



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Güven YARAR

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ARABULUCULUK

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Doktora Tezi

Antalya, 2019



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Güven YARAR

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ARABULUCULUK

Danışman

Doç. Dr. Necla ÖZTÜRK

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2019

T.C.
Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Güven YARAR'ın bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU

Üye (Danışmanı) : Doç. Dr. Necla ÖZTÜRK

Üye : Doç. Dr. Nedim MERİÇ

Üye : Doç. Dr. Mesut AYĞÖN

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Süleyman DOST

Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu
Doç. Dr. Necla Öztürk

Doç. Dr. Nedim Meriç
Doç. Dr. Mesut Aygön
Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Dost

Tez Başlığı: Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 23/06/2019

Mezuniyet Tarihi : .../.../2019

Prof. Dr. İhsan BULUT
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Doktora Tezi olarak sunduğum “Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımca yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

Güven YARAR





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-SOYADI	Güven YARAR
Öğrenci Numarası	20138655105
Enstitü Ana Bilim Dah	Özel Hukuk
Programı	Doktora
Programın Türü	() Tezli Yüksek Lisans (X) Doktora
Danışmanın Unvanı, Adı-SOYADI	Doç. Dr. Necla ÖZTÜRK
Tez Başlığı	Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk
Turnitin Ödev Numarası	1170082688

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 218 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 10/09/2019 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 11

alıntılar dahil % 15'dir.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

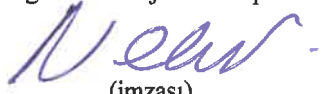
Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdeleri sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim (10/09/2019).



(imzası)

Doç. Dr. Necla ÖZTÜRK

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	ix
ÖZET	xi
SUMMARY	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ARABULUCULUĞA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER ve ARABULUCULUĞUN HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ YERİ

1.1. Arabuluculuğa İlişkin Genel Bilgiler.....	5
1.1.1. Arabuluculuk	5
1.1.1.1. Tanım.....	5
1.1.1.2. Özellikleri.....	7
1.1.1.2.1. Olumlu Özellikleri.....	7
1.1.1.2.2. Olumsuz Özellikleri.....	10
1.1.2. Arabuluculuğun Türleri	11
1.1.2.1. Hak Temelli (Tahmine Dayalı) Arabuluculuk	11
1.1.2.2. Menfaat Temelli (Sorun Çözücü) Arabuluculuk.....	13
1.1.3. Arabuluculuğun Tarihçesi	14
1.1.3.1. Genel Olarak.....	14
1.1.3.2. Geleneksel Arabuluculuk	15
1.1.3.3. Modern Arabuluculuk	17
1.1.4. Arabuluculuğun Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Farkı	17
1.1.4.1. Tahkim (<i>Arbitration</i>) ve Arabuluculuk	17
1.1.4.2. Uzlaştırma (<i>Conciliation</i>) ve Arabuluculuk	19
1.1.4.3. Müzakere (<i>Negotiation</i>) ve Arabuluculuk.....	21
1.1.4.4. Arabuluculuk-Tahkim (<i>Med-Arb</i>) ve Arabuluculuk	22
1.1.4.5. Kısa Duruşma (<i>Mini-Trial</i>) ve Arabuluculuk.....	23
1.1.4.6. Vakıaların Saptanması (<i>Fact Finding</i>) ve Arabuluculuk	24
1.1.4.7. Tarafsız Ön Değerlendirme (<i>Early Neutral Evaluation</i>) ve Arabuluculuk	25
1.2. Arabuluculuğun Hukuk Sistemlerindeki Yeri	26
1.2.1. Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Arabuluculuk	26
1.2.1.1. Genel Olarak.....	26
1.2.1.2. Yeşil Kitap.....	27

1.2.1.3. Tavsiye Karar ve Avrupa Etik Prensipleri.....	28
1.2.1.4. 2008/52 EC Sayılı Medenî ve Ticarî Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Arabuluculuk Direktifi	30
1.2.1.4.1. Amaç.....	30
1.2.1.4.2. Kapsam	31
1.2.1.4.3. Direktifin Değerlendirilmesi	31
1.2.2. Bazı Ülke Düzenlemelerinde Arabuluculuk.....	32
1.2.2.1. Anglo-Sakson Ülkeleri	32
1.2.2.2. Bazı Avrupa Ülkeleri.....	33
1.2.2.3. Bazı Asya Ülkeleri.....	36
1.2.2.4. Bazı Afrika Ülkeleri	37
1.2.3. Türk Maddî Hukukunda Arabuluculuk	38
1.2.3.1. Türk Hukukunda Arabuluculuğa Duyulan İhtiyaç	38
1.2.3.2. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK).....	40
1.2.3.2.1. Arabuluculuğa Elverişli Konular.....	40
1.2.3.2.1.1. Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebileceği İşlem veya İlişkilerden Doğan Uyuşmazlıklar.....	40
1.2.3.2.1.2. Aile İçi Şiddet İddiası İçermeyen Uyuşmazlıklar	41
1.2.3.2.1.3. Arabuluculuğa Başvurunun Zorunlu Olduğu Uyuşmazlıklar	42
1.2.3.2.2. Arabuluculuğa ilişkin Hükümler	44
1.2.3.2.2.1. Ehliyet	44
1.2.3.2.2.2. Arabuluculuk ve Arabulucu Sözleşmeleri.....	45
1.2.3.2.2.3. Arabuluculuk Usulü	45
1.2.3.2.3. Başvuru Usulü	46
1.2.3.2.3.1. Mahkemenin Tarafları Arabuluculuğa Teşvik Etmesi	46
1.2.3.2.3.2. Taraflardan Birinin Arabuluculuğa Başvurmayı Teklif Etmesi	48
1.2.3.2.4. Arabuluculuğa Başvurunun Etkisi.....	48
1.2.3.2.5. Sürecin Sona Ermesi.....	49
1.2.3.2.5.1. Süreci Sona Erdiren Nedenler	49
1.2.3.2.5.2. Süreç Sonunda Anlaşma Belgesi ve Tutanak Düzenlenmesi	51
1.2.3.2.5.3. Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesi	52

İKİNCİ BÖLÜM

KANUNLAR İHTİLAFINDA ARABULUCULUK

2.1. Terminoloji	55
2.1.1. Millî Arabuluculuk / Milletlerarası Arabuluculuk / Milletlerarası Ticarî Arabuluculuk	55
2.1.1.1. Millî / Yerli Arabuluculuk (<i>National / Domestic Mediation</i>).....	55
2.1.1.2. Milletlerarası / Yabancı Arabuluculuk (<i>International / Cross Border Mediation</i>)	56
2.1.1.2.1. Genel Olarak.....	56
2.1.1.2.2. Milletlerarası Arabuluculuğun Tespitinde Kullanılabilecek Kıstaslar	58
2.1.1.2.2.1. Objektif Kıstas.....	58
2.1.1.2.2.1.1. Kişi Kriteri.....	58
2.1.1.2.2.1.2. Yer Kriteri	59
2.1.1.2.2.1.3. Esas Sözleşme Kriteri.....	61
2.1.1.2.2.2. Sübjektif Kıstas	61
2.1.1.2.2.3. Ekonomik Kıstas	62
2.1.1.2.2.4. Değerlendirme	63
2.1.1.3. Milletlerarası Ticarî Arabuluculuk (<i>International Commercial Mediation</i>) ..	64
2.1.2. <i>Ad Hoc</i> Arabuluculuk / Kurumsal Arabuluculuk	65
2.1.2.1. <i>Ad Hoc</i> Arabuluculuk	65
2.1.2.2. Kurumsal Arabuluculuk	66
2.2. Arabuluculuk Sözleşmesi	68
2.2.1. Genel Olarak.....	68
2.2.2. Hukukî Niteliği.....	70
2.2.2.1. Genel Olarak.....	70
2.2.2.2. Maddî Hukuk (Borçlar Hukuku) Sözleşmesi Görüşü	71
2.2.2.3. Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü	72
2.2.2.4. Karma Sözleşme Görüşü	73
2.2.2.5. <i>Sui Generis</i> (Kendine Özgü) Sözleşme Görüşü	73
2.2.2.6. Değerlendirme	74
2.2.3. Arabuluculuk Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk	74
2.2.3.1. Genel Olarak.....	74
2.2.3.2. Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Rol Oynayan Menfaatler	75

2.2.3.3. Uygulanacak Hukukun Tespiti	78
2.2.3.4. Uygulanacak Hukukun Kapsamı	80
2.2.3.5. Uygulanacak Hukukun Kapsamı Dışında Kalan Hâller	81
2.2.3.5.1. Ehliyet.....	81
2.2.3.5.1.1. Gerçek Kişiler.....	82
2.2.3.5.1.1.1. Ehliyetsizlik Sorunu	84
2.2.3.5.1.1.2. Ehliyet Statüsünün Uygulama Alanı	85
2.2.3.5.1.2. Tüzel Kişiler	85
2.2.3.5.1.3. Devlet veya Devlet Kuruluşları	87
2.2.3.5.2. Şekil	87
2.2.3.6. Uygulanacak Hukuku Sınırlayan Hâller	89
2.2.3.6.1. Kamu Düzeni	89
2.2.3.6.2. Doğrudan Uygulanan Kurallar	90
2.2.4. Arabuluculuk Sözleşmesinde Temsile Uygulanacak Hukuk.....	92
2.2.4.1. Genel Olarak.....	92
2.2.4.2. Esasa Uygulanacak Hukuk	92
2.2.4.3. Şekle Uygulanacak Hukuk	93
2.3. Arabulucu Sözleşmesi	93
2.3.1. Genel Olarak.....	93
2.3.2. Hukukî Niteliği.....	94
2.3.3. Arabulucu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk.....	95
2.3.3.1. Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Rol Oynayan Menfaatler	95
2.3.3.2. Uygulanacak Hukukun Tespiti	97
2.3.3.3. Uygulanacak Hukukun Kapsamı	97
2.3.3.4. Uygulanacak Hukukun Kapsamı Dışında Kalan Hâller	98
2.3.3.4.1. Ehliyet.....	98
2.3.3.4.2. Şekil	99
2.3.3.5. Uygulanacak Hukuku Sınırlayan Hâller	100
2.4. Arabuluculuğa Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk	100
2.4.1. Genel Olarak.....	100
2.4.2. Arabuluculuğa Elverişlilik Sorununun Arabuluculuk Oturumları Sırasında Ortaya Çıkması.....	102
2.4.2.1. Taraflarca İleri Sürülmesi	103
2.4.2.2. Arabulucu Tarafından İleri Sürülmesi	103

2.4.3. Arabuluculuğa Elverişlilik Sorununun Anlaşma Belgesinin Tanınması ve Tenfizi Aşamasında Ortaya Çıkması	103
2.5. Arabulucunun Hak ve Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuk	104
2.5.1. Uygulanacak Hukukun Tespiti	104
2.5.1.1. Objektif Kıstas	104
2.5.1.2. Sübjektif Kıstas	105
2.5.2. Uygulanacak Hukukun Kapsamı	105

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI USUL HUKUKUNDA ARABULUCULUK

3.1. Arabuluculuk Usulüne İlişkin Milletlerarası Kurallar	107
3.1.1. UNCITRAL Düzenlemeleri	107
3.1.1.1. UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları.....	107
3.1.1.1.1. Genel Olarak.....	107
3.1.1.1.2. Usul.....	108
3.1.1.1.2.1. Sürecin Başlaması ve Arabulucunun Seçimi.....	108
3.1.1.1.2.2. Sürecin Yönetimi.....	109
3.1.1.1.2.3. Sürecin Sona Ermesi	110
3.1.1.1.3. Diğer Hususlar	111
3.1.1.1.3.1. Masraflar	111
3.1.1.1.3.2. Arabuluculuk Sürecinde Diğer Usullere Başvuru Durumu.....	112
3.1.1.2. Arabuluculuktan Doğan Milletlerarası Anlaşma Belgelerine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Sözleşmesi.....	112
3.1.1.2.1. Genel Olarak.....	112
3.1.1.2.2. Sözleşme Kapsamına Giren Anlaşma Belgeleri.....	113
3.1.1.2.2.1. Ticarî Nitelikteki Uyuşmazlıklara İlişkin Olma Şartı	113
3.1.1.2.2.2. Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Oluşma Şartı	114
3.1.1.2.2.3. Yazılı Olma Şartı.....	115
3.1.1.2.2.4. Milletlerarası Nitelikte Olma Şartı	116
3.1.1.2.2.5. Kapsam Dışında Bırakılan Anlaşma Belgelerinden Olmama Şartı	117
3.1.1.2.3. Anlaşma Belgesinin Tanınması ve Tenfizi İçin Gerekli Şartlar.....	117
3.1.1.2.3.1. Kendisine Karşı Tanıma-Tenfiz Talebinde Bulunulan Tarafın İtirazı Üzerine Talebin Reddini Gerektiren Nedenler	118
3.1.1.2.3.2. Re'sen Tanıma-Tenfiz Talebinin Reddini Gerektiren Şartlar	120

3.1.1.2.3.2.1. Kamu Düzenine Aykırı Olmama.....	120
3.1.1.2.3.2.2. Arabuluculuğa Elverişsiz Olmama.....	120
3.1.1.2.4. Taraf Devletlere İlişkin Diğer Hükümler	121
3.1.1.2.5. Çekinceler.....	121
3.1.1.2.6. Sözleşmeyi İmzalayan Devletler ve Sözleşmenin Yürürlüğe Girmesi...	122
3.1.2. Milletlerarası Ticaret Odası (MTO-ICC) Arabuluculuk Kuralları	122
3.1.2.1. Genel Olarak.....	122
3.1.2.2. Kapsam	123
3.1.2.3. Usul.....	124
3.1.2.3.1. Sürecin Başlaması ve Arabulucunun Seçimi.....	124
3.1.2.3.2. Arabuluculuk Yerinin Tespiti.....	124
3.1.2.3.3. İradilik ve Gizlilik İlkesi.....	125
3.1.3. Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) Arabuluculuk Kuralları.....	125
3.1.3.1. Genel Olarak.....	125
3.1.3.2. Kapsam	126
3.1.3.3. Usul.....	126
3.1.3.3.1. Sürecin Başlaması ve Komisyon Oluşturulması	126
3.1.3.3.2. Gizlilik İlkesi	127
3.1.4. İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Arabuluculuk Kuralları.....	128
3.1.4.1. Genel Olarak.....	128
3.1.4.2. Kapsam	128
3.1.4.3. Usul.....	129
3.1.4.3.1. Sürecin Başlaması	129
3.1.4.3.2. Arabulucunun Seçimi	129
3.1.4.3.3. Sürecin Sona Ermesi.....	129
3.2. Arabuluculuk Usulüne Uygulanacak Hukuk	130
3.2.1. Genel Olarak.....	130
3.2.2. Usule Uygulanacak Hukukun Kapsamının Tespiti	130
3.2.2.1. Arabulucunun Seçim Usulü.....	131
3.2.2.2. Arabuluculuk Yeri	132
3.2.2.3. Arabuluculuk Dili	133
3.2.2.4. Arabuluculuk Oturumlarının İdaresi	133
3.2.3. Arabuluculuk Usulüne Uygulanacak Hukukun Tespiti.....	134

3.2.3.1. Genel Olarak.....	134
3.2.3.2. Objektif Bağlama Esası	134
3.2.3.2.1. Arabuluculuk Yeri Hukuku	134
3.2.3.2.2. Tarafların Müşterek İş Yeri Hukuku	135
3.2.3.2.3. Tarafların Müşterek Millî Hukuku	135
3.2.3.2.4. Tarafların Müşterek Mutat Mesken Hukuku	135
3.2.3.3. Sübjektif Bağlama Esası.....	136
3.2.3.3.1. Tarafların Arabuluculuk Usulünü Belirlemesi	136
3.2.3.3.2. Arabulucunun Uygulanacak Usulü Belirlemesi	138
3.2.3.4. Arabuluculuk Usulüne Dair Sözleşmenin Şekli	139
3.2.3.5. Değerlendirme	139
3.3. Milletlerarası Anlaşma Belgesi.....	140
3.3.1. Tanım.....	140
3.3.2. Kriterler	141
3.3.2.1. Genel Olarak.....	141
3.3.2.2. Yer Bakımından Yabancılık Unsuru Kriteri.....	141
3.3.2.3. Kişi Bakımından Yabancılık Unsuru Kriteri.....	142
3.3.2.4. Hukuk Seçimi Bakımından Yabancılık Unsuru Kriteri.....	143
3.3.2.5. Değerlendirme	143
3.3.3. Hukukî Niteliği.....	144
3.3.3.1. Genel Olarak.....	144
3.3.3.2. Akdî Niteliği.....	144
3.3.3.3. Kazaî Niteliği.....	145
3.3.3.4. Karma Niteliği	145
3.3.3.5. <i>Sui Generis</i> (Kendine Özgü) Niteliği	146
3.3.4. Milletlerarası Anlaşma Belgesinin Tanınması ve Tenfizi.....	146
3.3.4.1. Genel Olarak.....	146
3.3.4.2. Milletlerarası Anlaşma Belgesinin Tanınması ve Tenfizinde Esas Alınabilecek Teoriler.....	148
3.3.4.2.1. Milletlerarası Nezaket Teorisi (<i>Comitas Gentium</i>)	148
3.3.4.2.2. Milletlerarası İhtiyaç Teorisi	148
3.3.4.2.3. Müktesep Hak Teorisi	148

3.3.4.3. Türk Hukukunda Milletlerarası Anlaşma Belgesinin Tanınması ve Tenfizi	149
3.3.4.3.1. Genel Olarak	149
3.3.4.3.2. Şartları	150
3.3.4.3.2.1. Ön Şartlar	150
3.3.4.3.2.1.1. Anlaşma Belgesinin Milletlerarası Nitelikte Olması	150
3.3.4.3.2.1.2. Uyuşmazlığın Türk Hukuku Bakımından Arabuluculuğa Elverişli Olması	150
3.3.4.3.2.1.3. Milletlerarası Anlaşma Belgesinin Kesinleşmesi	151
3.3.4.3.2.2. Aslı Şartlar	152
3.3.4.3.2.2.1. Karşılıklılık Şartının Değerlendirilmesi	152
3.3.4.3.2.2.2. Arabuluculuk Sözleşmesinin Yok ve Geçersiz Olmaması	152
3.3.4.3.2.2.2.1. Yokluk	152
3.3.4.3.2.2.2.2. Geçersizlik	153
3.3.4.3.2.2.2.2.1. Ehliyet	153
3.3.4.3.2.2.2.2.2. Şekil	154
3.3.4.3.2.2.3. Milletlerarası Anlaşma Belgesinin Türk Kamu Düzenine Aykırı Olmaması	154
3.3.4.3.3. Tanıma ve Tenfiz Usulü	157
3.3.4.3.3.1. Görevli ve Yetkili Mahkeme	157
3.3.4.3.3.2. Müracaat ve İnceleme	159
3.3.4.3.3.3. İtirazlar	159
3.3.4.3.3.4. Karar	160
3.3.4.3.3.5. Kanun Yolları	161
3.3.4.3.4. Değerlendirme	161
SONUÇ	163
KAYNAKÇA	169
ÖZGEÇMİŞ	201

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR	: Alternative Dispute Resolution
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Baskı
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
D.	: Danıştay
dn.	: dipnot
E.	: Esas
EC	: European Commission
Ed.	: Editör
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliđi
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
ISTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
K.	: Karar
Med-Arb	: Mediation-Arbitration
TMK	: Türk Medeni Kanunu
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
O.J:	: Official Journal
P.	: Paragraf
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
T.	: Tarih

TVK : Türk Vatandaşlığı Kanunu
TBK : Türk Borçlar Kanunu
UNCITRAL : United Nations Commission on Trade Law
USA. : United States of America
vd. : ve devamı



ÖZET

Son yıllarda farklı hukuk düzenlerinde ve Türk hukukunda uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümü hususunda önemli gelişmeler kaydedilmesine rağmen bünyesinde yabancılik unsuru barındıran arabuluculuk faaliyetleri konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Zira arabuluculuk faaliyetinin birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olmasının arabuluculuk sürecine etkisine yönelik yasal düzenleme ve monografik çalışma eksikliği mevcuttur. Bu nedenle, arabuluculuk faaliyetinin yabancılik unsuru içermesi hâlinde meydana gelebilecek Kanunlar İhtilâfi ve Milletlerarası Usul Hukuku meselelerinin tespit edilip çözüm önerileri sunulması teorik ve pratik açıdan son derece önemlidir.

Bu çalışma kapsamında ilk olarak, arabuluculuğa ilişkin genel bilgiler verilmiş ve arabuluculuğun hukuk sistemlerindeki yeri incelenmiştir. Akabinde arabuluculuğun Kanunlar İhtilâfi boyutu üzerinde durulmuş ve arabuluculuk faaliyeti kapsamında meydana gelebilecek Kanunlar İhtilâfi meselelerinin çözülebilmesi için terminoloji oluşturulması gereği anlaşılmıştır. Bu bağlamda, millî, milletlerarası ve milletlerarası ticarî arabuluculuğun çerçevesi genel hatlarıyla çizilmiştir. Ardından arabuluculuk faaliyetinin temel taşları niteliğinde olan arabuluculuk ve arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukuka dair değerlendirme yapılmış, arabuluculuğa elverişliliğe ve arabulucunun hak ve yükümlülüğüne uygulanacak hukuka ilişkin muhtemel sorunlar tespit edilip çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Arabuluculuğun Milletlerarası Usul Hukuku boyutu kapsamında ise arabuluculuk usulüne uygulanacak hukukun önemi ve bu hukukun tespitinde kullanılacak kriterlere yer verilmiştir. Daha sonra, birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı bulunan arabuluculuk faaliyetinin başarıyla sonuçlanmasıyla oluşan milletlerarası anlaşma belgesi ele alınmıştır. Bu bağlamda, milletlerarası anlaşma belgesinin mevcudiyeti için kabul edilebilecek koşullara yönelik değerlendirme yapılmıştır. Son olarak, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine yönelik ihtiyaç tespit edilmiş, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine ilişkin kabul edilebilecek ön ve aslî şartlar ile tanıma-tenfiz usulüne yer verilmiş ve sonuç ve değerlendirmelerde bulunularak çalışmamız tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Yabancı Unsur, Kanunlar İhtilâfi, Milletlerarası Usul Hukuku, Tanıma-Tenfiz

SUMMARY

MEDIATION IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Although significant progress has been achieved in different legal systems and Turkish law in terms of settlement of disputes through mediation for last years, there is uncertainty regarding mediation activities that include foreign elements. The reason is that there is not much legal regulation and monographic studies on the effect of mediation activity being linked to more than one legal order over mediation process. For this reason, it is very important theoretically and practically to identify the issues of Conflict of Laws and International Procedural Law that may occur in case of mediation activity involving foreign elements.

In this study, first of all, general information concerning mediation is given and the legal aspect of mediation is examined in legal systems. Subsequently, the legal aspect of mediation in conflict of law was emphasized and it was understood that the terminology should be established in order to solve the Conflicts of Laws that may occur within the scope of mediation activity. In this context, the framework of national, international and international commercial mediation is outlined. Then, the assessment of the law to be applied to the mediation and mediation agreement which is the cornerstones of the mediation activity was made, possible problems related to the mediability and mediation of the mediator's rights and obligations were identified and solutions were proposed.

Within the scope of mediation law aspect of International Procedural Law, the importance of the law to be applied to mediation procedure and the criteria that can be used in determining this law are included. Following this, the international agreement document which was formed by the successful completion of the mediation activity which is connected with more than one legal order was emphasized. In this context, an assessment was made on the conditions acceptable to the existence of the international convention. Finally, the need for the recognition and enforcement of the international agreement document was determined and our study was completed making results and evaluations by including the prerequisite and essential conditions for the recognition and enforcement of the international agreement document and the recognition-enforcement procedure.

Anahtar Kelimeler: Mediation, Foreign Elements, Conflict of Laws, International Procedural Law, Recognition-Enforcement

GİRİŞ

Konunun Önemi

Bir konu hakkında aynı kanaate sahip olmayan bireyler fikir ayrılığına düşer. Her fikir ayrılığı bir anlaşmazlık değildir. Anlaşmazlığın oluşması için tarafların menfaatleri arasında çatışma olmalıdır. Taraflar, anlaşmazlığı karşı tarafa bildirmeyip anlaşmazlık hususunda bir talepte bulunmazsa anlaşmazlık, uyuşmazlığa dönüşmez. Taraflar, aralarındaki anlaşmazlığın farkına varıp bu anlaşmazlığı alenî hâle getirirse uyuşmazlık meydana gelir¹.

Bireyin hayatı boyunca hiç kimseyle uyuşmazlık yaşamaması ihtimal dâhilinde değildir. Bu nedenle, tarihinin her döneminde kişiler, aileler, gruplar, topluluklar, yöneticiler ve yönetilenler arasında çeşitli uyuşmazlıklar görülmüştür². Kişiler arasında yaşanan bu uyuşmazlıklar çözülmediği takdirde her iki tarafın mutsuz olmasına yol açar ve yaşam kalitesini düşürür. Bu nedenle, iyi bir yaşam sürdürmek arzusunda olan bireylerin diğer kişilerle geçmişte yaşadığı veya gelecekte yaşayacağı uyuşmazlıkları en iyi şekilde çözmeyi bilmesi gerekmektedir.

Uyuşmazlık yaşayan bireylerin tarihin ilk dönemlerinden beri başvurdukları bazı çözüm yolları mevcuttur. Bunlar arasındaki en ilkel yol, kavga ve mücadeledir. Kavga ve mücadele, fiziksel şiddet veya hakaret şeklinde gerçekleşebilir³. Dava yolunun özünde de bir mücadele yer almaktadır. Bu nedenle, dava yolu, uyuşmazlığın kavga ve mücadele ile çözümlenmesinin medenî bir tezahürüdür. Uyuşmazlık, kavga ve mücadele yoluyla çözülmek istenirse taraflardan biri kaybeder diğeri ise kazanmış gibi görünür. Dolayısıyla, kavga ve mücadele yönteminde tarafların her ikisinin de kazançlı çıkma ihtimali bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık çözüm yollarından bir diğeri önemsememe, görmezden gelme, yok sayma ve boş verme gibi görülebilir. Taraflardan biri bu yöntemi benimserse anlaşmazlık uyuşmazlığa bile dönüşmez⁴. Ancak uyuşmazlığın çözümünde bu yöntem kullanılırsa sorun çözülmez, ilerleyen zamanlarda tarafların karşısına daha büyük bir uyuşmazlık şeklinde çıkabilir. Bu nedenle, önemsememe, görmezden gelme, yok sayma ve boş verme bir çözüm yöntemi olmayıp; aksine çözümü erteleme hatta çözümden kaçıştır.

Uyuşmazlığı sonlandırmanın en iyi yolu; tarafların birbirleriyle iletişime geçip müzakere ederek aralarındaki mevcut ve muhtemel uyuşmazlıkları tespit edip, bunları kalıcı

¹ **Özbek, Mustafa Serdar:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, B. 3, Ankara 2013, s. 1069 (AUÇ).

² **Moore, Christopher W.:** The Mediation Process (Çev. Tarkan Kaçmaz, Mustafa Tercan), B. 4, 2016, s. 3; **Kite, Deniz:** 21. Yüzyılda Arabuluculuk (Mediasyon), Kayseri 2007, s. 38.

³ **Şahin, Güngör Hüseyin:** Arabuluculuk, Ankara 2008, s. vii.

⁴ **Şahin,** s. 7.

olarak çözmeleridir. Böylelikle, taraflar arasındaki uyuşmazlık büyümeden çözülür ve taraflar ilişkilerine kaldığı yerden devam eder. Ancak günümüzde tarafların aralarındaki uyuşmazlığı iletişime geçip müzakere etmek suretiyle çözmeleri pek yaygın değildir⁵.

Hukuk devletlerinde uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma işini yargı erkini kullanarak devletin yerine getirmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu nedenle, günümüz modern hukuk sistemlerinde tarafların birbirleriyle iletişime geçerek aralarındaki uyuşmazlığı çözememesi hâlinde akla ilk gelen uyuşmazlık çözüm yöntemi dava usulüdür. Ancak dava usulünün bazı olumsuz yanları mevcuttur. Bu olumsuzluklardan ilki; dava usulünün kazan-kaybet sistemi üzerine kurulmasıdır. Zira dava sonucunda bir taraf kazanırken diğer taraf kaybedecektir. Bu yönüyle, hâkimin dava sonucunda verdiği karardan taraflardan biri veya her ikisi memnun olmamaktadır. Dava usulünün bir diğer olumsuz yanı, günümüzde her türlü uyuşmazlığın çözümünü için mahkemelere başvurulması nedeniyle mahkemelerin iş yükünün çok artmış olmasıdır. Bu nedenle, bir dava hakkında uzun süre karar verilememekte, bu durum yargılamanın uzamasına ve adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olan mâkul sürede yargılanma hakkına engel olmaktadır. Üçüncü olumsuzluk ise dava usulünde uyuşmazlık, hukukî olarak sonlandırılrsa da tarafların iç dünyasında çözüme kavuşmamaktadır. Bunun sonucunda barışçıl çözüm gerçekleşmemekte ve tarafların ilişkileri son bulmaktadır. Dava usulünün bünyesinde barındırdığı bu tür olumsuzluklar nedeniyle, uyuşmazlıkların sonlandırabilmesi için yeni sistemlere ihtiyaç duyulmaktadır⁶.

Son yıllarda, mahkemelerin taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözüme konusunda yetersiz kalması ve dava yolunun olumsuz yönleri, devletleri Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerini (*Alternative Dispute Resolution - ADR*) kullanmaya yöneltmiştir. ADR; tarafların aralarındaki uyuşmazlığı mahkemeler dışında, birbirleriyle iletişime geçerek etkin, hızlı, ucuz ve barışçıl bir şekilde çözmeye çalıştıkları yöntemler bütünüdür. ADR yöntemlerinde iletişim kurmakta güçlük çeken kişilere bağımsız ve tarafsız üçüncü kişi(ler) tarafından uyuşmazlığın çözümü hususunda yardım edilmektedir⁷.

Dünya üzerinde en yaygın ADR yöntemlerinde biri arabuluculuktur. Arabuluculuk usulünde, arabulucunun yardımıyla, uyuşmazlık yaşayan bireylerin birbirleriyle iletişim kurması sağlanır, üzerinde uzlaşılamayan sorunlar tespit edilerek bu hususlara çözüm bulmaya çalışılır. Arabuluculuk son yıllarda hızlı bir gelişim sürecine girmiş ve dünyadaki

⁵ Kite, s. 39; Moore, s. 8-9.

⁶ Tanrıver, Süha: *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2006, S. 64, s. 158 (Arabuluculuk).

⁷ Strazisar, Borut: *Alternative Dispute Resolution, Law in the Modern World*, 2018, Vol. 3, s. 214 vd.; Lindell, Bengt: *Alternative Dispute Resolution and the Administration of Justice – Basic Principles, Scandinavian Studies In Law*, 2007, Vol. 51, s. 312; Tanrıver, Arabuluculuk, s. 151-153.

birçok ülke hukukunda düzenlenmiştir. Her ülkenin iç hukukundaki arabuluculuk düzenlemelerinin kendine has hükümler içerebilir. Bu nedenle, arabuluculuk faaliyetinin yabancılik unsuru taşıması hâlinde Kanunlar İhtilâfi ve Milletlerarası Usul Hukuku meselelerinin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu nedenle, arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk boyutunun incelenmesi gerekmektedir. Arabuluculuğa yönelik Milletlerarası Özel Hukuk problemlerinin çözümüne ilişkin Türk hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi bilimsel çalışmaya da pek rastlanılmamaktadır. Mevcut durumda, arabuluculuk faaliyeti sırasında ortaya çıkabilecek Milletlerarası Özel Hukuk meselelerinin irdelenmesinin son derece önemli olduğu kanaatinde olduğumuz için “*Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk*” tez konusu olarak seçilmiştir.

Konunun Sınırlandırılması

Tez konumuz arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk boyutuna ilişkindir. Bu bağlamda, arabuluculuk faaliyeti sırasında meydana gelme ihtimali bulunan Kanunlar İhtilâfi ve Milletlerarası Usul Hukuku problemlerine ve bunlara ilişkin çözüm önerilerine yer verilecektir. Bu nedenle, çalışmamızda sadece özel hukuktan doğan ve yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıkların arabuluculukla ilişkisi ele alınacaktır. Kamu hukukundan doğan veya özel hukuk kaynaklı olmasına rağmen yabancılik unsuru içermeyen uyuşmazlıklar incelenmeyecektir. Ayrıca, çalışmamızda arabuluculuk faaliyetinin yapısı gereği oluşması mümkün olmayan atıf, ön mesele, normlar çelişkisi ve intibak gibi Kanunlar İhtilâfinin genel problemlerine ve milletlerarası yetki, derdestlik, teminat, istinabe, milletlerarası iflas gibi Milletlerarası Usul Hukuku meselelerine değinilmeyecektir.

İnceleme Plânı

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci Bölümde öncelikle arabuluculuğa ilişkin temel bilgilere yer verilecektir. Bu bağlamda, arabuluculuğun tanımı, özellikleri, türleri, tarihçesi ve diğer ADR yöntemlerinden ayrıldığı noktalara değinilecektir. Ardından aday ülke olduğumuz ve bu nedenle mevzuatımıza yansıyan Avrupa Birliği (AB) düzenlemeleri ve arabuluculuğun dünyadaki bazı ülkelerdeki durumuna değinilecektir. Bu Bölümde son olarak, Türk maddî hukukunda arabuluculuk düzenlemesi incelenecektir.

Çalışmamızın İkinci Bölümü arabuluculuğa ilişkin Kanunlar İhtilâfi meselelerine ayrılmıştır. Bu bölümde, ilk olarak milletlerarası arabuluculuğa ilişkin terminolojiye yer verilecektir. Bu bağlamda, millî arabuluculuk, milletlerarası arabuluculuk, milletlerarası ticarî arabuluculuk, *ad hoc* arabuluculuk ve kurumsal arabuluculuk kavramları incelenecektir.

Akabinde milletlerarası arabuluculuğun temel taşları olan arabuluculuk ve arabulucu sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda değerlendirmelerde bulunulacaktır. Arabuluculuğa elverişliliğe uygulanacak hukuk, milletlerarası arabuluculukta arabulucunun hak ve yükümlülüğüne uygulanacak hukuk gibi konular bu Bölümde ele alınacak diğer başlıklardır.

Çalışmamızın Üçüncü Bölümünde arabuluculuğun Milletlerarası Usul Hukuku boyutu incelenecektir. Bu bölümde öncelikle, arabuluculuk usulüne ilişkin dünyadaki önemli kuruluşlar olan UNCITRAL, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) ve İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) tarafından ihdas edilen kurallar incelenecektir. Daha sonra, arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuka değinilecek ve arabuluculuk faaliyetinin olumlu sonuçlanması hâlinde elde edilecek milletlerarası anlaşma belgesine ilişkin bilgiler verilecektir. Akabinde milletlerarası anlaşma belgesinin tanıma-tenfizi meselesine yer verilecek ve sonuç bölümünde yapacağımız değerlendirmelerin ardından çalışmamız tamamlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARABULUCULUĞA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER ve ARABULUCULUĞUN HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ YERİ

1.1. Arabuluculuğa İlişkin Genel Bilgiler

1.1.1. Arabuluculuk

1.1.1.1. Tanım

Arabuluculuk (*mediation*) kavramı; araya girme (*go between*) anlamına gelen Latince kökenli *mediare* kelimesinden türemiştir. En genel tanımıyla arabuluculuk; uyuşmazlığı aranının bulunması (aracılık)⁸ yoluyla sonlandırma faaliyetidir. Arabuluculuk kavramında bulunan *ara* ifadesi; *iki şeyi birbirinden ayıran uzaklık* anlamına gelir⁹. Arabuluculuğun amacı; tarafların birbirinden uzaklaşmasına neden olan “*ara*”yı tespit edip, yok etmek suretiyle tarafları yakınlaştırmaktır. Her iki taraf da vazgeçilmez nitelikteki değerlerinden feragat etmeden ara yol, orta yol bulunursa arabuluculuk faaliyeti başarıya ulaşmış, tarafların arası bulunmuş olur.

Genel bir tanım vermek gerekirse; arabuluculuk, uyuşmazlığın tarafı konumunda bulunan iki veya ikiden fazla kişinin uyuşmazlığın çözümünü sağlamak için gönüllü olarak, etkili, tarafsız ve ehil bir arabulucu yardımı ile yürüttüğü alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi¹⁰ türüdür¹¹.

⁸ Aracılık; devam etmekte olan bir ilişkiye ve tarafların arasına, taraflara yardım etmek amacıyla girmektir: **Şahin**, s. 45. Türk Dil Kurumu'na göre aracı; *iki şey arasında bağlantı kuran kimse, vasıta* anlamına gelmektedir: <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com> (Erişim Tarihi: 20.06.2019).

⁹ <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com> (Erişim Tarihi: 20.06.2019).

¹⁰ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, dava usulünün yanında yer alan ve yargıya yardımcı olan etkin ve barışçıl hukuksal korunma yöntemleridir. *Alternatif uyuşmazlık çözümleri* tâbiri dava usulüyle rekabet eden ve dava usulünün yerini alan bir mekanizma gibi algılanabilir. Bu nedenle, doktrinde amaç ve işlevinin daha iyi yansıtılabilmesi için *dostane bir biçimde uyuşmazlık çözüm yöntemleri* tâbirinin kullanılmasının yerinde olacağı ileri sürülmüştür: **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 155. Doktrinde; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin dava usulüne bir alternatif teşkil etmediği, dava yoluyla birlikte uygulandığı, dava yolunun yanında seçimlik olarak bulunan yöntemler olduğu ileri sürülmüştür. Dolayısıyla, *alternatif* terimini dava usulünde uygulanacak olan yargılama kurallarının alternatifi şeklinde anlamamak gerekir: **İldır, Gülgün**: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s. 21; **Özbek**, AUÇ, s. 431; **Pekcanitez, Hakan**: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Hukukî Perspektifler Dergisi, 2015, S. 5, s. 15; **Kekeç, Elif Kısmet**: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2011, s. 12; **Özbay, İbrahim**: *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C. 10, S. 3-4, s. 460; **Özekes, Muhammet**: *Yanılığlar ve Önyargılar Arasında Arabuluculuk*, Hukukî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, 5-6 Kasım 2009, Ankara, s. 112 (Arabuluculuk).

¹¹ **Garner, Bryan A.**: Black's Law Dictionary, B. 8, USA 2004, s. 1003; **Alexander, Nadja**: *Mediation in Practise: Common Law and Civil Law Perspectives Compared*, International Trade and Business Law Annual, 2001, Vol. 6, s. 12 (Mediation); **Moore**, s. 8; **Steffek, Felix**: *Mediation in the European Union: An Introduction*, s. 1: <https://e-justice.europa.eu/home.do> (Erişim Tarihi: 20.06.2019); **Bercovitch, Jacob**: *International Mediation*, Journal of Peace Research, 1991, Vol. 28, No. 1, Special Issue on International Mediation, s. 3; **Kaufman, Sanda / Duncan, George T.**: *A Formal Framework for Mediator Mechanisms and Motivations*, Journal of Conflict Resolutions, 1992, Vol. 36, No. 4, s. 690; **Curran, Deirdre**: *Workplace Mediation in*

Bir başka tanıma göre arabuluculuk; tarafları konuşmak ve müzakerede bulunmak maksadıyla bir araya getiren, kendi çözümlerini kendilerinin bulmaları amacıyla bağımsız, tarafsız bir konumda bulunan üçüncü kişi tarafından iletişime geçmelerinin kolaylaştırıldığı gönüllü bir usuldür¹².

Doktrinde yapılmış bu tanımların yanında bazı uluslararası düzenleme ve kanunlarda arabuluculuk tanımına rastlanılmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (*The Committee of Ministers is the Council of Europe*)¹³ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki 2002 sayılı Tavsiye Kararına¹⁴ göre arabuluculuk; *bir veya daha fazla arabulucu yardımıyla, tarafların bir anlaşmaya varmak için uyuşmazlık konuları üzerinde müzakere etmeleri esasına dayanan bir uyuşmazlık çözüm usulüdür*¹⁵.

2008/52/EC AB Arabuluculuk Direktifine¹⁶ göre arabuluculuk; adlandırılma veya başvuru şekline bakılmaksızın uyuşmazlığın tarafı olan iki veya daha fazla kişinin bir arabulucunun yardımıyla uyuşmazlıkların çözümü konusunda anlaşmaya varmaları için gönüllü bir temelde bizzat çaba gösterdikleri planlanmış bir süreçtir.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun¹⁷ (HUAİK) 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin¹⁸ (HUAİK) 4. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde arabuluculuk; *sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık*

Ireland: Bridging the Research-Practice Gap, Journal of Mediation and Applied Conflict Analysis, 2015, Vol. 2, No. 1, s. 175.

¹² Benzer tanımlar için bkz.: **Ersen Perçen, Gizem:** *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 31, S. 2, 2011, s. 177; **Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet:** *Medenî Usûl Hukuku*, B. 6, İstanbul 2018, s. 607-608; **İldır**, s. 88 vd.; **Özümücü, Seda:** *Uzakdoğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, B. 3, İstanbul 2013, s. 19 vd. (Uzakdoğu'da Arabuluculuk); **Yılmaz, Ejder:** *Hukuk Sözlüğü*, B. 10, Ankara 2011, s. 97 (Sözlük); **Kekeç**, s. 23 vd.; **Brown, Henry / Marriot, Arthur:** *ADR Principles and Practice*, London 1999, s. 127.

¹³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyinin yasal karar alma organıdır: <https://www.coe.int/en/web/cm/home?desktop=false> (Erişim Tarihi: 08.07.2019).

¹⁴ Recommendation (2002) 10 of Committee of Ministers to Member States on Mediation in Civil Matters: https://www.camera-arbitrale.it/Documenti/racc_cm_18set2002.pdf (Erişim Tarihi: 20.06.2019). Bundan sonra *Tavsiye Karar* olarak anılacaktır.

¹⁵ Rec (2002) 10 sayılı Kararın çevirisi ve değerlendirilmesi için bkz.: **Özbek, Mustafa Serdar:** *Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulaması*, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 484 (İlkeler ve Uygulama).

¹⁶ Directive 2008/52/EC of The European Parliament and of the Council of 21 May 2008 On Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=PDF> (Erişim Tarihi: 09.06.2019). Bundan sonra *Direktif* olarak anılacaktır.

¹⁷ RG: 22.06.2012-28331. Bundan sonra *Kanun* olarak anılacaktır.

¹⁸ RG: 26.01.2013-28540. Bundan sonra *Yönetmelik* olarak anılacaktır.

eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmıştır.

Yukarıdaki tanımlardan anlaşılacağı üzere arabuluculuk yönteminde, uyuşmazlığın mutlak olarak çözülmesi hedeflenmemekte ve bir yargılama faaliyeti yapılmamaktadır. Arabuluculuk yönteminde yalnızca çıkmaza girmiş uyuşmazlığın¹⁹ çözülmesi konusunda taraflara yardımcı olunmaktadır. Bu noktada, arabulucunun uyuşmazlığın çözümünde problem odaklı, ucu açık, belli bir çerçeve dâhilinde gerginliklerin giderilmesi ve sorunların aşılması amacıyla belli stratejiler geliştirmesi gerekmektedir. Zira arabuluculuğun amacı; kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların mümkünse adli bir soruna dönüşmeden evvel tarafların iletişime geçmelerini sağlamak, kendi kendilerine uyuşmazlığa çözüm bulacakları ortamı oluşturmak²⁰ ve çıkmaza girdikleri noktalarda araya girerek taraflara problemleri çözmeleri konusunda yardımcı olmaktır²¹.

Günümüzde küreselleşmenin etkisiyle arabuluculuğa konu uyuşmazlıkların birçoğu birden fazla hukuk düzeni ile irtibat hâlinde bulunmakta, bir başka ifade ile yabancılik unsuru içermektedir²². Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde bünyesinde yabancılik unsuru mevcut olan arabuluculuk faaliyetine yönelik terminolojiye yer verilecektir²³.

1.1.1.2. Özellikleri

1.1.1.2.1. Olumlu Özellikleri

Arabuluculuk yönteminin son yıllarda farklı hukuk düzenlerinde ve Türk hukukunda gündemde olmasının temel sebebi, bünyesinde barındırdığı olumlu özelliklerdir. Günümüz

¹⁹ Çıkmaza girmiş bir uyuşmazlık konusunda çözüm önerileri için bkz.: **Carroll, Eileen:** *International Mediation*, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation (Ed. Rovine Arthur W.), The Fordham Papers 2007, s. 297 vd; **Abramson, Harold I.:** *Time to Try Mediation of International Commercial Disputes*, International Law Students Association Journal of International and Comparative Law, 1998, Vol. 4, s. 323.

²⁰ Japonya ve Çin’de, *çay içme töreni* ile uyuşmazlığa çözüm bulunacağı ortam oluşturulmak suretiyle köy ve kasabalarda kurulan çay evlerinde tarafların uzlaşabilmeleri için çaba harcanır. Bu törenin en önemli amacı; uyuşmazlığın taraflarını esnek ve rahat edecekleri bir ortama götürmek suretiyle ihtilafın çözülmesidir. **Özmumcu**, *Uzakdoğu’da Arabuluculuk*, s. 395.

²¹ **Abramson**, s. 324. Arabuluculuk konusunda bazı taktiksel bilgiler için bkz.: **Nolan, Kenneth:** *Mediation, Litigation*, 2013, Vol. 39, S. 1, s. 59-60; **Pekcanitez**, s. 12 vd; **Bulur, Alper:** *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi*, Ankara Barosu Dergisi, 2007, Y. 65, S. 4, s. 33 (ADR).

²² Yabancılik unsuru; bir hukukî olay veya ilişkiyi hâkimin hukuku (*lex fori*) dışında en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hâle getiren unsurdur: **Nomer, Ergin:** *Devletler Hususi Hukuku*, B. 22, İstanbul 2017, s. 5-7 (DHH); **Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır:** *Milletlerarası Özel Hukuk*, B. 11, İstanbul 2017, s. 11 vd.; **Tiryakioğlu, Bilgin:** *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1996, s. 6 (Taşınır Mallar); **Tekinalp, Gülören / Uyanık, Ayfer:** *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, B. 12, İstanbul 2016, s. 17 vd.; **Aygün, Mesut:** *Yabancılik Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, 2014, C. 16, s. 1029 vd. (Yabancılik Unsuru); **Aygün, Mesut:** *Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. 61, S. 3, s. 928- 932 (Çek).

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 55 vd.

hukuk sistemlerinde arabuluculuğun olumlu özellikleri nedeniyle, arabuluculuk konusunda iç hukuk sistemlerinde düzenlemeler yapılmış ve mevcut düzenlemeler genişletilmiştir²⁴.

Arbuluculuğun olumlu özelliklerinin başında, gönüllülük esasına dayalı olması ve tarafların uyuşmazlığın çözümünde aktif şekilde rol alması gelmektedir. Arabuluculuk sürecinin başlayabilmesi için tarafların gönüllü olması gerekir. Gönüllülük esası yalnızca arabuluculuk sürecinin başlangıcı ile sınırlı olmayıp sürecin her aşamasına tarafların iradesine öncelik tanınması suretiyle yansımıştır. Bu bağlamda, dava usulünde uzmanlık alanına göre hâkim seçimi mümkün değilken²⁵, arabuluculuk sürecinde taraflar, sorun çözümü konusunda yetenekli, ilgili alanda toplum nezdinde saygınlığı olan, görüşlerine değer verilen birini arabulucu olarak seçmek suretiyle uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırabilir.

Arbuluculuğun bir diğer olumlu özelliği; ucuz, hızlı²⁶ ve risksiz bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasıdır²⁷. Nitekim arabuluculuk ucuz bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu için; dava sürecinde²⁸ tarafları mahkeme ve avukat giderleri beklerken²⁹ arabuluculuk

²⁴ Arabuluculuk yöntemine tüm dünyada ihtiyaç duyulmasının temel sebebi; toplumsal hayata dair uyuşmazlıkların çözümünde *yargılayarak çözen* hukukçulara değil *yöneterek çözen* hukukçulara ihtiyaç duyulmasıdır. Uyuşmazlığın tarafları arasında anlaşma yoluyla üretilen çözümler tarafların menfaatlerine uygun olacaktır. Bunun sonucunda anlaşmaya uymak konusunda taraflar daha istekli olacak en önemlisi de taraflar arasındaki ilişki devam etmek suretiyle toplumsal barışa katkıda bulunulacaktır: **Özbek**, AUÇ, s. 1065.

²⁵ Her ne kadar evrensel hukukta hâkim hukuku kendiliğinden uygular (*jura novit curia*) ilkesi mevcut olsa da Milletlerarası Özel Hukuk bakımından bunun bir faraziye olduğu aşikârdır. Zira bu ilkeye göre, hâkimin Türk hukukunu ve yabancı hukuku bildiği varsayılır. Ancak sayısız uyuşmazlığın ve bunlarla ilgili çok sayıda mevzuatın bulunduğu günümüzde hâkimden her ülkenin hukukunu bilmesini beklemek doğru değildir: **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 158. *Jura Novit Curia* ilkesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Akil, Cenk: Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 57, S. 3, s. 1 vd.

²⁶ Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından; Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler aracılığıyla kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz" denilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir denilmek suretiyle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin dolayısıyla arabuluculuğun gerekliliğine vurgu yapılmıştır: AYM, 03.03.2004, E. 2003/98, K. 2004/31. AYM'nin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde hak arama hürriyetlerine ilişkin diğer kararları için bkz.: AYM, T. 19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72; AYM, T. 20.03.2008, E. 2006/78, K. 2008/84.

²⁷ Doktrinde arabuluculuğun uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde dava usulüne tercih edileceği vezir bir şekilde aşağıdaki gibi ifade edilmiştir: "Siyah cübbeli hâkimler, şık giyimli avukatlar ve kusursuz mahkeme salonları anlayışı geride kalmıştır. Sorunun çözen hususlar bunlar değildir. Uyuşmazlığı olan insanlar sağlık sorunu olan insanlara benzer; mümkün olduğunca hızlı ve ucuz bir şekilde sağlıklarına kavuşmak isterler": **Blackman, Scott H. / McNeill, Rebecca: Alternative Dispute Resolution in Commercial Intellectual Property Disputes**, American University Law Review, 1997-1998, Vol. 47, s. 1709. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan 2015 – 2019 yılı stratejik planına göre ilk derece hukuk mahkemelerine 2014 yılında 3.293.090 dosya gelmiştir ve davanın ortalama görülmesi süresi 207 gündür. Yargıtay Hukuk Daireleri ve Genel Kuruluna 2014 yılında 725.665 dosya gelmiştir ve davanın ortalama görülmesi süresi 122 gündür: <http://www.sgb.adalet.gov.tr/ekler/yayin/Stratejik-Plan-2015-2019.pdf> (Erişim Tarihi: 12.07.2019).

²⁸ Arabuluculuğa dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra başvurulabilir. Hatta bazı durumlarda davanın açılmış olması arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşmasına yardımcı olabilir. Örneğin, çok taraflı bir inşaat uyuşmazlığında taraflar dava açılmadan önce pazarlığa başlamış ancak olumsuz sonuçlanmıştı. Sonrasında dava

sürecinde taraflar nispeten daha az maddî kayıp yaşar. Bu nedenle, arabuluculuk sürecinde taraflar sürecin sonlanmasını maddî endişe içerisinde beklemez. Arabuluculuk, dava usulüne nazaran son derece hızlı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olup arabuluculuk sürecinde tarafların gecikme nedeniyle mağduriyet yaşamaması kural olarak ihtimal dâhilinde değildir. Bu yönüyle arabuluculuk hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasanın 36. maddesine³⁰ adıl yargılanma hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin³¹ (AİHS) 6. maddesine³² uygundur. Zira arabuluculuk adıl yargılanma hakkının en önemli koşullarından biri olan adalete erişim hakkına (*access to justice*) olumlu katkı sunar³³. Arabuluculuk sürecinin risksiz nitelikte olmasının sonucu olarak da taraflar, süreç içerisinde verdikleri kararlar veya açıkladıkları beyanlar sebebiyle zarar görmez; taraflarca beyan edilen hususlar taraflar aleyhine sonuç doğurmaz. Zira dava usulünde taraflar kabul ettikleri veya reddettikleri bir husus nedeniyle dezavantajlı duruma düşebilmektedir. Öte yandan arabuluculuk, tarafların birbirlerinin millî mahkemelerine -objektif olamayacaklarından çekinmeleri nedeniyle- başvurmak istememesi hâlinde de risksiz bir yöntem olarak tercih edilmektedir. Zira yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığın söz konusu olduğu arabuluculuk faaliyeti herhangi bir millî hukukun gölgesi altına girmeden sürdürülebilir.

Arabuluculuğun olumlu özelliklerinden bir diğeri de gizlilik esasına sıkı sıkıya bağlı olunmasıdır. Zira mahkeme süreci kural olarak alenî nitelikte iken arabuluculuk sürecinde taraflar paylaştıkları beyan ve belgelerin korunacağından emindir. Taraflar arabuluculuk sürecinde gizliliğe riayet edileceğine dair kanaatlerinin tam olması nedeniyle açık iletişim kurabilir. Bir başka deyişle, sürecin başarısızlıkla sonuçlanması hâlinde arabuluculuk sürecinde paylaşılan beyan ve belgelerin aleyhte kullanılacağı düşüncesinin taraflarda mevcut

açılmış, davanın görülmeye başlanmasına iki hafta önce davalı taraf diğer dört tarafı arabuluculuğa başvurma konusunda ikna etmiştir. Arabuluculuk oturumunda dava usulündeki maliyetlere değinilmiş ve duruşma tarihinden önce uyuşmazlık çözüme ulaşmıştır: **Bevan, Alexander:** *Alternative Dispute Resolution*, London 1992, s. 113. Doktrinde, arabuluculuğa uyuşmazlık çıktıktan hemen sonra başvurulması gerektiği, böylelikle uyuşmazlığın büyümeden çözüleceği ve toplumsal barışa katkı sağlanacağı ifade edilmiştir: **Özbek, İlkeler ve Uygulama**, s. 449.

²⁹ Özellikle ABD gibi ülkelerde dava açma ve avukat ücretleri oldukça yüksektir.

³⁰ Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

³¹ RG: 19.03.1954-8662.

³² Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

³³ Adalete erişim hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Cappaletti, Mauro / Garth, Bryant:** *Access to Justice as a Focus of Research*, Windsor Yearbook of Access to Justice, 1981, Vol. 1, s. 9 vd; **Rhode, Deborah:** *Access to Justice*, Fordham Law Review, 2000-2001, Vol. 69, s. 1785 vd; **Özbek, Mustafa Serdar:** *Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim*, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2006, S. 2, s. 907 vd. (Adalete Erişim); **Francioni, Francesco:** *Access to Justice as a Human Right*, Oxford University Press 2007; **Cappaletti, Mauro:** *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access to Justice Movement*, The Modern Law Review, 1993, Vol. 56, s. 282-296.

olmaması nedeniyle arabuluculuk süreci dava usulüne nazaran olumlu neticeler verebilir³⁴. Bu nedenle, mahrem nitelikte olan ve kördüğüm hâlini almış bazı uyuşmazlıkların çözümü arabuluculuk sürecinde olasıdır. Ancak gizlilik hususu arabuluculuk sürecinde bir zorunluluk değildir. Tarafların gizlilik konusunda hassasiyetinin bulunmaması hâlinde, tarafların iradesine uygun olarak arabuluculuk süreci alenî şekilde de yürütülebilir.

Arabuluculuk, ılımlı ve esnek bir karakteri haizdir. Bu nedenle, uyuşmazlığın çözümünde yaratıcı çözümlerin kullanılmasına olanak sağlar³⁵. Zira arabulucu, hâkim veya hakem gibi uyuşmazlığı karara bağlamayacak; sadece yeteneği ölçüsünde taraflara problemlerini çözmeleri için yardımcı olacaktır³⁶. Öte yandan arabuluculuk sürecinde -dava usulünde tarafları ve hâkimi sınırlayan- usul hukuku kurallarından sıyrılmış olunacaktır. Bu nedenle, mahkeme ve tahkim yargılamasında taraflar arasındaki mevcut gerginlik daha da artıp, ileride kurulacak hukuksal ilişkilere zarar verilebilirken, arabuluculuk faaliyeti neticesinde uyuşmazlık, dolayısıyla gerginlik son bulabilir³⁷.

1.1.1.2.2. Olumsuz Özellikleri

Arabuluculuk, bünyesinde barındırdığı birçok olumlu özelliğe rağmen uyuşmazlığın çözümünde bazı olumsuz etkilere de yol açabilmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki arabuluculuğun bazı uyuşmazlıklar bakımından olumsuz etkilerinin görülmesi, arabuluculuğun yapısına yönelik eksiklik teşkil etmeyip, arabuluculuğun bazı kişi gruplarına uygun olmaması ve bunun sonucunda olumsuz sonuç doğurması ile ilgilidir. Arabuluculuğun olumsuz sonuç doğurabildiği kişi gruplardan ilki; uzlaşma kültürünün ve iletişimin yeterince gelişmediği toplumdan gelen kişilerdir. Zira arabuluculuğun başarıya ulaşabilmesi için toplumda iletişim ve diyalog kurularak sorunların çözüleceğine dair bilincin gelişmiş olması büyük önem taşır. Bu nedenle, bu tür toplumlarda zorunlu arabuluculuk sisteminin kabulü hâlinde arabuluculuktan beklenen sonuca ulaşamaz³⁸. Hatta arabuluculuk süreci uyuşmazlığın çözümünü uzatarak taraflara zarar verebilir.

Arabuluculuğun olumsuz sonuç doğurabildiği durumlardan bir diğeri de uyuşmazlığın taraflarının ekonomik durumlarındaki dengesizliktir. Taraflar arasında ekonomik bakımdan

³⁴ Arabuluculuk sürecinde gizliliğin korunmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: **Yazıcı Tıktık, Çiğdem:** Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s. 2 vd.

³⁵ **Tanrıver,** Arabuluculuk, s. 158.

³⁶ **Abramson,** s. 324.

³⁷ **Ersen Perçin,** s. 178; **Ildır,** s. 89. Arabuluculuk yönteminde uyuşmazlıklara diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine nazaran daha geniş bir vizyonla bakılır ve çözüme ilişkin daha önceden tespit edilmemiş ihtimaller ortaya çıkarılabilir. Bu nedenle, millî ve milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yöntemi ile taraflar arasındaki güvenin yeniden inşasını sağlamak suretiyle milletlerarası ticaret bakımından olumlu sonuçlar alınabilir: **Birch, Elizabeth:** *Practical and Cultural Aspects of International Mediation*, Yearbook of International Arbitration, 2017, Vol. 5, s. 217.

³⁸ **Tanrıver,** Arabuluculuk, s. 159.

uçurum bulunan durumlarda özgür ve rahat bir müzakere ortamı oluşmayabilir ve arabuluculuğun başarıyla sonuçlanma ihtimali azalabilir³⁹. Bunun sonucunda, ekonomik olarak elverişsiz durumda olan taraf, karşı tarafın lehine olan bir anlaşmayı kabul etmek zorunda kalabilir ve bu durum adil olmayan sonuçlar doğurabilir⁴⁰.

Arabuluculuğun olumsuz yönde etkileyebileceği durumlardan bir diğeri ise kararın gecikmesi hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararlar doğabilecek uyuşmazlıklar bakımından ortaya çıkar. Dava usulünde hâkimin ihtiyati tedbir kararı vermesi suretiyle bu tarz mağduriyetler giderilebilecekken arabulucunun ihtiyati tedbir kararı vermesi mümkün değildir⁴¹. Bu nedenle, acil durumlarda arabuluculuk yolunun benimsenmesi hâlinde telafisi güç veya imkânsız sonuçlar ortaya çıkabilir⁴². Özellikle, dayanıklı nitelikte olmayan malları konu edinen milletlerarası satım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözülmek istenmesi hâlinde, ihtiyati tedbir kararı alma imkânının bulunmaması, tarafların arabuluculuğu tercih etmemesi sonucuna yol açabilmektedir.

Arabuluculuğun olumsuz yönlerinin ortaya çıktığı durumlardan biri de arabuluculuk sürecinin başarıyla sonuçlanmasının ardından imzalanan anlaşma belgesine taraflardan birinin riayet etmemesi hâlidir. Tarafların, akdettikleri anlaşma belgesine uymamaları her ne kadar hayatın olağan akışına uygun düşerse de böyle bir ihtimalin bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Bu durum, özellikle birden fazla hukuk düzeni ile irtibat hâlinde bulunan uyuşmazlıklar bakımından problem teşkil etmektedir. Zira yabancılık unsuru içeren arabuluculuk faaliyeti sonucunda imzalanan anlaşma belgelerinin icra edilmeleri hususunda karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda birtakım belirsizlikler bulunmaktadır⁴³.

1.1.2. Arabuluculuğun Türleri

1.1.2.1. Hak Temelli (Tahmine Dayalı) Arabuluculuk

Hak temelli⁴⁴ arabuluculuk (*right-based mediation*); hukuk kurallarının ağır bastığı, uyuşmazlığın çözümünün hukuk mahkemelerince aynı konuda verilecek bir karara benzediği

³⁹ Şahin, s. 37; Tanrıver, Arabuluculuk, s. 159.

⁴⁰ Şahin, s. 37; Tanrıver, Arabuluculuk, s. 159.

⁴¹ İhtiyati tedbir kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Göksu, Mustafa:** *Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu*, Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2004, s. 1253 vd.; **Konuralp, Cengiz Serhat:** *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C. 71, S. 2, s. 225 vd.; **Özekes, Muhammet:** *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, C. 4, S. 2, s. 89 vd. (Fikir ve Sanat Eserleri).

⁴² Şahin, s. 8.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 146-162.

⁴⁴ Hak temelli arabuluculuğun özünde, bir hak uyuşmazlığı bulunmaktadır. Hak uyuşmazlığı; taraflardan birine mevzuat veya sözleşmelerle tanınmış bir hakkı diğer tarafın uygulamaması veya eksik uygulaması neticesinde meydana gelir. Örneğin; işçinin ücret, izin, kıdem tazminatı, işe iade gibi işverene yönelik talepleri neticesinde

arabuluculuk türüdür⁴⁵. Hak temelli arabuluculuk faaliyeti adalet ağırlıklıdır ve bu nedenle esnek değildir⁴⁶. Hak temelli arabuluculukta taraflar, arabuluculuk faaliyetinin başarısız olması hâlinde karşılaşacağı olumsuz durumları tahmin etmeye çalışır. Dolayısıyla, hak temelli arabuluculuk tahmine dayalıdır. Bu usulde taraflar uyuşmazlığın dava yolu, tahkim⁴⁷ veya diğer usullerle çözülmesi hâlinde bunun kendileri açısından sonucunun neler olacağına yönelik tahminde bulunur. Hak temelli arabuluculukta taraf avukatlarına önemli işler düşmektedir. Avukatlar genel bir değerlendirme yapmak suretiyle müvekkillerini, hukukî açıdan ne durumda bulunduğu, haklı⁴⁸ yönlerinin ne olduğu, arabuluculuk sürecinin olumsuz sonuçlanması durumunda hukuken ne ile karşılaşabilecekleri gibi konularda aydınlatmalıdır⁴⁹.

Hak temelli arabuluculuk uygulaması ADR çeşitlerinden olan kısa duruşma (*mini trial*) usulünde görülmektedir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değineceğimiz gibi kısa duruşma usulünde⁵⁰ üçüncü kişinin görevi tarafları dinledikten sonra yargılamanın nasıl sonuçlanabileceği konusunda tahminde bulunarak taraflara danışmanlık yapmaktır⁵¹.

Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların hak temelli (tahmine dayalı) arabuluculuk yöntemi kullanılarak çözüme kavuşturulması meselesi bünyesinde bazı güçlükler barındırır. Birden fazla hukuk sistemi ile irtibat hâlinde bulunan uyuşmazlığın tahmine dayalı olarak çözümü için, uyuşmazlığın görüleceği yetkili mahkemenin ve uygulanacak hukuk kurallarının tespiti gerekir. Arabuluculuk bakımından karşılaştırmalı hukukta Milletlerarası Usul Hukuku ve Kanunlar İhtilâfî alanında düzenleme eksikliği bulunduğu düşünüldüğünde, günümüzde hak temelli arabuluculuğun yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından uygun olmadığı kanaatindeyiz.

çıkan uyuşmazlıklar hak uyuşmazlığıdır: **Canbolat, Talat:** *6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk*, Çalışma ve Toplum, 2013, S. 4, s. 251.

⁴⁵ **Dür, Orhan:** Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara 2017, s. 114; **Özbek,** AUÇ, s. 653.

⁴⁶ **Özbek,** AUÇ, s. 653.

⁴⁷ Tahkimin hak temelli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu konusunda görüş için bkz.: **Özbek,** AUÇ, s. 400.

⁴⁸ Hak temelli arabuluculuk faaliyetinde, ilgili uyuşmazlıkta haklı olduğunu düşünen tarafın arabuluculuğa gitmeye ikna edilmesi de önemli bir husustur. Zira haklı olduğunu düşünen taraf, arabulucuya gittiği takdirde haklı olmadığını peşinen kabul etmiş sayılacağını zannedebilir. Bu nedenle, karşı tarafın arabuluculuğa başvurma konusundaki teklifi sadece taraflar arasında güven olması hâlinde olumlu sonuçlanır. İsteksiz tarafın ikna edilmesinde dava açmanın maliyeti veya iş ilişkisinin arabuluculuk sonucunda tekrar sürdürülebileceğinin hatırlatılması etkili olabilmektedir: **İldir,** s. 91-92.

⁴⁹ **Özbek,** AUÇ, s. 652-653.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 23-24.

⁵¹ **Özbek,** AUÇ, s. 653.

1.1.2.2. Menfaat Temelli (Sorun Çözücü) Arabuluculuk

Menfaat temelli arabuluculuk (*interest-based mediation*)⁵²; uyuşmazlığın çözümünde hukuk kurallarının esas alınmadığı, süreç sonunda taraf menfaatlerini tatmin edecek bir uzlaşmayı hedefleyen arabuluculuk türüdür⁵³. Arabuluculuğun bu türünde taraf menfaatleri, kanunî haklarının ötesinde bir anlayışla değerlendirilir⁵⁴. Bu arabuluculuk türünde, taraf menfaatleri aslî, hukuk kuralları talî olduğu için uyuşmazlığın çözümü çok daha geniş ve esnek bir alanda gerçekleştirilecektir. Bu nedenle, arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların uzlaşması hâlinde aynı uyuşmazlık hakkında mahkeme tarafından verilecek olan bir karardan çok daha farklı bir sonuç elde edilebilecektir⁵⁵.

Menfaat temelli arabuluculuk faaliyetinde arabulucunun rolü⁵⁶ tarafların menfaatlerinin altında yatan ihtiyaçları tespit edip taraflara kendi aralarında uyuşmazlığı çözme konusunda yardım etmektir⁵⁷. Tarafların ihtiyaçları tespit edildikten sonra menfaatleri belirlenip bu menfaatlere uygun çözümler üretilirse taraflar sonuçtan daha fazla memnun kalacak ve arabuluculuktan doğan sözleşmeye uymak konusunda istekli olacaktır⁵⁸.

Menfaat temelli arabuluculuk türü hukuk normları ile uyumlu olmasa da tarafları tatmin edecek çözümler sunması bakımından önemlidir⁵⁹. Arabuluculuk faaliyetinin menfaat

⁵² Menfaat temelli arabuluculuğun özünde bir menfaat uyuşmazlığı bulunmaktadır. Menfaat uyuşmazlığı; mevcut bir hakkın değiştirilmesi ya da yeni bir hakkın oluşturulması maksadıyla çıkan uyuşmazlıklardır. Menfaat uyuşmazlığının özünde yeni bir hak elde etme düşüncesi mevcuttur. Örneğin; işçi ücretlerinin arttırılması, haftalık çalışma süresinin azaltılması, prim ve ikramiye sistemine geçilmesi gibi talepler neticesinde işçi ve işveren arasında menfaat uyuşmazlığı çıkabilir: **Canbolat**, s. 251.

⁵³ **Dür**, s. 114; Dava sürecinde menfaat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Hanağası, Emel**: Davada Menfaat, Ankara 2009.

⁵⁴ **Özbek**, AUÇ, s. 400.

⁵⁵ **Dür**, s. 114.

⁵⁶ Arabuluculuğun rolü konusunda doktrinde kolaylaştırıcı arabuluculuk ve değerlendirici arabuluculuk şeklinde bir ayrıma gidilmiştir. Kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucu kendisini geri çeker ve tarafları iletişim kurmaları için cesaretlendirir. Kolaylaştırıcı arabuluculuğun amacı; tarafların içinde buldukları durumu değerlendirmesine, kendi menfaatlerine odaklanmasına, durumu anlamasına ve kendi aralarında uzlaşmasına yardımcı olmaktır: **Guthrie, Chris**: *The Lawyer's Philosophical Map and the Disputant's Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering*, Harvard Negotiation Law Review, 2001, Vol. 6, s. 146; **Özmumcu, Seda**: *Arabuluculuğun Rolü: Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C. 71, S. 1, s. 1372 (Arabuluculuğun Rolü). Değerlendirici arabuluculukta ise arabulucu değerlendirme yapıp taraflara tavsiyelerde bulunur. Uyuşmazlığa ilişkin hakîmin ne tür bir karar verebileceğine ilişkin görüşler sunar. Değerlendirici arabuluculukta ise, tarafların hukukî menfaatlerinden ziyade hukukî hakları ile ilgilenilir: **Levin, Murray**: *The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion*, Ohio State Journal of Dispute Resolution, 2001, Vol. 16, s. 269; **Özmumcu**, Arabuluculuğun Rolü, 1375.

⁵⁷ Menfaat temelli arabuluculuk faaliyetinde *taraflar uyuşmazlığın uzmanlarıdır ve uyuşmazlığın nasıl bertaraf edilebileceğini en iyi onlar bilir* anlayışından hareket edilmektedir. Bu nedenle, -özellikle Türkiye gibi arabuluculuğun yalnızca hukukçular tarafından icra edilebildiği ülkelerde- arabuluculuk görevi yapan avukatların avukatlık mesleğinden gelen hak temelli anlayışlarını bir kenara bırakmaları gerekmektedir: **Dür**, s. 115.

⁵⁸ **Özbek**, AUÇ, s. 652-653.

⁵⁹ **Brown, Carole J.**: *Facilitative Mediation: The Classis Approach Retains its Appeal*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 4, 2004, s. 280. HUAK'ta hak temelli arabuluculuktan ziyade tarafların

temelli bir anlayışla yürütülmesi ve sonlandırılması hâlinde korunmaya değer uzun vadeli ilişkiler tahrip edilmeyip onarılır⁶⁰.

Menfaat temelli arabuluculuk faaliyeti, birden fazla hukuk düzeni ile ilişkili olan uyuşmazlıkların çözümünde etkili bir yöntem olabilir. Menfaat temelli arabuluculuk yönteminde uyuşmazlığın çözümünde hukuk kurallarından ziyade taraf menfaatlerinin tatmin edilmesi amaçlandığından, bu durum yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların çözümüne uygun düşecektir kanısındayız. Esasen Milletlerarası Özel Hukuka ilişkin bağlama kuralları oluşturulurken –özellikle kişiler ve aile hukukuna ilişkin meselelerde- taraf menfaatine hizmet edecek kurallar tercih edilmektedir.

1.1.3. Arabuluculuğun Tarihçesi

1.1.3.1. Genel Olarak

En eski devirlerden beri insanlar, aralarında meydana gelen anlaşmazlık⁶¹ ve uyuşmazlıklara üçüncü kişilerin yardımıyla çözüm bulmaya çalışmıştır⁶². Bu nedenle, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların üçüncü kişi yardımıyla çözülmesi düşüncesi insanlık tarihi kadar eskidir.

Arabuluculuğun kurumsal bir yapıya bürünerek uyuşmazlıklar bakımından çözüm yöntemi olarak kullanılması M.Ö 3000 yıllarında Mısır, Babil ve Asur uygarlıklarında görülmüştür. Aynı şekilde Yunan ve Roma adalet sisteminde de arabuluculuğun önemli bir yere sahip olduğu bilinmektedir⁶³. Eski Yunanda ADR yöntemleri ve dolayısıyla arabuluculuk mitolojik temellere dayandırılarak, *Aristoteles* ve *Cicero* gibi düşünürlerce teşvik edilmiştir⁶⁴.

menfaatlerine uygun çözümler üretmeleri teşvik edilmek suretiyle menfaat temelli arabuluculuk benimsenmiştir: **Dür**, s. 115.

⁶⁰ Bunlara örnek olarak; aile, komşuluk, uzun vadeli sözleşme ve iş ilişkileri verilebilir: Adalet Bakanlığı Mahkeme Temelli Arabuluculuk Hizmetleri El Kitabı, 2017, s. 13: <http://www.adb.adalet.gov.tr/e-k.pdf> (Erişim Tarihi: 16.06.2019).

⁶¹ Anlaşmazlık ve uyuşmazlık terimleri çoğu zaman birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Ancak anlaşmazlık ve uyuşmazlık terimleri farklı anlamlara sahiptir. Anlaşmazlık; bir mücadele veya kavgadır. Uyuşmazlık ise bu mücadele veya kavganın üçüncü bir kişiye açıklanmasından sonra oluşur. Bu yönüyle, her uyuşmazlığın içerisinde bir anlaşmazlık bulunur; fakat her anlaşmazlık, uyuşmazlığa dönüşmeyebilir. Bir anlaşmazlık üçüncü bir kişiye beyan edilmezse uyuşmazlığa dönüşmez: **Özbek**, AUÇ, s. 1069.

⁶² **Folberg, Jay**: *A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice*, Conflict Resolution Quarterly, 1989, s. 3 vd.

⁶³ **Özbek**, AUÇ, s. 590; **Alexander, Nadja**: *What's Law got to Do With it? Mapping Modern Mediation Movements in Civil and Common Law Jurisdictions*, Bond Law Review, 2001, Vol. 13, s. 1 (Mapping Modern Mediation).

⁶⁴ **Barreth, Jerome T. / Barreth, Joseph**: *A History of Alternative Dispute Resolution*, San Francisco 2004, s. 6-9.

Çin’de arabuluculuk ilk defa Konfüçyüs etiğine bağlı olarak gelişmeye başlamış ve sadece uyuşmazlığın çözümünde değil önlenmesinde de kullanılmıştır⁶⁵.

Arabuluculuğun geleneksel anlamda tüm kültür ve uygarlıklarda yüzyıllardır kullanılmasına karşın, günümüz hukuk sistemlerinde uygulanması ise ilk kez *Anglo-Sakson* hukuk sisteminde başlamıştır. Küreselleşmenin etkisiyle arabuluculuk Kıta Avrupası ülkelerinde de yaygınlaşmaktadır⁶⁶.

Tarihsel sürece baktığımızda uluslararası hukukta merkezi bir otoritenin olmaması nedeniyle devletler arasındaki güç ve egemenlik konularında yaşanan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğun zengin bir geçmişinin olduğu görülmektedir⁶⁷. Ancak bu çalışmada özel hukuk uyuşmazlıklarından doğan arabuluculuk meselesi ele alınacağı için devletler arasındaki arabuluculuk faaliyetlerine değinilmeyecektir⁶⁸.

Görüldüğü üzere, arabuluculuk geleneksel anlamda yüzyıllardır uygulanmaktayken, modern anlamda yeni bir müessesedir. Bu nedenle, arabuluculuğun tarihçesinin, geleneksel ve modern arabuluculuk şeklinde iki ayrı başlık altında incelenmesinin yerinde olacağı kanısındayız.

1.1.3.2. Geleneksel Arabuluculuk

Geleneksel arabuluculuk; birbirine sıkı bağlarla bağlı olan topluluklarda görülen, toplumda nüfuz ve etki sahibi arabulucular tarafından yürütülen, çözüm odaklı, teknik bilgidен ziyade arabulucunun bilgeliği, saygınlığı ve ikna etme yeteneklerinin ön planda olduğu bir faaliyettir⁶⁹. Geleneksel arabuluculuğun tarihi günümüzden 4000 yıl öncesine dayanmaktadır. Zira arabuluculuk ilk kez 4000 yıl önce Mezopotamya’da görülmüştür. Özel hukuk karakterli bir uyuşmazlık olmasa da Sümer hükümdarının arabuluculuk faaliyeti yürüterek savaşın önlenmesine yardımcı olduğu rivayet edilmektedir⁷⁰. Arabuluculuğun daha sonraki uygulamaları ise Antik Yunan’da, Roma’da ve Konfüçyüs etiklerinin uygulandığı Çin’de görülmektedir⁷¹.

⁶⁵ **Li, Mingqian / Billiet, Philippe:** *The Evulution of Mediation in China*, The New EU Directive on Mediation First Insights (Ed: Association for International Arbitration), 2008, s. 68. Uzakdoğu kültüründe arabuluculuk Avrupa’da olduğu gibi kanun ve normlara dayalı değildir. Uzakdoğu kültüründe arabuluculuk uyumu bozmama, sosyal düzeni koruma, itibarı kaybetmeme, yüz yüze bakabilme anlayışına dayalıdır. **Özmumcu**, Uzakdoğu’da Arabuluculuk, s. 337.

⁶⁶ **Bulur**, ADR, s. 31.

⁶⁷ **Bercovitch**, s. 3.

⁶⁸ Devletler arasındaki uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümü konusunda bilgi için bkz.: **Eren, M. Yusuf:** *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Arabuluculuk*, Ankara 2015, s. 53 vd.; **Kaya, İslam Safa:** *Uluslararası Örnekler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözüm Yolları*, Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi, 2017, C. 7, S. 2, s. 155 vd.

⁶⁹ **Özbek**, AUÇ, s. 590; **Dür**, s. 112-113.

⁷⁰ **Kramer, Samuel Noah:** *The Summarians Their History Culture and Character*, Chicago 1963, s. 3 vd.

⁷¹ **Şahin**, s. 6 vd.

Geleneksel arabuluculuğun güçlü bir şekilde benimsendiği alanlardan biri de İslam Hukukudur. Kur'an-ı Kerim'de *eğer mü'minlerden iki taife çatışarlarsa hemen aralarını bulun* (Hucurat Suresi, 9. Ayet) denilmek suretiyle arabuluculuk tavsiyesinde bulunulmuştur⁷². İslam dünyasında Hz. Muhammed zamanında tahkim, uzlaştırma, arabuluculuk gibi ADR yöntemleri uygulanmaya başlamış, hatta bazı uyuşmazlıklarda Hz. Muhammed arabulucu olarak görev yapmıştır⁷³.

Geleneksel arabuluculukta uyuşmazlığın çözümü arabulucunun hâkimiyetindedir ve arabuluculuk faaliyetinin devletin yargı sistemiyle herhangi bir bağlantısı yoktur. Sürecin sahibi toplum ve taraflardır; bu nedenle hukuk kuralları ve ekonomik menfaatlardan ziyade toplumsal veya etik kurallar esas alınır⁷⁴. Sürecin amacı toplumsal kurallara uygun bir şekilde uyuşmazlığın çözülmesidir. Bu nedenle, sürece hâkim olan ilkelerin başında; toplumsal değerler, sosyal barış ve ilişkilerin korunması gelmektedir. Sürecin sonunda çözüm önerisi bilgelik içeriyorsa, arabulucu toplumsal kurallara uygun bir öneri getirmişse sonuç genellikle olumlu olur ve uyuşmazlık son bulur⁷⁵.

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarla geleneksel arabuluculuğun ortak noktasında *lex mercatoria*⁷⁶ yer almaktadır. Orta çağda tacirler arasında ortaya çıkmaya başlayan *lex mercatoria*; milletlerarası ticarî ilişkileri düzenleyen kurallar ile uluslararası ticarete benimsenmiş örf, âdet ve teamülleri kapsar⁷⁷. Bu noktada; birden fazla hukuk düzeni ile irtibat hâlinde bulunan uyuşmazlıklar konusunda uluslararası alanda benimsenmiş ticarî örf, âdet ve teamüllerin mevcut olması hâlinde geleneksel nitelikli bu kurallar arabuluculuk faaliyetine yön verebilir.

⁷² Arabuluculuğun tavsiye edildiği ayet ve hadisler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Özbek**, AUÇ, s. 591-592.

⁷³ **Rashid, Syed Khalid**: *Peculiarities and Religions Underlining of ADR in Islamic Law*, Mediation in the Asia Pacific, Constraints and Challenges, Harun M. Hashim Law Centre, IIUM & Asia Pacific Mediation Forum, Australia Venue: IIUM, Kuala Lumpur, 16-18 June, 2008, s. 12: <http://www.asiapacificmediationforum.org/pdf> (Erişim Tarihi: 09.07.2019).

⁷⁴ **Kekeç**, s. 243; **Özbay**, s. 467; **Şahin Ceylan, Şule**: *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, İstanbul 2009, s. 147.

⁷⁵ **Özbek**, AUÇ, s. 613.

⁷⁶ *Lex mercatoria* konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Aygül, Musa**: *Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 12, S. 3-4, s. 45-85 (Lex Mercatoria); **Ayoğlu, Tolga**: *Uluslararası Ticarî Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler Maddî Hükümler ve Ticarî Adet Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, B. 2, İstanbul 2011, **Oğuz, Arzu**: *Lex Mercatoria*, Ankara 2004; **Toth, Orsolya**: *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, Oxford 2017; **Berger, Peter Claus**: *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, B. 2, Hague 2010.

⁷⁷ **Şanlı, Cemal**: *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986, s. 314 (Milletlerarası Tahkim); **Özdemir, Didem**: *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C. 8, S. 1 – 2, s. 96.

1.1.3.3. Modern Arabuluculuk

Modern arabuluculuk; yargı sistemiyle bağlantılı olan, devlet tarafından teşvik edilen, arabulucunun sınırlı bir role sahip olduğu ve uyuşmazlığın çözümünde hâkimiyetin taraflarda olduğu arabuluculuk faaliyetidir⁷⁸.

Modern arabuluculuk sürecinde arabulucu toplumu değil tarafların ortak menfaatlerini korur. Sürecin merkezinde müzakere etme yer alır ve ekonomik menfaatler ön plandadır. Modern arabuluculuğun amacı; toplumsal veya yasal düzenin sağlanmasından ziyade tarafların arabuluculuk sürecinden kazançlı çıkmasıdır⁷⁹. Geleneksel arabuluculuktan farklı olarak arabulucu uyuşmazlığı bizzat çözmeyip, uyuşmazlık içerisinde bulunan tarafların uyuşmazlığı çözmesi için onlara yardımcı olur. Bu bakımdan, modern arabuluculukta arabulucunun yetkisi geleneksel arabuluculuğa nazaran kısıtlıdır⁸⁰.

Modern arabuluculukta, yargı sistemi destekleyici olarak geri plandadır. Arabulucu, tarafların karşılıklı olarak kazançlı çıkabilmesi için aralarındaki iletişimi düzelterek sürecin olumlu sonuçlanması için çaba gösterir⁸¹.

HUAK ve diğer yasal düzenlemelere baktığımızda Türk hukukunda arabuluculuğun yargı sistemiyle bağlantılı olduğu, devlet tarafından teşvik edildiği, arabuluculuk sürecinde tarafların etkin olduğu, arabulucunun ise sınırlı bir role sahip olduğu görülmektedir. Bu nedenle, Türk hukukunda modern arabuluculuğun kabul edildiği söylenebilir⁸². Öte yandan, HUAK'ın 1. maddesinin 2. fıkrasında; *bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır* denilmek suretiyle yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk uyuşmazlıkları modern arabuluculuk kapsamına alınmıştır.

1.1.4. Arabuluculuğun Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Farkı

1.1.4.1. Tahkim (*Arbitration*) ve Arabuluculuk

Tahkim; üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen işlerden kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkların çözümünün, taraflarca devlet mahkemeleri yerine, hakem denen özel kişilere bırakılmasıdır⁸³. Tahkimin devlet yargısına göre avantajları, arabuluculuk yöntemiyle

⁷⁸ Şahin Ceylan, s. 147; Dür, s. 113; Özbek, AUÇ, s. 590.

⁷⁹ Özbek, AUÇ, s. 613.

⁸⁰ Özbek, AUÇ, s. 590.

⁸¹ Özbek, AUÇ, s. 613.

⁸² Dür, s. 115.

⁸³ Tahkim, yüzyıllar boyunca deniz ve sigorta uyuşmazlıkları dışında kullanılmazken; sendikaların ve toplu iş görüşmelerinin artmasıyla birlikte yaygınlaşmıştır. 1970'li yıllardan itibaren uyuşmazlıkların büyük bir bölümüne tahkim şartı getirildiği görülmüştür: Pryor, Will: *Alternative Dispute Resolution*, Southern Methodist

benzerdir⁸⁴. Tahkim, taraf iradelerinin bir ürünü olması, hızlı yargılama sunması, gizlilik esasının benimsenmesi, uygulanacak usulün taraflarca belirlenebilir olması gibi nedenlerle özellikle uluslararası ticaret alanındaki uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilmektedir⁸⁵.

Tahkimin ADR yöntemi olup olmadığı konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre; tahkim, yerel mahkeme yargılamasının bir alternatifidir ve en çok tercih edilen ADR yöntemlerinin başında yer alır⁸⁶. Buna karşın doktrindeki diğer bir görüşe göre; tahkim, bir ADR yöntemi olmayıp devlet mahkemelerinin yerine ikame edilmek istenen istisnâ bir yargısal yoldur. Bu nedenle, tahkim sözleşmesi yapılması durumunda devlet mahkemelerinin yetkisi ortadan kalkar⁸⁷.

Günümüzde tahkim yargılamasının tarafların ihtiyaçlarını karşılamaya yetmediği yönünde bazı eleştiriler ileri sürülmektedir. Yöneltilen eleştirilerden ilki; tahkim yargılamasının uzun sürmesidir. Zira tahkim yargılamasında yapılan itirazlar neticesinde yerel dava usulüne başvurulabilmesi, hakem kararının icrası için yerel mahkemelerde tanıma ve tenfize gerek duyulması gibi nedenlerle tahkim yargılamasından beklenen uyuşmazlığın kısa sürede çözülmesi amacı gerçekleşmeyebilir⁸⁸. Bunun yanı sıra yöneltilen eleştirilerden bir diğeri ise, tahkimin oldukça pahalı bir yöntem olmasıdır. Tahkimin ağır masraflarını karşılama gücü olmayan taraflar tahkimden vazgeçip uyuşmazlığı mahkemeye götürebilmektedir.

Arabuluculuk ile tahkim arasındaki en önemli fark; üçüncü kişinin uyuşmazlık konusunda karar verip verememesine ilişkindir. Zira tahkim, mahkemeler dışında, resmî niteliği haiz olmayan yerlerde gerçekleşmesine rağmen, tahkim sonucunda hakemler, tarafları ve üçüncü kişileri bağlayan bir karar vermektedir⁸⁹. Arabuluculukta ise arabulucunun karar verme yetkisi yoktur. Son dönemde arabuluculuğun tahkime nazaran uluslararası ticaretten⁹⁰

University Law Review, Vol. 61, s. 521-522. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlığın, yerel mahkemelerde çözülmesi halinde, hâkimin taraflardan biri ile aynı vatandaşlıkta olması nedeniyle tarafsız davranamayacağı düşüncesi tahkimin yaygınlaşmasında etkili olmuştur: **Ersen Perçin**, s. 179.

⁸⁴ **Ildır**, s. 60; **Dür**, s. 47.

⁸⁵ **Ersen Perçin**, s. 179.

⁸⁶ **Özbek**, AUÇ, s. 355; **Yılmaz, Ejder**: *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2005, s. 845 (Uzlaşma).

⁸⁷ **Tanriver**, Arabuluculuk, s. 155-156; **Pekcanitez**, s. 15; **Küçükgüngör, Erkan**: *Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2004, C. 22, S. 4, s. 48; **Ildır**, s. 58; **Ersen Perçin**, s. 181; **Akıncı, Ziya**: *Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1996, C. 18, S. 4, s. 100, dn. 30 (Alternatif Çözüm Yolları); **Kekeç**, s. 22; **Bulur**, Avukatlık Kanunu, s. 200.

⁸⁸ **Ersen Perçin**, s. 179. Doktrindeki bir görüşe göre; tahkimde bir konu hakkında ihtilaf yaşayan taraflar hakemin vereceği kararı önceden kabul etmişlerdir. Bu nedenle, çoğu zaman temyize dahi gidilmeden karar bağlayıcılık kazanmaktadır. Bu nedenle, tahkim sürecinin uzun olması yerinde bir eleştiri değildir: **Hyde, Laurance, M.**: *Mediation*, 1984, Juvenile and Family Court Journal, Vol. 35, s. 58.

⁸⁹ **Hyde**, s. 59.

⁹⁰ Bir görüşe göre; tahkim taraflara kısmen esneklik ve güç verebilse de tahkimin neticesinin ne olacağını tahmin edebilmek son derece zordur. Bu nedenle, tahkimin ticarî uyuşmazlıkların çözümü bakımından kusursuz bir

doğan uyuşmazlıkların çözümünde daha fazla kullanıldığı görülmektedir⁹¹. Yapılan bir araştırmada ABD'deki işadamlarının ve avukatların arabuluculuğu tahkime tercih ettikleri tespit edilmiştir⁹².

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların çözümü bakımından tahkim ve arabuluculuk en fazla tercih edilen yollardır⁹³. Birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olan uyuşmazlıkların çözümünde iletişime geçme noktasında sıkıntı yaşayıp karşı tarafla diyalog kurmak isteyen tarafların tercihi arabuluculuk olurken, uyuşmazlığın iletişime geçmek suretiyle çözülebilmesinin mümkün olmadığına inanan ve karara bağlanmasını isteyen tarafların tercihi tahkim yolu olmaktadır⁹⁴.

1.1.4.2. Uzlaştırma (*Conciliation*) ve Arabuluculuk

Uzlaştırma, bir mahkeme veya kurum içerisinde tarafsız bir üçüncü kişi konumunda olan hâkim veya uzlaştırma yetkilisinin, uyuşmazlık taraflarına çözüm (veya hüküm) önerileri sunduğu; tarafların bu önerileri müzakere edip sunulan somut çözüm önerilerinden birisi üzerinde uzlaşmaya varmasını hedefleyen resmî ve iradî bir ADR yöntemidir⁹⁵.

Uzlaştırma ve uzlaşma kavramlarının karıştırıldığı, birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir⁹⁶. Oysa bu kavramlar birbirinden tamamen farklı anlamlara sahiptir. Uzlaşma, tarafların kendi aralarında anlaşmasını ifade ederken; uzlaştırma üçüncü bir taraf olan uzlaştırıcının çabası ile gerçekleştirilen ADR yöntemini ifade eder. Bir başka deyişle, uzlaşma uyuşmazlığın tarafları için bir sonuçken, uzlaştırma bu sonuca ulaşma amacıyla üçüncü bir kişinin (uzlaştırıcının) aktif olarak rol aldığı süreçtir⁹⁷.

uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğunu söylemek güçtür: **Wang, Guiguo:** *Mediation in the Globalized Business Environment*, Asia Pacific Law Review, 2009, Vol. 17, s. 57.

⁹¹ **Wang**, s. 62. Doktrinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bir oda olarak düşünülürse arabuluculuğun odadaki fil olacağı ifade edilerek arabuluculuğun yaygın olarak kullanıldığına dikkat çekilmiştir: **Pryor**, s. 519.

⁹² **Lande, John:** *Getting the Faith: Why Business Lawyers and Executives Believe in Mediation*, Harvard Negotiation Law Review, 2005, Vol. 5, s. 137. ABD'de uygulanan gönüllü tahkim programına göre taraflardan biri tahkim neticesinde verilen kararı kabul etmeyebilir. Gönüllü tahkimin bu türünde taraflar sebep göstermeden tahkim sürecinden ayrılabilir. Bu nedenle; bu uygulamanın tahkimden ziyade hak temelli bir arabuluculuk faaliyetine benzediğini söylemek yanlış olmayacaktır: **Dür**, s. 50.

⁹³ <https://www.finra.org/arbitration-and-mediation/dispute-resolution-statistics> (Erişim Tarihi: 07.07.2019).

⁹⁴ Birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı uyuşmazlıkların çözümünde ADR yöntemlerinin kullanılması konusunda bilgi için bkz.: **Şanlı, Cemal:** Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, B. 6, İstanbul 2016, s. 489-526 (Uluslararası Ticarî Akitler).

⁹⁵ **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 166; **Ersen Perçin**, s. 181; **Dür**, s. 46. Çin hukukunda uzlaştırma ve arabuluculuk *tiaojie* kavramıyla ifade edilmektedir. Bu nedenle, Çin hukukunda uzlaştırma ve arabuluculuk aynı anlama gelir: **Özmumcu**, *Uzakdoğu'da Arabuluculuk*, s. 19-20.

⁹⁶ **Sarisözen, Serhat:** *Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma*, Ankara 2011, s. 7 vd.; **Bulur, Alper:** *Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İncelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010, S. 89, s. 209 (Avukatlık Kanunu); **Özmumcu**, *Uzakdoğu'da Arabuluculuk*, s. 267. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (RG:07.04.1969-13168) m. 35/A hükmünde *uzlaşma* yerine uzlaştırma kavramı kullanılmıştır.

⁹⁷ **Dür**, s. 35.

Uzlaştırmanın karıştırıldığı bir diğer kavram da arabuluculuktur. Zira hukuk sistemlerinde uzlaştırma kurumunun düzenlenmediği ülkelerde uzlaştırma, arabuluculuk kavramının yerine de kullanılabilir. Oysa uzlaştırma ve arabuluculuk birbirinden farklı ADR yöntemleridir. Bu farklardan ilki; uyuşmazlığın çözümünde görev alan üçüncü kişinin rolü bakımındandır. Uzlaştırma faaliyetinde uyuşmazlığın çözümünde rol alan uzlaştırmacının arabulucuya göre geniş yetkileri bulunmaktadır. Uzlaştırmacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin bazı konularda araştırma yapmak ve çözüm üretmek durumundadır. Bu noktada uzlaştırmacı, tarafları belli seçenekler konusunda teşvik edici konuşmalar yapabilmekte ve onları yönlendirebilmektedir⁹⁸. Arabuluculuk yönteminde arabulucunun görevi tarafların birbirleriyle iletişime geçmelerini kolaylaştırmaktır. Bu yönüyle arabuluculuk, uzlaştırmaya göre daha pasif bir yöntemdir⁹⁹.

Uzlaştırma ve arabuluculuk arasındaki bir diğer fark ise mahkeme kurumuna benzerlik bakımındandır. Uzlaştırma süreci dava odaklı iken arabuluculuk süreci çözüm odaklıdır. Bu bağlamda, uzlaştırma mahkeme kurumuna benzerliği sebebiyle varılacak çözümlerin çeşitliliği açısından arabuluculuğa göre sınırlı bir imkân sunmaktadır. Arabuluculuk yönteminde yaratıcı çözümler üretme imkânı daha fazladır ve her iki tarafın da kazanması amaçlanır. Uzlaşma yönteminde ise tarafların kazanıp kazanmamalarıyla ilgilenilmez, en iyi hukukî sonucun elde edilmesini hedeflenir. Bu yönüyle uzlaşma, daha durgun ve resmî bir süreçtir¹⁰⁰.

Uzlaştırma ve arabuluculuk uyuşmazlığın çözümünde ön plana alınan hususlar bakımından da birbirinden ayrılır. Uzlaştırma sürecinde hak ve haklılık ön plana alınır ve geçmişteki durum incelenir. Uzlaştırma sürecinde hukuk kuralları, deliller ve bunların değerlendirilmesi arabuluculuğa nazaran daha önemlidir. Arabuluculuk yönteminde ise geçmiş değil gelecek ön planda tutulurken, hukuk kuralları, deliller, delil değerlendirilmesi gibi hususlar geri planda tutulur. Bu nedenle, uzlaştırma süreci, katı ve takdir hakkı kullanmaya pek olanak tanımayan bir süreçtir¹⁰¹.

⁹⁸ Hyde, s. 57.

⁹⁹ **Tanrıver, Süha:** *Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açısından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara 2010, s. 2025 vd. (Arabuluculuk ve Uzlaştırma); **Sarısozen**, s. 89; **Taşpolat Tuğsavul, Melis:** *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara 2012, s. 29. Diğer bir görüşe göre, arabuluculuk uzlaştırmaya nazaran daha resmî bir süreçtir ve arabulucu daha etkindir: **İldır**, s. 141; **Özmumcu**, *Uzakdoğu'da Arabuluculuk*, s. 261; **Şahin Ceylan**, s. 308; **Özbek, Mustafa Serdar:** *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?* Ankara Barosu Dergisi, 1999, S. 2-3, s. 199 (Temel Çözüm Türleri); *Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation Report, 2010*, Law Reform Commission, s. 18: https://www.lawreform.ie/_fileupload/reports/r98adr.pdf (Erişim Tarihi: 06.02.2019).

¹⁰⁰ **Tanrıver**, *Arabuluculuk*, s. 167.

¹⁰¹ **Tanrıver**, *Arabuluculuk*, s. 167.

Türk hukuku açısından uzlaştırma ve arabuluculuk arasındaki en büyük fark; arabuluculuğun tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hukuk uyuşmazlıklarında uygulanabilecek olması, uzlaştırmanın ise ancak belirli suçlarla ilgili cezaî uyuşmazlıklarda uygulanabilmesidir¹⁰². Görüldüğü gibi, Türk hukukunda arabuluculuk özel hukuk kaynaklıyken, uzlaştırma kamu hukuku kaynaklıdır. Milletlerarası Özel Hukukun kapsamına yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerin dâhil olması nedeniyle, uzlaştırma, yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar bakımından uygun değildir.

1.1.4.3. Müzakere (*Negotiation*) ve Arabuluculuk

Müzakere; tarafların üçüncü bir kişinin yardımına ihtiyaç duymadan doğrudan görüştükleri¹⁰³, belli aralıklarla, tek başlarına veya avukatlarıyla birlikte¹⁰⁴ bir araya gelerek iletişim içerisinde bulunup uzlaşmaya çalıştıkları ADR yöntemidir¹⁰⁵. Bu yöntemde taraflar, birlikte bir sonuca ulaşmak için iletişim ve ikna yoluyla karşılıklı, kabul edilebilir bir çözüme ulaşmaya çalışır¹⁰⁶. Müzakere yöntemine katılım gönüllüdür ve uyuşmazlığın çözümü tamamen tarafların kontrolündedir. Zira müzakere sürecinde taraflar dışında hiçbir üçüncü kişi, yönetici, karar verici yoktur¹⁰⁷.

Müzakere, esasen anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönüşmesini engelleyen bir yöntemdir¹⁰⁸. Bu bağlamda, müzakere dinamik bir süreç olup¹⁰⁹ müzakere ile yalnızca anlaşma değil, müşterek karar verme ve hareket etme de amaçlanır¹¹⁰. Müzakere yönteminin arabuluculuktan ayrılan yönü de üçüncü kişinin mevcudiyeti bakımındandır. Zira arabuluculukta uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımda bulunacak üçüncü bir kişi mevcutken, müzakere süreci sadece taraflar arasında görülmekte, üçüncü kişi bulunmamaktadır. Müzakere sürecinde kural olarak hukukî meseleler ortaya çıkmayacağı için yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından herhangi bir sıkıntı veya farklılık

¹⁰² Adalet Bakanlığı Mahkeme Temelli Arabuluculuk Hizmetleri El Kitabı, 2017, s. 67: <http://www.adb.adalet.gov.tr> (Erişim Tarihi: 16.06.2019).

¹⁰³ Dünyadaki kültürleri uyuşmazlıkların çözümü bakımından *doğrudan ele alan* ve *dolaylı ele alan* olmak üzere iki gruba ayırabiliriz. Doğrudan ele alan kültürlerde yüz yüze etkileşime önem verilir, anlaşmazlığın oluşması normal karşılanır, aynı fikirde olmayan bireyler doğrudan yüzleşmekten ve müzakere etmekten rahatsızlık duymaz. Dolaylı ele alan kültürlerde taraflar anlaşmazlık yaşamaktan kaçınır, kendilerini mahcup etmemek için uğraşır ve resmî veya gayriresmî aracılardan yardım ister: **Moore**, s. 80.

¹⁰⁴ Müzakereye genellikle yalnızca taraflar katılır. Avukatların da katıldığı müzakereye uzlaşma müzakeresi (*settlement negotiation*) denir. Avukatlık Kanununun 35/A maddesinde düzenlenen uzlaşma daveti ve uzlaşma müzakeresi bu yöntemin Türk hukukundaki bir örneğidir: **Dür**, s. 33.

¹⁰⁵ **Soysal, Tamer**: Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma, İstanbul 2005, s. 212; **Özbek**, AUÇ, s. 134.

¹⁰⁶ **Kekeç**, s. 44.

¹⁰⁷ **Dür**, s. 33.

¹⁰⁸ Anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramları arasındaki fark konusunda bilgi için bkz.: s. 14, dn. 51.

¹⁰⁹ **Özbek**, AUÇ, 2016, s. 151.

¹¹⁰ **Sanlı**, Uluslararası Ticarî Akitler, s. 491-492.

yaşanmaz. Ancak, tarafların müzakere süreci sonunda bir anlaşma metni akdetmeleri hâlinde sözleşmenin esasına ve şekline uygulanacak hukuk konusunda ileride uyuşmazlık çıktığında Kanunlar İhtilâfi kurallarına ihtiyaç duyulabilir.

1.1.4.4. Arabuluculuk-Tahkim (*Med-Arb*) ve Arabuluculuk

Arabuluculuk-tahkim (*Med-Arb*); uyuşmazlığın çözümüne arabuluculuk yolu ile başlanıp bu yöntemle çözüme ulaşılamaması hâlinde tahkim yolu ile devam edilmesini içeren karma bir ADR yöntemidir¹¹¹. Bu yöntemle amaçlanan, arabuluculuk sürecinin başarısız olması durumunda uyuşmazlığın devlet yargısına gitmeye gerek kalmadan bağlayıcı bir şeklide sonlandırılmasıdır¹¹².

Arabuluculuk-tahkim süreci sonucunda bir karar ortaya çıkar. Ancak taraflar, bu kararlar ilk aşamada karşılaşmaz. Zira arabuluculuk ve tahkim yöntemleri sırayla denenir ve kademeli olarak bağlayıcı bir usule geçilir¹¹³. Arabuluculuk-tahkim yöntemi, uyuşmazlığı hızlı ve uygun bir usulle çözmeyi vaat etmesi ve arabuluculuğu tahkim sürecinin bir parçası olarak kabul eden devlet sayısının artması nedeniyle oldukça gelişme göstermiştir¹¹⁴.

Arabuluculuk-tahkim yönteminde arabuluculuk faaliyetini yürütecek kişi ile tahkim faaliyetini yürütecek kişi aynı olabilir. Bu hâlde arabulucu, tarafları çözüme ikna etme konusunda daha fazla güç ve imkân kazanır. Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözülememesi hâlinde üçüncü kişi hakem sıfatını alacak ve uyuşmazlığa aşına olması nedeniyle daha kısa bir zamanda kararını verecek ve böylelikle zaman ve para tasarrufu sağlanacaktır¹¹⁵.

Arabuluculuk-tahkim yönteminin arabuluculuktan farkı, süreç sonunda tarafları bağlayıcı bir kararın ortaya çıkmasıdır. Arabuluculuk sonucunda uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması kesin değilken arabuluculuk-tahkim sürecinde taraflar süreç sonunda bağlayıcı bir karar verileceğinin bilincindedir.

Arabuluculuk-tahkim yöntemi yabancı unsur içeren uyuşmazlıkların çözümü açısından yerinde bir tercih olabilir. Zira birden fazla hukuk düzeni ile irtibat hâlinde olan bir

¹¹¹ **Doyle, Stephen Patric / Haydock, Roger:** Without the Punches: Resolving Disputes without Litigation, Minneapolis 1991, s. 10.

¹¹² Taraflar arabuluculuk-tahkim yönteminde arabuluculuğun başarısız olması hâlinde tahkimde verilecek kararın da bağlayıcı olmayacağını kararlaştırabilirler: **Ildır**, s. 100-102.

¹¹³ **Polat, Malike:** Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010, s. 48.

¹¹⁴ **Sussman, Edna:** *International Mediation*, International Law Review, 2013, Vol. 47, s. 179.

¹¹⁵ Aynı kişinin hem arabulucu hem hakem seçilmesi bazı olumsuzluklara da yol açabilir. Arabuluculuk-tahkim yönteminde ilk olarak arabuluculuk süreci yürütüleceği için arabulucu-hakem arabuluculuk sürecinde edindiği bir gizli bilgiden etkilenerek tahkim sürecindeki kararını verebilir. Bu durum, tarafları arabuluculuk sürecinde daha dikkatli olmaya iter. Bu hâlde, tarafların rahat olmaları gereken arabuluculuk süreci başarısız olur ve zaman kayıplarına yol açan formalite bir sürecinin ötesine geçemez: **Ildır**, s. 100; **Mclaren, Richard H. / Sanderson, John P.:** Innovative Dispute Resolution, Ontario 1994, s. 7 vd.

uyuşmazlığın ilk aşamada arabuluculuk yöntemiyle kazan-kazan anlayışına dayalı olarak çözülmesi hususunda çalışılması, bunun mümkün olmaması hâlinde tahkim yolu ile hukukî belirsizlik ve zaman kaybına son verilerek bir hüküm elde edilmesi milletlerarası hukukun ihtiyaçlarına uygundur.

1.1.4.5. Kısa Duruşma (*Mini-Trial*) ve Arabuluculuk

Kısa duruşma; tarafsız bir üçüncü kişi tarafından mahkeme sürecinin farazi olarak canlandırılması suretiyle uyuşmazlığın değerlendirildiği ADR yöntemidir¹¹⁶. Çoğunlukla ticarî ve iş hayatına dair uyuşmazlıkların çözülmeye çalışıldığı bu yöntemde, tarafsız üçüncü kişilerden ve her iki tarafın bir veya daha fazla yöneticisinden oluşan bir kurul yer almaktadır. Bu kurul, gizliliğe riayet edip mahkeme sürecini canlandırarak uyuşmazlığa bir çözüm bulmaya çalışır¹¹⁷. Kısa duruşma çoğunlukla mahkeme dışında kullanılan bağlayıcı ve resmî olmayan bir yöntemdir¹¹⁸.

Kısa duruşma, iş çevreleri tarafından geliştirilmiş, ticarî uyuşmazlıklar bakımından iyi sonuçların alındığı bir usuldür¹¹⁹. Son derece esnek bir yapıya sahip olması nedeniyle taraflar, kısa duruşma yöntemini aralarındaki uyuşmazlığa özgü bir yapıya büründürebilir¹²⁰. Uyuşmazlığın teknik yönlerinin aydınlatılabilmesi amacıyla bilirkişilerden yararlanılabilir veya tanık dinlenebilir¹²¹. Uyuşmazlık konusunda uzman emekli hâkimler kısa duruşmacı olarak seçilebilir.

Kısa duruşma faaliyeti sonucunda tavsiye niteliğindeki bir karar çıkabileceği gibi, tarafların onaylaması hâlinde bağlayıcı bir karara da hükmedilebilir¹²². Bir başka deyişle, taraflar isterlerse kurula bağlayıcı karar alma yetkisi tanıyabilir. Bu yönüyle, kısa duruşma yöntemi arabuluculuktan ayrılır¹²³. Zira arabuluculukta arabulucunun karar alma yetkisi yoktur ve taraflar arabulucuya karar alma yetkisi tanıyamaz.

Milletlerarası ticareti ilgilendiren ve birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı bulunan karmaşık nitelikteki uyuşmazlıkların kısa duruşma yöntemi ile çözülmesi mümkündür. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda kısa duruşma yönteminin kullanılması ile taraflar, esasa uygulanacak hukuk, şekle uygulanacak hukuk, görevli ve yetkili mahkeme, anlaşma

¹¹⁶ **Dür**, s. 52.

¹¹⁷ **Doyle / Haydock**, s. 10.

¹¹⁸ **Özbek**, AÜÇ, s. 397.

¹¹⁹ Kısa duruşma yöntemi ilk kez 1977 yılında ABD'de patent hakkı konusundaki bir uyuşmazlıkta *New York Times* gazetesi tarafından uygulanmıştır: **Dür**, s. 52.

¹²⁰ **İldır**, s. 108.

¹²¹ **Polat**, s. 52.

¹²² **Özbay**, s. 470; **İldır**, s. 109-110.

¹²³ **İldır**, s. 108.

belgesinin icrası gibi hususlarda bilgi sahibi olur. Böylelikle, Milletlerarası Özel Hukuk alanına giren uyuşmazlıklarda görülen karmaşıklık bir nebze olsun ortadan kalkmış olur.

1.1.4.6. Vakıaların Saptanması (*Fact Finding*) ve Arabuluculuk

Vakıaların saptanması; üçüncü kişi tarafından uyuşmazlığın esasını oluşturan maddî vakıalar tespit edilerek taraflara yeni bir bakış açısı kazandırmak suretiyle uyuşmazlığın sona ermesinin amaçlandığı ADR yöntemidir¹²⁴. Vakıaların saptanması yönteminde vakıa saptayıcılar, tarafların zayıf ve güçlü yönlerini içeren bir rapor hazırlar. Hazırlanan bu raporun değerlendirilmesinin ardından taraflar uzlaşırsa, uyuşmazlık sona ermiş olur¹²⁵.

Taraflar, vakıaların saptanması yöntemine hukukî durumlarını görmek ve mahkeme sürecinde davayı kazanma ihtimallerini tespit edebilmek amacıyla başvurur. Bu yönüyle vakıaların saptanması yöntemi, daha sonra bahsedeceğimiz tarafsız ön değerlendirme yöntemine benzemektedir. Ancak, bu iki yöntem, vakıaların saptanması yönteminden uyuşmazlığın başlangıç aşamasında değil de sonraki aşamalarında işlerlik kazanması ve tarafsız ön değerlendirme yöntemine göre daha ayrıntılı bir araştırmayı gerekli kılması yönleriyle farklılaşmaktadır¹²⁶.

Vakıaların saptanması yönteminin arabuluculuktan farkı, kullanım amacı bakımından ortaya çıkar. Her ne kadar uyuşmazlık yaşayan tarafların uzlaşma ihtimali bulunsa da vakıaların saptanması yöntemiyle hedeflenen genellikle, uyuşmazlığın esasını oluşturan maddî vakıaların tespit edilmesidir. Vakıaların saptanması yönteminde tarafların uyuşmazlığı çözebilme ihtimali çok düşüktür. Bu nedenle, arabuluculuğun aksine uyuşmazlığın doğrudan çözümünü hedefleyen bir yöntem değildir.

Vakıaların saptanması yönteminin yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların çözümünde kullanılması hâlinde olumlu sonuçlar görülebilir. Zira vakıaların saptanması yönteminde maddî vakıaların tespit edilmesi uyuşmazlığın vasıflandırılmasına yardımcı olmak suretiyle uygulanacak hukukun tespitini kolaylaştıracaktır. Bu nedenle, birden fazla hukuk düzeni ile irtibat hâlinde bulunan uyuşmazlıkların çözümünde vakıaların saptanması yönteminin kullanılması taraflara uyuşmazlığın Milletlerarası Özel Hukuk boyutunu görebilmeleri açısından yararlı olabilir.

¹²⁴ **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 161.

¹²⁵ **Uyumaz, Alper / Erdoğan, Kemal**: *Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 17, S. 1, s. 126-127; **İldır**, s. 78 vd.

¹²⁶ **Uyumaz / Erdoğan**, s. 127; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 162.

1.1.4.7. Tarafsız Ön Değerlendirme (*Early Neutral Evaluation*) ve Arabuluculuk

Tarafsız ön değerlendirme; taraflara uyuşmazlığın başlangıç aşamasında dava planlaması ve uzlaşma olasılıkları sunmayı amaçlayan, bağlayıcı olmayan bir ADR yöntemidir¹²⁷. Bu usulde, tarafsız ön değerlendirici denilen bir üçüncü kişiden uyuşmazlığın ortaya çıkışı, gelişimi ve gelecekteki seyri konusunda bilgi alınmaktadır¹²⁸. Bu bilgiler neticesinde tarafların ve avukatların tahkikatın özüne yoğunlaşması, davanın başında analitik düşüncülerinin sağlanması, avukatların duruşma öncesi bilgilerinin gelişmesi ve kısa sürede mantıklı bir çözüme ulaşılması amaçlanır¹²⁹. Tarafsız ön değerlendirmede, tarafsız ön değerlendirici bu bilgiyi taraflar ve taraf avukatlarıyla toplantı yaptıktan sonra bir rapor düzenleyerek sunar. Rapor sonucunda, taraflar, hukukî açıdan güçlü ve zayıf yönlerini görebilme şansına sahip olur¹³⁰. Raporun amacı, taraflara farklı bir bakış açısı sunmaktır. Tarafların raporda belirtilen çözüm önerisini kabul etmesi hâlinde uyuşmazlık çözüme kavuşacaktır. Tarafların çözüm önerisini kabul etmemesi durumunda gizlilik ilkesine riayet edilerek süreç boyunca edinilen bilgiler taraflar ve üçüncü kişi arasında kalacak, alenileştirilmeyecektir¹³¹.

Tarafsız ön değerlendirme faaliyeti sonucunda uyuşmazlığın çözülme ihtimali çok düşüktür. Tarafsız ön değerlendirme usulü, tarafların sürecin başında hukukî olarak ne durumda olduklarını görmek için kullanması sebebiyle arabuluculuktan ayrılır. Arabuluculuğa başvuran taraflar tarafsız ön değerlendirmeye başvuran taraflara göre uyuşmazlığın çözümüne daha yakındır. Öte yandan tarafsız ön değerlendirme yönteminde tarafsız üçüncü kişinin oluşturduğu rapor zarurîdir. Ancak arabuluculuk yönteminde arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına bir rapor sunmak gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır.

Milletlerarası Özel Hukukun alanına giren uyuşmazlıkların çözümünde tarafsız ön değerlendirme yönteminin kullanılması hâlinde taraflar, birden fazla hukuk düzeni ile ilişkili olan uyuşmazlığın dava planlamasını yapmış olacak, hukukî açıdan güçlü ve zayıf olan yönlerini görececek ve tahkikatın özü hakkında bilgi sahibi olacaktır.

¹²⁷ **Özbek**, AUÇ, s. 395; Tarafsız ön değerlendirme yöntemi, ilk kez ABD’de California’nın kuzey bölgesindeki bir Bölge Mahkemesinin bir projesinde kullanılmıştır: **Dür**, s. 55.

¹²⁸ **İldır**, s. 83; **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 161; **Kaplan Güler, Beyhan**: Boşanmanın Hukukî Sonuçlarında Arabuluculuk, İstanbul 2014, s. 39; **Soysal**, s. 284; **Pekcanitez**, s. 16; **Küçükgüngör**, s. 57; **Özbay**, s. 467.

¹²⁹ Tarafsız ön değerlendirme yöntemini diğer ADR yöntemlerinden ayırmak güçtür. Doktrinde bu yöntemin karmaşık uyuşmazlıklar konusunda çözüm sağlayamayacağı ifade edilmiştir: **İldır**, s. 84.

¹³⁰ **Tanrıver**, Arabuluculuk, s. 161; **İldır**, s. 85.

¹³¹ Taraflar tarafsız ön değerlendirme yöntemini arabuluculuğa dönüştürerek uyuşmazlığın çözümü konusunda çaba harcamaya devam edebilirler. Hatta tarafız ön değerlendiricinin arabulucu olarak görevine devam etmesini kararlaştırabilirler: **İldır**, s. 84-86.

1.2. Arabuluculuğun Hukuk Sistemlerindeki Yeri

1.2.1. Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Arabuluculuk

1.2.1.1. Genel Olarak

AB bünyesinde arabuluculuk konusunda yapılan düzenlemeler kuşkusuz, aday ülke konumunda bulunan Türkiye'yi de etkilemektedir. Bu nedenle, çalışmamızda Türk maddî hukukunda arabuluculuğa değinilmeden önce Türk hukukuna yapmış olduğu etkiyi daha iyi görebilmek amacıyla AB hukuku düzenlemeleri incelenecektir.

Modern anlamda ADR *Anglo-Sakson* kökenli bir kurum olmasına karşın¹³², pragmatist kökenli bir temele sahip olmasının etkisiyle *Kıta Avrupası* hukuk sistemlerinde hızlı bir şekilde uygulama alanı bulmuştur¹³³. Arabuluculuğun Avrupa'da yaygınlaşmasının en önemli nedeni, Avrupa Konseyinin (*Council of Europe*)¹³⁴ son 20 yılda yürüttüğü çalışmalardır¹³⁵. Zira AB ülkelerinde başlangıçta ADR yöntemlerine kuşkuyla bakılmasına karşın, AB Bakanlar Konseyi (*The Council of the European Union*) tarafından 1998 yılından itibaren yapılan çalışmalar neticesinde ADR'ye ilgi giderek artmıştır¹³⁶. Arabuluculuğun ve diğer ADR yöntemlerinin AB ülkelerinde kabul görmesinin temel nedenleri; adalete erişimi kolaylaştırması¹³⁷ ve AB tarafından ADR'lerin siyasî öncelik (*political priority*) olarak kabul edilmesidir¹³⁸.

AB Konseyi tarafından arabuluculuğun geliştirilmesi için 1998 ilâ 2002 yıllarında yoğun çalışmalar yapılmıştır. AB Konseyi aile, ceza ve idare hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuğun benimsenmesi ve teşvik edilmesi için bir çalışma grubu oluşturmuştur¹³⁹. 1999 yılının Ekim ayında Finlandiya'nın *Tampere* şehrinde gerçekleştirilen AB zirvesinde üye devletler mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusunda teşvik edilmiştir.

¹³² Arabuluculuğun -ABD hariç tutulduğunda- başta AB ülkeleri olmak üzere, batı ülkelerinde gelişiminin yavaş olduğu yönündeki görüş için bkz.: **Houzhi, Tang:** *Mediation is Developing Around the World*, Asia Pacific Law Review, 2016, Vol. 17, s. 31.

¹³³ **Tanrıver,** Arabuluculuk, s. 151; **Houzhi,** s. 32.

¹³⁴ Avrupa Konseyi, 5 Mayıs 1949 yılında kurulan ve merkezi Strazburg olan bir uluslararası örgüt niteliğindedir. Avrupa Konseyinde Türkiye, kurucu üye konumdadır: http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_tr.mfa (Erişim Tarihi: 24.06.2019).

¹³⁵ **Özbek,** İlkeler ve Uygulama, s. 443.

¹³⁶ Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486), Sıra No: 233, Genel Gerekeçe, s. 4 (HUAK Gerekeçesi).

¹³⁷ Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation Report, 2010, s. 7.

¹³⁸ **Özbek, Mustafa Serdar:** *Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, S. 68, s. 265 (Avrupa Birliği); **Erişir, Evrim / Tekin, Ceren:** *Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap*, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2008, S. 1.

¹³⁹ **Feasley,** s. 336; **Nolan-Haley, Jacqueline:** *Evolving Path to Justice: Assessing the EU Directive on Mediation*, Sixth Annual Conference on International Arbitration and Mediation, 2012, s. 2: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1942391 (Erişim Tarihi: 09.06.2019).

1.2.1.2. Yeşil Kitap

AB Konseyi, Avrupa Komisyonundan (*European Commission*), ADR'nin mevcut durumunu inceleyen ve bu konuda alınan tedbirler hakkında kapsamlı görüş ve tavsiyeler içeren Yeşil Kitabı hazırlamasını talep etmiştir. Bunun üzerine, 2002 yılında Avrupa Komisyonu tarafından *Medenî ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Hakkında Yeşil Kitap (Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law)*¹⁴⁰ hazırlanmıştır¹⁴¹.

Yeşil Kitap, AB bünyesinde arabuluculuğun gelişimine yönelik atılan adımların başında yer almaktadır. Yeşil Kitapla birlikte, arabuluculuk teşvik edilerek üye devletlerin iç hukukunda düzenleme yapmaları hedeflenmiştir¹⁴². Bu nedenle, Yeşil Kitap siyasî öncelik (*political priority*) olarak kabul edilerek arabuluculuğun toplum ve devletler nezdinde hızlı bir şekilde yaygınlaşması amaçlanmıştır¹⁴³. Yeşil Kitap, AB üyesi devletler başta olmak üzere diğer devletler, arabuluculuk kuruluşları, meslek odaları, barolar ve araştırmacılar tarafından büyük ilgi görmüş¹⁴⁴ ve tüm dünyada arabuluculuğun gelişimi bakımından önemli bir adım olarak kabul edilmiştir¹⁴⁵.

Yeşil Kitap *adil yargılanma hakkı*¹⁴⁶ temel alınarak düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkının bir koşulu durumunda bulunan adalete erişim hakkına Yeşil Kitapta yer verilerek, üye devletlerin adalete erişimi hızlı ve pahalı olmayan yargılama usulleri aracılığıyla yerine getirmeleri gerektiği hususuna değinilmiştir. Yeşil Kitapta özellikle sınır ötesi uyuşmazlıkların¹⁴⁷ yerel uyuşmazlıklara nazaran daha uzun sürdüğü ve daha masraflı olduğu belirtilmiştir. Bu noktada, iş yükü altında bulunan yerel mahkemelerin Kanunlar İhtilâfi, yargı yetkisi ve dil gibi zaman alan birçok hususla ilgilenmek zorunda kaldığına değinilmiştir. Bu

¹⁴⁰ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52002DC0196> (Erişim Tarihi: 09.06.2019). Bundan sonra Yeşil Kitap olarak anılacaktır. Yeşil Kitap hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Özbek**, Avrupa Birliği, s. 266; **Erişir / Tekin**, s. 131-165.

¹⁴¹ Yeşil Kitap, AB bünyesinde özellikle 1998 yılından itibaren arabuluculuğa ilişkin yapılan çalışmaların yazılı hâle getirilmesi ile oluşturulmuştur: **Öztürk, Necla / Yarar, Güven**: *AB 2008/52/EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları*, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. 2, Ankara 2015, s. 1354.

¹⁴² HUAKE Gerekçesi, s. 5.

¹⁴³ **Billiet, Philippe / Kurlanda, Ewa**: *An Introduction to the Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters*, The New EU Directive on Mediation First Insights (Ed: Association for International Arbitration), Antwerpen-Apeldoorn, Maklu 2008, s. 11.

¹⁴⁴ **Özbek**, Avrupa Birliği, s. 205.

¹⁴⁵ HUAKE'nin hazırlanma sürecinde de Yeşil Kitaptan yararlanılmıştır: HUAKE Gerekçesi, s. 5.

¹⁴⁶ Adil yargılanma hakkının AB Hukukuna ve Türk Milletlerarası Usul Hukukuna etkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Büyükalp Sarıöz, A. İpek**: *AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*, İstanbul 2018.

¹⁴⁷ Özellikle AB Düzenlemelerinde kullanılan *sınır ötesi (cross-border)* uyuşmazlık kavramı; bünyesinde yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıkları ifade etmektedir.

nedenle, Yeşil Kitapta yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda arabuluculuğun kullanılmasının adalete erişim noktasında olumlu sonuçlar doğuracağı vurgulanmıştır¹⁴⁸.

Yeşil Kitabın hazırlanma aşamasında üye devletler ve ilgili kurum ve kuruluşlar arasında görüşmeler başlamış ve arabuluculuk teşvik edilmiştir¹⁴⁹. Böylelikle, AB ülkelerinin iç hukuklarında arabuluculuğa yer verme süreci hızlanmıştır¹⁵⁰. Yeşil Kitapta tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği konularda gönüllü olarak arabuluculuğa başvurabilecekleri belirtilmek suretiyle AB hukukunda ne tür uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olacağı konusunda genel kanaat açıklanmıştır. Medenî hukuk, ticaret hukuku ve iş hukukundan¹⁵¹ doğan uyuşmazlıklar Yeşil Kitap kapsamında kabul edilirken, aile ve rekabet hukuku gibi kamu düzeni niteliği ağır basan, tarafların üzerinde tasarruf etme hakkının bulunmadığı uyuşmazlıklar Yeşil Kitabın kapsamı dışında bırakılmıştır¹⁵².

Yeşil Kitapta değinilen bir diğer önemli husus da uyuşmazlığı arabuluculuğa götürmek konusunda anlaşılan taraflardan birinin bu anlaşmayı ihlâl etmesi durumudur. Taraflar mahkemeye müracaat etmeden önce arabulucuya gidecekleri hususunda sözleşme akdeder; ancak taraflardan biri sözleşmeyi ihlâl ederse, Yeşil Kitapta bu durumun sözleşme hükümlerinin ihlâli veya dürüstlük kuralına uyulmaması şeklinde değerlendirilebileceği belirtilmiştir¹⁵³. Öte yandan, arabuluculuğa başvurulması hâlinde zamanaşımı sürelerinin duracağına ve arabuluculuk süreci boyunca gizlilik ilkesine riayet edileceğine Yeşil Kitapta yer verilerek, tarafların olası mağduriyetleri önlenmeye çalışılmıştır.

Arabuluculuk faaliyetinin olumlu sonuçlanması hâlinde taraflarca imzalanacak anlaşma belgesinin icrası arabuluculuğun en önemli meselelerinden biridir. Bu nedenle, Yeşil Kitabın 83. maddesinde anlaşma belgesinin icraî nitelik kazanabilmesinin hâkim kararıyla veya noter gibi resmî makamlarının onayıyla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir.

1.2.1.3. Tavsiye Karar ve Avrupa Etik Prensipleri

Yeşil Kitabın ardından AB ülkelerinde arabuluculuğun gelişimine yönelik diğer adımlar; 2002 yılında yayımlanan Rec (2002) 10 sayılı Arabuluculuğa İlişkin Tavsiye

¹⁴⁸ **Erişir / Tekin**, s. 134-135; Yeşil Kitap hazırlanmadan önce AB ülkelerinde yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesi konusunda ciddi belirsizlikler bulunmaktaydı: **Özbek**, *Arabuluculuk Yönergesi*, s. 200.

¹⁴⁹ **Wells, Alan**: *Dispute Resolution: Mediation and Arbitration*, *Business Law Review*, 2011, S. 32, s. 61.

¹⁵⁰ **Billiet / Kurlanda**, s. 11; **Özbek**, *Avrupa Birliği*, s. 265.

¹⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Sciarra, Silvana**: *EU Commission Green Paper 'Modernising Labour Law to Meet the Challenges of the 21st Century'*, *Industrial Law Journal*, 2007, Vol. 36, No. 3, s. 375.

¹⁵² **Özbek**, *Avrupa Birliği*, s. 267.

¹⁵³ **Feasley, Ashley**: *Mediator Qualification Regulations and the 2008 EU Mediation Directive: A Necessity or An Impediment?*, s. 337: <http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1629&context=jdr> (Erişim Tarihi: 21.06.2019).

Kararları¹⁵⁴ (*Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Mediation in Civil Matters*)¹⁵⁵ ve 2004 yılında Avrupa Komisyonu ve diğer kurumlar tarafından hazırlanan Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Prensipleri (*European Code of Conduct for Mediators*)¹⁵⁶ dir.

Tavsiye Kararın kapsamı hukuk uyuşmazlıkları ile sınırlandırılmış olup ticaret, tüketici ve iş hukukuna ilişkin hususların bu kapsama girdiği ve arabuluculuğa elverişli olduğu belirtilmiştir. Tavsiye Kararda arabuluculuk faaliyetinin mahkeme sürecinin bir parçası olarak veya mahkeme sürecinin dışında olabileceği düzenlenmiş; ancak bu konuda AB ülkelerine takdir hakkı tanınmıştır. Bu nedenle, üye devletler iç hukuk sistemlerinde arabuluculuğun konumu hususunda tercih hakkına sahiptir. Tavsiye Karar ile üye devletlere arabulucuların seçimi, sorumlulukları, eğitimleri ve nitelikleri bakımından uygun standartların belirlenmesi ve bu konuda tedbirlerin alınması gerektiği vurgulanmıştır. Öte yandan, Tavsiye Kararda arabuluculuğun geciktirici bir formalite olarak kullanılmasının önlenmesi üzerinde de durulmuştur. Zira AB ülkelerinin arabuluculuğa ilişkin düzenleme yaparken gereksiz gecikmeleri önleyecek tedbirler alması ve arabuluculuğun geciktirici bir taktik olarak kullanılmasının önüne geçilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu suretle, yargıyı seri hâle getirmesi amaçlanan arabuluculuk yönteminin tam tersi etki yapması önlenmek istenmiştir.

AB tarafından 2 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe konulan Etik Prensipler ile arabuluculuğun üye devletlerde doğru bir şekilde uygulanması, kalitesinin yükseltilmesi ve sonuç olarak uygulama hususunda bir seviye oluşturulması hedeflenmiştir¹⁵⁷. Etik prensipler ile tarafsızlık, bağımsızlık, gizlilik ve arabulucunun ücreti gibi konularda arabulucuların bireysel sorumlulukları çerçevesinde uymayı gönüllü olarak kabul ettikleri bazı ilkeler kabul edilmiştir¹⁵⁸. Etik kuralların medenî hukuka ve ticaret hukukuna ilişkin arabuluculuğa elverişli olan her türlü uyuşmazlığı kapsadığı görülmektedir. Arabuluculukta kalite ve güvenin artırılmasını amaçlayan Etik Prensiplerin uygulanması ihtiyarî nitelikte olmasına karşın

¹⁵⁴ Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to Member States on Mediation in Civil Matters. Bundan sonra *Tavsiye Karar* olarak anılacaktır.

¹⁵⁵ Metnin orijinali için bkz.: <https://www.euromed-justice.eu> (Erişim Tarihi: 07.02.2019).

¹⁵⁶ Bundan sonra *Etik Prensipler* olarak anılacaktır. Türk hukukunda da arabuluculuk uygulamasında belirli bir seviyenin yakalanabilmesi amacıyla karşılaştırmalı hukuktaki etik ve uygulama kuralları dikkate alınarak ülkemizin arabuluculuk sistemi ile sosyal ve kültürel değerlerine uyumlu Türkiye Arabulucular Etik Kuralları kabul edilmiştir. Bu kurallar Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanmış olup, Arabuluculuk Kurulu tarafından gözden geçirilerek kabul edilmiştir: http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html (Erişim Tarihi: 07.02.2019). Metnin orijinali için bkz.: <http://ec.europa.eu> (Erişim Tarihi: 21.06.2019). Metnin çevirisi için bkz.: **Özbek**, AUÇ, s. 1253-1256.

¹⁵⁷ **Özbek**, Arabuluculuk Yönergesi, s. 206.

¹⁵⁸ **Ersen Perçin**, s. 188.

Avrupa’da birçok arabuluculuk kuruluşunca Etik Prensiplerin benimsendiği tespit edilmiştir¹⁵⁹.

1.2.1.4. 2008/52 EC Sayılı Medenî ve Ticarî Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Arabuluculuk Direktifi

1.2.1.4.1. Amaç

Yeşil kitap, Tavsiye Kararları ve Etik Prensiplere getirilen eleştiriler AB Parlamentosu tarafından dikkate alınmış ve 2008/52/EC sayılı Arabuluculuk Direktifi (*European Council for a Mediation Directive*)¹⁶⁰ hazırlanmıştır. Arabuluculuk Direktifi, 21 Mayıs 2008 tarihinde 26 üye devletin onayıyla kabul edilerek, 13 Haziran 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Arabuluculuk Direktifi ile AB sınırları içerisinde hakkın korunması ve temini açısından, üye ülkelerin zor ve karmaşık hukuk ve idare sistemi yerine, daha kolay ve basit biçimde uyuşmazlıkların uzlaşma ile çözümü hedeflenmiştir¹⁶¹. Bu amacın gerçekleşmesi için adil yargılanma hakkı kapsamında adalete erişimin kolaylaştırılması gerekmektedir. Arabuluculuk Direktifi Gerekçesinin 5. maddesinde adalete erişimin kolaylaştırılmasının yolunun ADR’lerin yaygınlaştırılmasından geçtiği belirtilmiştir¹⁶².

AB’nin en temel ihtiyaçlarından biri de, özellikle yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde hukukî belirliliğin ve öngörülebilirliğin sağlanmasıdır. Bu noktada, yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklarda arabuluculuğun uygulanmasını yaygınlaştırmak¹⁶³ ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda imzalanan anlaşma

¹⁵⁹ **Friel, Steven / Toms, Christian / Ridnick, Brown:** *The European Mediation Directive – Legal and Political Support For Alternative Dispute Resolution in Europe*, Blomberg Law Reports, s. 1: <http://www.brownrudnick.com> (Erişim Tarihi: 21.06.2019); Preliminary Draft Proposal For a Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters: http://europa.eu.int/comm./justice_home/en.pdf (Erişim Tarihi: 21.06.2019). Direktif Taslağı hükümlerinin değerlendirilmesi için bkz.: **Özbek, Mustafa Serdar:** *Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. 56, S. 1, s. 183-231 (Yönerge Önerisi).

¹⁶⁰ O.J: 24.05.2008-136/3. Direktifin orijinal metni için bkz.: <https://eur-lex.europa.eu> (Erişim Tarihi:07.02.2019). Bundan sonra *Arabuluculuk Direktifi* olarak anılacaktır.

¹⁶¹ HAUK Genel Gerekeçe, s. 5.

¹⁶² Direktifin 12. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, üye devletlerden iç hukuklarında arabuluculuğa yönelik düzenleme yapmak için 21 Mayıs 2011 tarihine kadar süre verilmiş ve bu tarihe kadar üye devletlerden gerekli Kanun, Tüzük ve İdarî Kurulları oluşturmaları talep edilmiştir. Direktifin yürürlüğe girmesinden önce bazı üye devletlerin iç hukukunda arabuluculuğa ilişkin düzenleme bulunması nedeniyle, bu devletler (Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık, Fransa, İtalya, Macaristan, Portekiz, Romanya) yalnızca Avrupa Komisyonuna bu konuda bilgi vermiştir. Direktifin yürürlüğe girmesinden önce iç hukukunda arabuluculuğa ilişkin düzenleme bulunmayıp Direktifin yürürlüğe girmesinin ardından arabuluculuğa ilişkin düzenleme yapan başlıca devletler; Almanya, Hollanda, Slovenya ve Yunanistan’dır: **Öztürk / Yarar**, s. 1357.

¹⁶³ **Feesley**, s. 38; **Eskiyörük, Serhat:** *Avrupa Birliği’nin 2008/52 Sayılı Arabuluculuk Direktifi ve Muhtemel Etkileri Üzerine Değerlendirme*, 2008, s. 3: <http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-hakkinda/avrupa-birligi-nin-2008-52-sayili-arabuluculuk-direktifi-ve-muhtemel-etkileri> (Erişim Tarihi: 10.06.2019).

belgesinin AB üyesi devletlerde icrasını sağlamak gerekmektedir¹⁶⁴. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından adalete erişim hakkının temin edilebilmesi için, AB bünyesinde hukuk sistemleri arasında uyum sağlanması elzemdir. Bunun için de uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra başvurabilecek her aşama ve her seçenek tespit edilmelidir¹⁶⁵. Arabuluculuk Direktifi ile bu konulara çözüm getirilmek suretiyle yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözülmesinin önündeki sorunlar giderilmeye çalışılmıştır.

1.2.1.4.2. Kapsam

Arabuluculuk Direktifinin kapsamı; konu ve ülke bakımından incelenebilir. Direktifin konu bakımından kapsamına sınır ötesi medenî ve ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar girmektedir. Zira Direktifin 1. maddesinin 2. fıkrasında; Direktifin sınır ötesi nitelikteki medenî hukuk ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarına uygulanacağı vurgulanmıştır. Bu noktada, Direktif özellikle vergi, gümrük veya idarî meseleler ya da devletin egemenliğine dayalı olarak yapmış olduğu eylem ve işlemlerden doğan sorumluluğuna ilişkin ihtilafları kapsamayacaktır. Öte yandan, Direktif hükümlerinin yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklar bakımından da uygulanması konusunda engel bulunmamaktadır. Zira Direktif, yalnızca yabancılık unsuru taşıyan sorunların aşılması veya yabancı unsur içeren uyuşmazlıkların çözülmesine hasredilmiş değildir¹⁶⁶.

Direktifin ülke bakımından kapsamına ise AB üyesi üye devletlerinin tamamı girer. Ancak bazı devletler AB ile yaptıkları anlaşmalara dayanarak bazı düzenlemelere katılıp katılmama konusunda takdir hakkına sahiptir. Örneğin, Danimarka takdir hakkını kullanarak Direktif hükümlerini uygulamama kararı almıştır¹⁶⁷.

1.2.1.4.3. Direktifin Değerlendirilmesi

Genel olarak bakıldığında Direktif ile yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurunun özendirilmesi, arabuluculuğun kullanılmasına olanak sağlanması,

¹⁶⁴ **Öztürk / Yarar**, s. 1361-1362. Direktifin 12. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, üye devletlerden arabuluculuk faaliyeti sonucunda ortaya çıkan anlaşma belgesinin icra edilmesini sağlayacak yetkili mahkeme ve kurumları en geç 21 Kasım 2010 tarihine kadar Avrupa Komisyonuna bildirmeleri talep edilmiştir.

¹⁶⁵ **Özbek**, Yönerge Önerisi, 202.

¹⁶⁶ **Eskiyörük**, s. 5; **Özbek**, Yönerge Önerisi, s. 202.

¹⁶⁷ Danimarka'nın Maastricht Anlaşması'nda (29.07.1992-C 191/1) ayrıcalığı vardır. Danimarka, bu ayrıcalığı kullanarak Direktife katılmamıştır. Ancak hâlihazırda Danimarka hukukunda arabuluculuk düzenlenmiştir ve sınır ötesi arabuluculuk hâriç Direktif ile arabuluculuk mevzuatı birbirine uyumludur: **De Polo, Giuseppe / Trevor, Mary B.**: EU Mediation Law and Practice, Oxford 2012, s. 73-74.

yargılama ve arabuluculuk arasında denge tesis edilmesinin amaçlandığı görülmektedir¹⁶⁸. Bu bağlamda, Direktifte arabuluculuğa başvuru, arabulucunun eğitimi, arabuluculuk süreci sonunda imzalanan anlaşma belgesinin icra edilebilirliği ve ilâm niteliği kazanması, gizlilik, arabuluculuğun zamanaşımı ve hak düşürücü süreler etkisi gibi konular düzenlenerek üye devletlere iç hukuklarında yapacakları düzenlemeler konusunda yol gösterilmiştir. Bu noktada, Direktif hükümlerinin üye devletlerin iç hukukuna başarılı bir şekilde yansıdığı görülmektedir¹⁶⁹.

Direktifte ayrıntılı düzenlemelere –isabetli olarak- yer verilmemiş, genel çerçeve çizilmiş, ayrıntılar konusunda üye devletlere takdir hakkı tanınmıştır. Ayrıca Direktifte arabulucunun nitelikleri konusunda da düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu konunun Direktifte düzenlenmesi yerinde olurdu. Böylelikle her üye devletin arabulucunun nitelikleri konusunda farklı düzenleme yapma riski de ortadan kaldırılmış olurdu¹⁷⁰.

1.2.2. Bazı Ülke Düzenlemelerinde Arabuluculuk

1.2.2.1. Anglo-Sakson Ülkeleri

ABD, modern anlamda arabuluculuğun doğduğu yerdir. ABD’de ortaya çıkan arabuluculuk, hukuk sistemlerinin benzer olduğu Birleşik Krallık ve Avustralya¹⁷¹ gibi *Anglo – Sakson* ülkelerini de etkilemiştir¹⁷². ABD federal bölge mahkemelerinde arabuluculuk ilk defa 1970 yılında uygulanmıştır. Arabuluculuğun gelişiminde 1976 yılında Amerika Barolar Birliği tarafından gerçekleştirilen “*Adalet Yönetimindeki Kamusal Tatminsizliklerin Nedenleri Hakkında Ulusal Konferans*” önemli rol oynamıştır. Bu Konferansta arabuluculuğun iş yükü altındaki mahkemeleri rahatlatacağı, uyuşmazlıkların çözüm sürecini kısaltacağı ve yargılama giderlerini en aza indireceği belirtilmiştir. Konferansta arabuluculuk hizmeti sunan mahalli adalet merkezlerinin ve çok seçenekli mahkeme teşkilatı¹⁷³ programlarının kurulması teşvik edilmiştir¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Dava usulü ve arabuluculuk arasında dengenin sağlanmasından ne anlaşılması gerektiği konusunda Direktifte açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların mahkemelerin önüne getirilmesi hâlinde hâkim tarafları arabulucuya yönlendirmek suretiyle dava usulü ve arabuluculuk arasındaki dengenin sağlanmasına katkıda bulunabilecektir: **Öztürk / Yarar**, s. 1361.

¹⁶⁹ **Öztürk / Yarar**, s. 1379.

¹⁷⁰ **Öztürk / Yarar**, s. 1379.

¹⁷¹ Avustralya’nın ADR konusunda önemli gelişmeler kaydettiği ve arabuluculuğun Avustralya’da son derece yaygın olduğu konusunda bilgi için bkz.: **Alexander**, Mapping Modern Mediation, s. 2.

¹⁷² **Özbek**, AUÇ, s. 325.

¹⁷³ Çok seçenekli mahkeme teşkilatı bir dizi uyuşmazlık çözüm usulü sunan mahkemeleri ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Bu teşkilat ile taraflar kendileri için en uygun uyuşmazlık çözüm yöntemine yönlendirilir: **Özbek**, AUÇ, s. 1069.

¹⁷⁴ **Özbek**, AUÇ, s. 1069.

Birleşik Krallık, Avrupa'da arabuluculuğun en yoğun kullanıldığı ülkedir¹⁷⁵. Birleşik Krallık'ta arabuluculuğa ilişkin ilk düzenleme 26 Nisan 1999 tarihinde yürürlüğe giren Medenî Usul Kanunu (*Civil Procedure Act*)¹⁷⁶ ile kabul edilmiştir. Direktifin yürürlüğe girmesi ile birlikte gerekli değişiklikler yapılmış; ancak Birleşik Krallığın kendine has yapısı nedeniyle bu değişiklikler Birleşik Krallık bünyesindeki devletleri farklı şekilde etkilemiştir. Örneğin, İskoçya ve Kuzey İrlanda'da arabuluculuk sadece sınır ötesi uyuşmazlıklar bakımından kabul edilmişken; Galler'de medenî ve ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuk kabul edilmiştir¹⁷⁷. İngiltere ve Galler'de mahkeme tarafların arabuluculuğa başvurabilmesi için davayı erteleyebilir ve tarafların arabuluculuktan imtina etmesi hâlinde hâkim, tarafların para cezası ödemesine hükmedebilir¹⁷⁸. Ayrıca Birleşik Krallık'ta dava konusu 10.000 Paund'un altındaki alacaklardan doğan uyuşmazlıklara Küçük Alacaklar Arabuluculuk Servisi tarafından hizmet sunulurken, 10.000 Paund'un üstündeki alacaklardan doğan uyuşmazlıklara Adalet Bakanlığı tarafından hizmet sunulmaktadır¹⁷⁹.

1.2.2.2. Bazı Avrupa Ülkeleri

Belçika, arabuluculuğu ilk kez 2001 yılında aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar bakımından kabul etmiştir. Bu düzenlemeye göre, hâkim tarafların ortak talebi veya kendi takdiri ve tarafların onaylaması şartıyla uyuşmazlığın çözümü için arabulucu atayabilir¹⁸⁰. Daha sonra 2005 yılında Belçika Medenî Usul Kanununda (*Code Judiciaire Gerechtelijk Wetboek*)¹⁸¹ değişiklik yapılarak arabuluculuk konusunda kapsamlı düzenlemeler kabul edilmiştir. Belçika hukukundaki arabuluculuğa dair pozitif düzenlemelerin Direktifle uyumlu olması nedeniyle Direktifin yürürlüğe girmesinin ardından Belçika hukukunda düzenlemeye gerek duyulmamıştır¹⁸². Belçika Usul Kanununa göre iş hukuku ve hâsılat kirası gibi bazı konulardan doğan uyuşmazlıklarda ADR yöntemlerine başvurulması zorunludur¹⁸³.

¹⁷⁵ Moore, s. 89.

¹⁷⁶ Kanun metni için bkz.: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/12/pdfs/ukpga_19970012_en.pdf (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹⁷⁷ Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs 'Rebooting' The Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU, 2014: <http://www.europarl.europa.eu> [(Erişim Tarihi: 22.02.2019) (Mediation in the EU)], s. 65-66.

¹⁷⁸ Yeşil Kitap, P. 28; Erişir / Tekin, s. 142.

¹⁷⁹ Moore, s. 89.

¹⁸⁰ Yeşil Kitap, P. 28, Erişir / Tekin, s. 142.

¹⁸¹ Kanun metni için bkz.: <http://users.skynet.be/rolandfabian/codes/Codejud.pdf> (Erişim Tarihi: 11.05.2019).

¹⁸² EU Handbook on Mediation: Mediation Law and Practice in Other EU Countries: http://mediation-net.eu/pdf/books/analysis_concise_text2.pdf (Erişim Tarihi: 10.02.2019), s. 2 (EU Handbook on Mediation); Mediation in the EU, s. 72.

¹⁸³ Yeşil Kitap, P. 28, Erişir / Tekin, s. 143.

Norveç, uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesi konusunda uzun bir geçmişe sahiptir. *Norveç*'te tarafların uyuşmazlıkların çözümü için arabulucuya veya kurumsal bir Arabuluculuk Kuruluna gidebilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Arabuluculuk Kurulu, belediye meclisleri tarafından 4 yıllık süre için atanır. Kurulun görevi uyuşmazlığın mahkemeye gidilmeden çözülmesine yardımcı olmaktır. Uyuşmazlık Kurul tarafından çözülemez ve taraflarca mahkemeye intikal ettirilirse, mahkeme tarafları geleneksel uyuşmazlık çözüm yöntemlerine veya özel bir arabulucuya yönlendirebilir. 2006 yılından itibaren *Norveç Bölge Mahkemeleri* de arabuluculuk hizmeti vermektedir. 2008 yılında Hukukî Uyuşmazlıklarda Mahkeme Sürecinde Arabuluculuk Kanunu (*Act Relating to Mediation and Procedure in Civil Disputes*)¹⁸⁴ kabul edilerek alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusundaki mevzuat zenginleştirilmiştir¹⁸⁵.

İsveç hukukunda arabuluculuk konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Ulusal Mahkemeler İdaresince tarafların yönlendirilebileceği arabulucu listeleri mevcuttur. *İsveç*'te Stockholm Ticaret Odası ve Batı *İsveç* Ticaret ve Sanayi Odası ticarî uyuşmazlıklar alanında arabuluculuk hizmeti sunmaktadır¹⁸⁶. Yasal düzenleme mevcut olmamasına karşın uygulamada başta Medenî Hukuk uyuşmazlıkları olmak üzere birçok alanda arabuluculuğa gidilebilir. *İsveç* hukukunda arabuluculuğa gidilebilmesi için her iki tarafın da gönüllü olması gerekmekte olup taraflar dava açılmadan önce veya dava sırasında arabuluculuğa başvurabilir¹⁸⁷.

Fransa, uzun yıllardan beri zorunlu sulh kurumunun mevcut olduğu bir ülkedir. 1789 yılında Fransız İhtilâlî ile getirilen zorunlu sulh uygulaması, 1849 yılında kaldırılmış; ancak yumuşatılmış şekilde 1976 yılında tekrar düzenlenmiştir. 1995 yılında ise zorunlu olma özelliği son bulmuştur¹⁸⁸. *Fransa*'da medenî hukuk ve ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk ilk defa Fransız Medenî Usul Kanununda (*Code de Procédure Civile*)¹⁸⁹ 8 Şubat 1995 tarihli 95-125 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle kabul edilmiştir. Ancak Direktifin yürürlüğe girmesi ile birlikte arabuluculuğun yer aldığı Fransız Medenî Usul Kanununda değişikliğe gidilerek arabuluculuk hükümleri tekrar düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile *Fransa*'da arabuluculuğun kullanımı yaygınlaşmıştır¹⁹⁰. *Fransa*'da arabulucular

¹⁸⁴ Kanun metni için bkz.: <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2005-06-17-90> (Erişim Tarihi:11.07.2019).

¹⁸⁵ Moore, s. 90-91.

¹⁸⁶ Moore, s. 91.

¹⁸⁷ <https://e-justice.europa.eu> (Erişim Tarihi:08.07.2019).

¹⁸⁸ Yıldırım, M. Kamil: *İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında*, Prof. Dr. Yavuz Alangoya Armağanı, İstanbul 2007, s. 351.

¹⁸⁹ Kanun metni için bkz.: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716> (Erişim Tarihi:11.05.2019).

¹⁹⁰ https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-fr-en.do?member=1 (Erişim Tarihi: 23.07.2019).

mahkeme tarafından atanabilmektedir. Mahkeme tarafından atanan arabulucunun kusursuz bir saygınlığa sahip olması, en az 3 yıllık hukuk deneyimi bulunması, bağımsız olması ve adli veya idarî ceza almadığını kanıtlaması gerekmektedir¹⁹¹.

Macaristan, 2003 yılında arabuluculuğa ilişkin düzenleme ihdas etmiştir. Medenî ve ticarî uyuşmazlıklarının düzenlendiği Macaristan Arabuluculuk Kanunu (*Hungarian Mediation Act*)¹⁹² hükümleri Direktif ile uyumludur¹⁹³.

İtalya, arabuluculuk konusunda geçmişi en eski ülkelerdendir. Arabuluculuk İtalya’da ilk kez 1865 yılında İtalyan Medenî Kanununda (*Codice Civile Italiano*)¹⁹⁴ düzenlenmiştir. Daha sonra 1940 yılında kabul edilen İtalyan Medenî Usul Kanununda (*Diritto Processuale Civile*)¹⁹⁵ arabuluculuğa ilişkin düzenlemelere rastlamaktayız. Bu düzenlemede, arabuluculuğun hâkimler tarafından yürütülen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu kabul edilmiştir¹⁹⁶. Ancak eski bir geçmişe sahip olmasına rağmen 2003 yılına gelene kadar arabuluculuk İtalya’da toplum tarafından bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanınmamaktaydı. 2003 yılında ticaret hukukundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulmasına ilişkin düzenleme yapılmış; ardından 2009 yılında mevzuatın Direktife uyarlanması amacıyla kabul edilen 69 sayılı Kanunla arabuluculuk düzenlemesi güncel hâle getirilmiştir¹⁹⁷. İtalya’da 21 Mart 2011 tarihinden itibaren uygulanmak üzere medenî ve ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuruyu zorunlu kılan bir kanun hükmünde kararname yayımlanmıştır¹⁹⁸.

Almanya’da arabuluculuğa ilişkin gelişmeler 1990’lı yıllardan itibaren başlasa da Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Teşvikine Dair Kanun (*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*)¹⁹⁹ Direktifin hazırlanmasından sonra 26 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe

¹⁹¹ **Bulur**, ADR, s. 39; **Yeşil Kitap**, P. 28; **Erişir / Tekin**, s. 143.

¹⁹² Kanun metni için bkz.: http://www.mediatio.hu/files/Magyar_dok/MediationAct_2002LV_EN.doc (Erişim Tarihi: 11.05.2019).

¹⁹³ **Bilgin, Hikmet**: *Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk*, Hukuk Gündemi, 2009, S. 2, s. 18: <http://www.ankarabaruosu.org.tr/siteler/ankarabaruosu/hgdmakale/2009-2/1.pdf> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹⁹⁴ Kanun metni için bkz.: <https://archive.org/stream/codiceciviledel00italgoog/cod> (Erişim Tarihi: 25.05.2019).

¹⁹⁵ Kanun metni için bkz.: <http://www.ficiesse.it.pdf> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹⁹⁶ **Mediation in EU**, s. 39; İtalya’da Medeni Usul Kanunu’nun 322. maddesiyle yetkileri belirlenen sulh hâkimleri arabulucu olarak görev yapabilmekte tarafları uyuşmazlık konusu üzerinde açıkça teşvik edebilmektedir: **Yeşil Kitap**, P. 27; **Erişir / Tekin**, s. 142.

¹⁹⁷ **Bruni, Alessandro**: *Mediation in Italy, Revista Forumul Judecatorilor*, 2010, Vol. 1, s. 96-97; **Mediation in the EU**, s. 39.

¹⁹⁸ **Moore**, s. 92-93.

¹⁹⁹ Kanun metni için bkz.: <https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav> (Erişim tarihi: 11.06.2019).

girmiştir²⁰⁰. Almanya’da arabuluculuk Adalet Bakanlığının teşvikleri nedeniyle mahkeme içi arabuluculuk şeklinde gelişme göstermiştir²⁰¹.

Hollanda’da medenî ve ticarî uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk kuralları ihdas edilmiş ve bu kurallar 15 Kasım 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hollanda yalnızca sınır ötesi uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk kabul edilmiştir²⁰².

Yunanistan’da Direktifin yürürlüğe girmesinin hemen ardından 2010 yılında Arabuluculuk Kanunu²⁰³ yürürlüğe girmiştir²⁰⁴.

1.2.2.3. Bazı Asya Ülkeleri

Arabuluculuk sadece batılı toplumlarda mevcut olan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Hatta arabuluculuğun batı ülkeleri dışındaki ülkelerde daha yaygın olarak kullanıldığı görülmektedir²⁰⁵. Asya Pasifik Bölgesi, modern arabuluculuk uygulamaları bakımından verimli bir bölgedir. Özellikle Uzakdoğu ülkelerinde hükümet tarafından öncelikle mahalle, köy, kasaba ve semt seviyesinde hizmet verilmesi amacıyla kurulan Halk Uzlaşma Komisyonları kişilerarası ve toplumsal uyuşmazlıkların çözümünde rol oynamaktadır²⁰⁶.

Japonya’da arabuluculuk mahkemeye başvurmadan önce ve mahkeme dışı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. 1951 tarihli Hukukî Konulara İlişkin Arabuluculuk Kanunu (*Civil Conciliation Act*)²⁰⁷ gereğince arabuluculuk faaliyeti mahkeme tarafından oluşturulan bir arabuluculuk komitesi tarafından yürütülmektedir. Bu yöntem, “mahkemeden önce” arabuluculuk şeklinde tanımlanmaktadır. Taraflarca atanmış arabulucu veya arabuluculuk kurumu tarafından yürütülen arabuluculuğa, “mahkeme dışı arabuluculuk” denilmektedir²⁰⁸. 1951 tarihli Arabuluculuk Kanununun 1. maddesinde; Kanunun medenî hukuktan doğan uyuşmazlıklarda tarafların karşılıklı ödünler vererek mevcut şartlara uygun şekilde

²⁰⁰ **Mediation in the EU**, s. 31; The New German Mediation Act – Paving the Way for Mediation As Established Standart in Dispute Resolution? 2012, s. 1: <http://www.shearman.com/~media/Files/Document-Manager-Files-from-BDS/MediationsG.pdf> (Erişim Tarihi: 11.06.2019); **Alexander**, Mapping Modern Mediation, s. 3

²⁰¹ **Hess, Burkhard / Pelzer, Nils: Regulation of Dispute Resolution in Germany: Cautious Steps towards Construction of ADR System**, Oregon 2013, s. 230.

²⁰² Mediation In The Different Countries With Bar Associations that Belong to the European Bars Federation (FBE), s. 63: http://www.fbe.org/barreaux/uploads/2017/10/Report_Mediation.pdf (Erişim tarihi: 27.06.2019).

²⁰³ Government Gazette, Series I, No 211, 16.12.2010.

²⁰⁴ **Mediation in the EU**, s. 34; **EU Handbook on Mediation**, s. 23.

²⁰⁵ **Moore**, s. 80; **Houzi**, s. 31.

²⁰⁶ **Ginsburg, Ruth Bader: American Bar Association Delegation Visits the People’s Republic of China**, American Bar Association Journal, 1978, s. 1516 vd.; **Moore**, s. 83.

²⁰⁷ Kanun metni için bkz.: http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_download/?ff=09&id=2732 (Erişim Tarihi: 22.02.2019).

²⁰⁸ **Özmumcu**, Uzakdoğu’da Arabuluculuk, s. 133.

uzlaşmasının sağlanmasının amaçlandığı belirtilmiştir²⁰⁹. Ülkede 2001 yılında Adalet Sistemi Reform Konseyi ADR'lere ilişkin kapsamlı bir düzenleme yapılmasını içeren bir tavsiyede bulunmuştur²¹⁰.

Çin Halk Cumhuriyetinde arabuluculuk, yargı sürecinden önce bağımsız bir kurum olmaktan çok mahkeme sürecinde veya mahkeme süreci sonrasında kullanılmaktadır²¹¹. Çin'de arabuluculuk sisteminin 5 farklı kategoride toplandığı görülmektedir. Bunlar; Halk Arabuluculuk Komiteleri²¹² tarafından yürütülen halk arabuluculuğu, idarî birimler tarafından yürütülen idarî arabuluculuk, mahkeme yargılaması sırasında yürütülen adlî arabuluculuk, daimi arabuluculuk merkezleri tarafından yürütülen kurumsal arabuluculuk ve tahkim kurumları tarafından yürütülen arabuluculuktur²¹³.

Singapur, modern arabuluculuğun Asya kıtasındaki gelişiminin öncülerinden biridir. Demografik olarak Çinli, Malezyalı ve Hint nüfusu barındıran Singapur'da geleneksel ve toplumsal arabuluculuğun gelişimi için çaba harcanmaktadır. Singapur'da 1990'lı yıllarda hem mahkeme temelli hem mahkeme dışı arabuluculuk uygulamasına başlanılmıştır. 1994 yılında başlatılan mahkeme temelli arabuluculukta ilk derece mahkemelerinde davalar Ön Anlaşmazlık Çözüm Merkezi tarafından koordine edilmektedir. Mahkeme dışı arabuluculuk ise kurumsal niteliktedir ve Singapur Arabuluculuk Merkezi gibi kurumlar tarafından yerine getirilmektedir²¹⁴.

1.2.2.4. Bazı Afrika Ülkeleri

Güney Afrika, arabuluculuğun en fazla geliştiği Afrika ülkelerinin başında yer almaktadır. 1968 yılında Grup İçi Araştırmalar Merkezi (Anlaşmazlık Çözüm Merkezi) anlaşmazlık çözme ve şiddeti azaltma konularında yapıcı, yaratıcı ve işbirlikçi yaklaşımlar geliştirmek amacıyla kurulmuştur. 1980 yılında ise giderek artan İş Hukuku anlaşmazlıklarını ele almak amacıyla Afrika Bağımsız Arabuluculuk Hizmetleri kurulmuştur²¹⁵.

²⁰⁹ Özmumcu, *Uzakdoğu'da Arabuluculuk*, s. 149.

²¹⁰ <http://japan.kantei.go.jp/judiciary/2001/0612report.html> (Erişim Tarihi: 11.07.2019); Erişir / Tekin, s. 140.

²¹¹ Çin Hukukunda temel nitelikteki arabuluculuk düzenlemesinin İngilizce çevirisi için bkz.: Tu, N. Y: *Law Relating to Mediation of Disputes in Civil Matters*, China Law Review, 1930, Vol. 4, s. 106-107.

²¹² Halk Arabuluculuk Komiteleri, 1949 yılında Çin Halk Cumhuriyetinin kurulmasından sonra evde ve işyerlerindeki uyuşmazlıkların çözülmesi için devlet desteğiyle oluşturulmuştur. Bu Komitelerin Batı hukukunda bir karşılığı yoktur: Özmumcu, *Uzakdoğu'da Arabuluculuk*, s. 119.

²¹³ Özmumcu, *Uzakdoğu'da Arabuluculuk*, s. 117-118.

²¹⁴ Moore, s. 85-86.

²¹⁵ Moore, s. 81.

Kenya'da arabuluculuk çalışmaları Somali nüfusunun yaşadığı bölgelerdeki kabileler, sivil toplum kuruluşları ve hükümet arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi amacıyla *Wajir Barış Cemiyeti* tarafından üstlenilmiştir²¹⁶.

Nijerya'da 2002 yılında mahkemeler bünyesinde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Merkezleri kurulmuştur. Kurum tarafından Nijerya vatandaşlarına hükümet destekli arabuluculuk konusunda hizmetler sunulmaktadır. Ülkenin çeşitli bölgelerinde kurulan merkezler aracılığıyla ayda ortalama 200 uyuşmazlığın çözümü için çalışılmakta ve bu uyuşmazlıkların çözümü konusunda % 60 ilâ 85 arasında başarı sağlanmaktadır²¹⁷.

Gana'da arabuluculuk müessesesi hükümet destekli olarak sürdürülmektedir. *Gana*'da arabuluculuk ilk kez bazı mahkemelerde bekleyen davaların deneme amaçlı olarak arabuluculuğa sevk edilmesi ve bu sürecin arabuluculuk haftası olarak ilân edilmesiyle başlamıştır. 2003 yılında *Gana*'nın Akra bölgesinde 300 uyuşmazlığın % 90'ı tarafların memnuniyetiyle sonuçlanmıştır. 2003 yılında elde edilen başarının ardından 2007 ve 2008 yıllarında bu uygulamaya devam edilmiştir. Ticaret ve aile hukukuna ilişkin 155 uyuşmazlığın 100'den fazlası olumlu sonuçlanmıştır²¹⁸.

1.2.3. Türk Maddî Hukukunda Arabuluculuk

1.2.3.1. Türk Hukukunda Arabuluculuğa Duyulan İhtiyaç

Tarihsel süreçte bütün arayışların özünde ihtiyaçların yattığı, insanların ihtiyaçlarını giderebilmek için yeni icatlar, sistemler ve reformlar ürettiği görülmüştür. Arabuluculuk da hukuk sistemlerinde görülen ihtiyaç sebebiyle gündeme gelmiş ve yaygınlık kazanmıştır. Türk hukukunda arabuluculuk konusundaki en temel düzenleme 2012 tarihli HUAK ve 2018 tarihli HUAKY'dir. Bu düzenlemelerin yanında HMK, İMK ve TTK ile arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler ihdas edilmiştir.

Türk hukukunda HUAK ile arabuluculuk müessesesi yasalaşmadan önce arabuluculuğa benzer düzenlemeler mevcuttu. Bu düzenlemelerle küçük uyuşmazlıkların ADR yöntemiyle adlî sorun hâline gelmeden çözülmesi amaçlanmaktaydı. HUAK'ın yürürlüğe girmesinden evvel var olan arabuluculuğa benzer düzenlemelere bakıldığında²¹⁹ Türk hukukunun

²¹⁶ Moore, s. 81.

²¹⁷ Moore, s. 83.

²¹⁸ Uwazie, Ernest: *Alternative Dispute Resolution in Africa: Preventing Conflict and Enhancing Stability*, Africa Security Brief, 2011, Vol. 16, s. 3.

²¹⁹ Bu düzenlemelere örnek olarak; 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun (RG: 07.04.1969-13168) 35/a maddesi, 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun (RG: 18.01.2003-24997) 7. maddesi; 7036 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun (RG: 04.02.1950-7424) 7. maddesi, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (RG: 07.05.1983-18040), 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (RG: 16.06.2006-26200) verilebilir. Avukatlık Kanununun 35/a maddesinde; avukatların dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma

arabuluculuk düzenlemelerine yabancı olmadığı, Türk kanunlarında arabuluculuğu yasaklayıcı düzenlemelerin bulunmadığı görülmektedir²²⁰. Arabuluculuğun Kanun ve Yönetmelikle mevzuatımıza dâhil edilmesiyle birlikte kültür ve geleneklerimizde yer alan bu kurum resmî bir hüviyet kazanmıştır²²¹.

Türk hukukunda arabuluculuğa ihtiyaç duyulmasının temel sebebi; mahkemelerin yoğun iş yüküdür. Zira Türk hukukunda, uyuşmazlıkların tamamının doğrudan mahkemelere intikal ettirilmesi mahkemeler üzerindeki iş yükünü arttırmaktadır. Bunun sonucunda; hak arama süreci uzamakta, adaletin dağıtımı gecikmekte, yargıya inanç zedelenmektedir. Bunun sonucunda kanun koyucu; özel hukuka ait bazı uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözülmesi suretiyle mahkemelere intikal eden dava sayısında bir azalma sağlanarak mahkemelerin iş yükünü hafifletmeyi ve yargılama sürecini kısaltmayı amaçlamıştır. Bu amaç doğrultusunda HUAK'ın 15. maddesinin 3. fıkrasında “ *taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür*” hükmüne yer verilmiş ve arabulucuya uyuşmazlığın çözümü sürecinde hızlı hareket etme ödevi yüklenmiştir.

başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilecekleri düzenlenmiştir. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 7. maddesinde; aile mahkemelerine 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 teşvik etme yükümlülüğü verilmiştir. 7036 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesinde iş mahkemelerinde ilk oturumda mahkemenin tarafları sulha teşvik edeceği belirtilmiştir. Yürürlükte bulunan İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesinde ise çalışmamızın devamında değineceğimiz dava şartı olan arabuluculuk düzenlenmiştir. 6356 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun münferit maddelerinde toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuktan yararlanılabileceği düzenlenmiştir. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 85. maddesinde asgari işçilik ve uzlaştırma hususu düzenlenmiş ve uyuşmazlığın gönüllülük esasına dayalı olarak çözülmesine imkân tanınmıştır.

²²⁰ **Taşpolat Tuğsavul**, s. 69; **Dost, Süleyman**: *Mediation for Disputes in Private Law in Turkey*, s International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences, 2014, Vol. 4, s. 82 (Mediation).

²²¹ Türk hukukunda arabuluculuk müessesesi Adalet Bakanlığı bünyesinde gelişim göstermiştir. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulan Arabuluculuk Daire Başkanlığı; arabuluculuk hizmetlerinin düzenli ve verimli olarak yürütülmesini sağlamak, arabuluculukla ilgili yayın yapmak, bu konudaki bilimsel çalışmaları teşvik etmek ve desteklemek, arabuluculuk kurulunun çalışması ile ilgili her türlü karar ve işlemi yürütmek ve görevleri ile ilgili bakanlık, diğer kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan vakıf ve dernekler ile uygun görülen gönüllü gerçek ve tüzel kişilerle işbirliği yapmak, arabuluculuk kurumunun tanıtımını yapmak, bu konuda kamuoyunu bilgilendirmek, ulusal ve uluslararası kongre, sempozyum ve seminer gibi bilimsel organizasyonları düzenlemek veya desteklemek, ülke genelinde arabuluculuk uygulamalarını izlemek, ilgili istatistikleri tutmak ve yayımlamak, arabuluculuk eğitimi verecek kuruluşlar tarafından bu amaçla yapılan başvuru ile eğitim kuruluşları sicilindeki kaydın geçerlilik süresinin uzatılması talebinin karara bağlanmasını Bakanlığın onayına sunmak, arabuluculuk eğitimi verecek eğitim kuruluşlarını listelemek ve elektronik ortamda yayımlamak, arabulucu sicilini tutmak, sicile kayıt taleplerini karara bağlamak, arabulucunun sicilden silinmesine karar vermek ve bu sicilde yer alan kişilere ilişkin bilgileri elektronik ortamda duyurmak, arabulucular tarafından arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen son tutanakların kayıtlarını tutmak ve birer örneklerini saklamak, görev alanına giren kanun ve düzenleyici işlemler hakkında inceleme ve araştırma yaparak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne öneride bulunmak, yıllık faaliyet raporunu ve izleyen yıl faaliyet planını hazırlayarak Kurulun bilgisine sunmak ve yıllık Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesini hazırlamak konusunda görevlidir.

Arabuluculuğa ihtiyaç duyulmasının bir diğer sebebi de çağın gereklerine uygun olarak ortaya çıkan yeni uyuşmazlık türlerinin çözümünde dava usulünün yetersiz kalabilmesidir. Zira teknolojinin gelişmesiyle birlikte Türk hukukunda düzenleme altına alınmamış birçok uyuşmazlık ortaya çıkmakta, bu uyuşmazlıklara uygulanacak maddî hukuk kuralları ve Kanunlar İhtilâfî kuralları konusunda tereddütler yaşanmaktadır. Türk hukukunda, arabuluculuk kurumunun kabul edilmesiyle birlikte hem yeni uyuşmazlık türlerinin kolay ve hızlı bir şekilde çözümü hem tarafların anlaşması suretiyle toplumsal barışın korunması amaçlanmıştır²²².

1.2.3.2. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)

1.2.3.2.1. Arabuluculuğa Elverişli Konular

1.2.3.2.1.1. Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebileceği İşlem veya İlişkilerden Doğan Uyuşmazlıklar

Kanun ile arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların tespiti konusunda genel bir kıstas kabul edilmiştir. Buna göre, bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olarak kabul edilebilmesi için tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğması ve özel hukuka²²³ ilişkin olması gerekmektedir²²⁴. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemler hukuk sistemlerinde genellikle bir liste hâlinde sayılmamaktadır²²⁵. Bu nedenle, hukukî işlem ve ilişkilerin özünden hareket edilerek, kamu düzenini ilgilendirmeyen, cebri icraya elverişli konular, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş veya işlemler olarak kabul edilmelidir. Örneğin, çocukların velayetine ve nüfus

²²² HUAK Gerekçesi, s. 4.

²²³ Özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı, kaynağı Roma hukukuna dayanan temel bir ayrımdır. Taraflar arasında eşitlik ilkesinin hâkim olduğu, bir tarafın kamu gücüne dayanmadığı ilişkileri özel hukuk ilişkisi olarak kabul edilmeli ve kural olarak arabuluculuğa elverişli sayılmalıdır. Ancak özel hukuka dâhil olan bazı konularda tarafların serbestçe tasarruf etme hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, tüm özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli değildir: **Ekmekçi, Ömer / Özekes, Muhammet / Atalı, Murat: Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk**, İstanbul 2018, s. 44. Bu bağlamda boşanma, velayet hakkı, nesep, gaiplik gibi hususlar özel hukuka ilişkin olmasına karşın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisi bulunmadığından arabuluculuğa elverişli değildir.

²²⁴ Madde gerekçesinde, arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanacağı temel alanın yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar olduğu belirtilmiştir. Öte yandan, gerekçede arabuluculuğun her tür hukuk uyuşmazlığında değil; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani “*sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları*” bağlamında uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Gerekçede, kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak vermeyen hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyeceği vurgulanmıştır: HUAK Gerekçesi, s. 7.

²²⁵ Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği konular meselesi kamu düzeni kavramıyla ilişkilidir. Kamu düzeninin sınırları ne kadar genişlerse tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri konular o kadar azalır. Günümüzde kamu düzeninin istisnâî niteliği vurgulanarak, kamu düzeni kapsamının dar yorumlanmasına yönelik bir eğilim mevcuttur. Bu nedenle, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri konuların sayısı artış göstermiştir. Her devlet sosyal gerçekliğini, ekonomik ve kültürel yapısını gözetererek bu konudaki artış eğilimine bariyer getirme hakkına sahiptir: **Tanrıver, Arabuluculuk**, s. 152-153.

kaydına ilişkin uyuşmazlıklar kamu düzenini ilgilendirir ve tarafların bu konularda serbestçe tasarruf etme hakkı bulunmadığından bu tür uyuşmazlıklar Türk hukukunda arabuluculuğa elverişli kabul edilmez. Türk hukukunda arabuluculuğa elverişliliğin tespit edilebilmesi için tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlem kavramının açıklanması gerekmektedir²²⁶. Bu kavramdan ilk olarak tarafların sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarını anlamak gerekmektedir²²⁷. Bu bakımdan, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlem kavramının geniş yorumlanması suretiyle tarafların razı olduğu bir çözümün engellenmemesi gerekmektedir²²⁸. Bu nedenle, tarafların iradeleriyle ortaya çıkarabilecekleri sonuçların arabuluculuğa konu olabileceği kabul edilmelidir. Bir başka deyişle, tarafların salt iradeleriyle ortaya çıkaramayacakları sonuçların örneğin yalnızca bir mahkeme kararı sonucu ortaya çıkabilecek hususların arabuluculuk yoluyla çözülmeyeceği kabul edilmelidir²²⁹. Öte yandan, fikir edinebilmek adına HMK incelendiğinde bazı maddelerde *tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri/edemeyecekleri* ibaresinin kullanıldığı görülmektedir²³⁰.

Türk hukukunda arabuluculuğa elverişli kabul edilen uyuşmazlıklar bakımından konumuz itibarıyla üzerinde durulması gereken esas mesele yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklardır. HUAK'ın 1. maddesinde, açıkça *yabancılık unsuru taşıyan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklar* arabuluculuğa elverişli kabul edilmiştir. Bu bakımdan, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı olduğu, arabuluculuk faaliyetinin yabancı bir ülkede gerçekleştirildiği, çeşitli yönlerden yabancılık unsuru içeren ve tarafların HUAK'ın uygulanmasını istediği uyuşmazlıklarda HUAK uygulama alanı bulacaktır²³¹.

1.2.3.2.1.2. Aile İçi Şiddet İddiası İçermeyen Uyuşmazlıklar

Türk hukukunda uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli kabul edilebilmesi için aile içi şiddet iddiası içermemesi gerekmektedir. HUAK'ın amaç ve kapsamını düzenleyen 1. maddesinin son cümlesinde *aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir* denilmek suretiyle arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar bakımından bir

²²⁶ Doktrinde, karşılaştırmalı hukukta Türk hukukuna nazaran arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların kapsamının geniş tutulduğu ifade edilmiştir: **Dür**, s. 287-288.

²²⁷ **Özbek**, AUÇ, s. 1022.

²²⁸ **Dür**, s. 289.

²²⁹ **Erdoğan, Ersin / Erzurumlu, Nurbanu**: Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, Seta Yayınları, İstanbul 2016, s. 15.

²³⁰ Bu maddelere örnek olarak; m. 18/1, m. 24/3, m. 137/1, m. 226/1-a, m. 308/2, m. 313/2, m. 324/3, m. 325 verilebilir.

²³¹ **Ekmekçi / Özekes / Atalı**, s. 43. Arabuluculuğa elverişliliğe uygulanacak hukuk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. s. 101-105.

kısıtlama getirilmiştir. Bu kısıtlamanın nedeni; madde gerekçesinde aile içi şiddet olaylarında, taraflardan birinin diğerini tehdit etme olasılığının mevcut olması ve bu nedenle tarafların kendilerini güvende hissedemeyip eşitlik prensibinin zarar görmesi endişesi olarak açıklanmıştır²³². Doktrinde ileri sürülen, bizim de katıldığımız bir görüşe göre, aile içi şiddete ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı meselesinin HUAK'ta ayrıca belirtilmesine gerek bulunmamaktadır. Zira aile içi şiddete ilişkin uyuşmazlıklarda cezaî müeyyide söz konusudur ve bu tür konular tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hususlardan değildir²³³. Öte yandan Kanunun hazırlanma aşamasında TBMM AB Uyum Komisyonu tarafından sunulan raporda arabuluculuk kurumunun hayata geçmesinin aile hukuku alanında çok hukukluluk kaygısı doğurduğu vurgulanmıştır. Kanunun aile hukukunun her alanında uygulama alanı bulması durumunda aile hukuku açısından ciddi sorunlar meydana geleceği ve özellikle kadınlar açısından dezavantajlı durumlara yol açacağı, böylelikle kadının medenî hukukta kazandığı hakların geriye gitmesinin mümkün olabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, bölgesel farklılıklardan dolayı bazı bölgelerde arabuluculuk faaliyetlerinin denetlenmesinde sıkıntı oluşabileceği öngörülmüş ve aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli kabul edilmemiştir. Bu noktada, dikkat edilmesi gereken husus arabuluculuğa elverişli olmayan alanın, aile hukukuna ilişkin bütün uyuşmazlıklar olmayıp, yalnızca şiddet iddiası içeren aile hukuku uyuşmazlıkları olduğudur. Bu nedenle, aile hukukuna ilişkin olup, aile içi şiddet iddiası içermeyen, tarafların üzerinde tasarruf edebildiği uyuşmazlıklar Türk hukuku bakımından arabuluculuğa elverişlidir.

1.2.3.2.1.3. Arabuluculuğa Başvurunun Zorunlu Olduğu Uyuşmazlıklar

Türk hukukunda arabuluculuk kural olarak gönüllülük esasına dayalı olsa da 2017 yılında kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İMK)²³⁴ ve 6102 sayılı Türk Ticaret²³⁵ Kanununa (TTK) 2018 yılında eklenen hüküm²³⁶ ile zorunlu arabuluculuk müessesesi iş ve ticaret hukukuna ilişkin bazı uyuşmazlıklar bakımından kabul edilmiştir²³⁷.

²³² TBMM Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 233, s. 26: <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> (Erişim Tarihi: 13.02.2019).

²³³ Ekmekçi / Özkes / Atalı, s. 47.

²³⁴ RG: 25.10.2017-30221.

²³⁵ RG: 14.02.2011-27846.

²³⁶ Zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenleme 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanunun (RG: 19.12.2018) 20. maddesi ile TTK'ya 5A maddesi eklenmek suretiyle yapılmıştır.

²³⁷ Doktrinde zorunlu arabuluculuğun, arabuluculuk yönteminin ruhuna aykırı olduğu, zorunlu arabuluculuk sisteminin zorla anlaşın şeklinde bir sistem olduğu, anlaşma ve zorlama kelimelerinin birbiriyle uyumlu olmadığı ifade edilmiştir: Ekmekçi / Özkes / Atalı, s. 112. Aynı yönde başka bir görüşe göre, zorunlu arabuluculuk hak

İMK'nın 3. maddesi uyarınca Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle²³⁸ açılan davalarda, arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Kanuna göre dava açılmadan önce tarafların arabuluculuğa başvurması zorunlu iken, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda uzlaşmaları zorunlu değildir. Bu nedenle, taraflar arasında uzlaşma sağlanamazsa uyuşmazlık dava usulü ile çözülecektir²³⁹. Bu düzenleme ile birlikte, hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta ilk olarak arabuluculuğa başvurulup başvurulmadığını davanın her aşamasında re'sen göz önüne alacak ve aynı şekilde taraflar da bunu davanın her aşamada ileri sürebilecektir²⁴⁰. Kanun ile iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddî ve manevî tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmamıştır.

Türk hukukunda zorunlu arabuluculuk müessesine yönelik diğer bir örnek bazı ticarî uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesine ilişkindir. Zira TTK'ya eklenen 5/A maddesi ile TTK'nın 4. maddesi ve diğer kanunlarda belirtilen ticarî davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında zorunlu arabuluculuk kabul edilmiştir²⁴¹. Bu bağlamda, her iki tarafın da ticarî işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın TTK'da yer alan mutlak ticarî davalar zorunlu arabuluculuk kapsamındadır. Ayrıca her iki tarafında tacir olduğu ve uyuşmazlığın her iki tarafın ticarî işletmesiyle ilgili olduğu nispi

arama özgürlüğüne müdahale teşkil edebilir. Ayrıca, dava usulünün yavaş ilerlediği ülkelerde çözüm sürecinin uzamasına yol açabilir. Bu nedenle, uzlaşma kültürünün tam olarak yerleşmediği ülkelerde arabuluculuğun zorunlu kılınması yarardan çok zarar getirir: **Tanriver**, Arabuluculuk, s. 154. Zorunlu arabuluculuk sistemini adalete erişim hakkı bağlamında inceleyen bir başka görüşe göre ise, hukuk literatürü ve evrensel teamüller uyarınca, arabuluculuk iradîliğe dayalı bir seçenek olarak var olduğu takdirde arabuluculuk olarak tanımlanabilir. Arabuluculuğun zorunlu kılınması hâlinde oluşan süreç "arabuluculuk" değildir. Öte yandan, kişilerin dava açmadan önce zorunlu olarak arabulucuya başvurmak durumunda bırakılması, devletin aslı fonksiyonlarından birisini temsil eden mahkemelere doğrudan erişim hakkının önüne konulmuş bir engeldir ve bu durum aynı zamanda, demokrasinin kurucu unsurlarından olan ve vatandaşların hukuksal güvenlik duygusunun dayanağını oluşturan bağımsız ve tarafsız yargı erkine, yeni bir anlam ve içerik kazandırmaktadır: **Karacabey, Kürşat**: *Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar*, Ankara Barosu Dergisi, 2016, S. 1, s. 464. Doktrinde zorunlu arabuluculuğu destekleyen bir görüşe göre ise zorunlu arabuluculuk iradilik ilkesini zedelememektedir. Bu görüşe göre; arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesi hak arama hürriyetine engel teşkil etmemekte bilakis hak arama hürriyetini gerçekleştiren bir rol üstlenmektedir: **Albayrak, Hakan**: *Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu*, Gaziantep University Journal of Social Sciences, 2018, Vol. 17, s. 24. Zorunlu arabuluculuk sistemine yönelik karşılaştırmalı bir inceleme için bkz.: **Özümücü, Seda**: *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2016, C. 74, S. 2, s. 807 vd. (Zorunlu Arabuluculuk).

²³⁸ Zorunlu arabuluculuk müessesinin işe iade davaları bakımından değerlendirilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Mutlay, Faruk Barış**: *İşe İade Davalarında Arabuluculuk*, Çalışma ve Toplum, 2018, s. 4, s. 2129-2154.

²³⁹ **Kurt, Resul**: *İş Yargısında Arabuluculuk*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018, S. 135, s. 405-406.

²⁴⁰ **Mutlay**, s. 2151.

²⁴¹ 01.01.2019 itibarıyla alacak ve tazminat talepli ticarî davalar için zorunlu arabuluculuk uygulaması başlamıştır.

ticarî davalar ile TTK dışındaki kanunlar ile düzenlenen ticarî davalar da zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmıştır.

İMİK ile getirilen zorunlu arabuluculuğa yönelik düzenlemenin iptali amacıyla AYM’de dava açılmıştır. AYM, *arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır* ibaresinin *dava konusu kuralın kamu yararının sağlanması amacına yönelik olduğu ve adalet, hakkaniyet ölçütlerine aykırı bir yönünün bulunmadığı* gerekçesiyle Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine oybirliğiyle karar vermiştir²⁴².

Zorunlu arabuluculuk müessesinde yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Bu nedenle, yukarıda belirtilen iş hukuku ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarının yabancılık unsuru içermesi hâlinde de arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilecektir. Taraflar arasında uzlaşma sağlanamazsa, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlık dava usulü ile çözülecektir. Hâkim, birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı uyuşmazlıkta arabuluculuğa başvurulup başvurulmadığını re’sen göz önüne alacak ve taraflar da bu itirazı davanın her aşamada ileri sürebilecektir.

1.2.3.2.2. Arabuluculuğa İlişkin Hükümler

1.2.3.2.2.1. Ehliyet

Türk hukukunda arabuluculuğa başvuran kişilerin ehliyeti konusunda özel hükümler bulunmamaktadır. Bu nedenle, genel hükümlerden yola çıkılarak, tarafların fiil ehliyetini haiz olması hâlinde arabuluculuk faaliyetinde yer alabilecekleri kabul edilmelidir. Bu nedenle, ayırt etme gücüne sahip, reşit ve kısıtlı olmayan kişiler arabuluculuk yoluna başvurabilir.

Türk hukukunda yabancı gerçek kişilerin HUAK’a uygun olarak arabuluculuğa başvurmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Genel kural uyarınca tarafların ehliyeti ile ilgili bir ihtilaf yaşanması hâlinde yabancının ehliyetine millî hukuku uygulanmalıdır. Zira MÖHUK’un 9. maddesine göre hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbi tutulmuştur. Öte yandan, işlem güvenliği ilkesi arabuluculuk ehliyeti bakımından da uygulanmalı, MÖHUK’un 9. maddesinin 2. fıkrası uyarınca millî hukukuna göre ehliyetsiz olan kişinin, Türk hukuku uyarınca ehliyetli olması hâlinde akdetmiş olduğu arabuluculuk sözleşmesi geçerli kabul edilmelidir. Birden fazla vatandaşlığa sahip olanlar açısından ise; MÖHUK’un 4. maddesi gereği, bu vatandaşlıklardan biri Türk vatandaşlığı ise, Türk hukuku esas alınmalı ve buna göre ilgilinin ehil olup olmadığına karar verilmelidir. Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında ise daha sıkı ilişki halinde buldukları devlet hukuku uygulanmalıdır.

²⁴² AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82.

1.2.3.2.2. Arabuluculuk ve Arabulucu Sözleşmeleri

Arabuluculuk faaliyetinin irade muhtariyetine dayalı yapısının bir sonucu olarak sürecin başlayabilmesi için taraflar arasında arabuluculuk sözleşmesinin mevcut olması gerekmektedir. Türk hukukunda arabuluculuk sözleşmesi; esas sözleşmeye eklenecek bir hüküm ile yapılabileceği gibi ayrı bir sözleşme ile de yapılabilir. Öte yandan, arabuluculuk sözleşmesi, uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce veya uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra yapılabilir. Zira HUAK'ın 13. maddesinde; *taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir* denilmektedir. Bu nedenle, mahkeme aşamasının başlamasının ardından dahi taraflar arabuluculuk sözleşmesi akdedebilir.

Arabuluculuk faaliyetinin başlayabilmesi için arabuluculuk sözleşmesinin ardından tarafların arabulucu üzerinde uzlaşması, ardından arabulucu ile taraflar arasında arabulucu sözleşmesi akdedilmesi gerekmektedir. Arabulucu sözleşmesi ile arabulucunun hangi uyuşmazlıkta görev yapacağı, arabuluculuk ücreti gibi hususlar kararlaştırılabilir. HUAK'ın 14. maddesinde; *başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir* denilmek suretiyle taraflara takdir hakkı tanınmıştır. Bu nedenle, taraflar bir arabulucu üzerinde anlaşmaya varabilir veya tarafların birer tane arabulucu seçmesi ile uyuşmazlık bakımından iki arabulucu görevlendirilebilir. HUAK ile arabulucu sayısı konusunda herhangi bir kısıtlamaya gidilmediğinden taraflar aralarında uzlaşmak suretiyle arabulucu sayısını serbestçe belirleyebilir. Bu nedenle, arabulucu sayısının tek sayı olması da zarurî değildir.

1.2.3.2.2.3. Arabuluculuk Usulü

Türk hukukunda arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi meselesi HUAK'ın 15. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; arabulucunun seçilmesinin ardından ilk görevi; tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet etmektir. İlk toplantının ardından arabulucu tarafların uyuşmazlığın çözümüne ne ölçüde yakın olduğunu tespit etmelidir.

HUAK'ın 15. maddesinin 2. fıkrasına göre taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilir. Bu hükümdeki emredici hukuk kuralları ile kastedilen arabuluculuğun özüne aykırılık teşkil edecek kurallardır. Örneğin, taraflarca arabulucuya yargılama yapma yetkisi verilemeyecek veya taraflardan birinin hukukî dinlenilme hakkı kısıtlanamayacaktır. Zira bu durum arabuluculuğun ruhuna aykırıdır. Emredici kurallar hâricinde arabuluculuk usulü konusunda irade serbestîsinin

benimsenmesi yerindedir. Tarafların serbestçe arabuluculuk usulünü belirlemediği hâllerde arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütecektir.

1.2.3.2.3. Başvuru Usulü

1.2.3.2.3.1. Mahkemenin Tarafları Arabuluculuğa Teşvik Etmesi

Arabuluculuk Türk hukukunda yeni bir müessese olduğu için taraflar uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülebileceği konusunda bilgiye ihtiyaç duyabilir. Bu durumda, davanın görüldüğü mahkeme tarafları arabuluculuğa yönlendirilebilir.

Arabuluculuğa başvuru usulünün²⁴³ görülmekte olan bir davada söz konusu olduğu durumlarda HMK'daki hükümlerin dikkate alınması gerekmektedir. Türk hukukunda HMK ile benimsenen sisteme göre arabuluculuğa başvurulabilecek ilk ve en önemli aşama ön inceleme aşamasıdır. HMK'nın 137. maddesine göre; *dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.* Bu noktada, ön inceleme aşamasında hâkimin ilgili uyuşmazlık bakımından yabancılık unsurunun mevcudiyetini göz önüne alıp almayacağı meselesine değinilmelidir. Her ne kadar Türk hukukunda ön inceleme aşamasında yabancılık unsuruna ilişkin bir araştırmaya gidileceğine ilişkin bir hüküm bulunmasa da yabancılık unsurunun tespiti bakımından ön inceleme aşaması hayati önemi haizdir²⁴⁴. Doktrinde HMK'nın ön incelemeye ilişkin hükümlerine yabancılık unsurunun da dâhil edilmesi gerektiği, böylelikle hâkimin ön inceleme aşamasında dava şartlarını incelediği gibi uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını da tespit edeceği ifade edilmiştir²⁴⁵. Ön inceleme aşamasında yabancılık unsuruna ilişkin bir araştırmaya gidilip yabancılık unsurunun tespit edilmesi hâlinde bu durumun arabuluculuğa etkisine değinilmelidir. Bu hâlde, birden fazla hukuk düzeni ile irtibatı bulunan uyuşmazlığın mevcudiyeti hâkim tarafından -arabuluculuk faaliyeti başlamadan önce- tespit edilecektir. Böylelikle taraflar ve arabulucu, arabuluculuk faaliyetine

²⁴³ Arabulucuya başvuru hususunda çeşitli ülkeler tarafından farklı usullerin benimsendiği görülmektedir. Bazı ülkelerde arabuluculuğa başvurunun tamamen tarafların iradesine tabi tutulduğu görülmektedir. Nitekim Fransa, Belçika, Avusturya, Bulgaristan ve Macaristan'daki düzenlemeler bu yöndedir. İkinci bir usul ise arabuluculuğa başvurunun teşvik edilmesidir. İspanya, İtalya ve İngiltere'de bu usul kabul edilmiştir. Üçüncü bir usul ise, dava açılmadan önce tarafların arabulucuya başvurmasının zorunlu kılınmasıdır. Almanya ve Yunanistan'da bazı uyuşmazlıklar bakımından bu yöntem benimsenmiştir: HUAK Gerekeşi, s. 5.

²⁴⁴ Aygün, Yabancılık Unsuru, s. 1057.

²⁴⁵ Aygün, Yabancılık Unsuru, s. 1057-1059.

başlamadan önce bilgi sahibi olduğu için daha dikkatli hareket edecek, ileride doğabilecek Kanunlar İhtilâfı ve Milletlerarası Usul Hukuku problemleri azalacaktır kanaatindeyiz. Öte yandan HMK ile mahkemeye tarafların üzerinde tasarruf edebileceği davalarda onları arabuluculuğa teşvik etme görevi yüklendiği görülmektedir. Buna uygun olarak mahkeme, yazılı ve basit yargılama usulünde yargılamaya başlamadan ve yargılama için duruşma günü vermeden önce tarafları arabuluculuğa teşvik etmelidir²⁴⁶.

HMK'nın 139. maddesine göre; mahkeme, dilekçelerin karşılıklı verilmesinden ve gerekli incelemeyi tamamladıktan sonra, ön inceleme için bir duruşma günü tespit ederek taraflara bildirir. Çıkarılacak davetiyede, duruşma davetiyesine ve sonuçlarına ilişkin diğer hususlar yanında, taraflara sulh için gerekli hazırlığı yapmaları, duruşmaya sadece taraflardan birinin gelmesi ve yargılamaya devam etmek istemesi durumunda, gelmeyen tarafın yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği ve diğer tarafın, onun muvafakati olmadan iddia ve savunmasını genişletebileceği yahut değiştirebileceği ayrıca ihtar edilir. Ardından HMK'nın 140. maddesine göre; hâkim, ön inceleme duruşmasında, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verebilmek için gerekli görürse tarafları dinler; daha sonra, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder. Hâkimin bu tespiti yapması uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülüp çözülemeyeceği konusunda taraflara fikir vermesi bakımından önemlidir. Taraflar arasında uyuşmazlık bulunan az hususun olduğu veya tarafların anlaşma zeminine yakın olduğunun tespit edilmesi hâlinde mahkeme tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmelidir²⁴⁷. Tarafların da arabuluculuk yolunu denemeyi kabul etmeleri hâlinde mahkeme, HUAK'ın 15. maddesinin 5. fıkrası uyarınca yargılamayı üç ayı geçmemek üzere erteler ve davanın arabulucuya gönderilmesine kararı verir. Üç aylık süre tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir.

HMK ve HUAK başta olmak üzere Türk hukukundaki arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler incelendiğinde mahkemenin tarafları arabuluculuğa teşvik etme yetkisi konusunda bir zaman sınırlamasının bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle, mahkemenin tarafları arabuluculuğa teşvik etme yetkisi ön inceleme aşaması ile sınırlı değildir. Hâkim, arabuluculuğun sonuç vereceğini düşündüğü her anda tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm

²⁴⁶ Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 479; Özbek, AUÇ, s. 1029; Taşpolat Tuğsavul, s. 168-169. Mahkemenin tahkikatın başında tarafları sulhe davet etmesi ilk defa HMK veya HUAK ile gelen bir müessese değildir. Zira HUMK'nın 213. maddesinde; hâkimin sonuç vereceğini umduğu hâllerde tarafları sulhe davet edeceği düzenlenmişti. Ayrıca Mecellenin 1826. maddesinde; akrabalar arasında meydana gelen uyuşmazlıklarda hâkim sulh olma eğilimini gördüğü takdirde uzlaşma önerebilmekteydi. Görüldüğü gibi mahkeme tarafından tarafların sulhe davet edilmesi Türk hukukunda yeni bir müessese değildir: Özbek, AUÇ, s. 1029; İlhan, Cengiz: Günümüz Türkçesi'yle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Ankara 2011, s. 1029.

²⁴⁷ Özbek, AUÇ, s. 1030.

aşamasında tarafları arabuluculuğa teşvik edebilir²⁴⁸. Hatta arabuluculuğun bireysel ve toplumsal barışı sağlama amacı nazara alındığında taraflarca hüküm kesinleşinceye kadar her zaman arabuluculuğa başvurulabileceği kabul edilmelidir. Bu nedenle, kanun yolu incelemesi aşamasında dahi taraflar mahkeme sürecine ara verip arabuluculuğa başvurabilir²⁴⁹.

HUAK'ın *Arabuluculuğa Başvuru* başlığını taşıyan 13. maddesinde *mahkeme tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir* denilmektedir. Mahkemenin tarafları arabuluculuğa teşviki konusunda Yönetmelikte ayrıntılı bir düzenleme bulunmaktadır. Nitekim Yönetmeliğin aynı başlığını taşıyan 17. maddesinde *mahkeme tarafları arabulucuya başvurmak konusunda; arabuluculuğun esasları, süreci ve hukukî sonuçları hakkında aydınlatıp, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözülmesinin sosyal, ekonomik ve psikolojik açıdan faydalarının olabileceğini hatırlatarak onları teşvik edebilir* ifadesi yer almaktadır. Yönetmeliğin bu hükmüne dayanarak hâkim, somut olayda uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesinin avantajlarından ayrıntılı şekilde bahsedebilecektir.

1.2.3.2.3.2. Taraflardan Birinin Arabuluculuğa Başvurmayı Teklif Etmesi

Mahkeme aşamasında taraflardan birinin karşı tarafa arabuluculuğa başvurma teklifinde bulunması da mümkündür. Bu durumda, karşı tarafın teklifi kabul edip etmeyeceği meselesi önemlidir. HUAK'ın 13. maddesinin 2. fıkrasına göre; *aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır*. Hükümden de anlaşılacağı gibi taraflarca gerek arabuluculuk teklifinin cevabı gerek süre konusunda değişiklik yapılabilir.

1.2.3.2.4. Arabuluculuğa Başvurunun Etkisi

Türk hukukunda arabuluculuğa başvurulması ile hukuk düzeninde bazı etkiler meydana gelecektir. Bu etkilerden ilki; yargılama aşamasındaki ve maddî hukuktaki süreler bakımındandır. HUAK'ın 16. maddesinin 2. fıkrasında *arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz* denilmek suretiyle arabuluculuğa başvurunun yargılama aşamasındaki ve maddî hukuktaki sürelerle etkisi düzenlenmiştir. Bu hüküm, tarafların arabuluculuk sürecine başvurmak suretiyle olası hâk kayıplarının önlenmesi bakımından

²⁴⁸ Taşpolat Tuğsavul, s. 171; Üçer, Mehmet / Meriç, Nedim: *Roma Hukukunda ve Medeni Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme*, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2012, C. 8, S. 22, s. 29, 32.

²⁴⁹ Özbek, AUÇ, s. 1029.

önemli olup Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü ile de uyumludur²⁵⁰.

Türk hukukunda, arabuluculuğa başvurunun bir diğer etkisi ise yargılama hususunda ortaya çıkar. Zira HUAK'ın 15. maddesinin 5. fıkrasında, *dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir* denilmiştir. Bu konuda, şartların oluşması hâlinde hâkimin erteleme kararı vermesi zorunludur. Zira kanun koyucu hâkime takdir hakkı vermemiştir. Bu nedenle, dava arabuluculuk faaliyeti sonuçlanıncaya bekletilmelidir²⁵¹.

1.2.3.2.5. Sürecin Sona Ermesi

1.2.3.2.5.1. Süreci Sona Erdiren Nedenler

Arabuluculuk süreci, belli durumların oluşması hâlinde sona erer. Bu durumlardan ilki; arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde uzlaşmasıdır. Bu durum, arabuluculuk sürecinin en iyi sona erme şekli olup bu ihtimalde arabuluculuk faaliyeti başarıyla sonuçlanmış olacaktır.

HUAK'ın 17. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi hâlinde arabuluculuk faaliyetinin sona ereceği düzenlenmiştir. Zira tarafların uyuşmazlık üzerinde anlaşmaya varmasının mümkün gözükmemesi hâlinde arabuluculuk faaliyeti zaman kaybindan öteye gitmeyecek, hatta tarafların faydadan ziyade zarar görmelerine yol açacaktır. Ancak bu tespitin doğru bir şekilde yapılması önemlidir. Bir başka deyişle, arabulucu, arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun tespitini taraflara danıştıktan sonra yapmalı ve bu konuda titiz davranmalıdır. Zira uyuşmazlığın çözümünün imkân dâhilinde olduğu bir arabuluculuk sürecinin uzlaşma ihtimalinin bulunmaması gerekçesiyle sonlandırılması kamu düzenine, toplumsal barışa ve uzlaşma kültürüne zarar verir.

Arabuluculuk sürecini sona erdiren durumlardan bir diğeri de HUAK'ın 17. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde düzenlenen taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi hâlidir. Kanun koyucu, arabuluculuğun mutlak manada gönüllülük esası üzerine inşa edildiği anlayışından hareket ederek taraflardan birinin dahi arabuluculuk faaliyetinden çekilmesinin arabuluculuk sürecinin sona ermesine yol açacağını öngörmüştür. Bu durumda, arabuluculuk faaliyetinden

²⁵⁰ Ekmekçi / Özkes / Atalı, s. 81-82.

²⁵¹ Ekmekçi / Özkes / Atalı, s. 82-83.

çekilmek isteyen tarafın arabulucu veya diğer tarafça arabuluculuk sürecine devam etmesi hususunda ikna edilmesinin Türk arabuluculuk sistemine uygun olup olmadığı meselesi üzerinde durulabilir. Kanaatimizce, arabulucu ve taraflar sürece devam edip etmeme konusunda çekimser olan tarafı arabuluculuğa devam etme konusunda telkinde bulunabilir. Zira tarafların ve arabulucunun karşı tarafa telkinde bulunmasının amacı uyuşmazlığın sonlandırılmasıdır. Uyuşmazlığın sonlandırılması ise her iki tarafın lehinedir. Ancak bu konuda hassas davranılmalı, arabuluculuğun gönüllülük esasına sıkı sıkıya bağlı bir ADR yöntemi olduğu unutulmamalıdır. Taraflardan birinin arabuluculuk faaliyetini sonlandırmak konusunda kararlı olması hâlinde gereksiz ısrar ve telkinlerden kaçınılarak taraf iradesi ön planda tutulmalıdır.

Arbuluculuk sürecinin sona ermesine yol açan bir diğer durum da tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesidir. Bu durumda, taraflar arabuluculuk yoluna başvurmadan önceki durumuna geri döner ve diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurur. Arabulucu, tarafları uzlaşma konusunda bilgilendirebilir; fakat taraflardan her ikisinin de arabuluculuk faaliyetini sonlandırmak konusunda kararlı olması hâlinde arabuluculuğun devamı yönünde karar alınması ihtimali yok denecek kadar azdır.

HUAK'ın 17. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde arabuluculuk sürecinin sona ermesine yol açacak bir başka durum daha düzenlenmiştir. Buna göre; uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi hâlinde de arabuluculuk faaliyeti son bulur. Daha önce belirtildiği gibi²⁵² Türk hukukunda arabuluculuğa elverişlilik konusunda temel prensip HUAK'ın 1. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişlidir. Bu bağlamda; boşanma, velayet, velayet, soybağı ve nesebin reddi talebi içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Bu nedenle, uyuşmazlığın Türk hukukuna göre arabuluculuğa elverişli olmayan bir konuda olması hâlinde arabuluculuk faaliyetine son verilmelidir. Arabuluculuğa elverişliliğin tespitini yapma yükümlüğü konusunda Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını arabulucu tarafından tespit edilebilir.

Arbuluculuğun sona erme hâlleri dışında, Kanunda düzenlenen ve değiştirilmesi gereken bazı hususlar bulunmaktadır²⁵³. Bu hususlardan ilki; arabulucuya ödenmesi gereken ücretin ödenmemesidir. HUAK'ın 7. maddesinin 1. fıkrasına göre; *arbulucu yapmış olduğu*

²⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 40-42.

²⁵³ **Taşpolat Tuğsavul**, s. 181.

faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir denilmektedir. Bu nedenle arabulucu, ücretinin veya avansının ödenmemesi durumunda, ücret veya avansın ödenmediğine ilişkin bir tutanak düzenleyip arabuluculuk sürecine son verebilir.

Bunun yanı sıra, arabuluculuk faaliyetinin taraflardan birinin gıyabında yapılması ihtimal dâhilinde değildir. Bu nedenle, arabuluculuk oturumlarında taraflar ve arabulucu hazır bulunmalıdır. Tarafların mazeret bildirmeden arabuluculuk oturumlarına katılmaması da arabuluculuğu sona erdiren hâllerdendir.

1.2.3.2.5.2. Süreç Sonunda Anlaşma Belgesi ve Tutanak Düzenlenmesi

Arabuluculuk süreci genellikle iki ihtimal çerçevesinde son bulur. Bunlar; tarafların uyuşmazlık hususunda uzlaşmaları veya uzlaşmamalarıdır. Arabuluculuk faaliyetinin olumlu sonuçlanması hâlinde, taraflar arasında anlaşma belgesi²⁵⁴ akdedilmek suretiyle uyuşmazlığa son verilirken, süreç sonunda tarafların uzlaşmamaları hâlinde taraflar dava veya tahkim gibi yollara başvurarak uyuşmazlığın karara bağlanmasını sağlayabilir. Türk hukukunda arabuluculuk faaliyetinin olumlu veya olumsuz sonuçlanmasına bakılmaksızın, her iki durumda da arabuluculuk süreci sonucunda bir tutanak düzenlenmelidir. Zira arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştığı ve anlaşmadığı hususlar ile arabuluculuk faaliyetinin sonucu bir tutanak ile belgelendirilmelidir. Bu tutanağı düzenleme yükümlülüğü arabulucuya ait olup tutanak arabulucu, taraflar, kanunî temsilciler veya avukatlar tarafından imzalanmalıdır. Tutanak, taraflar, kanunî temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır. Tutanak, tarafların uyuşmazlığın çözümü amacıyla arabuluculuk yoluna başvurup başvurmadığı ve arabuluculuk faaliyetinin sonucu konusunda bilgi verir.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, hangi hususların yazılacağı hususu taraflarca kararlaştırılır. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara

²⁵⁴ Doktrinde anlaşma belgesinin hukukî niteliği konusunda, arabuluculuğa dava öncesinde veya dava açıldıktan sonra başvurulmasına göre bir ayrıma gidilmektedir. Anlaşma belgesinin dava öncesinde yapılan arabuluculuk faaliyeti sonucunda oluşması hâlinde mahkeme dışı sulh niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür: **Özbay**, s. 395-396; **Sarisözen**, s. 104; **Ildır**, s. 166. Anlaşma belgesinin dava açıldıktan sonra yapılan arabuluculuk faaliyeti sonucunda oluşması hâlinde mahkeme içi sulh niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür: **Kuru**, s. 242; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 190; **Çelikoğlu, Cengiz Topel: 6325 Sayılı HUAK'a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usûlleri ile İlişkisi**, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. 1, Ankara 2014, s. 707. Doktrinde, tarafların karşılıklı olarak fedakârlıkta bulunması hâlinde sulh sözleşmesinden bahsedilebileceği; taraflardan birinin diğer tarafın taleplerinin hepsini kabul etmesi hâlinde sulh sözleşmesinin mevcut olmayacağı ifade edilmiştir: **Akkan, Mine: Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 20, S. 2, s. 14; **Karauz, Ağâh Kürşat: Sulh Sözleşmesi**, Ankara 2014, s. 14-16; **Meriç, Nedim: Medenî Usûl Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Ankara 2011, s. 207; **Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukukunda Sulh**, Ankara 1972, s. 23 vd.; **Sarisözen**, s. 105; **Özbay**, s. 395; **Kekeç**, s. 24.

gerekli açıklamaları yapar. Taraflar tutanağın doldurulması hususunda kısıtlamaya tâbi tutulamaz.

HUAK'ın 17. maddesinin 4. fıkrasına göre; arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne göndermelidir.

1.2.3.2.5.3. Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesi

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda arzu edilen durum tarafların uyuşmazlığın çözümü konusunda anlaşmaya varmalarındır. HUAK'ın 18. maddesinde arabuluculuk faaliyetinin anlaşmayla sonuçlanması hâlinde izlenmesi gereken usule yer verilmiştir.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda uzlaşan tarafların ilk olarak anlaşmanın kapsamını belirlemeleri gerekmektedir. Anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bunun taraflarca imzalanması gerekmektedir. Ancak anlaşma belgesinin geçerli olabilmesi için taraflarca imzalanması yeterli olmayıp arabulucu tarafından da imzalanması gerekmektedir²⁵⁵.

Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma belgesi akdetmesinin ardından bu belgenin Türk hukukunda geçerliliği konusuna da değinilmelidir. HUAK'ın 18. maddesinin 2. fıkrasında *taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler* denilmektedir. Görüldüğü gibi, Türk hukukunda arabuluculuk faaliyetinin başarılı olması sonucunda taraflar arasında imzalanan anlaşma belgesi şerh vermek suretiyle icra edilebilecektir. Anlaşma belgesine şerh verilmesiyle birlikte bu belge ilâm niteliğinde sayılır. Bir başka deyişle, anlaşma belgesi tıpkı bir mahkeme ilâmı gibi hüküm ve sonuç doğuracaktır.

HUAK ile arabuluculuk faaliyeti sonucunda imzalanan anlaşma belgesinin şerhinin hangi makam tarafından yapılacağı da belirlenmiştir. Anlaşma belgesinin şerhi konusunda

²⁵⁵ Türk hukukunda anlaşma belgesinde arabulucunun imzasının bulunmaması hâlinde bu durumun anlaşma belgesine etkisi hususu doktrinde tartışılmıştır. Bu durumda; iki ihtimal olup bu ihtimallerden ilki; anlaşma belgesinde arabulucunun imzasının tamamlayıcı bir unsur olarak kabul edilmesidir. Bu ihtimalin kabul edilmesi hâlinde; arabulucunun imzasının mevcut olmaması durumunda anlaşma belgesinin batıl olacağını kabul etmek gerekmektedir. İkinci ihtimal ise arabulucunun imzasının anlaşma belgesinin hüküm ifade etmesi için gerekli olan resmî bir makamın tamamlayıcı fiili olarak kabul edilmesidir. Bu ihtimalin kabul edilmesi hâlinde ise arabulucu imzasının mevcut olmaması durumunda anlaşma belgesi arabulucunun imzasının eklenmesi hâlinde hüküm ifade edecek bir sözleşme hüviyetini kazanacak, arabulucunun anlaşma belgesini imzalamayacağını anlaşılması ihtimalinde kesin olarak hükümsüz hâle gelecektir. Doktrindeki görüşe göre, tarafların imzasının bulunup arabulucunun imzasının bulunmadığı belgenin tamamen geçersiz olduğunu söylemek isabetli bir sonuç olmayıp arabulucunun imzasının bulunmaması hâlinde anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilememesi şeklindeki yaptırımla yetinilmesi daha makul bir çözüm olacaktır: **Kıyak, Emre: Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2015, Y. 6, S. 21, s. 531.

mahkemelere yetki verilmiş ve arabuluculuğa başvuru zamanına göre ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre; dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması hâlinde anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilecektir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması hâlinde ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilecektir.

Anlaşma belgesine şerh talep edilmesi hâlinde mahkemenin dikkat etmesi gereken genel esaslara Kanunda yer verilmiştir. Buna göre; ilk olarak icra edilebilirlik şerhinin verilmesi karşı taraf bulunmaması nedeniyle çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmiştir. Mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlı olacaktır. Bir başka deyişle, Türk hukuku bakımından arabuluculuğa elverişli bir konudaki uyuşmazlık söz konusuysa ve uyuşmazlığın çözümü cebri icraya elverişliyse anlaşma belgesinin mahkeme tarafından şerhi yapılmalıdır.

Anlaşma belgesinin icra şerhine yönelik inceleme dosya üzerinden yapılacaktır. Yalnızca arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda incelemenin duruşmalı olarak yapılması gerekmektedir. Zira Kanun koyucu aile hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin anlaşma belgesinin şerhi talebinin duruşmalı olarak yapılmasını özellikle kamu düzeni ve zayıf tarafın korunması bakımından gerekli görmüştür.

2017 yılında 7036 sayılı Kanunla HUAK'ta yapılan değişiklikle birlikte; taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğinde belge sayılır denilmiştir. Bu suretle, mahkeme tarafından şerh kararı verilme dahi anlaşma belgesinde taraflar ve avukatları ile arabulucunun imzalarının bulunması hâlinde anlaşma belgesi ilâm niteliğinde belge sayılacak ve anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacaktır.

Anlaşma belgesinin şerh edilmesi talebinin ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmesi hâlinde yargı yolu açıktır. Zira HUAK ile bu durum açıkça düzenlenmese de HUAK'ın 18. maddesinin 3. fıkrasında *anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından **istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harç alınır*** denilmek suretiyle ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna gidilebileceği kabul edilmiştir. Öte yandan HMK'nın 387. maddesinde; *çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı hukuki yararı bulunan ilgililer, özel kanuni düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde, bu Kanun hükümleri dairesinde istinaf yoluna başvurabilirler* denilmiştir. Bu nedenle, anlaşma belgesinin icra edilip edilmemesinde hukukî yararı bulunan

İlgililer HMK'nın 387. maddesine dayanarak kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde istinaf yoluna başvurabilecektir. İstinaf yolundan da sonuç alınmaması hâlinde temyiz yoluna müracaat edilebilecektir.



İKİNCİ BÖLÜM

KANUNLAR İHTİLAFINDA ARABULUCULUK

2.1. Terminoloji

Farklı hukuk düzenlerinde ve Türk hukukunda arabuluculuk müessesine ilişkin bazı kavramların kullanımı ve anlamı konusunda birlik bulunmamaktadır. Arabuluculuğa ilişkin terminolojinin henüz oluşmamış olması nedeniyle teoride ve pratikte farklı kullanımlar görülmektedir. Bu farklılıkların giderilebilmesi ve terim birliğinin sağlanması amacıyla çalışmamızın bu bölümünde öncelikle arabuluculuğun Kanunlar İhtilâfı boyutuna ilişkin bazı kavramların çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda, millî, milletlerarası, milletlerarası ticarî, *ad hoc* ve kurumsal arabuluculuk kavramları incelenecektir.

2.1.1. Millî Arabuluculuk / Milletlerarası Arabuluculuk / Milletlerarası Ticarî Arabuluculuk

2.1.1.1. Millî / Yerli Arabuluculuk (*National / Domestic Mediation*)

Arapça kökenli bir kelime olan millî; *milletle ilgili, millete özgü, ulusal* anlamını ifade eder²⁵⁶. Bir milletin, bir ulusun sahip olduğu değerler, bir millete özgü durumlar millî kavramı ile dile getirilir²⁵⁷. Millî arabuluculuk; uyuşmazlığın bir millete özgü olduğu; dolayısıyla yabancılik unsuru içermediği durumlarda ortaya çıkan arabuluculuk türüdür. Uyuşmazlığın yalnızca arabuluculuk sürecinin yürütüldüğü ülke hukuku ile irtibatlı olması halinde uyuşmazlık yer bakımından, tarafların arabuluculuk sürecinin yürütüldüğü ülke vatandaşı olması halinde taraflar bakımından millîlik (yerellik, ülkesellik) mevcut olur²⁵⁸. Doktrinde, millî arabuluculuk kavramı yerine mahallî arabuluculuk, ulusal arabuluculuk veya yerli arabuluculuk kavramları da kullanılmaktadır²⁵⁹.

Millî arabuluculuk kaynağını uygulandığı devletin arabuluculuğa ilişkin mevzuatından almaktadır. Bu nedenle, millî arabuluculuk faaliyetinde arabuluculuğun yapıldığı devletin millî çıkarları ve millî kamu düzeni milletlerarası arabuluculuğa²⁶⁰ nazaran daha ön plandadır.

²⁵⁶ Türk Dil Kurumu Sözlüğü: <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 07.05.2019).

²⁵⁷ **Heywood, Andrew:** Siyasî İdeolojiler, (Çev. Hüsametin İnaç), B. 5, Ankara 2013, s. 164 vd. (İdeoloji); **Çaha, Ömer / Şahin, Bican:** Dünyada ve Türkiye’de Siyasal İdeolojiler, Ankara 2013, s. 225 vd.; **Heywood, Andrew:** Siyaset Teorisine Giriş, (Çev. Hızır Murat Köse), B. 5, Ankara 2012, s. 119 vd. (Siyaset Teorisi); Millî kelimesinin kullanımı konusunda bilgi için bkz.: <https://nedemek.com.tr/millî-ne-demek/> (Erişim Tarihi: 23.06.2019).

²⁵⁸ **Öztürk, Necla:** *Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2015, C. 31, S. 2, s. 210 (Arabuluculuk).

²⁵⁹ Bu çalışmada yeknesaklığın sağlanması amacıyla millî ve milletlerarası arabuluculuk kavramları kullanılacaktır.

²⁶⁰ Milletlerarası arabuluculuk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. s. 56-64.

Zira milletlerarası arabuluculuğa ilişkin tüm dünyada geçerli bir düzenleme mevcut değilken millî arabuluculuk faaliyeti pek çok devletçe düzenleme altına alınmıştır. Millî arabuluculuğun çerçevesi iç hukuk tarafından belirlendiği için daha basit bir yapıya sahiptir. Bu nedenle, Kanunlar İhtilâfı meseleleri ve tanıma-tenfize dair sorunlar millî arabuluculuk bakımından söz konusu olmayacaktır.

Günümüzde birçok uyuşmazlık çeşitli açılardan yabancılık unsuru içermektedir. Bu noktada, bir arabuluculuk faaliyetinin her bakımdan millî olarak kabul edilebilmesi için uyuşmazlığın taraflarının ve arabulucu(lar)ın Türk vatandaşı olması, uyuşmazlık konusunun bütünüyle Türkiye'nin coğrafi sınırları ile irtibatlı olması, arabuluculuk oturumlarının tamamının Türkiye'de gerçekleşmesi, arabuluculuk sözleşmesine²⁶¹, arabulucu sözleşmesine²⁶² veya arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuka²⁶³ yabancı bir hukukun uygulanacağına dair bir hükmün bulunmaması gerekmektedir. Ancak arabuluculuk sürecinde bazı hususlar bakımından yabancılık unsurunun mevcut olması arabuluculuk faaliyetinin millî nitelikte olmayacağı anlamına gelmemektedir. Örneğin ithal edilen bir malın Türk vatandaşları arasında ve Türkiye içerisinde satım akdine konu olması ve çıkan uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesi hâlinde arabuluculuğun millî nitelik taşıdığını kabul etmek yerinde olacaktır. Zira -çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde²⁶⁴ açıklanacağı üzere-arabuluculuk faaliyetinin genel olarak millî nitelik taşıdığı, farklı hukuk düzenleriyle irtibatının zayıf olduğu durumlarda millî arabuluculuğun söz konusu olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

2.1.1.2. Milletlerarası / Yabancı Arabuluculuk (*International / Cross Border Mediation*)

2.1.1.2.1. Genel Olarak

Milletlerarası kelimesi Arapça kökenli olup çeşitli milletlerin arasında yapılan, milletlerin arasında çok yönlü ilişkilerle ilgili olan, uluslararası, beynelmilel, enternasyonal anlamlarına gelmektedir²⁶⁵. Tarihsel süreçte arabuluculuk konusundaki düzenlemeler genellikle millî nitelikteyken küreselleşmenin etkisiyle sınırların kolayca aşılması, ulaşım olanaklarının gelişmesi ve internet üzerinden yapılan hukukî işlemlerin artmasıyla birlikte milletlerarası uyuşmazlıklar artış göstermiş ve böylelikle milletlerarası arabuluculuk kavramı sıklıkla kullanılmaya başlanmıştır²⁶⁶. Farklı hukuk düzenlerinde ve Türk hukukunda

²⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 68-93.

²⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 93-100.

²⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 130-140.

²⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 63-64.

²⁶⁵ Türk Dil Kurumu Sözlüğü: <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 07.06.2019).

²⁶⁶ **Alexander, Nadja / Steffek, Felix: *Making Mediation Law***, Research Collection School of Law, 2016, s. 49.

milletlerarası arabuluculuğa ilişkin net bir tanım bulunmamaktadır²⁶⁷. Milletlerarası arabuluculuk; -en temel anlamıyla- uyuşmazlığın birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olduğu, millî hukukun sınırlarını aşan arabuluculuk faaliyeti olarak tanımlanabilir. Bu yönüyle, milletlerarası arabuluculuk süreci millî arabuluculuğa nazaran daha zor, muğlak²⁶⁸ ve karmaşık bir yapıyı haizdir²⁶⁹.

Milletlerarası arabuluculuk faaliyeti birden fazla ülke ile irtibat bulunması nedeniyle²⁷⁰ çeşitli Kanunlar İhtilâfi ve tanıma-tenfiz problemlerini de beraberinde getirecektir. Bu nedenle, hangi arabuluculuk faaliyetinin millî hangi arabuluculuk faaliyetinin milletlerarası nitelikte olduğunun tespit edilmesi önem arz etmektedir. Milletlerarası arabuluculuğun tespitinde bazı kıstaslardan hareket edilebilir. Bu kıstaslardan herhangi biri bakımından milletlerarası nitelikte kabul edilen arabuluculuk faaliyetinin milletlerarası arabuluculuk faaliyeti olarak adlandırılabilceği kanaatindeyiz.

²⁶⁷ **Silverstein, May Olivia:** *Introduction to International Mediation and Arbitration: Resolving Labor Disputes in The United States & The European Union*, American University Labor & Employment Law Forum, 2011, Vol. 1, s. 104.

²⁶⁸ Milletlerarası arabuluculuğa ilişkin uyuşmazlıklarda taraflar, genellikle birden fazla kişiden oluşmakla birlikte belirgin değildir. Zira uyuşmazlık konusunun değeri düştükçe tarafların kimliği belirginleşir. Bir başka ifadeyle, arabuluculuk sürecinde maddî açıdan değerli olan uyuşmazlıklar bakımından uyuşmazlığın tarafları aleni bir şekilde açıklanmayabilir. Arabuluculuk sürecinin yürütüldüğü kurumsal organizasyon ne kadar küresel olursa katılımcılar bununla ters orantılı olarak o kadar az belirgin olur: **Birch**, s. 218.

²⁶⁹ Milletlerarası arabuluculuk faaliyetini millî arabuluculuğa nazaran zorlaştıran bir diğer faktör de kültürel farklılıklardır. Zira yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda geleneksel olarak farklı kültürlerden gelen ve bu nedenle farklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine alışkın bireyler söz konusudur. Zira milletlerarası arabuluculuk faaliyeti coğrafi anlamda birbirine uzak ülkeler arasında meydana gelebilir. Bu nedenle, milletlerarası arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıkların çözülebilmeleri için taraflarının kültürlerinin özümsemesi gerekmektedir. Arabulucu, milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde tarafların kullandıkları farklı kültürel dilleri doğru bir şekilde yorumlamak suretiyle tarafların gerçek taleplerini tespit etmelidir. Arabulucunun bu tespiti yapabilmeleri için, tarafları dikkatle dinleyip güven ortamı oluşturması ve uyuşmazlığın çözümüne yönelik taraflarca kabul görebilecek yaratıcı çözümler bulması gerekmektedir: **Birch**, s. 216; **Park So Eun, Grace:** *International Commercial Mediation Involving Parties From Different Cultures — The Different “Languages” of Negotiation*, Dispute Resolution Journal, 2016, Vol. 71, No. 4, s. 147. Örneğin, Japonya ve Kore’de uyuşmazlıkların çözümünde özür dileme yöntemi önemli bir yere sahiptir. Taraflardan birinin özür dileme teklifinde bulunması diğerinin de özrü kabul etmesi hâlinde uyuşmazlık çözülmüş olur. Özür yöntemine yalnızca özel hukuka ilişkin uyuşmazlarda değil kamu hukukunu ilgilendiren durumlarda da başvurulmaktadır. Örneğin, Japonya’da basit bir suç işleyen kişilerden polis özür mektubu istemekte, şüpheli veya sanığın özrü cezanın azalmasını sağlamaktadır. Buna karşın, ABD’de arabuluculuk oturumları sırasında özür dilenmesi bir zayıflık işareti olarak görülmekte, ABD hukuk sisteminde hâkimlerin sanıklardan yazılı veya sözlü özür talep etmeleri samimiyetsiz, aldatıcı ve küçük düşürücü olarak değerlendirilmektedir: **Park So Eun**, s. 153. Arabuluculuk sürecinde, özür dileme kurumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: **Bolstad, Max:** *Learning from Japan: The Case for Increased Use of Apology in Mediations*, Cleveland State Law Review, 2000, Vol. 48, s. 569 -578. Arabulucunun tarafların gelenek ve kültürleri konusunda bilgili olması ve buna göre çeşitli iletişim teknikleri kullanması uyuşmazlığın çözümünde faydalı olacaktır: **Radulescu, M. D. / Mitrut, D.:** *Intercultural Mediation, International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences*, 2012, Vol. 2, No. 11, s. 344-350; Milletlerarası arabuluculukta her ne kadar uyuşmazlığın taraflarının gelenek ve kültürlerine önem vermek gerekse de arabulucunun basmakalıp, varsayımsal düşüncelerden sıyrılması, her uyuşmazlığın kendine özgü dinamikleri olduğunun farkında olarak süreci tarafların ihtiyaçlarına göre uyarlaması ve yönetmesi gerekmektedir: **Birch**, s. 218.

²⁷⁰ Milletlerarası arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi, özellikle arabulucu bakımından millî arabuluculuk faaliyetine nazaran daha zordur. Zira uyuşmazlığın çözümü için arabulucunun sık sık seyahatlerde bulunarak taraflarla iletişime geçmesi gerekmektedir: **Birch**, s. 221.

2.1.1.2.2. Milletlerarası Arabuluculuğun Tespitinde Kullanılabilecek Kıstaslar

2.1.1.2.2.1. Objektif Kıstas

Milletlerarası arabuluculuğun tespitinde objektif kıstas; arabuluculuk faaliyetinin milletlerarası nitelikte olup olmadığı hususunun, kişisel görüş ve eğilimlerin etkisi altında kalmaksızın, sadece belli hukukî olgulara dayanarak ele alınmasıdır. Objektif kıstasta, milletlerarası arabuluculuğun tespitinde birtakım kriterlerden hareket edilebilir. Bu bakımdan, kullanılabilecek ilk kriter; uyuşmazlığın kişi ve yer bakımından incelenmesidir²⁷¹.

2.1.1.2.2.1.1. Kişi Kriteri

Kişi kriteri bakımından değinilmesi gereken ilk husus; tarafların vatandaşlığıdır. Tarafların farklı vatandaşlıkta bulunmaları hâlinde arabuluculuğun milletlerarası nitelikte olduğu düşünülebilir. Kanaatimizce, uyuşmazlığın yalnızca taraflarının farklı vatandaşlığa sahip olmaları objektif kıstas uyarınca milletlerarası arabuluculuk faaliyetinin oluşması için yeterli kabul edilmemelidir. Zira taraflardan birinin yabancı olup diğerinin Türk vatandaşı olduğu, uyuşmazlığın bunun dışında herhangi bir yabancılık unsuru içermediği durumlarda milletlerarası arabuluculuk faaliyetinin oluşmayacağı kanaatindeyiz.

Objektif kıstasa göre arabuluculuğun milletlerarası niteliğinin tespitinde arabuluculuk faaliyetinin taraflarının her ikisinin de yabancı olması hâlinde milletlerarası arabuluculuğun mevcudiyeti değerlendirilmelidir. Kanaatimizce arabuluculuk faaliyetinde tarafların her ikisinin de yabancı olması hâlinde milletlerarası arabuluculuğun var olduğu kabul edilmelidir. Zira bu durumda millî hukuk düzeninin sınırlarının aşıldığı açıktır. Ancak tarafların çok vatandaşlığa sahip olması hâlinde, vatandaşlıklardan birinin ilgili devletin vatandaşlığı olup olmadığına bakılmalıdır. Vatandaşlıklardan birinin ilgili devletin vatandaşlığı olması durumunda arabuluculuk faaliyetinin tarafı yabancı kabul edilmemeli ve dolayısıyla arabuluculuk faaliyetinin kişi yönünden milletlerarası niteliği haiz olmadığı kabul edilmelidir. Türk hukukunda da benzer bir yaklaşımdan hareket edilerek MÖHUK'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukukunun uygulanacağı, dolayısıyla bu kişilerin diğer vatandaşlıkları yerine Türk vatandaşlığının esas alınacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, kanaatimizce Türk hukukunda arabuluculuk faaliyetinin taraflarının her ikisinin de

²⁷¹ Doktrinde milletlerarası kavramının içeriğinin tespiti için iki kriterden hareket edilmesi gerektiği, bu kriterlerin hukukî işlemin niteliği ve tarafların mutata meskeni olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre; farklı ülkelerde mutata meskeni bulunan kişiler arasında uluslararası ticareti ilgilendiren uyuşmazlıklar milletlerarası nitelikte kabul edilmelidir. Vatandaşlık da milliyet temelli bir ayrımcılığa gidilmeyecek şekilde milletlerarası niteliğinin belirlenmesinde kullanılabilir: **Park, W. William: Why Courts Review Arbitral Awards**, Festschrift für Karl-Heinz Böckstiegel, 2001, s. 605-606.

yabancı olması hâlinde milletlerarası arabuluculuğun mevcudiyeti, tarafların çok vatandaşlığa sahip olup bu vatandaşlıklardan birinin Türk vatandaşlığı olması hâlinde millî arabuluculuğun mevcudiyeti kabul edilmelidir.

Arabuluculuk faaliyetinin kişi bakımından milletlerarası niteliğinin tespitinde arabulucunun yabancı bir devlet vatandaşlığında bulunmasının etkisine de değinilmelidir. Zira her ne kadar, Türk hukukunda HUAK'ın 36. maddesine göre arabulucunun Türk vatandaşı olması zorunlu olsa da Bulgaristan gibi bazı ülkelerde arabulucu yabancı gerçek kişi olabilir²⁷². Yalnızca arabulucunun yabancı olduğu bir arabuluculuk faaliyeti, bünyesinde yabancı unsur barındırsa da milletlerarası arabuluculuğun mevcudiyeti için yeterli kabul edilmemelidir. Nitekim doktrinde *ad hoc* arabuluculukta, arabulucunun yabancı devlet vatandaşı olması dışında herhangi bir yabancı unsur içermeyen durumlarda, milletlerarası arabuluculuktan bahsedilemeyeceği ileri sürülmüştür²⁷³. Ancak taraflardan birinin Türk vatandaşı diğerinin yabancı ve arabulucunun da yabancı olması ihtimali değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, bu ihtimalde yabancılik unsurunun ağırlığı dikkate alınmalı ve milletlerarası arabuluculuk faaliyetinin mevcudiyeti kabul edilmelidir²⁷⁴.

Arabuluculuk faaliyetinin taraflarının ve arabulucunun vatandaşlığının tespitine hangi hukukun uygulanacağı konusunda ise herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira vatandaşlık hakkı verme hususunda devletler mahfuz yetkiyi haiz olup, bir kişinin bir devletin vatandaşı olup olmadığı o devletin kanunlarına göre belirlenir²⁷⁵. Bu nedenle, milletlerarası arabuluculuğun mevcudiyetine ilişkin bir incelemede objektif kıstas kullanılıp şahıs bakımından değerlendirme yapılıyorsa tarafların ve arabulucunun hangi ülkenin vatandaşı olduğu, vatandaşı olduğu iddia edilen ülkenin kanunlarına göre tespit edilmelidir.

2.1.1.2.2.1.2. Yer Kriteri

Milletlerarası arabuluculuğun söz konusu olup olmadığının objektif kıstasa göre tespitinde kullanılabilir bir diğer kriter yer kriteri olup bu noktada tarafların iş yerinin bulunduğu ülke hukuku önem taşımaktadır. Zira son yıllarda tarafların iş yeri hukuku bazı milletlerarası sözleşmelerde milletlerarası unsuru tespit etmede kullanılan bir kriter olarak yer

²⁷² **EU Handbook on Mediation**, s. 11; **Mediation in The EU**, s. 24-25.

²⁷³ **Öztürk**, Arabuluculuk, s. 211.

²⁷⁴ Milletlerarası anlaşma belgesinin tespitine yönelik olarak aynı yönde bir öneri için bkz. s. 136-137.

²⁷⁵ **Güngör, Gülin**: Tâbiyet Hukuku, B. 6, Ankara 2018, s. 12 vd.; **Nomer, Ergin**: Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 20, İstanbul 2014, s. 5 vd. (Vatandaşlık); **Turhan, Turgut / Tanrıbilir, Feriha Bilge**: Vatandaşlık Hukuku, B. 3, Ankara 2012, s. 29 vd.; **Doğan, Vahit**: Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 12, Ankara 2014, s. 3-4 (Vatandaşlık); **Aybay, Rona / Özbek, Nimet**: Vatandaşlık Hukuku, B. 4, İstanbul 2015, s. 16 vd.; **Erdem, Bahadır**: Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 4, İstanbul 2014, s. 5.

almaktadır²⁷⁶. Bir arabuluculuk faaliyetinde tarafların iş yerinin bulunduğu ülkelerin farklı olduğu durumlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkta arabulucuya müracaat edildiği takdirde, bu arabuluculuk faaliyeti birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olur ve kanaatimizce bu durum milletlerarası arabuluculuk kapsamında değerlendirilir. İş yeri kriterinin esas alınması hâlinde vatandaşlık, arabuluculuk yeri, esas sözleşme, arabuluculuk ve arabulucu sözleşmesi bakımından yabancılık unsuru mevcut olmasa dahi, tarafların uyuşmazlık yaşadıkları hususlarla ilgili iş yerleri farklı ülkelerde bulunduğu için milletlerarası arabuluculuk faaliyetinin söz konusu olduğu kabul edilmelidir. İş yeri kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda ise *lex fori* esas alınmalıdır. Bir başka deyişle, iş yeri kavramının yorumu *lex foriye* göre yapılmalı ve *lex foriye* göre ilgili uyuşmazlık bakımından tarafların farklı ülkelerde iş yerine sahip olduklarının anlaşılması hâlinde milletlerarası arabuluculuk faaliyetinin mevcudiyeti kabul edilmelidir.

Arabuluculuk faaliyetinde uyuşmazlığın taraflarının farklı ülkelerde ikametgâh veya mutat meskene sahip olma durumu, objektif kıstasa göre milletlerarası arabuluculuğun tespitinde ayrıca incelenmelidir. Zira günümüzde vatandaşı bulunduğu devlet dışında ikametgâh veya mutat meskene sahip birçok kişi yaşadıkları uyuşmazlıkların çözümü amacıyla arabuluculuk yoluna başvurmaktadır. Kanaatimizce tarafların farklı ülkelerde ikametgâh veya mutat meskene sahip olmaları farklı vatandaşlıkta bulunmalarına nazaran arabuluculuk faaliyetini milletlerarası arabuluculuğa daha fazla yaklaştırmaktadır. Zira ikametgâh ve mutat mesken, özellikle başka yönlerden de yabancılık unsurunun mevcut olduğu durumlarda kişi ve ülke arasında sürekli ve güçlü bir bağ oluşturur. Bu bakımdan değerlendirildiğinde, tarafların ikametgâh veya mutat meskenlerinin farklı ülkelerde bulunması hâlinde milletlerarası arabuluculuk faaliyetinin var olduğu kabul edilmelidir. Zira tarafların farklı ülkelerde ikametgâh veya mutat meskene sahip olması hâlinde esas sözleşmenin ve arabuluculuk sözleşmesinin akdedildiği yer, arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştiği yer, ifa yeri gibi hususlar bakımından da yabancılık unsurunun oluşma ihtimali yüksektir.

Ayrıca, milletlerarası arabuluculuğun tespitinde ikametgâh ve mutat mesken kavramlarının hangi ülke hukukuna göre yorumlanacağı meselesine de değinilmelidir. Bu noktada özellikle ikametgâh kavramının yorumu önem taşır. Zira ikametgâh hukukî bir

²⁷⁶ Örneğin, 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde (Viyana Sözleşmesi RG: 07.04.2010-27545) taraflarının iş yerinin farklı ülkelerde bulunması milletlerarası unsurun oluşması için yeterli kabul edilmiştir. Çalışmamızın devamında yer vereceğimiz Arabuluculuktan Doğan Milletlerarası Anlaşma Belgelerine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde (Singapur Sözleşmesi) anlaşma belgesinin en az iki tarafının iş yerlerinin farklı devletlerde bulunması hâlinde milletlerarası nitelikte kabul edileceği düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 116-117.

kavram olup ülkeden ülkeye farklılık gösterir. Bu durum, mutat mesken kavramı bakımından geçerli değildir; çünkü mutat mesken fiili bir kavramdır ve tespiti ikamete nazaran zordur. İkamet ve mutat mesken kavramının yorumu *lex foriye* göre yapılmalıdır. Arabuluculuk faaliyetinin milletlerarası niteliği konusunda tereddüde düşen devletin hukukuna göre tarafların ikametgâh ve mutat meskeninin farklı ülkelerde bulunması hâlinde milletlerarası arabuluculuğun varlığı kabul edilmelidir.

2.1.1.2.2.1.3. Esas Sözleşme Kriteri

Taraflar arasındaki esas sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi hâlinde milletlerarası arabuluculuğun söz konusu olup olmayacağı da ele alınması gereken hususlardan biridir. Zira esas sözleşme, arabuluculuğa konu uyuşmazlığın çıkış noktası olup arabuluculuk süreci açısından hayatî önemi haizdir. Kanaatimizce esas sözleşmenin –önemli derecede- yabancılık unsuru içermesi hâlinde milletlerarası arabuluculuğun mevcudiyeti kabul edilmelidir. Esas sözleşmenin yabancılık unsuru içerip içermediği hususunda *lex fori*'nin Kanunlar İhtilâfi kurallarından hareket edilmelidir.

Peki esas sözleşme ne zaman yabancılık unsuru içerir? Bu sorunun yanıtı konusunda akla gelen ihtimallerden biri esas sözleşmenin yabancı bir devlette akdedilmiş olması durumudur. Zira bu ihtimalde yer bakımından yabancılık unsuru oluşur ve sözleşmenin şekli başta olmak üzere uygulanacak hukuk bakımından bazı hukukî sonuçlar ortaya çıkar. Arabuluculuk faaliyetinde yalnızca esas sözleşmenin akdedildiği yer bakımından yabancılık unsuru söz konusu ise bu durum milletlerarası arabuluculuğun meydana gelmesi için yeterli kabul edilmemeli, başka yönlerden yabancılık unsurunun mevcudiyetine bakılmalıdır. Esas sözleşmenin akdedildiği yere ek olarak tarafların vatandaşlığı, arabulucunun vatandaşlığı gibi hususlarda yabancılık unsuru bulunması hâlinde esas sözleşmenin birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olduğu ve bu nedenle uyuşmazlığın milletlerarası nitelikte olduğu kabul edilmelidir.

2.1.1.2.2.2. Sübjektif Kıstas

Sübjektif kıstasa göre, arabuluculuk faaliyetinin milletlerarası niteliğinin tespit edilmesinde taraf iradesi, bir başka deyişle yabancı hukuk seçimi dikkate alınmaktadır. Sübjektif kıstasın esas alınması hâlinde tarafların arabuluculuk sürecinde yabancı bir hukuku seçmiş olması arabuluculuk faaliyetini milletlerarası arabuluculuk hâline getirecektir. Arabuluculuk faaliyetinde arabulucu, uyuşmazlık hakkında karar vermeyeceğinden esasa uygulanacak hukuk söz konusu değildir. Bu nedenle, taraflar esasa uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçimi yapamaz. Ancak arabuluculuğun birçok aşamasında –örneğin,

arabuluculuk ve arabulucu sözleşmeleri ile arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk konusunda- hukuk seçimi yapılması mümkündür²⁷⁷. Bu noktada, arabuluculuk veya arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca belirlendiği durumlarda milletlerarası arabuluculuğun var olduğu kabul edilebilir. Arabuluculuk usulüne uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olması hâlinde ise hiçbir tereddüde yer kalmaksızın arabuluculuk faaliyetinin yabancı bir devlet otoritesi altında yürütüldüğü anlayışından hareket edilerek milletlerarası arabuluculuğun mevcut olduğu kabul edilmelidir²⁷⁸. Zira arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk, arabuluculuk süreci açısından son derece önemli olup taraflar ile sıkı irtibatlıdır.

2.1.1.2.2.3. Ekonomik Kıstas

Milletlerarası arabuluculuğun varlığının tespitinde ekonomik kıstasın kullanılması hâlinde, uyuşmazlığın ekonomik etkisinin birden fazla devlette ortaya çıkıp çıkmadığının belirlenmesi gerekir. Ekonomik kıstasın esas alınması hâlinde uyuşmazlığın ekonomik niteliklerinden hareket edilmeli, ekonomik karakteri gereği milletlerarası nitelikte kabul edilen uyuşmazlıklar milletlerarası arabuluculuk kapsamında incelenmelidir. Bu bağlamda; uyuşmazlığın birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olup olmadığına bakılmaksızın birden fazla ülkede ekonomik etki göstermesi hâlinde milletlerarası arabuluculuğun var olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, mal ve hizmetlerin ihracatına veya ithalatına ilişkin sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara konu olan arabuluculuk faaliyetleri birden fazla ülke üzerinde ekonomik etki doğurması nedeniyle milletlerarası nitelikte kabul edilmelidir²⁷⁹.

Ekonomik bakımından birden fazla hukuk düzenini etkileyen uyuşmazlıkların konu olduğu arabuluculuk faaliyetlerinin tamamının milletlerarası ticarî menfaatleri ilgilendirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle, milletlerarası ticarî menfaatleri ilgilendiren uyuşmazlıkları konu edinen arabuluculuk faaliyetlerinin yabancılık unsuru bulunmasa dahi

²⁷⁷ Tarafların arabuluculuk sözleşmesini, arabulucu sözleşmesini ve arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuku farklı hukuk düzenlerine tabi tutmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Her ne kadar sözleşmenin birliği ilkesi gereği sözleşmenin tamamının tek bir hukuka tabi olması tavsiye edilse de günümüzde birçok nedenden ötürü sözleşmenin birliği ilkesi uygulanmamaktadır.

²⁷⁸ 15 Haziran 1955 tarihli Maddî Taşınır Malların Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesinde taraflarca hukuk seçimi yapılmasının sözleşmeye milletlerarası unsur kazandıracığı görüşü kabul edilmemiştir. Sözleşmenin 1. maddesine göre, taraflarca hukuk seçimine veya yetki anlaşmasına veya tahkime ilişkin olarak yapmış olan irade beyanı tek başına satma milletlerarası unsur kazandırmaz: **Alibaba, Arzu:** Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2005, s. 18.

²⁷⁹ Ekonomik yöntemin milletlerarası tahkimin mevcut olup olmadığının tespitine etkisi konusunda bilgi için bkz.: **Akıncı, Ziya:** Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, s. 26 (Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları); **Özel, Sibel:** Milletlerarası Ticarî Tahkimde Kanunlar İhtilâfi Meseleleri, İstanbul 2008, s. 19-21. Ekonomik yöntemin milletlerarası unsurlu sözleşmelerin mevcut olup olmadığının tespitine etkisi konusunda bilgi için bkz.: **Alibaba**, 16.

milletlerarası arabuluculuk şeklinde adlandırılması gerekmektedir. Örneğin, dünyada tek bir ülkede çıkarılan bir madenin devrine ilişkin ilgili ülke içerisinde o ülkenin vatandaşlarının taraf olduğu uyuşmazlıktan doğan arabuluculuk faaliyeti milletlerarası ticareti ilgilendirmesi sebebiyle milletlerarası arabuluculuk faaliyeti olarak görülmelidir.

2.1.1.2.2.4. Değerlendirme

Arabuluculuk faaliyetinin milletlerarası niteliğinin tespiti yalnızca teorik önemi haiz olarak görülebilir. Zira arabuluculuk sürecinde kural olarak çeşitli hukukî tasniflerden hareket edilmeyip uyuşmazlığın çözümü amaçlanır. Ancak bir arabuluculuk faaliyetinin milletlerarası niteliğinin tespiti bazı uyuşmazlıkların çözümü bakımından son derece önemlidir. Uyuşmazlığın çözümünde görev alan arabulucu, milletlerarası arabuluculuğun mevcudiyetini tespit etmesi hâlinde bazı hususlara dikkat etmek suretiyle tarafların ileride yaşayabileceği olası mağduriyetleri önleyebilir. Nitekim arabuluculuk faaliyetinin milletlerarası nitelikte olduğunu fark eden bir arabulucu, arabuluculuk sürecinin başarıyla sonuçlanması hâlinde imzalanan anlaşma belgesinin tanıma-tenfize konu olabileceği ihtimalini göz önüne alarak hareket edecek ve arabuluculuk faaliyetinden tarafların arzu ettiği sonuçlara ulaşmasını sağlayabilecektir. Bu nedenle, arabuluculuk faaliyetinin milletlerarası nitelikte olup olmadığının tespiti arabuluculuktan beklenen sonuçlara ulaşılabilmesi bakımından önemlidir.

Arabuluculuğun milletlerarası niteliğinin belirlenmesinde yukarıda ele aldığımız objektif, sübjektif ve ekonomik kıstasa göre bir değerlendirme yapılabilir. Kanaatimizce üç yöntemden en az biri uyarınca milletlerarası nitelikte bulunan arabuluculuk faaliyetlerinin milletlerarası arabuluculuk faaliyeti olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, üç kıstasa göre de milletlerarası nitelik barındırmadığı kabul edilen arabuluculuk faaliyetleri millî nitelikte kabul edilmelidir.

Milletlerarası arabuluculuğun objektif kıstasa göre tespiti bakımından belirttiğimiz kriterlerden farklı olarak başka bir kriter de kullanılabilir. Zira bu kriterin kullanılması kanaatimizce daha pratiktir. Nitekim doktrinde milletlerarası unsurlu sözleşmelerin belirlenmesi aşamasında bir sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağı konusunda tereddüt olması durumunda ilgili sözleşmenin milletlerarası unsurlu sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁸⁰. Bu görüşü çalışma konumuz olan milletlerarası arabuluculuğa uyarladığımızda şu sonuca ulaşabiliriz: Bir arabuluculuk faaliyetinde arabuluculuk sözleşmesine, arabulucu sözleşmesine veya arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk konusunda tereddüt bulunması hâlinde milletlerarası arabuluculuğun söz konusu olduğu kabul

²⁸⁰ Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s. 5.

edilmelidir. Millî ve milletlerarası arabuluculuk ayrımı bu kıstasa göre yapıldığı takdirde örneğin, arabuluculuk sözleşmesinin taraflarının yabancı olduğu, arabuluculuk ve arabulucu sözleşmesinin yabancı bir ülkede akdedildiği veya arabuluculuk usulüne uygulanmak üzere yabancı bir hukukun seçildiği arabuluculuk faaliyetleri milletlerarası nitelikte kabul edilirken bu gibi özellikleri barındırmayan arabuluculuk faaliyetleri millî nitelikli kabul edilecektir.

2.1.1.3. Milletlerarası Ticarî Arabuluculuk (*International Commercial Mediation*)

Milletlerarası ticarî arabuluculuk; yabancılık unsuru içeren bir sözleşme ya da ilişkiden kaynaklanan ticarî nitelikteki²⁸¹ uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız arabulucular tarafından sona erdirilmeye çalışıldığı arabuluculuk türüdür. Son yıllarda tahkime nazaran hızlı gelişim gösteren milletlerarası ticarî arabuluculuk usulü, video konferans ve elektronik dosyalamanın gelişmesiyle birlikte milletlerarası ticarete gittikçe yaygınlaşmaktadır²⁸². Bu durumun temel sebebi milletlerarası ticarete uyuşmazlığın dostane çözümüne duyulan ihtiyaçtır. Zira milletlerarası arabuluculuk uygulamasında taraflar uzun vadeli iş ilişkisinde olup, son dönemde birbirlerine karşı güven sorunu yaşayabilir. Taraflar, güven sorunu yaşamalarına rağmen çıkarları gereği hâlihazırda çalışmaya devam ettirmek, ancak aralarındaki uyuşmazlıkların da çözülmesini arzulamaktadır. Bu tür arabuluculuk faaliyetine uygulamada *slow burn* arabuluculuk denilmektedir²⁸³.

Milletlerarası ticarî arabuluculuğun arabuluculuk türleri arasındaki yerini değerlendirecek olursak, kanaatimizce milletlerarası ticarî arabuluculuk ayrı bir arabuluculuk türü olmayıp milletlerarası arabuluculuğun bir alt başlığını teşkil eder. Zira milletlerarası arabuluculuk geniş bir muhtevaya sahip olup yabancılık unsuru içeren borçlar, aile, tüketici ve iş hukuku gibi konuları kapsamaktadır. Milletlerarası ticarî arabuluculuk da bu alt dallardan biridir ve milletlerarası ticarî arabuluculuk ile milletlerarası nitelikteki ticarî uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi kullanılarak çözümü amaçlanır. Öte yandan milletlerarası ticarî arabuluculuk ile devletler arasındaki ticarî ihtilafların çözümünü hedefleyen bir arabuluculuk faaliyeti kastedilmemektedir. Zira milletlerarası ticarî arabuluculuğun konusunu devletler arasındaki kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar değil bireyler arasındaki özel hukuk ilişkileri oluşturur.

Milletlerarası ticarî arabuluculuğun tespitinde ilk olarak kişi unsurundan veya uyuşmazlığın konu ve niteliğinden hareket edilebilir. Taraflardan birinin veya her ikisinin

²⁸¹ Ticarî nitelikteki sözleşmelerin unsurları konusunda bkz.: **Weintraub, Russell**: Commentary on the Conflict of Laws, B. 4, New York 2001, s. 476-479.

²⁸² **Park So Eun**, s. 147; Milletlerarası ticarî tahkim usulü konusunda bilgi için bkz.: **Özel**, s. 17 vd.

²⁸³ **Birch**, s. 219.

tacir olduğu sözleşmelerden kaynaklanan yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkları konu alan arabuluculuk faaliyeti milletlerarası ticarî arabuluculuk kapsamında değerlendirilebilir. Bazı durumlarda ise sadece uyuşmazlığın konusuna ve ilişkinin niteliğine bakılmalıdır. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlık ticarî bir konuysa ve taraflar arasındaki hukukî ilişki ticaret hukukuna ilişkinse, uyuşmazlık milletlerarası ticarî arabuluculuk faaliyeti olarak kabul edilebilir. Öte yandan, milletlerarası arabuluculuk hususunda değinildiği gibi sözleşmenin ekonomik karakterinden de hareket edilebilir. Zira ekonomik olarak birden fazla hukuk düzenini ilgilendiren ticarî uyuşmazlıklar milletlerarası ticarî arabuluculuğun konusunu oluşturabilir. Özetle bir uyuşmazlığın milletlerarası ticarî arabuluculuğa konu olabilmesi için; tarafların tacir olup olmadığı, ikametgâhı, sözleşmenin akdedildiği yer, sözleşme konusunun milletlerarası ticareti ilgilendirip ilgilendirmediği gibi hususlar önem arz etmektedir. Milletlerarası ticarî tahkimde²⁸⁴ olduğu gibi söz konusu ilişkilerin ekonomik amaçlarının dikkate alınması daha etkili bir yöntemdir. Bu nedenle, bir sözleşmeden doğan uyuşmazlığın milletlerarası ticarî arabuluculuk alanına girip girmediğinin tespitinde uyuşmazlığın doğurduğu ekonomik sonuçların birden fazla devleti etkileyip etkilemediğinin değerlendirilmesi milletlerarası ticarî arabuluculuğun mevcut olup olmadığının tespiti bakımından önemlidir.

2.1.2. *Ad Hoc* Arabuluculuk / Kurumsal Arabuluculuk

2.1.2.1. *Ad Hoc* Arabuluculuk

*Ad hoc*²⁸⁵ arabuluculuk; belli bir uyuşmazlığın çözümü için taraflarca oluşturulmuş arabuluculuk faaliyetidir. Bir başka deyişle, kurumsal arabuluculuk²⁸⁶ merkezlerinin seçilmediği durumlarda *ad hoc* arabuluculuk söz konusu olmaktadır. *Ad hoc* arabuluculuk tamamen taraf iradelerinin ürünü bir süreç olup bu süreçte tarafları yönlendiren herhangi bir kurum yer almamakta, ilgili uyuşmazlık bakımından taraflarca oluşturulmuş arabuluculuk faaliyeti bulunmaktadır²⁸⁷. *Ad hoc* arabuluculukta arabulucuların seçimi ve sayısı, arabuluculuk usulü, arabuluculuk yeri gibi hususların belirlenmesi taraflarca yapılır. Bu nedenle, arabuluculuk sürecinin kontrolünü tamamen elinde tutmak isteyen taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünde *ad hoc* arabuluculuğu tercih etmektedir.

Arabuluculuğun örgütlenme biçimine göre tasnifinde *ad hoc* arabuluculuk, arabuluculuğun aslî türünü oluşturur. Bu nedenle, arabuluculuk faaliyetinde tarafların

²⁸⁴ Akıncı, Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları, s. 26; Özel, s. 22.

²⁸⁵ *Ad hoc*; Latince kökenli bir kelime olup; *bu amaçla, bunun için, buna mahsus* anlamına gelmektedir.

²⁸⁶ Kurumsal arabuluculuk konusunda bilgi için bkz. s. 66-67.

²⁸⁷ *Ad hoc* tahkime ilişkin benzer değerlendirme için bkz.: Özel, s. 28.

arabuluculuk türünü belirlememeleri hâlinde *ad hoc* arabuluculuğun mevcut olduğu kabul edilmelidir. Zira tarihsel süreçte, arabuluculuğun ilk örnekleri *ad hoc* arabuluculuk şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Nitekim kurumsal arabuluculuk merkezlerinin bulunmadığı dönemlerde taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkların güven duydukları, tarafsız bir üçüncü kişi vasıtasıyla çözülmesi amacıyla *ad hoc* arabuluculuk yoluna başvuruyordu. Günümüzde *ad hoc* arabuluculuğun kurumsal arabuluculuğa nazaran daha esnek ve ucuz bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması sebebiyle benimsendiği görülmektedir²⁸⁸. Genellikle tarafların kurumsal arabuluculuğa gitme hususunda anlaşamamaları nedeniyle başvuru yapılan *ad hoc* arabuluculuğa taraflardan birinin özel hukuk ilişkisi yürüten devlet ya da devlet kuruluşu olması halinde de başvurulabilmektedir. Zira kurumsal arabuluculuk merkezlerinin uluslararası sermayenin ürünü olduğu ve bürokratik olarak denetime tabi tutulabileceği düşüncesi taraflar üzerinde bazı endişelere sebep olmakta, bu durum da tarafları *ad hoc* arabuluculuğa yönlendirmektedir²⁸⁹.

2.1.2.2. Kurumsal Arabuluculuk

Kurumsal arabuluculuk; arabuluculuk faaliyetinin bir kurumun çatısı altında, o kurumun kurallarına göre yürütüldüğü arabuluculuk türüdür. Kurumsal arabuluculukta, arabuluculuk sürecini idare edecek, süreklilik arz eden bir kurum bulunmakta, taraflar arabuluculuk faaliyetini bu kurumun kurallarına ve denetimine tabi tutmaktadır²⁹⁰. Kurumsal arabuluculuk faaliyetinin yapıldığı yerlerde taraflara arabuluculuk faaliyetinin başarılı bir şekilde yürütülmesi için idarî ve teknik olarak bazı destekler sunulmakta, önceden hazırlanmış kurallar ile arabuluculuk sürecinde açıklık ve belirlilik sağlanmaktadır²⁹¹.

Kurumsal arabuluculuk merkezlerinde *ad hoc* arabuluculuğun aksine arabuluculuğa uygulanacak kurallar önceden belirlenmiştir. Özellikle milletlerarası ticarî arabuluculuk faaliyetleri açısından teknik ve idarî teşkilatlanmaya sahip, kuralları zaman içinde yerleşmiş olan arabuluculuk merkezlerinin, tacirler bakımından hukukî güveni sağladığı gerekçesiyle tercih edildiği görülmektedir²⁹². Böylelikle, arabuluculuk sürecinde karşılaşılabilecek sorunlar, bu kurallara başvurmak suretiyle kolaylıkla çözülebilmektedir²⁹³. Bu nedenle,

²⁸⁸ Öztürk, Arabuluculuk, s. 216.

²⁸⁹ <http://www.adr.com.vn/en/services/adhoc-mediation> (Erişim Tarihi: 09.07.2019).

²⁹⁰ Kurumsal tahkime ilişkin bilgi için bkz.: Özel, s. 29-30.

²⁹¹ Öztürk, Arabuluculuk, s. 216-217.

²⁹² Kurumsal arabuluculuk merkezleri, milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde daha profesyonel bir anlayışla hareket etmektedir. Örneğin, taraflardan birinin temsilcisinin arabuluculuk yerine gelebilmesi için vize alması gerektiği takdirde vize işlemleri kurumsal arabuluculuk merkezinin sekreteryası tarafından yapılabilmektedir: Birch, s. 218.

²⁹³ Arabuluculuk kuruluşlarının hazırladıkları model sözleşmelerin yaygınlaşmasıyla birlikte millî hukuk düzenlerinde arabuluculuk sözleşmesine ilişkin kuralların genellikle uyum içinde bulunduğu görülmektedir.

kurumsal arabuluculuktaki öngörülebilirlik bu müessesenin en önemli avantajlarından biridir. Kurumsal arabuluculuk merkezlerinin avantajlarından bir diğeri de anlaşma belgesinin icrası hususundadır. Zira kurumsal arabuluculuk sonucunda oluşan anlaşma belgeleri *ad hoc* arabuluculuk faaliyeti sonucunda ortaya çıkan anlaşma belgesine göre daha kolay icraya konabilir.

Kurumsal arabuluculuğun dezavantajı ise masraflı olması hususundadır. Kurumsal arabuluculuğun benimsendiği hâllerde, arabuluculuk yargılaması ve arabulucular için ödenecek ücretin yanında arabuluculuğu organize eden ve denetleyen kuruma da ücret ödeneceğinden arabuluculuk faaliyeti *ad hoc* arabuluculuğa nazaran daha masraflı olabilir.

Çeşitli milletlerarası tahkim kurumları, taraflara, arabuluculuk yöntemini de bir seçenek olarak tavsiye etmekte ve arabuluculuk esasları, usulü, arabulucunun seçimi ve arabuluculuk sürecinin yönetimi gibi konularda kurallar ihdas etmektedir²⁹⁴. Bu kurumlar arasında; Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce-ICC*)²⁹⁵, Amerikan Tahkim Derneği (*American Arbitration Association-AAA*)²⁹⁶, Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıkları Merkezi (*International Center for Settlement of Investment Disputes-ICSID*)²⁹⁷, Kamu Kaynakları Merkezi (*Center for Public Resources-CPR*)²⁹⁸, Çin Milletlerarası Ekonomik ve Ticarî Arabuluculuk Komisyonu (*China International Economic and Trade Arbitration Commission-CIETAC*)²⁹⁹, Dünya Fikri Mülkiyet Organizasyonu (*World Intellectual Property Organization-WIPO*)³⁰⁰, Amerikan Ticarî Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (*Commercial Arbitration and Mediation Center of the Americas-CAMCA*)³⁰¹ ve İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC)³⁰² yer almaktadır³⁰³.

Örneğin; 2001 Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) ADR Kuralları, Hollanda Arabuluculuk Enstitüsü ve GEMME (*Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación*) gibi kuruluşların arabuluculuk sözleşmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeleri bulunmaktadır. **Mazos, Patricia Orejudo Prieto de los:** *The Law Applicable to International Mediation Contracts*, Revista Para El Análisis Del Derecho, 2011, Vol. 1, s. 5.

²⁹⁴ **Baker / Ali**, s. 72 vd.; **Abramson**, s. 324; **Pribetic, Antonin:** *The 'Third Option': International Commercial Mediation*, World Arbitration and Mediation Review, 2008, Vol. 1, No. 4, s. 568.

²⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: <https://iccwbo.org/> (Erişim Tarihi: 11.02.2019).

²⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: <https://www.adr.org/> (Erişim Tarihi: 11.02.2019).

²⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: <https://icsid.worldbank.org/en/> (Erişim Tarihi: 11.02.2019).

²⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: <https://www.cpradr.org/about/history/1979> (Erişim Tarihi: 11.02.2019).

²⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: <http://www.cietac.org/?l=en> (Erişim Tarihi: 11.02.2019).

³⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html> (Erişim Tarihi: 11.02.2019).

³⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: <http://www.intracen.org/Commercial-Arbitration-and-Mediation-Centre-for-the-Americas-CAMCA/> (Erişim Tarihi: 11.02.2019).

³⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz.: <https://istac.org.tr/hakkimizda/> (Erişim Tarihi: 11.02.2019).

³⁰³ Bu kuruluşların listesi için bkz.: **Baker / Ali**, s. 72 vd.; **Öztürk**, Arabuluculuk, s. 217; **Abramson**, s. 324.

2.2. Arabuluculuk Sözleşmesi

2.2.1. Genel Olarak

Tarafların aralarındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığı bir arabulucu yardımıyla çözüme konusunda taahhüt altına girdikleri sözleşmeye arabuluculuk sözleşmesi (*mediation contract*) denir³⁰⁴. Arabuluculuk sözleşmesinin amacı, esas sözleşmenin³⁰⁵ yorumundan ve icra edilmesinden doğan veya doğacak uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk usulünden faydalanmaktır³⁰⁶. Bu açıdan, tarafların arabuluculuk sözleşmesi yapması, arabuluculuk yöntemini dava usulü yerine tercih ettikleri ve arabuluculuğun taraflar için daha avantajlı olduğuna karine teşkil eder. Zira arabuluculuk sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte taraflar, ilgili uyuşmazlık bakımından mahkemelere başvurmama konusunda taahhütte bulunmuş olmaktadır.

Arabuluculuk sözleşmesi, esas sözleşmeye eklenecek bir hüküm ile yapılabileceği gibi müstakil bir sözleşme şeklinde de yapılabilir. Bu noktada, arabuluculuk sözleşmesinin esas sözleşmeye eklenecek bir hüküm ile yapılması hâlinde esas sözleşmenin geçersizliğinin arabuluculuk şartına etkisi meselesine değinilmelidir. Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre esas sözleşmeye arabuluculuk şartı eklenmesi suretiyle yapılan arabuluculuk sözleşmeleri esas sözleşmeden bağımsız kabul edilmelidir³⁰⁷. Zira tarafların karşılıklı olarak birbirlerine yönelttikleri irade beyanları esas sözleşme ve arabuluculuk sözleşmesi bakımından birbirinden farklıdır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık ile bu uyuşmazlığın arabuluculuğa tabi tutulması ayrı meselelerdir. Esas sözleşme ile arabuluculuk sözleşmesinin tek sözleşmede düzenlenmiş olması arabuluculuk sözleşmesinin bağımsız niteliğine hâle getirmez. Bu nedenle, arabuluculuğa gitmek istemeyen taraf, esas sözleşmenin geçersizliğini iddia ederek arabuluculuk sözleşmesini geçersiz kılamaz. Örneğin, tarafların aralarında sözlü olarak taksitli satış sözleşmesi yaptıklarını ve bu sözleşme ile aralarında doğabilecek uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüleceğini kararlaştırdıklarını varsayalım. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun³⁰⁸ 17. maddesinin 3.

³⁰⁴ **Stoica, Veronica:** *Some Consideration on the Mediation Contract*, Annals Constantin Brancusi University of Targu Jiu Juridical Science Series, 2010, Vol. 1, s. 21; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 101; **Hopth, Klaus J. / Steffek, Felix:** *Mediation - Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford 2013.

³⁰⁵ Her ne kadar arabuluculuk faaliyetine konu olan uyuşmazlıkların birçoğu sözleşmeden kaynaklansa da arabuluculuk sözleşmesinin yapılabilmesi için taraflar arasındaki hukukî ilişkinin mutlaka bir sözleşmeden kaynaklanması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Sözleşmeden kaynaklanıp kaynaklanmadığı önem taşımaksızın, tarafların aralarındaki mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları sözleşme arabuluculuk sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bu açıdan, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğması hâlinde de uyuşmazlık arabuluculuk yoluyla çözülebilir.

³⁰⁶ Arabuluculuk sözleşmesinin taraflarını esas sözleşmenin tarafları oluşturur: **Öztürk**, Arabuluculuk, s. 219.

³⁰⁷ **Taşpolat Tuğsavul**, s. 101.

³⁰⁸ RG: 28.11.2013-28835.

fıkrasına göre; taksitle satış sözleşmesinin³⁰⁹ yazılı bir şekilde yapılması gerekmektedir. Türk hukukunda yazılı olarak yapılmayan taksitle satış sözleşmeleri geçerli değildir. Bu durumda, taraflar arasındaki esas sözleşme olan taksitle satış sözleşmesi geçersiz olmasına rağmen arabuluculuk sözleşmesi geçerli olacaktır. Taraflar arasında taksitle satış sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlık çıktığı takdirde uyuşmazlık arabuluculuk yoluyla çözülecektir. Benzer şekilde, arabuluculuk sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsız bir sözleşme şeklinde yapılması hâlinde de esas sözleşme geçersiz olsa dahi arabuluculuk sözleşmesi –evleviyetle- geçerli kabul edilecektir³¹⁰.

Arabuluculuk sözleşmesi veya şartı olmadan arabuluculuk faaliyetinin başlama ihtimali bulunmamaktadır. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesi yapma iradesinin açık ve net bir şekilde ortaya konması gerekmektedir. Arabuluculuk sözleşmesinin müspet ve menfi olmak üzere iki etkisi bulunmaktadır: Müspet etkisi, uyuşmazlığın çözümünde farklı bir yol olan arabuluculuk yolunun benimsenmesi iken; menfi etkisi, ilgili konuda mevcut veya muhtemel uyuşmazlıklar için mahkeme yargılamasının bertaraf edilmiş olmasıdır. Menfi etkinin bir sonucu olarak, arabuluculuk sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte ilgili uyuşmazlık bakımından mahkeme veya tahkim yargılamasına gidilmeyip arabuluculuk yöntemi kullanılacaktır.

Arabuluculuk sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut veya muhtemel, belirlenebilir ve arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlığın bulunması gerekmektedir. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesi uyuşmazlığın doğumundan önce, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra, hatta dava açıldıktan sonra dahi yapılabilir. Mahkeme yargılaması sırasında tarafların arabuluculuk yoluna başvurulması konusunda mutabakata varmaları hâlinde davaya ara verilmelidir. Arabuluculuk sözleşmesinin uyuşmazlığın doğumundan önce yapılması ihtimalinde uyuşmazlığın ortaya çıkmasının ardından taraflardan biri veya her ikisi arabuluculuğa başvurma konusunda isteksiz olabilir. Bu durumda, arabuluculuk sözleşmesine dayanılarak tarafların arabuluculuğa başvuru konusunda zorlanıp zorlanamayacağı meselesi değerlendirilmelidir. Türk hukukunda, -zorunlu arabuluculuk hâlleri hâriç olmak üzere- dava açılmadan önce arabuluculuk sözleşmesine dayanılarak

³⁰⁹ Taksitle satış sözleşmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Demir, Remzi:** Türk Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satış Sözleşmeleri, Ankara 2013; **Aslanova, Kemale:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Taksitle Satım Sözleşmelerine İlişkin Getirdiği Değişiklik ve Yenilikleri, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2012, C. 5, S. 2, s. 88-102; **Ünlütepe, Mustafa:** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2014, S. 2, s. 293-358.

³¹⁰ Bu ihtimalin tersinde de aynı sonuca ulaşılabilecek, arabuluculuk şartının veya müstakil olarak yapılan arabuluculuk sözleşmesinin geçersiz olması, esas sözleşmenin geçersiz olması sonucunu doğurmayacaktır. Öte yandan, arabuluculuk sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsız olmasının bir başka sonucu olarak, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmesi bu hukukun arabuluculuk sözleşmesine de uygulanacağı anlamına gelmeyecektir.

tarafları arabuluculuğa başvuru konusunda zorlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Zira HMK'nın 116. maddesinde ilk itirazlar tahdidi olarak sayılmış; ancak tahkimden farklı olarak arabuluculuk ilk itiraz olarak kabul edilmemiştir. Doktrinde, HUAK'ta iradilik ilkesi ön planda tutulduğundan arabuluculuk itirazı şeklinde bir ilk itirazın düzenlenmemesinin yerinde olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, Türk hukukunda arabuluculuğa başvuru konusunda zorunluluk öngörülmemiştir; bu nedenle, taraflardan birinin arabuluculuk sözleşmesine rağmen mahkemeye başvurması hâlinde arabuluculuk sözleşmesinin zımnî olarak ortadan kalktığı kabul edilmeli ve mahkeme yargılamaya devam etmelidir³¹¹.

Arabuluculuk sözleşmesi, taraflarca –ayrıntılara girilmeden- ilgili uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüleceğine ilişkin bir taahhüt şeklinde düzenlenebileceği gibi ayrıntılı hükümler ihtiva edecek şekilde de düzenlenebilir. Zira arabuluculuk sözleşmesinin kapsamı konusunda karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda genel olarak sınırlama bulunmamakta ve sözleşmenin kapsamı tarafların iradelerine bırakılmaktadır. Bu bağlamda, taraflar arabuluculuk yeri, arabuluculuk dili, arabuluculuk oturumlarının idaresi gibi konuları arabuluculuk sözleşmesiyle serbestçe kararlaştırabilir.

Arabuluculuk sözleşmesi ile düzenlenebilecek hususlardan biri de arabulucunun belirlenmesidir. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü hususunda görev alacak arabulucuyu arabuluculuk sözleşmesinde kararlaştırabilir. Ancak bu durum arabuluculuk sözleşmesinin arabulucu sözleşmesini de³¹² içerdiği anlamına gelmemektedir. Zira tarafların arabulucu üzerinde uzlaşması ile arabulucu sözleşmesi farklı meselelerdir. Tarafların uyuşmazlığın çözümü hususunda bir arabulucu üzerinde uzlaşmaları arabulucunun bu uyuşmazlıkta görev alacağı anlamına gelmemektedir. Bu bakımından –ileride ayrıntılarıyla değinileceği üzere- arabulucu sözleşmesinin kurulabilmesi için arabulucunun onayı gerekmektedir. Dolayısıyla tarafların arabulucunun kim olacağı hususunda arabuluculuk sözleşmesine hüküm koymaları mümkün olmakla birlikte bu durum arabulucu bakımından bağlayıcı değildir.

2.2.2. Hukukî Niteliği

2.2.2.1. Genel Olarak

Sözleşmelerin hukukî niteliğinin belirlenebilmesi için irade beyanları ile oluşturulmak istenen asıl hukukî sonucun ortaya çıkacağı hukuk alanı tespit edilmelidir³¹³. Arabuluculuk

³¹¹ Taşpolat Tuğsavul, s. 108.

³¹² Arabulucu sözleşmesi konusunda bilgi için bkz. s. 94-101.

³¹³ Alangoya, Yavuz / Yıldırım, Kamil / Deren Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, B. 7, İstanbul 2011, s. 175; Taşpolat Tuğsavul, s. 104.

sözleşmesinin konusu; tarafların uyuşmazlığın çözümü konusunda alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuğu deneyeceklerine ilişkin taahhütleridir. Arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliğinin belirlenebilmesi için tarafların bu taahhütlerinin sonucunun ortaya çıkacağı hukuk alanı tespit edilmelidir. Ancak doktrinde arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır³¹⁴.

Bir sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesi esasen teorik önemi haiz olmakla birlikte, ilgili sözleşme bakımından uyuşmazlık çıktığı takdirde pratik önemi de haizdir. Bu durum, etkisini hem maddî hukuk hem Milletlerarası Özel Hukuk bakımından gösterir. Maddî hukuk açısından sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesi uygulanacak maddî hükümler bakımından önem taşıırken Milletlerarası Özel Hukuk bakımından sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesi yabancılık unsurunun bulunduğu hâllerde uygulanacak hukuk açısından önem taşımaktadır. Zira uygulanacak hukukun belirlenmesinde vasıflandırma yapılmak suretiyle sözleşmenin hukukî niteliği belirlenir ve buna göre uygulanacak hukuk tespit edilir. Öte yandan, arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespit edilmesinin önemi; taraflardan birinin arabuluculuk sözleşmesine rağmen ilgili uyuşmazlıkta dava usulüne başvurması hâlinde ortaya çıkar. Bu bakımdan arabuluculuk sözleşmesinden dönen tarafın sorumluluğu arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliği ile doğrudan ilgilidir. Zira arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliği maddî hukuk sözleşmesi olarak kabul edilirse sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk doğacakken, hukukî niteliğin kazaî olduğu tespit edilirse sorumluluğun boyutu farklılık gösterebilecektir. Tüm bu nedenlerle öncelikle arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu noktada; dört farklı görüşten hareket edilebilir. Bunlar; maddî hukuk (borçlar hukuku) sözleşmesi görüşü, usul hukuku sözleşmesi görüşü, karma sözleşme görüşü ve sui generis (*kendine özgü*) sözleşme görüşüdür.

2.2.2.2. Maddî Hukuk (Borçlar Hukuku) Sözleşmesi Görüşü

Arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliğinin belirlenmesi konusunda akla gelen ilk ihtimal; arabuluculuk sözleşmesinin bir maddî hukuk (borçlar hukuku) sözleşmesi olduğu yönündedir. Zira arabuluculuk sözleşmesi diğer borçlar hukuku sözleşmeleri gibi taraf iradesine dayanmaktadır. Arabuluculuk sözleşmesinde taraflar karşılıklı olarak aralarındaki mevcut veya muhtemel uyuşmazlıkların çözümü konusunda arabuluculuk yöntemine başvuracaklarına dair taahhüt altına girmektedir³¹⁵. Bu açıdan arabuluculuk sözleşmesinin

³¹⁴ Stoica, s. 22.

³¹⁵ Arabuluculuk sözleşmesi sonuçta Borçlar Hukuku anlamında bir sözleşme olması nedeniyle sözleşmenin kurulabilmesi için genel şartları taşıması gerekmektedir. Bu nedenle, iki veya daha çok kişinin bir hukukî sonuç

kurucu unsurlarının maddî hukuk karakteri taşıdığı ve maddî hukukta etkisini gösterdiği; bu nedenle maddî hukuk sözleşmesi olduğu iddia edilebilir³¹⁶. Nitekim doktrinde arabuluculuk sözleşmesinin istisnâ olarak usul hükümleri içeren borçlar hukuku sözleşmesi olduğu ileri sürülmüştür³¹⁷. Arabuluculuk sözleşmesinin maddî hukuk (borçlar hukuku) sözleşmesi olduğu kabul edildiği takdirde sözleşmenin kuruluşu, ehliyet, temsil, geçersizlik gibi hususlar borçlar hukukunun genel hükümlerine tâbi olacaktır.

Arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespiti konusunda arabuluculuğun düzenlendiği kanun da fikir verebilirdi. Zira Medenî Kanunun Borçlar Hukuku kitabında düzenlenmiş olması ihtimalinde arabuluculuk sözleşmesinin maddî hukuk sözleşmesine yaklaştığı düşünülecekken HMK ile düzenlenmiş olması ihtimalinde arabuluculuk sözleşmesinin usul hukuku sözleşmesi olduğu düşünülecekti. Ancak Türk hukukunda arabuluculuk ayrı bir kanun olan HUAK ile düzenlendiği için düzenlenilen kanuna göre hukukî niteliğin belirlenmesi mümkün değildir³¹⁸.

2.2.2.3. Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü

Arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliğinin belirlenmesinde bir diğer ihtimal arabuluculuk sözleşmesinin usul hukuku sözleşmesi olmasıdır. Bu görüşün en temel gerekçesi; arabuluculuk sözleşmesi ile uyuşmazlığın çözümü konusunda tarafların iradesi³¹⁹ ile farklı bir usulün benimsenmesidir. Zira arabuluculuk sözleşmesi ile taraflar arasında ortaya çıkan veya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözümü amacıyla olağanın (mahkeme yargılaması) dışında bir çözüm yöntemine başvurulmakta ve arabuluculuk sözleşmesi ile mahkeme süreci arabuluculuk faaliyetinin sonuna ertelenmektedir. Tüm bu gerekçelerle arabuluculuk sözleşmesinin asıl etkisinin usul hukukunda oluştuğu iddia edilerek bir usulî sözleşme olduğu ileri sürülebilir.

meydana getirmek amacıyla karşılıklı irade beyanlarını açıklamaları ve bu irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekmektedir. Ayrıca, arabuluculuk sözleşmesinin başta TBK'nın 26 ve 27. maddeleri olmak üzere Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olmaması gerekir.

³¹⁶ **Taşpolat Tuğsavul**, s. 104; **İldir**, s. 67.

³¹⁷ **Öztürk**, Arabuluculuk, s. 220.

³¹⁸ HUAK'ın genel gerekçesinde; Türk hukukunda arabuluculuğa ilişkin düzenlemenin HMK içinde yer almasının düşünüldüğü; ancak genel bir kanunda bu hükümlere yer verilmesi yerine, ayrı bir kanunla düzenlenmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağı ifade edilmiştir. Nitekim Avusturya, Almanya, Bulgaristan, Macaristan ve Slovakya gibi ülkelerde arabuluculuk özel kanunlarla düzenlenmiştir: HUAK Gerekçesi, s. 5.

³¹⁹ Arabuluculuk sözleşmesinin maddî hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilme ihtimalinde en önemli dayanaklardan biri irade serbestisine dayalı olmasıdır. Ancak irade serbestisi sadece maddî hukuka has bir kavram olmayıp usul hukukunda da mevcuttur. Bu nedenle, irade serbestisi arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliğinin belirlenmesinde temel kriterlerden biri olarak değerlendirilmemelidir. Aksinin kabulü hâlinde irade serbestisinin sözleşmelerin tamamına yakınında belli derecelerde ön planda tutulması nedeniyle sözleşmelerin tamamının maddî hukuk (borçlar hukuku) sözleşmesi olarak kabul etmek gerekecektir.

Bunun yanı sıra; arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliğinin belirlenmesi konusunda usul hukuku sözleşmesi görüşünün değerlendirilmesinde arabuluculuğun müspet ve menfî etkisi incelenmelidir. Daha önce değinildiği gibi arabuluculuk sözleşmesinin müspet ve menfî olmak üzere iki etkisi bulunmaktadır. Arabuluculuğun müspet etkisi; uyuşmazlığın çözümünün arabuluculuk yoluyla sağlanmaya çalışılacak olması iken; menfî etkisi mahkeme veya tahkim yoluna başvurulamayacak olmasıdır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, her iki etkinin de kendisini usul hukuku alanında gösterdiği görülmektedir. Tüm bu gerekçelerden hareketle arabuluculuk sözleşmesi hukukî niteliği bakımından usul hukuku sözleşmesine yakınlaşsa da sözleşmeye aykırılığın yaptırımını konusunda usul hukuku sözleşmesinden uzaklaşmaktadır. Zira Türk hukukunda tarafların bir uyuşmazlık konusunda arabuluculuk sözleşmesi akdetmelerine rağmen taraflardan birinin arabuluculuk yoluna gidilmeden dava usulüne başvurusunun sonuçlarına değinilmemiştir.

2.2.2.4. Karma Sözleşme Görüşü

Türk hukukunda, arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda maddî hukuk sözleşmesi ve usul hukuku sözleşmesi görüşleri arasında seçim yapmak yerine arabuluculuk sözleşmesinin maddî ve usulî yönleri olan karma sözleşme olduğu konusunda da görüş bulunmaktadır³²⁰. Zira arabuluculuk sözleşmesi bir yönüyle irade muhtariyetine dayanan bir maddî hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilirken diğer yönüyle asıl etkisini usul hukukunda gösteren bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Uyuşmazlığın çözümünde arabuluculuğun oynadığı rol, özellikle uyuşmazlığın esasına yönelik karar verme bakımından dava usulünden farklı olsa da arabuluculuk usulünde de uyuşmazlığın çözümü amaçlanmaktadır. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesinin bünyesinde hem akdî hem usulî nitelikler barındıran karma bir sözleşme olduğu da kabul edilebilir³²¹.

2.2.2.5. *Sui Generis* (Kendine Özgü) Sözleşme Görüşü

Arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda ileri sürülebilecek bir diğer görüş de arabuluculuk sözleşmesinin bağımsız bir sözleşme olduğu yönündedir. Bağımsız sözleşme görüşünün temel dayanağı; milletlerarası arabuluculuğun kendine özgü oluşturduğu

³²⁰ **Taşpolat Tuğsavul**, s. 104-105; Karma sözleşme görüşü konusunda bilgi için bkz.: **Diedrich, Frank: International / Cross Border Mediation within the EU - Place of Mediation, Qualification of the Mediator and the Applicable Law**, s. 8: http://www.rgsl.edu.lv/uploads/files4_RGSL_Mediation (Erişim Tarihi:13.07.2019).

³²¹ **Taşpolat Tuğsavul**, s. 104-105.

evrensel, objektif ve tarafsız bazı kurallar, teamüller ve uygulamaların mevcut olması ve bu kuralların *sui generis* nitelik taşımasıdır³²².

2.2.2.6. Değerlendirme

Arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliğinin belirlenmesinin teorik ve pratik faydaları olmakla birlikte, hukukî niteliğinin tespiti bünyesinde bazı güçlükleri de barındırmaktadır Arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliğinin usul hukuku sözleşmesi olarak kabul edilmesi hâlinde sözleşmeye aykırılığın yaptırımını konusunda düzenleme bulunmadığı için usul hukuku sözleşmesinden uzaklaşmaktadır. Zira HUAK'ta tarafların bir uyuşmazlık konusunda arabuluculuk sözleşmesi akdetmelerine rağmen taraflardan birinin arabuluculuk yoluna gidilmeden dava usulüne başvurmasının sonuçlarına değinilmemiştir. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesi yalnızca akdî sorumluluk doğurur ve tarafların arabuluculuk sürecinden önce mahkemeye gitmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır³²³. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesi usul hukuku sözleşmelerinden uzaklaşır.

Arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliğinin karma sözleşme olduğu düşünüldüğünde ise arabuluculuk sözleşmesi maddî hukuk sözleşmeleri ile usul hukuku sözleşmeleri arasında sıkışmak suretiyle hukukî niteliğinden uzaklaşmaktadır. Bu noktada, arabuluculuk sözleşmesinin *sui generis* yapısının kabul edilip edilemeyeceği değerlendirilmelidir. Her ne kadar arabuluculuk sözleşmesi bir yönüyle *sui generis* nitelik taşısa da kanaatimizce, arabuluculuk sözleşmesinin maddî hukuk (borçlar hukuku) yönü ağır basmaktadır. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesinin istisnaî olarak usul hükümleri içeren bir maddî hukuk (borçlar hukuku) sözleşmesi olduğunu kabul etmenin yerinde olacağı kanısındayız.

2.2.3. Arabuluculuk Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

2.2.3.1. Genel Olarak

Arabuluculuk sözleşmesi, çeşitli açılardan birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olması hâlinde milletlerarası nitelik kazanır³²⁴. Bu bakımdan, taraflardan biri veya her ikisinin yabancı olması veya yurt dışında ikamet etmesi, arabuluculuk sözleşmesinin yurt dışında akdedilmesi, arabuluculuk yerinin veya kurumsal arabuluculuk söz konusu ise arabuluculuk kurumun yabancı bir ülkede olması veya tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini

³²² Tahkim sözleşmesinin bağımsız niteliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Dayındarlı, Kemal:** HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997, s. 20 (İç Tahkim); **Dayındarlı, Kemal:** Millî – Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994, s. 63 (Kamu Düzeni).

³²³ **Taşpolat Tuğsavul,** s. 106.

³²⁴ **Mazos,** s. 5. Milletlerarası arabuluculuk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. s. 56-64.

yabancı bir ülkede yerine getirecek olması gibi durumlarda arabuluculuk sözleşmesi bünyesinde yabancılık unsuru taşır³²⁵. Esasen bu gibi durumlarda, arabuluculuk sözleşmesine farklı ülkelerin hukuklarının uygulanma ihtimali doğmaktadır³²⁶. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesinin yabancılık unsuru içermesi hâlinde uygulanacak hukukun tespiti büyük önemi haizdir. Bu başlık altında, uygulanacak hukukun belirlenmesinde rol oynayan menfaatler, uygulanacak hukukun tespiti, uygulanacak hukukun kapsamı, uygulanacak hukukun kapsamı dışında kalan hâller ve uygulanacak hukuku sınırlayan hâllere değinilecektir.

2.2.3.2. Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Rol Oynayan Menfaatler

Sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde nihaî amaç; ilgili sözleşme bakımından en uygun hukukun bulunması suretiyle milletlerarası özel hukuk adaletinin³²⁷ sağlanmasıdır. En uygun hukukun tespit edilmesi ve milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanabilmesi için ihtilafçı metot aracılığıyla bir bağlama kuralının belirlenmesi bu bağlama kuralı belirlenirken de milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin esas alınması gerekmektedir. Milletlerarası özel hukuk adaleti, bu menfaatlerin değerlendirilmesi suretiyle sözleşme ile irtibatlı hukuk sistemlerinden birinin ya da birkaçının uygulanacak hukuk olarak tespiti ile gerçekleşmiş olur³²⁸.

Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından; milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanabilmesi için incelenmesi gereken ilk menfaat; taraf menfaatidir. Taraf menfaati; kişinin sıkı şekilde bağlı olduğu hukuka tâbi bulunmasındaki menfaat olup, bu hukuk; kişinin vatandaşı olduğu ülke hukuku, ikametgâh veya mutat meskeninin olduğu ülke hukuku olabilir³²⁹. Taraf menfaati, etkisini kişinin şahsî statüsünü yakından ilgilendiren durumlarda gösterir. Ancak, sözleşmeler bakımından taraf menfaatini gerçekleştiren en uygun

³²⁵ **Diedrich**, s. 4.

³²⁶ **Öztürk**, Arabuluculuk, s. 224.

³²⁷ Milletlerarası özel hukuk adaleti, maddî özel hukuk adaletinden farklıdır. Zira maddî özel hukuk adaleti ile kişiler arasındaki ilişkilerin adil bir biçimde düzenlenmesi amaçlanırken, milletlerarası özel hukuk adaleti ile yabancılık unsuru içermesi nedeniyle birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olan ilişkilere uygulanacak en uygun hukukun tespit edilmesi amaçlanmaktadır. Bu bakımdan, milletlerarası özel hukuk adaleti, yabancılık unsuru içeren hukukî ilişkilerde herhangi bir hukuk sisteminin adil nitelikteki hükümlerinin uygulanmasından ziyade, hukukî ilişkinin en sıkı şekilde irtibatlı olduğu hukuk düzeninin uygulanması ile gerçekleşir: **Nomer**, DHH, s. 18; **Çelikel / Erdem**, s. 34-35; **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, s. 9; **Tekinalp, Gülören / Uyanık, Ayfer**: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, B. 12, İstanbul 2016, s. 28.

³²⁸ **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, s. 9.

³²⁹ **Nomer**, DHH, s. 15-16. Taraf menfaati konusunda bilgi için bkz.: **Tekinalp / Uyanık**, s. 26; **Can / Toker**, s. 54; **Akıncı, Ziya**: Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, İzmir 1992, s. 5 (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk). Milletlerarası Özel Hukukta millî hukuk, ikamet yeri hukuku ve mutat mesken hukuku bağlama noktaları konusunda bilgi için bkz.: **Cheshire, North & Fawcett**, s. 153 vd.; **Clarkson C.M.V / Hill, Jonathan**: The Conflict of Laws, B. 4, Oxford 2006, s. 303-329; **Collier**, s. 40 vd.; **Stone, Peter**: EU Private International Law, Cheltenham 2010, s. 52 vd.; **Hay, Peter / Weintraub, Russell / Borchers, Patrick**: Conflict of Laws Cases and Materials, B. 12, New York 2004, s. 7 vd.; **Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe**, s. 27.

hukuk; taraflarca belirlenen hukuktur³³⁰. Bu bağlamda, arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukukun taraf menfaatine hizmet edebilmesi için taraflara uygulanacak hukuk konusunda seçme hakkının verilmesi gerekmektedir. Ancak taraflarca belirlenen hukukun arabuluculuk sözleşmesini geçersiz kabul etmesi de ihtimal dâhilindedir. Bu durumda ne yapılması gerektiği de tartışılmalıdır. Nitekim böyle bir ihtimalde bir yanda tarafların iradelerine dayanan hukuk seçiminin dikkate alınıp alınmayacağı meselesi, diğer tarafta arabuluculuk yoluna başvurmak isteyen tarafların veya yasal temsilcilerinin basiretsizlikleri sebebiyle arabuluculuk sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olmaktadır. Kanaatimizce bu durumda her ne kadar tarafların arzu etmedikleri bir sonuç ortaya çıksa da taraf iradesi esas alınmak suretiyle seçilen hukuk uygulanmalıdır. Bu nedenle, tarafların hukuk seçiminin olumsuz sonuçlarına katlanması, arabuluculuk yoluna gitmek istemeleri hâlinde seçtikleri hukukun şartlarına uygun yeni bir arabuluculuk sözleşmesi akdetmeleri yerinde olur.

Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde; milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanabilmesi için incelenmesi gereken diğer bir menfaat türü işlem menfaatidir. İşlem menfaati; hukukî işlemlerin kolay ve güvenli bir şekilde yapılmasının sağlanmasına ilişkin menfaattir³³¹. İşlem menfaati, kural olarak hukukî işlemin yapıldığı yer hukukunun uygulanması ile gerçekleşir³³². Hukukî işlemin yapıldığı ülke hukukunun uygulanması sonucunda, işlem kolay ve süratli bir şekilde yapılacak ve ilgili yer hukuku tarafından aranan şartları sağlayan işlemler geçerli kabul edilecektir. Bunun sonucunda hukukî güvenlik sağlanacak ve üçüncü kişilerin menfaatleri gözetilecektir³³³. İşlem menfaatinin gözetilmesi hâlinde arabuluculuk sözleşmesine, sözleşmenin yapıldığı ülke hukukunun uygulanması gerektiği düşünülebilir. Böylelikle, tarafların uyuşmazlığın çözümü yolunda iradelerinin bir ürünü olan arabuluculuk sözleşmesinin –özellikle şekil yönünden- mümkün olduğunca geçerliliği sağlanmış olacaktır.

Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde; milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanabilmesi için düzen menfaatinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Düzen menfaati; hukuk kurallarının işlevini yerine getirebilmesi için; genellik, eşitlik, güvenlik ve istikrar içermek suretiyle bir hukukî işlemin düzenlenmesinde göz önünde tutulması gereken

³³⁰ **Kegel, G.:** *The Crisis of Conflict of Laws*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, T. 112, 1964, s. 186.

³³¹ **Nomer, DHH**, s. 17; **Çelikel / Erdem**, s. 35-36; **Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe**, s. 323; **Tiryakioğlu, Taşınır Mallar**, s. 10; **Tekinalp / Uyanık**, s. 26; **Can / Toker**, s. 55; **Akıncı**, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 6.

³³² **Nomer, DHH**, s. 17; **Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe**, s. 27.

³³³ **Tiryakioğlu, Taşınır Mallar**, s. 10.

menfaatlerdir³³⁴. Düzen menfaati, bünyesinde dış karar ahengi, iç karar ahengi ve gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaatini barındırır. Dış karar ahengi; millî hukuk düzenlerince aynı hukukî iş ve işlemler konusunda aynı bağlama noktalarının kabul edilmesi suretiyle, uyuşmazlık hangi ülke mahkemesinde görülürse görülsün söz konusu uyuşmazlığın aynı maddî hukuk kurallarınca çözülmesi anlamına gelir. Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda dış karar ahengi, millî ve milletlerarası düzeyde yapılacak çalışmalar sonucunda sağlanabilir. Avrupa Birliği bünyesinde kabul edilen 2008/52/EC sayılı Direktif³³⁵ ve UNCITRAL³³⁶, ICC³³⁷, ICSID³³⁸, ISTAC³³⁹ gibi kuruluşların arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuka dair düzenlemiş oldukları veya düzenleyecekleri kurallar dış karar ahenginin sağlanmasına katkıda bulunmaktadır. İç karar ahengi ise; bir hukuk düzeni bünyesinde bulunan kuralların birbiriyle uyum içerisinde bulunmasından doğan menfaattir. Millî hukuk düzenlerinin arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından iç karar ahenginin sağlanabilmesi için arabuluculuk faaliyetinin aşamalarına uygulanacak hukuk konusunda birbiriyle uyum içerisinde bulunan bağlama noktalarının kabul edilmesi gerekmektedir. Düzen menfaati kapsamında incelenmesi gereken gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaatini ise; yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara en uygun hukukun uygulanması suretiyle kararın uygulanabilirliğinin sağlanmasına yönelik menfaatlerdir. Millî hukuk düzenleri tarafından arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeler ihdas edilirken uluslararası hukukta kabul görmüş bağlama noktaları benimsenmeli ve böylelikle ülke makamları tarafından arabuluculuk sözleşmesine ilişkin alınan kararların diğer ülkelerde hüküm ve sonuç doğurması sağlanmalıdır. Ancak bu şekilde, arabuluculuk sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaat sağlanmış olur.

Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde; milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanabilmesi için incelenmesi gereken diğer menfaat türleri; devlet menfaati, maddî özel hukuk menfaati ve milletlerarası toplumun genel menfaatidir. Devlet menfaati; uygulanacak hukukun belirlenmesinde devlet otoritesinin korunmasına ilişkin menfaatlerdir³⁴⁰. Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukukun belirlenmesinde devlet menfaati hangi tür uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olacağı noktasında ortaya çıkabilir.

³³⁴ Nomer, DHH, s. 17-18; Çelikel / Erdem, s. 37-39; Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s. 11; Tekinalp / Uyanık, s. 26; Can / Toker, s. 55; Akıncı, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 7.

³³⁵ 2008/52/EC sayılı Direktif konusunda bilgi için bkz. s. 30-32.

³³⁶ UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları konusunda bilgi için bkz. s. 109-114.

³³⁷ MTO Arabuluculuk Kuralları konusunda bilgi için bkz. s. 114-117.

³³⁸ ICSID Arabuluculuk Kuralları konusunda bilgi için bkz. s. 117-119.

³³⁹ ISTAC Arabuluculuk Kuralları konusunda bilgi için bkz. s. 119-121.

³⁴⁰ Akıncı, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 6; Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s. 13; Tekinalp / Uyanık, s. 28; Can / Toker, s. 57.

Örneğin; döviz, kambiyo, ithalat, ihracat, rekabet gibi devlet menfaatinin ön planda tutulduğu konularda arabuluculuk sözleşmesinin yapılamayacağına ilişkin sınırlayıcı hükümler devlet menfaatinin sağlanmasına yöneliktir. Maddî özel hukuk menfaati; maddî hukuka ait hakkaniyetin milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine tercih edilmesidir. Yabancı hukukun uygulanması gereken hâllerde *lex fori*'nin kamu düzeninin ihlal edilmesi hâlinde maddî özel hukuk adaleti ön plana çıkarılmak suretiyle yabancı hukukun uygulanması engellenecektir. Örneğin; MÖHUK hükümlerine göre uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olarak belirlendiği durumlarda ilgili hukuka uygun olarak akdedilen aile içi şiddete ilişkin arabuluculuk sözleşmesi Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle maddî özel hukuk adaleti ön planda tutularak geçersiz kabul edilebilir. Milletlerarası toplumun genel menfaatleri ise genellikle zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde özellikle taraflardan birinin çocuk, tüketici, işçi gibi dezavantajlı konumda olduğu durumlarda milletlerarası toplum tarafından gözetilen menfaattir³⁴¹. Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda milletlerarası toplumun genel menfaatleri esas alındığı takdirde arabuluculuğun taraflarından birinin zayıf konumda olup olmadığına bakılmalıdır. Taraflardan birinin tüketici veya işçi gibi zayıf durumda olması nedeniyle arabuluculuk faaliyetinin hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar verme ihtimalinin bulunması hâlinde uygulanacak hukukun tespiti milletlerarası toplumun genel menfaatleri esas alınarak yorumlanmalıdır.

2.2.3.3. Uygulanacak Hukukun Tespiti

Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda subjektif kıstas³⁴² veya objektif kıstastan yararlanılabilir. Subjektif kıstasın kullanılması hâlinde taraf menfaati gözetilerek tarafların uygulanacak hukuk konusundaki iradeleri esas alınacaktır. Milletlerarası ticarî hayatın irade serbestisi esasını üzerinde inşa edildiği düşünüldüğünde, tarafların arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçimi yapmış olmaları hâlinde taraf iradesine uyulmalı ve arabuluculuk sözleşmesinin taraflarca seçilen hukuk uyarınca geçerli olması hâlinde uyuşmazlık arabuluculuk yöntemiyle çözülmelidir³⁴³. Öte

³⁴¹ Doktrinde kültür varlıklarının da zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir: **Aygün, Mesut:** *The Applicable Law to Cultural Property*, International Journal of Liberal Arts and Social Science, 2016, Vol. 4, No. 6, s. 67 (Cultural Property). Bu bakımdan, arabuluculuğa konu uyuşmazlığın bir kültür varlığı ile ilgili olması durumunda, arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde milletlerarası toplumun genel menfaatleri de dikkate alınmalıdır.

³⁴² Subjektif kıstas; tarafların iradesiyle herhangi bir hukukun ilgili hukukî iş veya ilişkiye bağımsız olarak uygulanmasıdır. Uygulanacak hukukun belirlenmesinde subjektif kıstas konusunda bilgi için bkz.: **Uluocak**, Kanunlar İhtilâfi, s. 140 vd.; **Seviğ**, s. 128; **Çelikel / Erdem**, s. 369; **Nomer**, DHH, s. 317 vd.; **Göğer**, Kanunlar İhtilâfi, s. 179 vd.; **Can / Toker**, s. 266 vd.; **Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe**, s. 264.

³⁴³ Milletlerarası Özel Hukuk bakımından hukuk seçimi mutlak olmayıp belli sınırlamalara tâbidir. Hukuk seçiminin sınırları konusunda bilgi için bkz.: **Clarkson / Hill**, s. 231-233; **Cheshire, North & Fawcett**, s. 728 vd.; **Rabel**, Family Law, s. 90 vd.; **Rabel, Ernst:** *The Conflict of Laws A Comparative Study*, Vol. 2, Foreign

yandan, uygulanacak hukukun tespitinde sübjektif kıstasın kullanıldığı bir durum da tarafların arabuluculuğa, arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuku seçme yetkisi vermesidir. Bu durumda da taraflar arabulucu vasıtasıyla uygulanacak hukuku belirlemiş olacaktır. Her iki durumda da sübjektif kıstasın arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından esas alınması, irade serbestisi üzerine inşa edilmiş olan arabuluculuk yönteminin ruhuna uygun düşecektir.

Arabuluculuk sözleşmesinde, uygulanacak hukuk konusunda objektif kıstasın esas alınması hâlinde taraf iradesinden ziyade bazı objektif kriterler göz önünde bulundurulacak ve tarafların niyeti dikkate alınmaksızın en uygun hukuk bireysel menfaatler yerine toplumsal menfaatler göz önünde bulundurularak tespit edilecektir³⁴⁴. Objektif kıstasa göre arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukukun belirlenmesi konusunda akla gelen ihtimallerden biri esas sözleşmeye uygulanacak hukukun arabuluculuk sözleşmesine de uygulanmasıdır. Bu ihtimalde, örneğin esas sözleşmenin bir iş sözleşmesi olması hâlinde arabuluculuk sözleşmesinin geçerli olup olmadığı iş sözleşmesine uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. Kanaatimizce, arabuluculuk sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsız olması nedeniyle arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından esas sözleşme dikkate alınmamalıdır.

Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde objektif kıstasın kullanılması hâlinde esas alınabilecek diğer bağlama noktaları; tarafların müşterek millî hukuku³⁴⁵, tarafların müşterek ikametgâh ve mutat mesken hukuku, arabuluculuk sözleşmesinin yapıldığı yer hukuku veya arabuluculuk faaliyetinin yürütüleceği yer hukukudur. Arabuluculuk sözleşmesine, tarafların müşterek millî hukuku veya tarafların müşterek ikametgâh veya mutat mesken hukukunun uygulanması hâlinde ağırlıklı olarak taraf menfaati, esas alınmış olacakken, arabuluculuk sözleşmesinin yapıldığı yer hukuku veya arabuluculuk faaliyetinin yürütüleceği yer hukukunun uygulanması hâlinde işlem menfaati esas alınmış olacaktır. Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde MÖHUK m. 24 ile benimsenen karakteristik edim teorisinin uygulanması da düşünülebilirdi. Ancak,

Corporations, Torts, Contracts in General, Michigan 1960, s. 362 vd. (Contracts in General); **Currie, David / Hill Kay, Herma / Kramer, Larry / Roosevelt, Kermit**: Conflict of Laws, Cases-Comments-Questions, B. 7, 2006, s. 2 vd. Hukuk seçiminin Antik Yunan ve Antik Roma'ya kadar uzanan tarihçesi için bkz.: **Juanger, Friedrich K.**: Choice of Law and Multistate Justice, Netherlands 1993, s. 6-10; **Symeonides**, s. 197 vd.; **Weintraub**, s. 445 vd.

³⁴⁴ Objektifin yönteminde sözleşmeye uygulanacak hukuk konusundaki kullanımı için bkz.: **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, s. 18; **Çelikel / Erdem**, s. 373; **Uluocak**, Kanunlar İhtilâfi, s. 144 vd.; **Nomer**, DHH, s. 328 vd.; **Can / Toker**, s. 273 vd.; **Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe**, s. 280 vd.

³⁴⁵ Milletlerarası Özel Hukukta müşterek millî hukuk bağlama noktası her ne kadar taraflardan birinin menfaatinin diğerine üstün tutulmadığı -özellikle aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda- kullanılsa da arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından da kabul edilebilir kanaatindeyiz. Zira müşterek millî hukuk -bazı durumlarda- hâlin bütün şartlarına göre arabuluculuk sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukuk olabilir.

arabuluculuk sözleşmesinin yapısı gereği, sözleşme bakımından karakteristik edim borçlusunu tespit etmek güçtür. Bir başka deyişle, arabuluculuk sözleşmesinde bir tarafın edimi diğer tarafın edimine nazaran daha karakteristik nitelikte değildir. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından karakteristik edim teorisinin uygulanmasının yerinde olmayacağı kanaatindeyiz.

Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde sübjektif kıstasın uygulanarak arabuluculuk sözleşmesi statüsü olarak tarafların seçtiği hukukun kabul edilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Zira başından sonuna kadar gönüllülük esasının hâkim olduğu arabuluculuk faaliyetinin temelini oluşturan arabuluculuk sözleşmesinde uygulanacak hukuk konusunda öncelikle taraf iradesine değer tanımak yerinde olacaktır. Ancak tarafların arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçimi yapmamaları hâlinde basamaklı (kademeli-şelale)³⁴⁶ veya alternatif bağlama kuralı kabul edilmek suretiyle objektif kıstasa uygun bağlama kuralları belirlenebilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre arabuluculuk sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda arabuluculuk sözleşmesinin bu hukuka tâbi tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

Özetle, arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmalı, hukuk seçiminin yapılmamış olması hâlinde; uyuşmazlığın konusuna göre objektif bağlama noktaları kabul edilmelidir. Bu bakımdan örneğin kişiler, aile ve miras hukuku uyuşmazlıkları bakımından tarafların müşterek millî hukuku, müşterek ikametgâh ve mutat mesken hukuku, ticarî uyuşmazlıklar bakımından tarafların iş yeri hukuku gibi bağlama noktaları kabul edilebilir. Ancak yukarıda sayılan bağlama noktalarından ziyade arabuluculuk sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde arabuluculuk sözleşmesine bu hukukun uygulanması yerinde olacaktır.

2.2.3.4. Uygulanacak Hukukun Kapsamı

Arabuluculuk sözleşmesine uygulanmak üzere tespit edilen hukukun bir başka deyişle arabuluculuk sözleşmesi statüsünün uygulama alanına hangi hususların dâhil olduğu konusu da açıklanmaya muhtaçtır. Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk, ilk olarak uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesi yolunda tarafların iradesinin geçerli olup olmadığını bir başka deyişle, tarafların özgürlüğünün sınırlarını tespit edecektir³⁴⁷. Bu açıdan değerlendirildiğinde, arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk, öncelikle sözleşmenin kuruluşuna uygulanacaktır. Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının mevcut olup

³⁴⁶ Bağlama kuralı türleri ve basamaklı (kademeli-şelale) bağlama kuralı konusunda bilgi için bkz.: **Çelikel / Erdem**, s. 72-73; **Nomer**, s. 90; **Can / Toker**, s. 81-82; **Tekinalp / Uyanık**, s. 23.

³⁴⁷ **Mazos**, s. 5.

olmadığı, arabuluculuk sözleşmesinin kurulmasının şartları ve sözleşmenin kurulma anı gibi hususlar arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk tarafından tayin edilecektir. Arabuluculuk sözleşmesinin kuruluşu konusunda arabuluculuk sözleşmesi statüsünün uygulanacağı bir diğer husus da irade bozukluğu halleridir. Zira arabuluculuk sözleşmesinin kuruluşu sırasında tarafların iradesini sakatlayacak mahiyette hata (yanılma), hile (aldatma), ikrah (korkutma) ve gabin (aşırı yararlanma) gibi hususların tespiti ve bu hususların arabuluculuk sözleşmesinin geçerliliğine etkisi sözleşme statüsü tarafından belirlenecektir.

Arabuluculuk sözleşmesi statüsü, taraflarca akdedilen arabuluculuk sözleşmesinin esastan geçerli olup olmadığını da tayin eder. Bu bağlamda, arabuluculuk sözleşmesinin amacı ve içeriği bakımından hukuk düzeninde hüküm ve sonuç doğurup doğurmayacağı, arabuluculuk sözleşmesinde hukuk seçimi yapılması hâlinde hukuk seçimine ilişkin hükmün geçerliliği arabuluculuk sözleşmesi statüsüne tâbidir.

Arabuluculuk sözleşmesi statüsünün uygulanacağı bir diğer husus da tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri ile arabuluculuk sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarıdır. Tarafların arabuluculuk sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerinin kapsamı, sözleşmenin ihlalinin sonuçları, arabuluculuğa gidilmesinin fiilî veya hukukî olarak imkânsız hâle gelmesi, tarafların birden fazla kişiden oluşması hâlinde teselsül ve halefiyet gibi hususlar arabuluculuk sözleşmesi statüsüne tâbi olacaktır. Arabuluculuk sözleşmesinin sona ermesi hususuna da arabuluculuk sözleşmesi statüsü uygulanacaktır. Arabuluculuk sözleşmesinin sona erme sebepleri, arabuluculuk sözleşmesinin sona erme anı ve sona ermenin hüküm ve sonuçları arabuluculuk sözleşmesi statüsü tarafından belirlenecektir.

2.2.3.5. Uygulanacak Hukukun Kapsamı Dışında Kalan Hâller

2.2.3.5.1. Ehliyet

Arabuluculuk sözleşmesinin sonuç doğurabilmesi için tarafların sözleşme yapma ehliyetini haiz olması gerekir. Zira arabuluculuk sözleşmesinin taraflarının ehliyet sahibi olmaması hâlinde, arabuluculuk sözleşmesi geçerli ve bağlayıcı olmayacaktır. Bu durumda, arabuluculuk faaliyeti olumlu sonuçlansa dahi taraflarca imzalanan anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesinin akdî niteliğinin bir sonucu olarak –hangi hukuk uygulanırsa uygulansın- tarafların fiil ehliyetinin ve sözleşme yapma ehliyetinin bulunması gerekmektedir. Ehliyet meselesinin hususiyeti nedeniyle, tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk, arabuluculuk sözleşmesi statüsünün kapsamı dışında tutulmalı ve ehliyete uygulanacak hukuk ayrı bir değerlendirmeye tutulmalıdır.

Milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde ehliyeteye uygulanacak hukuk noktasında karmaşık problemler ortaya çıkabilmektedir. Milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde, arabuluculuk sözleşmesinin ehliyet sebebiyle geçersiz olduğu taraflarca arabuluculuk oturumları esnasında ileri sürülebilir. Bu durumda, kanaatimizce arabulucu ehliyetsizlik iddiasını araştırmalıdır. Arabulucunun ehliyetsizlik iddiasının doğru olduğunu tespit etmesi hâlinde arabuluculuk faaliyetine son verilmelidir. Zira arabuluculuk faaliyeti olumlu sonuçlansa dahi ehliyetsizlik nedeniyle anlaşma belgesinin icra edilmesi mümkün değildir. Öte yandan aralarında uyuşmazlık bulunan kişiler karşı tarafın sözleşme yapma ehliyetine hangi hukukun uygulanacağı ve bu hukuk kapsamında ehliyetli olup olmadığı konusunda bilgi sahibi olmayabilir. Bu belirsizlik ise milletlerarası ticarî hayatın gelişimini olumsuz yönde etkileyebilir. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesi yapma ehliyetine uygulanacak hukukun tespiti önemlidir. Arabuluculuk sözleşmesinde ehliyeteye uygulanacak farklı ihtimaller çerçevesinde; gerçek kişiler, tüzel kişiler ve devlet veya devlet kuruluşları ayrı ayrı ele alınmalıdır.

2.2.3.5.1.1. Gerçek Kişiler

Arabuluculuk sözleşmesinin taraflarının gerçek kişi olması hâlinde ehliyeteye uygulanacak hukukun tespiti noktasında genel esaslardan hareket edilebilir. Uluslararası hukukta gerçek kişilerin ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda *Kıta Avrupası* ve *Anglo-Sakson* ülkelerinde farklı anlayıştan hareket edilmektedir. *Kıta Avrupası* ülkelerinde ehliyeteye millî hukukun uygulanması esası geçerliken, *Anglo-Sakson* ülkelerinde ikametgâh yeri hukuku esas alınmaktadır³⁴⁸.

Gerçek kişilerin arabuluculuk sözleşmesi bakımından ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda değinilmesi gereken ilk ihtimal; *Kıta Avrupası* ülkelerinde benimsenen anlayıştan hareketle ehliyeteye tarafların her birinin millî hukukunun uygulanmasıdır³⁴⁹. Arabuluculuk sözleşmesinde, tarafların ehliyetine millî hukukları uygulandığı takdirde taraf menfaatine uygun hareket edilerek, ehliyet şahsî statüye tâbi tutulmuş olacaktır. Arabuluculuk sözleşmesinde tarafların ehliyetine millî hukukun uygulanması Türk hukukunun ehliyeteye uygulanacak hukuk konusundaki yaklaşımı ile de uyumludur. MÖHUK'un 9. maddesinin 1. fıkrasında; *hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir* denilerek ehliyet konusunda millî hukukun uygulanacağına ilişkin genel bir kural getirilmiştir. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesinde hak ve fiil ehliyeti ile sözleşme yapma ehliyetine ilgilinin millî hukuku

³⁴⁸ Çelikel / Erdem, s. 205; Tekinalp / Uyanık, s. 54 vd.

³⁴⁹ Ehliyeteye millî hukukun uygulanması konusunda bilgi için bkz.: Clarkson / Hill, s. 328; Rabel, Family Law, s. 120-123; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 30-31; Çelikel / Erdem, s. 184; Tekinalp / Uyanık, s. 53 vd.

uygulanabilir. Kanaatimizce Türk hukukunda uyum ve yeknesaklığın sağlanması bakımından arabuluculuk sözleşmesi yapma ehliyetine ilgilinin millî hukukunun uygulanması yerinde olacaktır. Arabuluculuk sözleşmesinde ehliyeteye millî hukukun uygulanmasının olumlu yönleri; taraf menfaatine hizmet etmesi, vatandaşlığın tespit edilmesinin kolay olması ve kanuna karşı hile ihtimalinin düşük olmasıdır³⁵⁰. Ehliyeteye millî hukukun uygulanmasının olumsuz yönleri ise; vatansızlık ve mültecilik durumlarında millî hukukun tespit güçlüğü ve birden fazla vatandaşlık durumunda hangi millî hukukun esas alınacağına ilişkin belirsizliktir³⁵¹. Arabuluculuk sözleşmesinde ehliyeteye millî hukukun uygulanacağını belirlenmesi hâlinde vatansızlık, mültecilik ve birden fazla vatandaşlık durumunun özel olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, Türk hukuku bakımından MÖHUK'un 4. maddesinin uygulanması bu konudaki belirsizliğin giderilmesi için yeterli olacaktır. Şöyle ki, vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutata mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku; birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında ise bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukukunun uygulanması yerinde olur.

Gerçek kişilerin arabuluculuk sözleşmesi bakımından ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda akla gelen diğer ihtimal; tarafların her birinin ikametgâh veya mutata mesken hukukunun uygulanmasıdır. Bu ihtimalde, *Anglo-Sakson* ülkelerince benimsenen anlayıştan³⁵² hareket edilmek suretiyle taraf menfaati sağlanmış olacaktır. Ehliyeteye ikametgâh veya mutata mesken yeri hukukunun uygulanmasının olumlu yönleri; vatansızlık, mültecilik ve birden fazla vatandaşlık durumunda tespitinin kolay olması ve hâkimin bilgi edinme bakımından işini kolaylaştırmasıdır³⁵³. Ehliyeteye ikametgâh veya mutata mesken hukukunun uygulanmasının olumsuz yönleri ise değiştirilmesinin kolay olması suretiyle kanuna karşı hile olasılığının bulunması ve ikametgâh ve mutata mesken bağlama noktasına farklı ülkelerde farklı hukukî anlamlar yüklenmiş olmasıdır³⁵⁴. Arabuluculuk sözleşmesinde ehliyeteye uygulanacak hukuk olarak ikametgâh veya mutata mesken hukukunun belirlenmesi hâlinde olumsuz yönlerin kayda değer bir etkisi olmayacaktır. Zira arabuluculuk faaliyetinin irade muhtariyeti esasına bağlı olması nedeniyle tarafların arabuluculuk sözleşmesinde, ehliyeteye uygulanacak hukuk

³⁵⁰ Ehliyeteye millî hukukun uygulanmasının etkileri konusunda bkz.: **Clarkson / Hill**, s. 328; **Cheshire, North & Fawcett**, s. 181; **Rabel**, Family Law, s. 146-150.

³⁵¹ **Cheshire, North & Fawcett**, s. 180-181.

³⁵² Anglo Sakson hukukunda ikamet yeri ve mutata mesken hukuku konusunda bilgi için bkz.: **Clarkson / Hill**, s. 305-328, 329-342; **Cheshire, North & Fawcett**, s. 153 vd.; **Rabel**, Family Law, s. 117-119; **Weintraub**, s. 13 vd.; **Currie / Hill Kay / Kramer / Roosevelt**, s. 33 vd.

³⁵³ **Cheshire, North & Fawcett**, s. 180-181.

³⁵⁴ **Cheshire, North & Fawcett**, s. 180-181.

bakımından kanuna karşı hile yoluna gitme ihtimalleri son derece düşüktür. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesi kapsamında ehliyete uygulanacak hukuk bakımından ikametgâh veya mutat mesken yeri hukuku da tercih edilebilir.

Gerçek kişilerin arabuluculuk sözleşmesi bakımından ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda kabul edilebilecek bağlama noktalarından biri de arabuluculuk yeri hukukudur. Bu ihtimalde, tarafların arabuluculuk sözleşmesi bakımından ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda uyuşmazlık çıktığı takdirde arabuluculuk yerinin ehliyete ilişkin hukuk kuralları uygulanacaktır. Bu ihtimalde, arabuluculuk yeri oldukça önem kazanacak, arabuluculuk yeri uyarınca tarafların ehliyetsiz olmaları durumunda arabuluculuk faaliyetine devam edilemeyecektir.

2.2.3.5.1.1.1. Ehliyetsizlik Sorunu

Arabuluculuk sözleşmesi kapsamında tarafların ehliyetsizliği meselesi de gündeme gelebilir. Arabuluculuk sözleşmesi bakımından ehliyetsizlik sorununun ortaya çıkabileceği iki temel zaman dilimi bulunmaktadır. Bunlardan ilki; ehliyet konusundaki uyuşmazlığın arabuluculuk oturumları sırasında gündeme gelmesidir³⁵⁵. Bu durumda, arabulucunun rolü son derece önemlidir. Arabulucu, ehliyet konusunda uygulanacak hukuku tespit etmeli, ardından bu hukuka göre ilgili tarafın ehliyetinin olup olmadığını değerlendirmelidir. Tarafların bu konuda arabulucuya yardımcı olması, arabulucunun gerektiği takdirde bu konuda hukukî yardım alabilmesi gerekmektedir. Uygulanacak hukuk uyarınca taraflardan birinin veya her ikisinin ehliyetsiz olması halinde arabuluculuk faaliyetine son verilmelidir. Arabuluculuk sözleşmesi bakımından ehliyetsizlik sorununun ortaya çıkabileceği ikinci durum anlaşma belgesinin tanıma-tenfiz aşamasıdır³⁵⁶. Bu durumda, kanaatimizce ehliyete tenfiz devletinin Kanunlar İhtilâfı kurallarının uygulanması düşünülebilir. Zira anlaşma belgesi tenfiz talebinin yapıldığı ülke ile sıkı irtibatlı olup tenfiz ülkesinde hüküm ve sonuç doğuracaktır. Buna göre örneğin, Türk hukukunda arabuluculuk sözleşmesi bakımından ehliyetsizlik sorununun tanıma-tenfiz aşamasında gündeme gelmesi hâlinde MÖHUK m. 9'dan hareket edilmeli ve ehliyete ilgilinin millî hukuku uygulanmalıdır. Bu noktada, işlem güvenliği ilkesi de dikkate alınmalıdır. Zira MÖHUK'un 9. maddesinin 2. fıkrasında *millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır* denilmek suretiyle olası mağduriyetlerin giderilmesi amaçlanmıştır. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesinin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil bir kişi millî hukukuna göre ehil kabul edilmese dahi arabuluculuk sözleşmesiyle bağlı olmalıdır.

³⁵⁵ Ehliyete ilişkin uyuşmazlığın tahkim oturumlarında gündeme gelmesi konusunda bilgi için bkz.: Özel, s. 67.

³⁵⁶ Anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi konusunda bilgi için bkz. s. 138-153.

2.2.3.5.1.1.2. Ehliyet Statüsünün Uygulama Alanı

Gerçek kişiler bakımından ehliyet statüsü, tarafların hak ehliyetine, fiil ehliyetine ve sözleşme yapma ehliyetine sahip olup olmadığını, ehliyetin şartlarını, sona erme sebeplerini, tarafların hangi andan itibaren ehliyete sahip olduğunu belirleyecektir. Arabuluculuk sözleşmesi bakımından ehliyet statüsünce karara bağlanacak hususlardan biri de sınırlı ehliyetsiz ve tam ehliyetsiz gerçek kişilerin arabuluculuk sözleşmesi yapıp yapamayacağıdır. Türk hukukunda sınırlı ehliyetsizler bir başka deyişle ayırt etme gücüne sahip olan küçük ve kısıtlılar için Türk Medenî Kanununun³⁵⁷ (TMK) 449. maddesinde bazı yasak işlemler sayılmıştır. Arabuluculuk sözleşmesi veya benzeri bir ifade içermeyen bu madde uyarınca arabuluculuk sözleşmesi akdedilmesi yasak işlemlerden değildir. Öte yandan TMK'nın 451. maddesine göre; sınırlı ehliyetsizler, yasal temsilcisinin onayı veya izni ile bir haktan feragat edebileceğinden dava hakkından feragat edip arabuluculuk yoluna başvurabilir. Özetle, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar veli-vâsi izni veya onayı ile arabuluculuk sözleşmesi akdedebilir. Ancak tam ehliyetsizlerin sözleşme yapma ehliyeti bulunmamaktadır. Bu nedenle, Türk hukukunda tam ehliyetsizlerin arabuluculuk sözleşmesi akdetmesi mümkün değildir.

2.2.3.5.1.2. Tüzel Kişiler

Arabuluculuk sözleşmesinin tarafları gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Arabuluculuk sözleşmesinin taraflarının tüzel kişi olması hâlinde, tüzel kişinin ehliyetine uygulanacak hukukun³⁵⁸ tespit edilmesi ve bu hukuka göre ehliyetli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira tüzel kişilerin ehliyetinin olmaması hâlinde arabuluculuk sözleşmesi geçersiz olacaktır.

Tüzel kişilerin arabuluculuk sözleşmesi bakımından ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda değinilmesi gereken ilk ihtimal statülerindeki idare merkezi hukukudur³⁵⁹. Zira idare merkezinin tüzel kişi ile sıkı irtibatı bulunmaktadır. Arabuluculuk sözleşmesinde, tüzel kişilerin ehliyetine statülerindeki idare merkezi hukukunun uygulanması Türk hukukunun tüzel kişilerin ehliyetine uygulanacak hukuk konusundaki yaklaşımı ile de örtüşmektedir. Zira MÖHUK'un 9. maddesinin 4. fıkrasında; *tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir* denilerek tüzel kişilerin

³⁵⁷ RG: 08.12.2001-24607.

³⁵⁸ Tüzel kişilerin ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda bilgi için bkz.: **Tekinalp / Uyanık**, s. 72-89; **Şanlı / Esen / Ataman-Figaneşe**, s. 116 vd; **Çelikel / Erdem**, s. 211-212.

³⁵⁹ Şirketlerin ehliyetine idare merkezi hukukunun uygulanması konusunda bilgi için bkz.: **Rabel**, Contracts in General, s. 33-46.

ehliyeti konusunda idare merkezi hukukunun uygulanacağına ilişkin genel bir kural getirilmiştir.

Arabuluculuk sözleşmesinde tüzel kişinin ehliyetine uygulanacak hukuk noktasında tüzel kişinin kuruluş yeri hukuku da benimsenebilir. Bu ihtimalde, tüzel kişilik hangi ülkede kurulmuşsa arabuluculuk sözleşmesi yapma hususunda ehliyete sahip olup olmadığı hususu kurulduğu ülke hukuku tarafından belirlenecektir. Kanaatimizce, küreselleşmenin yoğun olarak yaşandığı günümüzde, idare merkezi hukuku, kuruluş yeri hukukuna nazaran uyumsuzlukla daha sıkı irtibat hâlinindedir. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesinde tüzel kişinin ehliyetine uygulanacak hukuk bakımından idare merkezi hukuku, kuruluş yeri hukukuna nazaran ön planda tutulması gereken bir bağlama noktasıdır.

Öte yandan, tüzel kişilerin arabuluculuk sözleşmesi yapma ehliyetine uygulanacak hukuk meselesi ile tüzel kişileri temsil eden gerçek kişilerin ehliyetine uygulanacak hukuk meselesi birbirinden farklıdır. Zira ilk durum; tüzel kişinin uygulanacak hukuka göre haklara ve borçlara ehil olup olmadığı ve bunun sonucunda arabuluculuk sözleşmesinde taraf olup olamayacağı hususu ile ilgilidir. İkinci durum ise tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişinin ehliyetine ve temsil ilişkisine uygulanacak hukukla ilgilidir. Doktrinde tahkim sözleşmesi bakımından ileri sürülen bir görüşe göre temsilcinin yetkisizliği sebebiyle tahkim sözleşmesinin geçersizliği hususu ehliyet kapsamında değerlendirilmemelidir. Zira bu görüşe göre, temsilcinin özel yetkisinin bulunmaması ehliyetsizliğe ilişkin bir husus olmayıp yetkisizliğe ilişkindir³⁶⁰. Kanaatimizce arabuluculuk sözleşmesi yapılması bakımından özel yetki koşulu aranmalıdır. Ancak yetkisiz temsilin ehliyete uygulanacak hukuka ait bir mesele olup olmadığı sorunu arabuluculuk müessesesi açısından önem taşımaz. Zira temsilcinin (avukat, acente, tüzel kişinin organı) özel yetkisinin bulunmaması hâlinde arabuluculuk sözleşmesinin geçersiz olacağı kabul edilmelidir.

Arabuluculuk sözleşmesinde tüzel kişinin ehliyetine uygulanacak hukukun alanına; tüzel kişinin hak ve fiil ehliyeti ile sözleşme yapma ehliyetine sahip olup olmadığı, ehliyetin şartları, tüzel kişinin hangi andan itibaren ehliyete sahip olacağı ve ehliyetin sona erme sebepleri girmektedir.

³⁶⁰ **Esen, Emre:** *Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, 2003, S. 1-2, s. 384.

2.2.3.5.1.3. Devlet veya Devlet Kuruluşları

Günümüzde milletlerarası ticaretin gereği olarak devlet veya devlet kuruluşları gerçek veya tüzel kişilerle çeşitli özel hukuk ilişkilerine girmektedir. Devlet veya devlet kuruluşları her ne kadar kamu hukukundan doğan uyuşmazlıklar bakımından yargı bağışıklığına³⁶¹ sahip olsalar da özel hukuktan doğan uyuşmazlıklar bakımından devletin yargı bağışıklığı kabul edilmemektedir. Buna uygun olarak, MÖHUK'un 49. maddesinde yabancı devletlere özel hukuk ilişkisinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı bağışıklığının tanınmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, devlet veya devlet kuruluşları, gerçek veya tüzel kişilerle yaşadığı özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar konusunda arabuluculuğa başvurabilecektir.

Arabuluculuk sözleşmesine devlet ve devlet kuruluşlarının taraf olduğu uyuşmazlıklarda ehliyete uygulanacak hukukun tespit edilmesi, gerçek kişiler ve şirketlerin ehliyetine uygulanacak hukukun tespitine göre daha güçtür³⁶². Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesinde devlet veya devlet kuruluşlarının ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda kullanılacak bağlama noktaları değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, devlet veya devlet kuruluşlarının ehliyetinin ilgili ülke hukukunca tespit edilmesi yerinde olacaktır. Zira tüzel kişinin statüsündeki idare merkezi hukukunun, kuruluş yeri hukukunun, taraflarca seçilen hukukun arabuluculuk sözleşmesinde devlet veya devlet kuruluşlarının ehliyetine uygulanacak hukuk olarak tespit edilmesi konunun mâhiyetine uygun düşmemektedir.

2.2.3.5.2. Şekil

Milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde arabuluculuk sözleşmesinin şekline uygulanacak hukukun tespiti konusunda bir belirsizlik mevcuttur³⁶³. Zira arabuluculuk sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuka dair farklı ülke hukuklarında ve Türk hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Hukukî işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda tarihsel sürece bakıldığında statücülerden bu yana hukukî işlemlerin şekline *locus regit actum* - *LRA* (hukukî işlemin yapıldığı yer hukuku) kaidelerinin uygulandığı

³⁶¹ Devletlerin yargı bağışıklığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Aybay, Rona:** *Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, S. 72, s. 109-120; **Erdoğan, Ersin:** *Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığının Sınırları Hakkında Güncel Sorunlar ve Terör Suçları Açısından Yargı Bağışıklığı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 20, S. 4, s. 3375-3391 (Yargı Bağışıklığı); **Sak, Yıldırım:** *Devletin Yargı Bağışıklığı ve Temel Hakların Korunması*, Ankara 2015.

³⁶² Milletlerarası tahkimde devlet veya devlet kuruluşlarının ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda bilgi için bkz.: **Özel**, s. 71-75.

³⁶³ Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda arabuluculuk sözleşmesinin şekli konusundaki maddî hukuk düzenlemelerine bakıldığında şekil serbestisi ilkesinin kabul edildiği görülmektedir. Arabuluculuk faaliyetinin özünün esneklik ve irade muhtariyetine dayalı olduğu düşünüldüğünde sıkı şekil şartlarının olmaması yerindedir. Ancak uygulamada genellikle esas sözleşmeye eklenen hükümler yoluyla ya da ayrı bir sözleşme yoluyla arabuluculuk sözleşmesinin yazılı bir şekilde yapılmasına rastlanılmaktadır.

görülmektedir³⁶⁴. Günümüzde hukukî işlemlerin şekli konusunda *locus regit actum*'un hâlen uygulandığı söylenebilir. Ancak buna ek olarak, hukukî işlemin şekline akit statüsü de uygulanmaktadır. Türk hukukunda da bu anlayıştan hareket edilerek, hukukî işlemlerin şekline uygulanacak hukuk meselesi alternatif bir bağlama kuralı ile düzenlenmiştir. MÖHUK'un 7. maddesinde; *hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir* denilmektedir. Kanaatimizce Türk hukukunda arabuluculuk sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk meselesi düzenlenmediğinden, arabuluculuk sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk konusunda genel kuraldan hareket edilmelidir. Buna göre, arabuluculuk sözleşmesi yapıldığı ülke hukukunun şekil şartlarını taşıması hâlinde şeklen geçerli kabul edilmelidir. Ancak arabuluculuk sözleşmesi, yapıldığı yerin şekil şartlarını taşımasına rağmen arabuluculuk sözleşmesine uygulanmak üzere tespit edilen hukukun şekil şartlarını taşıması hâlinde şekil itibariyle geçerli sayılmalıdır.

Arabuluculuk sözleşmesinin şekil nedeniyle geçersizliğinin gündeme geldiği bir uyuşmazlıkta hangi hususların şekil kapsamına girdiği konusunda vasıflandırma yapılması gerekmektedir. Buna göre, arabuluculuk sözleşmesinin adî veya resmî yazılı şekilde mi yapılacağı, şekli geçerlilik bakımından ilan şartının olup olmadığı, imzaya ilişkin hususlar hatta sözleşmenin puntosu³⁶⁵ şekle uygulanacak hukuka göre kararlaştırılmalıdır. Bu hususta *lex fori* vasıflandırma³⁶⁶ kullanılabilir kanaatindeyiz. Buna göre; hâkimin hukuku uyarınca

³⁶⁴ **Erdener, Nihal:** Türk Devletler Hususi Hukuku Sisteminde Locus Regit Actum Kaidesinin Tatbiki, İstanbul 1958, s. 24 vd. Milletlerarası Özel Hukukta *Locus Regit Actum* kuralı konusunda bilgi için bkz.: **Yörük, Abdülhak Kemal:** Nazarî ve Amelî Devletler Hususî Hukuku, B. 2, İstanbul 1950, s. 199 vd.; **Seviğ,** s. 126; **Göger,** Kanunlar İhtilâfı, s. 24; **Tötterman, Richard:** The Scope of the Rule Locus Regit Actum in the Conflict of Laws, University of Oxford 1951(The Scope); **Tötterman, Richard:** *Functional Bases of the Rule Locus Regit Actum in English Conflict Rules*, 1953, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 2, No. 1, s. 27-46 (Functional Bases); **Freund, Otto Kahn:** *Locus Regit Actum*, The Modern Law Review, 1944, Vol. 7, No. 4, s. 238-243; **Gide, Paraag:** *Locus Regit Actum and Wills of Foreigners in France*, 1913, Law Quarterly Review, Vol. 29, s. 42-45; **Spiro, Erwin:** *Conflict of the Locus Regit Actum Rule and Lex Causae*, Journal for Contemporary Roman-Dutch Law, 1986, Vol. 49, s. 139-143. Tahkim sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk konusunda bilgi için bkz.: **Özel,** s. 62-67.

³⁶⁵ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrasında; *bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir* denilmek suretiyle yazı büyüklüğü dikkate alınmıştır.

³⁶⁶ *Lex fori* vasıflandırma konusunda bilgi için bkz.: **Collier, J. G:** Conflict of Laws, B. 2, Cambridge 1994, s. 17; **North, Peter / Fawcett, James / Carruthers, Janeen:** Private International Law, B. 14, New York 2008, s. 43-45; **Rabel, Ernst:** The Conflict of Laws A Comparative Study, Vol. 1, Family Law, Michigan 1958, s. 53 (Family Law); **Symeonides,** s. 125; **Uluocak, Nihal:** Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul 1971, s. 195 vd. (Kanunlar İhtilâfı); **Seviğ, Vedat Raşit:** Kanunlar İhtilâfı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), B. 2, İstanbul 1974, s. 139; **Doğan, Vahit:** Milletlerarası Özel Hukuk, B. 5, Ankara 2019, s. 174; **Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Figanmeşe - Ataman, İnci:** Milletlerarası Özel Hukuk, B. 6, İstanbul 2018, s. 48-51; **Göger, Erdoğan:** Kanunlar İhtilâfı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları), Ankara 1973, s. 11 vd. (Kanunlar İhtilâfı); **Nomer, DHH,** s. 100; **Tekinalp / Uyanık,** s. 35 vd.; **Can, Hacı / Toker, Ali Gümrah:** Milletlerarası Özel Hukuk, B. 2, Ankara 2016, s. 86 vd.

şekil kapsamına giren hususlara hâkimin hukukunun Kanunlar İhtilâfî kurallarının işaret ettiği ülkenin şekil kuralları uygulanmalıdır.

2.2.3.6. Uygulanacak Hukuku Sınırlayan Hâller

2.2.3.6.1. Kamu Düzeni

Arabuluculuk sözleşmesi, akdî karakteri itibariyle bazı emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamalıdır. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesine yabancı hukukun uygulandığı durumlarda bu tür aykırılıkların bulunması hâlinde ne şekilde hareket edileceğine değinilmelidir. Arabuluculuk sözleşmesine yabancı hukukun uygulanacağı hâllerde yabancı hukukun uygulanmasını sınırlayan durumlarla karşılaşabilmektedir. Bu durumlardan biri kamu düzenidir³⁶⁷. Milletlerarası Özel Hukuk bünyesinde kabul gören kamu düzeni müessesinin, arabuluculuk sözleşmesine etkisi, yabancı hukukun uygulanacağı durumlarda yabancı hukukun söz konusu uyuşmazlığa uygulanan hükmünün kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde ortaya çıkar. İşte bu durumda yetkili yabancı hukuktaki ilgili hükmü uygulama imkânı bulunmamaktadır.

Milletlerarası Özel Hukuk bakımından kamu düzeni uygulaması istisnâî nitelik taşımaktadır. Bu bakımdan kamu düzeni, iç hukuka nazaran daha dar yorumlanmalı ve arabuluculuk sözleşmesinde kamu düzeni müdahalesine nadiren rastlanmalıdır. Bu yönüyle, yalnızca arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak yabancı hukukun tahammül edilemez nitelikte hükümler içermesi hâlinde kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılabilir. Örneğin; yetkili yabancı hukuk tarafından arabuluculuk sözleşmesi bakımından eşitlik ilkesine aykırı hükümler kabul edilmesi hâlinde Türk hukuku bakımından tahammül edilemez sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu açıdan, kadınların arabuluculuk sözleşmesi akdedemeyeceğine, sözleşme yapma ehliyeti olmayan örneğin 12 yaşındaki bir çocuğun arabuluculuk sözleşmesi akdedebileceğine veya taraflardan birinin ağır kusurundan ötürü sorumlu tutulamayacağına ilişkin yabancı hukuk hükmü Türk kamu düzeni bakımından aykırılık teşkil edecektir. Öte

³⁶⁷ Kamu düzeni konusunda bilgi için bkz.: **Altuğ, Yılmaz:** *Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1972, C. 27, Cem Sar' a Armağan, S. 3, s. 385; **Ökçün, Gündüz:** *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Ankara 1967, s. 14; **Rabel,** *Family Law*, s. 188 vd.; **Clarkson / Hill,** s. 237-238; **Yörük,** s. 141; **Collier,** s. 359; **Juenger,** s. 79; **Cheshire, North & Fawcett,** s. 741 vd.; **Uluocak,** *Kanunlar İhtilâfî,* s. 214 vd.; **Göger,** *Kanunlar İhtilâfî,* s. 14; **Çelikel / Erdem,** s. 140; **Nomer,** *DHH,* s. 161; **Şanlı / Esen / Figanmeşe – Ataman,** s. 73; **Gökyayla Demir, Cemile:** *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni*, Ankara 2001, s. 24; **Mutlu, Işlar Umut:** *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeninin Etkisi*, 2003, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 20 vd.; **Özdemir, Ali:** *Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım*, *International Journal of Legal Progress*, 2016, Y. 2, S. 2, s. 82 vd.; **Seviğ,** s. 160; **Can / Toker,** s. 139 vd.; **Tekinalp / Uyanık,** s. 42-43. Kamu düzeninin sözleşmeler hukukuna yansımaları konusunda bkz.: **Rabel,** *Contracts in General*, s. 551-590; **Symeonides,** s. 200-202; **Stone,** 338-345; **Currie / Hill Kay / Kramer / Roosevelt,** s. 76 vd.

yandan, yabancı hukuka göre, arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflardan yalnızca biri tarafından belirlenmesine imkân tanınması hâlinde de bu durum Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecek ve yabancı hukukun ilgili hükmü uygulanmayacaktır kanısındayız. Yetkili yabancı hukukun arabuluculuk sözleşmesi ile arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların uzlaşmaya varmasını zorunlu kılabilirdiği durumlar da Türk hukuku bakımından kamu düzenine aykırılık oluşabilir. Zira arabuluculuk süreci iradilik ve gönüllülük esasına tâbidir. Tarafların arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda iradeleri ön plandadır. Aksi takdirde söz konusu faaliyet arabuluculuk olarak nitelendirilemez. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesi ile tarafların uzlaşmaya varmasının zorunlu kılınması hâlinde yabancı hukukun ilgili hükmü uygulanmayacak, yabancı hukukta konuya ilişkin uygulanabilecek bir hükmün bulunup bulunmadığı araştırılacak, yabancı hukukta uyuşmazlık bakımından Türk kamu düzenine aykırı olmayan muadil bir hükmün mevcut olmaması hâlinde uyuşmazlığa Türk hukuku uygulanacaktır.

2.2.3.6.2. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde arabuluculuk sözleşmesine yabancı hukukun uygulanacağı hâllerde, yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen durumlardan biri de doğrudan uygulanan kurallardır. Doğrudan uygulanan kurallar; devletin siyasî, ekonomik ve sosyal yapısını muhafaza etmek amacıyla düzenlenen maddî hukuk kurallarıdır. Doğrudan uygulanan kurallar, müdahaleci kurallar olarak da anılmakta; bu kurallara sosyal ve ekonomik işlevler verilmekte, kamu menfaati ön planda tutulmaktadır³⁶⁸. Doğrudan uygulanan kurallarının Kanunlar İhtilâfi bakımından önemi; yabancı hukukun uygulanması konusunda ortaya çıkar. Zira bir konuda Türk hukukunda doğrudan uygulanan kural bulunması hâlinde uygulanacak yabancı hukuk araştırmasına gidilmez, yabancı unsur içerse dahi doğrudan Türk hukuku uygulanır. Türk hukukunda doğrudan uygulanan kuralların sınırı Anayasanın 13. maddesinde çizilmiştir. Buna göre; temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın

³⁶⁸ **Bayata Canyaş, F. Aslı:** 5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Ankara 2009, s. 141-166; **Erdem, Bahadır:** 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 102; **Özel,** s. 164; **Erkan, Mustafa:** MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 15, S. 2, s. 83-84; Doğrudan uygulanan kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Özdemir Kocasakal, Hatice:** Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001, s. 1 vd.; **Cheshire, North & Fawcett,** s. 150-151, 728-740; **Kösoğlu, Mehmet:** Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2008, Y. 28, S.1-2, s. 147-172; **Tekinalp / Uyanık,** s. 47 vd.

yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Bu nedenle, doğrudan uygulanan kuralların ilgili şartları sağlaması ve kanunla yapılması gerekmektedir.

Türk hukukunda doğrudan uygulanan kurallar konuluş amacından, düzenleniş biçiminden ve korunan hukukî yarar bakımından değerlendirilip tespit edilmelidir. Bir başka deyişle, Türk hukukunda doğrudan uygulanan kuralların toplu olarak düzenlendiğı herhangi bir mevzuat mevcut değildir. Türk hukukunda doğrudan uygulanan kuralların devletin ekonomik ve sosyal menfaatinin bulunduğu alanlar ve zayıf tarafın korunması gereken sözleşmeler bakımından düzenlendiğı görülmektedir³⁶⁹.

Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından doğrudan uygulanan kuralların etkisi görülebilir. Zira arabuluculuk sözleşmesinin konusunun devlet menfaatinin ilgilendirdiğı durumlarda arabuluculuk sözleşmesinde yabancı unsur bulunup bulunmadığına bakılmaksızın Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları uygulanmalıdır. Bu noktada, kamu düzeni müdahalesi ile doğrudan uygulanan kuralların müdahalesi karıştırılmamalıdır. Doğrudan uygulanan kurallar devletin ekonomik, siyasî ve sosyal yapısını muhafaza etmek amacı taşımaktadır. Örneğin, rekabet hukukundan³⁷⁰ doğan uyuşmazlıkların çözümünde doğrudan uygulanan kuralların müdahalesi söz konusu olabilirken aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilir³⁷¹.

Milletlerarası arabuluculuk sözleşmesi bakımından doğrudan uygulanan kuralların gündeme geleceğı uyuşmazlık türlerinin başında rekabet hukuku uyuşmazlıkları gelmektedir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna³⁷² göre, kanunun amacı; *mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır*. Görüldüğü gibi, Kanun devletin sosyal ve ekonomik politikasını korumayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla tarafların rekabete ilişkin uyuşmazlıkların genelinde arabuluculuk faaliyetini kullanmaları doğrudan uygulanan kurallara aykırılık teşkil edecektir.

³⁶⁹ **Alibaba**, s. 201.

³⁷⁰ Rekabet hukuku ile doğrudan uygulanan kurallar ilişkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Tiryakioğlu, Bilgin**: Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfi, Ankara 1997, s. 45-51 (Rekabet).

³⁷¹ Milletlerarası tahkimde doğrudan uygulanan kuralların da kamu düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğı konusunda görüş için bkz: **Özel**, s. 189.

³⁷² RG: 13.12.1994-22140.

2.2.4. Arabuluculuk Sözleşmesinde Temsile Uygulanacak Hukuk

2.2.4.1. Genel Olarak

Milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde, arabuluculuk sözleşmesinin temsil yoluyla yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Zira farklı hukuk düzenlerinde ve Türk hukukunda temsil yoluyla arabuluculuk sözleşmesi yapılmasını yasaklayan bir hükme rastlanılmamıştır. Temsil yoluyla akdedilen arabuluculuk sözleşmesinin hukuk düzeninde hüküm ve sonuç doğurabilmesi için bazı şartları bünyesinde barındırması gerekmektedir. Bu bakımdan, başka bir kişi adına arabuluculuk sözleşmesi yapılması hâlinde sözleşmeyi akdeden kişinin arabuluculuk sözleşmesi yapma hususunda yetkili olması gerekmektedir. Bu nedenle, birden fazla hukuk düzeni ile irtibatı bulunan arabuluculuk sözleşmesinde temsile uygulanacak hukuk tespit edilmelidir.

Kural olarak, temsilci aracılığıyla yapılan işlemler, temsilci üzerinde değil, temsil olunan üzerinde doğar. Arabuluculuk sözleşmesi yapma yetkisi; üçüncü bir kişinin nam ve hesabına arabuluculuk sözleşmesi akdetme hakkını içerir. Arabuluculuk sözleşmesinin temsil yoluyla akdedilmesi hâlinde, sözleşme temsilcinin değil temsil olunan taraf üzerinde hak ve borç doğacaktır. Arabuluculuk sözleşmesinin yetkisiz kişilerce yapılması hâlinde ise arabuluculuk sözleşmesi geçersiz olacak ve arabuluculuk sürecinin başarılı olma ihtimali bulunmayacaktır. Zira arabuluculuk süreci sonucunda anlaşma belgesi imzalanırsa dahi icra edilme kabiliyetini ortadan kalkacaktır.

2.2.4.2. Esasa Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası arabuluculuk sözleşmesinin üçüncü kişilere verilecek yetki ile yapılması hususunda uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim temsil yoluyla sözleşme akdedilmesi konusunda hukuk sistemleri farklı düzenlemelere sahip olabilir. Bu bakımdan, temsilcinin yetkisinin niteliği konusunda farklılık görülebilir. Zira bazı hukuk sistemleri arabuluculuk sözleşmesi akdetme konusunda genel yetkiyi yeterli görebilirken bazıları özel yetki arayabilir. Türk hukukunda temsil yoluyla arabuluculuk sözleşmesi yapmak konusunda açık bir düzenleme bulunmasa dahi özel yetkinin aranması gerektiği kanaatindeyiz.

Temsile uygulanacak hukukun³⁷³ tespit edilebilmesi için temsil kavramının vasıflandırılması gerekmektedir. Vasıflandırma konusunda *lex fori* esas alınabilir. Bu noktada,

³⁷³ Temsil yetkisine uygulanacak hukuk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Tekinalp / Uyanık**, s. 103-111; **Çelikel / Erdem**, s. 437-438; **Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe**, s. 254-256; **Rabel, Ernst**: The Conflict of Laws A Comparative Study, Vol. 3, Special Obligations: Modification and Discharge of Obligations, Chicago 1950, s. 121-140 (Special Obligations).

temsilin kapsamı konusuna değinilmelidir. Temsilcinin hak ve yükümlülüğü, temsilin şartları ve sona ermesi temsil kapsamında değerlendirilebilir. Temsilin vasıflandırılması hususunda değinilmesi gereken bir diğer mesele de yetkisiz temsil nedeniyle geçersizliğin esas kapsamında mı yoksa şekil kapsamında mı değerlendirileceğidir. Kanaatimizce yetkisiz temsil nedeniyle geçersizlik durumu esas kapsamında değerlendirilmeli ve temsil statüsüne tâbi tutulmalıdır.

Milletlerarası arabuluculuk sözleşmesi bakımından temsile uygulanacak hukuk konusunda akla gelen bir diğer ihtimal temsil statüsünün bağımsız olarak belirlenmesidir. Tıpkı MÖHUK'ta düzenlendiği gibi arabuluculuk sözleşmesinde temsile uygulanacak hukuk konusunda bağımsız bir bağlama kuralı oluşturulması düşünülebilir. Zira MÖHUK'un 30. maddesine göre; temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişkiden doğan temsil yetkisi, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tâbi tutulmuştur. Bunun gibi, arabuluculuk sözleşmesinin temsil yoluyla yapılması arabuluculuk sözleşmesi statüsüne tâbi tutulabilir.

2.2.4.3. Şekle Uygulanacak Hukuk

Arbuluculuk sözleşmesinde temsil ilişkisine uygulanacak hukuka ek olarak temsil ilişkisinin şekline uygulanacak hukuka da değinilmelidir. Farklı hukuk düzenlerinde ve Türk hukukunda bu konuda düzenleme bulunmamasına rağmen, arabuluculuk sürecinde genel olarak işlem menfaati esas alınarak mümkün olduğunca işlemin geçerliliği sağlanmaya çalışılmalıdır. Bu açıdan, temsil sözleşmesinin yapıldığı yer hukukunun, temsil sözleşmesine uygulanacak hukukun veya taraflarca seçilen hukukun şekil kurallarına uygun olarak yapılan temsil sözleşmesinin şeklen geçerli kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2.3. Arabulucu Sözleşmesi

2.3.1. Genel Olarak

Arbulucu sözleşmesi (*mediator contract*); taraflar ve arabulucu arasında akdedilen ve arabulucuyu uyuşmazlığın çözümünde görev yapma yükümlülüğü altına sokan sözleşmedir. Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümü için arabuluculuk sözleşmesine ek olarak arabulucu sözleşmesinin de mevcut olması gerekmektedir. Zira arabulucu sözleşmesi, arabuluculuk sözleşmesiyle birlikte arabuluculuk faaliyetinin temelini teşkil eder. Doktrinde birbiriyle karıştırıldığı görülen³⁷⁴ arabulucu sözleşmesi ile arabuluculuk sözleşmesi arasında nitelik farkı bulunmaktadır. Arabulucu sözleşmesi arabulucu ile taraflar arasında akdedilirken,

³⁷⁴ Stoica, s. 21 vd.

arabuluculuk sözleşmesi yalnızca taraflar arasında akdedilir. Arabulucu sözleşmesi tek aşamalı yapılabileceği gibi iki aşamalı da yapılabilir. Arabulucu sözleşmesinin tek aşamalı yapılması hâlinde arabulucunun kim olacağı konusunda uzlaşan taraflar ve arabulucu buluşur. Arabulucunun süreçte görev yapmayı kabul etmesi üzerine arabulucu sözleşmesi kurulur. Arabulucu sözleşmesinin iki aşamalı yapılmak istenmesi hâlinde birinci aşamada, taraflar kendi aralarında arabulucunun seçildiğine dair sözleşme yapar, ikinci aşamada ise arabulucu, arabuluculuk görevini kabul ettiğine dair taraflarla sözleşme yapar. Taraflar arabulucu sayısını belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olup seçim usulünü birlikte kararlaştırabilir. Mahkeme ve tahkim yargılamasının aksine arabuluculuk faaliyeti sonucunda bir karar çıkmayacağı için arabulucu sayısının tek olması da zorunlu değildir.

2.3.2. Hukukî Niteliği

Arabulucu sözleşmesinin hukukî niteliğinin belirlenebilmesi için, irade beyanları ile oluşturulmak istenen asıl hukukî sonucun ortaya çıkacağı hukuk alanının tespit edilmesi gerekmektedir³⁷⁵. Hukukî niteliğin tespitinin önemi taraflar ve arabulucu arasında yaşanan uyuşmazlıkların çözümü bakımından önem taşır. Zira çeşitli sözleşme tiplerine uygulanacak hükümler farklılık göstermektedir. Arabulucu sözleşmesinin konusu; taraflarla arabulucu arasında arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesine ilişkin olup sözleşme ile taraflar ve arabulucunun hak ve yükümlülükleri düzenlenir. Arabuluculuk sözleşmesinin hukukî niteliği konusundaki tartışmalara paralel olarak arabulucu sözleşmesinin de maddî hukuk sözleşmesi mi yoksa usul hukuku sözleşmesi mi olduğuna değinilmelidir. Doktrinde genel kabul gören görüş; arabulucu sözleşmesinin usul sözleşmesi olmadığı, taraflar ve arabulucu arasındaki ilişkinin maddî hukuka tabi bir özel hukuk ilişkisi olduğu yönündedir³⁷⁶. Bu açıdan, arabulucu sözleşmesi, taraflarla arabulucu(lar) arasında akdedilen Borçlar Hukukuna tabi bir sözleşme olarak değerlendirilmektedir. Zira arabulucu sözleşmesi ile taraflar ve arabulucu arasında bir özel hukuk ilişkisi doğmaktadır.

Arabulucu sözleşmesinde karakteristik edim arabulucunun edimi olup sözleşme bakımından arabulucunun yükümlülüğü arabuluculuk sürecini yürütmek iken tarafların yükümlülüğü ücret ödeme konusundadır. Bu yönüyle, arabulucunun edimi şahsî bir edimdir ve arabuluculuk faaliyetinin arabulucuyu temsilen başka bir kişi tarafından yürütülmesi mümkün değildir

³⁷⁵ Sözleşmelerin hukukî niteliğinin belirlenmesi hususunda bilgi için bkz.: **Alangoya / Yıldırım / Deren Yıldırım**, s. 175; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 104.

³⁷⁶ **Yazıcı Tıktık**, s. 156; **Kekeç**, s. 167; **Tuğsavul Taşpolat**, s. 121; **Pürselim, Hatice Selin**: *Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler*, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2014, C. 20, S. 2, s. 11.

Arabulucu sözleşmesinin sözleşme türleri içerisindeki konumunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde baskın görüş; arabulucu sözleşmesinin iş görme borcu doğuran bir sözleşme olduğu yönündedir³⁷⁷. Bu bakımdan, arabulucu sözleşmesinin iş görme borcu doğuran sözleşmeler arasında hangi sözleşme türüne gireceği konusuna da değinilmelidir. *Kıta Avrupası* ülkelerinde, arabulucu sözleşmesi, iş görme borcu doğuran sözleşmeler başlığı altındaki farklı sözleşme türleri içerisinde değerlendirilmiştir. Alman hukukunda, arabulucu sözleşmesi bir hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilirken, Avusturya hukukunda arabulucu sözleşmesi eser ve hizmet sözleşmelerinin unsurlarını bünyesinde barındıran karma bir sözleşme olarak kabul edilmiştir. Hollanda hukukunda ise bunlardan farklı olarak arabulucu sözleşmesi vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir³⁷⁸. Türk hukukunda yaygın görüş, arabulucu sözleşmesinin iş görme borcu doğuran sözleşmelerden vekâlet sözleşmesi olduğu yönündedir³⁷⁹. Zira Türk Borçlar Kanununun³⁸⁰ (TBK) 502. maddesinde; *vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır* denilmektedir. Arabulucu sözleşmesinin hukukî niteliğinin, iş görme sözleşmesi olarak değerlendirilmesi hâlinde, arabulucu sözleşmesine vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

2.3.3. Arabulucu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

2.3.3.1. Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Rol Oynayan Menfaatler

Arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda; en uygun hukukun tespit edilebilmesi için ilk olarak taraf menfaatinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Daha önce değinildiği üzere, taraf menfaati etkisini kişinin şahsî statüsünü yakından ilgilendiren durumlarda gösterir. Bu nedenle, taraf menfaatini sağlayan en uygun hukuk; tarafların millî hukuku, ikametgâh ve mutat mesken hukuku veya taraflarca seçilen hukuk olacaktır³⁸¹. Bu bağlamda, arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukukun taraf menfaatine hizmet edebilmesi için bağlama noktası olarak millî hukuk, ikametgâh veya mutat mesken hukuku tercih edilebilir veya taraflara uygulanacak hukuk konusunda seçme hakkı verilebilir.

³⁷⁷ Yazıcı Tıktık, s. 159; Kekeç, s. 152; Tuğsavul Taşpolat, s. 145.

³⁷⁸ Yazıcı Tıktık, s. 159-160; Görkem, Zeynep Ezgi: Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukukî Statüsü-Hakları ve Yükümlülükleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s. 50.

³⁷⁹ Kekeç, s. 167; Tuğsavul Taşpolat, s. 121; Hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu konusunda görüş için bkz.: Özel, s. 31.

³⁸⁰ RG: 04.02.2011-27836.

³⁸¹ Kegel, s. 186.

Arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda; en uygun hukukun tespit edilebilmesi için değerlendirilmesi gereken bir diğer menfaat türü; işlem menfaatidir. İşlem menfaatinin gözetilmesi hâlinde arabulucu sözleşmesine, sözleşmenin yapıldığı ülke hukukunun uygulanmasının yerinde olacağı düşünülebilir. Arabulucu sözleşmesine sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun uygulanması hâlinde arabulucu sözleşmesinin mümkün olduğunca geçerliliği sağlanmış ve işlem menfaati gözetilmiş olacaktır.

Arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda; en uygun hukukun tespit edilebilmesi için düzen menfaatinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda dış karar ahengi; millî ve milletlerarası düzeyde çalışmalar yapılmak suretiyle Kanunlar İhtilâfî kurallarının yeknesaklaştırılması suretiyle sağlanabilir. Bu nedenle, ikili veya çok taraflı milletlerarası sözleşmeler yapılması suretiyle arabulucu sözleşmesi bakımından dış karar ahengi sağlanabilir. Arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda iç karar ahenginin sağlanabilmesi için iç hukuk düzenlemeleri ile uyumlu bağlama noktalarının kabul edilmesi gerekmektedir. Bu noktada, millî hukuk sistemleri uyarınca arabuluculuk ve arabulucu sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından aynı bağlama noktalarının benimsenmesi yerinde olacaktır. Düzen menfaati kapsamında incelenmesi gereken, gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaati ise yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklara en uygun hukukun uygulanması suretiyle kararın icrasını mümkün kılan menfaatlerdir. Bu açıdan, özellikle arabulucunun hak ve yükümlülüğü hususunda milletlerarası hukuka uygun maddî hukuk ve Kanunlar İhtilâfî kuralları benimsenmelidir.

Arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından; en uygun hukukun tespit edilebilmesi için incelenmesi gereken diğer menfaat türleri; devlet menfaati, maddî özel hukuk menfaati ve milletlerarası toplumun genel menfaatidir. Arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti devlet menfaati ile yakından ilgili değildir. Zira arabulucunun seçimi meselesi kamu hukuku karakterli bir mesele değildir. Maddî özel hukuk menfaati; maddî hukuka ait hakkaniyetin milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine tercih edilmesi olup arabulucu sözleşmesine yabancı hukukun uygulanması gereken hâllerde *lex fori*'nin kamu düzeninin ihlal edilmesi hâlinde yabancı hukukun uygulanmaması hâlinde dikkate alınmış olacaktır³⁸². Örneğin; arabulucunun taraflardan birinin birinci derece yakın hısmı olmasını önemsemeyen yabancı hukuk kuralı maddî özel hukuk menfaati gözetilerek kamu düzeninin müdahalesiyle uygulanmayabilir. Son olarak, arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukukun belirlenmesi noktasında milletlerarası toplumun genel menfaati de dikkate alınmalıdır. Bu

³⁸² Tekinalp / Uyanık, s. 28; Can / Toker, s. 58.

bakımdan, arabulucu sözleşmesinde işçi, tüketici, çocuk gibi zayıf konumda bulunan kişilerin mağdur olmasını önlemeye yönelik Kanunlar İhtilâfı kuralları benimsenmelidir.

2.3.3.2. Uygulanacak Hukukun Tespiti

Arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda –arabuluculuk sözleşmesinde olduğu gibi- sübjektif kıstas veya objektif kıstas kullanılabilir. Sübjektif kıstasın esas alınması hâlinde taraflara irade muhtariyeti tanınmalı yani bağlama noktası taraflarca seçilen hukuk olarak belirlenmelidir. Sübjektif kıstasın; arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından kabul edilmesi ile iradilik ve gönüllülük ilkelerinin esas alındığı arabuluculuk yöntemine uygun bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Arabulucu sözleşmesinde uygulanacak hukuk konusunda objektif kıstasın esas alınması hâlinde birtakım objektif kriterlerden hareket edilecektir. Bu hâlde; kabul edilebilecek bağlama noktaları; tarafların müşterek millî hukuku, tarafların müşterek ikametgâh ve mutat mesken hukuku, arabulucu sözleşmesinin yapıldığı yer hukuku ve arabuluculuk faaliyetinin yürütüleceği yer hukuku olabilir. Arabulucu sözleşmesine tarafların müşterek millî hukuku veya tarafların müşterek ikametgâh ve mutat mesken hukukunun uygulanması hâlinde ağırlıklı olarak taraf menfaati benimsenmiş olacakken, arabulucu sözleşmesinin yapıldığı yer hukuku veya arabuluculuk faaliyetinin yapılacağı yer hukukunun uygulanması hâlinde ağırlıklı olarak işlem menfaatine hizmet edilmiş olacaktır.

Kanaatimizce, arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmalı; ancak hukuk seçimi yapılmamış olması ihtimali göz önüne alınarak - MÖHUK'un 24. maddesinde olduğu gibi -en sıkı ilişkili ülke hukuku bağlama noktası olarak belirlenmelidir. En sıkı ilişkili ülke hukukunun belirlenmesinde karakteristik edim teorisinden yararlanılabilir. Zira karakteristik edim teorisinin kullanılması arabuluculuk sözleşmesi bakımından uygun olmasa da arabulucu sözleşmesi bakımından uygundur. Arabuluculuk sözleşmesinde sözleşmeyi karakterize eden bir edim mevcut değilken arabulucu sözleşmesinde karakteristik edim arabulucunun edimidir. Bu nedenle, en sıkı ilişkili hukuk; karakteristik edim borçlusunun (arabulucunun) sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutat meskeni hukuku olarak kabul edilebilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde arabulucu sözleşmesine bu hukuk uygulanabilir.

2.3.3.3. Uygulanacak Hukukun Kapsamı

Arabulucu sözleşmesine uygulanmak üzere belirlenen hukukun uygulama alanına hangi hususların dâhil olduğu meselesi açıklanmaya muhtaçtır. Arabulucu sözleşmesi statüsüne tâbi olan hususlardan ilki; sözleşmenin kuruluşuna uygulanacak hukuktur.

Arabulucu sözleşmesinin kurulmasının şartları, sözleşmenin kurulma anı ve arabulucu sözleşmesinin kuruluşu sırasında tarafların iradesini sakatlayacak mahiyette hata (yanılma), hile (aldatma), ikrah (korkutma) ve gabin (aşırı yararlanma) gibi hususların tespiti ve bu hususların arabulucu sözleşmesinin geçerliliğine etkisi arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukuk tarafından belirlenir.

Arabulucu sözleşmesi statüsünce belirlenecek hususlardan biri de arabulucu sözleşmesinin esastan geçerli olup olmadığı, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri ile arabulucu sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarıdır. Bu bakımdan, arabulucu sözleşmesinin geçerliliği, tarafların arabulucu sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerinin kapsamı, sözleşmenin taraflardan biri tarafından ihlal edilmesinin sonuçları, arabuluculuğa gidilmesinin fiilî veya hukukî olarak imkânsız hâle gelmesi, tarafların birden fazla kişiden oluşması hâlinde teselsül ve halefiyet gibi hususlar arabulucu sözleşmesi statüsüne tâbi olacaktır.

Arabulucu sözleşmesinin sona ermesi meselesine de arabulucu sözleşmesi statüsü uygulanacaktır. Bu bağlamda, arabulucu sözleşmesinin sona erme sebepleri, arabulucu sözleşmesinin sona erme anı ve sona ermenin hüküm ve sonuçları arabulucu sözleşmesi statüsü tarafından idare edilecektir.

2.3.3.4. Uygulanacak Hukukun Kapsamı Dışında Kalan Hâller

2.3.3.4.1. Ehliyet

Arabulucu sözleşmesinin geçerli kabul edilip hukukî anlamda hak ve borç doğurabilmesi için tarafların sözleşme yapma ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Zira arabulucu sözleşmesinin taraflarının ehliyet sahibi olmaması hâlinde arabuluculuk sözleşmesi geçerli ve bağlayıcı olmayacak, dolayısıyla hak ve borç doğurmayacaktır.

Arabulucu sözleşmesi bakımından ehliyete uygulanacak hukuk, bünyesinde farklı hususiyetler barındırması sebebiyle sözleşme statüsü dışında incelenmelidir. Tarafların arabuluculuk faaliyetinde taraf olma ehliyeti, arabulucunun da arabulucu olma ehliyeti millî hukukuna göre belirlenebilir. Türk hukukunda tarafların arabulucu sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olması konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, genel düzenlemelerden hareketle, kişinin ayırt etme gücüne sahip olması, ergin olması ve kısıtlı olmaması gerekmektedir. Buna ek olarak, arabulucu ehliyeti bakımından HUAK'ın 20. maddesinde bazı özel şartlar aranacağı hükme bağlanmıştır. Bu bakımdan, ilk olarak Türk hukukuna göre arabulucu olabilmek için Türk vatandaşı olmak gerekmektedir. Türk vatandaşlığının doğum yoluyla kazanılması ile sonradan kazanılması arasında bir fark

bulunmamaktadır³⁸³. MÖHUK'un 9. maddesi uyarınca hak ve fiil ehliyetine ilgilinin millî hukuku uygulanacağından kişinin millî hukukuna göre arabulucu sözleşmesi yapma konusunda ehliyetli olması gerekmektedir. Bir Türk vatandaşının arabulucu sözleşmesinde taraf veya arabulucu sıfatıyla yer alması hâlinde de MÖHUK m. 9. maddesi uyarınca, fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Buna ek olarak, Türk hukuku uyarınca arabulucu olabilmek için aranan diğer şartlar ise; mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak³⁸⁴, kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak ve terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamaktır.

Türk hukukunda tüzel kişilerin arabulucu olabilmesi mümkün değildir. Zira HUAK'ın 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde arabulucu; *arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi* olarak tanımlanmıştır. Ayrıca Türk vatandaşı olmak, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak gibi şartlar zımnen de olsa arabulucunun yalnızca gerçek kişiler olabileceği sonucunu doğurmaktadır. Ancak kanaatimizce Türk hukukunda tüzel kişiler arabulucu olarak atanabilmelidir. Zira taraflar, uyuşmazlığın çözümünde arabuluculuk kurumları başta olmak üzere tüzel kişileri atayabilmeli, tüzel kişiler tarafından tarafların onayıyla belirlenecek gerçek kişilerce arabuluculuk faaliyeti yürütülebilmelidir.

2.3.3.4.2. Şekil

Arabulucu sözleşmesinin yabancılık unsuru içermesi hâlinde arabulucu sözleşmesinin şekline uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekir. Zira şekil meselesi arabulucu sözleşmesi statüsü kapsamının dışında tutulmalıdır. Farklı hukuk düzenlerinde ve Türk hukukunda arabulucu sözleşmesi konusunda şekil serbestîsi ilkesi kabul edilmiştir. Bu nedenle, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarıyla uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözme konusunda

³⁸³ Bu konuda özel statülü yabancıların durumuna da değinilmelidir. Zira özel statülü yabancı grubundan olan mavi ve turkuaz kartlılar için bazı istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanacakları Türk Vatandaşlığı Kanunu-TVK (RG: 12.06.2009-27256) ve Uluslararası İşgücü Kanunu-UİK (RG: 13.08.2016-29800) ile düzenlenmiştir. Kanaatimizce HUAK ile açıkça Türk vatandaşı olmak şartı aranması ve mavi ve turkuaz kartlıların en nihayetinde yabancı olması nedeniyle arabulucu olmaları mevcut durumda mümkün değildir.

³⁸⁴ Arabuluculuğun bir yargılama faaliyeti olmaması nedeniyle, Türk hukukunda aranan hukuk fakültesi mezunu olma şartının kaldırılması gerektiğine ilişkin yerinde bir öneri için bkz.: **Dost**, Mediation, s. 96.

anlaşması hâlinde arabulucu sözleşmesi kurulmaktadır. Bir başka deyişle, arabulucu sözleşmesi yazılı olarak kurulabileceği gibi sözlü olarak da kurulabilir.

Kanaatimizce arabulucu sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk konusunda genel esaslardan hareket edilmelidir. Bu nedenle, MÖHUK m. 7 uyarınca arabulucu sözleşmesinin yapıldığı yer hukukuna veya arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukuka göre şeklen geçerli kabul edilen sözleşmelerin şekil şartını sağladığı kabul edilmelidir. Öte yandan, taraflarca şekle uygulanmak üzere seçilen hukuka veya arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuka uygun olarak yapılan arabulucu sözleşmeleri de şeklen geçerli kabul edilebilir kanaatindeyiz.

2.3.3.5. Uygulanacak Hukuku Sınırlayan Hâller

Arabulucu sözleşmesine yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bazı durumlarla karşılaşılabilir. Bu durumlar, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallardır. Arabulucu sözleşmesine yabancı hukukun uygulanması durumunda kamu düzeni müdahalesi gerektiren hâller ortaya çıkabilir. Örneğin; yetkili yabancı hukuk düzeninin arabulucu sözleşmesi ile arabulucu olarak taraflardan birinin vekilinin veya davaya bakan hâkimin³⁸⁵ arabulucu olarak tayin edilmesine izin vermesi hâlinde bu durum Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir. Aynı şekilde arabulucu sözleşmesine uygulanacak yabancı hukukun uyuşmazlığın taraflarının işçi, tüketici, çocuk gibi zayıf durumda olan kişiler olması hâlinde arabulucunun seçimini diğer tarafa bırakması hâlinde de yabancı hukukun uygulanması Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir. Eşitlik ilkesinin bir yansıması olarak yetkili yabancı hukuk tarafından arabulucu sözleşmesi ile arabulucu belirleme yetkisinin tek bir tarafa verilmesine olanak sağlanması hâli de arabuluculuğun özüyle bağdaşmaz ve Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir kanaatindeyiz. Öte yandan, arabulucu sözleşmesinin mâhiyeti gereği, arabulucu sözleşmesi bakımından doğrudan uygulanan kuralların müdahalesinin görülme ihtimali pek bulunmamaktadır.

2.4. Arabuluculuğa Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

2.4.1. Genel Olarak

Hukuk sistemlerinde arabuluculuk yönteminin bazı uyuşmazlıkların çözümünde kullanılması, bazı uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmaması arzu edilmiştir. Bir başka deyişle, bazı hukukî uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli kabul edilirken, bazı uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli nitelikte kabul edilmemiştir. Örneğin, Türk hukukunda alacak

³⁸⁵ Anayasa'nın 140. maddesi uyarınca; *hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar*. Bu nedenle, mevcut durumda Türk hukukunda hâkimlerin arabulucu olarak görev yapmaları mümkün değildir.

davasına ilişkin uyuşmazlıklar, tazminat uyuşmazlıkları, taşınır mallara ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli iken tarafların üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisinin bulunmadığı boşanma ve ayrılık davaları, nesebe ilişkin davalar ve çekişmesiz yargı işleri arabuluculuğa elverişli değildir³⁸⁶. Uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmaması hâlinde arabuluculuk faaliyeti olumlu sonuçlansa dahi anlaşma belgesinin icrası mümkün olmayacaktır. Zira devletler arabuluculuğa elverişli kabul etmediği bir uyuşmazlığa ilişkin anlaşma belgesinin ülke sınırlarında hüküm ve sonuç doğurup icra edilmesini kural olarak kabul etmeyeceklerdir.

Arabuluculuğa elverişliliğin³⁸⁷ Milletlerarası Özel Hukuk boyutunu ilgilendiren husus ise yabancılik unsurunun bulunduğu durumlarda arabuluculuğa elverişliliğe uygulanacak hukuktur³⁸⁸. Uyuşmazlıkla irtibatlı olan iki hukuk düzeninin birinde arabuluculuğa elverişli kabul edilen uyuşmazlığın diğer hukuk sisteminde arabuluculuğa elverişsiz kabul edilmesi hâlinde nasıl hareket edilmesi gerektiği önemli bir sorundur. Farklı ülke düzenlemelerinde ve Türk hukukunda arabuluculuğa elverişliliğe uygulanacak hukuka yönelik düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Farklı ülke düzenlemelerinde ve buna paralel olarak Türk hukukunda genellikle arabuluculuğa elverişliliğe hangi hukukun uygulanacağına yönelik düzenleme yapılmamakta yalnızca hangi hukukî konuların arabuluculuk yöntemi kullanılarak çözülebileceği belirlenmektedir. Bu nedenle, arabuluculuğa elverişlilik konusunda oluşabilecek Kanunlar İhtilâfî meselelerinin nasıl çözüleceğine ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunulması yerinde olacaktır. Arabuluculuğa elverişlilik düzenlemeleri kanaatimizce maddî Milletlerarası Özel Hukuk kuralları ile değil milletlerarası arabuluculuğa ilişkin Kanunlar İhtilâfî kuralları ile düzenlenmelidir. Bu noktada, arabuluculuğa elverişliliğe uygulanacak hukuk konusunda akla genel en önemli bağlama noktaları; tarafların müşterek millî hukuku, ikametgâh ve mutat mesken hukuku, arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk, arabuluculuk yeri hukuku ve taraflar arasındaki ve taraflarca seçilen hukuktur.

Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişliliğinin hangi hukuka tabi tutulması gerektiği hususunda tarafların müşterek millî hukuku veya müşterek ikametgâh-mutat mesken hukuku bağlama noktasının incelenmesi yerinde olacaktır. Zira arabuluculuk faaliyetinin olumlu sonuçlanması hâlinde arabuluculuğa elverişlilik meselesinin en fazla gündeme geleceği devletler; tarafların müşterek millî hukukunun veya müşterek ikametgâh-mutat mesken

³⁸⁶ **Taşpolat Tuğsavul**, s. 110.

³⁸⁷ Arabuluculuğa elverişsizlik ile arabuluculuk sözleşmesinin geçersizliği birbirine karıştırılmamalıdır. Zira arabuluculuğa elverişli olup arabuluculuk sözleşmesinin geçersiz olduğu uyuşmazlıklar olabilir. Örneğin bir satım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülebilmesi için ehliyetsiz kişiler tarafından akdedilen arabuluculuk sözleşmesi geçerli değildir; ancak uyuşmazlık arabuluculuğa elverişlidir.

³⁸⁸ Tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuka ilişkin değerlendirmeler için bkz.: **Özel**, s. 51-59.

hukukunun bulunduğu devletlerdir. Bu nedenle, arabuluculuğa elverişliliğe uygulanacak hukuk konusunda, taraf menfaatinden hareket edilip müşterek millî hukuk, müşterek ikametgâh hukuku veya mutata mesken hukuku bağlama noktası olarak kabul edilebilir.

Arabuluculuğa elverişliliğe uygulanacak hukuk konusunda akla gelen diğer ihtimal ise arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuktur. Buna göre, arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk, arabuluculuğa elverişlilik bakımından ilgili uyuşmazlıkla yakın irtibata sahiptir. Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukukun arabuluculuğun elverişliliğe uygulanması hukukî belirlilik ilkesine uygun olması nedeniyle taraflarca beklenmeyen bir hukuk sisteminin uygulanması sonucunu doğurmaz. Bu nedenle, arabuluculuğa elverişlilik meselesi arabuluculuk sözleşmesi statüsüne tâbi tutulabilir.

Arabuluculuğa elverişliliğe uygulanacak hukuk, arabuluculuk yeri hukuku olarak da belirlenebilir. Zira arabuluculuk yerinin taraflar ve arabulucu ile irtibatı bulunmaktadır. Bu nedenle, arabuluculuk yeri hukukunun, arabuluculuğa elverişliliğe uygulanması beklenmeyen bir durum değildir. Öte yandan, tarafların arabuluculuğa elverişliliğe uygulanacak hukuku seçebilmelerine de imkân tanınması kanaatindeyiz. Zira çalışmamızın bütününde belirttiğimiz üzere taraf iradesi temeline kurulan arabuluculuk sürecinin her aşamasında hukuk seçimi imkânı tanınmalıdır.

Arabuluculuğa elverişlilik konusunda ortaya çıkan uyuşmazlığın arabuluculuk faaliyetinin hangi aşamasında görüleceği hususu da önemlidir. Nitekim arabuluculuğa elverişliliğe ilişkin uyuşmazlığın arabuluculuk oturumu sırasında veya anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi aşamasında söz konusu olabileceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle, her iki ihtimalin ayrı ayrı değerlendirilmesinde fayda görmekteyiz.

2.4.2. Arabuluculuğa Elverişlilik Sorununun Arabuluculuk Oturumları Sırasında Ortaya Çıkması

Arabuluculuğa elverişlilik sorunu öncelikle arabuluculuk oturumları sırasında gündeme gelebilir. Arabuluculuk oturumuna başladıktan sonra uyuşmazlığın, tarafların irtibatlı olduğu hukuk sistemlerinde veya arabuluculuk yeri hukukuna göre arabuluculuğa elverişli olmadığı ileri sürülmesi veya anlaşılması hâlinde ne şekilde hareket edilmesi gerektiği ele alınmalıdır.

Arabuluculuk oturumları esnasında, arabuluculuğa elverişsizlik iddiası taraflarca ileri sürülebileceği gibi arabulucu tarafından da ileri sürülebilir. Arabuluculuğa elverişsizlik iddiasının taraflarca ileri sürülmesi ile arabulucu tarafından ileri sürülmesi konusunda fark bulunması nedeniyle bu iki durum birbirinden bağımsız olarak incelenmelidir.

2.4.2.1. Taraflarca İleri Sürülmesi

Arabuluculuk sürecinin başından sonuna kadar tarafların arabuluculuğa elverişlilik hususunda herhangi bir itirazda bulunmayacakları düşünülebilir. Ancak taraflar süreç içerisinde uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesi fikrinden uzaklaşmak suretiyle veya anlaşma belgesinin arabuluculuğa elverişsizlik nedeniyle icra edilemeyeceği düşüncesiyle arabuluculuğa elverişsizlik itirazında bulunabilir. Arabuluculuk oturumları sırasında, arabuluculuğa elverişsizlik itirazının taraflardan biri veya her ikisi tarafından ileri sürülmesinin arabuluculuk sürecine etkisi ne olacaktır? Kanaatimizce arabulucu bu durumda, uyuşmazlık konusunun taraflarla irtibatlı hukuk sistemlerinde arabuluculuğa elverişli olup olmadığını değerlendirilmelidir. Uyuşmazlığın taraflarla irtibatlı hukuk sistemlerinin birinde dahi arabuluculuğa elverişli kabul edilmemesi hâlinde kanaatimizce arabuluculuk faaliyetine son verilebilir. Zira kural olarak sonucundan yararlanılamayacak bir arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi taraflarca arzu edilmez.

2.4.2.2. Arabulucu Tarafından İleri Sürülmesi

Arabuluculuğa elverişlilik meselesi taraflarca ileri sürülmeyip arabulucu tarafından tespit edilebilir. Arabulucu, bu durumda taraflara arabuluculuğa elverişlilik konusunda bilgi vermelidir. Kanaatimizce arabulucu, taraflara milletlerarası arabuluculuk faaliyetinin olumlu sonuçlanması hâlinde ortaya çıkacak anlaşma belgesinin hangi ülkelerde icra edilmesini arzuladıklarını sormalı ve taraflardan aldığı cevaba göre ilgili ülkelerde söz konusu uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını araştırmalı ve konuya ilişkin taraflara bilgi vermelidir. Tarafların anlaşma belgesinin icra edilmesini talep edecekleri ülke hukukunda söz konusu uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli olmaması hâlinde arabuluculuk faaliyetine arabulucu tarafından son verilmelidir.

2.4.3. Arabuluculuğa Elverişlilik Sorununun Anlaşma Belgesinin Tanınması ve Tenfizi Aşamasında Ortaya Çıkması

Milletlerarası arabuluculuk faaliyetinin başarıyla sonuçlanması hâlinde ortaya çıkan anlaşma belgesinin farklı ülkelerde tanınması ve tenfizi taraflarca talep edilebilecektir. Bu açıdan, arabuluculuğa elverişlilik meselesinin tanıma-tenfiz aşamasında gündeme gelmesi hâlinde nasıl hareket edilmesi gerektiği konusunun da tartışılması yerinde olur. Bu konuda akla gelen öneri; tanıma-tenfiz sırasında ortaya çıkan arabuluculuğa elverişlilik sorununa, tanıma-tenfiz devleti hukukunun bir başka deyişle *lex fori*'nin uygulanmasıdır. Bunun sonucu; tanıma veya tenfiz talep edilen devletin hukukuna göre arabuluculuğa elverişli olmayan bir konuda imzalanmış anlaşma belgesinin tenfiz talebi reddedilecektir. Bu yaklaşım, devlet

menfaatini esas almak suretiyle tanıma-tenfiz devletinin kamu düzenini korumaya yöneliktir. Zira milletlerarası anlaşma belgesi, tenfiz edilmesinin ardından ilgili ülkede tıpkı bir mahkeme kararı gibi icra edilecektir. Bu nedenle, tenfiz talebinin yapıldığı devlette arabuluculuğa elverişli kabul edilmeyen bir uyuşmazlığa ilişkin anlaşma belgesinin tenfiz talebinin reddedilmesi kanaatimizde yerinde olacaktır.

2.5. Arabulucunun Hak ve Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuk

Hukuk sistemlerinde arabuluculuk faaliyetinde arabulucunun hakları ve yükümlülükleri konusunda bazı düzenlemeler kabul edilmiştir. Birden fazla hukuk düzeni ile irtibatı bulunan arabuluculuk faaliyetlerinde arabulucunun hak ve yükümlülüğüne uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir.

2.5.1. Uygulanacak Hukukun Tespiti

2.5.1.1. Objektif Kıstas

Milletlerarası arabuluculukta arabulucunun hak ve yükümlülüğüne uygulanacak hukuk bakımından akla ilk gelen bağlama noktası, arabulucunun sicile kayıtlı olduğu yer hukukudur. Zira arabulucunun çeşitli eğitim ve uygulama dersleri alıp bazı sınavlara tabi tutulmak suretiyle hak ve yükümlülüklerini en iyi bildiği hukuk sistemi, arabuluculuk siciline kayıtlı olduğu yer hukukudur. Arabulucunun hak ve yükümlülüğüne uygulanacak hukuk olarak sicil yeri hukukunun uygulanmasının bazı olumlu ve olumsuz yönleri bulunmaktadır. Sicil yeri bağlama noktasının tercih edilmesinin olumlu yönü; arabulucunun genel olarak hak ve yükümlülükleri konusunda en fazla bilgi sahibi olduğu hukukun sicil yeri hukuku olması ve arabulucu bakımından taraf menfaatinin sağlanmasıdır. Sicil yeri bağlama noktasının tercih edilmesinin olumsuz yönü ise uyuşmazlığın tarafları bakımından ortaya çıkar. Zira arabulucunun taraflarla irtibatı bulunmayan bir sicile kayıtlı olması durumunda tarafların tabi olduğu hukuka göre arabulucunun sorumluluğu doğmasına karşın arabulucunun sicil yeri hukukuna göre sorumluluğu doğmayabilir. Bu durum, tarafların kendilerini güvende hissetmemesine ve arabulucunun hak ve yükümlülüğüne uyuşmazlıkla irtibatı bulunmayan hukuk sistemlerinin uygulanmasına yol açabilir.

Arabulucunun hak ve yükümlülüğüne uygulanacak hukuk konusunda arabuluculuk yeri hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı meselesi de tartışılmalıdır. Zira arabuluculuk yerinin hem taraflarla hem arabulucu ile irtibatı bulunmaktadır. Arabulucunun hak ve yükümlülüğüne arabuluculuk yeri hukukunun uygulanmasının olumlu ve olumsuz yönleri bulunmaktadır. Bağlama noktası olarak arabuluculuk yerinin tercih edilmesinin olumlu yönü; arabuluculuk yerinin taraflar ve arabulucu ile müşterek irtibatının bulunmasıdır. Böylelikle

taraf lar ve arabulucu için öngörülme yen bir neticenin ortaya çıkma olasılığı en aza indirilecektir. Dahası, kurumsal arabuluculuk merkezleri bakımından arabuluculuk yeri hukukunun uygulanması daha uygundur. Bağlama noktası olarak arabuluculuk yerinin tercih edilmesinin olumsuz yönü ise arabuluculuk yerinin taraflarca rastgele seçilmiş olması ihtimalinde ortaya çıkar. Örneğin milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde arabuluculuk yeri taraflara eşit uzaklıkta olan bir ülke olarak rastgele belirlendiğinde arabulucunun hak ve yükümlülüğüne arabuluculuk yerinin uygulanması özellikle taraf ve düzen menfaati bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilir.

Arabulucunun hak ve yükümlülüğüne uygulanacak hukukun tespiti konusunda taraflar ve arabulucunun müşterek millî hukuku bağlama noktasının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira müşterek millî hukuka sahip taraflar ve arabulucu, sübjektif veya ekonomik kıstas uyarınca milletlerarası nitelikte bulunan arabuluculuk faaliyetinde yer alabilirler. Kanaatimizce bu durumda en uygun bağlama noktalarından biri tarafların ve arabulucunun müşterek millî hukukudur. Zira bu ihtimalde taraf menfaati ve düzen menfaati sağlanmış olacaktır.

2.5.1.2. Sübjektif Kıstas

Arabulucunun hak ve yükümlülüğüne uygulanacak hukukun tespiti konusunda akla gelen bir diğer ihtimal bu konuda hukuk seçimi imkânının tanınmasıdır. Ancak arabuluculuk faaliyetinin diğer aşamalarının aksine bu durumda uygulanacak hukuk yalnızca taraflarca seçilmemelidir. Zira bu durumda esasen söz sahibi olması gereken kişilerden biri de arabulucudur. Bu nedenle, hukuk seçimi imkânı tanınması durumunda, arabulucu ile taraflar arabulucunun hak ve yükümlülüğüne uygulanacak hukuku birlikte tayin edebilir. Kanaatimizce bu seçim arabuluculuk sürecinin her aşamasında yapılabilecek olmasına rağmen, arabulucu sözleşmesi ile arabuluculuk oturumları başlamadan yapılması yerinde olur. Zira taraflar ve arabulucunun, arabuluculuk oturumları başlamadan önce arabulucunun sorumluluğuna uygulanacak hukuk bilmeleri açıklık ve hukukî öngörülebirlilik ilkeleri bakımından uygun olacaktır.

2.5.2. Uygulanacak Hukukun Kapsamı

Arabulucunun hak ve yükümlülüğüne uygulanacak hukukun kapsamına hangi hususların girdiği konusu da incelenmelidir. Arabulucunun en önemli haklarından biri; ücret, avans ve masraf talep etme hakkı olup bu mesele farklı ülke düzenlemelerinde ve Türk

hukukunda yer almaktadır³⁸⁹. Milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde arabulucunun ücret, avans ve masraf talep etme hakkına arabulucunun hak ve yükümlüğüne uygulanacak hukuka göre karar verilmelidir.

Arabulucunun bir diğer hakkı da; arabulucu unvanını kullanma hususundadır³⁹⁰. Arabuluculuk unvanını kullanma, hak olduğu kadar yükümlülük olup arabulucu tarafından arabulucu olduğu açıkça beyan edilmelidir. Milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde arabulucu unvanını kullanma hakkı veya yükümlülüğü konusundaki uyuşmazlıklar arabulucunun hak ve yükümlüğüne uygulanacak hukuka tâbi tutulmalıdır kanaatindeyiz.

Milletlerarası arabuluculukta arabulucunun sorumluluğu kapsamında incelenmesi gereken önemli durumlardan biri de arabulucu yardımıyla tanıma-tenfiz edilebilir bir anlaşma belgesinin yapılması hususundadır. Türk hukukunda ve farklı hukuk düzenlerinde arabulucuların anlaşma belgesinin tenfiz edilebilirliği konusunda sorumluluğuna ilişkin herhangi bir hükme rastlanılmamıştır. Arabulucunun tanıma-tenfiz edilebilir bir anlaşma belgesi yapılması hususunda yükümlülüğünün bulunup bulunmadığına arabulucunun hak ve yükümlüğüne uygulanacak hukuka göre karar verilmelidir kanaatindeyiz.

Çeşitli kurumsal arabuluculuk merkezlerinin kurallarında arabulucunun tanıma-tenfiz edilebilir bir anlaşma belgesi hazırlanması konusunda elinden gelen çabayı göstermesi gerektiğine değinilse de arabulucunun bu konudaki sorumluluğunun ayrıntılarına değinilmemiştir. Kanaatimizce arabulucunun tenfiz edilebilir bir anlaşma belgesi hazırlanması sadece bir ödev niteliğinde olup anlaşma belgesinin ilgili ülkelerde tanıma-tenfiz edilmemesi hâlinde arabulucuya herhangi bir müeyyide uygulanmamalıdır.

³⁸⁹ Türk hukukunda bu husus HUAK'ın 7. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, arabulucu, yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilecektir.

³⁹⁰ **Dost**, Mediation, s. 87.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI USUL HUKUKUNDA ARABULUCULUK

3.1. Arabuluculuk Usulüne İlişkin Milletlerarası Kurallar

Birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk müessesinin kullanılması son yıllarda oldukça yaygınlaşmıştır. Buna paralel olarak, çeşitli milletlerarası kuruluşlar, uyuşmazlıkların dostane bir şekilde çözüme kavuşturulması amacıyla bünyesinde arabuluculuk kuralları kabul etmiştir. Çalışmamızın bu başlığı altında; Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu - UNCITRAL (*United Nations Commission on Trade Law*)³⁹¹, Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce*)³⁹², Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (*International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID*)³⁹³ ve İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC)³⁹⁴ Arabuluculuk Kuralları incelenecektir.

3.1.1. UNCITRAL Düzenlemeleri

3.1.1.1. UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları

3.1.1.1.1. Genel Olarak

İkinci Dünya Savaşından sonra dünya genelinde milletlerarası ticaretin ve yatırımların serbestleşmesi ve yaygınlaşmasına yönelik bir politika izlenmiştir. Bu bağlamda, gelişmekte olan ülkelerin dış yatırımlara uygun hâle gelebilmesi için dostane uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanılması güvenilir bir yol olarak görülmüştür³⁹⁵. UNCITRAL, uluslararası ticaretin belli kurallara bağlanarak daha iyi şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 17.12.1966 tarihli ve 2205 sayılı kararı ile kurulmuştur³⁹⁶. UNCITRAL'ın bu amacını gerçekleştirebilmesi için uluslararası ticarete meydana gelecek uyuşmazlıkların adil ve hızlı bir şekilde çözülmesi gerekmektedir. UNCITRAL'ın uyuşmazlık çözümü konusundaki çalışmalarının büyük kısmı tahkim

³⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html (Erişim Tarihi: 03.05.2019).

³⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz.: <https://iccwbo.org/about-us/> (Erişim Tarihi: 09.02.2019).

³⁹³ ICSID hakkında bilgi için bkz.: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/default.aspx> (Erişim Tarihi: 09.02.2019). Şubat 2019 itibariyle ICSID'i kabul eden akit devlet sayısı 154'dür. Bu devletlerin listesi için bkz.: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> (Erişim Tarihi: 18.02.2019).

³⁹⁴ ISTAC hakkında bilgi için bkz.: <https://istac.org.tr/hakimizda/> (Erişim Tarihi: 18.02.2019).

³⁹⁵ **Alexander / Steffek**, s. 50; **Zenginkuzucu, Dikran M.**: Uluslararası Ticaret ve Yatırım Uyuşmazlıklarında Dostane Çözüm, B. 2, İstanbul 2017, s. 5 (Dostane Çözüm).

Zenginkuzucu, Dostane Çözüm, s. 5.

³⁹⁶ UNCITRAL'ın temel hedefi; uluslararası ticaretin yaygınlaştırılması suretiyle gelişmekte olan ülkelerin koşullarının iyileştirilmesidir. Zira devletlerin uluslararası ticaret düzenlemelerinin de farklı olmasının uluslararası ticaretin gelişimine engel teşkil ettiği düşünülerek bu kurallara uyum ve yeknesaklık kazandırılması amacıyla UNCITRAL kurulmuştur: **Zenginkuzucu**, Dostane Çözüm, s. 32-33.

kurallarından oluşsa da UNCITRAL, ADR'ler konusuna kayıtsız kalmamış ve bir dizi arabuluculuk kuralları geliştirmiştir. 1980 yılında kabul edilen UNCITRAL Arabuluculuk³⁹⁷ Kuralları bu çalışmaların en önemlisidir. UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları Komisyon tarafından 23 Temmuz 1980 tarihinde düzenlenmiş 4 Aralık 1980 tarihinde BM Genel Kurulunca 35/52 sayılı kararla tavsiye edilmiştir³⁹⁸.

UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları ile birçok konuda uyuşmazlığın taraflarının iradesine üstünlük tanınmış ve tarafların irtibatlı olduğu hukuk sistemlerine uygun hareket edilmiştir. Bu bakımdan, taraflar arabuluculuk sürecinde kuralların yalnızca bir kısmını kabul edebileceği gibi kuralları arzu ettikleri şekilde değiştirebilir. Bu Kuralların, taraflarca değiştirilemeyen bir hukukî düzenleme ile çelişmesi hâlinde, ilgili düzenlemenin millî veya milletlerarası nitelikte olup olmadığına bakılmaksızın ilgili düzenlemeye üstünlük tanınacaktır³⁹⁹.

UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları; özellikle uluslararası ticarî ilişkiler⁴⁰⁰ konusunda çıkan uyuşmazlıkları dostane bir şekilde çözüme kavuşturması ve arabuluculuk sürecinde edinilen bilgilerin tahkim ve dava sürecinde gizlilik ilkesine riayet edilerek kullanılmaması nedeniyle milletlerarası arenada kabul görmüştür⁴⁰¹. Bu Kurallar, arabuluculuğu millî hukuklarında desteklemek isteyen ülkeler için bir çerçeve oluşturmuş ve modern arabuluculuk kurallarını önemli ölçüde etkilemiştir. Zira günümüzdeki kurumsal arabuluculuk kuralları incelendiğinde UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları ile benzerlik gösterdiği görülmektedir⁴⁰².

3.1.1.1.2. Usul

3.1.1.1.2.1. Sürecin Başlaması ve Arabulucunun Seçimi

UNCITRAL Arabuluculuk Kurallarına göre arabuluculuk sürecinin icra edilebilmesi için taraflarca arabuluculuk sözleşmesi akdedilmiş olması gerekmektedir⁴⁰³. Arabuluculuk sözleşmesinin mevcut olması hâlinde, arabuluculuk süreci taraflardan birinin uyuşmazlığın diğer tarafına, uyuşmazlığın konusunu kısaca belirtmek suretiyle yazılı olarak bir teklifte

³⁹⁷ UNCITRAL tarafından yapılan çalışmada uzlaştırma olarak tercüme ettiğimiz *conciliation* kavramı kullanılmış olsa da bu kavramın Türk hukukundaki karşılığının uzlaştırma değil arabuluculuk olduğu görülmektedir. Bu nedenle, çalışmamızda UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları ifadesi tercih edilmiştir. Nitekim farklı hukuk düzenlerinde de *conciliation* ifadesi arabuluculuk anlamında da kullanılabilir: **Alexander / Steffek**, s. 50.

³⁹⁸ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/35/52 (Erişim Tarihi: 03.05.2019).

³⁹⁹ **Polat**, s. 87; **Zenginkuzucu**, Dostane Çözüm, s. 34.

⁴⁰⁰ UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları yalnızca uluslararası ticarî ilişkilere yönelik kurallar olmayıp diğer hukukî uyuşmazlık türleri bakımından da bu kurallara başvurulabilir: **Zenginkuzucu**, Dostane Çözüm, s. 32-33.

⁴⁰¹ **Slate, K. William / Lieberman, H. Seth / Weiner, R. Joseph / Micanovic, Marco**: *UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Its Workings in International Arbitration and a New Model Conciliation Law*, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 6, S. 3, s. 94.

⁴⁰² **Slate / Lieberman / Weiner / Micanovic**, s. 94.

⁴⁰³ **Şanlı**, Uluslararası Ticarî Akitler, s. 496.

bulunması ve diğer tarafın arabuluculuk teklifini yazılı veya sözlü olarak kabul etmesiyle başlayacaktır. Ancak, sözlü olarak yapılan kabulün yazılı olarak teyit edilmesi gerektiğinden⁴⁰⁴ kabulün yazılı olarak yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

UNCITRAL Arabuluculuk Kurallarına göre, uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesine dair teklifte bulunan taraf, teklifiyle 30 gün boyunca bağlı kalacaktır. Karşı taraf 30 günlük süre içerisinde herhangi bir cevap vermezse teklif reddedilmiş sayılır.

Arabuluculuk süreci kural olarak tek arabulucu tarafından yürütülecektir. Ancak taraflarca iki ya da üç arabulucu⁴⁰⁵ tayin edilebilmesi mümkün olup birden fazla arabulucunun bulunduğu durumlarda arabulucuların ortak hareket etmeleri gerekmektedir. Tarafların tek arabulucu seçmeleri hâlinde arabulucunun kim olacağı hususunda anlaşmaları gerekmektedir. Tarafların uyuşmazlığın çözümünde iki arabulucudan faydalanmayı talep etmesi hâlinde her bir taraf bir arabulucu seçmek suretiyle arabulucu sözleşmesi akdedecektir. Tarafların uyuşmazlığın çözümünde üç arabulucunun yer almasını talep etmesi hâlinde ise her bir taraf bir arabulucu seçecek, ardından taraflar üçüncü arabulucunun kim olacağı hususunda aralarında anlaşmaya varacaktır. Taraflar arabulucuyu tayin hususunda anlaşamamaları hâlinde, gerekli gördükleri özel nitelikleri de belirtmek suretiyle çeşitli kuruluş ve kişilerden yardım alabilir⁴⁰⁶.

UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları uyarınca, arabulucunun tek bir kişi olarak seçilmesi hâlinde arabulucunun taraflardan biriyle aynı vatandaşlığa sahip olmaması gerekir. Aynı şekilde, arabulucu üç kişi olarak belirlenmişse üçüncü arabulucunun taraflardan biriyle aynı vatandaşlığa sahip olmaması gerekir. Arabulucunun iki kişi olarak belirlenmesi hâlinde her iki arabulucunun da taraflardan birinin vatandaşlığında bulunmasının bir mahsuru bulunmamaktadır. Örneğin, taraflardan birinin İtalyan diğerinin Fransız vatandaşı olması hâlinde bir İtalyan ve bir Fransız olmak üzere iki arabulucu seçilebilir.

3.1.1.1.2.2. Sürecin Yönetimi

UNCITRAL Arabuluculuk Kurallarına göre yürütülen arabuluculuk faaliyetinde sürecin yönetimi konusunda arabulucu yetkilidir. Arabulucu, bağımsızlık ve tarafsızlık

⁴⁰⁴ **Zenginkuzucu**, Dostane Çözüm, s. 34.

⁴⁰⁵ UNCITRAL kurallarına göre yürütülen arabuluculuk faaliyetinde üçten fazla arabulucunun atanması mümkün değildir: **Polat**, s. 89.

⁴⁰⁶ Taraflar, arabulucu seçimi hususunda yardım alacağı kuruluş ve kişilerden iki farklı talepte bulunabilir. Bunlardan ilki; ilgili uyuşmazlıkta görev alabilecek arabulucuların listesinin hazırlanması diğeri ise arabulucunun seçimi hususunda ilgili kişi veya kuruluşa doğrudan atama yapmasını talep etmektir: **Zenginkuzucu**, Dostane Çözüm, s. 35; **Polat**, s. 89. UNCITRAL Arabuluculuk Kurallarında –tahkim kurallarından farklı olarak- arabulucunun atanması konusunda anlaşma sağlanamaması hâlinde zorunlu bir atama makamı belirlenmemiştir. Bu nedenle, arabuluculuk usulünün yürürlük kazanabilmesi için tarafların arabulucunun tayini konusunda anlaşmaları gerekmektedir: **Şanlı**, Uluslararası Ticarî Akitler, s. 497.

ilkesini, hakkaniyet ve adaleti, ticarî gelenekleri ve tarafların geçmiş ilişkilerini dikkate alarak arabuluculuk sürecini yürütecektir⁴⁰⁷. Bu bağlamda, tarafların avukatlar, çeşitli uzmanlar veya kişilerce temsil edilebildiği arabuluculuk faaliyetinde arabulucu, tarafları/temsilcilerini birlikte veya ayrı görüşmeye davet edebilir ve bu kişilerle sözlü veya yazılı iletişim kurabilir⁴⁰⁸. Arabulucu, tarafların iradesine uygun olarak arabuluculuk sürecinde bazı yetkilere sahip olabilir. Bu nedenle, örneğin tarafların rıza göstermesi hâlinde arabuluculuk yeri arabulucu tarafından belirlenebilir.

UNCITRAL Arabuluculuk Kurallarına göre yürütülen süreçte arabulucu, faaliyetin başlamasının ardından her bir taraftan uyuşmazlığın genel özelliklerini ve önemli noktaları açıklayan kısa bir yazılı açıklama sunmasını istemelidir. Her bir tarafın arabulucuya sunduğu açıklamanın bir kopyasını diğer tarafa göndermesi gerekmektedir. Böylelikle, hem taraflar hem arabulucu uyuşmazlığın kaynağına ve özelliklerine hâkim olacak ve çözülmesi gereken hususlar belirlenecektir. Tarafların arabuluculuk sürecinde aktif rol alabilmeleri için, arabuluculuk sürecinin yönetiminde gizlilik ilkesine riayet edilecek, taraflardan birinin arabulucuya gizli tutulmak koşuluyla herhangi bir bilgi vermesi hâlinde, arabulucu bu bilgiyi karşı tarafla paylaşmayacaktır. Arabulucunun taraflardan birinin gizli tutulmasını talep ettiği bilgileri karşı tarafla paylaşması hâlinde ise sorumluluğu doğacaktır.

3.1.1.1.2.3. Sürecin Sona Ermesi

UNCITRAL Kurallarına göre yürütülen arabuluculuk faaliyetinde nihaî amaç; taraflar arasındaki uyuşmazlığın başarılı şekilde sonlandırılmasıdır. Bu nedenle, sürecin en uygun sona erme biçimi taraflar arasında uzlaşmanın sağlanmasıdır. Bu konuda, en büyük sorumluluk uyuşmazlıkta görev alan arabulucuya düşmektedir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın son bulmasına yönelik olarak arabulucu, uyuşmazlığı değerlendirmek suretiyle, taraflara çözüm önerileri sunacaktır. Tarafların bu öneriler üzerinde uzlaşması hâlinde anlaşma belgesinin taraflar ve arabulucu tarafından akdedilmesiyle birlikte uyuşmazlık son bulacaktır⁴⁰⁹. Süreç sonunda oluşan anlaşma belgesi bakımından şekil şartı kabul edilmiş ve belgenin yazılı olması ve taraflarca imzalanması gerektiği belirtilmiştir⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ **Zenginkuzucu**, Dostane Çözüm, s. 36.

⁴⁰⁸ UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları ile arabulucuya esnek hareket etme yetkisi verilmek suretiyle sürecin başarılı olması amaçlanmıştır: **Polat**, s. 90.

⁴⁰⁹ **Şanlı**, Uluslararası Ticarî Akitler, s. 497. Anlaşma belgesi, icra edilebilmesi için gerekli durumların dışında gizli niteliktedir. Taraflar, arabuluculuk süreci sonunda akdettikleri anlaşma belgesinde, taraflardan birinin sözleşmeye uymaması hâlinde tahkime gidileceğine ilişkin hüküm koyabilirler: **Zenginkuzucu**, Dostane Çözüm, s. 36.

⁴¹⁰ **Polat**, s. 91.

Arabuluculuk sürecinin sona ermesi sonucunu doğuracak bir başka durum; taraflardan birinin veya her ikisinin arabuluculuk faaliyetine son verme konusunda irade beyanında bulunmasıdır. Zira arabuluculuk faaliyeti gönüllülük esasına dayanan bir yöntem olması nedeniyle, taraflardan birinin bu süreçte yer almak istememesi arabuluculuk sürecini sonlandırır. UNCITRAL Arabuluculuk Kurallarına göre bunun için yazılı beyan gerekmektedir. Yazılı beyan olduğu takdirde beyan tarihinde arabuluculuk faaliyeti sonlanmış olacaktır.

Öte yandan, arabulucunun tarafların fikrini aldıktan sonra arabuluculuk sürecinin devam ettirilmesine gerek olmadığını yazılı olarak beyan etmesi hâlinde de arabuluculuk faaliyeti sona erecektir. Zira arabulucunun ilgili uyuşmazlık bakımından uzlaşma ihtimali görmemesi, arabuluculuk faaliyetinin başarılı olma ihtimalini ortadan kaldırır. Bu nedenle, arabulucunun, arabuluculuk sürecinin devam etmesinin herhangi bir yararı olmayacağını yazılı olarak beyan etmesi hâlinde de beyan tarihinde arabuluculuk faaliyeti sona erecektir. Arabuluculuk sürecinin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda tahkim ya da devlet yargısı gibi diğer yöntemlere başvurulabileceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır⁴¹¹.

3.1.1.1.3. Diğer Hususlar

3.1.1.1.3.1. Masraflar

Arabuluculuk faaliyeti her ne kadar yargı yolu ve tahkime nazaran daha ucuz bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olsa da bünyesinde bazı masrafları barındırmaktadır. Bu masraflardan ilki; arabulucu ücretidir. Zira arabulucunun, yaptığı hizmet karşılığında belli bir ücret alması gerekmektedir. Arabulucu ücretinin dışında arabulucunun yolculuk ve diğer harcamaları ve arabuluculuk sürecinde yardım alınan kurum ve kuruluşlara ödenecek ücretler mevcuttur⁴¹². Arabulucu, atanmasının ardından arabuluculuk sürecindeki tüm masrafları karşılamaya yetecek miktarda taraflardan teminat yatırmalarını talep edebilir. Tarafların arabulucunun talep ettiği teminat miktarını bildirim tarihinden itibaren 30 gün için de yatırmamaları hâlinde arabulucu yazılı bir bildirimle süreci askıya alabilir veya sonlandırabilir⁴¹³.

Arabuluculuk masrafları kural olarak taraflarca eşit bir şekilde karşılanır. Ancak taraflar aralarında yapacakları anlaşmayla aksini kararlaştırabilir. Bunun dışında tarafların

⁴¹¹ **Şanlı**, Uluslararası Ticarî Akitler, s. 497. UNCITRAL Arabuluculuk Kurallarına göre yürütülen arabuluculuk faaliyeti sonucunda oluşturulan anlaşma belgesi tahkim şartı içerebilir. Böylelikle, anlaşma belgesinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkime başvurulabilecektir. Doktrinde anlaşma belgesine yönelik bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesine ilişkin anlayışın son derece dikkat çekici olduğu, tahkim yolunun kullanılması ile uyuşmazlığın sonlandırılmasının amaçlandığı ifade edilmiştir: **Polat**, s. 92.

⁴¹² **Polat**, s. 93.

⁴¹³ **Polat**, s. 94; **Zenginkuzucu**, Dostane Çözüm, s. 38.

yaptığı diğer masraflar kendilerine ait olacak, arabulucunun taraflardan sürecin başında aldığı teminattan harcanmamış kısım taraflara iade edilecektir⁴¹⁴.

3.1.1.1.3.2. Arabuluculuk Sürecinde Diğer Usullere Başvuru Durumu

UNCITRAL Kurallarına göre yürütülen arabuluculuk faaliyetinde, kural olarak tarafların arabuluculuk süreci devam ederken mahkeme veya tahkime müracaat etmemeleri gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda taraflar, arabuluculuk süreci devam ederken haklarını korumak amacıyla mahkeme veya tahkim yoluna başvurabilir⁴¹⁵. Bu durumda, arabuluculuk sürecinin nasıl etkileneceği konusu da açıklığa kavuşturulmalıdır. Örneğin, taraflardan birinin arabuluculuk sürecinde haklarının korunması amacıyla geçici tedbir veya çeşitli güvenceler elde edebilmek amacıyla mahkeme veya tahkime başvurması hâlinde, ilgili uyuşmazlıkta arabulucu olarak görev yapmış kişi aynı uyuşmazlıkta hakem, hâkim ya da taraflardan birinin avukatı, temsilcisi veya danışmanı olarak görev alamaz. Zira taraflar da UNCITRAL arabuluculuk sürecine başlamadan önce aralarındaki uyuşmazlıkta arabulucu olarak görev yapmış kişinin aynı uyuşmazlıkla ilgili hakemlik veya yargı sürecinde tanık olarak gösteremeyeceklerini önceden kabul eder⁴¹⁶.

Arabuluculuk faaliyetinin tarafların istediği gibi sonuçlanmaması hâlinde, dava usulü veya diğer ADR yöntemlerine başvurabilmesi için arabuluculuk faaliyetinin kesin olarak son bulması gerekmektedir. Arabuluculuk faaliyetinin son bulmasının ardından arabuluculuk faaliyeti sırasında tarafların ve arabulucuların dile getirdikleri görüşler, kabuller, niyet beyanları ve önerileri arabuluculuğa konu uyuşmazlıkla ilgili olsun veya olmasın bir mahkeme veya tahkim sürecinde kanıt olarak gösterilemeyecektir⁴¹⁷.

3.1.1.2. Arabuluculuktan Doğan Milletlerarası Anlaşma Belgelerine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Sözleşmesi

3.1.1.2.1. Genel Olarak

26 Haziran 2018'de UNCITRAL, Arabuluculuktan Doğan Milletlerarası Anlaşma Belgelerine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin (*United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*)⁴¹⁸ nihaî taslaklarını

⁴¹⁴ Zenginkuzucu, Dostane Çözüm, s. 38.

⁴¹⁵ Polat, s. 95.

⁴¹⁶ Zenginkuzucu, Dostane Çözüm, s. 37.

⁴¹⁷ Zenginkuzucu, Dostane Çözüm, s. 37.

⁴¹⁸ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz.: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore_convention (Erişim Tarihi: 14.08.2019). Sözleşmenin Türkçe tercümesi için bkz.: Özsunay, Ergun: *Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumlu Bakımından Bir Değerlendirme*, İstanbul Barosu Dergisi, 2019, C. 93, S. 3, s. 35-47.

onaylamıştır. Aralık 2018 tarihinde ise BM Genel Kurulu, sözleşmeyi oybirliğiyle kabul etmiş, Sözleşmenin *Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi* veya *Singapur Sözleşmesi* olarak bilinmesini önermiş⁴¹⁹ ve Singapur'da Sözleşmenin imzaya açılmasını kararlaştırmıştır⁴²⁰. Sözleşme, 7 Ağustos 2019'da imzaya açılmış ve Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 46 devlet tarafından imzalanmıştır⁴²¹. Singapur Sözleşmesi ile Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesinin (*The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*)⁴²² milletlerarası hakem kararlarının icrasını kolaylaştırdığı şekilde, arabuluculuk yoluyla elde edilen milletlerarası anlaşma belgelerinin icrasının da kolaylaştırılması amaçlanmıştır⁴²³. Bu suretle, şirketler bakımından dava ve tahkim yoluna ek bir uyuşmazlık çözüm seçeneği geliştirilmek istenmiş ve milletlerarası anlaşma belgelerinin tanınması ve tenfizi bakımından basitleştirilmiş bir usul oluşturularak adalete erişimin iyileştirilmesi amaçlanmıştır⁴²⁴.

3.1.1.2.2. Sözleşme Kapsamına Giren Anlaşma Belgeleri

Singapur Sözleşmesinin 1. maddesinde Sözleşme kapsamına giren anlaşma belgelerine yer verilmiştir. Bu bakımdan, anlaşma belgesinin ticarî nitelikteki uyuşmazlıklara ilişkin olması, bir arabuluculuk faaliyeti sonucunda oluşması, yazılı olması, milletlerarası nitelik taşıması ve kapsam dışında bırakılan anlaşma belgelerinden olmaması gerekmektedir.

3.1.1.2.2.1. Ticarî Nitelikteki Uyuşmazlıklara İlişkin Olma Şartı

Singapur Sözleşmesinin kapsamına yalnızca ticarî nitelikteki uyuşmazlıklara ilişkin anlaşma belgeleri girmektedir⁴²⁵. Bu bakımdan, ticarî nitelik taşımayan uyuşmazlıklara ilişkin

⁴¹⁹ Bundan sonra *Singapur Sözleşmesi* olarak anılacaktır.

⁴²⁰ <https://www.singaporeconvention.org/about-convention.html> (Erişim Tarihi: 09.08.2019).

⁴²¹ Bu devletler; Afganistan, Amerika Birleşik Devletleri, Belarus, Benin, Brunei Sultanlığı, Çin, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Eswatini, Fiji, Filipinler, Gürcistan, Grenada, Haiti, Honduras, Hindistan, İran, İsrail, Jamaika, Karadağ, Katar, Kazakistan, Kolombiya, Kongo, Kore Cumhuriyeti, Kuzey Makedonya, Lao Demokratik Halk Cumhuriyeti, Malezya, Maldivler, Mauritius, Nijerya, Palau, Paraguay, Samoa, Sırbistan, Suudi Arabistan, Sierra Leone, Singapur, Sri Lanka, Şili, Timor-Leste, Türkiye, Uganda, Ukrayna, Uruguay, Ürdün ve Venezuela'dır: <https://www.singaporeconvention.org> (Erişim Tarihi:22.08.2019).

⁴²² Sözleşmenin İngilizce metni için bkz.: <http://www.newyorkconvention.org/english> (Erişim Tarihi: 14.08.2019). Sözleşmenin Türkçe metni için bkz.: <http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi> (Erişim Tarihi: 14.08.2019). Sözleşme, Türkiye tarafından 08.05.1991 tarihinde 3731 sayılı Kanunla kabul edilmiş ve 21.05.1991 tarihli ve 20877 sayılı resmî gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bundan sonra *NewYork Sözleşmesi* olarak anılacaktır.

⁴²³ **Chua, Eunice:** *The Singapore Convention on Mediation - A Brighter Future for Asian Dispute Resolution*, Asian Journal of International Law, Research Collection School Of Law, 2018, s. 1; **Özsunay**, s. 32; **Erdoğan, Ersin:** *Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi*, (Ed. Ersin Erdoğan) Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, s. 189 (Singapur Sözleşmesi).

⁴²⁴ <https://www.singaporeconvention.org/about-convention.html> (Erişim Tarihi: 09.08.2019).

⁴²⁵ Sözleşmenin hazırlanma aşamasında konu bakımından kapsama ilişkin tartışmalar konusunda bilgi için bkz. **Özsunay**, s. 34.

anlaşma belgelerinin Singapur Sözleşmesi kapsamında taraf devletlerce tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Sözleşme ile anlaşma belgesinin hangi durumlarda ticarî nitelikteki uyuşmazlıklara ilişkin olacağı hususu düzenlenmemiştir. Bu nedenle, ticarî nitelikteki uyuşmazlık kavramının vasıflandırılması konusunda tanıma-tenfiz talep edilen ülke hukukunun dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Singapur Sözleşmesinin 1. maddesinin 2. fıkrasında konu itibariyle Sözleşmenin uygulama alanı dışında kalan anlaşma belgelerine yer verilmiştir. Bu bakımdan, taraflardan birinin tüketici olup uyuşmazlığın kişisel, ailevi veya ev halkına ilişkin olduğu işlemler üzerinde durulmalıdır. Zira bu işlemlerden doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa konu olması ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma belgesi elde edilmesi hâlinde anlaşma belgesinin Singapur Sözleşmesi kapsamında tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır. Singapur Sözleşmesinin konu itibariyle kapsamı dışında bırakılan diğer anlaşma belgeleri; aile, miras ve iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünden elde edilen belgelerdir. Bu bakımdan, aile, miras ve iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk faaliyetine konu olması ve uzlaşma ile sonuçlanması hâlinde elde edilen anlaşma belgesinin Singapur Sözleşmesi kapsamında taraf devletlerce tanınıp tenfiz edilmesi mümkün değildir. Singapur Sözleşmesinin kapsamına yalnızca ticarî nitelikteki uyuşmazlıklara yönelik anlaşma belgeleri alındığından ek bir hüküm ile konu sınırlanmasına gidilirse dahi (tüketici) kişisel, ailevî, ev halkı, aile, miras ve iş hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin anlaşma belgelerinin ticarî nitelik taşımamaları gerekçesiyle zaten tanıma-tenfiz edilemeyeceği düşünülebilirdi. Ancak Sözleşme ile bu tür uyuşmazlıklara ilişkin anlaşma belgelerinin tereddüde yer bırakılmayacak şekilde kapsam dışı tutulması arzu edilmiştir.

3.1.1.2.2. Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Oluşma Şartı

Anlaşma belgesinin Singapur Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi için arabuluculuk faaliyeti sonucunda oluşması gerekmektedir. Örneğin, tarafların arabuluculuk müessesesini kullanmadan, aralarındaki uyuşmazlığın çözümüne yönelik yapmış oldukları sulh sözleşmelerinin⁴²⁶ Singapur Sözleşmesi kapsamında tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Zira anlaşma belgesinin Singapur Sözleşmesi kapsamında tanınması ve tenfiz edilebilmesi için mutlaka bir arabuluculuk faaliyeti sonucunda doğmuş olması gerekmektedir.

Singapur Sözleşmesinin 2. maddesinin 3. fıkrasında arabuluculuğun tanımına yer verildiği ve arabuluculuğun klasik tanımının esas alındığı görülmektedir. Bu bakımdan,

⁴²⁶ Sulh sözleşmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Karauz**, s. 51. vd.

arabuluculuğun tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları üçüncü bir kişi veya kişiler yardımıyla dostane bir çözüme kavuşturmaya çalıştıkları bir süreç olduğu ve arabulucunun bu süreçte taraflara çözüm dayatma yetkisinin bulunmadığı düzenlenmiştir. Sözleşme kapsamında anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi hususunda bu tanım esas alınacak; bir başka deyişle, tarafların yer aldıkları faaliyeti arabuluculuk olarak adlandırıp adlandırmadıkları önemli olmayacaktır. Bu bakımdan, arabuluculuk faaliyetinin zorunlu veya ihtiyarî olması, tarafların mahkeme yahut hakem tarafından yönlendirilmiş olması dikkate alınmayacaktır⁴²⁷. Taraflar arasındaki faaliyetin Sözleşmede yer alan tanıma göre arabuluculuk faaliyeti niteliğini taşıması ve anlaşma belgesinin Sözleşmede belirtilen şartları bünyesinde barındırması hâlinde taraf devletlerde anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi mümkün olacaktır.

Anlaşma belgesinin arabuluculuk faaliyeti sonucunda ortaya çıktığını ispatlama yükümlülüğü ise tanıma-tenfiz talep eden tarafa aittir. Sözleşmenin 4. maddesinin 1. fıkrasında anlaşma belgesinin arabuluculuk faaliyetinden doğduğunun ne şekilde ispatlanabileceğine değinilmiştir. Bu bakımdan, anlaşma belgesinde arabulucunun imzasının⁴²⁸ mevcut olması, arabuluculuk faaliyetinin yapılmış olduğuna ilişkin arabulucu tarafından imzalanmış bir belge veya arabuluculuk faaliyetini yöneten kuruluşun onaylama beyanı anlaşma belgesinin arabuluculuk faaliyeti sonucunda ortaya çıktığını ispatlamak hususunda yeterli kabul edilecektir. Ancak bu üç kanıtın bulunmaması durumunda yetkili makam tarafından takdiri olarak başka kanıtlar da kabul edilebilecektir.

3.1.1.2.2.3. Yazılı Olma Şartı

Singapur Sözleşmesi kapsamında anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinin söz konusu olabilmesi için anlaşma belgesinin yazılı olması gerekmektedir. Anlaşma belgesinin yazılı olması şartı ile tarafların anlaşmaya vardıkları hususlarda tereddütlerin giderilmesi ve ispatın kolaylaştırılması amaçlanmıştır⁴²⁹. *Yazılı* ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine Sözleşmenin tanımlar başlığını taşıyan 2. maddesinde değinilmiştir. Buna göre, içeriği herhangi bir şekilde kaydedilmiş anlaşma belgeleri, yazılı olarak yapılmış sayılacaktır. Bu bağlamda, erişilebilir olmak kaydıyla elektronik ortamda hazırlanan anlaşma belgeleri de yazılı olma koşulunu sağlamış kabul edilecektir.

⁴²⁷ **Erdoğan**, Singapur Sözleşmesi, s. 191; **Özsunay**, s. 36.

⁴²⁸ Singapur Sözleşmesinin 4. maddesinin 2. fıkrasında milletlerarası anlaşma belgesinde imza meselesi üzerinde durulmuş ve imza koşulunun elektronik iletilerde de gerçekleştirilebilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Bu bakımdan, anlaşma belgesi olarak kullanılmak istenilen elektronik belgelerin, tarafların ve arabulucunun kimliklerinin ve iradelerini yansıtmaları halinde imzalanma koşulu gerçekleşmiş kabul edilecektir: **Erdoğan**, Singapur Sözleşmesi, s. 196.

⁴²⁹ **Erdoğan**, Singapur Sözleşmesi, s. 195; **Özsunay**, s. 36.

3.1.1.2.2.4. Milletlerarası Nitelikte Olma Şartı

Singapur Sözleşmesinin kapsamına yalnızca milletlerarası nitelik taşıyan anlaşma belgeleri girmektedir. Bu nedenle, millî niteliği haiz anlaşma belgelerinin Sözleşme kapsamında tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Anlaşma belgesinin hangi durumlarda milletlerarası nitelikte kabul edileceği Sözleşmede düzenlenmiştir. Buna göre; ilk olarak anlaşma belgesinin en az iki tarafının iş yerlerinin⁴³⁰ farklı devletlerde bulunması hâlinde milletlerarası nitelikte olduğu kabul edilecektir. Anlaşma belgesinde ikiden fazla tarafın mevcut olabileceği ihtimalinin dikkate alındığı bu hükümle birlikte en az iki tarafın farklı devletlerde iş yerinin bulunması hâlinde başka bir koşul aranmaksızın anlaşma belgesinin milletlerarası niteliği kabul edilecektir. İkinci olarak, anlaşma belgesinin taraflarının iş yerlerinin bulunduğu devletin; anlaşma belgesi kapsamında borçların esaslı bir bölümünün ifa edileceği devletten veya anlaşma belgesinin konusunun en sıkı ilişkili olduğu devletten farklı olması halinde de milletlerarası anlaşma belgesinin mevcut olduğu kabul edilecektir. Buna göre, tarafların iş yerleri aynı devlette bulunsada dahi bu iki şartın sağlanması hâlinde milletlerarası anlaşma belgesinin oluştuğu varsayılacaktır⁴³¹. Bu noktada, *anlaşma belgesi kapsamında borçların esaslı bir bölümünün ifa edileceği devlet ve anlaşma belgesinin konusunun en sıkı ilişkili olduğu devlet* kavramlarının açıklanması gerekir. Kanaatimizce bu kavramların takdiri, Sözleşmede hüküm bulunmaması nedeniyle tanıma-tenfiz talep edilen devlet tarafından yapılmalıdır.

Singapur Sözleşmesi kapsamında dikkat çeken en önemli hususlardan biri anlaşma belgesinin milletlerarası niteliğinin tespitinde taraflardan hareket edilmiş olmasıdır. Zira anlaşma belgesinin milletlerarası niteliği konusunda arabuluculuk yeri kıstası kullanılmamıştır. Bu bakımdan, anlaşma belgesinin mutlaka bir millî hukuka ait olması gerekmemekte, yalnızca anlaşma belgesinin Sözleşme ile belirlenen koşullar çerçevesinde milletlerarası nitelikte olup olmadığı meselesi önem taşımaktadır⁴³².

Singapur Sözleşmesinin 1. maddesinde, anlaşma belgesinin milletlerarası niteliği konusunda zaman bakımından bir belirleme yapılmıştır. Buna göre, bir anlaşma belgesinin Sözleşme kapsamına girebilmesi için oluşturulduğu anda milletlerarası nitelik taşıması

⁴³⁰ Sözleşmenin tanımlar başlığını taşıyan 2. maddesinde iş yeri kavramı konusunda birtakım hükümler düzenlenmiştir. Bu noktada, ilk olarak tarafların birden fazla iş yerine sahip olması durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiğine değinilmiştir. Buna göre, anlaşma belgesinin yapıldığı anda bilinen veya taraflarca düşünülmüş olan koşullar göz önüne alınarak, anlaşma belgesi ile çözüme bağlanmış uyuşmazlığa en yakın ilişki içinde bulunan iş yerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Öte yandan, Sözleşmenin 2. maddesinde tarafların iş yerine sahip olmaması ihtimali de göz önüne alınmıştır. Taraflardan birinin iş yerinin bulunmaması hâlinde ilgili tarafın mutad meskeni esas alınacaktır: **Özsunay**, s. 37.

⁴³¹ **Özsunay**, s. 36.

⁴³² **Erdoğan**, Singapur Sözleşmesi, s. 192-193.

yeterlidir. Bir başka deyişle, arabuluculuk faaliyetinin başladığı anda veya arabuluculuk faaliyeti sırasındaki mevcut durum önem taşımamaktadır⁴³³.

3.1.1.2.2.5. Kapsam Dışında Bırakılan Anlaşma Belgelerinden Olmama Şartı

Singapur Sözleşmesi ile birtakım anlaşma belgeleri Sözleşmenin kapsamı dışında tutulmuştur. Bu noktada, ilk olarak bir mahkeme tarafından onaylanmış veya bir mahkemede yargılama sırasında yapılmış olan anlaşma belgelerine değinilmelidir. Bu anlaşma belgelerinin o mahkemenin bulunduğu devlette hâlihazırda bir mahkeme hükmü gibi icra edilebilmesi durumunda anlaşma belgesinin taraf devletçe Singapur Sözleşmesine dayanılarak tanınması ve tenfiz edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu hükmün sonucu olarak birtakım anlaşma belgeleri yapıldığı ülkede bir mahkeme kararı gibi icra edilirken Sözleşmeye taraf devletlerde icra edilemeyecektir. Doktrinde isabetli olarak bu hükmün Sözleşmenin amacına aykırı olduğu ileri sürülmüştür⁴³⁴. Zira anlaşma belgesinin, yapıldığı ülkede mahkeme kararı gibi icra edilmesi farklı Singapur Sözleşmesine taraf devletlerde icra edilmesi farklı meselelerdir. Bir başka deyişle, anlaşma belgesinin yapıldığı ülkede bir mahkeme kararı gibi icra edilmesi tarafların ihtiyacını karşılamaya yetmeyebilir. Bu nedenle, bir mahkeme tarafından onaylanmış veya bir mahkemede yargılama sırasında yapılmış bulunan anlaşma belgeleri bakımından böyle bir sınırlamanın yapılmaması yerinde olurdu. Öte yandan, benzer bir sınırlama hakem kararları bakımından getirilmiştir. Bu bakımdan, bir hakem kararı olarak kaydedilmiş olan ve icra edilebilen anlaşma belgeleri de Sözleşmenin kapsamına alınmamıştır. Hakem kararının icra edilebilir olup olmadığına ilişkin değerlendirme tanıma-tenfiz talebinde bulunulan devletin yetkili makamı tarafın yapılacaktır⁴³⁵.

3.1.1.2.3. Anlaşma Belgesinin Tanınması ve Tenfizi İçin Gerekli Şartlar

Singapur Sözleşmesi kapsamında milletlerarası anlaşma belgelerinin tanınması ve tenfiz edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlara Sözleşmenin 5. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddede *bir anlaşma belgesinin icrası için talepte bulunulduğunda, yetkili makam bazı nedenlerle icra isteminin reddine karar verebilir* denilmek suretiyle taraf devletlere takdir hakkı tanınmıştır⁴³⁶. Bir başka deyişle, taraf devletler anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi hususunda bu şartların aranıp aranmaması konusunda

⁴³³ Özsunay, s. 36; Erdoğan, Singapur Sözleşmesi, s. 192.

⁴³⁴ Erdoğan, Singapur Sözleşmesi, s. 194.

⁴³⁵ Erdoğan, Singapur Sözleşmesi, s. 195.

⁴³⁶ Özsunay, s. 40.

serbesttir. Öte yandan, söz konusu ret sebepleri tahdidi niteliktedir; bu nedenle taraf devletlerce bu koşullara ek ret sebebi ihdas edilemez⁴³⁷.

3.1.1.2.3.1. Kendisine Karşı Tanıma-Tenfiz Talebinde Bulunulan Tarafın İtirazı Üzerine Talebin Reddini Gerektiren Nedenler

Singapur Sözleşmesinin 5. maddesinin 1. fıkrasında kendisinde karşı tanıma-tenfiz talebinde bulunulan kişi tarafından ileri sürülmesi hâlinde talebin reddi sonucunu doğurabilecek durumlara yer verilmiştir. Bu kapsamda; ilk olarak taraflara ilişkin bir şarta değinilmiş ve anlaşma belgesinin taraflarından birinin ehliyetsiz olması hâlinde tanıma-tenfiz talebinin reddedilebileceği öngörülmüştür. Sözleşme ile taraflardan birinin dahi ehliyet sahibi olmaması hâlinde anlaşma belgesinin taraf devletlerde hüküm ve sonuç doğurmasının sakıncalı olabileceği düşüncesinden hareket edilerek anlaşma belgesinin ehliyetsizlik nedeniyle tanıma-tenfiz edilmeyebileceği düzenlenmiştir.

Singapur Sözleşmesi kapsamında anlaşma belgesinin tanınması ve tenfiz edilebilmesi için anlaşma belgesine ilişkin bazı koşullar öngörülmüştür. Bu bakımdan, anlaşma belgesinin tarafların anlaşma belgesini tâbi kıldıkları hukuka göre veya hukuk seçimi yapılmaması hâlinde tanıma-tenfiz talep edilen devlet tarafından uygulanacağı varsayılan hukuka göre hükümsüz, uygulanamaz ve ifa edilmeye elverişsiz olması hâlinde milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi talebi reddedilebilecektir. Bu noktada, ilk olarak tarafların anlaşma belgesine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapıp yapmadığına bakılmalıdır. Buna göre, tarafların anlaşma belgesine uygulanmak üzere hukuk seçimi yapması; ancak seçilen hukuk uyarınca anlaşma belgesinin hükümsüz, uygulanamaz ve ifa edilmeye elverişsiz olması durumunda tanıma-tenfiz talebi Sözleşmeye taraf devletçe reddedilebilecektir. Taraflarca anlaşma belgesine uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçimi yapılmamış olması ihtimali de değerlendirilmelidir. Bu durumda, anlaşma belgesinin tanıma-tenfiz talebinin yapıldığı devletin yetkili makamı tarafından uygulanacağı varsayılan hukuka göre, hükümsüz, uygulanamaz ve ifa edilmeye elverişsiz olması hâlinde de tanıma-tenfiz talebi reddedilebilecektir.

Anlaşma belgesinin kesin veya bağlayıcı olmaması durumunda kendisine karşı tanıma-tenfiz talebinde bulunulan tarafın itirazı üzerine tanıma-tenfiz talebi reddedilebilecektir. Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde anlaşma belgesinin kesin veya bağlayıcı olup olmadığının anlaşmanın şartlarına göre inceleneceği belirtilmiştir. Bu nedenle, tanıma-tenfiz konusunda yetkili makam, anlaşma belgesinin kesin veya bağlayıcı

⁴³⁷ Erdoğan, Singapur Sözleşmesi, s. 198.

olup olmadığının takdirini anlaşma belgesinin hükümlerini incelemek suretiyle tespit edebilecektir. Bu bakımdan, anlaşma belgesinin kesin nitelikte hükümler taşımaması ve bünyesinde çelişkili hükümler barındırması hâlinde tanıma-tenfiz talebi reddedilebilecektir.

Anlaşma belgesinde sonradan değişiklik yapılması hâlinde de tanıma-tenfiz talebi reddedilebilir. Ancak kendisine karşı tanıma-tenfiz talebinde bulunulan kişinin itiraz etmemesi hâlinde milletlerarası anlaşma belgesi üzerinde sonradan değişiklik yapılsa dahi anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi mümkün olabilir. Bu hükümle birlikte, kendisine karşı tanıma-tenfiz talebinde bulunulan kişinin anlaşma belgesinde tahrifat yapılmak suretiyle karşılaşabileceği olası mağduriyetler giderilmeye çalışılmıştır.

Anlaşma belgesinin konusunu oluşturan borcun ifa edilmiş olması veya açık ve anlaşılabilir olmaması durumunda da anlaşma belgesi Sözleşme kapsamında tanınıp tenfiz edilmeyebilir. Zira konusu ifa edilmiş borç olan anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi uygulamada karışıklığa neden olacak ve adil olmayan sonuçlara yol açacaktır. Öte yandan, anlaşma belgesinin açık ve anlaşılabilir olmadığı durumlarda da tanıma-tenfiz talebi reddedilebilecektir. Bu hükümle, tanıma-tenfiz işleminin ardından ilgili ülkede mahkeme kararı gibi sonuç doğuracak anlaşma belgesi hükümlerinin belirsiz nitelikte olmayıp net olması arzu edilmiştir.

Anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi anlaşma belgesinde yer alan hükümlere aykırı olacaksa taraf devletçe tanıma ve tenfiz talebi reddedilebilir. Bu hüküm ile arabuluculuğun özünde yer alan gönüllülük ve iradilik ilkeleri esas alınmıştır. Bu nedenle, tarafların anlaşma belgesinin tanınmasını ve tenfizini talep etmeyeceklerini kararlaştırmış olmaları hâlinde taraf devletçe tanıma ve tenfiz talebi reddedilebilecektir. Ancak tanıma-tenfiz talebine yönelik karşı tarafın itirazda bulunmaması hâlinde taraflar, anlaşma belgesinde tanıma-tenfiz talebinde bulunmayacaklarını açıkça kararlaştırmış olsalar dahi anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi mümkün olacaktır.

Arabulucu tarafından, arabulucuya ve arabuluculuğa uygulanacak standartların, ilgili tarafı, anlaşma belgesini imzalamaktan alıkoyacak derecede ağır şekilde ihlal etmiş olması hâlinde tanıma ve tenfiz talebi reddedilebilir. Ancak bu hüküm nedeniyle tanıma-tenfiz talebinin reddedilebilmesi için karşı tarafın bu ihlâlin gerçekleşmemiş olsaydı böyle bir anlaşma belgesini imzalamayacağıının anlaşılması gerekir. Bir başka deyişle, tanıma-tenfiz talebine itiraz eden tarafın anlaşma ile ihlâl arasındaki nedensellik bağıını ispatlaması gerekmektedir⁴³⁸.

⁴³⁸ **Erdoğan**, Singapur Sözleşmesi, s. 200; **Özsunay**, s. 40.

Arabulucunun tarafsızlığı veya bağımsızlığı konusunda haklı şüphelerin bulunması, bu durumun arabulucu tarafından taraflara açıklanmamış olması ve söz konusu açıklama eksikliğinin taraflardan birini anlaşma belgesini imzalamayacak derecede esaslı bir şekilde etkilemesi veya onun üzerinde hukuka aykırı bir etkiye bulunmuş olması halinde tanıma-tenfiz talebi reddedilebilecektir⁴³⁹.

3.1.1.2.3.2. Re'sen Tanıma-Tenfiz Talebinin Reddini Gerektiren Şartlar

Singapur Sözleşmesinin 5. maddesinin 2. fıkrasında kendisine karşı tanıma-tenfiz talebinde bulunulan kişi tarafından ileri sürülmesi dahi talebin reddi sonucunu doğurabilecek, bir başka anlatımla tanıma-tenfiz talebinin taraf devletin yetkili makamı tarafından re'sen reddedilebileceği hâllere yer verilmiştir. Bu kapsamda, Sözleşmede yer alan kamu düzenine aykırı olmama ve arabuluculuğa elverişsiz olmama koşulları incelenecektir.

3.1.1.2.3.2.1. Kamu Düzenine Aykırı Olmama

Singapur Sözleşmesi kapsamında, anlaşma belgesinin tanıma-tenfiz devletinin kamu düzenine aykırı olması hâlinde talebin reddedilebileceği düzenlenmiştir. Kamu düzenine aykırı olmama koşulu taraf devletin yetkili makamı tarafından re'sen gözetilecek olup kendisine karşı tanıma-tenfiz talebinde bulunulan kişinin itiraz etmesine gerek yoktur. Zira anlaşma belgesi hakkında tanıma veya tenfiz kararı verildiği takdirde belge ilâm niteliği kazanacak ve tanıma-tenfiz kararının verildiği devlette mahkeme kararı gibi icra edilecektir. Bu nedenle, Singapur Sözleşmesinde anlaşma belgesi hükümlerinin tanıma-tenfiz devletinin kamu düzenine aykırı olmaması şartı aranmıştır. Kamu düzenine aykırı olmama koşulunun tanıma-tenfiz devletinin kamu düzeni ile sınırlı tutulması yerinde olmuştur. Zira anlaşma belgesi, sonuçlarını tanıma-tenfiz talebinde bulunulan ülkede doğuracaktır. Bu nedenle, anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi hâlinde ahlâka, kişilik haklarına, eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar ortaya çıkacaksa taraf devletin yetkili makamınca tanıma-tenfiz talebi reddedilebilir.

3.1.1.2.3.2.2. Arabuluculuğa Elverişsiz Olmama

Singapur Sözleşmesi kapsamında, anlaşma belgesine konu uyuşmazlığın tanıma-tenfiz devletinde arabuluculuğa elverişli olmaması hâlinde talebin reddedilebileceği düzenlenmiştir. Tanıma-tenfiz devletinde arabuluculuğa elverişsiz olmama koşulu yetkili makam tarafından re'sen gözetilecek olup kendisine karşı tanıma-tenfiz talebinde bulunulan kişinin itiraz etmesine gerek yoktur. Singapur Sözleşmesinin yalnızca ticarî uyuşmazlıklara ilişkin olduğu

⁴³⁹ Özsunay, s. 40-41.

düşünüldüğünde arabuluculuğa elverişliliğe ilişkin çok sayıda problem yaşanmayacağı, bu şartın dar bir uygulama alanına sahip olacağı tahmin edilmektedir.

3.1.1.2.4. Taraf Devletlere İlişkin Diğer Hükümler

Singapur Sözleşmesine taraf devletlerin, Sözleşme ile kabul edilen kuralları uygulaması ve Sözleşmede aranan şartları sağlayan anlaşma belgesinin icra edilmesine olanak sağlaması gerekmektedir. Sözleşmenin 3. maddesinin 1. fıkrasında; taraf devletlerin, anlaşma belgesini, kendi usul hukuku kuralları uyarınca ve Sözleşmede öngörülen koşullar altında tanıma-tenfiz edebilecekleri belirtilmiştir. Bu bakımdan, taraf devletler, anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi konusunda yetkili makam olarak idarî veya adlî makamlarına yetki verebilir⁴⁴⁰.

Sözleşmenin 4. maddesinin 3. fıkrasında anlaşma belgesinin tanıma-tenfiz talep edilen devletin dilinde olmaması ihtimali ele alınmıştır. Anlaşma belgesinin ilgili devletin resmî dilinde düzenlenmemiş olması durumunda yetkili makamın anlaşma belgesinin tercümesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Örneğin, -Sözleşmenin Türk hukuku bakımından yürürlüğe girmesi hâlinde- anlaşma belgesinin Singapur Sözleşmesi kapsamında Türk hukukuna göre tenfizinin talep edilmesi ancak Fransızca düzenlenmesi hâlinde Türk yetkili makamı başvuruda bulunandan, anlaşma belgesinin Türkçeye çevrilmesini talep edebilecektir.

Singapur Sözleşmesinin 4. maddesinin 5. fıkrasında ise yetkili makamın tanıma-tenfiz talebini değerlendirirken *ivedi* hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu hükümlerle, olası zaman kayıplarının azaltılarak uzlaşmaya ilişkin hükümlerin bir an önce yürürlüğe girmesi amaçlanmıştır.

Singapur Sözleşmesinin 7. maddesinde anlaşma belgesinin taraflarının, anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinin talep ettiği taraf devletin hukuku uyarınca veya bu devletin taraf olduğu antlaşmaların müsaade ettiği şekil ve kapsamda sahip olabileceği herhangi bir haktan yoksun bırakılmayacağı düzenlenmiştir⁴⁴¹. Bu hükümlerle birlikte, Sözleşmenin uygulanması bakımından tarafların ilgili devletlerin iç hukuku bakımından kazanılmış haklarına riayet edileceği; bir başka deyişle Singapur Sözleşmesinin uyuşmazlığın taraflarına olumsuz bir etkisinin olmayacağı belirtilmiştir.

3.1.1.2.5. Çekinceler

Singapur Sözleşmesinin 8. maddesinde çekincelere yer verilmiş ve taraf devletlerin Sözleşmeye iki konuda çekince koyabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, taraf devletler

⁴⁴⁰ Erdoğan, Singapur Sözleşmesi, s. 197.

⁴⁴¹ Özsunay, s. 42.

Sözleşmenin kendisinin taraf olduğu anlaşma belgelerine uygulamayacağını veya Sözleşmenin yalnızca anlaşma belgesine taraf olanların Sözleşmenin uygulanmasını kabul etmiş olmaları şartıyla uygulayacağını beyan edebilir⁴⁴². Taraf devletler yalnızca bu hususlar konusunda istedikleri zaman çekince koyabilecek ve istedikleri zaman bu çekinceleri geri alabilecektir.

3.1.1.2.6. Sözleşmeyi İmzalayan Devletler ve Sözleşmenin Yürürlüğe Girmesi

Singapur Sözleşmesinin 14. maddesinde Sözleşmenin yürürlüğe gireceği zamana değinilmiştir. Buna göre, Singapur Sözleşmesi, üçüncü onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edilmesinden sonra altı ayın geçmesi üzerine yürürlüğe girecektir. Bir Devlet, üçüncü onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdiinden sonra bu Sözleşmeyi onaylar, kabul eder, uygun bulur veya Sözleşmeye katılırsa, Sözleşme söz konusu devlet bakımından, onay, kabul, uygun bulma veya katılım belgesinin tevdi edilmesinden sonra altı ayın geçmesi üzerine yürürlüğe girer⁴⁴³. Bu bakımdan, Singapur Sözleşmesinin yürürlüğe girebilmesi için en az üç devletin iç hukuklarına uygun olarak Sözleşmeyi onaylayıp tevdi makamı olan BM Genel Sekreterine tevdi etmesi ve üçüncü ülkenin tevdiinden itibaren altı aylık sürenin geçmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, Singapur Sözleşmesi, bir veya iki devlet tarafından iç hukuklarına uygun olarak onaylanıp tevdi edilse dahi yürürlüğe girmeyecek, yürürlüğe girebilmesi için üçüncü devletin Sözleşmeyi onaylayıp BM Genel Sekreterine tevdi etmesi ve tevdi tarihinden itibaren altı ayın geçmesi gerekmektedir. Singapur Sözleşmesinin üçüncü devlet tarafından iç hukukuna göre onaylanıp tevdi edilmesinin ardından herhangi bir devletin Sözleşmeyi iç hukukuna uygun olarak yürürlüğe koyması durumunda, ilgili devlet bakımından Singapur Sözleşmesi tevdi tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girecektir.

3.1.2. Milletlerarası Ticaret Odası (MTO-ICC) Arabuluculuk Kuralları

3.1.2.1. Genel Olarak

MTO (*International Chamber of Commerce*) 1919 yılında kurulmuş, merkezi Paris'te olan ve dünyanın birçok ülkesindeki şirketlerin temsil edildiği uluslararası bir örgüttür. MTO bünyesinde milletlerarası ticarete ilişkin uyuşmazlıkların dostane yollarla⁴⁴⁴ çözülmesi

⁴⁴² Özsunay, s. 42.

⁴⁴³ Özsunay, s. 46.

⁴⁴⁴ MTO Arabuluculuk Kurallarında alternatif çözüm yolları kavramı yerine dostane çözüm yolları kavramı kullanılmıştır. Bu tercihin nedeninin; Kuralların temel olarak taraflar arasındaki ilişkinin muhafaza edilerek çözüme kavuşturulmasını amaçlaması olduğu, alternatif çözüm yolları ifadesinin uyuşmazlıkların dava usulü dışında çözümünü çağrıştırması sebebiyle kullanılmadığı ifade edilmiştir: **Polat**, s. 107.

amaçlanmış ve MTO Arabuluculuk Kuralları⁴⁴⁵ kabul edilmiştir. MTO Arabuluculuk Kuralları 1 Ocak 2014 tarihinden beri yürürlükte olup bünyesinde barındırdığı esneklik, belirlilik ve bütünleşme nedeniyle birçok uyuşmazlık bakımından kullanılmaktadır.

MTO Arabuluculuk Kurallarında taraflara arabuluculuk usulü konusu başta olmak üzere birçok konuda seçim hakkı tanındığı, uyuşmazlık çözüm sürecinin şeffaf, verimli ve adil bir yapıda kurgulanmaya çalışıldığı görülmektedir⁴⁴⁶. Bu açıdan, MTO bünyesinde yapılan arabuluculuk faaliyetinde çeşitli hukuk sistemi, gelenek, kültür ve mesleklerden gelen arabuluculara yetki verilmek suretiyle, uyuşmazlıkların çözülmesi ve kurumsal olarak uluslararası uyuşmazlıklar konusunda deneyim, uzmanlık ve profesyonellik kazanılması amaçlanmıştır⁴⁴⁷.

3.1.2.2. Kapsam

MTO bünyesinde arabuluculuk faaliyetinin denetlendiği bağımsız bir yapının oluşturulması amacıyla *International Centre for ADR* (Uluslararası ADR Merkezi) kurulmuştur. MTO Kurallarına göre yürütülen arabuluculuk faaliyetinde Uluslararası ADR Merkezi, sürecin yönetiminde aslen yetkili organ olarak kabul edilmiştir⁴⁴⁸.

MTO Arabuluculuk Kuralları, kural olarak bireylerin ve ticarî kuruluşların aralarındaki ticarî uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin ihdas edilen düzenlemeleri kapsamaktadır. MTO Arabuluculuk Kuralları kapsamında genel bir çerçeve çizilmiş ve belli derecede taraflara Kuralları değiştirme hakkı tanınmıştır. Bu bağlamda, taraflar Kuralların ruhuna aykırı olmamak koşuluyla Kuralların herhangi bir hükmünü değiştirmek üzere anlaşılabilir. Tarafların kurallara ilişkin değişiklik yapma hakkı, arabulucu atama veya onayı anına göre ayrıma tâbi tutulmuştur. Buna göre, taraflar arabulucu atama veya onayına kadar serbestçe Kurallarda değişiklik yapma hakkına sahipken, arabulucu atama veya onayından sonra tarafların Kurallarda değişiklik yapabilmesi için arabulucunun da bu değişiklikleri kabul etmesi gerekmektedir.

⁴⁴⁵ MTO Arabuluculuk Kurallarının orijinal metni için bkz.: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/> (Erişim Tarihi: 09.06.2019). Türkçe çevirisi için bkz.: **Zenginkuzucu, Dikran M.**: Uluslararası Ticaret ve Yatırım Uyuşmazlıklarının Dostane Çözümüne İlişkin Temel Metinler, B. 2, İstanbul 2017, s. 109-115 (Temel Metinler).

⁴⁴⁶ **ICC Mediation Rules**, s. 1: <https://www.international-arbitration-attorney.com/tr/escalation-clauses-icc-meditation-rules/> (Erişim Tarihi: 18.06.2019).

⁴⁴⁷ **ICC Mediation Rules**, s. 1. MTO Arabuluculuk Kuralları son yıllarda uygulamada yoğun talep görmektedir. MTO istatistiklerine göre, 70 farklı ülkeden tacir, aralarındaki uyuşmazlıkların MTO Arabuluculuk Kuralları ile çözümünü talep etmiş; bu uyuşmazlıkların % 80'i ilk toplantıda sonuca bağlanmıştır: **Şanlı**, Uluslararası Ticarî Akitler, s. 496.

⁴⁴⁸ **Zenginkuzucu**, Temel Metinler, s. 109.

MTO Arabuluculuk Kuralları, uyuşmazlığın taraflarının MTO'ya üye olup olmamaları fark etmeksizin taraflarca arabuluculuk sürecinde kullanılabilir. Bu nedenle, Kuralların kapsamı sadece üyelerle sınırlı tutulmayarak uygulama alanı geniş tutulmuştur.

3.1.2.3. Usul

3.1.2.3.1. Sürecin Başlaması ve Arabulucunun Seçimi

MTO bünyesinde arabuluculuk faaliyeti, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı MTO Arabuluculuk Kuralları ile çözme hususundaki başvuruları ile başlayacaktır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın MTO Arabuluculuk Kuralları ile çözüleceğine ilişkin anlaşma esas sözleşmeye eklenecek bir hükümlerle yapılabileceği gibi ayrı bir sözleşme ile de yapılabilir. MTO bünyesinde arabuluculuk sürecinin başlayabilmesi için taraflar öncelikle kayıt ücretini yatırmalı ve kendilerine, temsilcilere ve uyuşmazlığa ilişkin bilgileri MTO'ya göndermelidir⁴⁴⁹.

MTO Arabuluculuk Kuralları uyarınca yürütülen arabuluculuk faaliyetinde taraflar Merkez tarafından onaylanmak üzere bir arabulucuyu birlikte belirleyebilir. Tarafların bir arabulucu konusunda mutabakata varamamaları hâlinde Merkez, taraflara danıştıktan sonra bir arabulucu atayabilir veya taraflara bir arabulucu listesi önerebilir. Görüldüğü gibi, MTO arabuluculuk sürecinde arabulucunun belirlenmesi konusunda taraflara takdir hakkı verilmiş; ancak bu konu Merkezin denetimine tâbi tutulmuştur.

3.1.2.3.2. Arabuluculuk Yerinin Tespiti

MTO Arabuluculuk Kurallarına göre yürütülen arabuluculuk faaliyetinde öncelikle değinilmesi gereken husus; arabuluculuk yeridir. Arabuluculuk yeri konusunda tarafların takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu nedenle, taraflar aralarında anlaşarak istedikleri yerde arabuluculuk faaliyetini yürütebilir. Taraflar arabuluculuk yeri konusunda herhangi bir anlaşmaya varamadığı takdirde arabuluculuk yerini belirleme hususunda Merkez yetkili olacaktır. Bu durumda Merkez, arabuluculuk yerini belirleyebilir veya arabulucuyu yer belirlemeye davet edebilir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ Zenginkuzucu, Dostane Çözüm, s. 83.

⁴⁵⁰ Doktrinde MTO arabuluculuğu uygulanmasında arabuluculuk oturumlarının yapılacağı şehrin veya ülkenin belirlenmesi noktasında taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde MTO Arabuluculuk Uygulamasının son derece başarılı olduğu, tarafların arabuluculuk yeri konusunda rekabetçi olmaları nedeniyle arabuluculuk yerinin MTO tarafından belirlenmesinin uyuşmazlığın çözümü açısından daha uygun olabileceği ifade edilmiştir: **Birch**, 217.

3.1.2.3.3. İradilik ve Gizlilik İlkesi

MTO Arabuluculuk Kuralları iradilik ilkesine dayandığı için, arabuluculuk sürecinde arabuluculuk usulünün taraflarca belirlenmesine imkân tanımıştır. Arabuluculuk usulünün taraflarca belirlenmesi hâlinde arabulucu, taraflara, arabuluculuğun yürütüleceği usul konusunda bilgilendirici nitelikte yazılı bir belge sunar. Arabuluculuk usulü konusunda taraflarca değinilmeyen bir hususun bulunması hâlinde MTO Arabuluculuk Kuralları esas alınmalı, bu kurallarda da hüküm bulunmaması hâlinde Merkez ve MTO, Kuralların ruhuna uygun çözümler getirilmelidir.

MTO Arabuluculuk Kuralları gereğince gizlilik ilkesine son derece önem verilmektedir. Buna göre, arabuluculuk faaliyetinin uzlaşma ile sonuçlanması hâlinde anlaşma belgesi gizli tutulmalıdır; ancak herhangi bir açıklamanın taraflardan birinin anlaşmayı yürürlüğe koyması amacıyla gerekli olduğu hâllerde ilgili husus açıklanabilir. Gizlilik ilkesine tarafların yanı sıra arabulucu da dikkat etmekle yükümlüdür. Zira kanunî zorunluluğun bulunmadığı veya tarafların yazılı olarak başka bir şekilde mutabık olmadığı hâllerde arabulucu, arabuluculuk faaliyetine ait herhangi bir husus ile ilgili herhangi bir adlî, tahkim veya benzeri tahkikatta ifade vermeyecektir.

3.1.3. Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) Arabuluculuk Kuralları

3.1.3.1. Genel Olarak

Yabancı sermaye girişinin arttırılabilmesi için yabancı yatırımların hukukî güvenliğinin sağlanması şarttır. Zira yabancı yatırım, ev sahibi devletin hukuksal düzenlemeleri ve politik baskılarından çekinmekte, bağımsız ve ilgili devlet yatırımcıları ile hukukî olarak eşit konumda olmayı talep etmektedir⁴⁵¹. Yabancı sermaye girişinin sağlanabilmesi için uygun ortamın oluşturulması amacıyla 1950 yılından sonra devletler arasında ikili ve çok taraflı sözleşmeler akdedilmeye başlanmıştır. Kuruluş amaçları arasında *gelişmekte olan ülkelere destek verme ve yabancı yatırımları geliştirme* politikası bulunan Dünya Bankası da yatırım uyuşmazlıklarının dostane bir şekilde çözümünün sağlanması amacıyla 1965 yılında Devletler ve Diğer Devlet Uyrıkları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Sözleşmesi (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States And Nationals of Other States*)⁴⁵² ile Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıkları

⁴⁵¹ Zenginkuzucu, Dostane Çözüm, s. 135.

⁴⁵² Metnin orijinal hâli için bkz.: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Convention-on-the-Settlement-of-Investment-Disputes-between-States-and-Nationals-of-Other-States.pdf> (Erişim Tarihi: 09.06.2019). Devletler ve Diğer Devlet Uyrıkları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Sözleşmesi 18 Mart 1965 tarihinde Washington'da akdedilmiş ve 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye,

Çözüm Merkezini (*International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID*) kurmuştur. ICSID'in amacı bir akit devlet ile bir başka akit devlet vatandaşı arasındaki yatırım konulu uyuşmazlıkların dostane yöntemlerle çözümünün sağlanmasıdır.

3.1.3.2. Kapsam

ICSID Arabuluculuk Kurallarının kapsamına akit devletler ile diğer akit devletlerin vatandaşları arasındaki yatırıma ilişkin uyuşmazlıklar girmektedir. ICSID Arabuluculuk Kurallarının kapsamının bu şekilde belirlenmesinin nedeni; akit devlet vatandaşlarının diğer akit devletlerde hukukî güvenlik içinde bulunması suretiyle akit devletlere yapılan yatırımın artırılmasıdır. Zira yabancı yatırımlar ile devlet ve yatırımcı arasında uzun vadeli ve hassas bir ilişki kurulmaktadır. Bu ilişkide, yabancı yatırımcı kâr elde etme düşüncesiyle hareket ederken, ev sahibi devlet ülkesinin gelişimi ile ilgilenmektedir. Yabancı yatırımcı, yatırımlarının hukuksuz bir şekilde elinden alınmasından kaygı duyarken, ev sahibi devlet yatırım alanlarının yabancıların eline geçmesinden çekinebilmektedir⁴⁵³. Bu nedenle, ICSID Arabuluculuk Kuralları kapsamına akit devletler ile diğer akit devletlerin vatandaşları arasındaki yatırıma ilişkin uyuşmazlıklar alınarak uyuşmazlıkların dostane şekilde çözülmesi suretiyle yatırımların devamlılığı amaçlanmıştır.

3.1.3.3. Usul

3.1.3.3.1. Sürecin Başlaması ve Komisyon Oluşturulması

ICSID kapsamında arabuluculuk faaliyetinin başlayabilmesi için herhangi bir akit devlet veya akit devlet vatandaşının ICSID Genel Sekreterliğine talebin bir örneğini karşı tarafa göndermesi için yazılı olarak başvurması gerekmektedir. Bu talepte; uyuşmazlık konusuna, taraflara ve tarafların arabuluculuk yönteminin kullanılmasına razı olduklarına ilişkin bilgi ve belgeler yer almalıdır⁴⁵⁴. Genel Sekreter, ilgili talebi inceledikten sonra, talepte yer alan bilgilere göre uyuşmazlığı yargı yetkisi içerisinde olması hâlinde kaydedecek ve tarafları kaydın yapılıp yapılmadığı hususunda bilgilendirecektir. Genel Sekreterlik tarafından kaydın yapılması hâlinde bir Arabuluculuk Komisyonu oluşturulacaktır. Komisyonun oluşturulması konusunda üç farklı ihtimal bulunmaktadır: İlk ihtimal; komisyonun yalnızca

Sözleşmeyi 24 Haziran 1987 tarihinde imzalamış ve Sözleşme 2 Nisan 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir (RG: 06.12.1988-20011).

⁴⁵³ Polat, s. 124.

⁴⁵⁴ Kayıhan, Şaban / Kara, Ethem: Uluslararası Yatırım Hukuku, Ankara 2017, s. 192; ICSID Tahkiminde uyuşmazlığın tahkim ile çözüleceğine ilişkin rıza; uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce esas sözleşme içerisine eklenecek tahkim şartıyla veya uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra bağımsız bir tahkim sözleşmesiyle verilebilir: Dost, Süleyman: Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara 2006, s. 161 (ICSID); Dost, Süleyman: *ICSID Arbitration And Turkey in Terms of the Subject And Parties*, International Journal of Arts and Commerce, 2013, Vol. 2, s. 66 (ICSID Arbitration).

bir arabulucudan oluşmasıdır. İkinci ihtimal; tarafların anlaşmak suretiyle sayıları tek olmak kaydıyla diledikleri kadar arabulucu tayin etmeleridir. Üçüncü ihtimal ise; tarafların arabulucu sayısı ve yöntemi konusunda anlaşamadığı durumlarda, tarafların her birinin birbirinden bağımsız bir şekilde bir arabulucu belirlemesi, sonrasında ise aynı zamanda komisyon başkanı olacak başka bir arabulucu belirleyerek uyuşmazlığın çözümünde üç arabulucunun görev almasıdır. Tarafların aralarında yaptığı anlaşmanın belirlenen süre içerisinde tamamlanmaması veya arabuluculuk talebinin Genel Sekreterlikçe kabul edilmesinin ardından 90 gün içerisinde komisyonun oluşturulamaması hâlinde Komisyon Başkanı taraflara da danışmak suretiyle arabulucu atayacaktır⁴⁵⁵.

ICSID kapsamında yapılan arabuluculuk faaliyetinde Komisyon önemli bir rol oynamaktadır. Komisyonun başlıca görevleri; taraflar arasındaki uyuşmazlığın açıkça belirlenmesi ve her iki tarafça benimsenecek bir çözüm yolu bulmak suretiyle uyuşmazlığın çözümüdür. Bu bağlamda, Komisyon sürecin herhangi bir aşamasında taraflara uzlaşma konusunda tavsiyelerde bulunabilir⁴⁵⁶. Tarafların da Komisyonun görevini yürütebilmesi için Komisyonla iyi niyet temelinde işbirliği içerisinde bulunmaları gerekmektedir.

Arbuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşmaya varmaları hâlinde anlaşmanın sağlandığına ilişkin raporun Komisyon tarafından yayımlanması gerekmektedir. Komisyon bu raporda –varsa- tarafların üzerinde anlaşamadığı hususlara da yer vermelidir. Arabuluculuk sürecinin herhangi bir aşamasında taraflar arasında uzlaşmanın sağlanmasının mümkün olmadığını Komisyon tarafından tespit edilmesi hâlinde Komisyon, süreci durdurabilir. Komisyon, süreci durdurduktan sonra uyuşmazlığın çözümü konusunda anlaşmaya varmakta başarısız olduğuna dair bir rapor yayımlar.

3.1.3.3.2. Gizlilik İlkesi

ICSID kapsamında yapılan arabuluculuk faaliyetinde gizlilik ilkesine riayet edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, arabuluculuk faaliyetinin tarafları, Komisyon raporunu ve tavsiyelerini veya diğer tarafın arabuluculuk sürecinde yaptığı önerileri, beyan ve görüşleri tahkim veya mahkeme yolunda kullanamaz. Ancak taraflar bu durumun aksini kararlaştırabilir. Görüldüğü gibi, gizlilik ilkesi konusunda da irade serbestîsi ilkesi esas alınmış olduğundan taraflar sürecin alenî olacağını kararlaştırabilir.

⁴⁵⁵ **Zenginkuzucu**, Temel Metinler, s. 143-144; **Polat**, s. 127 vd.; **Kayıhan / Kara**, s. 192-194; **Zenginkuzucu**, Dostane Çözüm, s. 112 vd.

⁴⁵⁶ **Kayıhan / Kara**, s. 193-194.

3.1.4. İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Arabuluculuk Kuralları

3.1.4.1. Genel Olarak

İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) 20.11.2014 tarihli 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu⁴⁵⁷ ile kurulmuştur. ISTAC, Türkiye ve diğer ülkelerdeki ticarî aktörler arasındaki uyuşmazlıkların çözülebilmesi için arabuluculuk hizmeti sunmaktadır. ISTAC bünyesinde farklı ülke düzenlemelerinde benimsenen modern arabuluculuk kuralları gözetilerek ISTAC Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları oluşturulmuş ve bu Kurallar 26 Ekim 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁵⁸.

3.1.4.2. Kapsam

ISTAC Arabuluculuk Kurallarının kapsamına özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar girmektedir. Zira ISTAC Arabuluculuk Kurallarının 1. maddesinde; *bu arabuluculuk kurallarının amacı, arabuluculuğa konu olabilecek özel hukuk uyuşmazlıklarının İstanbul Tahkim Merkezi nezdinde çözümünde takip edilecek usul ve uygulama kurallarının belirlenmesidir* denilmek suretiyle kapsamına sadece özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların dâhil edildiği belirtilmiştir.

ISTAC Arabuluculuk Kurallarının 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde arabulucu; *arabuluculuk sürecini yürütmek üzere, uyuşmazlığın tarafları ve/veya Tahkim Merkezi tarafından belirlenecek olan, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Adalet Bakanlığı arabuluculuk siciline kayıtlı kişi veya kişiler olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi millî nitelikteki arabuluculuk faaliyetlerinde arabulucunun Adalet Bakanlığı arabuluculuk siciline kayıtlı kişi veya kişilerden olması şartı aranırken, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda görev yapan arabulucular bakımından arabuluculuk siciline kayıtlı olma şartı aranmamıştır. Bu bakımdan, ISTAC Arabuluculuk Kurallarına göre yürütülen ve yabancılık unsuru taşıyan arabuluculuk faaliyetinde Türk vatandaşı olmayan bir kişi de arabulucu olarak görev yapabilecektir.*

Uyuşmazlık çözümü hususunda ISTAC'a başvuran ve aralarındaki uyuşmazlığın ISTAC Arabuluculuk Kuralları ile çözümünü talep eden taraflar için üyelik şartı aranmamaktadır. Bu açıdan, ISTAC'a üye olmayan kişiler de ISTAC bünyesinde arabuluculuk faaliyetinin tarafı olabilir.

⁴⁵⁷ RG: 29.11.2014-29190.

⁴⁵⁸ <https://istac.org.tr/hakimizda/> (Erişim Tarihi: 07.07.2019).

3.1.4.3. Usul

3.1.4.3.1. Sürecin Başlaması

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın ISTAC bünyesinde ISTAC Arabuluculuk Kurallarına göre çözülebilmesi için bu kurallara atıf yapan bir arabuluculuk sözleşmesi veya arabuluculuk şartının bulunması gerekmektedir.

Arabuluculuk sürecinin başlayabilmesi için bir arabuluculuk talebinin mevcut olması şarttır. ISTAC Arabuluculuk Kurallarının 4. maddesinde; arabuluculuk sürecini başlatmak isteyen tarafın ISTAC Genel Sekreterliğine şahsen, posta yolu ile ya da elektronik ortamda başvuru yapabileceği belirtilmiştir. ISTAC bünyesinde yapılan arabuluculuk faaliyetinde arabuluculuk sürecinin başlama zamanı, gerekli başvuru evraklarının ve idarî masrafın ödendiğini gösteren belgenin eksiksiz olarak teslim edildiği tarih olarak kabul edilmektedir.

ISTAC bünyesinde yapılacak arabuluculuk faaliyetinin karşı tarafına tebligat yapılacak ve tebligattan itibaren 15 gün içinde cevap dilekçesini şahsen, posta yolu ile ya da elektronik ortamda sunması talep edilecektir. Cevap dilekçesinin 15 gün içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda, cevap veren tarafa bir defaya mahsus olmak ve 15 günü aşmayacak ek bir süre verilebilecektir.

3.1.4.3.2. Arabulucunun Seçimi

ISTAC bünyesinde yapılan arabuluculuk faaliyetinde kural olarak tek arabulucu görev yapacaktır. Ancak tarafların iradesiyle veya uyuşmazlığın niteliği gerektirdiği takdirde birden fazla arabulucu tayin edilebilir. Arabulucunun tayini hususunda taraflar yetkili olmasına karşın, tarafların anlaşamaması hâlinde İstanbul Tahkim Merkezi Millî Tahkim Divanı ve Milletlerarası Tahkim Divanı tarafından arabulucu tayini yapılacaktır.

3.1.4.3.3. Sürecin Sona Ermesi

ISTAC bünyesinde yapılan arabuluculuk faaliyeti bazı durumların oluşması hâlinde sona erecektir. Bu bakımdan; tarafların anlaşmaya varması, arabulucunun taraflara danıştıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesine gerek olmadığını tespit etmesi, taraflardan birinin arabuluculuk sürecinden çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak arabuluculuk sürecini sona erdirmesi hâllerinde süreç sona erecektir. ISTAC bünyesinde yürütülen arabuluculuk süreci sonunda, arabulucu tarafından bir tutanak düzenlenmektedir. Bu tutanak, arabulucu ve taraflar tarafından imzalanacak ve arabulucu tarafından İstanbul Tahkim Merkezi Genel Sekreterliğine ve taraflara iletilecektir.

3.2. Arabuluculuk Usulüne Uygulanacak Hukuk

3.2.1. Genel Olarak

Milletlerarası arabuluculukta arabuluculuk faaliyetinin hangi usule göre yapılacağına dair *uluslarötesi (transnational)* ve ulusal düzenleme bulunmamakta, buna ek olarak - mahkeme yargılamasının aksine- arabuluculuk faaliyetinde kullanılacak usul kuralları önceden tayin edilmemektedir. Bu nedenle, milletlerarası arabuluculukta usule uygulanacak hukukun tespiti güçtür. Arabuluculuk usulüne -millî mahkemelerce yapılan yargılamada kabul edildiğinin aksine- daima *lex fori*⁴⁵⁹ uygulanmaz. Zira arabulucu, uyuşmazlığı bir egemen devlet adına yönetmeyip, yetkisini devlet otoritesinden değil, taraf iradesinden alır. Bu nedenle, arabulucunun mutlaka bir devletin usul kurallarına sıkı sıkıya bağlı kalması bir başka deyişle, usule daima arabuluculuk faaliyetinin yapıldığı yer hukukunun uygulanması zorunlu değildir.

Usule *lex fori*'nin uygulanacağına dair kuralın milletlerarası arabuluculukta geçerli olmamasının sebeplerinden biri de arabuluculukla yalnızca arabuluculuğun yapıldığı ülkede değil bütün ülkelerde etkin olmanın amaçlanmasıdır. Zira usul bakımından yalnızca arabuluculuğun yapıldığı yerin kurallarının esas alındığı bir arabuluculuk faaliyetinin bütün ülkelerde kabul görmesi güçtür. Ayrıca arabuluculuk faaliyetinde oturumlar birden fazla ülkede gerçekleşebilmektedir. Bu tür durumlarda tek bir *lex fori*'den bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle, usule *lex fori* uygulanır şeklindeki genel kuralı arabuluculukta mutlak olarak uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

3.2.2. Usule Uygulanacak Hukukun Kapsamının Tespiti

Milletlerarası arabuluculukta usule uygulanacak hukuku belirlemek için öncelikle hangi hususların usul kapsamında kabul edileceği tespit edilmelidir. Bu tespitin gerçekleştirilmesi için öncelikle vasıflandırma yapılması; vasıflandırmanın ardından usule ilişkin hukukî işlemlere hangi hukukun uygulanacağını belirlemek yerinde olur. Vasıflandırma; bir hukukî iş, ilişki veya işlemin hukukî niteliğini değerlendirilmek suretiyle

⁴⁵⁹ Milletlerarası usul hukukunda *lex fori* prensibi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Nomer**, DHH, s. 386 vd.; **Nomer, Ergin**: Milletlerarası Usul Hukuku, B. 2, İstanbul 2018, s. 17 vd.(Usul); **Çelikel / Erdem**, s. 481 vd.; **Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe**, s. 328. Milletlerarası usul hukukunda *lex fori* ilkesi çeşitli Yargıtay Kararlarında da benimsenmiştir: *Yabancı unsurlu davalarda usul hukukuna ait konular hâkimin hukukuna (lex fori) tabidir. Yabancı mahkeme kendi usul kuralları içerisinde hükmünü kurmuştur. O halde, yabancı mahkeme ilamının tanınmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ret hükmü kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir*: Y. 2 HD. T. 17.02.2016, E. 26343, K. 2795. Benzer nitelikte Yargıtay Kararları için bkz.: Y. 8 HD. T. 29.06.2015, E. 3895, K. 14169; Y. 2 HD. T. 25.06.2014, E. 2879, K. 14489; Y. 2 HD. T. 18.10.2010, E. 5076, K. 17062.

hukuk sistemi içerisindeki yerinin tespit edilmesidir⁴⁶⁰. Vasıflandırma konusunda genellikle kabul edilen yöntem *lex fori* vasıflandırmadır⁴⁶¹. Milletlerarası arabuluculuğun hangi yönlerinin esasa hangi yönlerinin usule girdiği *lex fori* vasıflandırma yapılmak suretiyle tespit edilmelidir. Bu bağlamda, arabulucunun seçim usulü, arabuluculuk yeri, arabuluculuk dili ve arabuluculuk oturumlarının idaresi arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuka tâbi tutulmalıdır.

3.2.2.1. Arabulucunun Seçim Usulü

Arabuluculuk usulü kapsamında incelenmesi gereken ilk mesele; tarafların arabulucunun seçimini hangi usule göre yapacakları hususudur. Uyuşmazlığın tarafları birbirine karşı güvensizlik duygusu içerisinde olabileceğinden, bu kişilerin, belli bir arabulucu üzerinde uzlaşmaya varabilmeleri de zor olabilir⁴⁶². Öte yandan tarafların bilinçsiz olarak arabulucu seçimi⁴⁶³ yapması ve seçilen arabulucunun mesleki uzmanlık, tarafsızlık, bağımsızlık ve gizliliğe riayet gibi konularda yetersiz olması da arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşmasını sekteye uğratabilecektir⁴⁶⁴. Tarafların tayin etmek istedikleri arabulucunun niteliği, sayısı ve bu seçimin hangi ana kadar yapılabileceği, arabuluculuk usulü kapsamında değerlendirilmelidir. Arabulucunun niteliği kapsamında; arabulucu, eğitim durumu, mesleği, sosyal ve kültürel özellikleri ile taraflarca belirlenebilir. Zira uyuşmazlığın teknik bir konuda olması hâlinde arabulucunun mesleği ve eğitim durumu son derece önem kazanmaktadır. Öte yandan bazı uyuşmazlıklar belli toplum ve kültürlerde daha sık görülebilir ve bu toplum ve kültürden gelen bir arabulucunun seçimi uyuşmazlığın çözümü açısından

⁴⁶⁰ **Lorenzen, G. Ernest:** *The Qualification, Classification or Characterization Problem in the Conflict of Laws*, Yale Law Journal, 1940-1941, Vol. 50, s. 743; **Beckett, W. E.:** *The Question of Classification (Qualification) in Private International Law*, British Year Book of International Law, 1934, Vol. 15, s. 49 vd.; **Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe**, s. 48; **Lederman, W. R.:** *Classification in Private International Law*, Canadian Bar Review, 1951, Vol. 29, s. 168-184; **Nomer**, DHH, s. 410 vd.; **Çelikel / Erdem**, s. 79 vd.; **Cheshire, North & Fawcett**, s. 42.

⁴⁶¹ **Beckett**, s. 46; **Lederman**, s. 24; **Nomer**, DHH, s. 410; **Çelikel / Erdem**, s. 79-80; **Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe**, s. 51.

⁴⁶² Doktrinde arabulucunun taraflarca seçilmesi sisteminden vazgeçilmesi gerektiği, uyuşmazlığın taraflarının, barolar tarafından kurulacak arabuluculuk merkezlerine başvurmalarının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre; arabuluculuk sözleşmesi yapılması esnasında tarafların bir arabulucu belirlemesi pek mümkün olmayacağı dikkate alındığında, böyle bir uygulamanın gönüllü arabuluculuğa ilginin artmasını sağlayacağı açıktır: **Karacabey**, s. 485.

⁴⁶³ Arabuluculuk faaliyetinin başarıya ulaşması için yetkin bir arabulucunun seçilmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle, bazı ülkelerde tecrübeli avukatlar ve eski hâkimlerden oluşan arabuluculuk servisleri bu konuda hizmet sunmaktadır: **Petterson, Carol J.:** *Alternative Dispute Resolution, Resolving Disputes With Less Wear and Tear*, Journal of Management in Engineering, March-April 1997, s. 14.

⁴⁶⁴ **Tanriver**, Arabuluculuk, s. 159.

yararlı olabilir⁴⁶⁵. Bu suretle, taraflar arabulucunun niteliğini gözeterek arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuka uygun olarak arabulucunun seçimini birlikte gerçekleştirebilir.

Arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk bakımından arabulucunun sayısı ve seçimi konusunda da taraflara irade serbestîsi tanınmalıdır. Bu suretle, taraflar diledikleri sayıda arabulucuyu uyuşmazlığın çözümü amacıyla tayin edebilecektir. Öte yandan arabulucunun seçimi konusunda taraflarca bir usul belirlenebilir. Tarafların birer tane arabulucu seçmesi suretiyle iki arabulucu tayin edip, tarafların seçtiği arabulucuların aralarında anlaşmak suretiyle üçüncü bir arabulucu belirleyeceğine ilişkin bir anlaşma yapılabilir. Arabulucunun seçimi hususunda akla gelen bir diğer yol ise seçimin üçüncü bir kişiye veya bağımsız bir kuruluşa bırakılmasıdır. Arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuka uygun olmak kaydıyla taraflar, arabulucunun sayısını ve seçim usulünü belirlemek üzere üçüncü bir kişi veya bağımsız kuruluşa görev verebilir.

3.2.2.2. Arabuluculuk Yeri

Arabuluculuk yeri; taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü amacıyla, arabulucunun ve tarafların toplandığı ve arabuluculuk oturumlarının yürütüldüğü yerdir. Arabuluculuk yeri, arabuluculuk usulü kapsamında incelenmesi gereken temel hususlardan biridir. Zira farklı ülke düzenlemelerinde ve Türk hukukunda yargılama veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yeri usul hukuku meselesi olarak değerlendirilmektedir⁴⁶⁶. Bu nedenle, arabuluculuk yerine ilişkin bir uyuşmazlık çıktığı takdirde hangi hukukun uygulanacağı sorunu arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk uyarınca tespit edilmelidir.

Arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk meselesinde esas itibariyle benimsenen irade muhtariyeti ilkesi arabuluculuk yeri açısından da uygulanmalıdır. Millî hukuk düzenleri tarafından, taraflarca arabuluculuk yerinin belirlenmemesi hâlinde arabulucuya yetki verilebileceği gibi tarafların ve arabulucunun müşterek ikametgâh veya mutat mesken hukuku, müşterek millî hukuku gibi bağlama noktaları da kabul edilebilir. Bu açıdan, arabuluculuk yerinin tespitine uygulanacak hukuka ilişkin bir ihtilaf çıkması hâlinde,

⁴⁶⁵ Arabulucunun belli bir toplum veya kültürden gelmesi ile ilgili toplum veya kültürde ikamet etmesi farklı hususlardır. Doktrinde milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde arabulucunun ikamet ettiği yerin pek önemi olmadığı bu nedenle, arabuluculuk yerinin tespitinin ardından mutlaka o yerde ikamet eden bir arabulucu arayışına girilmesinin yerinde olmadığı, zira diğer oturumların başka ülkelerde olabileceği ileri sürülmektedir: **Birch**, s. 217.

⁴⁶⁶ Arabuluculuğun yapılacağı yer meselesi özellikle milletlerarası arabuluculuk uygulamasında önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde taraflar farklı ülkelerde ikamet etmeleri hâlinde genellikle diğer tarafın seyahat etmek suretiyle kendi bulunduğu yere gelmesini arzu etmektedir. Bu nedenle, milletlerarası arabuluculuk faaliyetinin tarafsız bir yerde veya oturumlardan birinin taraflardan birinin ikametinde diğerinin ise diğer tarafın ikametinde olacak şekilde yapılması tavsiye edilmektedir: **Birch**, s. 217.

arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk tespit edilmeli ve ilgili hukuka göre uyuşmazlık çözümlenmelidir kanaatindeyiz.

3.2.2.3. Arabuluculuk Dili

Arabuluculuk faaliyetinin dili arabuluculuk usulüne dair konular arasında yer almaktadır. Bu nedenle, arabuluculuk faaliyetinin hangi dilde gerçekleştirileceğine ilişkin bir ihtilaf çıkması hâlinde arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuka göre karar vermek gerekmektedir.

Milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde, arabuluculuk dili konusunda millî hukuk sistemlerinde yapılacak düzenlemelerde taraflara seçim hakkı tanınmalıdır. Böylelikle, taraflar kendilerini en iyi şekilde ifade ettikleri dili seçecek ve uyuşmazlığın çözümü dil bariyerinden kaynaklı iletişim problemleri yüzünden zorlaşmayacaktır. Millî hukuk sistemlerinde, tarafların arabuluculuk dili konusunda uzlaşamamaları hâlinde, arabuluculuk faaliyetinin dilinin tespitinin; arabuluculuk yeri hukuku, tarafların ve arabulucunun müşterek millî hukuku veya müşterek ikametgâh-mutat mesken hukuku uyarınca yapılabileceği kabul edilebilir. Bu bakımdan, arabuluculuk dilinin tespitine uygulanacak hukuka ilişkin bir ihtilaf çıkması hâlinde, arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk tespit edilmeli ve ilgili hukuka göre arabuluculuk faaliyetinin dili belirlenmelidir.

3.2.2.4. Arabuluculuk Oturumlarının İdaresi

Arabuluculuk oturumlarının idaresi konusunda hukuk sistemlerinde düzenleme bulunmamaktadır. Zira arabuluculuk faaliyetinin temelinde esneklik ve iradilik esas alındığı için, oturumların idaresi konusunda düzenleme yapılmamak suretiyle bu konuda takdir hakkı taraflar ve arabulucuya bırakılmıştır. Oturumların idaresi hususu esasa değil usule ilişkin bir meseledir ve bu nedenle, arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk tespit edilmeli ve bu hukuka uygun olarak arabuluculuk oturumları idare edilmelidir. Arabulucu, ikamet ettiği yerin dışında bir arabuluculuk faaliyetine katılıyorsa ve de arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk olarak arabuluculuk yeri hukuku seçilmişse arabuluculuk oturumlarının idaresinde ilgili ülke mevzuatı uygulanmalıdır. Zira her ülkede farklı usuller bulunabilmekte, bazı ülkelerde dünyanın genelinden farklı kurallar benimsenmiş olabilmektedir. Örneğin bazı ülkelerde; gizlilik ilkesine riayet yükümlülüğü tarafların yazılı olarak anlaşmaya varmasından sonra başlamaktadır⁴⁶⁷.

⁴⁶⁷ Birch, s. 218.

3.2.3. Arabuluculuk Usulüne Uygulanacak Hukukun Tespiti

3.2.3.1. Genel Olarak

Arabuluculuk faaliyetine ilişkin hangi hususların usul kapsamında kabul edileceği tespit edildikten sonra usule uygulanacak hukukun hangi esaslardan hareket edilerek belirlenmesi gerektiği meselesi ele alınmalıdır. Bu esaslardan ilki; uygulanacak hukukun açık bir şekilde, önceden, tarafsız kurallara tabi tutularak belirlendiği objektif bağlama esası iken; ikincisi taraflara uygulanacak hukuku seçme yetkisi verilmek suretiyle irade muhtariyetinin dikkate alındığı subjektif bağlama esasıdır.

3.2.3.2. Objektif Bağlama Esası

Arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk konusunda objektif bağlama kuralları kullanılarak, uygulanacak hukuk tarafların iradesine bırakılmadan, kanun koyucu tarafından objektif bir düzenleme yapılabilir. Objektif bağlama esasında arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk; arabuluculuk yeri hukuku, müşterek iş yeri hukuku, müşterek millî hukuk, müşterek mutat mesken hukuku gibi objektif bağlama noktaları ile tespit edilebilir kanaatindeyiz. Çalışmamızın bu kısmında, bahsi geçen bağlama noktalarını ele almakta fayda görmekteyiz.

3.2.3.2.1. Arabuluculuk Yeri Hukuku

Arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuka ilişkin akla gelen ilk objektif bağlama kuralı arabuluculuk yeri hukukudur. Arabuluculuk yeri, arabuluculuğun usulî karakterini yansıtmaları bakımından önemlidir⁴⁶⁸. Arabuluculuk usulüne, arabuluculuk yeri hukukunun uygulanması belirlilik, öngörülebilirlik ve usul ekonomisi açısından fayda sağlamaktadır. Bu nedenle, kanun koyucu tarafından arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk olarak arabuluculuk faaliyetinin yapıldığı yer hukukunun bağlama noktası olarak kabul edilmesi yerinde bir seçim olabilir. Ancak son yıllarda teknolojik gelişmelere paralel olarak ulaşım ve iletişimin gelişmesiyle birlikte arabuluculuk yeri hukukunun usule uygulanması ihtimali azalmıştır. Zira arabuluculuk yeri hukuku ile taraflar arasında her zaman sıkı bir bağ olmayabileceği gibi, arabuluculuk yeri rastgele, coğrafi yakınlık sebebiyle veya tarafsızlığın sağlanması amacıyla taraflara eşit uzaklıkta bir yer olarak da belirlenmiş olabilir. Hatta bazı durumlarda arabulucu ve taraflar uyuşmazlığın çözümü konusunda farklı ülkelerde otururlar

⁴⁶⁸ Tahkim yerinin, tahkimin usulî karakterini yansıtan bir bağlama kuralı olup uyuşmazlık ile sıkı irtibatlı olduğu konusunda bilgi için bkz.: **Aygül, Musa**: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller, B. 2, İstanbul 2014, s. 46-47 (Milletlerarası Ticarî Tahkim); **Özel**, s. 102.

yapabilmektedir. Bu nedenle, arabuluculuk usulüne uygulanacak hukukun arabuluculuk yeri hukuku olması meselesi günümüzde işlevselliğini yitirmiş gözükmektedir.

3.2.3.2.2. Tarafların Müşterek İş Yeri Hukuku

Arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk konusunda diğer bir objektif bağlama noktası tarafların müşterek iş yeri hukukudur. Zira tarafların özellikle tacir olması ve uyuşmazlığın aralarındaki ticarî ilişkiden doğması hâlinde uyuşmazlığın tarafların müşterek iş yeri hukuku ile sıkı irtibatlı bulunmaktadır. Türk hukukunda, özellikle sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara yönelik arabuluculuk faaliyetlerinin usulüne tarafların müşterek iş yeri hukuku uygulanabilir. Zira MÖHUK'un 24. maddesinin 4. fıkrasında tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun uygulanacağı, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun iş yerinin en sıkı ilişkili hukuk olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, MÖHUK ile de ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde tarafların müşterek iş yeri hukukunun en sıkı ilişkili hukuk olduğu karine olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, müşterek iş yeri hukukunun ticarî uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin arabuluculuk faaliyetinin usulüne uygulanmak üzere objektif bağlama noktası olarak kabul edilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

3.2.3.2.3. Tarafların Müşterek Millî Hukuku

Arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk konusunda kabul edilebilecek diğer bir objektif bağlama noktası; tarafların müşterek millî hukukudur. Zira taraflardan yalnızca birinin millî hukuku arabuluculuk faaliyeti ile sıkı irtibatlı olmayabilir. Ancak tarafların müşterek millî hukuka sahip olması hâlinde taraflar çoğu zaman ilgili devletin geleneğine, kültürüne, uyuşmazlık çözüm yöntemine aşina olmaktadır. Bu nedenle, tarafların müşterek millî hukuku arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk konusunda bağlama noktası olarak kabul edilebilir kanaatindeyiz. Tarafların müşterek millî hukukunun benimsediği arabuluculuk usulüne özellikle kişiler ve aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde başvurulabilir. Zira şahsî statünün müşterek millî hukuka tâbi tutulması özellikle *Kıta Avrupası* hukuk sisteminin Kanunlar İhtilâfi tekniği bakımından uygundur.

3.2.3.2.4. Tarafların Müşterek Mutat Mesken Hukuku

Arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk konusunda kabul edilebilecek diğer bir objektif bağlama noktası; tarafların müşterek mutat mesken hukukudur. Zira müşterek mutat mesken hukuku tarafların her ikisi ile irtibatlıdır. Hatta günümüzde bazı durumlarda tarafların

vatandaşlık bağı ile bağlı buldukları devletten ziyade mutlak meskenlerinin bulunduğu ülke ile sıkı irtibat hâlinde buldukları görülmektedir. Ayrıca tarafların müşterek millî hukuku da bulunmayabilir. Bu nedenle, arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk bakımından müşterek mutlak mesken hukuku da bağlama noktası noktası olarak belirlenebilir.

3.2.3.3. Sübjektif Bağlama Esası

Arabuluculuk usulünü belirleme konusunda irade özgürlüğü esastan hareket edilerek taraflara seçim hakkı sunulması hâlinde sübjektif bağlama söz konusu olmaktadır⁴⁶⁹. Milletlerarası arabuluculuk usulünde sübjektif bağlama iki şekilde tezahür edebilir: Bunlardan ilki arabuluculuk usulünün taraflarca belirlenmesidir. Bu durumda arabulucu, tarafların belirledikleri usul çerçevesinde arabuluculuk faaliyetini yürütmelidir. Sübjektif bağlamanın söz konusu olduğu ikinci durum; uygulanacak usulün arabulucu tarafından belirlenmesidir. Bu ihtimalde, tarafların arabulucuya bu konuda yetki vermesi gerekmektedir. Bu nedenle, uygulanacak usulün arabulucu tarafından belirlenmesi de taraf iradelerinin bir sonucudur.

3.2.3.3.1. Tarafların Arabuluculuk Usulünü Belirlemesi

Arabuluculuğun milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde sıklıkla tercih edilme sebeplerinden biri de irade muhtariyetinin arabuluculuk faaliyetinin tüm aşamalarında kabul edilmesidir⁴⁷⁰. Arabuluculuğun diğer aşamalarında olduğu gibi arabuluculuk usulü de taraflarca serbestçe belirlenebilir. Zira milletlerarası arabuluculukta evrensel prensip arabuluculuk usulüne uygulanacak hukukun tarafların iradesine tâbi olmasıdır.

Taraflar, arabuluculuk usulüne uygulanmak üzere herhangi bir ülkenin arabuluculuk usulünü, arabuluculuk yeri hukukunu veya kurumsal arabuluculuk merkezlerinin veya ticaret odalarının arabuluculuk usulü kurallarını kabul edebilir; ancak her ne kadar usule uygulanacak hukuk konusunda serbestî bulunsa da herhangi bir ülkenin arabuluculuğa dair usul kurallarının seçilmesinde dikkatli davranılmalıdır. Zira gerekli araştırmalar yapılmadan arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk olarak bir millî hukukun seçilmesi durumunda ilgili hukuk düzeninin katı arabuluculuk usulü kurallarını benimsemiş olması hâlinde arabuluculuk faaliyetinin başarısız olma ihtimali yükselir. Özellikle, tarafların farklı hukuk sistemlerini benimseyen ülkelerin vatandaşlığına sahip olması hâlinde, öngörülemeyen usulî yükümlülüklerle karşı karşıya kalınabilir. Kanaatimizce, taraflarca arabuluculuk usulüne mutlaka bir millî hukukun uygulanması talep ediliyorsa arabuluculuk yeri hukuku seçilebilir.

⁴⁶⁹ Sübjektif bağlama konusunda bilgi için bkz.: **Çelikel / Erdem**, s. 369 vd.; **Nomer**, DHH, s. 319 vd.; **Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe**, s. 264 vd.

⁴⁷⁰ Tahkim usulüne uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi konusunda bilgi için bkz.: **Aygül**, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 47 vd.; **Özel**, s. 97 vd.

Zira arabuluculuk yeri hukukunun ekseriyetle taraflar ve arabulucu ile irtibatı bulunur ve bu durum tarafların beklemedikleri usul kuralları ile karşılaşma riskini azaltır.

Milletlerarası arabuluculukta usule uygulanmak üzere herhangi bir millî hukukun seçilmesi hâlinde ilgili hukuk sisteminde arabuluculuk usulüne ilişkin özel hükümler bulunmaması durumunda nasıl hareket edilmesi de tartışılmalıdır⁴⁷¹. Kanaatimizce bu durumda, ilgili devletin millî hukukunda yer alan arabuluculuğa ve yargılamaya ilişkin kurallar uygun düştüğü ölçüde arabuluculuk usulüne uygulanmalıdır. Tarafların arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunu seçmeleri hâlinde Türk hukukunda arabuluculuk usulüne ilişkin özel kurallar mevcut olmadığından kural olarak HUAK'ın genel esaslarına göre arabuluculuk usulü tayin edilmeye çalışılacaktır. HUAK'ın yetersiz kaldığı durumlarda HMK'daki hükümler arabuluculuğun mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Örneğin hâkimin davaya bakmaktan yasaklılığı ve reddi, davaya vekâlet gibi hükümler arabuluculuk için de kıyasen uygulanabilir. Ancak teminat ve adlî tatil gibi arabuluculuğun mahiyetine uygun düşmeyen hükümler arabuluculuk usulü bakımından dikkate alınamaz.

Taraflar bir kurumsal arabuluculuk merkezinin usul kurallarını seçip bir millî hukukun arabuluculuk usulü kurallarını da yedek/tamamlayıcı kural şeklinde belirleyebilir. Örneğin taraflar kurumsal arabuluculuk merkezlerinin arabuluculuk usulü kurallarını seçip arabuluculuk faaliyetinin dili, gizliliği gibi konuları bizzat düzenleme yoluna gidebilir. *Ad hoc* arabuluculukta ise genel çerçeve taraflarca çizildikten sonra bazı hususlarda UNCITRAL veya MTO arabuluculuk usul kurallarına gönderme yapılabilir.

Arbuluculuk usulüne dair hukuk seçiminin geçerli olabilmesi için tarafların açık iradelerini sözlü veya yazılı bir biçimde beyan etmeleri yerinde olur. Bu konuda zımnî hukuk seçimi dikkate alınmamalı; tarafların arabuluculuk sözleşmesine veya arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukuku seçmeleri arabuluculuk usulünü de seçtikleri şeklinde yorumlanmamalıdır.

Taraflar ve arabulucu arasında arabuluculuk usulüne ilişkin anlaşma yapmanın zamanı ve sınırı belirlenebilir. Taraflar her usulî mesele için farklı zamanlarda ayrı ayrı anlaşma yapabilmelidir. Zira arabuluculuk usulünün seçimini bir zaman dilimine bağlamak doğru değildir. Taraflar uyuşmazlık çıkmadan önce veya sonra, arabulucu seçiminden önce veya sonra, arabuluculuk faaliyeti başlamadan önce veya arabuluculuğun devamı sırasında arabuluculuk usulüne belirleyebilir veya önceden belirledikleri usulü değiştirebilir. Burada

⁴⁷¹ Milletlerarası ticarî tahkimde usule uygulanacak hukuk bakımından bir millî hukukun seçilmesi hâlinde meydana gelebilecek olumsuz durumlar konusunda bilgi için bkz.: **Aygül**, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 58-59.

aranması gereken tek şart –hâlihazırda arabuluculuk faaliyetine başlanmış ise- arabulucunun tarafların belirledikleri usulü uygulaması imkânının bulunup bulunmadığıdır. Örneğin arabuluculuk faaliyeti tarafların seçimi ile İngilizce yürütülürken tarafların arabuluculuk faaliyetine ana dilleri olan Rusça devam etmek istemesi ve arabulucunun Rusça bilmemesi hâlinde arabuluculuk usulüne ilişkin değişiklik talebi değerlendirilmelidir. Kanaatimizce bu durumda tercüman hizmeti alınabilir. Ancak taraflar için bizzat arabulucunun Rusça bilmesi olmazsa olmaz nitelikte ise mevcut arabuluculuk faaliyetine son verilip Rusça bilen bir arabulucuyla süreci tekrar başlatmanın yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Tarafların arabuluculuk usulüne dair hukuk seçimi arabulucu bakımından bağlayıcı olup tarafların seçtiği arabuluculuk usulüne riayet edilmemesi hâlinde arabulucunun hukukî sorumluluğu doğmalıdır⁴⁷². Öte yandan taraflarca arabuluculuğun mahiyetine aykırı, arabuluculuğu tahkime veya uzlaştırmaya yaklaştırabilecek usul kurallarının seçilmiş olması hâlinde arabulucu bu kuralları uygulamamalıdır. Taraflarca yapılan arabuluculuk usulüne dair sözleşmenin uygulanabilir olup olmadığı konusunda arabulucuya yetki verilmeli, arabulucunun uygulanabilir bulmaması hâlinde ilgili hükümler uygulanmamalıdır. Taraflar, arabuluculuk usulü konusunda arabulucu ile uyuşmazlığa düştüğü takdirde arabulucuyu değiştirmek yoluna gidebilmelidir kanısındayız.

Arbuluculuk usulüne ilişkin tarafların irade muhtariyetinin sınırlarına da değinilmelidir⁴⁷³. Bu noktada, arabuluculuk usulüne uygulanmak üzere seçilen hukukun arabuluculuk yeri hukukunun emredici nitelikteki usul kurallarına aykırı olması ihtimali ele alınmalıdır. Kanaatimizce irade muhtariyetinin sınırlarını; adil yargılanma hakkı, eşitlik ilkesi ve tarafsızlık gibi evrensel nitelikteki prensipler oluşturmalıdır. Taraf menfaatlerini koruyan bir anlayıştan hareket edilerek liberal bir yaklaşım sergilenmeli ve mümkün olduğunca taraf iradeleri esas alınmalıdır. Ancak arabuluculuk usulüne ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırı nitelikte kurallar belirlenmesi hâlinde bunlar arabulucu tarafından uygulanmamalıdır.

3.2.3.3.2. Arabulucunun Uygulanacak Usulü Belirlemesi

Milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde taraflar arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuka karar verme konusunda arabulucuya yetki verebilir⁴⁷⁴. Bu durumda arabulucu, tarafların uyuşmazlığın çözümü konusunda ihtiyaç duyduğu usul kurallarını tespit edip bu

⁴⁷² Milletlerarası ticarî tahkimde tarafların tahkim usulüne uygulanacak hukuku seçmesinin hakemleri bağlayacağı ve hakemlerin bu seçime uymamasının sonuçları konusunda bilgi için bkz.: **Aygül**, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 48.

⁴⁷³ Milletlerarası ticarî tahkimde tahkim usulüne uygulanacak hukuku seçme hakkının sınırları konusunda bilgi için bkz.: **Aygül**, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 76-79; **Özel**, s. 101-102.

⁴⁷⁴ Milletlerarası ticarî tahkimde hakemlere tahkim usulüne uygulanacak hukuku seçme hakkı verilmesi konusunda bilgi için bkz.: **Aygül**, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 76-79.

ihtiyaçları karşılayabilecek usul kuralları belirlemelidir. Arabulucular tarafların beklentilerine uygun olarak, tarafların alışkın oldukları hukuk sistemini (*Kıta Avrupası* ve *Common Law* gibi) ve kültürlerini dikkate alarak bir usul belirlemelidir. Kanaatimizce milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde tarafların usul kurallarına yönelik seçim yapmamaları durumunda arabulucunun taraflara bu konuda taleplerini sorması gerekmektedir. Tarafların açık olarak usule uygulanacak hukuk konusunda arabulucuya yetki vermesi hâlinde usule uygulanacak hukuk arabulucu tarafından belirlenmelidir.

Arabulucu, usule uygulanacak hukuk konusunda taraflarca yetkilendirmesi hâlinde belli sorumluluklar yüklenmiş olur. Bu sorumluluklardan en önemlisi tanıma ve tenfiz edilebilir bir anlaşma belgesinin düzenlenmesi hususundadır. Bu durumda arabulucunun uygulanacak usulü belirleme aşamasında titiz hareket etmesi gerekmektedir. Örneğin, arabulucu tarafından usule uygulamak üzere seçilen hukukun tanıma veya tenfiz devletinin kamu düzenine aykırı olmamalıdır.

3.2.3.4. Arabuluculuk Usulüne Dair Sözleşmenin Şekli

Arabuluculuk usulüne uygulanacak hukukun seçimine ilişkin sözleşmenin şekli konusunda Türk hukukunda veya farklı ülke hukuklarında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce sözleşme yazılı veya sözlü olarak yapılabilmeli, arabuluculuk yeri hukuku veya arabuluculuk usulüne uygulanacak hukukun şekil şartlarına uygun olması hâlinde şeklen geçerli kabul edilmelidir.

3.2.3.5. Değerlendirme

Arabuluculuk usulüne ilişkin millî ve milletlerarası nitelikteki düzenlemelerin arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk bakımından yetersiz kaldığı görülmektedir. Oysa arabuluculuk usulü uyuşmazlığın başarılı bir şekilde çözümü için hayati önemi haizdir. Milletlerarası arabuluculuk faaliyetinde taraflar ve arabulucu(lar) hukuk sistemlerindeki arabuluculuğa yönelik farklar sebebiyle usule uygulanacak hukukla ilgili problemlerle karşılaşabilmektedir. Milletlerarası arabuluculukta taraflar ve arabulucunun arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuku bilmesi gerekmektedir. Aksi durumda arabuluculuk faaliyetinin başarısız olma ihtimali yüksektir. Milletlerarası arabuluculukta taraflar ve arabulucunun arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuku her daim bilebilmeleri için, dünya genelinde devletlerin bir milletlerarası arabuluculuk kanunu olmalı ve arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk konusunda düzenleme içermelidir. Ancak bu çözüm yöntemi, olması gereken hukuk açısından düşünülebilse de ütöpik olup kısa vadede uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Kanaatimizce günümüzde arabuluculuk usulüne ilişkin ihdas edilen

düzenlemeler arabuluculuğun ruhuna uygun olarak irade muhtariyeti esasına tabî olmalı, somut uyuşmazlığın ihtiyaçları göz önünde bulundurularak arabulucunun yardımıyla en uygun ve en etkin usul kuralları oluşturulmalıdır.

Milletlerarası arabuluculukta usule uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için öncelikle hangi hususların usule ait olduğu konusunda vasıflandırma yapılmalıdır. Tarafların usule uygulanacak hukuk konusunda ayrıntıya girmeden bir bütün hâlinde tek bir hukuku yetkili kılmaları hâlinde hangi hususların usule ait olduğu konusunda vasıflandırmayı taraflar ve arabulucu birlikte yapmalıdır. Ancak vasıflandırma konusunda taraflarla arabulucu arasında tereddüt oluşması hâlinde tarafların iradesi esas alınmalıdır.

Milletlerarası arabuluculukta usule uygulanacak hukuka yönelik düzenlemelerde sübjektif bağlama esası kabul edilerek irade muhtariyeti esas alınmalı, bir başka deyişle taraflara usule uygulanacak hukuku seçme imkânı verilmelidir. Tarafların usule uygulanacak hukuku seçmemesi hâlinde basamaklı veya alternatif bağlama kuralı kabul edilmelidir. Bu bağlamda; arabuluculuk yeri hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tarafların iş yeri hukuku, kişiler ve aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde tarafların müşterek millî hukuku ve diğer uyuşmazlıkların çözümünde müşterek mutata mesken hukuku bağlama noktası belirlenebilir kanaatindeyiz. Ancak hâlin bütün şartlarına göre arabuluculuk usulüyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda arabuluculuk usulünün bu hukuka tâbi tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

3.3. Milletlerarası Anlaşma Belgesi

3.3.1. Tanım

Arbuluculuk sürecine başlamadan önce tarafların ve arabulucunun beklentisi uyuşmazlığın son bulmasıdır. Bu nedenle, taraflar arabuluculuk sürecinin sonunda uyuşmazlığın sona erdiğini kesin bir dille belirten yazılı⁴⁷⁵ bir sözleşme akdetmeyi arzular. Bir arabuluculuk faaliyetinin olumlu sonuçlanmasının ardından arabulucunun yardımıyla taraflar arasında uyuşmazlığa son veren akde anlaşma belgesi denir. Anlaşma belgesinin birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olmak suretiyle yabancılık unsuru içermesi hâlinde buna milletlerarası (yabancı) anlaşma belgesi denir. Milletlerarası anlaşma belgesinin düzenlenmesi

⁴⁷⁵ Doktrinde arabuluculuk sürecinin sonunda sözlü bir anlaşmanın yapılması hâlinde hükümlerin akılda kalmayacağı ve bu durumun karışıklığa yol açacağı belirtilmiştir. Ayrıca anlaşma belgesinin sözlü bir şekilde yapılması hâlinde tarafların tatmin olmayacağı, tarafların arabuluculuk faaliyetinin yazılı bir anlaşmayla son bulmaması hâlinde arabuluculuk faaliyetini zaman kaybı olarak nitelendireceği ifade edilmiştir: **Press, Sharon / Lurie, Paul M.:** *A Mediator's Obligation to Memorialize the Agreement*, Dispute Resolution Magazine, 2015, Vol. 22, s. 39.

bünyesinde birçok zorluk barındırmaktadır. Zira uyuşmazlığın çözümüne ilişkin ifadelerdeki nüanslar dahi taraflardan birini avantajlı veya dezavantajlı konuma getirebilir⁴⁷⁶. Bu nedenle, arabulucu son derece dikkatli ve titiz hareket etmelidir. Nitekim arabulucunun işlevi tarafların anlaşmasına yönelik ortamı sağlamak olup, anlaşma belgesi taslağı oluşturup bu konuda tarafları ikna etmeye çalışmak gibi bir işlevi bulunmamaktadır⁴⁷⁷.

Millî nitelikteki anlaşma belgesinin icra edilmesinde herhangi bir problemle karşılaşılmazken milletlerarası anlaşma belgesinde durum farklıdır. Örneğin Türk hukukunda iki Türk vatandaşı arasında yaşanan uyuşmazlık sebebiyle arabuluculuğa başvurulmuş ve anlaşma belgesi imzalanmışsa mahkeme tarafından sözleşmeye icra edilme özelliği verilebilecektir⁴⁷⁸. Milletlerarası anlaşma belgesinin icra edilmesi konusunda Türk hukukunda ve farklı ülke düzenlemelerinde belirsizlik bulunmaktadır. Zira anlaşma belgesi uluslararası hukukta bilinen bir kavram değildir. Bu nedenle, çeşitli kriterlerden yola çıkılarak milletlerarası anlaşma belgesinin çerçevesi çizilmelidir.

3.3.2. Kriterler

3.3.2.1. Genel Olarak

Millî ve milletlerarası anlaşma belgesinin icra edilmesinin farklı usullere tâbi olması nedeniyle anlaşma belgelerinin hangi koşullarda milletlerarası anlaşma belgesi kabul edileceğinin açık bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Milletlerarası anlaşma belgesinin mutlaka bir millî hukuk sistemine ait olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira anlaşma belgesinin mutlaka bir millî hukuk sistemine ait olması gibi bir anlayış arabuluculuğun özü ile bağdaşmaz. Aksinin kabulü hâlinde anlaşma belgesi çeşitli devletler tarafından farklı hukuk düzenlerine ait kabul edilecek bu durum da uygulamada ciddi karışıklığa yol açabilecektir. Bu nedenle, yalnızca anlaşma belgesinin milletlerarası niteliği belirlenmeli, milletlerarası nitelikte olmayan anlaşma belgeleri millî kabul edilmelidir.

Milletlerarası anlaşma belgesinin tespit edilebilmesi için yer bakımından, kişi bakımından ve hukuk seçimi bakımından yabancılık unsurunun gerçekleşmiş olması gerekmektedir kanaatindeyiz.

3.3.2.2. Yer Bakımından Yabancılık Unsuru Kriteri

Bir anlaşma belgesinin milletlerarası niteliğinin belirlenmesinde akla gelen kriterlerden ilki; arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştiği yerdir. Bu ihtimalde, arabuluculuk

⁴⁷⁶ Press / Lurie, s. 39.

⁴⁷⁷ Arabuluculuk sürecinde tarafların avukat ile temsil edilmesi hâlinde avukatların anlaşma belgesi taslağı hazırlamalarında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır: Press / Lurie, s. 40-41.

⁴⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 52-53.

faaliyetinin gerçekleştirildiği yer esas alınacak ve arabuluculuk faaliyetinin yabancı bir ülkede gerçekleşmesi hâlinde bu faaliyet sonucunda ortaya çıkan anlaşma belgesi milletlerarası anlaşma belgesi kabul edilecektir.

Milletlerarası anlaşma belgesinin yer kriterine göre belirlendiği durumlarda akla gelen bir diğer husus anlaşma belgesinin imzalandığı yerdir. Bu ihtimalde, arabuluculuk faaliyetinin genel olarak yabancı bir ülkede gerçekleşip gerçekleşmediğinin önemi olmayacak, yalnızca anlaşma belgesinin imzalandığı yere göre bir değerlendirme yapılacaktır. Arabuluculuk faaliyeti yabancı bir ülkede yapılmaya dahi anlaşma belgesinin yabancı bir ülkede imzalanması hâlinde milletlerarası anlaşma belgesinin mevcut olduğu kabul edilecektir⁴⁷⁹.

Milletlerarası anlaşma belgesinin mevcudiyetinin yer kriterine göre tespiti hususunda anlaşma belgesinin taraflarının iş yerlerinin esas alınması düşünülebilir. Zira çalışmamızda daha önce değinmiş olduğumuz Singapur Sözleşmesinde de anlaşma belgesinin en az iki tarafının iş yerlerinin farklı devletlerde bulunması hâlinde milletlerarası nitelikte olacağı düzenlenmiştir⁴⁸⁰. Bu noktada, özellikle ticarî uyuşmazlıklara ilişkin anlaşma belgelerinin milletlerarası nitelikte olup olmadığının tespiti hususunda iş yeri kriterinin esas alınmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

3.3.2.3. Kişi Bakımından Yabancılık Unsuru Kriteri

Bir anlaşma belgesinin milletlerarası niteliğinin belirlenmesinde akla gelen diğer kriter; tarafların veya arabulucunun vatandaşlığıdır. Taraflardan biri veya her ikisinin ya da arabulucunun yabancı olması hâlinde de anlaşma belgesinin milletlerarası nitelikte olup olmadığı tartışılabilir.

Kişi bakımından yabancılık unsuru kriterine göre anlaşma belgesinin milletlerarası niteliğinin kabul edilebilmesi için çeşitli ihtimaller bulunmaktadır. Bunlardan ilki; tarafların ve arabulucunun yabancı olmasıdır. Bu ihtimalde yer kriterine bakılmaksızın arabuluculuk faaliyeti sonucunda imzalanan anlaşma belgesinin milletlerarası niteliği kabul edilmelidir. İkinci ihtimal ise tarafların yabancı, arabulucunun Türk vatandaşı olmasıdır. Kanaatimizce bu ihtimalde de uyuşmazlığın her iki tarafı da yabancı olması nedeniyle milletlerarası anlaşma belgesinin mevcut olduğu kabul edilmelidir. Konuya ilişkin, üçüncü ihtimal ise taraflardan birinin Türk vatandaşı, diğerinin yabancı, arabulucunun da yabancı olması hâlidir. Bu ihtimalde de süreç sonunda imzalanan belge milletlerarası anlaşma belgesi kabul edilebilir.

⁴⁷⁹ Milletlerarası ticarî tahkim faaliyeti sonucunda verilen hakem kararların millî veya milletlerarası niteliğinin belirlenmesinde yer kriterine yönelik eleştiriler konusunda bkz.: **Akıncı**, Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları, s. 10.

⁴⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 113-114.

Arabulucunun ve tarafların vatandaşlığının tespit edilmesinde birden fazla arabulucu veya tarafın mevcut olması durumu da değerlendirilmelidir. Zira gerek taraflar gerek arabulucu birden fazla kişiden oluşabilir. Bu durumda birden fazla kişiden oluşan arabulucu ve tarafların çoğunluğu esas alınmalıdır. Türk vatandaşı ve yabancı sayısının eşit olması hâlinde arabulucunun veya tarafların yabancı olmadığı kabul edilmelidir. Özetle kişi bakımından yabancılık unsuru kriteri dikkate alındığı takdirde, tarafların iki kişi, arabulucunun bir kişi olduğu varsayımından hareket edilmeli ve arabuluculuk faaliyetinde toplamda iki veya daha fazla yabancı bulunması durumunda faaliyet sonunda imzalanan belge milletlerarası anlaşma belgesi kabul edilmelidir kanaatindeyiz.

Kişi bakımından yabancılık unsuru kriterine göre milletlerarası anlaşma belgesinin mevcudiyetinin tespit edilebilmesi için tarafların ve arabulucun birden fazla vatandaşlığa sahip olma durumu da değerlendirilmelidir. Bu ihtimalde, Türk hukukunun genel prensiplerinden hareket edilmeli ve MÖHUK'un 4. maddesi gereği, bu vatandaşlıklardan biri Türk vatandaşlığı ise, kişinin diğer vatandaşlıkları dikkate alınmamalıdır.

3.3.2.4. Hukuk Seçimi Bakımından Yabancılık Unsuru Kriteri

Anlaşma belgesinin milletlerarası niteliğinin tespitinde değinilmesi gereken bir diğer kriter; hukuk seçimi bakımından yabancılık unsurudur. Zira esnek yapısı nedeniyle arabuluculuğun kural olarak bütün aşamalarında hukuk seçimine cevaz verilmektedir. Yer ve kişi bakımından yabancılık unsuru içermese dahi arabuluculuk sözleşmesine, arabulucu sözleşmesine, arabuluculuk usulüne veya anlaşma belgesine uygulanmak üzere yabancı bir hukukun seçilmesi durumunda anlaşma belgesinin yabancı hukukla sıkı irtibatının bulunduğu tespit edilip anlaşma belgesinin milletlerarası nitelikte olduğu kabul edilebilir.

3.3.2.5. Değerlendirme

Anlaşma belgesinin milletlerarası nitelikte olup olmadığının tespitinin yapılması zarurîdir. Zira millî anlaşma belgesi ile milletlerarası anlaşma belgesinin icrası farklı usullere tabidir. Kanaatimizce millî hukuk sistemlerinde milletlerarası anlaşma belgesinin şartları açıkça düzenlenmeli ve bu şartları taşımayan anlaşma belgeleri millî kabul edilip iç hukukta yer alan düzenlemelere göre icra edilmelidir.

Anlaşma belgesinin yalnızca tek bir hukuk düzenine ait kabul edilmesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Aksine anlaşma belgesinin tek bir hukuk düzeni ile sınırlamak arabuluculuğun özüne aykırılık teşkil edecektir. Zira anlaşma belgesi çok sayıda ülke ile irtibatlı olabilir ve anlaşma belgesinde çok sayıda ülkeyi ilgilendiren hükümlere yer

verilebilir. Bu nedenle, arabuluculuk sonucunda ortaya çıkan anlaşma belgesi millî hukuklardan soyutlanmalıdır.

Millî hukuk sistemlerinde düzenleme yapılmak suretiyle arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştiği yer, anlaşma belgesinin imzalandığı yer, tarafların iş yerlerinin farklı devletlerde bulunması, tarafların vatandaşlığı ve tarafların hukuk seçimi kriterlerinin anlaşma belgelerinin milletlerarası niteliğinin tespitinde kullanılabileceği kanaatindeyiz.

3.3.3. Hukukî Niteliği

3.3.3.1. Genel Olarak

Milletlerarası anlaşma belgesinin icra edilmek suretiyle hüküm ve sonuç doğurabilmesi için hukukî niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Hukukî niteliğin tespit edilmesiyle birlikte tarafların ve arabulucunun hakları, yükümlülükleri ve sorumlulukları belirlenecektir. Anlaşma belgesinin hukukî niteliği konusunda dört farklı ihtimal bulunmaktadır: Akdî nitelik, kazaî nitelik, karma nitelik ve kendine özgü (*sui generis*) nitelik.

3.3.3.2. Akdî Niteliği

Milletlerarası anlaşma belgesinin hukukî niteliği konusunda akla gelen ilk ihtimal akdî niteliktir. Buna göre, anlaşma belgesinin tarafların iradelerini yansıtan bir akit hüviyetinde olduğu, anlaşma belgesi ile tarafların taahhüt altına girerek bu belgeyi ihlal etmeyeceklerini vaat ettiği ileri sürülebilir. Bu ihtimale göre, anlaşma belgesi sorumluluk hukukunun temel değerleri kapsamında sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesi bakımından incelenmelidir. Anlaşma belgesinin akdî karakterinin ağır bastığı, arabuluculuğun devlet destekli bir müessese olmasını göz önünde bulundurarak, bir belgenin icrasında devletin garantör durumda olmasının belgenin akdî karakterine helal getirmeyeceği ve bu nedenle, anlaşma belgesinin yargısal desteğin mevcut olduğu bir akit olarak değerlendirilmesi gerektiği iddia edilebilir.

Milletlerarası anlaşma belgesinin yalnızca akdî niteliği kabul edildiği takdirde mesele sözleşmenin ifası kapsamında değerlendirilmelidir. Taraflardan birinin anlaşma belgesine aykırı davranması hâlinde ifa davası açılmak suretiyle ilgili taraf ifaya zorlanabilir. Anlaşma belgesinin akit olarak kabul edilmesi hâlinde bu durumun anlaşma belgesi bakımından olumlu yönü pratik bir şekilde icra edilme olanağı bulması iken olumsuz yönü anlaşma belgesinin icra edilebilme gücünün kazaî yöne nazaran zayıflamasıdır.

Milletlerarası anlaşma belgesinin akdî niteliği kabul edildiği takdirde değinilmesi gereken bir diğer mesele de anlaşma belgesinin hangi akit türü içerisinde değerlendirileceğidir. Anlaşma belgesi, en fazla sulh sözleşmesi ile benzerlik taşımaktadır.

Zira sulh sözleşmesinin oluşabilmesi için bir hukukî ilişkinin mevcut olması, uyuşmazlık ve tereddüt hâlinin bulunması ve tarafların bu sözleşmesinin akdetmesinde karşılıklı fedakârlığının bulunması gerekir⁴⁸¹. Bu unsurların tamamı anlaşma belgesinde yer almasına rağmen anlaşma belgesinde bir arabulucunun mevcut olması ve arabulucunun imzasının yer alması anlaşma belgesini sulh sözleşmesinden uzaklaştırmaktadır. Bu nedenle, anlaşma belgesini doğrudan sulh sözleşmesi veya sulh sözleşmesinin bir türü kabul etmek yerinde olmayacaktır kanısındayız.

3.3.3.3. Kazaî Niteliği

Milletlerarası anlaşma belgesinin hukukî niteliği konusunda akla gelen diğer ihtimal belgenin kazaî niteliğidir. Buna göre, anlaşma belgesi ile bir uyuşmazlığın devletin mahkeme yargılamasına alternatif kabul ettiği bir uyuşmazlık çözüm yöntemi ile çözüldüğü ve anlaşma belgesinin kazaî nitelikte olduğu düşünülebilir. Zira uzlaşmaya varılan hususlarda dava açılmaması veya arabuluculuk sürecinde uzlaşmaya varılmadan önce dava açılmışsa bu belgenin, dava şartı yokluğu sebebiyle davayı sona erdirici etkisinin bulunması anlaşma belgesinin usul hukuku bakımından en önemli sonucudur⁴⁸². Anlaşma belgesinin çeşitli açılardan mahkeme tarafından kontrol edilerek kesin hüküm kuvvetini kazanması nedeniyle kazaî karakterinin olduğu yönündeki bu düşünceden hareketle, tıpkı yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde olduğu anlaşma belgesinin icrasının sağlanabilmesi için belli koşulları taşınması şartı aranabilir. Arabuluculuğun devletler tarafından kabul edilip düzenleme altına alınması ve anlaşma belgesinin devletin hükümranlık tasarrufuyla şerh edilmek suretiyle icraî karakter verilmesi nedeniyle kazaî karakterli olduğu düşünülse de kanaatimizce arabuluculuk ve dolayısıyla anlaşma belgesi mahkeme ve tahkime nazaran özel hukuk karakterlidir ve kazaî karakteri daha zayıftır. Bu nedenle, anlaşma belgesinin hukukî niteliğinin mutlak olarak kazaî nitelikte olduğunun kabul edilmesi kanaatimizce yerinde değildir.

3.3.3.4. Karma Niteliği

Milletlerarası anlaşma belgesinin hukukî niteliği konusunda akla gelen bir diğer ihtimal; belgenin karma nitelikte olduğudur. Buna göre, anlaşma belgesinin bir yönüyle akdi, diğer yönüyle kazaî nitelikte olduğu düşünülebilir. Zira anlaşma belgesinin tarafların iradesi sonucunda oluşması akdî yönünü, yargı organları tarafından şerh verilmek ya da tenfiz edilmek suretiyle icrasının sağlanması da kazaî karakterini gösterir.

⁴⁸¹ Karauz, s. 8.

⁴⁸² Akkan, s. 16.

Milletlerarası anlaşma belgesinin karma niteliği kabul edildiği takdirde kanaatimizce anlaşma belgesi tanıma-tenfiz edilmeden önce sözleşmeden doğan sorumluluk hukukuna göre değerlendirmeli; tanıma-tenfiz işlemi gerçekleştikten sonra ise milletlerarası anlaşma belgesi tıpkı bir mahkeme kararı gibi icra edilmelidir. Anlaşma belgesinin karma niteliğinin kabul edilmesi hâlinde; anlaşma belgesinin icra edilmesinde akdin ifasına göre daha ağır, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizine göre daha hafif şartlar aranmalıdır.

3.3.3.5. *Sui Generis* (Kendine Özgü) Niteliği

Milletlerarası anlaşma belgesinin hukukî niteliği konusunda akla gelen bir diğer ihtimal; belgenin *sui generis* nitelik taşıdığı yönündedir⁴⁸³. Buna göre, anlaşma belgesi her ne kadar akdî nitelik taşısa da sözleşmeye uyulmaması durumunda –anlaşma belgesinin şerh veya tenfiz edilmesi hâlinde- devlet organlarının müdahale ettiği düşünüldüğünde sözleşmelerden ayrılır. Zira sözleşme hukukunda ifa davası açılmak suretiyle hak elde edilmeye çalışılırken, şerh veya tenfiz edilmiş bir anlaşma belgesinde devletin icraî makamları doğrudan harekete geçer. Öte yandan, yargısal karakter açısından incelendiğinde mahkeme veya tahkim yargılamasında olduğu gibi arabuluculuk sürecinde bir yargılama faaliyetinin yapılmadığı görülmektedir. Arabuluculuk faaliyetinden beklenen uyuşmazlığa arabulucu yardımıyla son verilmesidir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda imzalanan anlaşma belgesi taraflarca oluşturulan herhangi bir sözleşmeden farklıdır. Zira burada öncesinde yaşanan ve çözülemeyen bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Özetle, milletlerarası anlaşma belgesinin, arabuluculuğun amacı ve bu amacı gerçekleştirme yöntemi bakımından diğer sözleşmelerden farklı olduğu benimsenmeli ve *sui generis* (kendine özgü) nitelikte olduğu kabul edilmelidir.

3.3.4. Milletlerarası Anlaşma Belgesinin Tanınması ve Tenfizi

3.3.4.1. Genel Olarak

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda imzalanan anlaşma belgesi tarafların uyuşmazlığın çözüme kavuşmasına yönelik iradesinin sonucudur. Bu nedenle, hayatın olağan akışına uygun olarak tarafların herhangi bir kurumun veya kişinin talebi veya zorlamasına gerek kalmadan anlaşma belgesi hükümlerini rızaen uygulaması gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda taraflardan biri anlaşma belgesiyle taahhüt ettiği yükümlülükleri yerine getirmeyebilir. Bu durumda, anlaşma belgesinin millî nitelikte olması hâlinde ilgili hukuk sisteminin mevzuatına göre icra kabiliyetinin kazandırılması gerekmektedir. Türk hukukunda HUAK'ın 18.

⁴⁸³ Doktrinde anlaşma belgesinin belirli bir sözleşme kalıbında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, anlaşma belgesinin kendine özgü bir hukukî niteliğe sahip olduğu belirtilmiştir: **Kıyak**, s. 545.

maddesine göre; taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep etmek suretiyle anlaşma belgesinin icrasını sağlayabilir. Hatta HUAK'ın 18. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılmaktadır.

Millî anlaşma belgelerinin icrası konusunda yasal düzenleme bulunmaktayken milletlerarası anlaşma belgeleri bakımından herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁸⁴. Zira milletlerarası anlaşma belgesinin icra edilebilmesi için millî anlaşma belgelerinin icrasına yönelik hükümlere gidilemez. Bu nedenle, milletlerarası anlaşma belgelerin icra edilebilmesi için ayrı ve özel düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Bu düzenleme, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine ilişkin olmalıdır.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda oluşturulan milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi hayati önemi haizdir. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlığın tarafları anlaşma belgesindeki hükümlerin başka bir ülkede kesin hüküm ve kesin delil niteliğini haiz olmasını ve dolayısıyla aynı uyuşmazlığın bir kez daha mahkeme, hakem veya arabulucuya intikal etmemesini arzu eder. Bunun gerçekleşebilmesi için tanıma ve tenfiz müessesine ihtiyaç duyulmaktadır. Milletlerarası anlaşma belgesindeki hükümlerin başka bir ülkede kesin hüküm ve kesin delil niteliğini haiz olması tanıma müessesesi ile mümkün olabilirken; kesin delil, kesin hüküm ve icra edilebilirlik niteliğine sahip olabilmesi tenfiz müessesesiyle mümkündür⁴⁸⁵. Bu nedenle, anlaşma belgesinin birden fazla ülkede etkili olmasını talep eden taraflar; arabuluculukta tanıma-tenfiz müessesesinin bulunmaması nedeniyle arabuluculuğa müracaat etmez; bu durum da yabancılık unsurunun mevcut olduğu uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümüne engel teşkil eder.

Milletlerarası anlaşma belgeleri genellikle bünyesinde edâ hükümleri barındırmaktadır. Bu nedenle, anlaşma belgelerinin çoğunlukla tenfiz edilmesi gerekirken nadiren anlaşma belgesinin tanınması da söz konusu olabilir. Kanaatimizce yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde olduğu gibi, uygulamada milletlerarası anlaşma

⁴⁸⁴ Karşılaştırmalı hukukta, arabuluculuk konferanslarının ve çeşitli çalışmaların sonucu olarak *Chang-fa Lo ve Winnie Jo-Mei Ma* tarafından milletlerarası anlaşma belgelerinin tanınması ve tenfizine yönelik bir sözleşme taslağı hazırlanmıştır. Sözleşme Taslağının çevirisi için bkz.: **Öztürk, Necla / Yarar, Güven: Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmesinin Sınır-Ötesi Tenfizine Dair Sözleşme Taslağı**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 8, S. 2, s. 639-652.

⁴⁸⁵ Tanıma ve tenfiz müesseseleri arasındaki fark konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Eksi, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul 2013; **Özbakan, Işıl: Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara 1987; **Çelikel / Erdem**, s. 679; **Nomer**, DHH, s. 503 vd.; **Sanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe**, s. 506-507; **Tiryakioğlu, Bilgin: Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara 1996, s. 13 vd. (Boşanma); **Güven, Pelin: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara 2013; **Tütüncübaşı, Uğur: Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması**, Ankara 2014; **Hay / Weintraub / Borchers**, s. 225.

belgesi konusunda tanıma ve tenfiz kavramları iç içe geçecek ve *tanıma-tenfiz* şeklinde birlikte kullanılacaktır.

3.3.4.2. Milletlerarası Anlaşma Belgesinin Tanınması ve Tenfizinde Esas Alınabilecek Teoriler

3.3.4.2.1. Milletlerarası Nezaket Teorisi (*Comitas Gentium*)

Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi ilk olarak milletlerarası nezaket (*comitas gentium*) teorisi⁴⁸⁶ bakımından değerlendirilmelidir. Buna göre, devletlerin anlaşma belgelerini *comitas gentium* esasına göre tanıyıp tenfiz etmeleri gerektiği düşünülebilir. Zira milletlerarası anlaşma belgesinin tüm devletler tarafından tanınıp tenfiz edilmesi bir zorunluluk olarak görülmemelidir. Bu nedenle, uluslararası nezaket açısından konuya yaklaşılarak devletlerce taraf iradesinin bir ürünü olan anlaşma belgesinin tanınıp tenfiz edilmesinin milletlerarası nezaket kurallarının bir tezahürü olduğu sonucuna ulaşılabilir.

3.3.4.2.2. Milletlerarası İhtiyaç Teorisi

Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfize ilişkin bir diğer teori milletlerarası ihtiyaç teorisidir. Buna göre, devletlerin ihtiyaç nedeniyle arabuluculuk kurumunu benimsediği, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinin de milletlerarası camianın ihtiyacının gereği olduğu ileri sürülebilir. Aynı şekilde taraflar da hukukî uyuşmazlıklarının hızlı, ucuz ve kazan-kazan anlayışına göre çözülmesi ihtiyacındadır ve bu nedenle taraflarca arabuluculuk kurumuna müracaat edilmektedir. Kısacası bu teoriye göre, her ne kadar devletin verdiği izin ve akabinde yaptığı hukukî düzenlemeler sonucunda arabuluculuk müessesesi yürürlüğe girmiş olsa da devleti ve tarafları milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfize sevk eden güç milletlerarası ihtiyaçtır.

3.3.4.2.3. Müktesep Hak Teorisi

Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfize ilişkin bir diğer teori; müktesep hak teorisidir⁴⁸⁷. Buna göre, milletlerarası anlaşma belgesi tarafların uyuşmazlığın

⁴⁸⁶ Milletlerarası Nezaket Teorisi konusunda bilgi için bkz.: **Collier**, s. 379; **Nomer**, DHH, s. 384.

⁴⁸⁷ Kazanılmış hakkın mevcut olabilmesi için hakkın uygulanacak hukuka göre kazanılmış olması ve uygulanacak hukukun kanunlarının emrettiği tüm koşullar sağlanmış olması gerekmektedir. Kazanılmış hakkın etkileri ve müktesep hak prensibinin istisnaları için bkz.: **Yörük**, s. 197-198. Kazanılmış hakların Milletlerarası Özel Hukuk tarafından tanınması konusunun değerlendirilmesi için bkz.: **Uluocak**, Kanunlar İhtilâfi, s. 233 vd.; **Collier**, s. 379-382; **Cheshire, North & Fawcett**, s. 24 vd.; **Symeonides, Symeon**: American Private International Law, Netherlands 2008, s. 67. Kazanılmış haklar teorisinin lehine ve aleyhine sürülen görüşler konusunda bkz.: **Seviğ**, s. 169 vd. Kazanılmış haklar konusunda çeşitli mahkeme kararları konusunda bilgi için bkz.: **Göğ**, Kanunlar İhtilâfi, s. 20-24. Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute*) tarafından 1934 yılında hazırlanan ve ABD Kanunlar İhtilâfi Hukukuna yönelik kuralları ihtiva eden, yarı resmî bir kod

çözümü yolunda yoğun çaba ve emek sarf ettiği bir belge olması sebebiyle adaletin ve kamu düzeninin sağlanması bakımından hayatî önemi haizdir. Bu nedenle, arabuluculuğa hukuk sistemlerinde yer veren ülkelerce arabuluculuk faaliyetinin olumlu sonuçlanması sonucunda taraf iradesi ile oluşturulan milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine engel olunması, uluslararası hukuk tarafından kabul edilen müktesep (kazanılmış) hak prensibine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle, müktesep hakların korunması amacıyla devletler milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine imkân sağlayabilir.

Özetle, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi; milletlerarası nezaket teorisi (*comitas gentium*) açısından değerlendirildiğinde bir nezaket kuralı olarak kabul edilebilir. Öte yandan, milletlerarası ihtiyaç teorisi bakımından milletlerarası camianın ihtiyaç duyduğu bir meselenin çözümü, müktesep hak teorisi açısından ise taraflarca kazanılan bir hakkın teminat altına alınması olarak görülebilir. Bu teorilerin yansıması olarak, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine yönelik millî ve milletlerarası düzenlemelerin ivedilikle yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

3.3.4.3. Türk Hukukunda Milletlerarası Anlaşma Belgesinin Tanınması ve Tenfizi

3.3.4.3.1. Genel Olarak

Günümüzde teknolojiye gelişmeler ve ulaşımın hızlanması sonucunda her ülkede olduğu gibi Türkiye’de de yabancılık unsuru içeren ihtilafların sayısında artış görülmektedir. Birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olan ihtilafların bir kısmının arabuluculuk yoluyla çözümlenme ihtimali düşünüldüğünde milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi mekanizmasına ciddi şekilde ihtiyaç duyulduğu açıktır. Türk hukukunda yabancılık unsuru içeren özel hukuka dair uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülebileceğine ilişkin herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira HUAK’ın 1. maddesinde açıkça; *Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır* denilmek suretiyle yabancılık unsuru içeren özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülebileceği vurgulanmıştır. Ancak Türk pozitif hukukunda milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine ilişkin HUAK’ta veya başka bir düzenlemede herhangi bir hükme rastlanılmamaktadır. Bu noktada, çalışmamızda daha önce değinmiş olduğumuz⁴⁸⁸ Singapur Sözleşmesinin, Türk hukuku bakımından yürürlüğe girmesi hâlinde anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine ilişkin Türk hukukundaki

niteliğinde *I. Restatement*’da kazanılmış haklar kuramına yer verilmiştir: Restatement of The Law Fourth, The Foreign Relations Law of The United States, American Law Institute Publishers, Philadelphia 1934.

⁴⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 112-122.

sorunların çözüme kavuşacağı düşünülebilir. Ancak Singapur Sözleşmesinin kapsamına yalnızca ticarî uyuşmazlıklara ilişkin anlaşma belgeleri alınmıştır; dolayısıyla Singapur Sözleşmesi Türk hukuku bakımından yürürlüğe girse dahi yalnızca ticarî uyuşmazlıklara ilişkin anlaşma belgelerinin tanınması ve tenfizini sağlayacaktır. Bir başka deyişle, aile hukukuna, miras hukukuna, iş hukukuna, tüketici hukukuna ilişkin anlaşma belgelerinin Türk hukukunda tanınması ve tenfizi noktasında Singapur Sözleşmesi kullanılmayacağından, Sözleşme yürürlüğe girse dahi bu tür anlaşma belgelerinin tanınması ve tenfizi hususundaki belirsizlik devam edecektir. Bu nedenle, çalışmamızın bu bölümünde milletlerarası arabuluculuktan doğan anlaşma belgelerinin tanınması ve tenfizi konusunda ihdas edilmesini önereceğimiz hususlara yer verilip Türk hukukunda bu konuda genel bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır.

3.3.4.3.2. Şartları

Türk hukukunda, -MÖHUK ile düzenlenen hükümlere paralel olarak- milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi için birtakım ön ve aslî şartların aranması gerekmektedir. İlk olarak, anlaşma belgesinde ön şartların mevcut olup olmadığı incelenmelidir. Anlaşma belgesinin ön şartları taşıması hâlinde aslî şartların mevcudiyeti tespit edilmeli ve tüm şartları taşıyan anlaşma belgeleri Türk hukukunda tanınmalı ve tenfiz edilmelidir.

3.3.4.3.2.1. Ön Şartlar

3.3.4.3.2.1.1. Anlaşma Belgesinin Milletlerarası Nitelikte Olması

Ön şartlardan ilki; *anlaşma belgesinin milletlerarası nitelikte olması* şeklinde belirlenebilir. Zira Türk hukukunda millî anlaşma belgelerinin tanınması ve tenfizi değil sadece icra edilebilirliğine ilişkin şerh talep edilebilir. Anlaşma belgesinin hangi durumlarda millî, hangi durumlarda milletlerarası nitelikte olacağına çalışmamızın önceki kısımlarında değinildiği için tekrara düşmemek adına burada yer verilmeyecektir⁴⁸⁹.

3.3.4.3.2.1.2. Uyuşmazlığın Türk Hukuku Bakımından Arabuluculuğa Elverişli Olması

Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinde aranması gereken ön koşullardan bir diğeri ise arabuluculuk faaliyetine konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre arabuluculuğa elverişli olmasıdır. Zira anlaşma belgesi tanınıp tenfiz edildiği takdirde ilâm niteliği kazanacak ve yetkili makamlar tarafından icra edilebilecektir. Türk hukukunda arabuluculuğa elverişli kabul edilmeyen bir uyuşmazlığa ilişkin milletlerarası anlaşma

⁴⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 140-144.

belgesinin tanınması ve tenfiz edilmesi mümkün olmamalıdır. Örneğin; velayete ilişkin bir uyuşmazlıktan doğan arabuluculuk faaliyeti sonucunda oluşan milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi Türk hukukunda velayete ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmaması nedeniyle reddedilmelidir. Zira velayete ilişkin uyuşmazlıklarda taraflardan birinin kadın olduğu düşünüldüğünde, anlaşma belgesinde her ne kadar imzası bulunsa da kadının bulunduğu zor durumdan yararlanılıp yararlanılmadığını tespit edebilmek güçtür. Bu nedenle, zayıf tarafın korunması ve kamu yararı ilkeleri göz önüne alınarak Türk hukukunda arabuluculuğa elverişli kabul edilmeyen uyuşmazlıklara ilişkin milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi mümkün olmamalıdır.

Arabuluculuğa elverişlilik meselesinin ayrı bir şart olarak değil de kamu düzeni kapsamında incelenmesi düşünülebilir. Ancak kanaatimizce zaten son derece soyut bir kavram olup içeriği ve sınırları tespit edilemeyen kamu düzeni kavramının geniş yorumlanmasından ziyade dar yorumlanması yerinde olur. Bu nedenle, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinde arabuluculuğa elverişlilik kamu düzeni aslı şartından bağımsız olarak ön şart olarak aranmalıdır.

3.3.4.3.2.1.3. Milletlerarası Anlaşma Belgesinin Kesinleşmesi

Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfiz edilebilmesi için bağlayıcı hâle gelmesi, bir başka deyişle kesinleşmesi gerekmektedir. Zira kesinleşmemiş milletlerarası anlaşma belgelerinin tanınması ve tenfiz edilmesi hâlinde hukukî güvenlik ve belirliliğe aykırı sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Öte yandan, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi hususunda farklı hukuk düzenlerince çeşitli kesinleşme şartları öngörülebilir. Örneğin, Türk hukukuna göre anlaşma belgesinin bağlayıcı hâle gelebilmesi için de taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması yeterlidir. Zira HUAK'ın 18. maddesinin 4. fıkrasında; *taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğinde belge sayılır* denilmiştir.

Milletlerarası anlaşma belgesinin hangi hukuk sistemi uyarınca kesinleşmesi gerektiğine değinilmelidir. Kanaatimizce milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinde kesinleşme şartı tarafların anlaşma belgesini tâbi kıldığı hukuka göre, taraflarca böyle bir belirlemenin yapılmaması hâlinde anlaşma belgesi ile en sıkı irtibatlı hukuka göre değerlendirilmelidir. Zira tenfiz edilen anlaşma belgesinin tarafların tâbi kıldıkları ülke hukuku veya en sıkı ilişkili olduğu ülke hukuku uyarınca bağlayıcı olmaması topal hukukî ilişkilere neden olmak suretiyle düzen menfaatini ihlal edebilir. Bu nedenle, Türk hukukunda tenfiz makamınca ilgili yabancı hukuk bakımından milletlerarası anlaşma belgesinin

kesinleşip kesinleşmediği tespit edilmesi, kesinleşmemiş olan milletlerarası anlaşma belgesinin tenfizi talebinin reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Öte yandan, anlaşma belgesi hükümlerinin açık olmaması ve birbiriyle çelişmesi hâlinde tanıma tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3.3.4.3.2.2. Aslî Şartlar

3.3.4.3.2.2.1. Karşılıklılık Şartının Değerlendirilmesi

Karşılıklılık ilkesi; hakların verilmesi konusunda bir devletin diğer devlete aynı şekilde davranmasıdır⁴⁹⁰. Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinde karşılıklılık şartının aranıp aranmayacağı meselesi de tartışılmalıdır. Milletlerarası anlaşma belgelerinin genellikle edâ hükümleri içermesi, Türk hukukunda edâ hükmü içeren mahkeme kararlarının tenfiz edilebilmesi ve tenfizin ilk aslî koşulunun karşılıklılık olması nedeniyle, karşılıklılık koşulunun aslî şart olarak kabul edilebileceği akla gelebilir. Zira milletlerarası anlaşma belgesinin kural olarak tanınması ve tenfizinin MÖHUK hükümleriyle paralel olması yerinde olur. Ancak karşılıklılık ilkesinin uygulanabilmesi için anlaşma belgesini bir millî hukuk düzenine ait kabul etmek gerekmektedir. Oysa bu durum arabuluculuk faaliyeti ve bu faaliyet sonucu ortaya çıkan anlaşma belgesi bakımından geçerli değildir⁴⁹¹. Zira arabuluculuk faaliyeti ve arabuluculuktan doğan anlaşma belgesi doğası gereği belirli bir devletin egemenliğine sıkı sıkıya bağlı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Kanaatimizce milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi konusunda karşılıklılık şartına yer verilmemelidir. Zira karşılıklılık şartına yer verilmesi gönüllülük, tarafsızlık ve esneklik temelinde inşa edilen arabuluculuk kurumunun mahiyetine uygun düşmemektedir.

3.3.4.3.2.2.2. Arabuluculuk Sözleşmesinin Yok ve Geçersiz Olmaması

3.3.4.3.2.2.2.1. Yokluk

Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfiz edilebilmesi için öncelikle taraflar arasında arabuluculuk sözleşmesinin mevcut olması gerekmektedir⁴⁹². Arabuluculuk sözleşmesinin bulunmaması hâlinde milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi mümkün olmamalıdır. Aksinin kabulü adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir. Anayasanın 37. maddesinde *hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci*

⁴⁹⁰ **Dost, Süleyman:** *Milletlerarası Hukukta Mütakabiliyet İlkesi*, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 5, S. 2, s. 3 vd. (Mütakabiliyet); **Yılmaz,** Sözlük, s. 361.

⁴⁹¹ Milletlerarası ticarî tahkimde hakem kararlarının herhangi bir millî hukuka tâbi olmamasının sonuçları için bkz.: **Akıncı,** Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları, s. 63 vd. Milletlerarası ticarî tahkim kapsamında hakem kararlarının tanınıp tenfiz edilebilmesi için tahkim sözleşmesi veya şartının değerlendirilmesi için bkz.: **Akıncı,** Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları, s. 183 vd.

⁴⁹² Arabuluculuk sözleşmesi konusunda bilgi için bkz. s. 67-94.

önüne çıkarılamaz denilmek suretiyle vatandaşların ve yabancıların iradesi dışında farklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine zorlanamayacağı vurgulanmıştır. Bu nedenle, tanıma veya tenfiz mercii, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmeye ilişkin iradelerinin bulunup bulunmadığını incelemeli, bulunmaması hâlinde tanıma veya tenfiz talebi reddedilmelidir.

3.3.4.3.2.2.2.2. Geçersizlik

Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinde incelenmesi gereken hususlardan biri de arabuluculuk sözleşmesinin geçersiz olmasıdır. Arabuluculuk sözleşmesinin geçersiz olması milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizini engelleyebilir. Arabuluculuk sözleşmesinin geçerli olup olmadığına ilişkin değerlendirme ehliyet ve şekil şartı bakımından ele alınmalıdır.

3.3.4.3.2.2.2.2.1. Ehliyet

Arabuluculuk sözleşmesinin geçersizliği konusunda incelenmesi gereken ilk husus tarafların hukukî işlem yapma ehliyetine sahip olup olmadığıdır. Türk hâkimi tarafların arabuluculuk sözleşmesi yapmak konusunda ehliyetli olup olmadığını MÖHUK 9. maddesine göre değerlendirmeli ve ilgilinin ehliyetli olup olmadığını millî hukukuna göre tespit edilmelidir⁴⁹³. Kanaatimizce sözleşme yapma ehliyeti bulunmayan kişinin kendisini borç altına sokan arabuluculuk sözleşmesinin ürünü olan anlaşma belgesi yapması mümkün değildir. Bu nedenle, arabuluculuk sözleşmesi yapma ehliyeti bulunmayan kişilerin yer aldığı arabuluculuk faaliyetinden doğan milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi talebinin reddedilmesi gerekir.

Tarafların ehliyeti konusunda değinilmesi gereken meselelerden bir diğeri de; tarafların birinin tüzel kişi olmasıdır. Hatta taraflardan birinin özel hukuk sözleşmesi yapan devlet kuruluşu olması hâlinde mesele daha karmaşık bir boyut alabilmektedir. Bu durumda, Türk hukukuna göre (*lex fori*) tüzel kişinin ehliyetine uygulanacak hukuk tespit edilmelidir. Buna göre; MÖHUK'un 9. maddesinin 4. fıkrasında yer alan *tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir* hükmü uygulanmalı ve bu hüküm çerçevesinde tüzel kişinin ehliyetinin bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Tüzel kişinin ehliyetinin bulunmadığı anlaşıldığı takdirde tanıma veya tenfiz talebi reddedilmelidir.

⁴⁹³ Arabuluculuk sözleşmesinde ehliyete uygulanacak hukuk konusunda bilgi için bkz. s. 81-87.

3.3.4.3.2.2.2.2. Şekil

Arabuluculuk sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğuracak bir diğer durum şekil şartına riayet edilmemesidir⁴⁹⁴. Arabuluculuk sözleşmesi, uygulanacak hukukun öngördüğü şekil şartlarına uygun hazırlanmalıdır. Aksi takdirde arabuluculuk sözleşmesi geçersiz kabul edilebilir ve tanınması ve tenfizi mümkün olmayabilir. Arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca seçildiği durumlarda uygulamada taraflar bazı durumlarda seçtikleri hukukun şekil kurallarını göz ardı ederek uygulanacak hukuka aykırı sözleşmeler yapabilmektedir. Bu nedenle, tarafların arabuluculuk sözleşmesine uygulanacak hukuku seçmeleri hâlinde ilgili hukukun şekil şartlarına riayet etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde arabuluculuk faaliyeti olumlu sonuçlansa dahi milletlerarası anlaşma belgesinin Türk hukukunda tanınması ve tenfizi mümkün olmayabilir. Anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinde sıkı şekil şartlarının aranmaması suretiyle işlem menfaatine uygun hareket edilmelidir kanaatindeyiz.

3.3.4.3.2.2.3. Milletlerarası Anlaşma Belgesinin Türk Kamu Düzenine Aykırı Olmaması

Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi konusunda aranması gereken en önemli şart; kamu düzenidir⁴⁹⁵. Zira milletlerarası anlaşma belgesi hakkında tanıma veya tenfiz kararı verildiği takdirde belge ilâm niteliği kazanacak ve tıpkı Türk mahkemelerinden alınan bir karar gibi icra edilecektir. Bu nedenle, milletlerarası anlaşma belgesi hükümlerinin Türk kamu düzenine aykırı olmaması şartının aranması gerekmektedir. Milletlerarası anlaşma belgesinin tenfizinde kamu düzeni incelemesi ağırlıklı olarak anlaşma belgesinin icra edilmesinin doğuracağı sonuçlar bakımından değerlendirilmelidir. Anlaşma belgesi hükümlerinin icra edilmesi hâlinde ahlâka, kişilik haklarına, eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar ortaya çıkacaksa tenfiz talebi reddedilebilmelidir.

Arabuluculuk faaliyeti süresince arabulucunun tarafsız ve bağımsız niteliğinin zarar görüp görmediği kamu düzeni bakımından irdelenmelidir. Zira arabulucu veya arabulucuların çeşitli kişi ve kurumlarca baskı altında tutulduğu arabuluculuk faaliyetlerinden doğan milletlerarası anlaşma belgeleri bünyesinde adil hükümler barındırmaz. Kanaatimizce arabulucunun tarafsızlık ve bağımsızlık vasfının mevcut olmadığı anlaşma belgelerinin tanınması ve tenfizi talebi kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddedilebilir. Ancak tenfiz

⁴⁹⁴ Arabuluculuk sözleşmesinde şekle uygulanacak hukuk konusunda bilgi için bkz. s. 87-88.

⁴⁹⁵ Tahkim müessesine baktığımızda yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzeni şartının aranıp aranmayacağı konusunda bir yeknesaklığın bulunmadığı görülmektedir. Zira New York Sözleşmesinde hakem kararının tenfiz talep eden ülke bakımından kamu düzenine aykırı olmaması şartı aranmaktadır. Öte yandan, ICSID Sözleşmesinde hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenine aykırılık şartının aranmayacağı belirtilmiştir: **Akıncı**, Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları, s. 160.

hâkimi, bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin soyut ve tereddüt içeren iddiaları tenfiz talebinin kamu düzeni sebebiyle reddedilmesi için yeterli görmemelidir. Bu noktada, arabulucunun tarafsız ve bağımsızlığının anlaşma belgesinde etkili olup olmadığı değerlendirilmelidir. Arabulucu her ne kadar ilgili uyuşmazlık bakımından tarafsız ve bağımsız hareket etmese de bu durumun milletlerarası anlaşma belgesinin tenfizini kamu düzenine aykırılık nedeniyle engelleyip engellemeyeceği tespit edilmelidir. Kanaatimizce milletlerarası anlaşma belgesi her iki tarafı da memnun eden bir sonuç doğuruyorsa ve dolayısıyla bu durumdan her iki tarafın da mağdur olma ihtimali bulunmuyorsa kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tenfiz talebi reddedilmemelidir.

Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınmasında ve tenfizinde yetkili makamlar kamu düzeninin istisnâ niteliğinden hareket etmeli ve Türk kamu düzenine tahammül edilemeyecek boyutta bir aykırılığın olmaması hâlinde tenfiz talebini kabul etmelidir. Hatta anlaşma belgesinin tarafların iradesinden doğduğu, herhangi bir çekişmenin, ihtilafın bulunmadığı düşünüldüğünde kanaatimizce tenfiz hâkimince mahkeme veya hakem kararlarının tenfizine nazaran daha liberal bir yaklaşımla hareket edilmelidir.

Anlaşma belgesinin tenfizinin kamu düzeni müdahalesi nedeniyle reddedilmemesi için arabuluculuya bazı ödevler düşmektedir. Arabulucu, tarafları uyararak anlaşma belgesinde tenfiz devletinin kamu düzenine aykırı hükümlere yer verilmemesini sağlayabilir⁴⁹⁶. Zira anlaşma belgesinin tenfiz edilmemesi arabuluculuk faaliyetinin başarısız olduğu sonucunu doğuracaktır.

Milletlerarası anlaşma belgesinin tenfiz talep edilen ülke tarafından kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tenfiz talebinin reddedilmesi bir yönüyle yerindedir. Zira tenfiz kararıyla birlikte anlaşma belgesi o ülkede hüküm ve sonuç doğuracağından, ilgili ülkenin kamu düzenine aykırılık teşkil eden bir anlaşma belgesinin icra edilmesini istememesi doğaldır. Ancak meseleye farklı açıdan bakıldığında milletlerarası anlaşma belgesinin bir mahkeme kararından değil tarafların iradelerinden doğduğu, her iki tarafça icra edilmek istendiği ve tarafların serbestçe üzerinde tasarruf ettiği konulara ilişkin olduğu görülmektedir. Öte yandan, milletlerarası anlaşma belgesinin tenfiz talebinin yapıldığı hukuka etkisi çoğu zaman yabancı mahkeme ve hakem kararlarına nazaran daha sınırlı olmaktadır. Bu nedenle,

⁴⁹⁶ Bu durumun benzeri MTO tarafından yapılan tahkim faaliyetlerinde görülmektedir. Zira MTO Tahkim Divanının görevlerinden biri de hakemler tarafından verilen kararlarının tenfizinin sağlanabilmesi için gerekli araştırmalar yapmaktır. MTO Tahkim Kurallarının 26. maddesi uyarınca tahkim divanının hakem kararlarının tenfiz kabiliyeti olması için elinden gelen tüm gayreti göstermesi gerekmektedir. Bu bağlamda; Tahkim Divanı, hakemlerin vermiş olduğu kararları gözden geçirmelidir. Ancak, Tahkim Divanı hakemlerin ihtilafın esası hakkında buldukları çözümü inceleyemez. MTO Tahkim Kurallarının 21. maddesi uyarınca; Tahkim Divanının hakem kararını şekil bakımından ele alması gerektiği, divanın hakemlerin bağımsızlığını ortadan kaldırmadan hakemlerin dikkatini çekebileceği düzenlemiştir: **Akıncı**, Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları, s. 168.

milletlerarası anlaşma belgesinin tenfizinde yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tenfizine nazaran daha ılımlı hareket etmek yerinde olacaktır⁴⁹⁷. Hatta kanaatimizce, uluslararası hukuk tarafından kabul edilmiş objektif nitelikte milletlerarası kamu düzeni kuralları olsaydı, milletlerarası anlaşma belgesinin tenfizini millî kamu düzeni bakımından incelemek yerine milletlerarası kamu düzeni kurallarına tâbi tutmak şeklinde bir çözüm benimsenebilirdi.

Milletlerarası anlaşma belgesi çoğu zaman yabancı mahkeme kararlarından farklı olarak muhtelif bir millî hukuka tabi olmamaktadır. Bu nedenle, milletlerarası anlaşma belgesinin kamu düzeni bakımından incelenmesi yabancı mahkeme kararına nazaran zordur. Zira yabancı mahkeme kararı belli bir hukuk sistemine tabi olduğundan zaman içerisinde hukuk uygulayıcılarının önüne gelmekte ve ilgili devletin ilgili kanun hükümlerinin tenfiz devletinin kamu düzenine aykırı olduğu bilinmektedir. Bu nedenle, milletlerarası anlaşma belgesinin tâbi olduğu hukukun tespiti konusunda zaman kaybı yaşanmamalı, milletlerarası anlaşma belgesinin özünden hareket edilerek yabancı mahkeme kararlarının tenfizine nazaran daha serbest bir şekilde kamu düzeni incelemesi yapılmalıdır. Nihayet, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfiz talebi anlaşma belgesinin belirli bir millî hukuka tabi olmaması nedeniyle reddedilmemelidir.

Arabuluculuk süreci sonunda imzalanan anlaşma belgesi tıpkı bir mahkeme veya hakem kararı gibi hüküm ve sonuç doğuracağından doğrudan uygulanan kuralların göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle, arabulucular, tarafların anlaşma belgesinin hangi ülkelerde sonuç doğurmasını talep ettiklerini öğrenmeli ve bu noktada anlaşma belgesinin ilgili devletlerin doğrudan uygulanan kurallarını ihlal etmemesi konusunda taraflara yardımcı olmalıdır. Zira doğrudan uygulanan kuralların müdahalesi ile anlaşma belgesinin icra edilmemesi arabuluculuk sürecinin en nihayetinde başarısız olması sonucunu doğuracaktır. Öte yandan, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinde doğrudan uygulanan kuralların kamu düzeni kapsamında incelenme ihtimali düşünülebilir. Zira yabancı hukukun uygulanmasında birbirinden çok farklı anlam ve mahiyete sahip olan kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar yargılamanın yapılmadığı arabuluculuk faaliyetinden doğan anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinde aynı kapsamda ele alınabilir.

⁴⁹⁷ Örneğin, taraflar arasında kayıtlı birliktelik ilişkisi kurulduğunu ve bu ilişkinin sona erdiğini düşünelim. Tarafların evlilik mallarının paylaşımı konusunda arabuluculuk yoluna başvurması ve arabuluculuk faaliyetinin sonunda anlaşma belgesi imzalanması hâlinde bu belgenin Türk hukukuna göre tenfizinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, Türk hukukunda kayıtlı birliktelik kurumunun düzenlenmemiş olması tek başına kamu düzenine aykırılık bakımından yeterli kabul edilmemelidir. Kayıtlı birlikteliklere ilişkin yabancı mahkeme kararlarının kamu düzeni bakımından değerlendirilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Öztürk, Necla:** Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, Ankara 2016, s. 303-304 (Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri).

Milletlerarası anlaşma belgesinin tenfizinde, tenfiz talebinde bulunulan devletin doğrudan uygulanan kurallarının tenfiz engeli kabul edilip edilmeyeceğine değinilmelidir. Bu bağlamda ilk ihtimal; anlaşma belgesinin konusunun tenfiz talebinde bulunulan devleti ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın tenfiz talebinde bulunulan devletin doğrudan uygulanan kurallarının göz önüne alınmasıdır. Bu ihtimalde, anlaşma belgesinin tanınması veya tenfizi talebinde bulunulmasının başlı başına tenfiz talebinde bulunulan devlet ile bir irtibat oluşturduğu düşüncesinden hareket edilmektedir. İkinci ihtimal; milletlerarası anlaşma belgesinin tenfiz talebinde bulunulan devlet ile irtibatının bulunması hâlinde ilgili devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmasıdır. Bu ihtimalde, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi ile birlikte tenfiz talebinde bulunulan devlette hüküm ve sonuç doğurduğu; bu nedenle anlaşma belgesinin doğrudan uygulanan kurallar bağlamında kontrol edilmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır.

3.3.4.3.3. Tanıma ve Tenfiz Usulü

3.3.4.3.3.1. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Türk hukukunda milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi konusunda düzenleme bulunmamasının sonucu olarak, anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinde yetkili makam belli değildir. Bu açıdan, birtakım adli veya idarî kurumlar yetkili makam olarak belirlenebilir. Bu noktada, mahkemelere yetki tanınabileceği gibi noterlere veya Adalet Bakanlığı tarafından mevcut veya ileride oluşturulabilecek bir kuruma milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi konusunda yetki verilebileceği düşünülebilir. Türk hukukunda millî anlaşma belgesinin icra edilip edilmeyeceği konusunda mahkemelere yetki tanınmıştır. Bu nedenle, birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olması nedeniyle uyuşmazlığın boyutu ve karmaşıklığı göz önüne alındığında, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinde mahkemelerin yetkili olması düşünülebilir. Kanaatimizce milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi konusunda mahkemelere yetki tanınması hâlinde hem Türk hukuku bakımından yeknesaklık ve uyum sağlanacak hem çalışmamızda daha önce değindiğimiz milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi konusunda ön ve aslî koşulların hâkim tarafından gözden geçirilmesi yerinde olacaktır.

Türk hukukunda arabuluculuk faaliyeti sonucunda oluşturulan millî nitelikteki anlaşma belgesinin icrası konusunda görevli mahkeme bakımından ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre; görevli mahkeme, arabuluculuğa dava açılmadan önce mi yoksa dava açıldıktan sonra mı başvurulduğuna göre değişmektedir. HUAK'ın 18. maddesine göre; arabuluculuğa dava açılmadan önce başvurulmuşsa anlaşma belgesinin şerh edilmek suretiyle uygulamaya

konulabilmesi için arabulucunun görev yaptığı yerdeki sulh hukuk mahkemesine başvurulması gerekmektedir. Arabuluculuğa dava açıldıktan sonra başvurulması hâlinde anlaşma belgesine şerh verilmesi davanın görüldüğü mahkemeden talep edilmelidir. Bu ihtimalde görevli mahkeme; sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri olabileceği gibi tüketici mahkemesi ve iş mahkemesi gibi mahkemeler de olabilir. Bu durumda, anlaşma belgesinin şerh edilmesi davanın görüldüğü mahkemeden talep edileceğinden görevli ve yetkili mahkeme konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Türk hukukunda milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmaması nedeniyle doğal olarak görevli mahkeme meselesi düzenlenmemiştir. Kanaatimizce milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi konusunda görevli mahkeme Türk hukukunda özel hukuk uyuşmazlıklarına bakmakla vazifeli asıl mahkeme konumunda bulunan asliye hukuk mahkemeleri olmalıdır. Ancak anlaşma belgesinin konusuna ilişkin özel mahkemeler varsa görevli mahkemeler bu özel mahkeme olabilir. Örneğin aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin milletlerarası anlaşma belgesinin tenfizinde aile mahkemeleri, işçi-işveren uyuşmazlıkları konusundaki milletlerarası anlaşma belgesinin tenfizinde iş mahkemeleri görevli olabilir.

Milletlerarası anlaşma belgesinin tenfizinde görevli ve yetkili mahkeme konusunda taraf iradesinin etkisine de değinilmelidir. Türk usul hukukunda görev kamu düzenindedir ve taraflarca görevli mahkeme kararlaştırılmaz. Ancak yetki konusunda gerek HMK'nın 18. maddesi gerek MÖHUK'un 47. maddesi ile taraflara yetkili mahkemeyi belirleme yetkisi verilmiştir. Bu nedenle, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinde taraflar yetkili mahkemeyi belirleyebilmelidir. Tarafların yetkili mahkemeyi yazılı şekil şartına bağlı olarak belirlemesi ispat sorunlarını azaltacak ve hukukî belirliliği sağlayacak olması nedeniyle yerinde olacaktır. Tarafların anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine yönelik herhangi bir yetkili mahkeme belirlememesi hâlinde ise yetkili mahkeme kanaatimizce yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde olduğu gibi kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu yer mahkemesi, Türkiye'de yerleşim yeri veya sâkin olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemeleri olarak kabul edilmelidir. Anlaşma belgesinin tarafların iradesini yansıtmaması ve uyuşmazlığa dostane bir şekilde son vermesi sebebiyle kanaatimizce Türk hukukunda yetkisizlik sebebiyle anlaşma belgesinin tenfizinin engellenmemesi gerekir. Örneğin; milletlerarası anlaşma belgesinin tenfizinin yetkisiz bir mahkemeden talep edilmesi hâlinde mahkeme re'sen yetkisizlik kararı vermemeli; mahkemenin yetkisizlik kararı verebilmesi ancak karşı tarafın yetki ilk itirazında bulunması ile mümkün olmalıdır.

3.3.4.3.3.2. Müracaat ve İnceleme

Milletlerarası anlaşma belgesinin Türkiye’de tanınmasını ve tenfizini talep eden tarafın –MÖHUK ile düzenlenen tanıma-tenfiz hükümlerinde olduğu gibi- bir dilekçe ile görevli ve yetkili mahkemeye başvurması yerinde olacaktır. Kanaatimizce, bu dilekçede;

- Tarafların ve varsa kanunî temsilcilerinin adı, soyadı ve adresleri;
- Tanınması veya tenfizi talep edilen milletlerarası anlaşma belgesinin hangi tarihte taraflar ve arabulucu tarafından imzalandığı;
- Arabulucu veya arabulucuların adı;
- Milletlerarası anlaşma belgesinin aslı veya usulüne göre onaylanmış örneği;
- Arabuluculuk ve arabulucu sözleşmelerinin aslı veya usulüne göre onaylanmış örneği ve Türkçe dışında düzenlenmiş belgelerin tercümesi mevcut olmalıdır.

Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi konusunda müracaatın kim tarafından yapılacağı meselesine de değinilmelidir. Kanaatimizce, MÖHUK’un tanıma-tenfiz hükümlerine paralel olarak taraflardan biri veya her iki taraf birlikte milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizini talep edebileceği gibi hukukî yararı bulunan herkes tanıma tenfiz talebinde bulunabilmelidir.

Milletlerarası anlaşma belgesinde tebligat meselesine değinilmelidir. Zira tenfiz talebini tarafların birlikte gerçekleştirmesi hâlinde taraflara tebliğ edilmesine gerek bulunmamakla birlikte taraflardan sadece birinin tanıma veya tenfiz talebinde bulunulması hâlinde kanaatimizce diğer tarafa makul bir süre içerisinde tebligat yapılmalıdır.

Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi basit yargılama usulüne göre görülmeli; hâkim, ön inceleme aşamasında ilk itirazlar ve dava şartlarını inceleyip karara bağlamalıdır.

3.3.4.3.3.3. İtirazlar

Tarafların iradesiyle ortaya çıkan bir belge olması nedeniyle anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine yönelik itirazda bulunulması durumu ile nadiren karşılaşılacağı düşünülebilir. Ancak bazı durumlarda taraflardan biri çeşitli nedenlerle tanıma veya tenfize yönelik itirazda bulunabilir. Bu durumlardan ilki; taraflardan birinin anlaşma belgesinin kısmen ya da tamamen yerine getirildiğini iddia ederek itiraz etmesidir. Kanaatimizce anlaşma belgesinin hükümleri yerine getirilmiş olsa dahi taraflardan birinin kesin hüküm ve kesin delil niteliği taşıyan bir belge talep etmesinde hukukî yararı bulunması hâlinde milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması işleminin yapılması yerinde olur.

Taraflarca ileri sürülebilecek itirazlardan biri de anlaşma belgesinde kabul edilen hükümlerin icrasına yönelik bir engelin ortaya çıkmasıdır. Bu durumda, söz konusu vakianın anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine engel teşkil edip etmediğini hâkim takdir etmelidir. Kanaatimizce böyle bir itiraz tanıma-tenfize engel teşkil etmemelidir. Belgenin ifası konusunda bir imkânsızlık durumu ortaya çıksa bile şartlar sağlanıyorsa anlaşma belgesi tanınmalı veya tenfiz edilmelidir. İfâ imkânsızlığı, değişen koşullara uyarılma gibi hukukî müesseselere tenfiz işleminden sonra müracaat edilmelidir.

Taraflardan birinin arabuluculuk faaliyeti sırasında arabulucunun yetkilerini aştığına ilişkin itiraz da söz konusu olabilir. Böyle bir itirazın tanıma ve tenfize engel olup olmadığı meselesi de tartışılmalıdır. Milletlerarası anlaşma belgesi tarafların ortak iradesiyle olduğundan taraflardan birinin belgeyi hem imzalayıp hem arabulucunun yetkilerini aşması sebebiyle tanıma-tenfiz talebinin reddini istemesi kanaatimizce dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Bu nedenle, -kamu düzeni koşulu saklı kalmak kaydıyla- arabuluculuk faaliyetinde arabulucunun yetkilerini aşması nedeniyle tanıma-tenfiz sırasında yapılan itirazların reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Taraflardan birinin milletlerarası anlaşma belgesinde hile ve tahrifat yapıldığına ilişkin bir itirazda bulunması hâlinde bu itiraza dayanak teşkil edecek bilgi ve belgelerin mahkemeye ibraz edilmesi gerekmektedir. Hâkimin hile ve tahrifat yapıldığına kanaat getirmesi hâlinde tanıma tenfiz talebini reddetmesi gerekmektedir.

3.3.4.3.3.4. Karar

Türk hukukunda mahkeme milletlerarası anlaşma belgesinin kısmen veya tamamen tenfizine veya tenfiz talebinin reddine karar verebilmelidir. Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi ile birlikte belge ilâm niteliği kazanacaktır. Bir başka deyişle, milletlerarası anlaşma belgesi, tanıma veya tenfiz kararı ile birlikte kesin hüküm, kesin delil ve icra kabiliyetini haiz olacaktır. Tanıma-tenfiz kararında ilk olarak milletlerarası anlaşma belgesinin tanıma-tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığına ilişkin açıklamalarda bulunulmalı akabinde ise milletlerarası anlaşma belgesinin tanıma-tenfizinin kabil olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması veya tenfizi talebi, şartların sağlanamaması hâlinde reddedilecek, ret kararı kesin hüküm teşkil edeceğinden aynı anlaşma belgesinin bir başka dava ile tanınması ve tenfizine yönelik talep kabul edilmeyecektir. Tanıma ve tenfiz talebinin ret nedeni; anlaşma belgesindeki şekle ilişkin bazı eksiklikler ve

maddî hatalar olması durumunda, taraflar gerekli düzeltme ve eklemeleri yaparak yeni bir milletlerarası anlaşma belgesi oluşturup tenfizini tekrar talep edebilir kanısındayız.

3.3.4.3.3.5. Kanun Yolları

Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfize ilişkin ilk derece mahkemelerinin kabul ve ret kararlarına karşı kanun yolları açık olmalıdır. Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tenfizinde olduğu gibi kanun yolu hükümlerine tâbi olması ve kararın yerine getirilmesini durdurması gerekmektedir.

3.3.4.3.4. Değerlendirme

Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi konusunda Türk hukukunda düzenleme eksikliği bulunmaktadır. Son yıllarda tüm dünyada arabuluculuğun mahkeme yargılamasına ve diğer ADR yöntemlerine nazaran hızlı bir gelişim gösterdiği düşünüldüğünde bu eksikliğin ivedi bir şekilde giderilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Türk hukukunda milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfize ilişkin düzenleme yapılması gerektiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu düzenlemenin bir kanuna mı dâhil edilmesi gerektiği veyahut bağımsız bir kanun şeklinde mi düzenlenmesinin uygun olduğu tartışılabilir. Bu konuda akla gelen ilk ihtimal bağımsız bir Milletlerarası Arabuluculuk Kanunu ihdas edilmesi ve milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfize ilişkin hükümlerin de kabul edilen bu Kanunda düzenlenmesidir. İkinci ihtimal ise bağımsız bir Milletlerarası Arabuluculuk Kanunu ihdas edilmesi ancak –tıpkı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁴⁹⁸ örneğinde olduğu gibi- milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfize ilişkin hükümlere MÖHUK'ta yer verilmesidir. Konuya ilişkin üçüncü ihtimal ise milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfize ilişkin hükümlerin HUAK'a eklenmesidir. Kanaatimizce saydığımız üç seçenek de hukuk tekniği açısından uygun olmakla birlikte Milletlerarası Tahkim Kanunu örneğindeki gibi ayrı bir Milletlerarası Arabuluculuk Kanununun düzenlenmesi ancak tanıma ve tenfize ilişkin hükümlere MÖHUK'ta yer verilmesi yerinde olur kanaatindeyiz. Zira böylelikle iç hukuk kuralları arasındaki ahenk sağlanmış olacaktır.

Bunun yanı sıra, Türk hukukunda milletlerarası anlaşma belgesinin etkili bir şekilde tanınması ve tenfizinin mümkün olabilmesi için çeşitli devletlerle ikili ve çok taraflı sözleşmeler akdetmek suretiyle tanıma-tenfiz mekanizması kolaylaştırılabilir. Bu bakımdan, Türkiye tarafından Singapur Sözleşmesinin imzalanması önemli bir adımdır. Türkiye'nin

⁴⁹⁸ RG: 05.07.2001-24453.

anlaşma belgelerinin tenfizine ilişkin ikili veya çok taraflı bir sözleşmeye taraf olması veya Türk hukukunda bu konuda düzenleme getirilmesi hâlinde sözleşmeden veya iç hukuktaki düzenlemeden önce son bulan arabuluculuk faaliyetinin sonucu olan milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinin zaman bakımından uygulanması sorunu gündeme gelecektir. Milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine ilişkin usul kuralları aksine düzenleme olmadıkça yürürlüğe girdiği tarihte kapsamına giren konularda uygulanacaktır. Bu nedenle, ilgili düzenlemelerin arabuluculuk faaliyetinin son bulmasından sonra yürürlüğe girmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, tanıma-tenfiz talebinin düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden sonra yapılması durumunda milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinin gerçekleştirilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Zira anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi farklı, arabuluculuk faaliyetinin son bulması farklı usul hukuku işlemlerdir.

SONUÇ

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesi hususunda son dönemde farklı hukuk düzenlerinde ve buna paralel olarak Türk hukukunda çeşitli hukukî düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Bu düzenlemelerin etkisiyle arabuluculuk müessesine yönelik akademik çalışmaların sayısında da kayda değer bir artış söz konusudur. Buna karşın, yabancılık unsuru içeren arabuluculuk faaliyetinde ortaya çıkabilecek sorunlara ilişkin farklı hukuk düzenlerinde ve Türk hukukunda sınırlı sayıda çalışma bulunmaktadır. Günümüzde özel hukuk ilişkilerinin çoğunun yabancılık unsuru taşıdığı göz önüne alındığında, arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk boyutunun monografik bir çalışmada incelenmesi ihtiyacı anlaşılmış; bu nedenle “*Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk*” çalışma konusu olarak belirlenmiştir.

Çalışmamızın Birinci Bölümünde arabuluculuğa ilişkin genel bilgiler verilmiş; bu bağlamda -birden fazla hukuk düzeni ile irtibat hâlinde bulunan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümü de göz önünde bulundurularak- arabuluculuk türleri ve tarihçesi, arabuluculuğun diğer ADR yöntemlerinden farkı ve arabuluculuğun çeşitli hukuk sistemlerindeki yerine değinilmiştir. Arabuluculuğun tarihinin insanlık tarihi kadar eski olduğu, MÖ 3000’li yıllardan itibaren arabuluculuk müessesesinin uyuşmazlıkların çözümünde kullanıldığı bilinmektedir. Buna ek olarak, arabuluculuk kazan-kazan esasına dayalı, ucuz, hızlı ve risksiz, gizlilik ilkesine dayalı, ılımlı ve esnek karakteri haiz olması nedeniyle yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından uygun bir yöntemdir. Arabuluculuk, türleri bakımından hak temelli (tahmine dayalı) ve menfaat temelli (sorun çözücü) arabuluculuk olarak ayrılabilir. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların çözümünde menfaat temelli arabuluculuk faaliyetinin daha elverişli olacağı kanaatindeyiz.

Bunun yanı sıra, birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğun diğer ADR yöntemlerinden farklı olduğu belirlenmiştir. Bu bakımdan tahkim ve arabuluculuğun uyuşmazlık hakkında karar verilmesi konusunda ayrıldığı tespit edilmiştir. Zira tahkim faaliyetinde görev alan hakemlerin uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi bulunurken, arabulucunun uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisinin bulunmadığı görülmüştür. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların çözümünde karşı tarafla iletişim sıkıntısı yaşayan ancak diyalog kurmak suretiyle çözüm elde edebileceğine inanan bireylerin arabuluculuğu, uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla karşı tarafla iletişime geçse dahi çözüm alamayacağını düşünen ve uyuşmazlığın bir an önce karara bağlanmasını talep eden tarafların tahkimi tercih ettiği tespit edilmiştir. Uzlaştırma ve arabuluculuğun karşılaştırılmasının

ardından Türk hukuku bakımından uzlaştırmanın kamu hukuku kaynaklı, arabuluculuğun ise özel hukuk kaynaklı olduğu; bu nedenle, arabuluculuğun aksine uzlaştırmanın yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından uygun olmadığı anlaşılmıştır. Müzakere yönteminin uyuşmazlığın çözümünde üçüncü kişinin bulunmaması bakımından, arabuluculuk-tahkim ve kısa duruşma yöntemlerinin süreç sonunda tarafları bağlayıcı bir kararın ortaya çıkması bakımından; vakıaların saptanması ve tarafsız ön değerlendirme yöntemlerinin ise amaç bakımından arabuluculuktan ayrıldığı tespit edilmiştir.

Çalışmamızın İkinci Bölümünde arabuluculuğun Kanunlar İhtilâfi boyutu üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda, öncelikle arabuluculuğa ilişkin terminolojiye yer verilmiş, daha sonra arabuluculuk ve arabulucu sözleşmelerinden doğan Kanunlar İhtilâfi problemleri ile arabuluculuğa elverişliliğe, arabulucunun hak ve yükümlülüğüne uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılmıştır. Milletlerarası arabuluculuk terminolojisinin henüz oluşmamış olması nedeniyle teoride ve pratikte görülen karışıklıkların giderilebilmesi amacıyla bazı kavramların çerçevesinin çizilmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu bağlamda, öncelikle millî arabuluculuk, milletlerarası arabuluculuk ve milletlerarası ticarî arabuluculuk kavramlarının tanımları yapılmıştır. Bu çerçevede, millî arabuluculuğun, kaynağını uygulandığı devletin mevzuatından alan ve yabancılık unsuru içermeyen arabuluculuk faaliyeti olduğu; milletlerarası arabuluculuğun uyuşmazlığın birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olduğu millî hukukun sınırlarını aşan arabuluculuk faaliyeti olarak tanımlanabileceği; yabancılık unsuru içeren ticarî nitelikteki uyuşmazlıkları konu alan arabuluculuk faaliyetinin ise milletlerarası ticarî arabuluculuk olarak tanımlanabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca, yapısal açıdan arabuluculuk *ad hoc* arabuluculuk ve kurumsal arabuluculuk şeklinde başka bir ayrıma da tabi tutulabilir. *Ad hoc* arabuluculuk belli bir uyuşmazlığın çözümü için taraflarca oluşturulmuş arabuluculuk faaliyeti olup, taraf iradelerinin ürünüdür. Kurumsal arabuluculuk ise bir kurumun himayesinde, o kurumun kurallarına göre yürütülen arabuluculuk türü olup, *ad hoc* arabuluculuğun aksine arabuluculuğa uygulanacak kuralların önceden belirlendiği arabuluculuk türüdür.

Bir arabuluculuk faaliyetinin milletlerarası arabuluculuk faaliyeti olup olmadığının tespiti de bu Bölümün konularındandır. Nitekim milletlerarası arabuluculuğun tespiti hususunda objektif, subjektif ve ekonomik kıstastan hareket edilebileceği, bu kıstaslardan en az biri uyarınca milletlerarası nitelik taşıyan arabuluculuk faaliyetinin milletlerarası arabuluculuk faaliyeti olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır. Öte yandan, dikkate alınması mümkün olabilecek bir diğer kıstasın da *tereddüt* kıstası olduğu ileri sürülmüştür. Kanaatimizce bu kıstasa göre, arabuluculuk faaliyetinin milletlerarası nitelikte

olup olmadığı konusunda tereddüt bulunması hâlinde arabuluculuğun milletlerarası nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, bir arabuluculuk faaliyetinde arabuluculuk sözleşmesine, arabulucu sözleşmesine veya arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk bakımından tereddüt bulunması hâlinde milletlerarası arabuluculuğun söz konusu olduğu kabul edilebilir.

Arabuluculuk faaliyetinin temel unsuru olan arabuluculuk ve arabulucu sözleşmesinin Kanunlar İhtilâfı bakımından incelenebilmesi için öncelikle hukukî niteliğinin tespit edilmesi ve buna göre arabuluculuk ve arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukukun belirlenmesi önem taşımaktadır. Bu bakımdan, arabuluculuk sözleşmesinin maddî hukuk (borçlar hukuku) yönünün ağır bastığı tespit edilmiş; bu nedenle, istisnaî olarak usul hükümleri içeren bir maddî hukuk (borçlar hukuku) sözleşmesi olduğunu kabul etmenin yerinde olacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bunun yanı sıra arabulucu sözleşmesinin hukukî niteliğinin maddî hukuka tâbi bir vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Arabuluculuğun Kanunlar İhtilâfı boyutu konusunda arabuluculuk ve arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti de önemli meselelerdendir. Arabuluculuk ve arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde Milletlerarası Özel Hukukta kabul edilen menfaatlerin göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır. Menfaat türleri değerlendirildiğinde arabuluculuk ve arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından sübjektif ve objektif kıstasın birlikte değerlendirilmesinin yerinde olacağı kanısına varılmıştır. Bu bakımdan, sübjektif kıstas kullanılarak arabuluculuk ve arabulucu sözleşmesi statüsü olarak tarafların seçtiği hukukun kabul edilmesi yerinde olacaktır; ancak tarafların uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçimi yapmamaları ihtimali göz önüne alınarak basamaklı (kademeli-şelale) veya alternatif bağlama kuralı kabul edilmek suretiyle objektif kıstasa uygun bağlama noktaları belirlenmesi gerektiği anlaşılmıştır. Bu çerçevede objektif bağlama noktaları olarak; tarafların müşterek millî hukuku, tarafların müşterek ikametgâh ve mutat mesken hukuku, arabulucu(luk) sözleşmesinin yapıldığı yer hukuku veya arabuluculuk faaliyetinin yürütüleceği yer hukuku kabul edilebilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre arabuluculuk ve arabulucu sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda sözleşmenin bu hukuka tâbi tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Arabuluculuk ve arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukukun kapsamı meselesine gelince; sözleşmenin kuruluşu, geçerliliği, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler, sözleşmenin sona erme sebepleri, sona erme anı ve sona ermenin hüküm ve sonuçları gibi hususlar kapsam dâhilindedir. Arabuluculuk ve arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukukun kapsamı dışında kalan hallerin ehliyet ve şekil meselesi olduğu, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kuralların

arabuluculuk ve arabulucu sözleşmesine uygulanacak hukukun sınırını teşkil ettiği belirlenmiştir.

Arabuluculuğa elverişliliğe uygulanacak hukuk, ele alınması zarurî konulardan biridir. Zira hukuk düzenlerinin birinde arabuluculuğa elverişli kabul edilen uyuşmazlığın diğer hukuk düzeninde arabuluculuğa elverişsiz kabul edilmesi hâlinde nasıl hareket edileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada, uyuşmazlığın taraflarla irtibatlı hukuk sistemlerinin birinde dahi arabuluculuğa elverişli kabul edilmemesi hâlinde arabuluculuk faaliyetine son verilebileceği kanaatine ulaşılmıştır.

Çalışmamızın Üçüncü Bölümü, arabuluculuğun Milletlerarası Usul Hukuku boyutuna ayrılmıştır. Bu Bölümde, arabuluculuk usulüne ilişkin milletlerarası kurallara ilişkin genel bilgiler verilmiş, arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda oluşacak milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi meselesi incelenmiştir. Bu Bölümde, öncelikle -UNCITRAL, ICC, ICSID ve ISTAC gibi- dünyadaki önemli uluslararası kuruluşların arabuluculuğa ilişkin kurallar ihdas etmek suretiyle uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yönteminin kullanılmasını arzu ettiği görülmüştür.

Bunun yanı sıra, bu Bölümde ulaşılan sonuçlardan ilki, arabuluculuk usulüne uygulanacak hukukun tespitinin yapılmasının zarurî olduğudur. Bu bağlamda, arabuluculuk usulünün kapsamına hangi hususların dâhil edilmesi gerektiği incelenmiş ve arabulucunun seçim usulü, arabuluculuk yeri, arabuluculuk dili ve arabuluculuk oturumlarının idaresi hususlarının arabuluculuk usulüne uygulanacak hukukun kapsamına girebileceği kanaatine varılmıştır. Arabuluculuk usulüne uygulanacak hukukun tespitinde ise sübjektif veya objektif kıstaslardan yararlanılabilir. Sübjektif kıstasın kullanılması hâlinde arabuluculuk usulüne uygulanacak hukukun tespitinin taraflar veya arabulucu tarafından yapılabilmesinin uygun olacağı anlaşılmıştır. Arabuluculuk usulüne uygulanacak hukuk bakımından her ne kadar taraf iradesinin kabul edilmesi arabuluculuğun özüne uygun düşse de tarafların usule uygulanacak hukuku seçmeme ihtimaline karşılık basamaklı veya alternatif bağlama kuralı kabul edilmelidir. Bu açıdan; arabuluculuk yeri hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tarafların iş yeri hukuku, kişiler ve aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde tarafların müşterek millî hukuku ve diğer uyuşmazlıkların çözümünde müşterek mutat mesken hukuku bağlama noktası belirlenebilir kanaatindeyiz. Ancak hâlin bütün şartlarına göre arabuluculuk usulüyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda arabuluculuk usulünün bu hukuka tâbi tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu Bölümde ayrıca, farklı hukuk düzenlerinde ve Türk hukukunda düzenlenmemiş milletlerarası anlaşma belgesi kavramının çeşitli açılardan sınırlarının çizilmesi gerektiği anlaşılmıştır. Bu bağlamda, ilk olarak milletlerarası anlaşma belgesinin mutlaka bir millî hukuk sistemine ait olma zorunluluğunun bulunmaması gerektiği kanaatine varılmıştır. Zira anlaşma belgesinin mutlaka bir millî hukuk sistemine ait olması anlayışı arabuluculuğun özü ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle, devletler yalnızca anlaşma belgesinin hangi durumlarda milletlerarası nitelik kazanacağına ilişkin düzenleme yapmalı, milletlerarası nitelikte olmayan anlaşma belgeleri millî kabul edilmelidir. Bir anlaşma belgesinin milletlerarası nitelikte kabul edilebilmesi için yer, kişi ve hukuk seçimi bakımından yabancılik unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmalıdır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştiği yer, anlaşma belgesinin imzalandığı yer, tarafların iş yerlerinin farklı devletlerde bulunması, tarafların vatandaşlığı ve tarafların hukuk seçimi kriterlerinin anlaşma belgelerinin milletlerarası niteliğinin tespitinde kullanılabileceği kanaatindeyiz.

Arabuluculuğun Milletlerarası Usul Hukuku boyutuna ilişkin olarak üzerinde durduğumuz en önemli mesele ise milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinin mümkün olup olmadığıdır. Meseleye Türk hukuku açısından bakıldığında, tanıma-tenfizin söz konusu olabilmesi için ön şart olarak bir yabancı mahkeme kararının mevcudiyeti arandığından, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinin mümkün olmadığı söylenebilir. Zira anlaşma belgesi bir mahkeme kararı niteliğinde değildir. Ancak çalışmamız kapsamında Türk hukukunda tanıma-tenfiz müessesesinde milletlerarası anlaşma belgesi bakımından yasal düzenleme önerisi üzerinde durulmuştur. Bu noktada, Singapur Sözleşmesinin, Türk hukuku bakımından yürürlüğe girmesi hâlinde anlaşma belgesinin tanınması ve tenfize ilişkin Türk hukukundaki sorunların çözüme kavuşacağı düşünülebilir. Ancak Singapur Sözleşmesinin kapsamına yalnızca ticarî uyuşmazlıklara ilişkin anlaşma belgeleri girmektedir. Dolayısıyla Singapur Sözleşmesi yürürlüğe girse dahi Türk hukukunda anlaşma belgelerinin tanınması ve tenfizi hususundaki belirsizlik devam edecektir. Bu nedenle, Türk hukukunda, anlaşma belgesinin tanınması ve tenfize yönelik genel bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu bakımdan, çalışmamızda milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfize yönelik Türk hukukunda yapılması gerektiğini düşündüğümüz düzenlemelerin teorisi üzerine yoğunlaşmıştır. Bu bağlamda, milletlerarası nezaket, milletlerarası ihtiyaç ve müktesep hak teorisi milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi açısından değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme neticesinde, milletlerarası nezaket kuralları açısından mesele ele alındığında devletlerce taraf iradesinin bir ürünü olan anlaşma belgesinin tanınıp tenfiz edilmesinin milletlerarası nezaket kurallarının bir

tezahürü olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Öte yandan, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi milletlerarası camianın ihtiyacının giderilmesi düşüncesine veya müktesep hak prensibine de dayandırılabilir. Zira tarafların ihtiyaç nedeniyle ortaya konan iradesi ile oluşturulan milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine engel olunmasının uluslararası hukuk tarafından kabul edilen müktesep (kazanılmış) hak prensibine aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz.

Bahsi geçen teoriler değerlendirildikten sonra, Türk pozitif hukukunda milletlerarası arabuluculuktan doğan anlaşma belgelerinin tanınması ve tenfizi konusunda ihdas edilmesini önerdiğimiz hususlara yer verilip Türk hukukunda bu konuda genel bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. Bu noktada, -mevcut tanıma ve tenfiz sistemine uygun olarak- Türk hukukunda, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi için birtakım ön ve aslî şartların aranması gerekmektedir. Ön şartlar kapsamında anlaşma belgesinin milletlerarası nitelikte olması, uyuşmazlığın Türk hukuku bakımından arabuluculuğa elverişli olması ve milletlerarası anlaşma belgesinin kesinleşmesi şartı aranmalıdır kanaatindeyiz. Aslî şartlar kapsamında ise arabuluculuk sözleşmesinin yok veya geçersiz olmaması ve milletlerarası anlaşma belgesinin Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi yerinde olacaktır. Ön ve aslî şartları taşıyan anlaşma belgeleri tanınmalı ve tenfiz edilmelidir.

Milletlerarası anlaşma belgesinin tanıma ve tenfiz usulü bakımından da birtakım sonuçlara ulaşılmıştır. Türk hukukunda milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi konusunda görevli mahkemenin, özel hukuk uyuşmazlıklarına bakmakla vazifeli asıl mahkeme konumunda bulunan asliye hukuk mahkemeleri olması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır. Ancak anlaşma belgesinin konusuna ilişkin özel mahkeme mevcutsa görevli mahkeme özel mahkemeler olarak belirlenebilir. Örneğin aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinde aile mahkemesi, işçi-işveren uyuşmazlıkları konusundaki milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizinde iş mahkemesi görevli olabilir. Kanaatimizce milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizi basit yargılama usulüne göre görülmeli, hâkim ön inceleme aşamasında ilk itirazlar ve dava şartlarını inceleyip karara bağlamalıdır. Öte yandan, Türk hukukunda mahkeme milletlerarası anlaşma belgesinin kısmen veya tamamen tenfizine veya tenfiz talebinin reddine karar verebilmeli, milletlerarası anlaşma belgesinin tanınması ve tenfizine ilişkin ilk derece mahkemelerinin kabul ve ret kararlarına karşı kanun yolları açık olmalıdır.

KAYNAKÇA***I- GENEL ESERLER**

- Abdülhak Kemal** : Nazarî ve Amelî Devletler Hususî Hukuku, B. 2, İstanbul 1950.
- Alangoya, Yavuz /**
- Yıldırım, Kamil /**
- Deren Yıldırım, Nevhis** : Medenî Usul Hukuku Esasları, B. 7, İstanbul 2011.
- Aybay, Rona /**
- Özbek, Nimet** : Vatandaşlık Hukuku, B. 4, İstanbul 2015.
- Can, Hacı /**
- Toker, Ali Gümrah** : Milletlerarası Özel Hukuk, B. 2, Ankara 2016.
- Clarkson C.M.V /**
- Hill, Jonathan** : The Conflict of Laws, B. 4, Oxford 2006.
- Collier, J. G.** : Conflict of Laws, B. 2, Cambridge 1994.
- Currie, David /**
- Hill Kay, Herma /**
- Kramer, Larry /**
- Roosevelt, Kermit** : Conflict of Laws, Cases-Comments-Questions, B. 7, 2006.
- Çelikel, Aysel /**
- Erdem, Bahadır** : Milletlerarası Özel Hukuk, B. 15, İstanbul 2017.

* Birden fazla eserinden yararlanan yazarlara yapılan göndermelerde kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.

- Doğan, Vahit** : Milletlerarası Özel Hukuk, B. 5, Ankara 2019 (MÖH).
- Doğan, Vahit** : Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 12, Ankara 2014 (Vatandaşlık).
- Erdem, Bahadır** : Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 4, İstanbul 2014.
- Göğer, Erdoğan** : Kanunlar İhtilâfi (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları), Ankara 1973 (Kanunlar İhtilâfi).
- Güngör, Gülin** : Tâbiyet Hukuku, B. 6, Ankara 2018.
- Hay, Peter /
Weintraub, Russell /
Borchers, Patrick** : Conflict of Laws Cases and Materials, B. 12, New York 2004.
- Nomer, Ergin** : Devletler Hususi Hukuku, B. 22, İstanbul 2017 (DHH).
- Nomer, Ergin** : Milletlerarası Usul Hukuku, B. 2, İstanbul 2018 (Usul).
- Nomer, Ergin** : Türk Vatandaşlık Hukuku, B. 20, İstanbul 2014 (Vatandaşlık).
- North, Peter /
Fawcett, James /
Carruthers, Janeen** : Private International Law, B. 14, New York 2008.

Pekcanitez, Hakan /

Atalay, Oğuz /

Özekes, Muhammet

: Medenî Usûl Hukuku, B. 6, İstanbul 2018.

Rabel, Ernst

: The Conflict of Laws A Comparative Study, Vol. 1, Family Law, Michigan 1958 (Family Law).

Rabel, Ernst

: The Conflict of Laws A Comparative Study, Vol. 2, Foreign Corporations – Torts - Contracts in General, Michigan 1960 (Contracts in General).

Rabel, Ernst

: The Conflict of Laws A Comparative Study, Vol. 3, Special Obligations: Modification and Discharge of Obligations, Chicago 1950 (Special Obligations).

Seviğ, Vedat Raşit

: Kanunlar İhtilâfî (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), B. 2, İstanbul 1974.

Symeonides, Symeon

: American Private International Law, Netherlands 2008.

Stone, Peter

: EU Private International Law, Cheltenham 2010.

Şanlı, Cemal /

Esen, Emre /

Figanmeşe - Ataman, İnci

: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 6, İstanbul 2018.

Tekinalp, Gülören /

Uyanık, Ayfer

: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, B. 12, İstanbul 2016.

- Turhan, Turgut /
Tanrıbilir, Feriha Bilge** : Vatandaşlık Hukuku, B. 3, Ankara 2012.
- Uluocak, Nihal** : Kanunlar İhtilâfi (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul 1971 (Kanunlar İhtilâfi).
- Weintraub, Russell** : Commentary on the Conflict of Laws, B. 4, New York 2001.
- Yılmaz, Ejder** : Hukuk Sözlüğü, B. 10, Ankara 2011 (Sözlük).
- II- MONOGRAFİLER ve TEZLER**
- Akıncı, Ziya** : Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994 (Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları).
- Akıncı, Ziya** : Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, İzmir 1992 (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk).
- Alibaba, Arzu** : Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2005.
- Alexander, Nadja /
Steffek, Felix** : Making Mediation Law, Research Collection School of Law, 2016.
- Aygül, Musa** : Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller, B. 2, İstanbul 2014 (Milletlerarası Ticarî Tahkim).

- Ayoğlu, Tolga** : Uluslararası Ticarî Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler Maddî Hükümler ve Ticarî Adet Teamüller Olarak Lex Mercatoria, B. 2, İstanbul 2011.
- Barreth, Jerome T. /
Barreth, Joseph** : A History of Alternative Dispute Resolution, San Francisco 2004.
- Berger, Peter Claus** : The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, B. 2, Hague 2010.
- Bevan, Alexander /
Brown, Henry** : Alternative Dispute Resolution, London 1992.
- Büyükalp Sariöz, A. İpek** : AIHS ve AIHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2018.
- Çaha, Ömer /
Şahin, Bican** : Dünyada ve Türkiye’de Siyasal İdeolojiler, Ankara 2013.
- Dayındarlı, Kemal** : HUMK’da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997 (İç Tahkim).
- Dayındarlı, Kemal** : Millî – Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994 (Kamu Düzeni).
- De Polo, Giuseppe /
Trevor, Mary B.** : EU Mediation Law and Practice, Oxford 2012.

- Demir, Remzi** : Türk Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satış Sözleşmeleri, Ankara 2013.
- Dost, Süleyman** : Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ISCID Tahkimi, Ankara 2006.
- Doyle, Stephen Patric / Haydock, Roger** : Without the Punches: Resolving Disputes without Litigation, Minneapolis 1991.
- Dür, Orhan** : Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara 2017.
- Ekmekçi, Ömer / Özekes, Muhammet / Atalı, Murat** : Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018.
- Ekşi, Nuray** : Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013.
- Erdener, Nihal** : Türk Devletler Hususi Hukuku Sisteminde Locus Regit Actum Kaidesinin Tatbiki, İstanbul 1958.
- Eren, M. Yusuf** : Teoride ve Uygulamada Uluslararası Arabuluculuk, Ankara 2015.
- Francioni, Francesco** : Access to Justice as a Human Right, Oxford University Press 2007.
- Garner, Bryan A.** : Black's Law Dictionary, B. 8, USA 2004.

- Gökyayla Demir, Cemile** : Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001.
- Görkem, Zeynep Ezgi** : Arabuluculuk Sürecinde Arabulucunun Hukukî Statüsü-Hakları ve Yükümlülükleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015.
- Güven, Pelin** : Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2013.
- Hanağası, Emel** : Davada Menfaat, Ankara 2009.
- Heywood, Andrew** : Siyaset Teorisine Giriş, (Çev. Hızır Murat Köse) B. 5, Ankara 2012 (Siyaset Teorisi).
- Heywood, Andrew** : Siyasî İdeolojiler, (Çev. Hüsamettin İnaç), B. 5, Ankara 2013 (İdeolojiler).
- Hopth, Klaus J. / Steffek, Felix** : Mediation - Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford 2013.
- Ildır, Gülgün** : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.
- İlhan, Cengiz** : Günümüz Türkçesi'yle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Ankara 2011.
- Juanger, Friedrich K.** : Choice of Law and Multistate Justice, Netherlands 1993.
- Kaplan Güler, Beyhan** : Boşanmanın Hukukî Sonuçlarında Arabuluculuk, İstanbul 2014.

- Karauz, Agâh Kürşat** : Sulh Sözleşmesi, Ankara 2014.
- Kayıhan, Şaban /
Kara, Ethem** : Uluslararası Yatırım Hukuku, Ankara 2017.
- Kekeç, Elif Kısmet** : Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2011.
- Kite, Deniz** : 21. Yüzyılda Arabuluculuk (Mediasyon), Kayseri 2007.
- Kramer, Samuel Noah** : The Summarians Their History Culture and Character, Chicago 1963.
- Marriot, Arthur** : ADR Principles and Practice, London 1999.
- Mclaren, Richard H. /
Sanderson, John P.** : Innovative Dispute Resolution, Ontario 1994.
- Meriç, Nedim** : Medenî Usûl Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011.
- Moore, Christopher W.** : The Mediation Process (Çev. Tarkan Kaçmaz, Mustafa Tercan), B. 4, 2016.
- Mutlu, Işıl Umur** : Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeninin Etkisi, 2003, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Oğuz, Arzu** : Lex Mercatoria, Ankara 2004.

- Ökçün, Gündüz** : Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara 1967.
- Önen, Ergun** : Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- Özbakan, Işıl** : Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1987.
- Özbek, Mustafa Serdar** : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, B. 3, Ankara 2013 (AUÇ).
- Özdemir Kocasakal, Hatice** : Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001.
- Özel, Sibel** : Milletlerarası Ticarî Tahkimde Kanunlar İhtilâfi Meseleleri, İstanbul 2008.
- Özmumcu, Seda** : Uzakdoğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, B. 3, İstanbul 2013 (Uzakdoğu'da Arabuluculuk).
- Öztürk, Necla** : Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, Ankara 2016 (Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri).
- Polat, Malike** : Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010.
- Sak, Yıldırım** : Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Temel Hakların Korunması, Ankara 2015.

- Sarisözen, Serhat** : Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma, Ankara 2011.
- Soysal, Tamer** : Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma, İstanbul 2005.
- Şahin Ceylan, Şule** : Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009.
- Şahin, Güngör Hüseyin** : Arabuluculuk, Ankara 2008.
- Şanlı, Cemal** : Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986 (Milletlerarası Tahkim).
- Şanlı, Cemal** : Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, B. 6, İstanbul 2016 (Uluslararası Ticarî Akitler).
- Taşpolat Tuğsavul, Melis** : Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- Tiryakioğlu, Bilgin:** Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara 1997 (Rekabet Hukuku).
- Tiryakioğlu, Bilgin** : Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996 (Taşınır Mallar).
- Tiryakioğlu, Bilgin** : Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1996 (Boşanma).
- Toth, Orsolya** : The Lex Mercatoria in Theory and Practice, Oxford 2017.

- Tötterman, Richard** : The Scope of the Rule Locus Regit Actum in the Conflict of Laws, University of Oxford 1951(The Scope).
- Tütüncübaşı, Uğur** : Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması, Ankara 2014.
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem** : Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.
- Zenginkuzucu, Dikran M.** : Uluslararası Ticaret ve Yatırım Uyuşmazlıklarında Dostane Çözüm, B. 2, İstanbul 2017 (Dostane Çözüm).
- Zenginkuzucu, Dikran M.** : Uluslararası Ticaret ve Yatırım Uyuşmazlıklarının Dostane Çözümüne İlişkin Temel Metinler, B. 2, İstanbul 2017 (Temel Metinler).

III- MAKALELER

- Abramson, Harold I.** : *Time to Try Mediation of International Commercial Disputes*, International Law Students Association Journal of International and Comparative Law, 1998, Vol. 4, s. 323-327.
- Akıncı, Ziya** : *Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1996, C. 18, S. 4, s. 93-109 (Alternatif Çözüm Yolları).
- Akil, Cenk** : *Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 57, S. 3, s. 1-32.

- Akkan, Mine** : *Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 20, S. 2, s. 1-31.
- Albayrak, Hakan** : *Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu*, Gaziantep University Journal of Social Sciences, 2018, Vol. 17, s. 12- 24.
- Alexander, Nadja** : *Mediation in Practise: Common Law and Civil Law Perspectives Compared*, International Trade and Business Law Annual, 2001, Vol. 6, s. 1-18 (Mediation).
- Alexander, Nadja** : *What's Law got to Do With it? Mapping Modern Mediation Movements in Civil and Common Law Jurisdictions*, Bond Law Review, 2001, Vol. 13, s. 1-29 (Mapping Modern Mediation).
- Altuğ, Yılmaz** : *Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1972, C. 27, Cem Sar' a Armağan, S. 3, s. 371-385.
- Aslanova, Kemale** : *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Taksitle Satım Sözleşmelerine İlişkin Getirdiği Değişiklik ve Yenilikleri*, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2012, C. 5, S. 2, s. 88-102.

- Aybay, Rona** : *Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, S. 72, s. 109-120.
- Aygül, Musa** : *Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 12, S. 3-4, s. 45-85 (Lex Mercatoria).
- Aygün, Mesut** : *Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. 61, S. 3, s. 925- 972 (Çek).
- Aygün, Mesut:** *Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, 2014, C. 16, s. 1025-1066 (Yabancılık Unsuru).
- Aygün, Mesut** : *The Applicable Law to Cultural Property*, International Journal of Liberal Arts and Social Science, 2016, Vol. 4, No. 6, s. 57-70 (Cultural Property).
- Bayata Canyaş, F. Aslı** : *5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Ankara 2009, s. 141-166.

- Beckett, W. E.** : *The Question of Classification (Qualification) in Private International Law*, British Year Book of International Law, 1934, Vol. 15, s. 46-81.
- Bercovitch, Jacob** : *International Mediation*, Journal of Peace Research, 1991, Vol. 28, No. 1, Special Issue on International Mediation, s. 3-6.
- Bilgin, Hikmet** : *Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk*, Hukuk Gündemi Dergisi, 2009, S. 2, s. 9-20.
- Billiet, Philippe / Kurlanda, Ewa** : *An Introduction to the Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters*, The New EU Directive on Mediation First Insights (Ed: Association for International Arbitration), Antwerpen-Apeldoorn, Maklu 2008, s. 9-24.
- Birch, Elizabeth** : *Practical and Cultural Aspects of International Mediation*, Yearbook of International Arbitration, 2017, Vol. 5, s. 215-234.
- Blackman, Scott H. / McNeill, Rebecca** : *Alternative Dispute Resolution in Commercial Intellectual Property Disputes*, American University Law Review, 1997-1998, Vol. 47, s. 1709-1734.
- Bolstad, Max** : *Learning from Japan: The Case for Increased Use of Apology in Mediations*, Cleveland State Law Review, 2000, Vol. 48, s. 545 -578.

- Brown, Carole J.** : *Facilitative Mediation: The Classis Approach Retains its Appeal*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 4, 2004, s. 279-296.
- Bruni, Alessandro** : *Mediation in Italy*, Revista Forumul Judecatorilor, 2010, Vol. 1, s. 96-97.
- Bulur, Alper** : *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi*, Ankara Barosu Dergisi, 2007, Y. 65, S. 4, s. 30-46 (ADR).
- Bulur, Alper** : *Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İncelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010, S. 89, s. 196-241 (Avukatlık Kanunu).
- Canbolat, Talat** : *6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk*, Çalışma ve Toplum, 2013, S. 4, s. 247-273.
- Cappaletti, Mauro /
Garth, Bryant** : *Access to Justice as a Focus of Research*, Windsor Yearbook of Access to Justice, 1981, Vol. 1, s. 9-25.
- Cappaletti, Mauro** : *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access to Justice Movement*, The Modern Law Review, 1993, Vol. 56, s. 282-296.
- Carroll, Eileen** : *International Mediation*, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation (Ed.

Rovine Arthur W.), The Fordham Papers 2007, s. 297-308.

Chua, Eunice

: *The Singapore Convention on Mediation - A Brighter Future for Asian Dispute Resolution*, Asian Journal of International Law, Research Collection School Of Law, 2018, s. 1-11.

Curran, Deirdre

: *Workplace Mediation in Ireland: Bridging the Research-Practice Gap*, Journal of Mediation and Applied Conflict Analysis, 2015, Vol. 2, No. 1, s. 175-186.

Çelikoğlu, Cengiz Topel

: *6325 Sayılı HUAİK'a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usûlleri ile İlişkisi*, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. 1, Ankara 2014, s. 669-725.

Diedrich, Frank

: *International / Cross Border Mediation within the EU - Place of Mediation, Qualification of the Mediator and the Applicable Law*: http://www.rgsl.edu.lv/uploads/files4_RGSL_Mediation.

Doğan, Vahit

: *Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1995, Y. 15, S. 1-2, s. 21-42 (Zayıf Akit Taraf).

Dost, Süleyman

: *ICSID Arbitration and Turkey in Terms of the Subject And Parties*, International Journal of Arts and Commerce, 2013, Vol. 2, s. 64-72 (ICSID Arbitration).

- Dost, Süleyman** : *Mediation for Disputes in Private Law in Turkey*, International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences, 2014, Vol. 4, s. 81-99 (Mediation).
- Dost, Süleyman** : *Milletlerarası Hukukta Mütakabiliyet İlkesi*, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 5, S. 2, s. 1-37 (Mütakabiliyet).
- Erdem, Bahadır** : *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010.
- Erdoğan, Ersin** : *Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığının Sınırları Hakkında Güncel Sorunlar ve Terör Suçları Açısından Yargı Bağımsızlığı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 20, S. 4, s. 3375-3391 (Yargı Bağımsızlığı).
- Erdoğan, Ersin** : *Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi*, (Ed. Ersin Erdoğan) Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, s. 189-202 (Singapur Sözleşmesi).
- Erişir, Evrim /
Tekin, Ceren** : *Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller*

Üzerine Yeşil Kitap, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2008, S. 1, s. 131-165.

Erkan, Mustafa

: *MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 15, S. 2, s. 81-121.

Ersen Perçen, Gizem

: *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 31, S. 2, 2011, s. 177-201.

Esen, Emre

: *Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, 2003, S. 1-2, s. 377-404.

Eskiyörük, Serhat

: *Avrupa Birliği'nin 2008/52 Sayılı Arabuluculuk Direktifi ve Muhtemel Etkileri Üzerine Değerlendirme*, 2008: <http://www.arabulucu.com>.

Feasley, Ashley

: *Mediator Qualification Regulations and the 2008 EU Mediation Directive: A Necessity or An Impediment?*, s.1-25:

<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1629&context=jdr>

- Folberg, Jay** : *A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice*, Conflict Resolution Quarterly, 1989, s. 3-13.
- Freund, Otto Kahn** : *Locus Regit Actum*, The Modern Law Review, 1944, Vol. 7, No. 4, s. 238-243.
- Friel, Steven /
Toms, Christian /
Ridnick, Brown** : *The European Mediation Directive – Legal and Political Support For Alternative Dispute Resolution in Europe*, Blomberg Law Reports, s. 1-6: <http://www.brownrudnick.com>.
- Gide, Paraag** : *Locus Regit Actum and Wills of Foreigners in France*, 1913, Law Quarterly Review, Vol. 29, s. 42-45.
- Ginsburg, Ruth Bader** : *American Bar Association Delegation Visits the People's Republic of China*, American Bar Association Journal, 1978, Vol. 64, No. 10, s. 1516-1525.
- Göksu, Mustafa** : *Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu*, Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2004, s. 1253-1273.
- Guthrie, Chris** : *The Lawyer's Philosophical Map and the Disputant's Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering*, Harvard Negotiation Law Review, 2001, Vol. 6, s. 145-188.

- Hess, Burkhard / Pelzer, Nils** : *Regulation of Dispute Resolution in Germany: Cautious Steps towards Construction of ADR System*, Oregon 2013, s. 209-238.
- Houzhi, Tang** : *Mediation is Developing Around the World*, Asia Pacific Law Review, 2016, Vol. 17, s. 31-38.
- Hyde, Laurance, M.** : *Mediation*, 1984, Juvenile and Family Court Journal, Vol. 35, s. 57-72.
- Karacabey, Kürşat** : *Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar*, Ankara Barosu Dergisi, 2016, S. 1, s. 457-489.
- Kaufman, Sanda / Duncan, George T.** : *A Formal Framework for Mediator Mechanisms and Motivations*, Journal of Conflict Resolutions, 1992, Vol. 36, No. 4, s. 688-708.
- Kaya, İslam Safa** : *Uluslararası Örnekler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözüm Yolları*, Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi, 2017, C. 7, S. 2, s. 153-163.
- Kegel, G.** : *The Crisis of Conflict of Laws*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, T. 112, 1964, s. 91-268.
- Kıyak, Emre** : *Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2015, Y. 6, S. 21, s. 523-548.

- Konuralp, Cengiz Serhat** : *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C. 71, S. 2, s. 225-274.
- Kösoğlu, Mehmet** : *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2008, Y. 28, S. 1-2, s. 147-172.
- Kurt, Resul** : *İş Yargısında Arabuluculuk*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018, S. 135, s. 405-445.
- Küçükgüngör, Erkan** : *Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2004, C. 22, S. 4, s. 47-76.
- Lande, John** : *Getting the Faith: Why Business Lawyers and Executives Believe in Mediation*, Harvard Negotiation Law Review, 2005, Vol. 5, s. 137-232.
- Lederman, W. R.** : *Classification in Private International Law*, Canadian Bar Review, 1951, Vol. 29, s. 168-184.
- Levin, Murray** : *The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion*, Ohio State Journal of Dispute Resolution, 2001, Vol. 16, s. 267-296.

**Li, Mingqian /
Billiet, Philippe**

: *The Evulution of Mediation in China, The New EU Directive on Mediation First Insights* (Ed: Association for International Arbitration), 2008, s. 67-76.

Lindell, Bengt

: *Alternative Dispute Resolution and the Administration of Justice – Basic Principles*, Scandinavian Studies In Law, 2007, Vol. 51, s. 312-344.

Lorenzen, G. Ernest

: *The Qualification, Classification or Characterization Problem in the Conflict of Laws*, Yale Law Journal, 1940-1941, Vol. 50, s. 743-761.

Mazos, Patricia Orejudo Prieto de los

: *The Law Applicable to International Mediation Contracts*, Revista Para El Análisis Del Derecho, 2011, Vol. 1, s. 1-16.

Mutlay, Faruk Barış

: *İşe İade Davalarında Arabuluculuk*, Çalışma ve Toplum, 2018, s. 4, s. 2129-2154.

Nolan, Kenneth

: *Mediation*, Litigation, 2013, Vol. 39, S. 1, s. 59-60.

Nolan-Haley, Jacqueline

: *Evolving Path to Justice: Assessing the EU Directive on Mediation*, Sixth Annual Conferance on International Arbitration and Mediation, 2012, s. 407-421.

Özbay, İbrahim

: *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C. 10, S. 3-4, s. 459-475.

- Özbek, Mustafa Serdar** : *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?* Ankara Barosu Dergisi, 1999, S. 2-3, s. 187-204 (Temel Çözüm Türleri).
- Özbek, Mustafa Serdar** : *Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, S. 68, s. 265-320 (Avrupa Birliği).
- Özbek, Mustafa Serdar** : *Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. 56, S. 1, s. 183-231 (Yönerge Önerisi).
- Özbek, Mustafa Serdar** : *Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulaması*, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502 (İlkeler ve Uygulama).
- Özbek, Mustafa Serdar** : *Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim*, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2006, S. 2, s. 907-927 (Adalete Erişim).
- Özdemir, Ali** : *Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım*, International Journal of Legal Progress, 2016, Y. 2, S. 2, s. 78-115.
- Özdemir, Didem** : *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C. 8, S. 1 – 2, s. 91-131.
- Özekes, Muhammet** : *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, C. 4, S. 2, s. 89-137 (Fikir ve Sanat Eserleri).

Özekes, Muhammet

: *Yanılıgılar ve Önyargılar Arasında Arabuluculuk, Hukukî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sempozyumu, 5-6 Kasım 2009, Ankara, s. 105-124 (Arabuluculuk).*

Özmumcu, Seda

: *Arabuluculuğun Rolü: Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C. 71, S. 1, s. 1369-1390 (Arabuluculuğun Rolü).*

Özmumcu, Seda

: *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2016, C. 74, S. 2, s. 807-842 (Zorunlu Arabuluculuk).*

Özsunay, Ergun

: *Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumu Bakımından Bir Değerlendirme, İstanbul Barosu Dergisi, 2019, C. 93, S. 3, s. 35-47.*

Öztürk, Necla /

Yarar, Güven

: *AB 2008/52/EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. 2, Ankara 2015, 1351-1387.*

Öztürk, Necla

: *Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2015, C. 31, S. 2, s. 203-254 (Arabuluculuk).*

Öztürk, Necla /

Yarar, Güven

: *Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmesinin Sınır-Ötesi Tenfizine Dair Sözleşme Taslağı*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 8, S. 2, s. 639-652.

Park So Eun, Grace

: *International Commercial Mediation Involving Parties From Different Cultures — The Different “Languages” of Negotiation*, Dispute Resolution Journal, 2016, Vol. 71, No. 4, s. 147-155.

Park, W. William

: *Why Courts Review Arbitral Awards*, Festschrift für Karl-Heinz Böckstiegel, 2001, s. 595-606.

Pekcamtez, Hakan

: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Hukukî Perspektifler Dergisi, 2015, S. 5, s. 12-16.

Petterson, Carol J.

: *Alternative Dispute Resolution, Resolving Disputes With Less Wear and Tear*, Journal of Management in Engineering, March-April 1997, s. 12-14.

Press, Sharon /

Lurie, Paul M.

: *A Mediator’s Obligation to Memorialize the Agreement*, Dispute Resolution Magazine, 2015, Vol. 22, s. 39-41.

Pribetic, Antonin

: *The 'Third Option': International Commercial Mediation*, World Arbitration and Mediation Review, 2008, Vol. 1, No. 4, s. 563-587.

Pryor, Will

: *Alternative Dispute Resolution*, Southern Methodist University Law Review, Vol. 61, s. 519-529.

- Pürselim, Hatice Selin** : *Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler*, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2014, C. 20, S. 2, s. 3-21.
- Radulescu, M. D. / Mitrut, D.** : *Intercultural Mediation, International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences*, 2012, Vol. 2, No. 11, s. 344-350.
- Rashid, Syed Khalid** : *Peculiarities and Religions Underlining of ADR in Islamic Law*, 2008, Mediation in the Asia Pacific, Constraints and Challenges, Harun M. Hashim Law Centre, IIUM & Asia Pacific Mediation Forum, Australia Venue: IIUM, Kuala Lumpur, s. 1-10.
- Rhode, Deborah** : *Access to Justice*, Fordham Law Review, 2000-2001, Vol. 69, s. 1785-1820.
- Sciarra, Silvana** : *EU Commission Green Paper 'Modernising Labour Law to Meet the Challenges of the 21st Century'*, Industrial Law Journal, 2007, Vol. 36, No. 3, s. 375-382.
- Silverstein, May Olivia** : *Introduction to International Mediation and Arbitration: Resolving Labor Disputes in The United States & The European Union*, American University Labor & Employment Law Forum, 2011, Vol. 1, s. 101-125.

Slate, K. William /

Lieberman, H. Seth /

Weiner, R. Joseph /

Micanovic, Marco

: *UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) its Workings in International Arbitration and a New Model Conciliation Law*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 6, S. 3, s. 73-106.

Spiro, Erwin

: *Conflict of the Locus Regit Actum Rule and Lex Causae*, *Journal for Contemporary Roman-Dutch Law*, 1986, Vol. 49, s. 139-143.

Steffek, Felix

: *Mediation in the European Union: An Introduction*, s. 1-22: <https://e-justice.europa.eu>.

Stoica, Veronica

: *Some Consideration on the Mediation Contract*, *Annals Constantin Brancusi University of Targu Jiu Juridical Science Series*, 2010, Vol. 1, s. 21-32.

Strazisar, Borut

: *Alternative Dispute Resolution*, *Law in the Modern World*, 2018, Vol. 3, s. 214-233.

Sussman, Edna

: *International Mediation*, *International Law Review*, 2013, Vol. 47, s. 179-182.

Tanrıver, Süha

: *Arbuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arbuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara 2010, s. 2025-2036. (Arbuluculuk ve Uzlaştırma).

Tanrıver, Süha

: *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2006, S. 64, s. 151-177 (Arabuluculuk).

Tötterman, Richard

: *Functional Bases of the Rule Locus Regit Actum in English Conflict Rules*, 1953, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 2, No. 1, s. 27-46 (Functional Bases).

Tu, N. Y

: *Law Relating to Mediation of Disputes in Civil Matters*, China Law Review, 1930, Vol. 4, s. 106-107.

Uwazie, Ernest

: *Alternative Dispute Resolution in Africa: Preventing Conflict and Enhancing Stability*, Africa Security Brief, 2011, Vol. 16, s. 1-6.

Uyumaz, Alper /

Erdoğan, Kemal

: *Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 17, S. 1, s. 119-169.

Üçer, Mehmet /

Meriç, Nedim

: *Roma Hukukunda ve Medeni Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme*, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2012, C. 8, S. 22, s. 4-66.

Ünlütepe, Mustafa

: *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi*, Ankara Barosu Dergisi, 2014, S. 2, s. 293-358.

- Wang, Guiguo** : *Mediation in the Globalized Business Environment*, Asia Pacific Law Review, 2009, Vol. 17, s. 47-66.
- Wells, Alan** : *Dispute Resolution: Mediation and Arbitration*, Business Law Review, 2011, S. 32, s. 61-62.
- Yıldırım, M. Kamil** : *İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında*, Prof. Dr. Yavuz Alangoya Armağanı, İstanbul 2007, s. 339-353.
- Yılmaz, Ejder** : *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2005, s. 843-856 (Uzlaşma).

IV- DİĞER KAYNAKLAR

- Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation Report, 2010, Law Reform Commission: https://www.lawreform.ie/_fileupload/reports/r98adr.pdf
- Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs: 'Rebooting' The Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU, 2014: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf) (Mediation in the EU).
- EU Handbook on Mediation: Mediation Law and Practice in Other EU Countries: http://mediation-net.eu/pdf/books/analysis_concise_text2.pdf (EU Handbook on Mediation).
- Mediation in The Different Countries with Bar Associations that Belong to the European Bars Federation (FBE): http://www.fbe.org/barreaux/uploads/2017/10/Report_Med.pdf
- Preliminary Draft Proposal For a Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters: http://europa.eu.int/comm./justice_home/en.pdf .
- Recommendation (2002) 10 of Committee of Ministers to Member States on Mediation in Civil Matters: https://www.camera-arbitrale.it/Documenti/racc_cm_18set2002.pdf.
- Restatement of The Law Fourth, The Foreign Relations Law of The United States, American Law Institute Publishers, Philadelphia 1934.

V- İNTERNET KAYNAKLARI

https://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf: **Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Prensipleri (*European Code of Conduct for Mediators*) Metni.**

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008L0052>: **2008/52/EC sayılı Arabuluculuk Direktifi (*European Council for a Mediation Directive*) Metni.**

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52002DC0196>: **Medenî ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Hakkında Yeşil Kitap (*Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law*) Metni.**

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore_convention.html: **Arabuluculukta n Doğan Anlaşma Belgelerine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Metni.**

<https://www.singaporeconvention.org/official-signatories.html>: **Arabuluculuktan Doğan Anlaşma Belgelerine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesini İmzalayan Devletler Hakkında.**

<http://japan.kantei.go.jp/index.html>: **Japon Hukukunda Arabuluculuğa Yönelik Düzenlemeler.**

<http://users.skynet.be/rolandfabian/codes/Codejud.pdf>: **Belçika Medenî Usul Kanunu (*Code Judiciaire Gerechtelijk Wetboek*) Metni.**

<http://www.adb.adalet.gov.tr/e-k.pdf>: **Mahkeme Temelli Arabuluculuk Hizmetleri El Kitabı.**

<http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar> : **Türkiye Arabulucular Etik Kuralları.**

<http://www.cietac.org/?l=en>: **Çin Milletlerarası Ekonomik ve Ticarî Arabuluculuk Komisyonu (*China International Economic and Trade Arbitration Commission*) Hakkında.**

<http://www.ficiesse.it.pdf>: **İtalyan Medenî Usul Kanunu (*Diritto Processuale Civile*) Metni.**

<http://www.intracen.org>: **Amerikan Ticarî Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (*Commercial Arbitration and Mediation Center of the Americas*) Hakkında.**

http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_download/?ff=09&id=2732: **Hukukî Konulara İlişkin Japon Arabuluculuk Kanunu (*Civil Conciliation Act*) Metni.**

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>: **TBMM Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 233.**

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/12/pdfs/ukpga_19970012_en.pdf: **Birleşik Krallık Medenî Usul Kanunu (*Civil Procedure Act*).**

http://www.mediacio.hu/files/Magyar_dok/MediationAct_2002LV_EN.doc: **Macaristan Arabuluculuk Kanunu (*Hungarian Mediation Act*) Metni.**

<http://www.sgb.adalet.gov.tr/ekler/yayin/Stratejik-Plan-2015-2019.pdf>: **Adalet Bakanlığı Stratejik Planı, 2015-2019.**

<http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf>: **Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi Metni.**

<http://www.tdk.gov.tr>: **Türk Dil Kurumu.**

<http://www.un.org/en/> : **UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları Hakkında.**

http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html: **UNCITRAL Hakkında.**

<https://archive.org/stream/codiceciviledel00italgoog/cod>: **İtalyan Medenî Kanunu (*Codice Civile Italiano*) Metni.**

https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-fr-en.do?member=1: **AB Üyesi Ülkelerin Arabuluculuğa İlişkin Düzenlemeleri Hakkında.**

<https://iccwbo.org/>: **Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce*) Hakkında.**

<https://icsid.worldbank.org/en/>: **Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıkları Merkezi (*International Center for Settlement of Investment Disputes*) Hakkında.**

<https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2005-06-17-90>: **Norveç Hukukî Uyuşmazlıklarda Mahkeme Sürecinde Arabuluculuk Kanunu (*Act Relating to Mediation and Procedure in Civil Disputes*) Metni.**

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1942391: ***Sixth Annual Conferance on International Arbitration and Mediation.***

<https://pca-cpa.org/>: **Devletler ve Diğer Devlet Uyrukları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Sözleşmesi (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States And Nationals of Other States*) Metni.**

<https://www.adr.org/>: **Amerikan Tahkim Derneği (*American Arbitration Association*) Hakkında.**

<https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav>: **Alman Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Teşvikine Dair Kanun (*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*) Metni.**

<https://www.cpradr.org/about/history/1979>: **Kamu Kaynakları Merkezi (*Center for Public Resources*) Hakkında.**

<https://www.euromed-justice.eu>: **Rec (2002) 10 sayılı Arabuluculuğa İlişkin Tavsiye Kararları** (*Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Mediation in Civil Matters*) **Hakkında.**

<https://www.international-arbitration-attorney.com/tr/escalation-clauses-icc-mediation-rules>: **Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Arabuluculuk Kuralları Hakkında.**

<https://www.wipo.int/portal/en/index.html>: **Dünya Fikri Mülkiyet Organizasyonu (World Intellectual Property Organization) Hakkında.**



ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Güven YARAR
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Yabancı Dil Ağırlıklı Tuzla Lisesi, 2003-2007.
Lisans Diploması	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2007-2011.
Yüksek Lisans Diploması	Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, 2011-2014.
Tez Konusu	Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri
Yabancı Dil	İngilizce
İŞ DENEYİMİ	
Çalıştığı Kurumlar	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2011-
E-Posta	guvenyarar@akdeniz.edu.tr; guvenyarar1@hotmail.com