⁰⁷ Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. Spencer/Brogan, s.358.

⁶⁰⁸ Grubb/Furmston, s.1479 vd.

⁶⁰⁹ Petley, s.7.

toplantılardan çekildiğini bildirmesi yine sözleşmenin son bulması anlamına gelecektir. (HUAKT md.17/c)

II. Tarafların veya Taraflardan Birinin Alternatif Uyuşmazlık Çözümü

Sözleşmesinde Kararlaştırılan Masrafları Ödememesi

AUÇ sözleşmesi yapılırken taraflar, bu sözleşmeden doğan tüm masrafları da ödeme yükümlülüğü altındadır. Tarafsız üçüncü kişiye ödenecek ücret, tarafsız üçüncü kişinin seyahat giderleri, tebligat ücretleri veya uzman bilirkişi yardımı gibi konulardan doğacak masraflar sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit biçimde karşılanmalıdır. HUAKT'nın 7/2 maddesi de taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça ücret ve masrafların taraflarca eşit olarak karşılanacağı hükmünü getirmiştir.⁶¹⁰ Buna göre, taraflardan birinin sözleşmeden kaynaklanan masrafları ödememesi ve hatta geciktirmesi dahi sözleşmenin haklı nedenle feshini gerektiren bir durumdur.⁶¹¹

III. Taraflardan Birinin Devlet Yargılamasına veya Tahkim Yoluna

Başvurması

Prensip olarak bağlayıcılığı bulunmayan alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi, tarafların devlet yargılamasına başvurmasına engel değildir. Ancak sözleşmede kararlaştırılan çözüm yöntemlerine başvurmadan, doğrudan devlet yargısına başvurmak bu yöntemlerin benimsenmediği anlamına gelmekle birlikte, sözleşmenin zımnı olarak ortadan kalktığı anlamını taşımaktadır.⁶¹² Bu nedenle, devlet yargılamasına veya tahkime yapılan bir başvurunun sözleşmeyi sonlandırdığı kabul edilmelidir.

⁶¹⁰ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm>

⁶¹¹ Grubb/Furmston, s.1479 vd.

⁶¹² İldr, s.65.

E. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN İPTALİ

I. Hata

Borçlar Kanununun 23. maddesinde düzenlenen hata,"Akit yapılırken esaslı bir hataya duçar olan taraf, o akit ile ilzam olunamaz" denilmiştir. Geniş anlamda hata, bir olay veya durum hakkında bilgisizliği ifade eder. İngiliz hukukunda temel prensip hata kavramının sınırlanması ilkesi yani istisnai durumlarda hatanın kabulünün söz konusu olduğudur.⁶¹³

Hata çeşitlerinden biri olan saik hatası, Borçlar Kanununun 24/2 maddesi gereği esaslı hata değildir ve bu nedenle de sözleşmenin geçerliliğine etkisi olmaz. Beyan hatası da gerçek anlamda bir irade sakatlığı hali değildir.⁶¹⁴

Borçlar Kanunu 23.maddesi gereği sözleşmelerin geçerliliğine esaslı hata etki eder. Esaslı hataya düşen tarafın sözleşmenin iptalini isteme hakkı vardır. İptal teorisine göre akit yapıldığı andan itibaren geçerli ve bozucu şarta bağlıdır. Yani iradesi sakatlanan taraf iptal hakkını kullanmadığı sürece sözleşme geçerliliğini korumaktadır. İptal hakkının kullanılmasıyla da sözleşme geçmişe etkili bir biçimde ortadan kaldırılabilir.⁶¹⁵

AUÇ sözleşmesinde hata, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin BK. 24/1 maddesine göre taraflardan biri başka bir akit konusunda çıkabilecek bir uyuşmazlık için sözleşme yapmış olabilir. Tarafların aslında AUÇ görüşmelerine Türk hukukunu uygulamaya karar vermeleri ancak sözleşmede Amerikan hukukunun uygulanacağı hükmü hata konusunda bir başka örnektir. Tarafların A şahsı yerine B şahsını sözleşmede tarafsız üçüncü kişi olarak atamaları şahısta yapılan hataya örnek olabilir.⁶¹⁶

II. Hile

Borçlar Kanunu madde 28'de düzenlenen hile kavramı, "bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya veya sözleşme yapmaya yöneltmek için o kimsede yanlış bir

⁶¹³ Poole, s.100.

⁶¹⁴ Eren, s.459 vd.

⁶¹⁵ Eren s.494.

⁶¹⁶ Spencer/Brogan, s. 358; Hata kavramı ve hata türleri için bkz. Poole, s.100-122; Grubb/Furmston, s.878-945.

düşünce uyandırmak ya da yanlış düşünceyi devam ettirmek amacıyla yapılmış hareketler" olarak tanımlanabilir. Kısaca "bir kimsenin hukuki bir işlem yapmasını sağlamak için onu bilerek yanıltmak" şeklinde de tarif edilebilir.⁶¹⁷ Hileye düşer olan taraf 28. madde gereği sözleşmeyle bağlı değildir. 1889 yılında *Derry v Peek* davasına bakan Lordlar Kamarası, hileyi "karşı tarafın dikkatsizliği veya bilgisizliğinden faydalanarak, kişiyi gerçeklerden uzaklaştırma" olarak tanımlamıştır.⁶¹⁸

Hatadan farklı olarak hile de kişinin yanıltılması söz konusudur. Lâkin hata da kişi yanıltılmaktadır. Hilede irade sakatlığı iradenin bildiriminde değil iradenin oluşumu esnasında oluşmaktadır. Bu irade sakatlığı da başka birinin bilek ve isteyerek yanıltılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Hilenin oluşabilmesi için dürüst olmayan bir davranışın karşı tarafın gerçeği bilmesine engel olması da gerekmektedir.⁶¹⁹

III. İkra

Borçlar Kanununun 30. maddesi ile düzenlenen ikrah (korkutma) kişinin irade serbestisinin ihlali suretiyle onu gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunmak zorunda bırakan hukukun caiz görmediği davranışlardır. Sözleşmenin veya hukuki işlemin taraflarından birini sözleşmeyi yapmağa razı olmadığı takdirde kendisine ya da yakınlarından birine bir zarar verileceği tehdidi ile korkutmaktır.⁶²⁰

İkra'nın asli unsuru korkutma ve tehdittir. Korkutma maddi olabileceği gibi manevi bir tehditle de vuku bulabilir. İkra durumunda bir sözleşme yapma iradesi mevcuttur ancak bu irade kişinin özgür iradesi değildir. Borçlar Kanunu, tehdit nedeniyle sözleşmenin geçersizliğe uğraması için, tehdidin ağır ve derhal gerçekleşecek bir tehlike altında olması gibi, bazı ağırlaştırıcı vasıflar aramaktadır.⁶²¹

İkra'nın varlığı sebebiyle kişinin hür iradesi sakatlanmış sayılmaktadır. Korkutulan tarafın iptal bildirimini diğer tarafa iletmediği andan itibaren sözleşme sona erer. İptal hakkı tek taraflı karşı tarafa varması gerekli irade bildirimini ile kullanılır. Bozucu yenilik doğuran bir hak olduğundan şarta bağlı tutulamaz. İptal hakkı korkutmanın

⁶¹⁷ Özkaya, s.186; Bıçakcı, s.101.

⁶¹⁸ Poole, s.533.

⁶¹⁹ Poole, s.533.

⁶²⁰ Feyzioğlu, s.164 vd; Oğuzman/Öz, s.97.

⁶²¹ Bıçakcı, s.103.

ortadan kalktığı andan itibaren 1 yıl içerisinde kullanılmalıdır zira bu süre hak düşürücü süredir.⁶²²

Sözleşme taraflarından birine ya da yakınlarına yapılan bir tehdit sonucunda bu sözleşme yapılıyorsa, diğer taraf sözleşmeyle bağlı değildir. Prensip olarak AUÇ sözleşmesinin gönüllülük esasına dayandığı düşünülmele beraber, özellikle mahkeme katımlı AUÇ usullerinde veya AUÇ usulleri yolunun zorunlu tutulduğu hallerde ikrahtan daha açık söz edilebilir. Örneğin aile mahkemesinin çiftleri uzlaşma yoluna sevk etmesinden sonra kocanın, çocuklarını öldürme tehdidiyle, eşinin istediği tazminat miktarından vazgeçirebilir ve bu tehdit altında eşler boşanma protokolü imzalayabilirler veya bir kadın, AUÇ görüşmeleri sırasında kocasının ticari sırlarını açıklamakla tehdit ederek AUÇ görüşmeleri sonunda düzenlenen anlaşmayı kabul ettirebilir.⁶²³

IV. Gabin (Aşırı Faydalanma)

Borçlar Kanunu 21. maddesinde düzenlenen gabinden söz edebilmek için taraflardan birinin, diğerinin şahsında mevcut olan özel bir durumu bilerek istismar etmesi, sömürmesi sonucunu meydana getirmesi gerekir.⁶²⁴

Gabin iki tarafa borç yükleyen akitlerde söz konusudur. Gabinin objektif ve subjektif olmak üzere iki unsuru vardır. Objektif unsurda taraflar arasındaki edimler arasında aşırı bir dengesizlik söz konusu olabilir. Tarafların yerine getirecekleri edimler arasında açık bir şekilde fark olması gerekmektedir. Edimler arasındaki nispetsizlik unsuru piyasa, pazar, arz ve talep dengelerine göre belirlenebilir.⁶²⁵

Sübjektif unsurlarda ise zarar gören tarafın zayıflık halleri önem arz eder. Kanuna göre zayıf olma durumları zarar görenin zorda olması durumu (müzayaka), tecrübesizliği ve düşüncesizlik halleridir. Gabin halinde, sözleşmenin kurulmasından itibaren işleyen bir yıllık hak düşürücü süre vardır.⁶²⁶

⁶²² Özkaya, s.376.

⁶²³ Spencer/Brogan, s.358.

⁶²⁴ Eren, s.502.

⁶²⁵ Reisoğlu, s.112; Oğuzman/Öz, s.113.

⁶²⁶ Bıçakçı, s.109.

F. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ

I. Hukuka Aykırılık

BK. 19. maddesi "bir sözleşmenin konusu, kanunların gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunabilir" şeklindedir. Yapılan bir sözleşmenin konusu kamu düzenine ve emredici hukuk kurallarına aykırı ise akit butlan hükümlerine tabi olur. Batıl bir akit, başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki muamele olup, hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacağı gibi hiçbir hukuki sonuç da doğurmaz. Bu nedenle butlan zamanla ortadan kalkmaz, tarafların icazet veya teyidi ya da edimlerin ifasıyla sağlık (sıhhat) kazanmaz. Butlan sebebi ortadan kalkmış olsa dahi sonuç değişmez. Tam butlan hali, ilgili herkes tarafından istenilen zamanda ileri sürülebilir.⁶²⁷

Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi bakımından konu incelendiğinde sözleşme konusunun ifası imkânsız ya da hukuka aykırı bir şekilde düzenlenmemiş olması gerekir. Kamu düzenine, devletin otoritesine ve suç işlemeye yönelik sözleşmeler de aynı hükümlere tabi olacaktır.⁶²⁸

Örneğin ülkemizde yasak olan kumarhane oyun aletlerinin satışı dolayısıyla yapılan satım sözleşmesi ve buna bağlı AUÇ maddeleri de geçersiz olacaktır. Yapılaşmanın yasak olduğu SİT alanı içerisine izinsiz yapı yapmak isteyen tarafların yaptıkları inşaat sözleşmedeki AUÇ şartı da hüküm ifade etmeyecektir. Bunlar dışında fiil ehliyetine sahip olmayanlar, temyiz kudretinden yoksun bulunanlar ve muvazaalı sözleşmelerde tam butlan hükümlerine tabidirler.

II. Genel Ahlaka ve Adaba Aykırılık

Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin ahlak ve adaba aykırı bir şekilde düzenlenmesi veya dolaylı bir şekilde ahlak ve adaba aykırı bir amaç taşıması halinde sözleşmenin batıl olduğu kabul edilmelidir. BK.20. maddesi "Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır." şeklinde açık hükümler içermektedir.⁶²⁹

⁶²⁷ Eren, s.406.

⁶²⁸ Poole, s.603.

⁶²⁹ Genel ahlaka ve adaba aykırılık konusu hakkında geniş bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s.134 vd; Poole s.604.

BK. 20/2 maddesi göz önüne alındığında butlan sebebi alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin bir hükmünde varsa ve diğer kısımlar bu hüküm olmadan da geçerliliğini koruyorsa burada kısmi butlan söz konusu olur. Bu durumda akdin tümü değil belli bir kısmının geçersizliğinden söz etmek mümkündür. Kısmi butlanın söz konusu olması için, hükümsüzlüğü gerektiren sakatlığın akdin sadece bir kısmına inhisar etmesi ve akdin geri kalan kısmını muteber tutmanın tarafların farazi iradelerine uygun sayılmasıdır.⁶³⁰ Eğer akitte batıl olan kısım olmadan akdin yapılamayacağı anlaşılıyorsa artık burada tam butlandan söz etmek gerekir.⁶³¹

⁶³⁰ Oğuzman/Öz, s.134 vd.

⁶³¹ Bıçakçı, s.107-109.

SONUÇ

Taraflar arasında çıkmış veya çıkabilecek bir uyuşmazlığın, devlet yargısına başvurulmadan, tarafsız ve adil üçüncü bir kişi vasıtasıyla çözümlenmesine alternatif uyuşmazlık çözümü AUÇ (ADR) denmektedir. Türk hukukunda son zamanlarda duymaya başladığımız alternatif uyuşmazlık çözümleri, esasen Osmanlı hukuk sisteminden beri uygulanmaktadır. Osmanlı Şer'iyet sicillerinde, ihtilafın taraflarının mahkeme yargılaması sırasında bir uzlaştırıcı tarafından uzlaştırıldıklarını ve bu uzlaşmanın taraflarca mahkemede ikrar ve kabul edilerek kararın oluşturulduğunu ve sicillere şerh edildiği görülmektedir. Günümüzde hala büyük aileler arasında çıkan töre veya kan davalarında bölgenin önde gelen aileleri ve hatta o şehrin mülki amirleri dahi arabuluculuk görevini üstlenerek tarafları barıştırmaya çalışmaktadır. Teknolojik gelişmelere paralel ticari ilişkilerin de gelişmesiyle taraflar arası uyuşmazlıkların sayısında ciddi artışlar yaşanmış ve mahkemeler açılan davalarla iş göremez duruma gelmişlerdir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanması birçok hukuk sistemine fayda sağlamasına karşın, bazı sakıncaları da beraberinde içermektedir.

Dünyadaki birçok hukuk sisteminde uzun süreden beri uygulanan alternatif yöntemlerin çıkmasındaki temel düşünce, adalete daha hızlı ve daha ucuz bir şekilde ulaşma isteğidir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gelişmesi ülkeden ülkeye farklılık göstermekle beraber, Anglo-Sakson ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde hızlı bir şekilde gelişmiş ve geniş bir uygulama alanına yayılmıştır. Buna karşın Kara Avrupa'sı hukuk sistemine tabi ülkelerde bu yöntemler yeni yeni kanunlaşmaya başlamıştır. Türk hukuk sisteminde ise, alternatif yollar çeşitli kanunlarda düzenlenmiş, bir kısım alternatif uyuşmazlık yöntemlerini düzenleyen Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ise, halen taslak olarak tartışılmaya devam etmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözümü (AUÇ) sözleşmesi, tarafların ortaya çıkmış veya ileride çıkabilecek bir uyuşmazlığı, alternatif yöntemlerle çözmek istediklerinin

ifadesidir. Gönüllülük prensibine dayanan bu sözleşmenin bağlayıcılığı Anglo-Sakson ve Anglo Amerikan sistemlerinde yine tarafların kendi iradelerine bırakılmıştır. AUÇ sözleşmesini yapan taraflar, sözleşmede olması gereken asgari düzenlemeleri yapmak zorundadırlar. Sözleşmenin sıhhati ve bağlayıcılığı açısından bu şarttır. Örneğin İngiliz mahkemeleri, sözleşmedeki masrafların nasıl paylaşılacağına kararlaştırılmaması veya tarafsız üçüncü kişinin kim olacağı ve nasıl tayin edileceğinin belirlenmemesi durumlarında, sözleşmenin bağlayıcı olmadığı yönünde kararlar vermişlerdir. Bu nedenle mahkemeler AUÇ yollarını tüketilmesi gereken bir safha olarak görmekte ve tarafları AUÇ yöntemlerini uygulama konusunda zorlamakta ancak sonuçları bakımından serbest bırakmaktadırlar.

Bir sözleşmenin hukuki niteliği yargılamaya olan etkisine göre belirlenir. Usul hukuku alanına giren sözleşmeler davayı veya dava yolunu doğrudan doğruya etkilerler. Maddi hukuk etkilerine sahip olup aynı zamanda usuli yan sonuçları da olan sözleşmelerde ise önemli olan, doğrudan amaçlanan hukuki sonuçlardır. Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinde tarafların yargılamaya veya usule ilişkin bir etki yaratmak veya bir sonuç doğurmak konusunda irade beyanları olduğundan bahsedilemez. Bu nedenle Türk hukukunda bu sözleşmenin, Anglo-Sakson veya Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinin aksine, devlet yargılamasına olumsuz bir etkisi yoktur. Taraflar, bu sözleşmeye rağmen istedikleri aşamada dava veya tahkim yoluna başvurabilirler.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının genel gerekçe bölümünde, arabuluculuğun ihtiyari olması gerektiği vurgulanmakta ve dava yoluna başvurmaya engel bir düzenlemenin de yapılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, dava yoluna başvurmaya engel bir ifadenin de kullanılmamasına bilhassa özen gösterildiği düşüncesindeyiz. Hâlbuki Anglo-Sakson ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde belli kriterleri içeren bir AUÇ şartı veya bir AUÇ sözleşmesi, tarafların dava yoluna başvurmasına engel teşkil etmekte ve açılmış olan bir davanın durmasına neden olmaktadır. Türk hukuk sisteminde AUÇ sözleşmesi, kaynağını borçlar hukukundan alan ve sonuçlarını da borçlar hukuku alanında gösteren maddi hukuk sözleşmesi karakterini taşıyan bir sözleşmedir.

Kanaatimize göre, Türk hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanacağı en geniş alan ilamsız icra takipleridir. İlamsız icra takipleri, çoklukla herhangi bir dava söz konusu olmadan tarafların icra dairelerinde çözebilecekleri uyuşmazlıklardır. Bununla beraber, anlaşmalı boşanmaya karar veren eşlerin mahkemeye sunmuş oldukları boşanma protokolü ise, bize göre alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesinin unsurlarını taşımaktadır.

Sonuç olarak, Türk hukukunda AUÇ yöntemleri ve buna bağlı olarak AUÇ sözleşmesinin kullanılması artık zaruri bir hal almıştır. Mahkemelerin iş yükü ve davaların ortalama yargılama süreleri dikkate alındığında AUÇ yöntemlerine olan ihtiyaç daha iyi anlaşılacaktır. Bize göre, belirlenen bir meblağa kadar olan ihtilaflarda AUÇ yöntemlerinin kullanılması yasal düzenlemeyle zorunlu kılınmalı, ancak sonuçları bakımından taraflar serbest bırakılmalıdır. Örneğin, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, maddi hasarlı trafik kazaları, sigorta uyuşmazlıkları ya da düşük meblağlı iş uyuşmazlıkları ile belli bir miktarın altındaki tazminat, kira hukuku veya kat mülkiyetinden kaynaklanan sorunlar ve nafaka talepleri dava açılmadan önce AUÇ yollarından birine başvurularak çözümlenebilir. Küçük meblağlı uyuşmazlıkların büyük meblağlı uyuşmazlıklara oranla daha hızlı ve net sonuçlar vereceği kanaatindeyim. Zira davaların uzun sürmesi ve yapılacak masraflar göz önüne alındığında, tarafların kısa zamanda çözüme ulaşmak isteyeceklerini tahmin etmek zor değildir. Bu sayede belli bir miktara kadar olan ihtilafların, mahkeme önüne gelmeden çözüme ulaşma ihtimali yükselmiş olmakla birlikte, düşük miktarda talepler için mahkemeler meşgul edilmeyecek ve açılacak dava sayısında ciddi oranlarda azalma sağlanacaktır.

KAYNAKLAR⁶³²

- AKİPEK, Şebnem /
KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan** : Sözleşmeler Rehberi, 2.Bası, Ankara 2002.
- ALANGOYA, Yavuz** : Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.
- ALANGOYA, Yavuz/
YILDIRIM, M.Kamil/
DEREN YILDIRIM, Nevhis** : Medeni Usul Hukuku Esasları, IV. Bası, İstanbul 2004.
- BALCI, Muharrem** : İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999.
- BARRETT, Jerome T.** : A History of Alternative Dispute Resolution, San Francisco 2004.
- BAŞÖZEN, Ahmet** : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı'na Dair Değerlendirme, EÜHFD, C.II, Sayı:1-2, 2007, (s.235-239).
- BAYKAN, Renan** : Tüketici Hukukuna İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri, 2.baskı, İTO yayınları, Yayın no: 2005-41.
- BERKİ, Şakir** : Borçların Sukutu, AÜHFD, 1955, Cilt XII, s. 216-267.
- BIÇAKCI, Levent** : Mirastan Feragat Sözleşmesi, İstanbul 1999.
- BOULLE, Laurence /
NESIC, Miryana** : Mediation: Principles, Process, Practice, Sussex 2006.
- BROWN, Henry J./
MARRIOTT, Arthur L.** : ADR Principles and Practice, 2nd Ed., London 1999.
- CAMPBELL, Dennis /
HEPPERLE, Winifred** : The U.S. Legal System-a practice handbook, Netherlands 1983.

⁶³² Aynı yazarın birden fazla eserine atıfta bulunulmuşsa, kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir. Kısaltması gösterilmeyen eserler, metinde yazarın soyadı ile belirtilmiştir.

- COLLINS, Lawrance** : The Conflict of Laws, 14th Ed. London 2006.
- COLTRI, Laurie S.** : Conflict Diagnosis and Alternative Dispute Resolution, New Jersey 2004.
- ÇAKIN, Akın** : Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Türk Hukuku, Yayınlanmamış Çalışma Raporu, 20.05.2005, www.eticaret.gov.tr
- ÇELİK, Nuri** : İş Hukuku Dersleri, 14. Bası, İstanbul 1998.
- ÇELİKEL, Aysel/
ERDEM, B.Bahadır** : Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, İstanbul 2007.
- DAYINLARLI, Kemal** : HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997.
- DE PALO, Giuseppe/
HARLEY, Penelope** : Mediation in Italy: Exploring the Contradictions, Negotiation Journal, 2005/10 (s.469-479).
- DOĞAN, İzzet** : Anlaşmalı Boşanma, Legal Hukuk Dergisi, (2004/2, s.373-379).
- DOĞAN, İzzet** : Boşanma Davası Esnasında Davacının Ölmesi Halinde Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı, Legal Hukuk Dergisi, (2006/4)
- DOĞAN, İzzet** : Türk Medeni Kanununda Süreler, İstanbul 2007.
- DUIZEND, Richard Van** : A.B.D. Mahkemelerinin Değişen Yüzü, <http://ankara.usembassy.gov>
- ELLIOTT, Catherine /
JEANPIERRE, Eric /
VERNON, Catherine** : French Legal System, 2nd Ed., London 2006.
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt. I, 5.Bası, İstanbul 1994.
- ERTAŞ, Güven K.** : Sosyal Tipli Davranış ve Sözleşme Teorisine Etkisi: Fiili Sözleşme İlişkileri, (İzBD, 1984/7 s.25-32).
- ERTEKİN, Erol /
KARATAŞ, İzzet** : Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara 1997.

- ESTREICHER, Samuel / SHERWYN, David** : Alternative Dispute Resolution in The Employment Arena, Hague 2004.
- FEYZİOĞLU, N. Feyzi** : Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C. 1, İstanbul 1967.
- FIADJOE, Albert** : Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective, London 2004.
- GAILLARD, Emmanuel / EDELSTEIN, Jenny** : Mediation in France, (Dispute Resolution Journal 2001/1, s. 74–78).
- GIBSON, Bryan** : Introduction to the Magistrate’s Court, 4th Ed., London 2001.
- GLAHN, Gerhard Von** : Law Among Nations, 7.Ed., Massachusetts 1995.
- GRUBB, Andrew / FURMSTON, Michael** : The Law of Contract, 3rd Ed., Edinburgh 2007.
- GÜL, Cengiz / BİRTEK, Fatih** : Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler, (EÜHFD, C.II, Sayı: 1-2, 2007, s.1-40).
- HAYNES, John** : ADR-The Fundamentals of Family Mediation, Horsmonden-Kent 1993.
- HERRING, Jonathan** : Family Law, 2nd Ed. Essex 2004.
- HILL, Jonathan** : International Commercial Disputes İn English Courts, 3rd Ed. Portland 2005.
- ILDIR, Gülgün** : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.
- KALPSÜZ, Turgut** : Hakem Kararlarının Milliyeti, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 1978/IX/3 s.601-651.
- KAPANİ, Münci** : Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Ankara 1993.
- KARAHASAN, M. Reşit** : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2003.
- KARSLI, Abdurrahim** : Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001.

- KENDER, Rayegan** : Deniz Sigortalarında Geminin Elverişsiz Olarak Yola Çıkarılması Hakkındaki İstisna, KOÜHFD, Yıl:2, Sayı:2, 1998–1999, s.197–207.
- KENYON, Andrew T./
RICHARDSON, Megan** : New Dimensions İn Privacy Law-İnternational and Comparative Perspectives, Cambridge 2006.
- KİRAZ, Taylan Özgür** : İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması Ankara 2007. (Kiraz-İtirazın Kaldırılması).
- KİRAZ, Taylan Özgür** : Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2005.
- KİRAZ, Taylan Özgür** : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Görüş ve Öneriler, 10.10.2007.
- KİTE, Deniz** : 21.yy’da Arabuluculuk Mediasyon, Kayseri Ticaret Odası Yayınları, Kayseri 2007.
- KURU, Baki/
ARSLAN, Ramazan/
YILMAZ, Ejder** : Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1991.
- MARGUILES, Sam** : Working With Divorcing Spouses-How To Help Clients Navigate The Emotional and Legal Minefield, Newyork 2007.
- MARTIN, Elizabeth A.** : Oxford Dictionary of Law, 6th Ed., Oxford 2006.
- MARTIN, Jacqueline** : The English Legal System, 5th. Ed., London 2007.
- MACUNCU, Muhsin** : Amerikan Hukuk Sisteminde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözüm Yöntemleri, 2004.
- MISTELIS, Loukas A.** : ADR in England and Wales, www.ombuds.org.
- MOFFIT, Michael L. /
BORDONE, Robert C.** : The Handbook of Dispute Resolution, San Francisco 2005.
- MUTLU, Erdem İlker** : Arabuluculuk Yasa Tasarısı Üzerine Kavramsal Bir Değerlendirme, İBD, C.81, Sayı:2007/5, s.2139–2150.
- NEWMAN, Paul** : Alternative Dispute Resolution, London 1999.

- NEWMARK, Chris /
MONAGHAN, Anthony** : Mediators on Mediation: Leading Mediator Perspectives On The Practice of Commercial Mediation, Sussex 2005.
- NOMER, Ergin /
ŞANLI, Cemal** : Devletler Hususi Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2003.
- O'CONNOR, Patrick** : Alternative Dispute Resolution: Panacea or Placebo? London 1992.
- OĞUZMAN, M.Kemal /
ÖZ, M.Turgut** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2000.
- OLGAÇ, Senai** : Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu Genel Hükümler C. 1, Ankara 1976.
- ÖNEN, Ergun** : Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- ÖNEN, Ergun** : Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979. (Önen-Yargılama)
- ÖZBEK, Mustafa** : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004.
- ÖZBEK, Mustafa** : Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, AÜHFD, 2007, Cilt 56, sayı:1, s. 183–231. (Özbek-Yönerge)
- ÖZBEK, Mustafa** : Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler, AÜHFD, 2006, Cilt 55, Sayı 1, s. 207-292.
- ÖZBEK, Mustafa** : Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.15.
<http://www.ankarabarusu.org.tr/download/adr/inc/elemeplani.doc>
- ÖZDEMİR, Nevzat** : Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003.
- ÖZER, Ayça** : Sermaye Piyasası Kurulu Aracılık Faaliyetleri Dairesi Aracı Kuruluşlar İle Yatırımcılar Arasında Sermaye Piyasası Faaliyetlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi Yeterlik Etüdü, Ankara 2002.

- ÖZKAYA, Eraslan** : Hata-Hile-İkrah Davaları, Ankara 2000.
- ÖZTAN, Bilge** : Aile Hukuku, V.Bası, Ankara 2004.
- ÖZTÜRK, Bahri /
ERDEM, Mustafa R.** : Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- PARKINSON, Lisa** : Family Mediation, London 1997.
- PEKCANITEZ, Hakan /
ATALAY, Oğuz /
ÖZEKES, Muhammet** : Medeni Usul Hukuku, IV. Bası, Ankara 2005.
- PEKCANITEZ, Hakan** : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, HPD, 2005/5, s.12-16. (Pekcanitez-AUÇ)
- PEKCANITEZ, Hakan** : Medeni Yargıda Adil Yargılama Hakkı, İz.BD 1997/2, s. 35-55. (Pekcanitez-Yargılama Hakkı)
- PETLEY, Michael** : ADR-An İntroduction to Alternative Dispute Resolution, Guilford 1992.
- POOLE, Jill** : Textbook on Contract Law, Oxford 2006.
- REİSOĞLU, Safa** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul 2002.
- SEROZAN, Rona** : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002.
- SIMPSON, David B.
(Çev. TEZEL, Ayşe)** : Amerikan Hukuk Sisteminde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri ve Bunun Türk Hukuk Sistemi ile Uygunluğu “Seminer Sonuçlarını Özetleyen Öğretim Görevlisi Raporu”, <http://www.eakademi.org>
- SOURDIN, Tania** : Alternative Dispute Resolution and The Courts, Annandale 2004.
- SOYSAL, Tamer** : Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma, Bahçeşehir Üniversitesi IGUL Yayınları, No: 9 2005/8 İstanbul.
- SPENCER, David /
BROGAN, Michael** : Mediation Law and Practice, Newyork. 2006.
- STITT, Alan J.** : Mediation-a Practical Guide, London 2004.

- ŞANLI, Cemal** : Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı, 6.Bası, İstanbul 1995.
- ŞANLI, Cemal** : Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986.
- TANVERDİ, Mücahit** : Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul Üniversitesi S.B.E. 1991.
- TAŞKIN, Âlim** : Hakem Sözleşmesi, II. Bası, Ankara 2005.
- TAŞPINAR, Sema** : Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
- TEKİNALP, Gülören** : Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 1981.
- TEKİNALP, Ünal** : Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1965.
- TEKİNAY, S.Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TERCAN, Erdal** : Türk Aile Mahkemeleri, (AÜHFD, 2003, C.52, Sayı:3 s.19–53).
- The International Bureau of The Permanent Court of Arbitration** : International Alternative Dispute Resolution: Past, Present and Future, The Hague 2000.
- TURANBOY, K.Nuri** : İbra Sözleşmesi, Ankara 1998.
- YALTI, Başar** : Yargının Özelleştirilmesi ve Çok Hukukluluk, (İBD, C.81, Sayı:2007/5, s.2135–2137).
- YAVUZ, Cevdet** : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, 3.Baskı, İstanbul 1994; 6. Baskı, İstanbul 2002.
- YEĞENGİL, Rasih** : Tahkim (L'arbitrage), İstanbul 1974.
- YILMAZ, Ejder** : Hukuk Sözlüğü, 9.Baskı, Ankara 2005.
- ZEVKLİLER, Aydın** : Özel Borç İlişkileri, 6.Bası, Ankara 1998.

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

<http://www.adli-sicil.gov.tr/istatistikler/huk12.htm>
http://www.alnd.uscourts.gov/Local/adr_plan.htm
www.ankarabarasu.org.tr/download/adr/brosur.doc
<http://ankara.usembassy.gov/uploads/images/xUzWMY5o6ogPBsYQCMBomg/abdmahkem e.pdf>
<http://www.attorney-mediators.org/ethics.html>
<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1955-12-01-02/AUHF-1955-12-01-02-SBerki.pdf>
<http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/issues/25/ch2.html#Heading3>
http://www.cedr.co.uk/library/articles/CEDR_PCB_survey.pdf
<http://www.citydisputespanel.org/pages/adrbenefits.asp>
<http://www.e-akademi.org/icerik.asp?kategori=%C3%83%E2%80%A1eviri&kid=2&git=2>
<http://ekutup.dpt.gov.tr/adalethi/oik526.pdf>
www.eticaret.gov.tr
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0196en01.pdf
<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/1997/05/feature/es9705107f.html>
http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200011/ai_n8981675/pg
<http://www.gama.com/HTML/history.html>
http://www.hasansen.av.tr/idealhukuk/kanun_detay.asp?id=530&h=k
<http://www.inisiyatif.net>
<http://www.ito.org.tr/ITOPortal/SDMMain.aspx?tabid=510>
<http://www.justice.govt.nz/pubs/reports/2004/adr/advantages>
<http://www.kgm.adalet.gov.tr/gik1711.htm>
<http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm>
<http://www.kscourts.org/programs/Alternative-Dispute-Resolution/default.asp>
<http://www.lcd.gov.uk/consult/civ-just/adr/indexfr.htm>
<http://www.mad.uscourts.gov/LocPubs/ADR.htm>
www.ombuds.org/cyberweek2002/library/ADR%20in%20England%20and%20Wales.pdf
http://www.spk.gov.tr/yayinlar/arastirmaraporlari/kye/Ayca_Ozer.pdf
<http://www.tbb.org.tr/turkce/duyurular/tbb/28082007.doc>
<http://www.tubitak.gov.tr/kamu/kamuprogramlari/hukuk-taslak>
http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_523.htm
<http://www.utd.uscourts.gov/documents/adrpage.html>