

ISSN: 2148-5445

Yıl: 3 • Sayı: 5 • Haziran • 2016

YAZICI dergisi



Sayı: 5 • Haziran 2016

Yerel Süreli • 6 ayda bir yayınlanır.

İmtiyaz Sahibi

Yazıcı Dergisi Adına
Murat YAZICI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Güryay BİNGÖL

Hazırlık & Baskı

Uzerler Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti.
Turan Güneş Bulvarı No 22/17-8 Çankaya-Ankara
Tel: +90312 441 9015

Basım Tarihi ve Yeri

Haziran 2016 - Ankara

Adresi

Zorlu Center Teras Evler 046 Levazım Beşiktaş 34340 İSTANBUL
Tel: +90212 361 3401
www.yazicihukukburosusu.com

ISSN

2148-5445

Yazıcı Dergisi

Tüm hakları saklıdır. **Yazıcı Dergisi**'nin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre **Yazıcı Dergisi**'nin yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayınlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir; **Yazıcı Dergisi**'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

İçindekiler

5 *Elif KARAGÖZOĞLU*
Başlarken

7 *Nihal BERKER ATLI*
**Tahkim Öncesinde Uzlaştırma Prosedürü
Öngörülen Kurallara Riayetsizliğin
Tahkime Etkisi**

23 *Güryay BİNGÖL*
**Şirket Esas Sözleşmesinde Ortaklara Tanınan
Alım Opsiyonlarının Aynen İfası**

31 *Ayşe YAZICI ADANIR*
**Where Does a Contract Begin and
Where Does It End?**

37 *Yunus Emre BAKİLER*
**Order in the House – Accountability of the
Board of Directors For Corruption in
Turkish Companies**

45 *Mert TEZCAN*
**Türk Mahkemeleri Nezdindeki Tanıma
ve Tenfiz Davalarında Kamu Düzeni Müdahalesi**

55 *Burak TOSUN*
(Stajyerlerimizden)
**Arbuluculuk Sürecinin Başlaması,
Cereyanı ve Sona Ermesi İle Sürece
Egemen Olan İlkeler**

Baslarken



Elif KARAGÖZOĞLU

Yazıcı Dergisi'nin bir önceki sayısını çıkartırken adalet ve hakkaniyet kavramları ile hukukun üstünlüğü ve güçler ayrılığı ilkelerinin varlığı ve uygulamasının demokratik toplumların varlığı üzerindeki olmaz ise olmaz etkisinden bahsetmiş, Yazıcı Hukuk ailesi olarak bu ilkeleri savunmaya ve bu ilkelerin varlığına ve gerekliliğine inanmaya devam ettiğimizi ifade etmiştik.

Yazıcı Dergisi'nin bu sayısında, mahkemeye alternatif çözüm yollarını incelenmek istedik.

Dolayısıyla bu sayıda diğer konuların yanında, tahkim öncesinde uzlaştırma müessesesi, yabancı mahkemeler ile tahkim kararlarının tanıma ve tenfizi davalarında kamu düzeni müdahalesi ile ülkemiz hukuk düzenine 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile getirilen Arabuluculuk müessesesini incelediğimiz makaleleri bulacaksınız.

Keyifle okumanız dileğiyle

Tahkim Öncesinde Uzlaştırma Prosedürü Öngörülen Kurallara Riayetsizliğin Tahkime Etkisi



Nihal BERKER ATLI

I. UZLAŞTIRMA KAVRAMI

Uzlaştırma, uyuşmazlık içindeki tarafları, konuşmak, müzakerelerde bulunmak üzere bir araya getiren, tarafların bu surette bir çözüm üretmelerini temin etmeye çalışan, taraflara somut olayın özelliklerine göre çeşitli çözüm önerileri sunarak nihayetinde bir uzlaşmaya varmalarını hedefleyen bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Bazı metinlerde uzlaştırma ve arabuluculuk kavramı arasında bir ayrım yapıldığı görülmektedir¹. Bu anlayışa göre, arabulucunun görevi sadece tarafların birbirlerini anlamalarını ve bir araya gelerek bir çözüm üretmelerini

ni sağlamaktan ibaretken, uzlaştırıcı tarafları dinleyip taraflarca ortaya konan olayları değerlendirerek, onlara çözüm önerileri sunar.

Uzlaştırma ile arabuluculuk arasında böyle keskin bir ayrım yapılması güçtür, zira üçüncü kişinin, sıfatı ister uzlaştırıcı ister arabulucu olsun, taraflar arasında ortak bir zeminin bulunmasını sağlamaya çalışmak ve muhtemel bir uzlaşmanın koşullarının belirlenmesine yardımcı olmak dışında bir işlevi bulunmamaktadır².

Uzlaştırma tamamen taraf odaklı ve ihtiyarî³ bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁴. Uzlaştır-

1) Bkz. Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk" Makalelerim (2006), Ankara, 2007, s 14 vd.; Redfern, Hunter, Smith, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, London, 1991.

2) Mustafa Özbek, "Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması" Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ocak, 2006, s. 442.

3) Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3. B., İstanbul, 2005.

4) David W. Plant, ADR and Arbitration, The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, Ed. Lawrence W. Newman/ Richard D. Hill, New York, 2004, s. 247.

ma yöntemini izleme iradesi taraflarca ortaya konur; uzlaştırıcı veya arabulucunun kim olacağı, takip edilecek usul, taraflarca belirlenir ve çözüm önerileri taraflarca geliştirilir⁵, uzlaştırıcı tarafından getirilen çözüm önerileri ancak taraflarca kabul edilirse sonuç doğurur.

Uzlaştırıcının görevi öncelikle tarafları uzlaşma sürecinin nasıl olacağı konusunda bilgilendirmek, toplantıların yeri, zamanı ve gündemini belirlenmesinde taraflara kolaylık sağlamak ve tarafların kendi iddialarını gizlilik prensibini ihlal etmeksizin diğer tarafa ve uzlaştırıcıya yapıcı bir tavırla ifade etmesini sağlamaya çalışmaktır. Böyle bir süreçte uzlaştırmanın başarılı olması büyük ölçüde tarafların uzlaşma konusundaki niyetlerine ve uzlaştırıcının niteliklerine bağlıdır⁶. Bu nedenle uzlaştırıcının seçiminde tarafların, özellikle uyuşmazlığa konu olan iş sahasında belli bir saygınlığı olan kişileri tercih ettikleri görülmektedir⁷.

II. KURUMSAL UZLAŞTIRMA

Uluslararası ticaret alanında, milletlerarası ticarî tahkime oranla az sayıda olmakla birlikte uyuşmazlıkların uzlaştırıcı ile çözülmesine ilişkin kurumsal düzenlemeler de bulunmaktadır. Milletlerarası Ticaret Odası

(ICC), Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Uluslararası Merkez (ICSID) ve Uluslararası Mühendisler ve Müşavirler Birliği (FIDIC) tarafından belirlenmiş uzlaştırma usulleri ve diğer benzeri uzlaştırma usulleri kullanılmaktadır.

A) ICC Uzlaştırma Kuralları

ICC'nin 1988 tarihli Uzlaştırma Kurallarını kaleme alanlar, uzlaştırmanın bağlayıcı olmayan ve ihtiyarî karakterinden hareketle kuralların, basitlik, esneklik ve gizlilik ilkeleri çerçevesinde hızlı ve olabildiğince düşük maliyetli bir süreç oluşturmasını sağlamaya çalışmışlardır⁸. ICC'nin 1988 tarihli uzlaştırma kuralları 1 Temmuz 2001 tarihinden itibaren Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yollarına İlişkin Kurallar ile yürürlükten kalkmış, 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren ise Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yollarına İlişkin Kurallar yerine Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözülmesine İlişkin Kurallar (metin içinde ICC Uzlaştırma Kuralları olarak bahsedilecektir) Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yollarına İlişkin Kurallar yerine yürürlüğe girmiştir⁹. Bununla birlikte basitlik, esneklik, gizlilik, hızlılık ilkeleri yeni ICC Uzlaştırma

5) Plant, a.g.m, s. 247.

6) Şanlı, a.g.e., s. 375.

7) Şanlı, a.g.e., s. 375.

8) Eric. A. Schwartz, "International Conciliation and the ICC", FIJL, C.10, S. 1, 1995, s. 102.

9) Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözülmesine İlişkin Kuralların İngilizce metni için bkz. <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/> <çevrimiçi 9.06.16>

Kuralları için de geçerli ilkeler olarak muhafaza edilmektedir. ICC Uzlaştırma Kuralları, giriş bölümünden hemen sonra, Uzlaştırma Kurallarına başvuruyu düzenleyen madde önerilerini sıralamıştır¹⁰. Bununla birlikte, ICC Uzlaştırma kurallarına başvurulabilmesi için mutlaka taraflar arasındaki sözleşmede bir hüküm bulunması gerekli değildir.

Taraflar arasında akdedilen sözleşmede, ICC Uzlaştırma Kurallarına yer verilmesi, ihtiyarî bir yöntem olarak öngörülebileceği gibi, uyuşmazlığın çözümünde kullanılması zorunlu bir yöntem olarak da düzenlenebilir. Zorunlu başvuru halinde taraflar, sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir uyuşmazlığı öncelikle ICC Uzlaştırma Kuralları çerçevesinde çözmeye çalışacaklardır. Tarafların kendiliğinden sona eren bir uzlaştırma süreci belirlemeleri mümkündür. Bu halde, kararlaştırılan sürenin sonunda, taraflar uyuşmazlığı sonlandıramazlarsa herhangi bir yükümlülük doğurmaksızın uzlaştırma süreci kendiliğinden sona erer.

Taraflar, tahkimin bir ön adımı olarak da ICC Uzlaştırma Kurallarına başvurulacağını düzenleyebilirler.

Taraflar arasında herhangi bir anlaşma bulunmaması halinde ise, ICC Sekreteryası kendisine yapılan başvuruyu en kısa sürede karşı taraf ileterek, karşı taraftan başvuru talebinin

kendisine tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde talebi kabul edip etmediğini bildirmesini ister. Karşı tarafın talebi reddetmesi veya hiç cevap vermemesi durumunda uzlaştırma süreci başlatılamaz (Madde 3).

B) UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları

UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları 23 Temmuz 1980 tarihinde Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından kabul edilmiştir¹¹. Uyuşmazlıkların UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları çerçevesinde çözülebilmesi için 1. madde uyarınca tarafların bu usulün uygulanacağı hususunda anlaşmış olmaları gerekmektedir.

UNCITRAL Kurallarının 2. maddesine göre taraflardan biri uyuşmazlığa konu olayı da belirtmek sureti ile UNCITRAL Kurallarına tabi olarak uzlaşma teklifini karşı tarafa gönderecektir. Karşı tarafın bu teklifi kabulü ile uzlaştırma prosedürü başlar. Maddede kabulün sözlü olarak yapılmış olması halinde kabul iradesinin yazılı olarak teyit edilmesi önerilmektedir.

Uzlaştırma prosedürünün başarıya ulaşmaması halinde nasıl bir yöntem izleneceği hususuna UNCITRAL Kurallarında yer verilmemiştir. Bu konuda bir düzenleme olmasa dahi, taraflar arasında bir tahkim şartı veya

10) Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yollarına İlişkin Kurallar http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/adr_rules.pdf <çevrimiçi 4.05.07>, s. 4.

11) UNCITRAL Uzlaştırma Kurallarının İngilizce metni için bkz. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf> <çevrimiçi 04.05.07 >

sözleşmesi bulunuyorsa, uyuşmazlığın halli için tahkime, aksi halde yetkili mahkemeye gidileceğinin kabulü gerekir¹².

C) ICSID Uzlaştırma Kuralları

Devletlerle diğer devlet vatandaşı kişi ve kuruluşlar arasındaki uluslararası yatırım ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların halli konusunda Dünya Bankası tarafından Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme” hazırlanmıştır¹³. Sözleşme ile uyuşmazlıkların tahkim veya uzlaştırma yolu ile çözümünde yetkili “Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Uluslar arası Merkez” (ICSID) oluşturulmuştur. Sözleşmenin 28 ila 35. maddelerinde uzlaştırma prosedürü düzenlenmiştir. Ayrıca uzlaştırma sürecinde izlenecek usullere ilişkin olarak Uzlaştırma Kuralları bulunmaktadır¹⁴.

Sözleşmeye göre Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline dair Merkezde bir uzlaştırma prosedürünün başlatılabilmesi için tıpkı tahkim prosedüründe olduğu gibi uyuşmazlığa taraf devlet veya diğer devlet vatandaşı gerçek veya tüzel kişinin sözleşmeye taraf olması ve tarafların aralarındaki somut uyuşmazlık ba-

kımından merkezin yetkisini kabul etmiş olması gerekmektedir¹⁵.

Uzlaşma talebinde bulunan tarafın talebi IC-SID Sekreteryası tarafından kayda geçirildikten sonra bir uzlaştırma komisyonu oluşturulmaktadır. Bu komisyon tarafların arasındaki ilişkileri değerlendirerek çözüm önerileri sunar. Bu öneriler taraflarca kabul görürse komisyon tarafından bir rapora bağlanır ve uzlaştırma prosedürü başarıyla sonuçlanmış olur. Ancak tarafların çözüm önerilerini benimsememesi halinde veya taraflardan biri uzlaştırma prosedürüne katılmaz ise komisyon prosedürü durdurarak uzlaşmanın sağlanamadığı hususunu rapora bağlayabilir.

ICSID kurallarına göre tarafların uzlaşması bir hakem veya mahkeme kararı olmayıp taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşmedir¹⁶. Bu nedenle ICSID Kuralları uyarınca verilen hakem kararları gibi doğrudan icrası mümkün değildir¹⁷.

D) FIDIC Sözleşmeleri ile Öngörülen Uzlaştırma Prosedürü

Belirli teknik ve finansal yeterliliği gerektiren otoyol, demiryolu, liman, boru hattı ve benze-

12) Şanlı, a.g.e., s.379.

13) Sözleşme metninin İngilizcesi için bkz. <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm> <çevrimiçi 05.05.07> Türkçe metin için bkz. RG. 6.12.1988, 20011.

14) Uzlaştırma Kurallarının İngilizce metni için bkz. <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm> <çevrimiçi 05.05.07>

15) Şanlı, a.g.e., s. 380.

16) Şanlı, a.g.e., s. 382.

17) Şanlı, a.g.e.,s. 382.

ri tesislerin inşaatı işleri genellikle uluslararası ihalelere konu olmaktadır. Söz konusu ihalelerde Uluslararası Müşavir ve Mühendisler Federasyonu'nun (FIDIC) yürürlüğe soktuğu model sözleşmelerden yararlanıldığı görülmektedir.

FIDIC'in inşaat işlerine ilişkin 1987 tarihli model sözleşmesinde¹⁸ uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili 67. maddede ICC kuralları çerçevesinde tahkim talebinde bulunulmadan önce uyuşmazlıkların "mühendis" e havale edileceği ve mühendisin 84 gün içerisinde uyuşmazlık hakkında bir karar vereceği düzenlenmiştir¹⁹. Söz konusu başvuruda ve Mühendisin vereceği kararda 67.1 hükmü referans gösterilmektedir. Taraflar mühendisin kararını kabul etmezlerse veya Mühendis 84 gün içinde karar vermezse, 67.1 maddesinin üçüncü paragrafı uyarınca, halin icabına göre karar tarihinden veya 84 günün hitamından itibaren 70 gün içinde ICC Tahkim ve Uzlaştırma Kurallarına göre tahkim talebinde bulunabilir. Taraflar mühendisin kararına süresi içinde itiraz etmezlerse, karar taraflar için bağlayıcı nitelik taşıyacaktır (67.1/ (3))²⁰. Model sözleşmenin 67.2. maddesi, tarafların 67.1. maddesi uyarınca tahkim başvurusunu yapmış olmaları

halinde, başvuru tarihinden itibaren 56 gün süreyle uyuşmazlığın uzlaşma ile çözümüne çalışılacaktır. Uzlaştırma için herhangi bir girişim bulunmadığı hallerde dahi, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça tahkim prosedürüne başlanabilmesi için 56 günlük sürenin bekleneneği düzenlenmiştir(67.2). Ancak uzlaştırma prosedürüne ilişkin bir hüküm anlaşmada yer almamaktadır. Burada belirtilen uzlaştırmanın doğrudan taraflarca belirlenecek her türlü uzlaştırma olduğu anlaşılmalıdır²¹.

Bu süre içinde uyuşmazlığın uzlaştırma ile çözülememesi halinde uyuşmazlık hakeme havale edilmiş sayılacaktır²². Taraflar tahkim sürecinde, mühendise sunmuş oldukları delillerle bağlı olmadıkları gibi mühendis de vermiş olduğu karar sebebi ile hakemlerce tanık olarak dinlenebilirlik vasfını kaybetmez (m.67.3).

FIDIC model sözleşmesinin 1999 yılında yenilenerek yayınlanan baskısında²³ ise uyuşmazlıkların halli konusu, genel şartların 20. Maddesinde düzenlenmektedir. Genel şartların 20.4 maddesi ile de tahkim öncesinde bir uzlaştırma mercii olarak Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulu (Dispute Adjudicati-

18) Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction Part I, Fourth Ed. 1987, Reprinted 1992 with editorial amendments; Part II, Fourth Ed. 1987, London, Reprinted 1992.

19) Şanlı, a.g.e., s. 382.

20) Mühendisin kararı hakem veya mahkeme kararı gibi ihtilafı nihai olarak çözen bir karar değildir. Bu nedenle mühendis tarafından verilen kararın belirli hususları ve vakıaları tespit eden hakem bilirkişi kararı olarak addedilmesi ve tespit ettiği hususlar bakımından kesin delili teşkil ettiğinin kabul edilmesi gerekir.(Bkz. Şanlı, a.g.e.,s. 387.)

21) Şanlı, a.g.e, s.385.

22) Şanlı, a.g.e., s.383.

23) Conditions of Contract for Construction (First Ed. 1999) For Building and Engineering Works designed by the Employer.

on Board) sözleşmeye ilave edilmiştir. Taraflar sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları nihai ve bağlayıcı bir şekilde çözecek olan Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulu'na götüreceklendir. Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulu'nun kararlarına karşı tarafların sözleşmede belirtilen süre içerisinde itiraz etmemeleri halinde bu kararların kesinleşeceği ve bu kararlar aleyhine tahkim yoluna gidilemeyeceği düzenlenmektedir.

III. UZLAŞTIRMA VE TAHKİM ARASINDAKİ FARKLAR VE BİRLEŞTİREN YÖNTEMLER

Uluslararası tahkimin gelişmesi, millî mahkemelerin, sınır ötesi ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünü için tarafsız bir forum oluşturmakta yetersiz kalmasının bir sonucu olarak gerçekleşmiştir²⁴. Başlangıçta özellikle anglo-amerikan sistemi hukukçuları ile kıta avrupalı sistemi hukukçuları arasında tahkim ve uzlaştırma prosedürlerinin ayırımında görüş farklılığı olmuştur²⁵. Örneğin Fransa'da ilk ICC deneyiminin yaşandığı 1919 yılında tahkimin bir müzakere ve uzlaştırma sürecinin devamı niteliğinde görüldüğü buna

karşılık ABD örneğinde uzlaştırma ve benzeri alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tamamen tahkim dışında geliştiği görülmektedir²⁶.

Tahkim ve Uzlaştırma yöntemleri uyuşmazlıkların millî mahkemeler dışında çözülmesi bakımından birbirlerine benziyor olsalar da hukukî sonuçları bakımından farklı kavramlardır²⁷. Uzlaştırmada davacı ve davalı taraf değil uyuşmazlığın bir yargılama olmaksızın çözülmesini isteyen taraflar bulunmaktadır²⁸.

Tahkim ve uzlaştırma arasındaki en temel fark, uzlaştırıcının önerdiği çözümün hakem kararının aksine taraflar üzerinde bağlayıcı ve icra edilebilir bir karar niteliğinde olmamasıdır²⁹.

Uzlaştırma yönteminde taraflarca seçilen bir kişi onlara uyuşmazlıklarına çözüm bulma hususunda yardımcı olmakta, tahkim yönteminde ise taraflarca seçilen bir kişi taraflar yerine uyuşmazlığın ne şekilde çözüleceğine karar vermektedir³⁰. Şüphesiz bir uyuşmazlığın giderilmesi için en ideal yol tarafların iradi olarak uymayı kabul ettikleri bir çözümün ortaya konabilmesidir. Ancak uzlaştırma girişimleri her zaman başarılı bir şekilde sonuçlanmamakta ve ancak üçüncü bir şahıs ta-

24) Christopher Newmark/Richard D Hill, "ADR and international arbitration: an evolving relationship" International Commercial Arbitration Practical Perspectives Ed. Andrew Berkeley/Jacqueline Mimms, London, 2001, s. 138.

25) Newmark/Hill, a.g.m., s. 140.

26) Newmark/Hill, a.g.m., s. 140.

27) Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003, s. 29.

28) Akıncı, a.g.e., s. 29.

29) Akıncı, a.g.e., s. 30.

30) Micheal E. Schneider, "Combining Arbitration with Conciliation" International Dispute Resolution: Towards an Interantional Arbitration Culture, Ed. Albert Jan van den Berg, The Hague, 1998, s. 57.

rafından verilen bağlayıcı bir karar uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilmektedir. Bu nedenle arabuluculuk-tahkim adı verilen bir yöntem geliştirilmiştir³¹.

Arabuluculuk-Tahkim yöntemi, tarafların uyuşmazlığı barışçıl yollarla çözmek istedikleri ancak kesin ve acil bir çözüme ihtiyaç duyduklarında uygulanması yararlı bir yöntemdir³². Uzlaştırıcı ve hakem aynı kişi olabileceği gibi bu iki görev için farklı kişilerin belirlenmesi de mümkündür³³. Ancak uzlaştırıcı ve hakemin aynı kişi olarak belirlendiği durumlarda bir sakınca vardır. Daha sonra hakem olarak hareket ederek uyuşmazlığı karara bağlayacak kişi, uzlaştırma süreci içerisinde edinmiş olduğu gizli bilgilerin etkisinde kalarak kararını verebilir. Bu da tarafları uzlaştırma sürecinde daha dikkatli davranmaya, uzlaştırma yöntemi amaçlarının dışında bilgileri saklama gibi davranışlara iterek uzlaştırma sürecinin başarısızlıkla sonuçlanmasına sebep olabilecektir³⁴. Ayrıca uzlaştırıcı olarak tayin edilen kişinin nihayetinde uyuşmazlıkla ilgili kararı verecek kişi olması uzlaştırmanın en önemli özelliği olan tarafların serbest iradeleri ile uzlaşmalarını tehlikeye atabilecektir.

Zira uzlaştırıcı-hakemin taraflardan biri üzerinde baskı oluşturarak, iradesini sakatlaması mümkün hale gelecektir³⁵.

Yukarıda belirtilen sakıncalarına rağmen uzlaştırıcı ve hakemin ayrı kişiler olarak belirlendiği hallerde, tarafların hiç değilse uyuşmazlık konusu olayları bir uzlaştırıcı eşliğinde bir araya gelerek tartışmak ve ortak menfaatlerini tespit etmek ve sonrasında kalan uyuşmazlık konuları olması halinde vakit kaybetmeksizin tahkim sürecine devam etmelerini sağlayabilmek bakımından faydalıdır.

Arabuluculuk-tahkim dışında uzlaştırma yöntemi ile tahkimin çeşitli formlarda bir araya geldiği görülmektedir³⁶. Bunlar;

- (a) Tahkim öncesi uzlaştırma prosedürleri ve
 - (b) Tahkim sürecinde uzlaştırma
- olarak sıralanabilir³⁷.

Tahkim öncesi uzlaştırma prosedürü öngörülmüş olduğu hallerde, uzlaştırma sürecinde başka diğer yöntemlerin eş zamanlı olarak yürütülmesinin mümkün olup olmadığı, tarafların uzlaştırma çabaları sırasındaki bulgularının tahkim aşamasında kullanılıp kullanı-

31) Gülgün Ildır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler) Ankara, 2003, s. 100, Schneider, a.g.m., s. 57.

32) Ildır, s. 100. Arabuluculuk-tahkim yönteminin uzlaştırma girişiminin başarısızlıkla sonuçlandığı durumlarda tarafların zaman kaybetmesine yol açtığından tercih edilmeyebileceği yönünde görüş için bkz. Newmark/Hill, a.g.e., s. 145.

33) Ildır, a.g.e., s. 100.

34) Ildır, a.g.e., s. 102.

35) Ildır, a.g.e., s. 102.

36) Schneider, a.g.m., s.67.

37) Schneider, a.g.m., s. 67 vd.

lamayacağı ve uzlaştırıcının tahkim sürecindeki rolünün ne olacağı gibi sorunlar ortaya çıkmaktadır³⁸.

Tahkim süreci devam ederken pek çok davanın uzlaşma ile sonuçlandığına rastlanmaktadır. Taraflar çoğu kez tahkim süreci dışında ve hatta hakemi haberdar etmeksizin çeşitli müzakereler yürüterek uzlaşmaya varabilmektedirler. Bunun dışında nadiren de olsa hakemlerin tarafları uzlaşmaya davet etmeleri veya ayrı bir uzlaştırma faaliyetinin başlatılması için taraflara öneride bulunmaları söz konusu olabilmektedir³⁹.

IV. TAHKİM ÖNCESİ UZLAŞTIRMA PROSEDÜRÜ ÖNGÖREN HÜKÜMLERİN BAĞLAYICILIĞI SORUNU

A) Uzlaştırma Prosedürünü Başlatılması

Uzlaştırma sürecinin başlatılabilmesi için uyuşmazlık taraflarının bu konuda rızası bu-

lunması gerekmektedir. Taraflar bu konudaki rızalarını üç yolla ifade edebilirler⁴⁰:

- 1) Taraflar yapacakları ayrı bir sözleşme ile veya sözleşmenin içinde yer alan bir madde ile tahkim sürecinden önce bir uzlaştırma prosedürünü öngörebilirler.
- 2) Taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşmede bir hüküm bulunmamasına rağmen, taraflar, uyuşmazlık çıktıktan sonra uzlaştırma prosedürüne başvurmak hususunda anlaşabilirler
- 3) Dava veya tahkim sırasında taraflar uzlaştırma prosedürüne başvurmak hususunda anlaşabilirler

Çalışmamızın konusunu tahkim öncesi kararlaştırılan uzlaştırma prosedürleri oluşturduğundan üçüncü yol incelememiz dışında bırakılmıştır.

B) Uzlaştırma Sözleşmeleri veya Şartları

Bir konuda uyuşmazlık çıktıktan sonra tarafların bu uyuşmazlığın çözümüne ilişkin ola-

38) Schneider, a.g.m., 67. Kural olarak uzlaştırma süreci devam ederken tarafların başka bir uyuşmazlık çözüm yoluna gitmeleri kabul edilmemektedir. Ancak tarafların haklarını korumak amacı ile örneğin tarafların zamanaşımı iddiası ile karşılaşmalarının mümkün olduğu hallerde diğer yollara başvurmaları mümkündür. (UNCITRAL uzlaştırma kurallarının 16. maddesinde bu hükme açıkça yer vermektedir) Diğer bir sorun olan uzlaştırma sürecin başarısızlıkla sonuçlanması halinde uzlaştırma sürecinde tarafların paylaştıkları bilgilerin, taraflarca ikrar edilen hususların, uzlaştırıcı tarafından yapılan değerlendirme ve çözüm önerilerinin ve taraflardan birinin sunulan çözümü kabul etme yönündeki iradesinin tahkim sürecinde dikkate alınmaması gerektiği hususu UNCITRAL Uzlaştırma Kurallarının 20. maddesinde ve ICC Uzlaştırma Kurallarının 11. maddesinde yer almaktadır. Uzlaştırıcının, uzlaştırıcı olarak görev yaptığı uyuşmazlıkta hakem veya taraflardan birinin temsilcisi olarak veya tanık olarak bulunması UNCITRAL uzlaştırma kurallarının 19. maddesinde kesinlikle yasaklanmıştır. Buna karşılık tarafların kabul etmesi koşulu ile uzlaştırıcının aynı zamanda hakem olarak hareket edebileceğini öngören uzlaştırma prosedürleri de bulunmaktadır. (WIPO Uzlaştırma Kuralları) Yine FIDIC Model Sözleşmesinde, uzlaştırmanın başarısızlıkla sonuçlanması halinde mühendisin tanık olarak dinlenmesinde bir engel bulunmadığı düzenlenmektedir. (m.67.3)

39) Schneider, a.g.m., s.72.

40) Mustafa Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2004, s. 315.

rak bir anlaşmaya varmaları mümkün olmakla birlikte, küçük bir olasılıktır. Taraflar bu nedenle ticarî ilişkinin başlangıcında yapmış oldukları sözleşmelerde, uyuşmazlıkların halinde izlenecek yöntemleri belirlemektedirler.

Uygulamada, sözleşme taraflarının herhangi bir yargılama sürecine başlamadan önce, uyuşmazlık konusunun, taraflar arasında müzakere edilmesini veya üçüncü bir kişinin idaresinde bir uzlaştırma prosedürünün gerçekleştirilmesini, bazı durumlarda da her iki adımın da izlenmesi gerektiğini düzenledikleri görülmektedir⁴¹. Bu şekilde bir uyuşmazlığın çözülmesi için farklı aşamalarda birbirinden ayrı usuller gören şartlar “terditli uyuşmazlık çözüm şartları” olarak adlandırılmaktadır⁴². Terditli uyuşmazlık çözüm şartları, uyuşmazlıkların mümkün olduğu kadar çabuk, ucuz ve taraflar için tatmin edici şekilde çözülmesini sağlamak ve karmaşık sözleşmeler nedeni ile ortaya çıkabilecek farklı uyuşmazlıklara uygun bir uyuşmazlık çözüm yöntemi uygulamak imkânı vermesi bakımından faydalıdır⁴³. Bununla birlikte müzakere ve uzlaştırma süreçlerini başarıya ulaştırmaması hallerinde, tahkim sürecini geciktirmiş olacağından çabukluk amacını gerçekleştirme hususunda bir zafiyeti de içinde barındırmaktadır.

C) Uzlaştırma Şartlarının Bağlayıcılığı

Taraflar arasında yapılan sözleşmede yer alan ve sözleşmenin tarafları arasında çıkan uyuşmazlıkların uzlaştırma veya diğer alternatif çözüm yöntemleri ile çözüleceğini öngören şartların bağlayıcılığı tartışmalıdır⁴⁴.

Burada iki sorunla karşılaşılmaktadır⁴⁵:

- 1) Uzlaştırmaya başvurulmasını öngören bir anlaşma zorla yerine getirilebilir mi?
- 2) Terditli uyuşmazlık çözüm şartının varlığı halinde tahkim sözleşmesinin icra edilebilirliği ortadan kalkar mı?

İngiliz Doktrinindeki bir görüşe göre, “mahkemeler görülmekte olan bir davanın devam etmemesini gerekli kılan bir durumun varlığını öğrendikleri zaman davayı durdurma konusunda yetkilidirler. Bu yetki taraflar arasında yapılan bir tahkim sözleşmesinin ihlal edilerek dava açılması halinde kullanılabilir. Buna kıyasen bir arabuluculuk sözleşmesinin de ihlal edilerek tarafların arabuluculuğa başvurmadan doğrudan doğruya dava açmaları halinde mahkemenin yargılamayı durdurma konusunda aynı yetkiye sahip olması gerektiğini kabulü zorunludur.”⁴⁶

Buna karşılık yine İngiliz mahkemelerinde

41) Paul F. Friedland, *Arbitration Clauses for International Contracts*, New York, 2004.

42) Özbek, a.g.e., s. 318.

43) Özbek, a.g.e., s. 318, 319.

44) Özbek, a.g.e., s. 322.

45) Özbek, a.g.e., s. 323.

46) Michael J. Mustill/Steeward C., *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, London, 1989, s. 461 (Özbek, s. 322'den naklen).

verilen bir kararda, taraflardan herhangi birinin müzakere sürecini her zaman ve herhangi bir nedenle sonlandırabileceği göz önünde bulundurularak, müzakere şartının taraflar için bağlayıcı kabul edilemeyeceği belirtilmiştir⁴⁷. Tarafların uzlaştırma şartı koymuş olmaları halinde ise bu şartın bağlayıcılığı konusu kesinlik kazanmamış olup doktrinde söz konusu şartın açık, kesin ve yeterli ölçüde ayrıntılı olması halinde tıpkı tahkim şartı gibi zorla yerine getirilebileceği ve başvurulması zorunlu bir ön aşama olarak nitelendirileceği savunulmaktadır⁴⁸.

Aksi görüşler ise temel olarak, uzlaştırmanın esas itibarıyla tarafların karşılıklı rızalarına dayandığı ve tarafların işbirliğini gerektiren bir şeyin bu yönde bir işbirliğinin yokluğu halinde zorla uygulanmaya çalışılmasının boşuna bir çaba olacağını ifade etmektedir⁴⁹. Buna karşılık, uzlaştırma şartının icra edilebilirliğini savunanlar, icra edilebilirliğin anlaşma ve işbirliğinin icra edilmesi değil tarafların bu sürece katılımlarının sağlanması olduğunu ifade etmişlerdir⁵⁰.

Uzlaştırma şartının açık, kesin ve yeterli ölçüde ayrıntılı olmasından ne anlaşılması gerektiği de ayrı bir sorundur. L. Boullé ve R.

Angyal'ın raporuna⁵¹ göre;

- 1) Uyuşmazlık çözüm şartı, dava sürecinin başlatılabilmesi için öncelikle uzlaştırma sürecinin tamamlanmasının zorunlu olduğunu düzenlemelidir.
- 2) Uyuşmazlık çözüm şartı açık ve kesin bir süreç öngörmelidir. Tarafların üzerinde anlaşmaya varmasını gerektirecek belirsiz hususlar bulunmamalıdır.
- 3) Uzlaştırıcının seçilmesi ve ücretinin belirlenmesi gibi işlemler uzlaştırma şartında açıklanmalı ve tarafların bir uzlaştırıcı üzerinde anlaşamamaları halinde seçimin ne şekilde yapılacağı kararlaştırılmalıdır.
- 4) Uyuşmazlık çözüm şartında uygulanacak uzlaştırma usulü belirlenmeli veya belirli kurallara atıf yapılmış olmalıdır.

Uzlaştırma şartının bağlayıcılığı ve zorla icra edilebilirliği hususunda yeknesak bir kabulün bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle her bir sözleşmenin bağlayıcılığının münhasıran yorumlanması gerekmektedir⁵². Taraflar akdetmiş oldukları sözleşmede zorunluluk içeren ifadelerle⁵³ tahkim yoluna başvurmadan önce uzlaşma yolunu deneyeceklerini

47) H. Brown/ A. Marriot. ADR Principles and Practice, London, 1999 s. 447 (Özbek, a.g.e., s. 323'den naklen)

48) Brown/Marriot, a.g.e., s. 448 (Özbek, a.g.e.,s. 323'den naklen)

49) New South Wales Yüksek Mahkemesini Hooper Bailie Şirketi ile Natcon Şirketi arasındaki davasında ortaya atılan görüş (Özbek, a.g.e., s. 327'den naklen)

50) Özbek, a.g.e.,s. 327.

51) Australian Law Reform Commission: Review of the Adversarial System of Litigation, Issues Paper 25, June 1998, Chapter 6, Paragraph 6.20 (Özbek, a.g.e., s. 332'den naklen)

52) Şanlı, a.g.e.,s. 376.

53) Şanlı, a.g.e., s. 376

düzenlemişlerse bu hükmün bağlayıcılığını, dolayısıyla uzlaştırma yoluna başvurulmadan tahkim prosedürüne başlanması halinde bu prosedürün geçersiz olacağını kabul etmek gerekecektir⁵⁴.

Aynı şekilde uzlaştırma süreci başarısızlıkla sonuçlandıktan belli bir süre sonra tahkim prosedürünün başlatılmasının zorunlu olduğunu öngören bir hükmün bulunması halinde, bu süreden sonra yapılacak tahkim başvurusu geçersiz olacaktır⁵⁵. “İsviçre Federal Mahkemesi 17 Ağustos 1995 T.li “Transport-en Handeslmataatsch appij ‘VEKOMA’ B.V Rotterdam N.L. v. Maran Gool Corporation, New York davasında tahkim şartında yer alan “Sözleşmeden doğacak ihtilafların, müzakereler yolu ile çözülememesi karşısında, bu süreden sonra yapılan davacının tahkim başvurusunun geçersizliğine hükmetmiştir”⁵⁶.

Alman hukukunda da tahkim öncesinde bir uzlaştırma prosedürü öngören hükümler tarafların irade özerkliğinin bir sonucu olarak, geçerli kabul edilmektedir⁵⁷. Alman Usul Kanunu hükümlerinin uygulanacağı Almanya’da cereyan eden bir tahkim söz konusu olduğunda hakem veya hakem heyeti yetkili olup ol-

madığı hususunda kendisi karar verecektir (m. 1040/1)⁵⁸. Tarafların tahkim öncesi bir uzlaştırma prosedürü öngördükleri durumda, hakemler genellikle, tahkimin vaktinden önce başlatıldığını ve tarafların anlaşmasını ihlal ettiği sonucuna varmaktadırlar. Bununla birlikte taraflardan birinin başlattığı uzlaşma sürecine bilinçli bir şekilde ve tahkim sürecini uzatmak amacıyla diğer tarafın karşılık vermediğinin ispatlanması halinde, uzlaştırma süreci tamamlanmamış dahi olsa doğrudan tahkime başvurulabileceği kabul edilmektedir⁵⁹.

Uzlaştırma kurallarına başvuru prosedürü öngörmekle birlikte, zorunluluk ifade eden beyanlara yer verilmemiş olması halinde ise bu prosedürün atlanmış olmasının tahkim şartının geçersizliği sonucunu doğurmayacağı kabul edilmektedir⁶⁰. Zira uzlaştırma neticesinde verilen kararın taraflar üzerinde icra edilebilirliğinin ancak söz konusu kararın taraflarca kabulü ile mümkün olacağı göz önüne alındığında, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin doğrudan dava yoluna gidilmiş olmasının, uzlaştırmanın başarısızlıkla sonuçlandığı şeklinde yorumlanması mümkündür⁶¹. Bu nedenle mahkemenin veya hakemin önüne

54) Akıncı, a.g.e.s. 30.

55) Şanlı, a.g.e., s. 376.

56) Şanlı, a.g.e.,s. 376, 322a nolu dipnottan naklen.

57) Stuart Levi, “Validity of Mandatory Pre-Arbitration Negotiation Clauses” http://www.internationallawoffice.com/Ld.cfm?i=12481&Newsletters_Ref=5037.

58) Levi, a.g.m,den naklen.

59) Levi, a.g.m.

60) Şanlı, a.g.e, s. 376, aksi görüşte, Özbek, a.g.e.,s. 344.

61) Şanlı, a.g.e., s. 376.

gelen davada yetkili olmadığından bahisle davayı reddetmesi yerinde olmayacaktır.

Uyuşmazlıkların çözümünde uzlaştırma ve arkasından tahkim prosedürü öngörmek isteyen taraflar için, ICC tarafından aşağıdaki sözleşme maddesi önerilmektedir. Buna göre;

“İşbu sözleşmeden kaynaklanan veya sözleşmeyle ilintili uyuşmazlıklar, ICC ADR Kuralları çerçevesinde yürütülecek uzlaştırma prosedürüne tabi olacaktır. Uyuşmazlığın söz konusu kurallara göre uzlaştırma talebinin ICC’ye sunulmasından itibaren 45 gün veya taraflarca yazılı olarak kararlaştırılacak süre içinde sonuçlanmazsa uyuşmazlık nihai olarak ICC Tahkim Kuralları uyarınca bir veya daha fazla hakem tarafından çözülecektir.”

Bu sözleşme hükmü yazılışı itibarıyla uzlaştırma prosedürünü zorunlu bir ön başvuru yolu olarak öngörmektedir. Dolayısıyla taraflar öncelikle uzlaştırma prosedürlerine göre uyuşmazlığı çözmeye çalışacaklar ve bu süreci atlayarak tahkime başvuramayacaklardır. Buna karşılık uzlaştırma süreci başladıktan itibaren taraflarca belirlenecek süre içinde sonuçlanmadığı takdirde tahkim süreci başlayacaktır.

D) Türk Hukukunda Durum

Türk hukukunda Yargıtay 15 HD’nin 26.6.1995 tarihli ve 3390 E., 3861 K. sayılı kararı ile onanan 6. Asliye Ticaret Mahkemesinin 1994/1862 E., 1995/221 K. Sayılı 21. 2.1995 tarihli

kararında ve Yargıtay 15. HD’nin 295 E., 578 K. Ve 7.2.1995 günlü kararı ile onanan İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesinin 1994/ 571 K. 1994/ 1212 ve 12.10.1994 tarihli kararlarında, uzlaştırma kurallarına başvurulmasını öngörmekle birlikte, zorunluluk ifade eden beyanlara yer verilmemiş olması halinde, bu prosedürün atlanmış olmasının tahkim şartının geçersizliği sonucunu doğurmayacağı kabul edilmektedir⁶².

Yargıtay 15. HD’nin 295 E., 578 K. Ve 7.2.1995 günlü kararı ile onanan İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesinin 1994/ 571 K. 1994/ 1212 ve 12.10.1994 tarihli kararına göre, “Taraflar arasında imzalanan sözleşmede, 67. maddede doğacak her türlü uyuşmazlıkların hakemde çözüleceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmede belirlendiği üzere, hakeme başvurmadan önce ihtilafın mühendise havale edileceği ve onun tarafından halledileceği, mühendisin kararını bildirdikten sonra taraflarca istenirse hakeme müracaat edileceği hususu belirlenmiştir. Ancak bu hüküm hakem şartını geçersiz kılmamaktadır. Çünkü öncelikle taraflar veya bunlardan birisi mühendise başvursun veya vurmasın sonuçta uyuşmazlığın hakemde çözülmesi gerekir. Hakemden önce mühendise başvurulması prosedürü ve mühendisin vereceği karar taraflar için bağlayıcı değildir. Sözleşmedeki bu hüküm hakem şartını geçersiz kılmayacağından iddia, savunma, toplanan deliller ve yerleşmiş Yargıtay içtihatlarında belirlenen hususlar gözetilerek, davanın ha-

62) Şanlı, a.g.e.,s.376’dan naklen.

kemde görülmesinin tespitine karar vermek gerekmiştir”⁶³

Yargıtay’ın bu yaklaşımı FIDIC Model Sözleşmesinin iki farklı baskısında örneklenebilir. 1987 tarihli FIDIC Model sözleşmesinde tarafların mühendisin kararını kabul etmemeleri veya mühendisin 84 gün içinde karar vermemesi halinde 67.1 maddesinin üçüncü paragrafı uyarınca, halin icabına göre karar tarihinden veya 84 günün hitamından itibaren 70 gün içinde ICC Tahkim ve Uzlaştırma Kurallarına göre tahkim talebinde bulunabilecekleri düzenlenmektedir. Ancak bu başvurunun zorunlu olduğunu ihtiva eden bir hüküm değil tersine isteğe bağlı olduğunu vurgulayan bir hükümdür. Ancak mühendisin kararına karşı itiraz edilmemesinin sonucu mühendisin vereceği kararın taraflar için bağlayıcı olması ve dolayısıyla ileride açılacak bir davada kesin delil teşkil edecek olmasıdır, yoksa tarafların hakeme başvurma haklarını sona erdirmeyecektir⁶⁴. Bununla birlikte 1999 tarihli model sözleşmenin Uyuşmazlıkların

Sonuçlandırılması Kurulu’nun kararlarının aksi taraflarca ihtar edilmedikçe nihai ve bağlayıcı olduğunu düzenleyen hükmü de tahkim öncesi bağlayıcı uzlaştırma prosedürüne örnek olarak verilebilecektir.

Bununla birlikte Yargıtay, uzlaştırma prosedürü öngören hükümlerin geçerliliği ve bağlayıcılığı ve bu hükümlere riayet edilmemesi halinde bunun sonuçlarının ne olacağı hususlarına değinmemektedir.

SONUÇ

Uluslararası ticaret ilişkilerinin son derece sık rastlanan sıradan bir hale geldiği günümüz koşullarında, tarafların çıkabilecek büyük, küçük tüm uyuşmazlıklarında hızlı, ucuz, pratik ve güvenilir bir çözüm arayışında oldukları muhakkaktır.

Ticaret hayatında yer alan kişi ve şirketler, itibarları açısından sürekli uyuşmazlık içinde, davalı veya davacı konumunda görülmek

63) Şanlı, a.g.e., s. 377’den naklen.

64) İngiliz yüksek mahkemesinde yine bir inşaat sözleşmesinin 67. maddesi tartışma konusu yapılmıştır. Kanal Tünel Grup Şirketinin Balfour Beatty İnşaat Şirketine karşı dava İngiliz mahkemelerinde dava açmıştır, uyuşmazlıkların hallini düzenleyen 67. madde ise terditli bir uyuşmazlık çözümü öngörmektedir. Buna göre, uyuşmazlığın ilk aşamasında, uyuşmazlığın taraflardan birince yazılı olarak talep edildikten sonra 90 gün içinde oluşturulacak üç kişilik bir bilirkişi heyeti tarafından incelendikten sonra heyet tarafından verilecek kararın yazılı olarak bildirilmesi ile çözüleceği öngörülmüştür. İkinci aşamada ise heyetin oybirliği ile vermiş olduğu kararı kabul etmeyen bir taraf olması veya heyetin oybirliği ile karar verememesi halinde uyuşmazlığın ICC Tahkim kurallarına göre atanmış üç hakem tarafından, yine bu kurallara uyularak çözüleceği düzenlenmiştir. Yüksek mahkeme 67. maddenin bir tahkim anlaşması sayılıp sayılmayacağını değerlendirmiştir. Bu noktada New York sözleşmesinin 2. maddesinin III. Fıkrasındaki “Bir akit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir meseleye taallük eden ihtilafına vaziyet ettiği takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tabiki imkânsız halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları birinin talebi üzerine hakemliğe sevkeder” hükmüne de değinmiştir. İngiliz yüksek mahkemesi 67. maddenin ancak ikinci kademede bir tahkim prosedürünü öngördüğü gerekçesi ile New York anlaşmasının uygulanırlığını tartışmış ancak, İngiliz Tahkim Kanunu hükümleri uyarınca 67. maddeyi bir tahkim sözleşmesi niteliğinde görenek yargılamanın durdurulmasına karar vermiştir. (Özbek, a.g.e., s. 335, 336’dan naklen).

istememezler. Bu nedenledir ki uyuşmazlıkların dava dışı dostane yollarla çözülmesi yöntemleri özellikle uluslararası ticaret yapan kişi ve şirketlerin öncelikli tercihi arasında yer almaktadır. Uygulamada şirketlerin bir konuyu yargı mercilerine veya tahkime götürmeden önce, gerek vekilleri vasıtası ile gerek üst düzey yöneticilerinin bir araya geldiği müzakerelerde sonuçlandırmak için çaba gösterdikleri görülmektedir. Bu hem tarafların birbirleri ile gelecekteki ticarî ilişkilerinin devamını sağlama olasılığını arttırmakta hem de üçüncü kişiler nezdinde uyuşmazlığa ilişkin hususların, hatta tarafların ticarî sır gördükleri bazı bilgi ve belgelerin ortaya çıkmasından imtina edilmektedir.

Bu nedenle tarafların uyuşmazlıklarını dostane yollarla, her iki tarafı da tatmin edecek bir uzlaşi ile çözmelerini kolaylaştıracak her türlü yöntem, iş dünyasının ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik bir adım olacaktır.

Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile halli taraflara millî mahkemelerde tanınmayan ölçüde bir serbesti getirmektedir. Her ne kadar tahkim usulleri de hem millî kanunlarda yer alan hükümlerle hem de uluslararası düzenlemelerle belli kurallara bağlanmış olsa da her şeyden önce taraflar tahkime gitme yönünde iradeleri olmaksızın bu kurallara tabi tutulamamaktadır. Ancak bir kez tahkime gitme iradesi ortaya konduktan sonra artık taraflar hakemlerin

vermiş oldukları kararları kabul etmek durumunda kalacaklardır.

Uzlaştırma ise her aşaması tarafların gönüllü olarak anlaşmasına bağlı bir süreçtir. Taraflar dilediklerinde uzlaştırma sürecine son verebilirler. Bu sebeple tarafların uzlaştırma prosedürü ile bağlı olduğunu ileri sürmek uzlaştırmanın temel nitelikleri ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle kural olarak bir uzlaştırma prosedürü öngören kurallara riayetsizlik halinde bu riayetsizliğin tahkimi geçersiz kılacağını söylemek mümkün değildir. Ancak taraflar açık ve kesin bir şekilde tahkim yoluna başvurulmadan önce bir uzlaştırma prosedürünün ön başvuru yolu olarak tüketilmesini öngörmüşlerse, tahkim süreci ancak bu ön başvuru süreci tamamlandıktan sonra başvurulabilecek bir yoldur. Dolayısıyla hakemlerin ön şart yerine getirilmeksizin kendilerine getirilen bir uyuşmazlıkta konuyu bir bekletici mesele yaparak ön şartın yerine getirilmesini bekleme yönünde karar verebilecekleri gibi kendilerini yetkisiz görerek davayı inceleme yönünde karar vermeleri de söz konusu olabilecektir. Yine ön başvuru sürecinin sona ermesini takiben tahkime başvuru için belli bir süre öngörülmüşse, tahkim başvurusu bu süre içerisinde tamamlanmak zorundadır. Bu hükme uyulmaması uzlaştırma sürecinde verilen kararın kesin ve bağlayıcı hale gelmesi sonucunu doğurabilecektir.

KAYNAKÇA

Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003, s. 29.

Friedland, P.F.: Arbitration Clauses for International Contracts, New York, 2004.

Ildır, G.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler) Ankara, 2003.

Newmark, C. / Hill, R.D.: “ADR and international arbitration: an evolving relationship” International Commercial Arbitration *Practical Perspectives* Ed. Andrew Berkeley/Jacqueline Mimms, London, 2001, s. 137-150.

Özbek, M.: “Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması” Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara, 2006, s. 441-502.

Özbek, M.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2004

Plant, D.W.: “ADR and Arbitration”, The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration, Ed. Lawrence W. Newman/Richard D. Hill, New York, 2004, s. 245-267.

Redfern, A./ Hunter, M./ Smith, M.: Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, London, 1991.

Schwartz, E.A.: “International Conciliation and the ICC”, *FILJ*, C.10, S. 1, 1995, s. 98-119.

Schneider, M.E.: “Combining Arbitration with Conciliation” International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, Ed. Albert Jan van den Berg, The Hague, 1998, s. 57-99.

Şanlı, C.: Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3. B., İstanbul, 2005.

Tanrıver, S.: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk” Makalelerim (2006), Ankara, 2007.

Yararlanılan internet Siteleri:

<http://www.iccwbo.org>

<http://www.uncitral.org>

<http://www.worldbank.org>

Diğer:

Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction Part I, Fourth Ed. 1987, Reprinted 1992 with editorial amendments; Part II, Fourth Ed. 1987, London, Reprinted 1992.

Conditions of Contract for Construction (First Ed. 1999) For Building and Engineering Works designed by the Employer.

Şirket Esas Sözleşmesinde Ortaklara Tanınan Alım Opsiyonlarının Aynen İfası



Güray BİNGÖL

İktisadi hayatın dinamik değişiklikleri ve çeşitlilikleri neticesinde hukuki enstrümanların sunduğu imkânlardan olan beklentiler de artmaktadır. Bu artış hukukun; hem iç disiplinleri arasındaki ilişkiyi hem de diğer disiplinlerle olan bağlantısını karmaşıklaştırmakta ve kuvvetlendirmektedir. Yazımızın konusu bir yenilik doğuran hak niteliği bulunan ve bu itibarla borçlar hukukunun muhtevasında değerlendirilmesi gereken alım opsiyonlarının bir ticaret hukuku enstrümanı olan şirket esas sözleşmesi içerisinde dercedilmesi halinde bu durumun şirket ortaklarını nasıl etkileyeceği, aykırılık halinde hangi taleplerle ne yönlü hukuki çarelere başvurulması gerektiği üzerine odaklanacaktır. Bu anlamda belirtmek gerekir ki hukuk düzeni içerisinde disiplinler arası koordinasyonun, iktisadi hayatın beklentileri ile şekillendirilmesi gerekmekte, hukukun temel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla top-

lumun beklentilerinin mevcut enstrümanlar vasıtasıyla tatmin edilmesi gerekmektedir.

Borçlar hukuku temeline oturan ve bir kurucu yenilik doğuran hak niteliğindeki alım hakkına hukukumuzun çeşitli temel kanunlarında işaret edilmektedir.¹ Bu noktada yenilik doğuran hakların en temel özelliği olan tek taraflı irade beyanıyla muhatabı bağlayıcı etki doğurması hususu önem arz etmektedir. Zira sözleşmelerin kurulması esasen tarafların karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasıyla meydana gelmektedir. Öte yandan alım hakkı gibi kurucu yenilik doğuran haklar bakımından, bir tarafın diğer tarafa şartları üzerinde daha önce mutabık kalınmış bir ilişkinin sözleşmesel bağlayıcılığı kazanması maksadıyla açıkladığı ve hatta muhatap tarafından reddedilmesi dahi mümkün olmayan bir irade beyanı vasıtasıyla sözleşme kurulmaktadır.

İktisadi hayatın dinamizmiyle gelişen anlayış

1) Bkz. Ör. Türk Medeni Kanunu m. 736, Türk Borçlar Kanunu m. 237, Türk Ticaret Kanunu m. 463.

içerisinde, borçlar hukuku temeline oturan alım hakkının, ticaret hukukunun en temel enstrümanlarından biri olan şirket esas sözleşmelerine de girdiği görülmektedir. Bilhassa anonim şirketler bakımından bu yönlü değerlendirmelerin kapsamı oldukça geniş bir konu teşkil ettiği için, yazımızda yalnızca bir anonim şirketin kilitlenme (deadlock) halini çözmek ve ortaklığın devamlılığını sağlamak amacıyla tüm pay sahiplerine esas sözleşme vasıtasıyla tanınan alım hakkının kapsamı ve hukuki değerlendirmesi üzerinde durulacaktır.

1. Anonim Şirket Esas Sözleşmesi Kavramı ve Mahiyeti

Anonim şirket esas sözleşmesi içerisinde; şirketin unvanı, faaliyet konusu, merkezi, sermayedarları, şirketin üçüncü şahıslarla ve kendi içindeki ilişkilerin ne şekilde ve kimler tarafından nasıl düzenleneceği gibi temelde, bağımsız bir tüzel kişilik yapısının kazanılmasına da bağlı olarak, bu yapının ne şekilde teşekkül ederek yönlendirileceği açıklanmaktadır. Öte yandan şirketin kurucu belgeleri içerisinde esas sözleşmenin önemi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 335 / 1. fıkra hükmünde de:

"Şirket, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi, şartsız taahhüt ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur."

şeklinde vurgulanmış ve bu itibarla, şirketin tüzel kişilik kazanması anı dahi beklenmeksizin, ortakların karşılıklı taahhütlerinin ifasının

gerçekleşmesi maksadıyla esas sözleşmenin bir kurucu işlem mahiyetinde olduğu belirtilmiştir. Şirket esas sözleşmesine hukuki uygulamamızda daha fazla önem atfedilmiş, bu anlamda TTK'nın 354 / 1. fıkrasının esas sözleşmenin *tescil ve ilana tabi olduğu* yönündeki düzenlemesi ("Sicilin Müspet Etkisi") uyarınca tescil ve ilana tabi hususların üçüncü kişilerce bilinebilir hale gelmesi durumu öne çıkmıştır. Bu itibarla şirket esas sözleşmesinin tescil ve ilanı dolayısıyla, şirkete ortak sıfatıyla katılacak kişilerin bu hükümlerden haberdar olma durumu göz önüne alındığında, şirket esas sözleşmesi, ortak sıfatıyla şirkete katılacak olan kişileri de bağlayıcı etki doğuracaktır. Öte yandan, ortak sıfatıyla şirkete katılan kişileri bağlayıcı etki doğuran şirket esas sözleşmesine eklenebilecek hükümlerin sınırını, TTK'nın 340. maddesi altında açıklanan ve aşağıda da değinilen *Emredici Hükümler İlkesi* belirlemektedir.

Esas sözleşmenin tescil ve ilana tabi olması dolayısıyla ve ticaret sicil müdürlükleri nezdinde yeknesaklığın da sağlanabilmesi maksadına uygun olarak TTK'nın 340. maddesiyle getirilen *Emredici Hükümler İlkesi* kapsamında esas sözleşmeye dercedilebilecek hükümler TTK'nın 339. maddesi çerçevesinde sınırlandırılmıştır. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken husus ise TTK'nın 339. madde gerekçesinde de:

"Esas sözleşme iki tür hüküm grubunu içerir. Bunlardan birincisi şekli, ikincisi ise maddi hükümlerden oluşur. Şekli olanlar, organların oluşumu ile ilgilidir; mutlak zorunlu nitelik taşırlar. İkinci grup ise, şirketin kurucuları ve gelecekteki pay sahipleri arasındaki ilişkileri düzenlemekte ve

*bir çeşit paysahipleri arası anayasa işlevi görmektedir.*²

şeklinde ifade edilen ve öğretide *korporatif hükümler / korporatif olmayan hükümler* ayrımına tabi tutulan esas sözleşme hükümleridir.

a. Korporatif (Şekli) Hükümler

Korporatif hükümler, iktisaden bütünlük içerisinde bulunan bir varlığın *anonim şirket* vasfıyla tüzel kişilik kazanabilmesi için kanunlarda öngörülen nitelikteki düzenlemelerin yer aldığı esas sözleşme hükümleridir. Bu noktada, şirketin yönetim ve temsilinin hangi organ veya kimler tarafından gerçekleştirileceği, korporatif bir düzenleme olarak değerlendirilmelidir. Gerçekten de TTK'nın 530. maddesinde, şirketin kanunen gerekli olan *organlarından birinin yokluğu*, şirketin feshi sebebi olarak anılmış, hükmen feshin takdiri ise asliye ticaret mahkemesinin yetkisine bırakılmıştır. Bu anlamda değerlendirildiğinde TTK 354 / 1. fıkrasında, tescil ve ilan edilecek şirket esas sözleşmesinde asgari olarak bulunması gereken ve eksikliği halinde tüzel kişiliğin kazanılmasını engelleyecek biçimde *tescilin talebinin reddi* yönünde sonuç doğuracak düzenlemeler sıralanmıştır. Korporatif hükümlerin önem arz eden özellikleri ise Paslı'nın bir mütalaasında "*üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme*" ve "*anonim ortaklığın organlarını da bağlamasında; yani ilgili hükmün pay sahiplerinin kendi aralarındaki ilişkilere değil tüzel kişinin işleyişine yönelmesinde görülür*"³ olarak ifade

edilmiştir. Bu itibarla değerlendirildiğinde korporatif hükümlerin, anonim şirket vasfının kazanılması ve korunması bakımından işleyişe ilişkin asgari düzenlemeleri içermesi dolayısıyla *yalnızca pay sahiplerine karşı değil, pay sahibi sıfatı bulunmayan üçüncü şahıslara karşı da ileri sürülebilen* esas sözleşme hükümleri olduğu düşünülmektedir.

b. Korporatif Olmayan (Maddi) Hükümler

Korporatif olmayan hükümler de, Paslı'nın, öğretideki geniş kabulü de yansıtmak suretiyle, hazırladığı mütalaasında belirttiği gibi *hem kurucu pay sahipleri hem de kurucu olmayan ve sonradan pay sahibi sıfatını kazanan ortaklar* açısından bağlayıcıdır.

Burada belirtmek gerekir ki, korporatif nitelikte olmayan hükümler çerçevesinde doğan hukuki ilişkiler esasen pay sahibi olmayan kişilere karşı ileri sürülmesi olasılığı bulunmayan hükümlerdir. Öte yandan, yalnızca korporatif olmayan esas sözleşme hükümleri bakımından katıldığımız bir diğer görüşe göre, *esas sözleşme ile düzenlenebilen hususlar konusunda da pay sahipliği sözleşmesi yapılabilir.*⁴ Bu konuda bir pay sahipliği sözleşmesinin akdedilebilir olması ise, korporatif nitelikte olmayan hükümlerin esas sözleşmeye eklenmek suretiyle *kurucu olan veya olmayan pay sahiplerine karşı bağlayıcılık kazanmasını* etkilemez. Bu bakımdan örneğin şirket esas sözleşmesine dercedilmiş bulunan bir alım opsiyonu, şarta bağlı dahi olsa, yalnızca op-

2) TTK 339. Madde Gerekçesi.

3) Paslı, Hukuki Mütalaa, s. 29.

4) Demirkol, Paysahipleri Sözleşmesi İle Getirilen Pay Devir Kısıtlamaları, s. 5

siyon sahibi ile muhatap pay sahiplerini bağlayıcı mahiyettedir. Ancak belirtmek gerekir ki, korporatif olmayan hükümler, şirket esas sözleşmesine aktarıldıktan ve esas sözleşme bu haliyle tescil – ilan edildikten sonra şirkete yeni katılan pay sahipleri bu sözleşmenin tüm hükümleriyle bağlı olacaklardır. Gerçekten yazımızın devamında değineceğimiz *esas sözleşmenin iltihaki (katılma açık olma) niteliği* göz önüne alındığında, şirkete katılan yeni pay sahiplerinin, kurucular tarafından imza edilmiş esas sözleşme içerisinde yer alan ve korporatif olmayan hükümlerle de bağlı oldukları düşünülmelidir. Dolayısıyla, korporatif hükümler pay sahiplerinin yanı sıra pay sahibi olmayan üçüncü kişileri de bağlayıcı mahiyetteyken; *korporatif olmayan hükümler, yalnızca, kurucu sıfatından bağımsız olarak tüm pay sahiplerine karşı ileri sürülebilmektedir.*

Esas Sözleşme'nin Ortaklar Üzerindeki Bağlayıcılığı

a. Kurucu Ortaklar Yönünden

Şirket esas sözleşmesinin kurucu ortaklar yönünden bağlayıcı nitelik arz etmesi iki temel hukuk düzeni çerçevesinde hüküm ifade etmektedir. Bunlardan ilki, borçlar hukukunun sözleşmenin kurulmasına ilişkin temel ilkesi uyarınca *iki veya daha çok şahsın bir hukuki sonuç meydana getirmek üzere karşılıklı irade beyanında bulunmaları ve bu irade beyanlarının birbirine uygun olması*⁵ bakımından

kurucu ortaklar yönünden esas sözleşme hükümlerinin bağlayıcılığı kabul edilmelidir. Öte yandan borçlar hukuku perspektifinden yansıtılan bu görüş, esas sözleşmenin tescil ve ilanını müteakip anonim şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla, bu defa, ticaret hukuku bakımından bağlayıcılık arz edecektir. Bu noktada “*Tescilin Kurucu Etkisi*”⁶ hususu da gündeme gelecek ve artık kurucu ortaklarından bağımsız bir tüzel kişiliği bulunan anonim şirket esas sözleşmesinin tüm ortaklar yönünden bağlayıcılığı, borçlar hukukunun, başta *nispi-lik ilkesi* olmak üzere, egemenliğinden çıkarak ticaret hukukunun hükümlerine tabi olacaktır. Bu noktada şirketin ticaret siciline tescil ve ilanı ile tüzel kişilik kazanması, ortakların da esas sözleşme ile ticaret hukuku esaslarına göre bağlandığı anın tayin ve tespiti bakımından önem arz etmektedir. Zira TTK'nın 335. maddesi:

“(1) Şirket, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi, şartsız taahhüt ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur.

(2) 355 inci maddenin birinci fıkrası hükmü saklıdır.”

şeklinde olup, kanun, şirketin kuruluş anı ile tüzel kişilik kazandığı (hak ve fiil ehliyetine kavuştuğu) anı açıkça birbirinden ayırmıştır. Zira TTK'nın 355. maddesi:

5) Oğuzman – Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, s. 52.

6) TTK'nın 355 / 1. fıkrası.

“(1) Şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır.”

şeklinde düzenlenmiştir. Bu iki hükümden hareketle, TTK'nın, öncelikle, borçlar hukuku düzenlemeleriyle çelişmeksizin, kurucu ortakların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarının mutabakatıyla şirketin kurulacağına ve kurucu ortakların edimlerinin muaccel hale gelebilmesinin önünü açarak bir anlamda sözleşmenin kurulmasına işaret ettiği görülmektedir. Öte yandan anonim şirketlerin hak ve fiil ehliyetini kazanması için tescilin kurucu etkisine muhtaç olduğu düzenlenerek hem borçlar hukuku hem de ticaret hukuku bakımından bir çelişki doğmasının önüne geçilmiştir. Bu halde, esas sözleşmenin, bir bütün olarak, kurucu ortaklar yönünden bağlayıcılığının, şirketin tüzel kişiliğini kazandığı ana kadar borçlar hukukuna tabi olduğu; ancak tescil anından itibaren, *kanuni istisnalar saklı kalmak kaydıyla*,⁷ ticaret hukukuna tabi olduğunu belirtmek gerekir.

b. Kurucu Olmayan Ortaklar Yönünden

Bir şirkette ortakların tamamı her durumda kuruculardan olmaz. Genellikle kurucu ortaklar belli bir zaman sonra şirket içerisinde sahip oldukları *paylarını devrederler*. Kuru-

cunun payını devralarak şirkete katılan yeni ortak bu payı *devren iktisap etmiş* olur. Bununla birlikte şirkette kurucu olmayan ortakların bulunması sonucunu doğuran yegâne durum *devren iktisap* hali değildir. TTK'nın 456. – 472. maddeleri arasında düzenlenen sermaye artırımı yoluyla da şirkete yeni bir ortağın katılması mümkündür. Bu halde artırılan sermayenin değerini taahhüt ve ifa etmek suretiyle şirketten pay alan yeni ortak, bu payını *aslen iktisap etmiş* olur. Bu halde, şirkette kurucu sıfatı bulunmadan da ortak olabilmek, şirketin, *imtiyaz düzenlemeleri ayrıksı tutulmak kaydıyla*,⁸ her ortağına tanıdığı eşit haklardan *istifade ve yükümlülüklerle riayet etmek* sonucunu doğurmaktadır. Bu bakımdan esas sözleşmenin iltihaki (katılıma açık olma) niteliği önem arz etmektedir. Bu noktada Paslı'nın görüşü de:

“... anonim ortaklık esas sözleşmesi ‘iltihaki’ yani ‘katılıma açık’ bir sözleşme özelliğine sahiptir. Bu bakımdan her ne kadar ilk etapta kurucular tarafından hazırlanıp imzalanırsa da sermaye artırımı sırasında pay taahhüdünde bulunarak ‘aslen’ veya sonradan pay yahut pay senedi satın alarak deren pay iktisap eden kimseler de esas sözleşme hükümlerine tabidir.”⁹

yönündedir. Böyle bakıldığında esas sözleş-

7) Ö. TTK 355 / 2. fıkra:

Tescilden önce şirket adına işlem yapanlar ve taahhütlere girişenler, bu işlem ve taahhütlerden şahsen ve müteselsilen sorumludurlar. Ancak, işlem ve taahhütlerin, ileride kurulacak şirket adına yapıldığı açıkça bildirilmiş ve şirketin ticaret siciline tescilinden sonra üç aylık süre içinde bu taahhütler şirket tarafından kabul olunmuşsa, yalnız şirket sorumlu olur.

Kaldı ki bu hükümde dahi kuruluş aşamasının tamamlanmasından sonra kurucularından bağımsız bir tüzel kişiliği kazanmış olan şirkete, bu taahhütleri kabul etmeme imkânı tanınmıştır.

8) TTK 476 vd. hükümlerinde açıklanmış olup, yazımımızın kapsamı itibarıyla ele alınmayacaktır.

9) Paslı, s. 28. Aynı doğrultuda bkz. Moroğlu, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği, Makaleler, s. 429 – 430.

mede yer alan hükümlerin tamamının şirketin her ne suretle olursa olsun tüm ortakları bakımından bağlayıcı olacağı konusunda en ufak bir tereddüt yaşanmamalıdır. Zira aksi durumun kabulü, kanunun ifadesiyle “eşit işlem” ilkesine de aykırılık teşkil edebilecektir. Bununla birlikte Pulaşlı'nın:

“Pay sahipleri ise, sahip oldukları pay miktarı oranında ortaklığa yaptıkları yatırımlar nedeniyle, anonim ortaklığın tüzel kişiliği karşısında birtakım haklar elde eder ve borç yüklenirler. Bu anlamda pay, kendisine bağlanan hakların ve borçların kaynağını ifade eder.”¹⁰

görüşü çerçevesinde konu ele alındığında, şirket ortaklarının, ortağı oldukları şirkete mahsus olarak sahip olacakları hak ve yükümlülüklerinin düzenlendiği yegâne belge şirket esas sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konu yine Pulaşlı tarafından:

“Anonim şirketlerde ‘payın’ genel olarak bu karakteri dikkate alındığında, pay, pay sahibinin anonim şirketteki maddi – hukuki ilişkisinin, haklarının ve borçlarının tümünün ifadesi olarak kullanılmaktadır.”¹¹

şeklinde açıklanmaktadır. Tüm bunlarla birlikte değerlendirildiğinde, anonim şirketin paylarının, pay sahiplerinden bağımsız olarak mevcudiyetini koruyacağı, paya bağlanan hak ve yükümlülüklerin ise en geniş ifadeleriyle şirket esas sözleşmesinde düzenlenmesinin gereği kaçınılmazdır. Bu durumda, bir ano-

nim şirkete kurucu sıfatı bulunmaksızın ortak olan tüm gerçek veya tüzel kişilerin, *esas sözleşmenin iltihaki niteliği* itibariyle, esasen, *esas sözleşmeye taraf olduğu* ve bu itibarla esas sözleşme metni içerisinde düzenlenen *tüm haklardan istifade ederek borçları ifa taahhüdü altına girdiği* çıkarımına gidilmelidir.

2. Anonim Şirket Esas Sözleşmesi’nde Alım Opsiyonu Düzenlenmesi

Yukarıda yaptığımız açıklamalarımız çerçevesinde ve bilhassa korporatif olmayan hükümlere ilişkin TTK’nın 339. madde gerekçesinde yer alan:

“İkinci grup ise, şirketin kurucuları ve gelecekteki pay sahipleri arasındaki ilişkileri düzenlemekte ve bir çeşit pay sahipleri arası anayasa işlevi görmektedir.”¹²

ifadesinden hareketle, temeli borçlar hukukuna dayanan bir düzenleme olan *alım opsiyonunun*, ticaret hukuku içerisinde kullanılabilceği kanaatindeyiz. Bu noktada, anonim şirket yapısında ortaya çıkan deadlock¹³ (kilitlenme) halinin çözülmesi bakımından; *karar alma aşamasında eşit güce erişmiş zıt fikirlerle* sahip pay sahibi gruplarından, bir tarafın, ortaklık yapısından uzaklaşması maksadına dikkat çekilmelidir. Bu yönlü bir alım opsiyonunda, *opsiyon hakkının kullanılması ile hak sahibi, opsiyon konusu payların alımına ilişkin sözleşmeyi tek taraflı irade beyanı ile kurarak,*

10) Pulaşlı, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, s. 1161.

11) Pulaşlı, s. 1160.

12) TTK 339. Madde Gerekçesi.

13) Bu terimin tanımı için bkz. Demirkol, s. 26.

karşı tarafın paylarını devralmak hakkına sahip olacaktır.¹⁴ Öte yandan bu yönlü opsiyonlar, şayet şirket esas sözleşmesinde düzenlenmişse, korporatif olmayan bir hüküm niteliğine sahip olacaktır. Bu halde ise alım opsiyonu, *pay sahipliği statüsüne bağlı olarak hak ve yükümlülük doğuracağından*, pay sahibinin payını bir üçüncü kişiye devretmesi halinde korporatif olmayan hükümlerin yeni pay sahibine karşı ileri sürülebilirliği meselesi hukuki bir sorun teşkil etmeyecektir. Zira esas sözleşmenin taraflarından birisi, bu sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlarıyla, sözleşme ilişkisini bir üçüncü kişiye devretmekte ve devralan da esas sözleşmeye taraf olmak suretiyle esas sözleşmeden pay sahibi sıfatına istinaden doğan tüm hak ve yükümlülükleri üstlenerek ortaklık yapısına katılmaktadır. Bilhassa kilitlenme haline özgü olarak Paslı'nın görüşü:

“Unutulmamalıdır ki, ‘kilitlenme’ düzenlemesi, korporatif nitelikte bir hüküm olmasına rağmen, pay sahiplerine karşılıklı hak ve borçlar yükleyerek sonuç itibarıyla Şirket tüzel kişiliğinin hukuki/fili hayatını/varlığını sürdürdürebilmesini amaçlayan, tüzel kişiliğin bu anlamda menfaatine olan ve tüzel kişilik yapılanmasını da doğrudan etkileyen bir sistem getirmektedir.”¹⁵

yönündedir. Bu şekilde değerlendirildiğinde, kilitlenme haline özgü olarak şirket içerisindeki pay sahibi gruplarının (eşit işlem ilkesi çerçevesinde) birbirlerine alım opsiyonu hakkını

şirket esas sözleşmesinde tanımış olması, ileride şirkete katılacak yeni ortaklar bakımından bir *pay sahipliği hakkı / yükümlülüğü* teşkil edeceğinden bağlayıcı nitelikte olacaktır.

3. Alım Opsiyonu’ndan Doğan Hakkın İfasının Temini

Opsiyon hakkı, açıkladığımız üzere, bir kurucu yenilik doğuran hak teşkil etmekte olup, hak sahibi, bu hakkı kullanmak suretiyle, muhatabı ile bir sözleşme kurar. Bundan sonra ise sözleşmenin ifasına ilişkin süreç devreye girecektir. Opsiyon hakkının kullanılmasıyla bir satım sözleşmesi doğacaktır. Dolayısıyla, *satım sözleşmesinin kurulması ile, opsiyon borçlusu, opsiyon sahibini hisselerini devralmak ve bunun bedelini ödemek borcu altına*¹⁶ girecektir. Bu noktada önem arz eden husus ise, yazımızın bütünlüğü de dikkate alındığında, şirketteki kilitlenme halinin çözümünü tam olarak sağlanması adına, pay devrinin sağlanmasıdır. Bu yönlü sözleşmenin ifa edilmemesi ise, şirkete herhangi bir yarar sağlamayacak, mevcut durumun dahi kötüye gitmesine sebep olacaktır. Dolayısıyla, başvurulması gereken yegâne hukuki çare bu sözleşmenin bir eda davası vasıtasıyla *aynen ifasının* talep edilmesidir. Alım opsiyonunun şirket esas sözleşmesine *korporatif olmayan nitelikte hüküm* olarak dercedilebildiği ve bu suretle, gerek kurucu sıfatını haiz gerekse şirkete daha sonradan katılan ortaklar bakımından bağlayıcı nitelikte olduğunu tekrara düş-

14) Okutan Nilsson – Atalay, Anonim Ortaklık Paysahipleri Sözleşmelerinde Öngörülen Pay Alım ve Satım Opsiyonlarının Hukuki Niteliği ve Cebri İcrası, s. 416.

15) Paslı, s. 28.

16) Okutan Nilsson – Atalay, s. 417.

meden hatırlatmak isteriz. Alım opsiyon hakkı, bu haliyle hukuken geçerli ve bağlayıcı bir esas sözleşme hükmü olduğundan, sözleşmenin *aynen ifası* talepli bir davanın ikamesi gerekmektedir. Bununla birlikte, opsiyon hakkının muhatabı bakımından da, dava süresince, sahibi olduğu paylarının devrini engelleyecek biçimde *ihtiyati tedbir* kararı talep edilmelidir. Davanın neticesinde takdir olunacak hüküm, şayet opsiyon hakkı sahibinin lehine olacağına, bu durumda opsiyon hakkı sahibi, şirkete başvurarak, dava neticesinde hukuken maliki olduğu paylarının, pay defterine kaydının yapılmasını sağlamalıdır.

SONUÇ

Anonim şirket esas sözleşmesinde yer alan, niteliği itibarıyla, korporatif olan ve korporatif olmayan hükümler üçüncü kişilere karşı ileri sürülüp sürülemez noktasında farklılaşmaktadır. Ancak, esas sözleşme metninde yer almak suretiyle tescil ve ilan edilen hükümlerin tamamı, söz konusu hükümlerin niteliğinden bağımsız olarak, kurucu olan veya sonradan pay sahibi olan tüm ortakları bağlayacaktır.

Kanımızca, pay alım opsiyonuna ilişkin esas sözleşme düzenlemeleri korporatif olmayan esas sözleşme hükümlerinden olup, bu hükümler, bir defa esas sözleşmeye dercedilmekle kurucu olan veya kurucu olmayan ayrımına gidilmeksizin tüm pay sahiplerini bağlayacaktır. Kurucu yenilik doğuran bir hak mahiyetindeki alım opsiyonu, opsiyon hakkı sahibi tarafından kullanılmakla taraflar arasında hüküm ve sonuçlarını doğuracak-

tır. Bu opsiyona uymayan tarafın söz konusu yükümlülüğünün ifası yetkili ve görevli mahkemede açılacak bir *aynen ifa* davası ile sağlanabilecektir.

KAYNAKÇA

- Oğuzman, Kemal – Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, Vedat Kitapçılık, 2011, İstanbul.
- Okutan Nilsson, Gül – Atalay, Oğuz: Anonim Ortaklık Paysahipleri Sözleşmelerinde Öngörülen Pay Alım ve Satım Opsiyonlarının Hukuki Niteliği ve Cebri İcrası, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Birinci Cilt, Vedat Kitapçılık, Eylül 2007, İstanbul.
- Demirkol, Berk: Paysahipleri Sözleşmesi İle Getirilen Pay Devir Kısıtlamaları, Online Makale, http://www.academia.edu/5235722/Paysahipleri_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi_ile_Getirilen_Pay_Devir_K%C4%B1s%C4%B1tlamalar%C4%B1_Contractual_Restrictions_on_Share_Transfer_, son erişim tarihi: 03.06.2016.
- Paslı, Ali: Hukuki Mütalaa, 24.03.2016, İstanbul.
- Pulaşlı, Hasan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Adalet Yayınevi, Ekim 2011, Ankara.
- Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği, Makaleler, On İki Levha Yayıncılık, 2010, İstanbul.

Where Does A Contract Begin And Where Does It End?



Ayşe YAZICI ADANIR

A comment by the chairman at an arbitration hearing I attended highlighted a typical difference between common law and civil law legal traditions. In response to an attorney's objection that the witness should not be required to respond to a contractual interpretation question, a presumably weary chairman replied that the tribunal was proceeding with the assumption that (under the law applicable to the proceedings) it was permissible to ask questions to the witnesses on the meaning of the contract and that had English law applied, they would have intervened days ago (to prevent this line of questioning).

He was referring to the parol evidence rule, a common law rule which provides that

evidence outside the four corners of an agreement is generally inadmissible to vary the terms of that agreement.

I. The Parol Evidence Rule

Parol evidence rule states that evidence of what may have been agreed to between the parties prior to the execution of an integrated written instrument cannot vary the terms of the writing.¹ So the rule broadly means that an integrated written contract cannot be supplemented with evidence of parties' understandings prior to that contract. Parol evidence rule therefore "bars admission of prior or contemporary oral representations to add to the terms of a written agreement"² and

1) *Braten v. Bankers Trust Co.*, 60 N.Y.2d 155, 161-162, 468 N.Y.S.2d 861, 864, 456 N.E.2d 801 (1983).

2) *Holland v. Ryan*, 307 A.D.2d 723, 762 NYS2d 740 (4th Dep't 2003); *SAA-A, INC. v. Morgan Stanley Dean Witter & Co.*, 281 A.D.2d 201, 721 N.Y.S.2d 640 (1st Dep't 2001).

“extends to prior written agreements as well” (but not necessarily contemporaneous ones).³

The rule is deceptively simple and gives rise to questions such as “can extrinsic evidence be used to find out if the agreement is integrated?” and “can extrinsic evidence be used to find out the meaning of the existing agreement?” The answers to these questions depend on whether one takes a strict or liberal view of the rule or a mixed one. Broadly, the rule can mean that extrinsic evidence of a prior agreement between the parties on the same subject matter as their subsequent written contract is inadmissible or it may mean that and also that any extrinsic evidence on the meaning of the contract is inadmissible.

In the United States, there are two main approaches that may be summarized by Professors Corbin and Williston’s⁴ views on the rule.⁵ New York, generally maintains a Willistonian approach,⁶ which I refer to as the strict interpretation of the parol evidence rule. For the purposes of this article, I have depended on New York case law, from which one can draw

a sharper contrast to civil law jurisdictions. California, Washington, Alaska and Arizona for example are adherents of Corbin’s view of the rule⁷ and Restatement (Second) of Contracts⁸ is even arguably more liberal.

One aspect to bear in mind in all this is that, despite references to witness testimony, evidence and inadmissibility, parol evidence rule is a rule of substantive law⁹ and not of procedural law or evidence.¹⁰ As a result, it is applicability is a matter of the contract’s governing law and not the procedural law applicable to the proceedings.

A. Liberal Interpretation

With a more liberal approach towards the rule, Corbin’s view of the parol evidence rule is that it does not relate to a contract’s interpretation and only means that the parties’ agreement that a written agreement will be the exclusive contract amongst them necessarily terminates and supersedes any earlier agreement, whether written or oral.

3) *Cornhusker Farms, Inc. v. Hunts Point Co-op, Market, Inc.*, 2 A.D.3d 201, 769 N.Y.S.2d 228, 230 (1st Dep’t 2003); *Doherty v. New York Telephone Co.*, 202 A.D.2d 627, 609 N.Y.S.2d 306 (2d Dep’t 1994).

4) Whose “Corbin on Contracts” and “Williston on Contracts” are among the most cited and influential common law contract law treatises in print.

5) Eric A. Posner, *The Parol Evidence Rule, The Plain Meaning Rule, and the Principles of Contractual Interpretation*, 146 U. Pa. L. Rev. 533, 568-569 (1998).

6) John D. Calamari and Joseph M. Perillo, *A Plea for a Uniform Parole Evidence Rule and Principles of Contract Interpretation*, 42 Ind. L.J. 333, 343 (1967).

7) Peter Linzer, *The Comfort of Certainty: Plain Meaning and the Parole Evidence Rule*, 71 Fordham L. Rev. 799, 814 (2002).

8) *Restatement (Second) of Contracts* § 214 (1981).

9) *Fogelson v. Rackfay Const. Co.*, 2000 N.Y. 334, 338, 90 N.E.2d 881, 883 (1950).

10) *Municipal Capital Appreciation Partners, I, L.P. v. Page*, 181 F. Supp. 2d 379, 391 (S.D.N.Y., 2002); *Wayland Inv. Fund, LLC v. Millenium Seacarriers, Inc.*, 111 F. Supp. 2d 450, 455 (S.D.N.Y. 2000); *Centronics Financial Corp. v. El Conquistador Hotel Corp.*, 573 F.2d 779, 782 (2d Cir. 1978).

Accordingly, while evidence concerning prior agreements is barred, there is no bar to introducing extrinsic evidence on the contract's meaning.¹¹ However, there is a thin line between the two and this approach leads to the risk that words that would be an addition to the parties' agreement (and would thus be barred under Corbin's view of the parol evidence rule) could then be introduced as extrinsic evidence on the meaning of a contract.¹²

B. Strict Interpretation of the Parol Evidence Rule

A contract interpretation dispute is about the parties' attempts to ascribe different meanings to the contract's terms and each party will see the other's position as varying the terms of the contract. A consequence of parol evidence rule under its strict interpretation is that the meaning of the contract cannot be proven by extrinsic witness evidence; limiting the adjudicator to the four corners of the document, absent certain exceptions. Therefore, under the strict interpretation of the rule, evidence on what the parties thought the contract meant is irrelevant if the contract wording can be attributed a plain meaning. This is another deceptively simple proposition as plain meaning is a subjective concept that may vary with context.

The rationale of the strict interpretation of the rule is the recognition that the law should afford some presumption of validity and finality to a seemingly complete written agreement; interpreting it with minimal consideration of extrinsic evidence. In other words, the strict interpretation of the rule "precludes introduction of evidence to increase a party's obligations under an agreement where those obligations were explicitly outlined in the contract itself"¹³ and "permits party to a written contract to protect himself against perjury, infirmity of memory or death of witnesses."¹⁴

C. Integration and Merger Clause

Parol evidence rule, by definition, applies to an integrated contract. Strict and liberal interpretations of the parol evidence rule differ on how the existence of an integrated contract should be ascertained.¹⁵ The liberal interpretation of the rule suggests that parties' intent to have an integrated contract can be shown by extrinsic evidence.

From a strict interpretation perspective, a contract that appears to be complete and unambiguous is presumed to be an integrated writing. Written form coupled with an intention that the writing completely embody

11) Linzer, *supra* at 814-832.

12) Linzer, *supra* at 800-801.

13) *Omni Quartz, Ltd. v. CVS Corp.*, 287 F.3d 61, 64 (2d Cir. 2002); *Gerard v. Almouli*, 746 F.2d 936, 939, 39 U.C.C. Rep. Serv. 1224 (2d Cir. 1984).

14) *Fogelson v Rackfay Constr. Co.*, 300 N.Y. 334, 90 N.E.2d 881

15) Calamari and Perillo, *supra* at 337-339.

the contract between the parties determine whether the contract is integrated and triggers the parol evidence rule.¹⁶ Accordingly, whether a contract is an integrated written instrument does not need to be stated explicitly. There is usually an explicit term in the contract stating that the contract is integrated, called a merger (or entire agreement) clause. However, the existence of this clause is not conclusive proof that the contract is integrated and its absence does not show otherwise either.¹⁷

That being said, merger clauses (or entire agreement) are very usual. A typical one provides:

“This agreement contains the entire agreement of the parties and supersedes any prior written or oral agreements between them respecting the subject matter contained herein.”

A merger clause strives to ensure full application of the parol evidence rule, barring the introduction of extrinsic evidence to change or contradict the written terms, by “evinced the parties’ intent that the agreement is to be considered a completely integrated writing”.¹⁸

There are limits to the application of parol

evidence rule even where the contract includes a merger clause. For example, under New York law, the general language of a merger clause is “insufficient to establish any intent of the parties to revoke retroactively their contractual obligations to submit disputes arising’ under an earlier agreement to arbitration.”¹⁹ Similarly a merger clause may not preclude claims for fraud.²⁰

D. Ambiguity and Other Exceptions

One main exception to even the strict interpretation of the parol evidence rule is the existence of ambiguity in the contract.²¹ In that case, evidence extrinsic to the agreement’s four corners may be considered to ascertain the parties’ intent. There is no ambiguity if the intention of the parties can be discerned from the agreement. In this context, ambiguity should exist even on the plain meaning of the contract.

Extrinsic evidence on the commercial context is usually admitted to understand if the contract is ambiguous or not integrated where such commercial context is required to make the determination.²² Other usual

16) 11 *Williston on Contracts* § 33:15 (4th ed.); *Restatement Second, Contracts* § 209(3); *U.S. v. Clementon Sewerage Authority*, 365 F.2d 609 (3d Cir. 1966)

17) *Thomas v. Scutt*, 127 N.Y. 133, 138, 27 N.E. 961, 963 (1891); *Shah v. Micro Connections, Inc.*, 286 A.D.2d 433, 729 N.Y.S.2d 740 (2d Dep’t 2001); *DaPuzzo v. Globalvest Management Co., L.P.*, 263 F Supp. 2d 714, 731 (S.D. N.Y. 2003).

18) *Jarecki v Shung Moo Louie*, 95 N.Y.2d 665, 745 N.E.2d 1006, 722 N.Y.S.2d 784 (2001).

19) *General Motors Corp. v. Fiat S.p.A.*, 678 F.Supp.2d 141, 148 (S.D.N.Y.2009) (quoting *Primex Int’l Corp. v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 89 N.Y.2d 594, 599, 657 N.Y.S.2d 385, 679 N.E.2d 624 (1997))

20) (for example in Texas, unless it explicitly includes a disclaimer of reliance) *Cowboy Partners, Ltd. v. Prudential Ins. Co.*, WL 1445950 (Tex. April 15, 2011)

21) *South Road Associates, LLC. v. Intern. Business Machines Corp.*, 4 N.Y.3d 272, 278, 793 N.Y.S.2d 835, 838, 826 N.E.2d 806 (2005).

22) Posner, *supra*, at 570.

exceptions are correction of clerical error, defenses against formation and to supplement a “partially-integrated” writing.

II. Civil Law Perspective

A. The Rule Barring Introduction of Witness Evidence to Contradict a Written Instrument

There is no general rule equivalent to the parol evidence rule in the civil law legal tradition. Civil law jurisdictions frequently have rules providing that a contract above a certain amount can be proven in court if it is in writing only, thereby making oral testimony inadmissible to prove the existence or the terms of a contract between the parties or to refute them.²³

Any alleged subsequent modification or supplementation of a contract should again be subject to this rule of evidence as a contract in itself. For example, a Turkish procedural law principle²⁴ states that contracts above a minimal value must be proved in writing. A related principle is that contracts so proven cannot be refuted by witness evidence.²⁵

B. *Culpa in Contrahendo*

At the first glance, the rule barring introduction of witness evidence to contradict a written instrument seems to be an even stricter stance than the strict interpretation of parol evidence rule. However, another civil law concept, *culpa in contrahendo* fills in a void.

Culpa in contrahendo, stemming from the duty of good faith, means the duty to negotiate in good faith and may provide an avenue for recourse in civil law jurisdictions that is unavailable in common law. For example, under Turkish law, it imposes good faith obligations on the parties during the negotiations of a contract.²⁶

Therefore, even without arguing that the contract should be supplemented or interpreted with evidence on prior agreements (which have necessarily later been breached giving rise to the party’s need to have them enforced), a party may argue *culpa in contrahendo* obligations have been breached and seek damages arising therefrom. Whether such compensation would be deemed a tort claim, a contract or a quasi-contract claim is disputed under Turkish law²⁷ but Turkish

23) CISG-AC Opinion no 3, Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG, 23 October 2004. Rapporteur: Professor Richard Hyland, Rutgers Law School, Camden, NJ, USA.

24) Law on Civil Law Procedure (*Hukuk Muhakemeleri Kanunu*), article 200, providing that all legal transactions concerning the creation, ending, assignment, modification, novation, delay, admission and performance of a right that exceed 2500 TL should be proven by writing.

25) Law on Civil Law Procedure (*Hukuk Muhakemeleri Kanunu*), article 201, providing that if an argument is advanced against an argument backed by writing in order to diminish the applicability and force of such argument, it cannot be advanced on the basis of witness evidence.

26) Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman, Prof. Dr. M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, at 428.

27) Sibel Adıgüzel, *Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk*, TAAD Yıl: 3, Sayı: 9 (2012)

Court of Appeals finds it to be a contractual claim.²⁸

III. Example

Assume a seller and a buyer entered into a seemingly integrated contract covering usual pertinent issues for the sale of a land. The seller has also told the buyer and other reputable witnesses prior to the execution of the contract that he would remove the encroachments on the land but never did.

In the United States, whether the promise to remove the encroachments should be added to the contract between the parties would be a parol evidence matter. Depending on the relevant jurisdiction's take on parol evidence, witness evidence may or may not be introduced.

In Turkey on the other hand, although the buyer cannot bring the witnesses' testimony to contradict the sales contract under the procedural rule barring introduction of witness evidence to refute a written instrument; the buyer can argue that in promising to remove the encroachments during the contract negotiations and subsequently failing to make good on his promise, the seller breached its *culpa in contrahendo* duties.

III. Conclusion

On the one hand, while there is such a thing

as a merger clause reflecting the parties' request to end their bargain with the written document, there is no such thing as an "anti-merger clause" reflecting the parties' intent to allow an adjudicator to interpret the contract in light of all their previous dealings.²⁹ Parties usually seek certainty in the written document and do not want prior negotiations to have a bearing on the ultimate agreement except to the extent they have been included therein. Parol evidence rule protects this legitimate expectation.

On the other hand, there is an equally legitimate expectation that parties' intents in respect of the contract should be fully taken into account, as a contract is, after all, a manifestation of the parties' mutual intent. Intent can only be understood in context, which necessarily involves prior dealings and understandings.

Parol evidence rule indicates the concern over reliability of documents versus the quest for the truth. Honorable as that quest may be, it may not always be fruitful. On the whole, the rule and its counterparts, like the civil law rule against introduction of witness evidence coupled with the *culpa in contrahendo* doctrine, are an example of the many issues in which the law must strike a balance between individual fairness and public policy and does so with variances and with different legal instruments.

28) Adıgüzel, *Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk* at 294.

29) Posner, *supra*, at 551.

Order in the House – Accountability of the Board of Directors for Corruption in Turkish Companies



Yunus Emre BAKILER

Quite often when opining on the status of the anti-bribery and corruption legislation in the Republic of Turkey, we are approached with the question as to whether or not Turkish legislation in battling corruption obliges, or encourages companies to adopt measures to protect against, review and address any risks associated with non-compliance. This question particularly carries relevance when relayed through businesses that are subject to the UK Bribery Act – and the short and simple answer is that there is no black-letter law which obliges Turkish companies to adopt, to paraphrase the UK Bribery Act, “adequate procedures designed to prevent persons associated with the commercial organisation to undertake bribery.”¹ However, this paper shall argue that

despite the non-existence of a provision clearly obliging enterprises to adopt measures to prevent corruption, the Board of Directors of a company does have a duty of due care, and failure to meet this duty when coupled with a corruption-related offence would open the members of the Board of Directors to restitution lawsuits filed by the shareholders.²

1. Corruption-Related Offences

In order to evaluate the extent to which Board of Directors Members could be held liable for corrupt company activity, it will be useful to set the frame as to what a corruption-related offence is, and when a corruption-related offence is considered a “company activity”.

1) Bribery Act 2010 c.23 s.7(2).

2) In this paper, while the term “Director” or a “Board Member” is used to address the Board of Directors Members of a joint-stock company (“anonim şirket”), the same principle can also be applied for the managers of Turkish limited liability companies (“limited şirket”).

Corruption-related offences are typically those listed under Section Four of the Turkish Criminal Code No. 5237 (the “**Criminal Code**”). The offences that can be committed by private individuals (as opposed to public officials) are bribery (“*rüşvet*”) as defined under Article 252 and onwards; influence peddling (“*nüfuz ticareti*”) as defined under Article 255; and money laundering (“*suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama*”) as defined under Article 282. While there may be other offences which relate to corrupt behaviour,³ the above offences are the most infamous and common. It can also be argued that, though not directly the subject matter of this paper, breaches of competition regulation may also be considered as corruption-related offences, particularly when connected with a public service (such as a public tender).

So when is a corruption-related offence a “company activity”? Obviously, any formal decision adopted by the Board of Directors of a company, or a transaction signed by the representatives of the company, which by their nature constitute corruption-related offences would directly be attributable to the company. However, corrupt acts are rarely this obvious. Admittedly, there is little guidance in literature and precedents towards when a crime is committed personally, and when it is deemed to have been committed by a legal entity. One of the main points of criticism towards Turk-

ish anti-corruption legislation is that it offers little in terms of sanctions against legal entities.⁴ Indeed, whether or not legal entities can be perpetrators in terms of Criminal Code is still a matter of debate.⁵

For the purposes of civil law accountability, however, the issue of direct criminal liability would not be binding. Therefore, it would be safe to argue that a corruption-related offence is a company activity when it is performed by the directors, representatives, employees or intermediaries of a company, and in order to secure and/or advance the interests of the company, or to protect the company itself.

2. The Duty of Supervision and Due Care

The Turkish Code of Commerce No. 6102 (the “**TCC**”), although enacted after approximately sixty years of application of the previous code of commerce, offers unsatisfactory guidance as to the inherent duties of Directors. Article 369 of TCC states that “*Board of Directors Members and other persons vested with managerial authority are obliged to serve with the care of a prudent manager and to preserve the interests of the company in good faith.*” The reasoning of TCC argues that the standard of due care that a director is subject to is not that of a “prudent merchant” to which a commercial enterprise in its entirety should abide by. Rather, as stated in the reasoning, Board

3) Such as bid rigging (Article 235); abuse of trust (Article 155) etc.

4) European Commission Commission Staff Working Document Turkey 2015 Report, pg.16-21.

5) Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım (9th Edition Savaş Yayınları Ankara 2006) pg. 342.

of Directors Members are expected to adhere by the business judgment rule, whereby they would be deemed to have fulfilled their duty of due care if they have made an informed decision. It is unfortunate to note that the Board of Directors' duty of due care is simply viewed from a profit and loss perspective in the reasoning, and good corporate governance is not mentioned at all.

To further complicate the issue of responsibility, Article 553 Paragraph 3 of TCC states, in defining the liability of the Board of Directors Members, that *"no person may be held liable for breaches of and non-compliance with the articles of association and laws which are outside his or her control; this principle of non-liability may not be annulled by arguing the duty of supervision and due care."* Again, the reasoning of the relevant article is no less confusing when it states that the relevant article was included to prevent liability lawsuits against the members of the Board of Directors as *"it has been observed in practice that Board of Directors members were held liable under a duty of supervision beyond human capability for breaches of the articles of association and laws."* This is problematic on many levels, but especially because (a) TCC does not offer any guidance as to what is outside or inside the control of a Board of Directors Member; (b) though a breach of laws and the articles of association is generally easy to detect, TCC does not define what non-compliance is (this issue is further complicated in the Turkish

wording, where the term used is *"yolsuzluk"* which can mean both non-compliance and actual corruption); and finally (c) no satisfactory explanation is given as to what the actual problem in practice was, and how it has been tackled by this wording. Certainly the problem in application was not judicial discretion, or else, the Parliament would not have tried to exclude judicial discretion by preventing the argument of supervision and due care, but on the other hand, leave crucial terms such as "control" and "non-compliance" begging for a definition, which have to be filled by judicial discretion.

A very reasonable approach to tackle the legislation's heavy handedness with definitions would be to accept that *"a person who does not use and supervise his duties and authorities as necessary, would be ipso iure breach those responsibilities [...] for example, if the Board of Directors member has not attended meetings, was not informed about the decisions and resolutions taken on those meetings, did not use his right to request information and review [...] has never asked for information about the operations of the company from management, or has reviewed the books and records of the company, then this person would not be able to benefit from the protection against liability set out in Article 553 Paragraph 3 of TCC."*⁶ Therefore, a Board of Directors member, having authority granted by TCC, and perhaps further extended by the articles of association, is expected to use this authority to stay informed about the

6) Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt 1* (2nd Edition Adalet Yayınevi Ankara 2014) pg. 1138.

company. The issue of control shall come into play only when a Board of Directors member has used these authorities.

The definition of control relates to the partial or full transfer of management to third parties in line with Articles 367 and 371 of TCC which enable the vesting of signature and representation authority to persons employed by the company who might not be Board of Directors members of the said company, such as General Managers, Financial Directors etc. Article 553 Paragraph 2 of TCC states that “*organs and persons who transfer a right or duty arising out of law or the articles of association to another party, shall not be liable for the actions and decisions of these persons unless it can be proven that they did not act with reasonable care in the selection of these persons.*” Therefore, construed together with Article 553 Paragraph 3, a Board of Directors who divest partial signing and representation authority to a general manager hired by the company, shall not be liable for the acts and actions of this general manager unless it can be proven that they did not act with reasonable care in appointing the general manager to the duty, as the acts of the said general manager are outside the Board of Directors members’ control. Though it is not (again) explicitly stated in TCC or its reasoning, legal literature agrees that the transfer of the right of management does not include the transfer of the right of supervision, and therefore

Board of Directors members are still expected to supervise those persons who are appointed by the Board.⁷

All this discussion, however, might be entirely academic due to a recent amendment introduced to Article 371 of TCC. For context: in the spring of 2014, for reasons unknown (and not relevant to the subject of this paper) the Ministry of Customs and Commerce ordered Trade Registries in Turkey to stop the registration of company signature instruments (signature circulars) which included monetary limits. As expected, when this resulted in chaos for big companies and conglomerates whose day-to-day affairs are entirely reliant on said limitations, the Parliament hastily adopted an amendment to TCC’s Article 371 to enable said limitations to be included in companies’ internal directives, which were solely tools of corporate governance, which then could be registered. However, the final sentence of the said Article states that “*the Board of Directors is jointly liable for any and all damages that may be caused to the company or to third parties*” by persons to whom signature and representation authority is vested. It is obvious from the penmanship of the said Article that its drafting was rushed but the question has to be raised – as an amendment to TCC, in construing the liability of Board of Directors members, do we adopt the principle of *lex posterior derogat priori* and therefore entirely ignore the limitations of liability

7) ibid. pg. 1139, İsmail Kırca (Çağlar Manavgat / Feyzan Hayal Şehirali Çevik), *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1* (Ankara 2013) pg. 614-615.

set out in Article 553 when determining the Board of Directors' liability for the misdeed of a representative appointed by an internal directive; or do we adopt the principle of *lex specialis derogat generali* and thus argue that though the Board of Directors is jointly liable for the damages caused by parties assigned through an internal directive, this is in any event subject to the limitations of Article 553? The Parliament could have avoided this discussion by a simple reference to Article 553 in the amendment. Although the Parliament's silence on this matter, by a very literal reading of the law, be construed to accept the former principle, commercial sense dictates that any liability imposed on Board of Directors members would always be subject to the limitations under Article 553.

In summary then, it appears to be reasonable to accept that (a) the Board of Directors members are liable against the shareholders and to third parties when they breach their duties arising from laws and the articles of association and damage the company; (b) this liability is not lessened when a director does not use his or her rights and authorities to supervise the company; (c) the Board of Directors remains liable for the acts and actions of persons to whom management and representation are vested in; subject to the condition that (d) the acts and actions of these persons were outside the Board of Directors' control and supervision.

Actions to trigger the liability of the Board of Directors may be brought, as per Article 555 of TCC, by the company (through the resolution of the Board of Directors itself) or by the shareholders, and the shareholders may only request restitution to be made in the name of the company.

3. Corporate Corruption and Accountability of the Board Members

Corruption-related offences rarely occur in a vacuum. Whether it is through the imposition of a "win-or-get-out" or through the adoption of an "I don't want to know" policy⁸ the *mens rea* of a corporate criminal is typically shared by individuals higher in the management chain. The scope of corruption in corporate governance disasters such as Enron, World.com, Parmalat shows that top tier management and the Board of Directors members are at the very least accomplices in corporate crimes. The corruption-related offences listed above carry a similar tune – though it is practicable for small bribes to be withdrawn from a company's petty cash fund, concealed and then listed as expenses under a name that is hard to trace, large amounts of bribes in order to secure a contract, or the favourable disposition of a high-level public official, are typically buried under financial data. The irregularity in the accounts, when hard to conceal, would have to then include the "input" of accountants and auditors, and ultimately the Board

8) Michael Benson and Sally Simpson, *White-Collar Crime An Opportunity Perspective* (Routledge NY 2009) pg. 55.

of Directors members who are tasked by law to review and approve financial statements to said shareholders.

Going through a corruption-related investigation is a very harrowing procedure for a company. Personnel are interviewed (by both legal counsel and by the prosecution) as business grinds to a halt when computers and correspondence are copied page by page for evidence. Even a serious accusation of bribery can greatly hurt the reputation and business of a successful company. A conviction will very likely mean that it will lose or default in contracts, especially those which include an ABC clause to allow a fast-track exit without compensation, as is typical now in transactions with US, UK, and the EU Member States.

A shareholder in such a company would understandably not receive well the news that his or her investment value has been lessened overnight by the corrupt activity of the Board of Directors.⁹ It can be argued then, in line with all the above explanations, that this shareholder would have course of action against the Board of Directors and request from the Courts to order the Board of Directors to compensate the company for any direct damages (liquidated damages, damages arising from the loss of contract) and possibly indirect damages (such as losses of profit). A charge of money laundering would also bring along with it the seizure of bank accounts,

and as common practice in Turkey in the last year, the complete seizure and shutdown of the company itself though the appointment of curators. Although the facts of the lawsuit would have to be closely reviewed, a shareholder could argue that the Board of Directors have failed in their duty to supervise the company, and therefore a corruption-related offence was performed, and the company was subsequently damaged.

In any event, the lawsuit that might be brought by a shareholder, as mentioned above, would be reliant on the facts, and the limitations of liability under Article 553. To illustrate by three examples:

Example A: In order to secure the favour of the relevant administration to prevent an investigation, one of the Board of Directors members of a company instructs the accounting department for the payment of the private school expenses of the chairman of the relevant public administration.

The corruption-related offence in this case would be bribery under the Criminal Code, and occurs directly on the Board of Directors level. It is very likely in this case that the remaining Board of Directors members would be able to detect, and at least try and prevent this unusual expense. The Board of Directors member who gives the bribe is without doubt directly liable towards the shareholders for

9) Understandably this would largely rely on shareholder activism towards securing share value through vigorous corporate governance, however, this also is a daunting task for a shareholder – see Peter Gottschalk ‘Financial Crime in Business Organizations: An Empirical Study’ [2011] JFC 76 pgs 2,7.

any damages that this may cause to the company. The extent of liability of the remaining Board of Directors members would have to be reviewed in connection as to whether or not they would be able under their duties and authorities prescribed by law to know of this offence.

Example B: In order to ensure that the proceeds received from other companies over rigging public tenders are legalized, under the instruction of the Contracts Manager and the Chief Financial Officer employed by the company and authorized partially with management and signing authority, the accounting department records the proceeds as consideration received for “consultancy services”.

The corruption-related offence in this case would be money laundering, and again without doubt the Contracts Manager and the Chief Financial Officer would be liable against the company. The Board of Directors members would again be subject to a test of whether or not they would have been able to obtain information on this issue through the performance of their duties prescribed by law, however this time, they would be released from liability if they can prove that they had displayed reasonable care and diligence in the appointment of the said Contracts Manager and the Chief Financial Officer.

Example C: The company has missed a deadline to renew a permit vital for its business due to the oversight of an employee in the li-

censing department. Afraid that he will lose his job, the said employee withdraws money from the petty cash fund to make a donation in the company’s name to a charitable organization, whose chairman is in the capacity to put in a favourable word with the permitting authority to ensure that the application for renewal may be processed despite the missed deadline.

The corruption-related offence in this case would be influence peddling. However, the burden of proof towards claiming the Board of Directors’ negligence will be very high and entirely on the claimant, and unless a chain of correspondence or e-mails can prove that someone sitting on the Board of Directors was aware of this, the directors can safely rely on Article 553 protecting them from liability for breaches of law outside their control.

4. Conclusion

Although an explicit duty of due care is not placed on the shoulders of a company in the sense of the UK Bribery Act, the nature of the Board of Directors’ obligation to supervise a company and act prudently would entail that they conduct their duties and use their rights prescribed to them by law, and be liable towards shareholders if an issue under their control and their supervision leads to a corruption-related offence. In Turkey, where despite the global trend, the fight against corruption is moving backwards¹⁰ due to a lack

10) Transparency International CPI2015 <<https://www.transparency.org/cpi2015/>> last accessed 16 June 2016.

of a public tone from the top and an actual, evolving and consistent public policy against corruption,¹¹ perhaps the invocation of a claim of personal liability against a corrupt Board of Directors member by a vigilant shareholder might prove a deterrent against bribery.

BIBLIOGRAPHY

I. CODES, REPORTS AND REGULATIONS

The European Commission Commission Staff Working Document Turkey 2015 Report

The Turkish Commercial Code No. 6102

The Turkish Criminal Code No. 5237

The UK Bribery Act 2010

II. BOOKS

Benson M and Simpson S, *White-Collar Crime An Opportunity Perspective* (Routledge NY 2009)

Kırca İ, Manavgat Ç and Şehirali Çevik F, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1* (Ankara 2013)

Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt 1* (2nd Edition Adalet Yayınevi Ankara 2014)

Toroslu N, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (9th Edition Savaş Yayınları Ankara 2006)

III. JOURNAL ARTICLES

Gottschalk P, 'Financial Crime in Business Organizations: An Empirical Study' [2011] JFC 76

IV. OTHER CITATIONS

Transparency International, 'Corruption Perceptions Index 2015' <<https://www.transparency.org/cpi2015/>>

Transparency International Turkey, 'Yolsuzlukla Mücadele Eylem Planı Değerlendirmesi' <<http://www.seffalik.org/yolsuzlukla-mucadele-eylem-planı-değerlendirmesi>>

11) Transparency International Turkey, 'Yolsuzlukla Mücadele Eylem Planı Değerlendirmesi' <<http://www.seffalik.org/yolsuzlukla-mucadele-eylem-planı-değerlendirmesi>> last accessed 16 June 2016.

Türk Mahkemeleri Nezdindeki Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kamu Düzeni Müdahalesi



Mert TEZCAN

A. Genel Olarak

Yabancı nitelikte bir mahkeme veya hakem kararının Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde tanınması ve tenfizi için MÖHUK'un 54. ve 62. maddeleri kapsamında yabancı mahkeme kararının tenfiz şartları ve yabancı hakem kararının tenfizi red sebepleri öngörülmüş olup, 54 / 1 / c hükmünde;

“Yetkili mahkeme tenfiz kararını hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şartı dahilinde verir”

şeklinde ve yine aynı kanununun 62 / 1 / b hükmünde;

“Mahkeme hakem kararı genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı ise, yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder”

şeklinde belirtilmek suretiyle tanıma ve tenfiz hukuku bağlamında kamu düzeni korumasının esaslı şekilde gündeme alınması gerektiği kararlaştırılmıştır.

Türk kanunlar ihtilafı hukukunda kamu düzenine uygunluk denetiminin uygulanmasına önem verilmesi, *‘kamu düzeninin sağlanması’*nın anayasal düzlemde çerçevesi çizilen bir kurum olması dolayısıyla isabetli bir yaklaşımdır. Diğer yandan kamu düzeni müdahalesinin yabancı bir mahkeme veya hakem kararının Türk hukukunda tanıtılması veya Türkiye sınırları dahilinde tenfizi amacıyla ikame edilen tanıma – tenfiz davalarında, aleyhine tenfiz istenilen tarafça tenfizin sağlanamamasına hizmet eden bir hukuki enstrüman olarak kullanılmaya çalışıldığı görülmektedir. İşbu yazımızın amacı, Türkiye’de vuku bulan tanıma ve tenfiz talepli davalarda tenfiz şartları arasında yer verilen ve yukarıda belirttiğimiz üzere MÖHUK 54 / 1 / c ve 62 / 1 / b hükümlerinde lafzını bulan *kamu düzenine aykırı olmama* şartının, aleyhine tenfiz istenen davalılarca suiistimal edilmesinin, milletlerarası alanda faaliyet gösteren gerçek veya tüzel kişilerin hukuki menfaatlerine verdiği

zararların gündeme getirilmesi olup; yazının yöntemi ise bu durumu özellikle tanıma tenfiz davalarında *savunma hakkının kısıtlanması ve esasa girme yasağıyla* ilişkilendirilmek suretiyle, uygulamada yaşanan sorunlara değinecek ve örneklemelerde bulunarak okuyucuya aktarmak olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla durumun somutlaştırılabilmesi ve hukuki düzleme oturtulabilmesi açısından öncelikle Türk yargı içtihatları bağlamında kamu düzeni kavramı irdelenecek, bu doğrultuda tanıma ve / veya tenfiz prosedüründe hangi olguların tespiti sonucunda kamu düzenine aykırılık sebebiyle tanıma / tenfiz'in reddedilmesi gerektiği üzerinde durularak makale konusu naçizane kanaatlerimiz doğrultusunda yansıtılmaya çalışılacaktır.

B. Kamu Düzeni Kavramı:

Kamu düzeninin farklı ülke hukuklarında ve farklı hukuk nosyonlarında çeşitli tanımlamaları olmakla beraber, tanıma ve tenfiz yargılaması esnasında bu tasniflerden hangisinin çatısı altında anlamını bulan kamu düzeninin tanımının esas alınacağı da önemli bir belirleme niteliğinde olacaktır. Türk kanunlar ihtilafı öğretisi ve Yargıtay içtihatları vasıtasıyla hangi tanımın esas alınacağını kabul edilebilir derecede şekillendirilmiş olduğunu da belirtmek gerekir. Yine de kamu

düzeni kavramının içselleştirilebilmesi bakımından farklı tanımlamaları irdelemek gerekli ve elzemdir. Anayasa Mahkemesi, kamu düzeninin “*toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, Devletin ve Devlet teşkilatının korunmasını hedefleyen her şeyi ifa ettiği, başka bir deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden kuralları kapsadığı*” kanaatinde olup,¹ kamu düzeninin belli bir ülkede ve belli bir zamanda kabul edilmiş özel şartlar, koşullar sebebiyle o memleketin esaslı çıkarlarından sayılan hukuki kuralların tümü ya da temel hukuk prensipleri ve ahlak anlayışını tahammül edilemez derecede zedeleyen yetkili yabancı hukukun uygulanmasına engel olan ve böylece toplumun düzen ve çıkarlarını koruyan kurallar bütünü olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde doktrinel görüşler de mevcuttur.² Kamu düzeninin *belirli bir ülkede, belirli bir zamanda kamu yararlarını, kamu vicdanı ile genel ahlakı çok yakından ilgilendiren hususlar* bütünü olduğu yönündeki tanımlama da öğretilerdeki yerini almıştır.³ Nihayet işbu yazımızda da çokça sözü edilecek ve masaya yatırılacak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun E. 2010 / 1 K. 2012 / 1 sayılı ve 10.2.2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda (“**İçtihadı Birleştirme Kararı**”) Türk hukukundaki kamu düzeninin çerçevesi “*Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk ka-*

1) AYM 28. 1. 1964, E: 63- 128/ K: 64- 8, RG, T: 17.04.1964, Sayı: 11685.

2) Prof. Dr.. Yılmaz ALTUĞ, Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet), AUSBFD Cilt XXVII Sayı. 3: “Doç. Dr. Cem Sar'a Armağan”dan Ayrı bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 371.

3) Prof. Dr. Ziya AKINCI, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 44, Ankara, 1994, s. 160.

nunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırı olmama durumu” şeklinde çizilmiştir. Kamu düzeni deyişini anlamlandırmaya ve kapsamını belirlemeye yönelik tüm bu görüşlere nispi ölçüde katıldığımızı belirtmekle birlikte, her ne kadar İçtihadı Birleştirme Kararı’nda da aynı yönde belirtildiği üzere kamu düzeni kavramının anlam ve müdahale alanı son derece geniş ve yoruma açık olmasına rağmen, kamu düzeninin geniş yorumlanmasının ciddi sorunları beraberinde getirebileceği ve hali hazırda getirdiği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz. Bununla birlikte, gerek yargı içtihatlarında gerekse de öğretilerde kamu düzeninin sınırlarının tayininde açık bir mutabakat olmadığını, kamu düzeninin farklı platformlarda farklı anlamlar içerebileceğini ve en önemlisi kamu düzeni kapsamının sınırlarının da uygulamada gün geçtikçe daraltıldığını da eklemek gerekir. Nitekim İçtihadı Birleştirme Kararı’nda da bu hususa;

“Kamu düzeninin tanımlanmasında, uygulama ve doktrinde oybirliği bulunmamaktadır. Kamu düzeni zamana ve yere göre değişebilir. Ancak gün geçtikçe kamu düzeni kavramının kapsamı daraltılmaktadır.”

şeklinde değinilmiş ve Türk tenfiz hakiminin kamu düzeni denetimi hususunda kendisinden beklenen esas yönelimin ipuçları verilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti’nin meşruiyeti ve hukuk devleti oluşu gereği kamu düzeni olgusuna bir kutsiyet atfedilmesi ve kamu düzeni müdahalesinin varlığının pekiştirilmesi elzem olmakla birlikte, meselenin ortak hukuk mirasına katkı boyutu değerlendirildiğinde; milletlerarası ortak hukuk düzleminin oluşumuna destek verebilmenin ve ortak hukuk sisteminin işlerliğine katkıda bulunabilmenin gereği olarak tanıma ve tenfiz yargılaması esnasında her devletin tenfiz merciinin yapması gerektiği gibi tarafların iradelerinin ön planda tutulması gerekmektedir. Bu doğrultuda taraf iradelerinin esas alınabilmesi de aslında kamu düzeni kavramının Türk hukukunun normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan Türk Anayasası’nın öngördüğü temel hak ve hürriyetler ile Türk toplumunun uzun yıllardır süregelen etik düzlemdeki örf ve adetlerine uygunluk olarak değerlendirilmesiyle, başka bir ifadeyle kamu düzeni denetimi esnasında kamu düzeni olgusunun özünün dikkate alınmasıyla mümkün olabilecektir. Tenfiz haki mince kamu düzeni denetiminin varlık sebebi göz önünde bulundurularak ve bu doğrultuda kamu düzeni kavramının genişletilmesinden kaçınılarak yargılamanın yürütülmesi gerektiği görüşünün benimsenmesinin hukuken makul olduğu kanaatinde olduğumuzu ve aşağıda yer verilen belirlemelerin de bu bağlamda yapıldığını belirtmek isteriz.

C. Türk Yargısında Tanıma ve Tenfiz Yargılaması Esnasında Kamu Düzeni Müdahalesine Genel Bakış

a) Kamu Düzeni Denetiminin Temel Prensipleri ve İlk Uygulamalar

Öncelikle ve önemle belirtmek gerekir ki; yabancı mahkeme kararının, Türk kamu düzenine uygunluğunun denetlenmesinde hâkimin üstlendiği rol son derece önemli olup, Türk toplumunun temel çıkarlarının, temel değerlerinin rencide edilmesini önlemekle de doğrudan ilgilidir.⁴ Ancak bu noktada önemli olan, hakimlerin *Türk toplumunun vazgeçilmez değerlerinin korumak ile tenfiz davalarında yabancı ilamda hükmedilen ve Türk hukuk sahasında uygulanması sonucunda, Türk hukuku çatısı altında hukuka aykırı olarak nitelendirilebilecek her olgunun, kamu düzenine aykırı olduğu öne sürülerek kamu düzeni denetiminin suiistimali yoluyla tanıma ve tenfizin imkansızlaştırılması* arasındaki çizgiyi belirginleştirmeleri gerekmektedir. Bu doğrultuda da Türk tenfiz hakimi tarafından kamu düzeni denetimi devreye sokulduğunda, yabancı mahkeme veya hakem kararının içeriğinin Türk kamu düzenine aykırılığı yerine, hükmün uygulanmasının hukuk saha-

sında doğuracağı sonucun kamu düzenine aykırılığı değerlendirilmelidir. Her ne kadar Türk mahkemelerinde bu durum henüz içselleştirilememiş olsa da, doktrinde⁵ ve İçtihadı Birleştirme Kararı dahil olmak üzere yüksek mahkeme içtihatlarında bu yönde görüş hakimdir.⁶ Kamu düzeni kavramının hudutlarının kesin olarak çizilememesinden istifade edilerek uygulamada kötüye kullanılmasını önlemek maksadıyla, kamu düzenine aykırılığın *açıkça* belli olması şartının arandığını da eklemek gerekir.⁷ Yine İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da değinildiği üzere esasa uygulanan hukukun Türk Hukuku'ndan farklı olması ya da Türk Hukuku'nun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizinin reddedilemeyeceğini belirtmek gerekir.

Ülkemizde tanıma ve tenfiz davalarının yoğunlukla ikame edilmeye başladığı ilk dönemlerde, tenfiz mahkemelerince kamu düzeni tenfiz şartına adeta *torba hüküm* niteliği atfedilmek suretiyle tenfiz yargılaması yürütüldüğü gözlemlenmiştir. Başka bir ifadeyle, yabancı mahkeme veya hakem kararında tespit edilen bir hukuka aykırılığın MÖHUK'ta tahdidi olarak yer verilen diğer tenfiz şartları kapsamında bir aykırılık niteliğinde olmama-

4) Prof. Dr. Cemal ŞANLI, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 489

5) Prof. Dr. Ergin NOMER, Rızaî Boşanma ve Kamu Düzeni, MHB, Y. 4, S. 2, 1984, s. 97 / Prof. Dr. Cemal ŞANLI, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 486.

6) Yargıtay 3. HD, E. 2014 / 7513 K. 2014 / 9261 T. 3.6.2014 "Anılan maddede yer alan, "Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması" ifadesinden, yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının incelenemeyeceği, sadece hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukuki sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı mahkeme kararının tenfizinin reddedileceği sonucuna varılmalıdır."

7) Prof. Dr. Ergin NOMER, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1996, s.391.

sı durumunda, bu aykırılığın *kamu düzenine aykırılık* statüsünde değerlendirilerek tenfiz isteminin reddedildiği ilk derece mahkeme hükümleri tesis edilmiştir. Örnekleme gerekirse, taraflarca yabancı mahkemeden alınan bir boşanma ilamının Türk mahkemesinde tanınması için açılan davada ilk derece mahkemesi tarafların müşterek milli hukukları olan Türk Hukuku'nun uygulanmasının kamu düzenine açıkça aykırı olduğu gerekçeyle tanıma talebinin reddetmiş olup, kararın tanıma talep eden tarafça temyizi sonucunda Yargıtayca son derece isabetli şekilde Türk Hukuku'nun uygulanmamasının veya yanlış uygulanmasının başlı başına kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmayacağı hükme bağlanmıştır.⁸ Yargıtayca tesis edilen işbu kararın, kamu düzeni denetiminin mahiyetinin ortaya konulabilmesi bakımından tanıma / tenfiz şartlarının düzenleniş amacına uygun ve bu anlamda öncü bir karar olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Taraflar arasındaki soy bağının reddine ilişkin verilen yabancı mahkeme kararının tanınması davasında ilk derece mahkemesi soy bağı davasının yabancı mahkemede çocuğun kayyımı tarafından açılmış olması karşısında,

Türk Hukuku'nda çocuğa soy bağının reddi davası açma hakkı tanınmamış olması dolayısıyla yabancı ilamın kamu düzenine aykırılığından bahisle tanıma talebinin reddine karar verilmiştir. Ancak hükmün temyizi sonucunda Yargıtayca Türk Hukuku'nda çocuğa soy bağı reddi davası açma hakkının verilmemiş olmasının yabancı kararın başlı başına kamu düzenine aykırı olduğu anlamına getirilemeyeceği yönünde hüküm tesis edilmiş olsa da, bu hüküm yabancı mahkeme ilamının verildiği dönemde sonra Türk Hukuku'nda da 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ("TMK") ile birlikte bu hakkın çocuğa verildiği gerekçe gösterilmiştir.⁹ Her ne kadar karar tarafımızca isabetli bulunsa da, hali hazırda TMK ile bu hak çocuklara tanınmış olmasaydı dahi ilk derece mahkeme kararının bozulması gerektiğinin altını vurgulamak isteriz. Zira yine kamu düzeni kavramının kapsamı ve kamu düzeni denetiminin amacı ışığında değerlendirme yapıldığında, çocuğa nesep davası açma hakkının tanınmaması hususunun kamu düzeninin yokluğu ile ilişkilendirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Çocuğun kayyımı veya yasal temsilcisi vasıtasıyla soy bağının reddi davası açabilmesinin, her ne kadar Türk Hukuku'nda çocuğun sosyal yaşamında karşılaşılabileceği

8) Yargıtay 2. HD, E. 2007 / 16684 K. 2008 / 16665 T. 4.12.2008 "Yabancı mahkemenin Türk Hukuku'nun uygulanmaması veya yanlış uygulanması başlı başına kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmaz ve tanımaya da engel teşkil etmez. Türk Hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilmeyecek değerlerin ihlal edilmesi halinde kamu düzeninin açıkça ihlal edildiğinden söz edilebilir."

9) Yargıtay 2. HD E. 2009/6063 K. 2009/8609 T. 4.5.2009 "1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu ile çocuğa da soy bağının reddi davası açma hakkı tanındığına (TMK.md.286/2) göre, soybağının reddine ilişkin davanın yabancı mahkemede çocuk adına kayyımı tarafından açılmış olması ve hükmün çocuğun açtığı dava sonucu verilmiş bulunması, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan Türk Kanunu Medenisi hükümlerine göre, çocuğa soy bağının reddi davası açma hakkının tanınmaması Türk kamu düzenine açıkça aykırılık da oluşturmaz"

risklerin saptanması ve mental sağlığının ön planda tutulması bir ilke olarak benimsenmiş olsa da, Türk toplumunun temel ahlaki yapısına ters düştüğü ve Türk Hukuk sistemi altında bireylere tanınmış vazgeçilemeyecek hakların kullanımına engel teşkil ettiği ileri sürülememelidir.

b) Tarafların Savunma Haklarına Riayet Edilmiş Olması Şartının Kamu Düzeni Denetimi ile Bağlantısı

Tanıma ve tenfiz yargılamalarındaki kamu düzeni denetimi, yabancı ilamların tarafların savunma haklarının kısıtlanması suretiyle verilmesi bağlamında da farklı içtihatlarla konu olmuştur. MÖHUK'un yabancı mahkeme kararlarının tenfiz şartlarını belirleyen 54 / 1 / ç maddesi;

“O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması”

halini; yine MÖHUK'un yabancı hakem kararlarının tenfiz şartlarını içeren 62 / 1 / d bendinde de;

“Hakkında hakem kararının tenfizi istenen tarafın, hakem seçiminden usulen haberdar edilmiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış olması”

halini tenfizi ret sebebi olarak kamu düzenine aykırılık şartından bağımsız olarak düzenlemiştir. İşbu 62. maddenin “Birinci fıkranın (ç), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yazılı hususların ispat yükü, hakkında tenfiz istenen tarafa aittir.” hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere kamu düzenine aykırılık şartı tenfiz hakimince re’sen dikkate alınması gerekirken, aleyhinde tenfiz istenen tarafın yabancı tahkim yargılaması esnasında savunma haklarına riayet edilmediği hususunun kendisi tarafından ispatlanması gerekmekte olup, iki tenfizi ret şartı arasındaki en büyük ayrımın bu olduğu tartışmasızdır. Ancak bu düzenleme tarzı, savunma hakkının mahiyet ve önemine uygun değildir. Savunma hakkına riayet edilmesi, tüm hukuk sistemlerinde usul hukukunun temel ve vazgeçilmez ilkelerinden biridir. Bu hakka riayet edilmeden verilen kararlar, gerçek anlamda adaleti yansıtmaz ve adli hakikati ifade etmez. Bu itibarla yargılama hukukunun bu temel ilkesine riayetsizliğin, bir tenfiz şartı olarak mahkemece re’sen değil de, ancak davalının itirazı üzerine dikkate alınabilmesi savunma hakkının mahiyetine uygun düşmemiştir.¹⁰ Diğer yandan, ilk derece mahkeme kararları ve Yargıtay içtihatları ışığındaki uygulamada, savunma hakkına riayet edilmemesi durumunun kamu düzeni denetimi çer-

10) Prof. Dr. Cemal ŞANLI, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 495.

çevesinde tenfiz hakimince re'sen değerlendirildiği görülmekte olup, her ne kadar kamu düzeni kavramının kapsamının daraltılması gerektiği görüşünde olsak da, bu uygulamanın son derece isabetli olduğunu da belirtmek zorunludur. Yargıtay'ın aleyhinde tenfiz istenen tarafın yabancı mahkemece yapılan yargılama esnasında dinlenilmemiş olmasının tenfiz hakimince re'sen değerlendirilerek kamu düzenine aykırılık dolayısıyla tenfiz isteminin reddedilmesi gerektiği yönündeki görüşü bu anlamda uygulamaya ışık tutmaktadır.¹¹ Yine Yargıtay'ın, tarafların mahkemece Türk Prosedürel Hukuku'nda öngörüldüğü şekilde bizzat dinlenilmemiş olması durumunun Türk kamu düzenine aykırılık teşkil et-

meyeceği kanaatimizce isabetli olarak karara bağlanmıştır.¹² Zira savunma haklarına riayet edilip edilmediği, esas davanın görüldüğü ülke hukukuna göre belirlenecektir. Bu husus MÖHUK'un 54. maddesinin (ç) bendinde 'o yer kanunları uyarınca' denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir. Buna uygun olarak davalı, davaya yargılamanın yapıldığı ülke hukukuna göre bizzat veya vekil marifetiyle iştirak etmiş ise, savunma haklarına riayet edilmediği itirazında bulunamaz. Aynı şekilde, davalının yabancı mahkemede ileri sürdüğü delil ve iddiaların yargılamanın yapıldığı ülkenin usul hukukuna göre kabul veya reddedilmesi, tenfiz davasında savunma haklarına riayetsizlik sebebi olarak ileri sürülemez.¹³

- 11) Yargıtay 2. HD, E. 2009 / 8144 K. 2009 / 12603 T. 25.6.2009 "...Davalı kadının 31.01.2008 tarihinden sonra yurt dışına çıkmadığı ve Türkiye'de ikamet ettiği dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Davacı kocanın Belçika Gent Mahkemesinde 16.10.2006 tarihinde açtığı davada, davalı kadının adresini Belçika göstererek gıyabında boşanma kararı alıp bu kararı yine Belçika'da 30.01.2007 tarihinde kesinleştirmesi, davalı kadının savunma hakkını kısıtlaması sonucunu doğurduğundan açıkça kamu düzenine aykırıdır. (MÖHUK. M. 54) Ayrıca davalının Türkiye'deki ikametgahını bilen kocanın Belçika'da ayrı bir adres göstererek, boşanmayı sağlamış olması Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüstlük kuralları ile de bağdaşmaz. Açıklanan nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir..."
- 12) Yargıtay 2. HD E. 2011 / 19791 K. 2012 / 16687 T. 18.6.2012, "...Mahkemece tanıma ve tenfiz koşullarının mevcut olup olmadığının araştırılmasında; yabancı mahkeme kararının doğruluğu, uygulanmış olan usul hükümleri, maddi ve hukuki tespitler inceleme dışında tutulmalıdır. Yabancı mahkemenin Türk Hukukunun emredici hükümlerini dikkate almaması veya yanlış yorumlayıp uygulaması tek başına yabancı kararın tanıma ve tenfizine engel teşkil etmez. Davanın açılması, tebligatların yapılması, delillerin toplanıp değerlendirilmesi, hükmün verilmesi ve kesinleştirilmesi gibi usul hukukuna ait konular hakim hukukuna (Lex fori) tabidir. Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilmeyecek normların ihlal edilmesi halinde ise, kamu düzeninin açıkça ihlalden söz edilebilir. Yabancı mahkeme hakimi Lex fori çerçevesinde karar gerekçesi oluşturmuştur. Kaldı ki, davalı Türk hukukunun uygulanmadığı ya da yanlış uygulandığını ileri sürerek yabancı mahkeme yönünden istinaf yahut temyiz gibi bir üst denetim yoluna da başvurmamıştır. Diğer yandan; 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununun 54. maddesi uyarınca kamu düzenine aykırılık nedeniyle tanıma talebinin reddine karar verilebilmesi için, aykırılığın Türk kamu düzenine aykırı olması yeterli olmayıp, aykırılığın Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olması, "yani benimsendiği takdirde Türk hukuku bakımından "tahammül edilemez bir durumun ortaya çıkması" gerekir. Yabancı mahkeme ilamına konu anlaşmalı boşanmada, tarafların yabancı mahkemede bizzat dinlenilmemiş olmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğundan söz edilemez. Ayrıca davalının, hükmü veren yabancı mahkemede de o yer kanunları uyarınca usulüne uygun şekilde avukat ile temsil edildiği de anlaşılmaktadır. O halde; yabancı mahkeme ilamını tanıma koşulları olduğu halde yazılı gerekçe ile isteğin reddi doğru değildir."
- 13) Prof. Dr. Cemal ŞANLI, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.496

c) **Tanıma ve Tenfiz Yargılamasında Esasa Girme Yasağı Göz Önünde Bulundurulmak Suretiyle Kamu Düzeni Denetiminin Uygulanmasının Gerekliliği**

Türk Kanunlar İhtilafı Hukuku düzleminde tanıma ve tenfiz yargılamasında öngörülen temel kural, tenfiz hakiminin yabancı mahkeme veya hakem kararını sadece tenfiz şartları bakımından inceleyerek tenfiz hakkındaki kararını vermesidir. Yabancı mahkeme kararının Türk Hukuk sahasında icrasının, tenfizi ret sebeplerinde yer verilen aykırılıklara yol açmayacağı yönünde kanaat getirilebiliyorsa, tenfiz talebi kabul edilmelidir. Bu ilke hukukumuzda *esasa girme yasağı* (*revision au fond*) olarak adlandırılmaktadır. Buradan hareketle, tenfiz hakiminin tenfize konu karar üzerinde kamu düzeni denetimi yaparken yabancı kararın esasına girmemesi; özellikle yabancı kararda uygulanan hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi, gerçekleşen maddi vakıaların hukuki niteliklerinin Türk hukukuna uygun şekilde nitelendirilip nitelendirilmediğinin değerlendirilmesi şeklinde incelemeleri yargılamaya dahil etmeksizin hüküm tesis etmesi gerekmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 2012 / 3175 K. 2012 / 5547 sayılı ve 6.4.2012 tarihli kararında bu husus;

“Türk tenfiz hakimi “kural olarak” yabancı mahkeme kararının doğruluğunu inceleyemez (revision au fond yasağı). Zira aksinin kabulü, aynı davanın Türk mahkemesinde tekrar görülmesi ve yeni bir Türk mahkemesi kararı-

nın ortaya çıkması sonucunu doğurur. Ancak örneğin Türk hukukunun vazgeçilmez kabul ettiği temel prensiplerini ihlal eden veya milletlerarası alanda geçerli olan ortak ilkelere aykırı bulunan yabancı mahkeme kararları tenfiz edilemez. Tenfiz hakimi takdir hakkını kullanırken, her somut olayın kendine mahsus özelliklerini de dikkate almalıdır. O halde dava konusu uyuşmazlık yönünden de somut olayın özelliklerine göre bir inceleme ve değerlendirme yapılmalıdır.”

şeklinde görüş bildirilmek suretiyle açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu durumun genel kural olan *revision au fond* yasağının bir istisnasını oluşturduğu söylenemeyecek olsa da, uyuşmazlığın esasına tam olarak girmeden esas kapsamındaki bazı hususların incelenebileceği şeklinde bir ilkeye Türk tenfiz hukukunda yer verildiğini belirtmek gerekir. Durumu örneklemek gerekirse; tanıma veya tenfiz talebine konu mahkeme kararının, imza taklidi yapılmak suretiyle tanzim edilmiş belgelere dayanak yapılarak tesis edilmesi durumunda, aleyhine tenfiz istenen taraf kamu düzenine aykırılık düzleminde bu şekilde bir itiraz öne sürebilir veya tenfiz hakimi bu durumu kendiğilinden fark edebilir. Bu halde, bireyin irade özgürlüğü ve temel hakları Türk Ceza Hukuku'nda yer verilen sahtecilik suçları kapsamında ihlal edildiği şüphesi bulunduğundan ve bu durum da direkt olarak kamu düzeni ile bağlantılı olduğundan, hakim bu durumu kamu düzeni denetimi bağlamında değerlendirilmeli ve gerekli gördüğü imza sahtelik incelemesini tenfiz yargılaması kap-

samında gerçekleştirmelidir. Bu halde, tenfize konu ilam dışında o ilamın yabancı hukuk tahtında hangi maddi vakiya dayanılarak tesis edildiği araştırılmış olmakla birlikte, bu durum *revision au fond yasağına* riayet edilmeme olarak yorumlanmamalıdır. Yukarıda bahsedilen ve öğretide de kabul gören ayrık durumların tespiti halinde, 'bazı kamu düzeni denetimi hallerinde tam olarak esasa girilmeden esas kapsamındaki bazı hususların incelenmesinin gerekebileceği hususundan bahisle bu şekilde inceleme yapılabileceğinin durumun mahiyeti gereği olduğunu kabul etmek gereklidir. Nitekim öğretinin de yönelimi bu şekildedir.¹⁴

D. Sonuç

Yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, kamu düzeni kavramının Türk Hukuku platformunda sınırları açıkça belirlenmiş bir tanımı olmayışı, aleyhine tenfiz istenen tarafça denetimin kapsamının genişletilmeye çalışılması suretiyle durumun suis-timal edilmesine yol açmaktadır. Bu anlamda tenfiz hakiminin takdir yetkisinin devreye

gireceği tartışmasızdır. Ancak bu takdir yetkisi kullanılırken, Türk Hukuku'nun bireylere tanıdığı vazgeçilmez nitelikteki hakların ve Türk toplumunun etik değerlerin korunmaya çalışılması ile milletlerarası menfaatlerin gerekleri ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile sağlanan kişilerin haklarına saygı kuralının benimsenmesi arasındaki denge dikkatlice gözetilmelidir. Aksi halde Türk Hukuku uyarınca Türk Hukuk sahasında uygulanmasının Türk Anayasası kapsamında kabul edilemeyeceği sonuçlar doğurabilecek nitelikte bir yabancı karar uygulanabileceği ve bu suretle Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde yaşayan bireylerin temel hakları ve Türk kamu düzeni derinden sarsılabileceği gibi, bireyin ulusal üstü düzlemde hak etmiş olduğu hukuki menfaati elde edebileceği lokasyonda bu menfaati elde edememesi ve bu suretle hukukun uygulanmasının önüne geçilebilmesinin mümkün olabileceğini de düşünmek gerekir. Bu doğrultuda tenfiz hakiminin yapması gereken, taraf iradelerini esas almak ve kamu düzeni kavramını geniş yorumlamaktan kaçınmak suretiyle tenfiz talebi hususunda karar vermektir.

14) Prof. Dr. Cemal ŞANLI, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 490 "...tenfiz davasında davanın esasta incelenmesi demek, yabancı mahkemenin davanın tüm yönleri itibarıyla yetkili hukuku doğru uygulayıp uygulamadığını kontrol söz konusu olmayıp, sadece kamu düzenine aykırılık itirazı ile sınırlı olarak münferit hususların araştırılması yapılmaktadır..."

KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya / Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yay. No: 44, Ankara, 1994, s. 160

ALTUĞ, Yılmaz / Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet), AUSBFD Cilt XXVII Sayı. 3: “Doç. Dr. Cem Sar’a Armağan”dan Ayrı bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 371.

NOMER, Ergin / Rızaî Boşanma ve Kamu Düzeni, MHB, Y. 4, S. 2, 1984, s. 97

NOMER, Ergin / Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1996, s.391

ŞANLI, Cemal / Prof. Dr. Cemal ŞANLI, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013

www.kazanci.com

Stajyerlerimizden...

Arabuluculuk Sürecinin Başlaması, Cereyanı ve Sona Ermesi İle Sürece Egemen Olan İlkeler

I. ARABULUCULUK SÜRECİNİN BAŞLAMASI

A. Genel Bilgi

Arabuluculuk, bir uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafların muhtemel bir anlaşmanın koşullarını karşılıklı olarak müzakere edebilmelerine ve bağımsız, tarafsız ve uzmanlık eğitimi almış bir üçüncü kişinin tarafları bir araya getirerek taraflar arasındaki iletişimi artırması yardımıyla aralarındaki uyuşmazlığı anlayıp uzlaşmalarına ve kendi uyuşmazlıklarına kendileri için en iyi sonucun elde edileceği kendi çözümlerini getirerek uyuşmazlığı en az hasar ile sona erdirmelerine olanak sağlayan, tarafların ortak iradeleri ile başvurdukları ihtiyari bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanabilir.¹ Gerçekten de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun ("HUAK") tanımları



Burak TOSUN

içeren 2. maddesinde de 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, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi" olarak tanımlanmıştır.

HUAK'ta arabulucu "Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi" olarak tanımlanmıştır. Arabuluculuk yöntemi ile uyuşmazlık çözümü süreci içinde bir arabulucunun mevcut olması gereklidir.² Sürece dahil olan arabulucunun tarafların görüşme masasına oturmasının sağlanması, taraflar

1) Bu konudaki tanımlar için bkz. Özbek s. 492; Tanrıver s. 165; Tuğsavul s. 26-27.

2) Özbek s. 496.

arası görüşmelere yardımcı olmak, uyuşmazlığın tarafsız analizi konusunda taraflara yardımcı olmak, tarafların uyuşmazlık çözümüne ilişkin değişik önerileri ile taraf çıkarlarının ortaya konulmasına yardımcı olmak ve taraflarca istenmesi halinde çözüm önerilerinde bulunmak şeklinde işlevleri bulunur.³ Arabulucunun işlevlerinden, tarafların istemesi halinde çözüm önerilerinde bulunmak işlevi değerlendirilirken, bu işlevin arabulucunun çözüm üretilmesine katkı sağlaması çerçevesinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Yani çözüm önerilerinde bulunulabilmesi veya bulunulamaması hususunun katı bir şekilde ve kesin çizgilerle değerlendirilmesinden ziyade, somut uyuşmazlığın durumuna göre arabulucunun tarafsızlık ve güvenilirliğini zedelemeyen bazı öneriler sunabileceğini, buna karşılık bir çözümü dayatmasının söz konusu olamayacağını belirterek arabulucunun çözüm önerileri sunmasının sınırlarının belirlenmesi yerinde olacaktır.⁴

Arabuluculuk sürecinin başlaması için, arabuluculuğun tanımında bulunan "ihtiyari" ifadesinden de anlaşılacağı üzere tarafların arabulucuya gitmek yönünde ortak bir iradelerinin bulunması gerekir. Bu noktada taraflar, arabuluculuğa başvurmak konusunda aralarında uyuşmazlık çıktıktan sonra anlaşabilecekleri gibi, henüz uyuşmazlık çıkmadan önce de muhtemel bir uyuşmazlık halinde

arabuluculuğa başvuracaklarını kararlaştırabilirler. Bu ikinci halde anlaşma bağımsız bir sözleşme ile olabileceği gibi taraflar arasındaki asıl borç ilişkisine dair sözleşmeye ekleyecekleri bir şart ile de sağlanabilir.⁵

B. Arabuluculuk Sürecinin Başlama Şekli

1. Arabuluculuk Sürecinin Başlamasında Çeşitli Sistemler

Arabuluculuk sürecinin başlaması hususunda çeşitli sistemler bulunur. Bunları mahkeme dışı arabuluculuk, mahkeme içi arabuluculuk ve mahkeme bağlantılı arabuluculuk olarak üç temel başlık altında toplamak mümkündür.

Mahkeme dışı arabuluculuk, tarafların henüz dava açılmadan önce karşılıklı olarak dostane bir çözüm yolu olarak arabuluculuğa başvurmak konusunda ortak iradeleri sonucunda söz konusu olur.⁶ Burada taraflar, aralarında uyuşmazlık çıktıktan sonra, ancak dava yoluna gitmeden önce arabuluculuğa başvurmaktadır. Bu noktada arabuluculuk süreci işletebilir ve süreçten sonuç alınabilirse zaten taraflar arasındaki uyuşmazlık ortadan kalkacak ve dostane bir biçimde çözüme ulaşılmış olacaktır. Bunun sonucunda da dava yoluna gidilmesine gerek kalmayacaktır.⁷

Mahkeme içi arabuluculuk ise, uyuşmazlık

3) Yeşilirmak s. 19; Arabulucunun taraflara çözüm önerileri sunması hakkında ayrıca bkz. Özbek s. 803.

4) Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 675.

5) Kekeç s. 152; Tuğsavul s. 101.

6) Işıқтаç s. 10; Ayrıca bkz. Tuğsavul s. 164.

7) Işıқтаç s. 10.

mahkemeye taşınıp dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulduğunda söz konusu olur.⁸ Mahkeme içi arabuluculuk söz konusu olduğunda, arabulucu dediğimiz kişiler aslında arabuluculuk için özel olarak görevlendirilmiş hakimlerden oluşur, yani arabuluculuk sürecini yürüten bizzat hakim kendisidir ve bu hakimlere “arabulucu-hakim” denilmektedir.⁹

Mahkeme bağlantılı arabuluculukta ise, tıpkı mahkeme içi arabuluculuk gibi açılmış bir dava söz konusudur. Buna karşılık mahkeme içi arabuluculukta gibi arabuluculuk faaliyeti arabulucu hakim tarafından değil, mahkeme dışında bir arabulucu tarafından yürütülmektedir. Burada mahkeme somut duruma göre uyuşmazlığı çözmesi için bir arabulucu da atayabilir, arabuluculuğun gerçekleştirilmesi için duruşmayı da erteleyebilir.¹⁰

2. Türk Hukuku'ndaki Durum

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre Türk hukukundaki sistemin mahkeme dışı arabuluculuk ile mahkeme bağlantılı arabuluculuk sistemlerinin bir karması şeklinde karşımıza çıktığını söylemek mümkündür. Zira taraflar aralarındaki uyuşmazlığı çözmek adına mahkemeye başvurmadan önce arabuluculuğa başvurabilecekleri gibi, mahkemeye başvurduktan sonra

da arabuluculuğa başvurabilirler. Bunun da ötesinde, dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurmaya hiçbir teşvik ve yönlendirme olmaksızın taraflar tamamen kendileri karar verebileceği gibi, mahkeme de tarafları arabuluculuğa başvurmalarını konusunda teşvik edebilir.¹¹

C. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması

Ülkemizde arabuluculuk sürecinin başlaması mahkemenin tarafları arabuluculuğa teşvik etmesi ile taraflardan birinin arabuluculuğa başvurmayı teklif etmesi hallerinde mümkün olur. Bu ikinci halde arabuluculuğa başvurmayı teklif etme durumu dava açılmasından önce de sonra da mümkün olabilmektedir.

1. Mahkemenin Tarafları Arabuluculuğa Teşvik Etmesi

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. Maddesinin 1. fıkrası ve 320. maddesinin 2. fıkrası ile hüküm altına alınmış olduğu üzere, gerek yazılı yargılama usulünde ve gerekse basit yargılama usulünde, mahkemelere ön inceleme aşamasında tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etme ödevi yüklenmiştir. Buna ek olarak HUAK m.13/f.1'de de tarafların davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurabilecekleri ve mahkemenin de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda ay-

8) Işıқтаç s. 10.

9) Tuğsavul s. 165.

10) Tuğsavul s. 165.

11) Özbek s. 805.

dınlatıp teşvik edebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda arabuluculuk sürecinin mahkemenin teşvik etmesi üzerine başlaması mümkündür.

2. Taraflardan Birinin Arabuluculuğa Başvurmayı Teklif Etmesi

Arabuluculuk süreci, taraflardan birinin diğer tarafa arabuluculuğa başvurmayı teklif etmesi üzerine de başlayabilir. Bu teklif dava açılmadan önce yapılabileceği gibi, dava açıldıktan sonra da yapılması mümkündür (HUAK m.13/f.1). Burada arabuluculuğa başvurulması yönündeki teklifin karşı tarafça da kabul edilmesi gerekir.¹² Taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine, teklifin diğer tarafa ulaşmasından itibaren otuz gün içinde olumlu cevap verilmezse bu teklif reddedilmiş sayılır, yani teklifin yukarıda belirtilen süre içinde kabul edilmesi gerekir; ancak bu süre tarafların anlaşması halinde kısaltılabileceği gibi, uzatılması da mümkündür.¹³

3. Arabuluculuk Sürecinin Başlamasının Etkileri

HUAK m.16/f.2'ye göre arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır. Tarafların arabuluculuğa başvurmayaya

daha güven içinde ve dolayısıyla daha özgür olarak karar verebilmesi adına, HUAK m.16/f.2'deki bu hüküm, özellikle dava açılmasından önce arabuluculuğa başvurulduğu halde önem arz eder; çünkü adı geçen hüküm olmasaydı dava açılmasından önce arabuluculuğa başvurulması halinde uyuşmazlık konusu hak ve taleplerle ilgili dava açılmadığı için zamanaşımı süresi kesilmezdi.¹⁴ Bu çerçevede adı geçen hüküm ile zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin geçirilmesi nedeniyle yaşanabilecek hak kayıplarının önüne geçilmesi sağlanmıştır. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkında Rec (2002)10 sayılı tavsiye kararının (Council of Europe – Recommendation Rec (2002)10 on Mediation in Civil Matters) üçüncü ilkesi incelendiğinde de tarafların mahkemeye başvuru hakkının arabuluculuğa başvurmaları halinde de korunması gerektiği belirtilmiştir. Buna ek olarak adı geçen tavsiye kararında, arabuluculuğun gereksiz gecikmelere neden olması ve arabuluculuğun bir geciktirme taktiği olarak kullanılmasının önüne geçilmesinin gerekliliği de vurgulanmıştır.¹⁵ Bu çerçevede HUAK'taki düzenlemenin Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararında yukarıda vurgulanan ilke ve gereklilikleri sağladığı söylenebilir.

Dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulduğu durumda HUAK m.15/f.5 ile HUAK m.19/f.6'ya göre dava açıldıktan sonra tarafla-

12) Özbek s. 808.

13) Özbek s. 808.

14) Özbek s. 814.

15) Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı 3. ilke.

rın birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir ve bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine bir defaya mahsus olmak üzere üç aya kadar uzatılabilir.

4. Arabulucunun Seçilmesi

HUAK m.14'e göre başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir. Bu noktada unutulmaması gereken husus şudur ki, taraflar aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için her zaman güvendikleri bir üçüncü kişiyi arabulucu olarak seçebilirler; fakat bu kişilerin arabuluculuk unvanını ve HUAK'da belirtilen hak ve yetkileri resmi olarak kullanabilmeleri mümkün değildir.¹⁶ Bu çerçevede HUAK'da belirtilen güvenceli sonuçların elde edilebilmesi ve ilgili prosedürlerin işletilebilmesi için, tarafların seçeceği arabulucunun HUAK'da belirtilen arabulucu tanımına uygun olması ve arabuluculuk faaliyetinin de yine HUAK'a uygun şekilde yürütülmesi gereklidir.¹⁷

II. ARABULUCULUK SÜRECİNİN CEREYANI

A. Açılış Oturumları

HUAK hükümlerine göre arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantı-

ya davet eder. Bu toplantıda arabulucu taraflara rolünü ve prosedürün nasıl işleyeceğini açıklarken, taraflar da arabulucuya sorularını sorma ve izlenecek usulü tartışma fırsatı bulurlar.¹⁸ Bu aşamada arabulucu aydınlatma yükümlülüğünü de yerine getirmiş olmaktadır.¹⁹ Bu aşamada tarafların arabuluculuk sürecinde izlenecek usulü tartışma fırsatı bulması, arabuluculuğun niteliği gereği esnek bir yapıya sahip olup, katı usul kurallarına bağlı olmamasından gelmektedir.²⁰ Bu çerçevede taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydı ile arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler. Taraflar arabuluculuk usulünü kararlaştırmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür.

B. Müzakerelerin Yürütüldüğü Aşama

Arabuluculukta tarafların kendi çözümlerini kendilerinin üretmesi esas olduğundan, arabuluculuk faaliyetinden en çok verimin alınabilmesi için tarafların müzakerelere bizzat katılması önem arz etmektedir. Buna karşılık avukatların, arabuluculuk görüşmelerinde olası anlaşma seçenekleri, mahkemeye gidilmesi halinde elde edilebilecek sonuçlar hakkında hukuki bilgi verilmesi, stratejik destek

16) Özbek s. 810.

17) Pekcanitez/Atalay/Özeker s. 674.

18) Kekeç, s.183-184; Tuğsavul s. 177.

19) Tuğsavul s. 177-178.

20) Halıcı/Toprak s. 33.

sağlanması, genel olarak tavsiyelerde bulunulması gibi çeşitli ve önemli rolleri bulunduğu tarafları temsilen arabuluculuk görüşmelerine katılmaları mümkündür.²¹

HUAK ile arabulucuya taraflar ile ayrı ayrı görüşme imkanı da tanınmıştır. Bu özel oturumlar tarafların kendi içlerindeki ilişkilerde problem yaşamaları, tarafların düşünceleri daha özgür değerlendirebilmelerinin gerektiği ve ortak oturumlarda ancak baskı altında fikir geliştirebildikleri hallerde bir gerekliliktir.²² Taraflarla ayrı ayrı görüşmek kimi durumlarda sürecin işleyebilmesi adına çok daha yararlı, ve hatta bazen sürecin devamlılığı için zorunlu dahi olabilir. Ancak taraflarla ayrı ayrı görüşülürken, taraflarda arabulucunun tarafsızlığı ve güvenilirliği hakkında soru işaretleri oluşmasına mahal verilmeden görüşmeler yürütülmelidir.²³ Zira taraflarla ayrı ayrı görüşüldüğünde iletişim ile ilgili tüm sorumluluk taraflardan alınarak arabulucuya yüklenmiş olacaktır.²⁴

Müzakerelerin yürütüldüğü aşamada arabulucunun faaliyetinin bazı sınırları bulunur. Bu husus HUAK m.19/f.5'te "Arabulucu, sürecin yürütülmesi sırasında, taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz; bir çözüm önerisi ya da öneriler kataloğu geliştirip, bunu onlara empoze edemeyeceği gibi, müzakereler sırasında geliştirilen bir çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için de onları zorlayamaz.

Ancak, taraflardan birisinin, uyuşmazlığın çözümü bağlamında, sunmuş olduğu bir önerinin, arabulucu tarafından, diğer tarafa iletilmesi ve onun bu konudaki beyanının alınması bu kapsamda mütalaa edilemez." şeklinde düzenlenmiştir. Burada arabulucunun tarafların önerilerini diğer tarafa iletilmesinin bir çözümü empoze etme şeklinde değerlendirilemeyeceğini ifade etmek gerekir. Zira HUAK gerekçesindeki ifadeler de bu yöndedir.

Bu çerçevede arabulucunun taraflara bir çözüm önerisini empoze etmeksizin, bağımsız ve tarafsızlığını da koruyarak, tarafların üzerinde anlaştıkları hususları ön plana çıkartmak suretiyle belli çözüm önerileri sunmasının arabulucunun çözüm üretilmesine katkı sağlaması şeklinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Ancak arabulucunun tamamen kendi başına bir çözüm önerisi ortaya çıkartması, taraflarda arabulucunun tarafsızlığı hakkında soru işaretlerine yol açarak, arabuluculuk sürecini olumsuz etkilemeye müsait bir durumdur. Zira taraflar arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler ve gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler. Buna ek olarak arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür ve arabulucunun bu konuda taraflarda bir tereddüt uyandırması sürecin anında sona ermesine dahi sebep olabilecek niteliktedir.

21) Kekeç s. 177.

22) Kekeç s. 191.

23) Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 677.

24) Kekeç s. 192.

Bu nedenle arabulucunun tarafların üzerinde anlaşmaları hususları ön plana çıkararak öneriler sunması halinde dahi oldukça dikkatli ve özenli davranması, sürecin işlerliğini tehlikeye atmaktan kaçınması gerekir.

Müzakerelerin yürütüldüğü aşamada tarafların uyuşmazlık konusu hakkında tüm maddi vakıaları ortaya koyması gerekir; çünkü arabuluculuk menfaat temeline dayanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğundan, uyuşmazlık çözüm sürecinde gizlenen bilgiler olması ve bunların ileride ortaya çıkması halinde yeni ve başkaca sorunlar gündeme gelebilecektir; ancak böyle bir sonucun önüne geçilip gelecekte de varlığı sürdürülecek bir çözüm üzerinde anlaşılması gerekir.²⁵ Bu noktada arabulucunun da objektif, tarafsız ve bağımsız bir gözlem yapması önemlidir. Zira tarafların menfaatleri ile maddi vakıaları sürecin başından itibaren mümkün olduğunca doğru bir biçimde saptayan arabulucu, çözüm üretilmesine katkı sağlarken iki tarafın da menfaatini eşit bir şekilde gözetebilecek, bu çerçevede bağımsızlığını ve tarafsızlığını da daha rahat koruyabilecektir.

Bu aşamada müzakereler yürütülürken arabulucu taraflara birbirlerinin menfaatlerini anlamaları için sorular sorabilir, ve hatta taraflardan diğer tarafın menfaatini anlatmalarını da isteyebilir.²⁶ Buna karşılık, özellikle ortamın gergin olduğu bir atmosferde, iliş-

kilerin zedelenmiş olduğu durumda ve tarafların birbirleriyle kurdukları iletişimden verim alınamaz hale geldiğinde, taraflardan tüm menfaatlerini doğrudan açıklamalarının beklenmesi güçtür. Bu noktada arabulucu taraflarla ayrı ayrı görüşme ve iletişim kurma yoluna gidebilecektir. Böyle bir durumda taraflarla yalnız görüşme, birçok arabulucu için arabuluculuk sürecinin başarıyla sonuçlanması için bir anahtar olarak görülmektedir,²⁷ çünkü süreç artık taraflarla ortak görüşmelerden verim alınamadığı noktaya geldiğinde ayrı ayrı görüşme yoluna gidilmezse muhtemel olarak taraflardan biri masadan kalkacak ve süreç anlaşma olmaksızın sona erecektir.

Menfaatler karşılıklı olarak açıklanıp her iki tarafça anlaşıldıktan sonra müzakerelerde tarafların çözüm önerileri sunması beklenir. Bu aşamada karşılıklı yapılacak beyin fırtınası ile her bir tarafın mümkün olduğunca fazla sayıda ve yaratıcı şekilde, arabuluculukta temelin haklılık değil menfaat olması nedeniyle uyuşmazlığı her iki tarafın menfaatine uygun biçimde ve yine haklılık değil menfaat temeline dayanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi içinde oldukları için geçmişte yaşananları geçmişte bırakarak geleceğe dönük çözümler üretmeleri gerekmektedir.²⁸ Kaldı ki mahkeme yerine arabuluculuk yöntemine başvurulmasının bir nedeni de çoğu zaman mahkemede bir tarafın kazanan ve diğer tarafın kaybeden olmasına karşılık, arabuluculuk

25) Tuğsavul s. 178.

26) Tuğsavul s. 178.

27) Tuğsavul s. 179.

28) Tuğsavul s. 179.

yönteminde taraflar kendi çözümlerini kendileri ürettiği için her iki tarafın da kazandığı, yani menfaatlerinin dengelendiği bir çözüme ulaşılmasının sağlanabilecek olmasıdır. Bu nedenle taraflarca üretilen çözüm önerilerinde de uyuşmazlığın çözüm şeklindeki “dostane” kavramı önem kazanmaktadır ve karşı tarafın menfaatinin de göz önüne alınması, her iki taraf için de daha uygun bir çözüme ulaşılmasını sağlayacaktır. Ayrıca burada her iki tarafın menfaatine uygun bir çözüm üretilmesine dayanan kazan-kazan prensibine göre de mahkemenin vereceği karardan farklı olarak tamamen yaratıcı ve tarafların menfaatine uygun bir çözümün kabulü de mümkündür.²⁹

Unutulmamalıdır ki arabuluculuk süreci sonunda taraflardan her biri kendi menfaatini en az karşı tarafın menfaati kadar gözetken bir çözüm üzerinde anlaşmak isteyecektir. Bu çerçevede genelde karşı karşıya gelen tarafların kazan-kaybet prensibinde hareket edip, kendilerinin kazanan ve karşı tarafın ise kaybeden konumunda olmasını istemesine karşılık arabuluculukta kazan-kazan teorisinde bulunan “bizim kazanmamız için onların da kazanması gerekli” şeklindeki düşünce kalıbından hareket edilmesi, üzerinde anlaşılabilir bir çözümün yaratılması açısından ciddi bir gerekliliktir.³⁰

29) Snelson s. 2.

30) Snelson s. 9.

31) Halıcı/Toprak s. 37.

32) Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 678.

III. ARABULUCULUK SÜRECİNİN SONA ERMESİ

A. Arabuluculuk Süreci Sona Erdiğinde Düzenlenen Tutanak

Arabuluculuk süreci sona erdiğinde, arabulucu tarafından bir tutanak düzenlenir. Bu tutanak arabuluculuk faaliyetinin sona erip ermediği ile sona erdiği durumda da ne zaman sona erdiği konusunda bir tereddüt oluşmasının önüne geçer.³¹ Bu tutanak da esasında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulduğu durumda hak düşürücü süreler ile zamanaşımı konusunda önem kazanacaktır. Zira hak düşürücü süreler ile zamanaşımının hesabında arabuluculuğun bitiminden sonrası önem arz edecektir.

B. Arabuluculuk Sürecinin Anlaşma ile Sona Ermesi

Arabuluculuk sürecinin tarafların bir çözüm üzerinde anlaşması ile sona erdiği halde taraflar isterlerse bu çözümü bir metne dökmeyebilirler; çünkü sorunun çözüldüğü durumda zaten amaç gerçekleşmiş olacaktır.³² Ancak kanun koyucu, taraflara bir anlaşma belgesi düzenleme imkanı da tanımıştır ki; bu anlaşma belgesi de anlaşma kapsamında daha sonradan bir uyuşmazlık çıkması halinde taraflara üzerinde anlaşılan çözümün yazılı şekilde

belgelenmesi imkanını sağlayacaktır. Bu belge yazılı olmalıdır ve taraflar ile arabulucu tarafından imzalanmalıdır ve kanunda öngörülen bu şekil şartının arabuluculuk anlaşması için geçerlilik şartı olduğu söylenebilir.³³

Yazılı bir şekilde anlaşma belgesi düzenlenecek ise, bu belge yazılı olarak düzenlenmeden önce anlaşmanın pratikte denenmesinde fayda vardır. Yani tarafların temel menfaatlerinin karşılanıp karşılanmadığı hususunda bir test yapılarak, zayıf noktalar veya ileride uyuşmazlık çıkmasına neden olabilecek konular varsa, bunların imkan varken düzeltilmesi adına yazılı anlaşma belgesi ortaya çıkartılmadan önce anlaşmanın test edilmesinde yarar bulunmaktadır.³⁴

Bu belge tarafların arabuluculuk müzakereleri sonucunda vardığı anlaşmayı, anlaştıkları noktaları içerir. Bir diğer deyişle bu durumda taraflar uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmış olurlar. Doğal olarak bu anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir (HUAK m.18/f.1). Bu anlaşmada belirlenen hususların açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi önem arz etmektedir. Zira “adil”, “kabul edilebilir”, “makul bir şekilde” gibi kesin ve belirli olmayan ifadeler daha sonra tarafların anlaşmanın bu maddelerini kendi lehlerine yorumlaması suretiyle yeni anlaşmazlıklara yol açıp, uyuşmazlığın tamamen sona ermesini engelleyebilirler.³⁵

Bir anlaşma belgesi düzenlendiği halde de taraflara mahkemeden bu anlaşmanın icra

edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini isteme hakkı tanınmıştır. Eğer taraflar bu şerhin verilmesi için başvurur ve mahkeme de anlaşmaya bu şerhi verirse, bu durumda arabuluculuk süreci sonunda ortaya çıkan anlaşma ilam niteliğinde belge sayılacaktır. Bu şerh sonrasında anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge durumuna geldiği için, ilamlı icraya konu edilmesi de mümkün hale gelmiş olur. Bu sayede arabuluculuktan alınan sonuç da güçlendirilmiş olmaktadır.

IV. ARABULUCULUK SÜRECİNE EGEMEN OLAN İLKELER

A. Genel Bilgi

Arbuluculuk faaliyetinin yürütülmesine egemen olan temelde iki ilke bulunmaktadır. Bunlar, iradi olma ve eşitlik ilkesi ile gizlilik ilkesidir. Bunlardan gizlilik ilkesi de esasında arabuluculuk müzakerelerinin gizliliği ile delil ve tanıklık yasağı olarak ikiye ayrılabilir. Bu ilkelerin dışında da arabuluculuk sürecinde etki gösteren ve daha çok arabulucuya dair olan görevi özenle, tarafsız ve bağımsız biçimde yerine getirme yükümlülüğü, tarafları aydınlatma yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü ve tanıklıktan çekinme hakkı gibi bazı hak ve yükümlülükler bulunur.

B. İradi Olma ve Eşitlik

Bavyera ve Baden Württemberg Eyaletleri

33) Tuğsavul s. 191.

34) Kekeç s. 206.

35) Kekeç s. 207.

gibi bazı hukuk düzenlerinin³⁶ aksine HUAK ile ülkemiz hukuk düzeninde arabuluculuğa başvuru tamamen tarafların iradelerine bırakılmıştır (HUAK m.3/f.1). Daha önce değinildiği gibi davayı görmekte olan hakim de tarafları arabuluculuğa teşvik edebilir. Ancak bu durumda dahi tarafların iradeleri arabuluculuğa başvurmak yönünde olmadığı sürece hakim re'sen arabuluculuğa başvurulmasına karar verememektedir.

İradi olma ilkesi kapsamında arabuluculuğa başvurmaya ek olarak, süreci devam ettirmek, sonlandırmak ve hatta süreci anlaşılarak veya anlaşmayarak sonlandırmak dahi tamamen tarafların iradelerine kalmıştır. Hatta anlaşıldığı durumda bu anlaşmayı yazıya döküp dökmeme ve anlaşmanın kapsamını belirleme konusunda da tamamen tarafların iradeleri egemendir.

Arbuluculukta kararı veren bir üçüncü kişi veya kurum olmayıp, çözüm önerisini ve dolayısıyla anlaşmayı taraflar bizzat ortaya çıkarttıkları için devlet mahkemelerinde dava açılsaydı olacağı gibi, iradi bir yöntem olarak başvuru arabuluculukta da taraflar tamamen eşittirler (HUAK m.3/f.2). Yargı organları önünde uyuşmazlıklar çözülürken adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak eşitlik söz konusudur.³⁷ Her

ne kadar bir yargılama faaliyeti söz konusu olmasa da, arabuluculukta da bir uyuşmazlık çözümü söz konusudur ve burada da eşitlik ilkesinden vazgeçilmesi düşünülemez.

C. Gizlilik

1. Genel Bilgi

Gizlilik ilkesi taraflar arasındaki uyuşmazlığın içeriğinin ve uyuşmazlık sürecinde ileri sürülen bilgi ve belgelerin açıklanmamasını ve başkalarına iletilememesini ifade eder.³⁸ Bu kapsamda süreçte yaşananlar, ortaya çıkarılan bilgi, belgeler ile beyanların ileride taraflar aleyhine kullanılmayacağını bilmek tarafların sürece duyduğu güveni artıracığından, taraflar açısından teşvik edici bir sonuç doğuracaktır.

Gizlilik ilkesi çerçevesinde öncelikle belirtilmelidir ki, her ne kadar Anayasa'da aleniyet ilkesi teminat altına alınmış olsa da, arabuluculukta bir yargılama faaliyeti söz konusu olmadığından dolayı gizlilik ilkesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmayacaktır.³⁹

2. Arabuluculuk Müzakerelerinin Gizliliği

Arbuluculuğa başvuran tarafların uyuşmazlığı arabuluculuk ile çözmek istemelerinin bir

36) Anılan düzenlerde sulh hukuk mahkemesinin görev alanına giren ve konusu para veya parasal değer olup toplamı 750 Euro'yu aşmayan taleplere ilişkin parasal uyuşmazlıklarda, belirli komşuluk hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, basın veya yayın yolu ile olmamak üzere kişinin şerefine ve haysiyetine yönelik saldırılardan doğan uyuşmazlıklarda mahkemeye başvurmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu olması hakkında bkz. Tuğsavul s. 125.

37) Tuğsavul s. 134.

38) Tuğsavul s. 135.

39) Tiktık s. 63.

nedeni de kimi zaman gizlilik olacağından⁴⁰ ve arabuluculuk yöntemi ile uyuşmazlıkların çözümünde gizlilik ve dolayısıyla güvenilirlik de çözüme ulaşmada en önemli gerekliliklerden olduğundan,⁴¹ gizlilik ilkesi kanun ve yönetmelik ile güvence altına alınmıştır. Arabulucunun arabuluculuk faaliyeti sırasında kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü olmasına ek olarak, gizlilik ilkesinin kapsamı arabuluculuk faaliyeti sırasında fotoğraf çekilemeyeceği ile ses ve görüntü kaydı da yapılamayacağını da içerecek şekilde belirlenmiş, ve hatta gizlilik kuralına aykırı hareket etmeme sonucunda yaptırım da öngörülmüş, gizlilik kuralına uyma yükümlülüğü altında olan kişilere de arabulucunun kendisine ek olarak yanında çalışan ve staj yapan kimseler de dahil edilmiştir. Gizlilik ilkesi çerçevesinde gizliliğe uyma yükümlülüğü yukarıda açıklanan kapsama ek olarak, aksi kararlaştırılmadıkça tarafların da bu gizliliğe uymak zorunda olduğu şeklinde düzenlenmiştir. Buna karşılık belirtmek gerekir ki, farklı görüşler⁴² olsa da, taraflarla ayrı ayrı görüşülmesi halinde elde edilen bilgilerin, ilgili taraf bu bilginin gizli kalmasını istemedikçe arabulucu tarafından diğer tarafa aktarılması mümkündür.⁴³

3. Delil ve Tanıklık Yasağı

Gizlilik ilkesinin bir gereği olarak, arabuluculuk sürecinde yapılan müzakerelerin içeriği ile birlikte müzakerelerde kullanılan bilgi ve belgelerin de gizli kalması gerektiği, özellikle arabuluculuk sürecinden sonra uyuşmazlık konusu ile ilgili dava veya tahkim yoluna gidilmesi halinde önem kazanacaktır.⁴⁴ Zira arabuluculuk müzakerelerinin gizliliği çerçevesinde tarafların bu bilgi ve belgelerin açıklanmasını istemiyor olabileceğine ek olarak bu bilgi ve belgelerin daha sonra kendileri aleyhine delil olarak kullanılmayacağına da bir güven duymaları gerekir ki bu bilgi ve belgeleri rahatça açıklayabilsinler ve geleceğe dönük, kalıcı bir çözüm elde edilebilsin. Zira gizliliğin korunması ile sağlanmak istenen de tarafların menfaatlerini açıkça ortaya koyması ile içtenliğin ve güven ortamının tesisidir.⁴⁵

Gizlilik ilkesine ilişkin düzenlemede sayılan beyan ve belgeler delil olarak kullanılmayacağı gibi, bunlar hakkında tanıklık da yapılamaz. Bu beyan ve belgeler gizlilik yükümlülüğüne aykırı şekilde delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. O kadar ki, bu bilgilerin açıklanmasını mahkemenin, hakemin veya herhangi bir idari makamın istemesi de mümkün değildir. Bu bilgi ve belgelerin açık-

40) Halıcı/Toprak s. 35.

41) Tuğsavul s. 134.

42) Tarafların "açık rızası" olmadıkça taraflarla ayrı ayrı yapılan görüşmelerde edinilen bilgilerin arabulucu tarafından diğer tarafa aktarılamayacağı hakkında bkz. Tıktık s. 45.

43) Kekeç s. 93.

44) Halıcı/Toprak s. 35.

45) Tıktık s. 47.

lanması ancak bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icra edilebilmesi için gerekli olduğu ölçüde mümkündür. Buna karşılık, Kanun'da belirtilen beyan ve belgelere ilişkin delil ve tanıklık yasağı saklı kalmak üzere, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta ileri sürülmüş oldukları için kabul edilemeyecek delil haline gelmezler. Zira gizliliğe ilişkin ilkenin tarafların ispat hakkını ortadan kaldırmaması gerekir.⁴⁶ Bu çerçevede arabuluculuk faaliyeti hiç gündeme gelmiş olmasaydı da, taraflar bir delili ellerinde bulunduruyor veya elde edebiliyorlardıysa ve bu delili mahkemede veya tahkimde geçerli delil olarak ileri sürebiliyorlardıysa, bu delilin sırf arabuluculukta ileri sürülmüş olması delili geçersiz hale getirmeyecektir.⁴⁷

HUAK m.33'te gizlilik ilkesine aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişinin altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınarak, gizlilik ilkesinin yaptırımını da belirlenmiştir.

D. Arabuluculuk Sürecine Egemen Olan Diğer İlkeler

Yukarıda da açıklandığı üzere HUAK çerçevesinde arabuluculuk sürecine egemen olan temelde iki ilke bulunur ve bunlar iradi olma ve eşitlik ile delil ve tanıklık yasağıdır. Ancak

bunlar dışında da arabuluculuk sürecinde etki gösteren ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkelerden bir kısmı kanunda da kendini göstermekle birlikte, daha çok genel anlamda arabuluculuğa ilişkin ilkelerdir. Bunlar;

- Bir arabulucunun mevcut olması,
- Arabulucunun tarafsızlığı,
- Arabulucunun bağlayıcı bir karar verme yetkisinin bulunmaması,
- Arabulucunun yetkisinin taraflardan kaynaklanması,
- Arabuluculukta karşılıklı anlaşmaya dayanan bir çözümün esas olması,
- Arabuluculukta uyuşmazlığın çözümünün amaçlanması,
- Arabuluculukta uyuşmazlığın çözümünün kolaylaştırılması,
- Arabuluculukta güvenli bir müzakere ortamının hazırlanması,
- Arabuluculukta uyuşmazlık çözümünde iletişim yetkisinin bizzat taraflarda olması,
- Arabuluculukta gizliliğin güvence altında olması,
- Arabulucunun taraflara bağımsız tavsiyelerde bulunamaması,
- Arabuluculukta ihtilafın ve husumetin artmasına engel olacak şekilde anlaşmazlığın kontrol altına alınması

46) Tıktık s. 48.

47) Gereke m. 5.

şeklinde sıralanabilir.⁴⁸ Bu ilkelerden bir kısmı HUAK'a açıkça yansımış olmakla birlikte bazılarının açık hükümler şeklinde kanunda görülmesi mümkün olmasa da, bu temel ilkelerin bütün arabuluculuk türlerinde aynı olduğu söylenmekte olduğu⁴⁹ düşünüldüğünde ülkemizde yürütülen arabuluculuk faaliyetlerinde bu ilkelerinde göz önüne alınmasında fayda bulunmaktadır.

V. SONUÇ

Ülkemiz hukuk düzeninde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile yer edinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanan arabuluculuk yöntemi esasında taraflar açısından da mahkemeler açısından pek çok fayda barındırmasına rağmen, ülkemizde hala gerektiği gibi işletilebilmeye başlanmış değildir. Kanun ve yönetmelik çerçevesinde teoride oldukça başarılı sonuçlar alınabilecek olan bu dostane uyuşmazlık çözüm yönteminden beklenen verimin alınabilmesi için toplumun da bu tip yöntemlere hazırlanması gerekir. Dostane bir yöntem ile aralarındaki uyuşmazlığı çözmek konusunda istekli olan ve düşmanlık duygularını bir kenara bırakarak çözüm odaklı hareket etmeye hazır olan taraflar arasında, kazan-kazan sonucunun elde edilebileceği bir yöntem olan arabuluculuk, gerek sürecin işleyiş biçimi ve

gerek sürece egemen olan ilkeler çerçevesinde, oldukça verimli ve taraflarca istenen sonuçlara en yakın sonucun elde edilebileceği bir dostane uyuşmazlık yöntemi olup, bu yöntemin zaman içerisinde daha geniş kitleler bağlamında işlerlik ve uygulama alanı kazanması, ülkemiz yargısına büyük katkıda bulunabilecektir.

KAYNAKÇA

Halıcı Ali/Toprak Musa, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 1. B., Ankara 2014.

Işıқтаç Yasemin, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu, İstanbul 2014.

Kekeç Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Doktora Tezi, 2010.

Özbek Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009.

Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013.

Snelson Stuart, Win-Win Theory For Win-Win Success: Introduction to Win-Win Theory and the Science of Social Causality, 2004, <http://www.investmenttools.com/pdf/winwin2.pdf> (Erişim Tarihi: 15.06.2016).

48) Özbek s. 496-512.

49) Özbek s. 496.

Tanrıver Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, Sayı 64, Ankara 2006.

Tuğsavul Taşpolat Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.

Yazıcı Tıktık Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, Doktora Tezi, 2010.

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

Diğer Kaynaklar

Council of Europe Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to member states on mediation in civil matters, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2002\)10&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2002)10&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6) (Erişim Tarihi: 15.06.2016).

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Madde Gereççeleri, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/TasariSamaIari/KanunIasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> (Erişim Tarihi: 15.06.2016). (Gereççe).