

MİLLETLERARASI ARABULUCULUK UZLAŞMA SÖZLEŞMESİNİN SINIR-ÖTESİ TENFİZİNE DAİR SÖZLEŞME TASLAĞI*

Chang-fa Lo**
Winnie Jo-Mei Ma***

DOI: 10.21492/inuhfd.357698

Çevirenler: Necla ÖZTÜRK****
Güven YARAR*****

Özet

“Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmesinin Sınır-Ötesi Tenfizine Dair Sözleşme” Taslağı, Taipei’de düzenlenen çok sayıda tahkim ve arabuluculuk konferanslarının ve bir araştırma projesi ile bağlantılı bir dizi tartışma ve görüşmelerin bir sonucudur. Bu Taslağın ana fikri, Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmelerinin (International Mediated Settlement Agreements - iMSA’lar) sınır-ötesi tenfizinin cazibesini tanımak, iMSA’lar için öngörülen tenfiz koşullarını belirlemek ve ülkelerin iMSA’ları tenfiz etmelerini sağlamaktır. Taslak, tenfiz talep edilen akit devlet dışında başka bir akit devlette sonlandırılan kurumsal ya da ad hoc arabuluculuktan doğan ticari konulardaki iMSA’ları da içeren sınır-ötesi tanıma ve tenfiz için uygun olan iMSA’ların kapsamını tanımlamaktadır. Taslak, akit devletlere iMSA’ları tanıma ve tenfiz zorunluluğu getirmektedir. iMSA’lar için tanıma ve tenfize uygun olma koşulları asgaridir, ancak bu iMSA’ların gerçekten yapıldığından emin olmak amacıyla kurumsal arabuluculuk ile ad hoc arabuluculuktan kaynaklanan İMSA’lar arasında bazı küçük farklılıklar gözetilmiştir. iMSA’ların tenfiz edilmeme nedenleri ayrıca bunların tenfizini haklı kılan nedenleri zayıflatacak bazı temel sorunlarla sınırlı tutulmuştur. Bu taslak, iMSA’ların tenfizinde paralel ve bir arada mevcut olan rejimleri de tanımlamaktadır; aynı zamanda, gizli bilgilerin korunması gereğini de öngörmektedir. Akit devletin,

* Makalenin özgün atf bilgisi için bkz. **Chang-fa Lo / Winnie Jo-Mei Ma: Draft “Convention on Cross-Border Enforcement of International Mediated Settlement Agreements”**, 7 Contemporary Asia Arbitration Journal, Volume 7, 2014, s. 389-403.

** Anayasa Mahkemesi Yargıçısı; Prof. Dr. Ulusal Tayvan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, lohuang@ntu.edu.tw

*** Onursal Yrd. Doç. Dr. Bond Üniversitesi, Avustralya, wma@bond.edu.au

**** Doç. Dr. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD. Başkanı, ozturknecla@akdeniz.edu.tr

***** Araştırma Görevlisi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD, guvenyarar@akdeniz.edu.tr

arabulucular veya arabuluculuk hizmeti sunan kuruluşlar tarafından arabuluculuk hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin kalite güvence mekanizmalarını geliştirilmesi yanında, teknik yardımın teşviki hususunda birbirleriyle ve uluslararası kuruluşlarla işbirliği yapması beklenmektedir. Daha geniş yargılama alanı sağlamak için devleti, ayrı gümrük bölgelerini de kapsayacak şekilde tanımlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: MSA, arabuluculuk uzlaşma sözleşmesi, uzlaştırmaya dayalı sözleşme, AB Arabuluculuk Direktifi, Uzlaşma Model Kanunu, New York Sözleşmesi.

GİRİŞ

Milletlerarası arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin (iMSA'lar) sınır ötesi tenfizine ilişkin uluslararası bir belge yapılmasının teşviki, bu Taslak Sözleşmenin yazarları tarafından birkaç yıldan beri öngörülmüştür. iMSA'ların sınır ötesi tenfizi, 2012 ve 2013 yıllarında Dünya Ticaret Örgütü Asya Merkezinin ev sahipliği yaptığı Taipei Milletlerarası Tahkim ve Arabuluculuk Konferanslarının, Dünya Ticaret Örgütü, Uluslararası Sağlık Hukuku, Tayvan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Millî Politikası (ACWH) ile bu Taslak Sözleşmenin yazarlarının bildiri sunduğu Çin Tahkim Derneğinin (Tayvan) en önemli konularından biridir. Ayrıca Sözleşme Taslağının yazarları, Kasım 2013 tarihinde Bond Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kolokyumuna katılmış ve MSA'ların sınır ötesi tenfizinde milletlerarası bir sözleşmeye ihtiyaç olup olmadığı ve bu sözleşmenin nasıl olması gerektiği konularına odaklanmışlardır. MSA'ların küresel çapta tenfizinde potansiyelin keşfedilmesi için uluslararası bir işbirliği projesi olan "MSA Projesi", MSA'ların tenfizinde yürürlükteki rejimle, yerine geçmesi bile, uyum sağlayacak bir uluslararası belgenin tasarlanması için yol haritası oluşturulması amacıyla, Taslak Sözleşmenin yazarları yanında *Laurence Boulle* ve *Bobette Wolski*'nin katılımıyla başlatılmıştır.

Bu çalışmalar sırasında, bu tür bir belgenin yapılmasına karşı harici görüşler ifade edilmiştir; çünkü hem nihai uygulama bakımından MSA'lar tahkim hükümleri (rızaî kararlar) içerisine dâhil edilebilir ve hem de MSA'lar tenfiz amaçları yönünden sıradan uzlaşma sözleşmelerinden farklı değildir. Bizim görüşümüz ise, "uygunluk esaslı tahkim kararlarının" belli türlerine dayanmak yerine, yani sadece tenfizin teknik amaçları için bir MSA'yı dâhil

etmek üzere tahkim sürecine başvurmaktan ziyade, MSA'larda yansıtılan sonuçların tenfizini temin edecek özgün mekanizmaların bulunması gerektiği yönündedir. Tenfize yönelik hantal ve hatta yapay melez süreçler ise arabuluculuk veya tahkimin kalitesi ve hatta bütünlüğünü ihlal eden tehlikeler demektir. Ayrıca, tenfiz sürecinde MSA'lara sıradan uzlaşma sözleşmesinden farklı davranmanın teorik ve pratik gerekçelerinin bulunduğunu düşünüyoruz. Çağdaş Asya Tahkim Dergisi'nin Özel Sayısı (Mayıs 2014, Cilt 7 Numara 1), iMSA'ların tenfizine ilişkin bu teorik ve pratik konuları ele alıp tartışan ve ayrıntılı inceleyen makaleler yayımlamıştır. Taslak Sözleşmenin yazarları, bu hususlara yönelik çeşitli yaklaşımları araştırarak bu Özel Sayıya katkıda bulunmuşlardır.

MSA Projesindeki bu gelişmeler, ilk kez 2014 Taipei Milletlerarası Tahkim ve Arabuluculuk Konferansı'nda sunulan ve *Lawrence Boo, Mary Thomson, Nadja Alexander, Robert Home* ve diğerlerinin değerli yorumlarıyla geliştirilen mevcut haliyle "Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmelerinin Sınır-Ötesi Tenfizine Dair Sözleşme" Taslağının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Taslak hazırlama süreci, MSA'ların uygulamasına ilişkin çok taraflı bir sözleşme yapılmasındaki diğer inisiyatiflerle örtüşmektedir; bunlardan bilhassa Temmuz 2014'te New York'taki UNCITRAL'ın 47'inci oturumunda sunulan Amerika Birleşik Devletleri teklifi, UNCITRAL Çalışma Grubu II'nin yüksek öncelikli projesi olması muhtemeldir.

Taslak Sözleşme, milletlerarası arabuluculuk ile ilgilenenlere iletmeli, böyle bir milletlerarası sözleşme ihtimalini ve uygunluğunu değerlendirmek üzere konuya ilgi duyanlar için somut bir temel oluşturmalıdır. Bu Sözleşme Taslağının üç amacı bulunmaktadır: konuya ilişkin farkındalığı artırmak, iMSA'ların sınır-ötesi tenfizi fikrini teşvik etmek ve sonuç olarak böyle bir milletlerarası sözleşmenin kabulünü sağlamak. Hâlen uluslararası toplum tarafından henüz üzerinde uzlaşma sağlanmamış meseleler kalmasına rağmen, bu Sözleşme Taslağının iMSA'ların sınır-ötesi tenfizi tartışmalarının bütünü ve böyle bir milletlerarası sözleşmenin nihai sonuca ulaşmasına anlamlı bir katkı olacağını umut ediyoruz.

MİLLETLERARASI ARABULUCULUK UZLAŞMA SÖZLEŞMESİNİN SINIR-ÖTESİ TENFİZİNE İLİŞKİN SÖZLEŞME TASLAĞI

Önsöz

Bu Sözleşmeye Akit Devletler,

Arabuluculuğun, tarafların ihtiyaçlarına göre hazırlanmış süreçler vasıtasıyla ticari meselelerdeki uyuşmazlıkların uygun maliyetli çözümünü sağlayabileceğini, uyuşmazlığın tarafları arasındaki dostane ilişkileri koruyabileceğini, uluslararası işlemleri kolaylaştırabileceğini ve sözleşmeye akit devletlerce adaletin tanziminde tasarruf edilebileceğini kabul ederek,

Tarafların gittikçe artan sayıdaki sözleşmelerine arabuluculuk kayıtlarının çeşitli biçimlerini dâhil ettiğini ve arabuluculuğun milletlerarası nitelikteki ticari konularda giderek önem kazandığını kabul ederek,

Tarafsız üçüncü kişilerin yardımıyla yürütülen bir usuller dizisinden ortaya çıkan arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin sıradan uzlaşma sözleşmelerinden farklı olduğunu ve taraflar için arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin yerine getirilmemesinden doğan uyuşmazlıkları çözmek için dava veya tahkim gibi başka bir uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurmayı arzu etmediklerini kabul ederek,

Ayrıca, arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin sınır-ötesi tenfiz hükümlerinin eksikliği yüzünden, tarafların gelecekteki muhtemel tenfiz için arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin içeriğini kapsamak üzere tahkim usullerine sık sık dayandığını ve arabuluculukla varılan sonucun tenfizi amacına ulaşmak üzere bazı tarafların, hakemlerin tahkimi arabuluculuğa dönüştürmesi ve muhtemelen tekrar tahkime geri dönmesine izin vermek üzere ve arabuluculuk uzlaşma sözleşmesine uymama ihtimaline karşı arabuluculuk uzlaşma sözleşmesinin tenfizini temin etmek amacıyla tahkim kararı içerisine arabuluculuk uzlaşma sözleşmesi dâhil etmek üzere kendi sözleşmelerine Tahkim-Arabuluculuk veya Tahkim-Arabuluculuk-Tahkim hükümleri gibi çeşitli biçimlerde karma kayıtlar koymayı kabul ederek,

Tahkim kararlarına arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin içeriğini dâhil etmenin gereksiz masrafları ve teknik güçlüklerinden

kaçınmak amacıyla tenfiz mekanizmaları ile güvence altına alınan arabuluculuk uzlaşma sözleşmeleri için pratik bir ihtiyacın bulunduğunu tanıyarak ve arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin sınır-ötesi tenfizinin arabuluculuğun kullanılmasını teşvik eden pratik bir işleve sahip olduğunun farkında olarak,

Arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin sınır-ötesi tenfizi hakkında bazı sorunlarla ilgilenen ve her ikisi de arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin tenfizini cazip gören 21 Mayıs 2008 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Arabuluculuğa İlişkin 2008/52 EC sayılı Avrupa Parlamentosu Direktifi ve UNCITRAL Uluslararası Ticari Uzlaşma Model Kanunu gibi milletlerarası belgelerin bulunduğunu kabul ederek,

Uzlaşmanın bütünüyle isteğe bağlı niteliği, tarafların bağımsız iradesi ve kendi kaderini belirlemesi, arabulucunun yansız ve tarafsızlığı, usul adaleti, gizliliği ve sonucun iradeselliği içerisindeki değerlerini korumak niyetiyle,

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

Madde 1

Uygulama Alanı

1. Bu Sözleşme, tenfiz talep edilen devlet dışında bir akit devletin ülkesinde sonuçlanan; tarafların iş yerlerinin veya yükümlülüklerinin önemli bir kısmını yerine getirdiği ya da en sıkı ilişkili yer ile uyumsuzluk konusunun farklı yargı çevreleri olduğu¹; uzlaşmaya varılabilecek ticari konularda bireyler arasındaki uyumsuzlukları (fiziki veya hukuki) milletlerarası arabuluculuk uzlaşma sözleşmesinin (iMSA) idare ettiği kurallara göre arabuluculuk yoluyla veya iMSA'nın tenfiz

¹ Madde 1, "iMSA"yı ve bu Taslak Sözleşmenin uygulama alanını belirlemektedir. Uluslararası gereksinimler, New York Sözleşmesi madde I ve Uzlaşma Model Kanun madde 1(4)'den uyarlanmıştır.

edilmek istendiği yer hukukuna göre çözen milletlerarası arabuluculuk sözleşmelerinin tenfizinde uygulanacaktır².

2. Ticari konulara örnek olarak, bunlarla sınırlı olmamak üzere, sözleşmeye dayalı olan ya da olmayan ticari nitelikteki tüm ilişkilerden doğan her türlü mal ve hizmetin tedarik edilmesi ve değişimini içeren ticari işlemleri, distribütörlük (dağıtım) sözleşmesi, ticari temsil veya acenta faaliyeti, factoring, finansal kiralama, inşaat, danışmanlık, mühendislik, lisans, yatırım, finans, bankacılık, sigorta, işletme anlaşması veya imtiyaz hakkı, *joint venture* (ortak girişim) ve diğer endüstriyel ve sanayiye dair işbirliği biçimleri ile yolcu ve malların hava, deniz, demir yolu, kara yoluyla taşınmasını içerir³.

²Arabuluculuğa elverişlilik meselesi, Avrupa Birliği (AB) Arabuluculuk Direktifinin önsözünde (10) yer almaktadır. " tarafların ilgili uygulanacak hukuka göre özgürce kararlaştırmadığı meseleler" (örneklere İş Hukuku da dâhildir) arabuluculuğa uygun değildir.

(AB Arabuluculuk Direktifi m. 1(2)'de kullanılan) "ilgili uygulanacak hukuk" yerine hukuk seçimi yöntemi belirlenmiştir. Arabuluculuğa elverişlilik, iMSA'yı idare eden hukuka tabi olmalıdır. Bununla birlikte, iMSA'nın tenfiz edilmeye çalışıldığı yer hukukunda arabuluculuk yoluyla çözülemeyecek bir meseleyse, burada iMSA'nın tenfizi beklenmemelidir.

³ Madde 1(2), Uzlaşma Model Kanun madde 1(1) dipnotta 3'de yer alan ticari konularının kapsamlı olmayan listesinin aynısıdır. Ticari konulardaki sınırlama "evrensel bir uyumu kolayca sağlayamayan ticari olmayan konularda uzlaşmanın prensip meselesi olduğuna değindiğinin fark edilmesinin bir sonucudur": bkz. UNCITRAL, UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL CONCILIATION WITH GUIDE TO ENACTMENT AND USE 2002, 29 (2004) [Bundan böyle *Uzlaşma Model Kanun Rehberi* olarak anılacaktır].

Her ne kadar AB Direktifi "hukuki ve ticari konuları" içeriyorsa da Taslak Sözleşme, üç nedenden dolayı ticari nitelikteki iMSA'ların sınır-ötesi tenfiziyle sınırlıdır. Öncelikle Uzlaşma Model Kanun "uluslararası ticari uzlaşma" ile sınırlandırılmıştır. Uzlaşma Model Kanunu benimseyen ve uygulayan ülkelerin, ticari iMSA'ların tenfizi konusunda uluslararası bir sözleşmeyi kabul etme ve uygulama olasılıkları daha yüksektir. İkinci olarak, aile, evlilik ve miras gibi medeni hukuka ait konular, bazı yargı çevrelerinde tarafların özgür iradesine veya eğilimine tabiyken, bu konular hala farklı kültürlere ve yasal kurallara tabi olabilir. Bu özellikteki iMSA'ları tenfiz etmek durumunda kalan ülkeler tereddüt edebilir ve hatta direnç gösterebilir. Üçüncü olarak, ticari iMSA'lara tenfiz etmenin kapsamının sınırlamak, uluslararası ticarete karşılıklı güveni artırma ve uluslararası ilişkileri kolaylaştırma ile aynı derecede rasyoneldir.

Madde 2

Tanımlar

Bu Sözleşmenin amaçları bakımından, aşağıdaki terimlerin tanımlanması gerekmektedir.

Buna göre, sözleşmede geçen;

- (a) *Arabuluculuk*; uzlaşma veya benzer nitelikte bir terim⁴ ile adlandırılması önem taşımaksızın iki veya daha fazla kişinin gönüllü olarak üçüncü bir kişi(ler)den (arabulucu veya uzlaşmacı) anlaşmazlık yaşadığı uyuşmazlıkta (Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmesi veya iMSA) uzlaşmaya varmak için usulüne uygun olarak kurulmuş bir arabuluculuk kuruluşundan (kurumsal arabuluculuk) veya bir arabulucu ve/veya taraflardan (*ad hoc* arabuluculuk)⁵ yardım talep ettiği usuldür. Arabuluculuk, hakemlerin tahkim yargılaması sırasında çözümü sağlamak için girişimde buldukları faaliyetleri de içerir⁶. Bu bağlamda arabuluculuk hizmeti

⁴ Uzlaşma Model Kanunu, verilen isimden ya da usulden bağımsız olarak bu Kanunun uygulanacağını ve “arabuluculuk usulü ve yaklaşımları arasındaki herhangi bir farklılık yaratma amacı olmadığını” vurgulamak için "uzlaştırma, arabuluculuk ya da benzeri manada bir deyim" ifadesini kullanmıştır. Burada amaçlanan "taraflarca gönüllü olarak ve tarafsız üçüncü kişinin yardımıyla yürütülen geniş bir kavramı" ifade etmektir: bkz. Uzlaşma Model Kanun Rehberi, m. 32. Buradaki ortak özellik "üçüncü kişinin rolünün, uyuşmazlığı çözmek için taraflara yardımcı olmakla sınırlı olması ve tarafları bağlayıcı karar verme konusunda zorlama yetkisinin olmamasıdır": bkz. Uzlaşma Model Kanun Rehberi, m. 7.

⁵ Uzlaşma Model Kanun hem kurumsal hem de *ad-hoc* arabuluculukta uygulanır: bkz. Uzlaşma Model Kanun Rehberi, m. 32. Taslak Sözleşme de bu yaklaşımı benimsemektedir ve bu nedenle sınır-ötesi tenfiz *ad-hoc* arabuluculuğu da içermektedir. Bununla birlikte, kurumsal arabuluculuk, belirli kural ve yöntemiyle usul ve sonuçlar için gerekli kalitenin sağlanmasında uzmanlaşmış bir uzmana sahip olma beklentisi içinde olabilir. Dahası, anlaşan tarafların, *ad-hoc* arabuluculuğu, yasadışı amaçlar için elde ettikleri iMSA'ları sahte uyuşmazlıkları çözmek için kullanma olasılığı da yüksektir. Bu iki nedenden dolayı, kurumsal ve *ad hoc* arabuluculuk arasında tenfiz koşulları açısından uygun bir ayırım olmalıdır. Taslak Sözleşme madde 4.1(b), *ad hoc* arabuluculukta arabulucuya iMSA'yı imzalama koşulu getirerek, arabulucuyu dürüst ve profesyonel davranma konusunda zorlayarak bu hususa işaret etmektedir.

⁶ Bu Sözleşme Taslağı gönüllülükle ilgili olası kaygılar nedeniyle mahkeme katımlı arabuluculuğu kapsamaz. AB Arabuluculuk Direktifi 3(a) maddesi, sadece uyuşmazlıkla ilgili herhangi bir yargı usulünden bağımsız, hâkim

sunan kuruluşlar tahkim kurumları altında görev yapan hakemleri de içerir⁷.

- (b) *Arabulucu veya uzlaştırmacı*; taraflar üzerinde uyuşmazlığı çözmek için zorlayıcı hiçbir otorite kurmaksızın arabuluculuk faaliyetini yetkinlik ve tarafsızlık ile yürütmek için atanan veya talep edilen herhangi bir üçüncü kişidir⁸.
- (c) *Milletlerarası arabuluculuk uzlaşma sözleşmesi veya iMSA*; bir akit devlette imzalanan ve tarafların işyerlerinin bulunduğu yerde, tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin önemli bir kısmını yerine getirdikleri yerde veya uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili yerdeki bir akit devlette tenfizi istenen ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesi neticesinde yazılı veya usulüne uygun olarak

tarafından yürütülen arabuluculuğu içerir. Önsöz (12) “söz konusu olan uyuşmazlıkla ilgili yargı usulü bağlamındaki uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkeme veya hâkim tarafından yapılan girişim” ve “mahkeme veya görevli hâkimin yardım veya yetkili kişi/uzman kişiden tavsiye talep ettiği dava”yı kapsamaz. Uzlaşma Model Kanununun 1(9)(a) maddesi de hâkim veya hakemlerin yargı veya tahkim işlemleri sırasında uzlaşmaya çalıştırdıkları davaları kapsamaz. Tahkimi içeren karma arabuluculuk, iMSA hakem kararını içerdiği takdirde New York Sözleşmesine tabi olabilir. Ancak uyuşmazlığın tarafları, sözleşmenin içeriğine hakem kararını dahil etmek yerine ayrı bir iMSA’ya karar verirse, böyle bir iMSA bu Sözleşme Taslağının kapsamı ile uyumlu olmalıdır.

⁷ Bu Sözleşme Taslağı hakemin arabulucu veya arabulucunun hakem gibi hareket ettiği usulleri engellemez. Nihai karar bir iMSA’da belirtildiği takdirde, böyle anlaşmalar Sözleşme Taslağı kapsamındadır. Uzlaşma Model Kanununda taraf iradesine tabi olan tamamlayıcı hüküm madde 12’ye göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, arabulucu arabuluculuk konusu olan veya olmuş uyuşmazlık bakımından hakem gibi hareket etmeyecektir: bkz. Uzlaşma Model Kanun Rehberi, m. 78.

Hakemin arabulucu gibi hareket etmesi bakımından, Taslak hükmü Uzlaşma Model Kanunundan silinmiştir çünkü “Model Kanun hakemin, uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk usulünde hakem olarak davranıp davranamayacağı veya sürece katılıp katılmayacağını belirtmeyi amaçlamamış” ve “meseleyi uygulanacak hukuk ve kuralları bağlamında hareket eden tarafların ve hakemlerin takdirine bırakılması gereken bir konu olarak görülmüştür”: bkz. Arabuluculuk Model Kanun Rehberi, m. 81.

⁸ Arabulucu tanımı AB Arabuluculuk Direktifi m. 3(b) ve Uzlaşma Model Kanun m. 1(3)’den alınmıştır.

oluşturulmuş onaylanmış elektronik form şeklindeki anlaşmadır⁹.

(d) *Tenfiz devleti*; iMSA'nın tenfizinin istenildiği akit devlet.

Madde 3

iMSA'nın Tenfiz Yükümlülüğü

Her akit devlet iMSA'yı, Sözleşmeye uygun bağlayıcılık özelliği kazandırarak tenfiz etmelidir¹⁰.

Madde 4

iMSA'ların Tenfizi için Gerekenler

1. Tenfiz için başvuran taraf aşağıdakileri sağlamalıdır;

(a) İMSA'nın aslı veya usulüne uygun şekilde onaylanmış bir kopyası, kopyanın yazılı ya da usulüne uygun bir tarzda tasdik edilmiş olması ve uyuşmazlığın taraflarınca usulüne uygun bir şekilde imzalanmış ya da elektronik olarak imzalanmış olması gerekir,

(b) Arabulucu(ların) söz konusu uyuşmazlıkta arabuluculuk hizmeti görmüş oldukları gerçeğini yansıtmak üzere iMSA'nın aslı veya bir *ad hoc* arabuluculuğun arabulucu(lar) tarafından usulüne uygun olarak imzalanan veya elektronik olarak imzalanmak suretiyle usulüne uygun şekilde onaylanmış bir kopyası¹¹,

(c) iMSA tenfiz istenen devletin resmî dilinde değilse, iMSA'nın tenfiz istenen devletin resmî diline çevrilmiş hâli

⁹ "iMSA" tanımı uluslararası ihtiyaçlar doğrultusunda hem New York Sözleşmesi m. (1) hem Uzlaşma Model Kanun m. 1(4)'den alınmıştır.

¹⁰ Madde 3 akit devletlere İMSA'nın tenfizi konusunda zorunluluk getirmektedir. Bu Sözleşme Taslağı üye devlette tenfiz için, başka bir üye devlette tanınmış ve tenfiz edilmiş bir İMSA'ya ihtiyaç duyan AB Arabuluculuk Direktifi Önsöz (20)'den farklılık gösterir.

Bu Sözleşme Taslağı akit devletlere kendi koşullarına uygun bir iMSA'yı tanıma ve tenfiz etme zorunluluğu getirdiği için, başka bir üye devlette tenfiz edilmiş iMSA'nın bir üye devlette tenfizinde ek koşullar aranmaz.

¹¹ *Ad hoc* arabuluculukta, ek olarak arabulucunun imza koşulu hakkında yukarıdaki dipnot 5'e bakınız. Arabulucunun imzası, bir iMSA'nın *ad hoc* arabuluculuktan kaynaklandığını ve bu iMSA'nın sıradan bir uzlaştırma anlaşması olmadığını en açık ve kullanışlı kanıttır. Arabulucunun imzası, onun ne iMSA'nın tarafı olduğu ne herhangi sözleşmesel yükümlülüğü olduğunu göstermeyip, statüsünü ve süreteki rolünü gösterir.

- (d) iMSA'nın sonuç kısmında bulunan ve yetkili bir mahkeme tarafından tenfizine karar verilmeden önce, tenfiz sırasında veya tenfiz sonrasında verilen yazılı veya elektronik onay belgesi¹²
2. Madde 4.1'e uygun olarak hazırlanan iMSA aşağıdakileri içermelidir:
- (a) Arabulucu(lar)ın ve arabuluculuk hizmeti sağlayan kuruluşun isim(ler)i¹³,
- (b) Arabulucu(lar)ın ve arabuluculuk hizmeti sağlayan kuruluşun arabuluculuk konusu uyuşmazlıkla ilgili çıkar çatışması olmadığı¹⁴ ve;
- (c) Taraflara iddialarını sunma veya sözlü ya da yazılı olarak arabuluculuktan beklentilerini ifade etme fırsatı verildiğinin kanıtı¹⁵.

¹² AB Arabuluculuk Direktifi m. 6(1) tenfizin "tarafarca veya diğer tarafın açık izniyle taraflardan biri tarafından" talep edileceğini belirtmektedir.

¹³ iMSA'nın arabuluculuk faaliyeti (*ad hoc* veya kurumsal) sonucunda meydana geldiğinin anlaşılabilmesi ve iMSA'nın tenfiz amacıyla hazırlanan sıradan bir uzlaşma sözleşmelerinden farkının belirlenmesine yardımcı olabilmesi için iMSA'da arabulucu(lar)ın ve arabuluculuk sürecini yürüten kuruluşların isimlerinin de yer alması gereklidir.

¹⁴ Arabulucunun beyanı veya tenfiz isteyen tarafın açıklaması arabulucunun konuyla ilgili menfaat çatışması içerisinde olmadığını göstermelidir. Uzlaşma Model Kanunu m. 5(5) uyarınca arabulucu; "tarafsızlığı veya bağımsızlığı konusunda haklı şüpheler doğuracak her durumu açıklamalıdır". Uzlaşma Model Kanun Rehberi arabulucunun bazı hususları gizlemesinin "uygulanacak sözleşme hukukuna göre kurulmuş uzlaşma sözleşmesinin bir kenara bırakılması için zemin oluşturamaktadır" görüşüne dikkat çeker: bkz. Uzlaşma Model Kanun Rehberi, m. 52.

¹⁵ Tenfiz isteyen tarafça ileri sürülen ve arabuluculuk usulünü düzenleyen arabuluculuk kuralları, taraflara davalarını açıklama veya arabuluculuktan beklentilerini hızlı bir şekilde ifade etme fırsatı sunulduğunu kanıtlamalıdır. *Ad hoc* arabuluculukta önceden oluşturulmuş arabuluculuk kuralları bulunmayabilir. Taraflara bu tür fırsatların sunulmuş olduğunun belirlenebilmesi için iMSA'da bir beyana ihtiyaç vardır. Uzlaşma Model Kanunu m. 6/3 uyarınca arabulucular "taraflara adil davranılmasını sağlamak ve bu sayede davanın koşullarını göz önünde bulundurmamak zorundadır". Herkese eşit muameleyi içeren bu durum "uzlaşma sözleşmesinin içeriğinden ziyade uzlaşma sürecinin yürütülmesini idare etmeyi amaçlayan temel bir yükümlülük ve asgari bir standarttır": bkz. Uzlaşma Model Kanun Rehberi, m. 55.

Madde 5

iMSA'nın Tenfiz Usulü

1. Madde 4'de sayılan gereklilikleri yerine getiren bir iMSA, tenfiz edilecek devletin hukuku uyarınca bir mahkeme veya diğer yetkili merci tarafından bir yargı kararı veya muteber bir belge ile tenfiz edilmiş olur.¹⁶
2. Akit devletlerden her biri hukuki sistemi içerisinde iMSA'nın tenfizine yönelik uygun hükümler düzenler.¹⁷

Madde 6

iMSA'nın Tenfiz Edilememe Sebepleri

1. İMSA'nın tenfizi, aleyhine tenfiz istenen tarafın talebi üzerine reddedilebilir. Ancak bunun için ilgili tarafın tenfiz talep edilen Devletin yetkili merciiine şu kanıtları sunması gerekir:
 - (a) Madde 4 ile belirtilen şartlardan herhangi birinin karşılanmamış veya yerine getirilmemiş olması
 - (b) Taraflardan herhangi birinin tenfiz devletin milletlerarası özel hukuk kurallarına uyarınca yetkili hukuka göre ehliyetsiz olması halinde
 - (c) iMSA'nın kendi hükümlerine göre taraflar üzerinde henüz bağlayıcılık ve icra edilebilirlik kazanmamış olması¹⁸ veya;

¹⁶ AB Arabuluculuk Direktifinin 6/2. maddesine göre, iMSA'nın bir mahkeme veya diğer yetkili makam kararı veya hükmü veya yetkili tenfiz devletin hukukuna uygun bir yolla tenfizinin sağlanması gerekir.

¹⁷ Uzlaşma Model Kanunu m. 14'de onaylayan devletlerin "uzlaşma sözleşmesinin tenfiz edilme usulüne yönelik hüküm getirmelerine veya tenfize ilişkin hükümlere atıfta bulunabilmelerine" izin verilmiştir. A/CN.9/822 sayfa 5'de belirtildiği gibi "Milletlerarası Ticari Uzlaşmaya Dair Uzlaşma Model Kanunu'nun gelişimi sırasında tenfizle ilgili yeknesak düzenleme taslaklarının hazırlanmasının zor olacağı belirtilmiştir; çünkü uzlaşma sözleşmesinin hızlı bir şekilde tenfizini sağlamak hukuk sistemleri ile yerel usul hukuku kurallarına dayanan sistem arasında büyük farklılık göstermiştir. Bununla birlikte Çalışma Grubu, New York Konvansiyonu gibi devletlerin kendi iç hukuk sistemlerinde kabul ettiği sözleşmeler aracılığıyla (bu durumda, uzlaşma sözleşmesinin tenfizi) bu amaca ulaşmak için özel usulü uyumlaştırmaya çalışmadan söz konusu zorlukları en aza indirebilir: bkz. UNCITRAL 57. Kısım. Planlanmış ve Muhtemel Gelecek Çalışmaları –Bölüm 3. Amerika Birleşik Devletleri Hükümetinin Önerisi, Çalışma Grubu için Gelecekteki Çalışmalar II-5, A/CN.9/822 (2 Haziran 2014) [Bundan sonra A/CN. 9/822 olarak anılacaktır].

¹⁸ ABD'nin UNCITRAL'den önceki önerisi iMSA'nın taraflarınca uygulanan, forum seçimi veya çözüm yollarıyla ilgili diğer kısıtlamalar gibi kısıtlamalara

- (d) iMSA tarafların ortak iradesiyle usulüne uygun olarak geri çekilmesi veya yetki alanı içerisindeki bir mahkeme tarafından tenfiz edilemez olarak hükmedilmesi¹⁹;
2. Ayrıca tenfiz Devleti yetkili makamının aşağıdakileri tespit etmesi hâlinde, iMSA'nın tenfizi reddedilebilir.
- (a) Arabuluculuğa konu uyuşmazlık tenfiz devletinin hukukuna göre arabuluculuk yoluyla çözülmeye elverişli değilse,
- (b) iMSA'nın tenfiz edilmesi tenfiz devletinin kamu düzenine aykırı olması halinde.

Madde 7

iMSA'nın Diğer Rejimlerde Tenfizi

1. Bu Sözleşme akıt devletler tarafından iMSA'nın tenfizine ilişkin olarak kabul edilen diğer çok taraflı, bölgesel veya iki

nasil uyulacağı sorusunu gündeme getirmektedir: bkz. A/CN.9/822, m. 5. Bu sınırlamalar iMSA'nın tenfiz edilememesi sonucunu doğurursa iMSA m. 6 (1)-c hükmüne göre tenfiz edilmemiş olur. Mahkemenin, iMSA'nın tenfiz edilmesi hususunda yargı yetkisi olup olmadığına karar vermesi için iMSA'nın tenfizinin talep edildiği devletin usul kurallarına uyulacaktır. Tenfizin sadece özel bir yargı çevresinde gerçekleşebileceğine ilişkin bir hükmün olması hâlinde, normalde seçilmeyen mahkeme kendi usul kurallarına göre yargı yetkisine sahip olmayacaktır. ABD'nin önerisinde yer alan tenfiz hakkındaki diğer olası sınırlamalara ilişkin olarak (bkz. A/CN.9/822, m. 5), bu Taslak Sözleşme uzun vadeli yükümlülükler içeren iMSA'ların, sadece iMSA'da belirtilen sınırlı süre için uygulanabilir olacağını belirtir. Arabuluculuğa elverişli olması halinde, iMSA'ların maddî nitelikte olmayan unsurları da bu taslak Sözleşme hükümlerine göre tenfiz edilebilir.

¹⁹ iMSA'nın tenfiz edilemeyeceğini belirten bir “yetkili mahkeme” muhtemelen iMSA'nın sonuçlandığı mahkeme olacaktır. Uyuşmazlığın tarafları, iMSA'yı imzalamaya yönelik dolandırıcılık, baskı, nüfusu kötüye kullanma, kararsızlık veya zorlama gibi sözleşmeden kaynaklı savunmaları ileri sürebilir. Bazı hukuklarda, bu savunmalar, iMSA'nın tenfizini reddetmek için zorunlu nedenlerdir. Örneğin, 2010 tarihli Ontario Ticari Arabuluculuk Sözleşmesinin 13/6 maddesine göre, b) anlaşma, hile sonucunda elde edilmişse, c) anlaşma, uyuşmazlığın çözümünde taraflarca kararlaştırılan hükümleri doğru bir şekilde yansıtmıyorsa tenfiz edilmez. Bununla birlikte, bu sözleşme taslağı, bu şekildeki sözleşmeye dayalı savunmaları, tenfizin reddi gerekçesi olarak görmemektedir; aksi takdirde bir iMSA'nın tenfizi, sadece böyle bir gerekçenin varlığına iddia edilerek kolayca önlenebilirdi.

New York Sözleşmesi'nin V(i)(e) maddesi uyarınca alınan bir iptal kararıyla kıyaslandığında, bir millî mahkemenin bir iMSA'nın tenfiz edilemez olduğuna dair verdiği beyan, bu iMSA'nın tenfiz edilemez olduğunu doğrulamalıdır.

tarafı düzenlemelerin geçerliliğini ve uygulanabilirliğini etkilemez.

2. Bu Sözleşmedeki hiçbir husus herhangi bir tarafın tenfiz hakkını, tenfiz istenen devletin iç hukuku uyarınca izin verilen ve kabul edilen ölçüde önlemez veya halel getirmez²⁰.

Madde 8

Gizlilik

Taraflar aksini kabul etmedikçe, ne arabulucular ne de arabuluculuk hizmeti sağlayan kuruluşlar bir arabuluculuk sürecinden kaynaklanan veya ilişkili olan bilgiler hususundaki tanıma ve tenfiz işlemleri dâhilinde delil vermeye zorlanamaz, meğer ki İMSA'nın içeriğini ifşa etmek, o İMSA'nın tanınması ve tenfizi için gerekli olsun²¹.

Madde 9

iMSA'ların Kalitesinin Sağlanması

iMSA'nın kalitesinin sağlanması için, Akit Devletler uygun gördükleri herhangi bir yolla, arabulucuların ve arabuluculuk hizmeti veren kuruluşların gönüllük esasına dayanan davranış kurallarını yanı sıra arabuluculuk hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin diğer kalite kontrol mekanizmalarının geliştirilmesi ve bağlılığını teşvik edeceklerdir.²²

²⁰ Taslak Sözleşmenin 7. maddesi AB Arabuluculuk Direktifi ve UNCITRAL Model Kanunun muhtemel etkileşimine göre daha elverişli hükümler içeren New York Sözleşmesinin VII(1) maddesinden uyarlanmıştır.

²¹ Taslak Sözleşmenin 8. maddesi "tenfiz" yerine "yargı usulü veya hakemlik" ifadesini kullanan AB arabuluculuk direktifinin 7(1) maddesinden uyarlanmıştır. Uzlaşma Model Kanununun 9. maddesi uyarınca, iMSA'nın tanınması veya tenfiz edilmesi amacıyla kanunda açıklanması gerekli olan hususlar hariç "uzlaşma süreciyle ilgili tüm bilgiler" güvenli bir şekilde saklanmalıdır. Bu tür bilgiler sadece uzlaşma sürecinde açıklanan bilgileri değil, aynı zamanda bu işlemler sırasında ve sonucunda uzlaşma sözleşmesi yapılmadan önce gerçekleşen uzlaşma süreciyle ilgili konuları da kapsar: bkz. Uzlaşma Model Kanun Rehberi, m. 61. Bununla birlikte, Taslak Sözleşmenin taraflarca yapılan açıklamalarla ilgilenilmesi gereksizdir, çünkü bu açıklama, bu Taslak Sözleşmedeki tenfiz kurallarından ziyade ilgili arabuluculuk kurallarına tâbi olmalıdır.

²² Taslak Sözleşmenin 9(1). maddesi AB Arabuluculuk Direktifinin 4(1). maddesinden uyarlanmıştır. Madde 4(2) uyarınca devletler "arabuluculuğun

Akit Devletler arabulucular için iki taraflı veya bölgesel teknik yardım ile eğitim imkânlarını ve bilgi değişimini teşvik etmek üzere birbirleriyle ve arabuluculuk hizmetleri sunan kurumlarla işbirliği yapacaklardır.

Madde 10

Akit Devletler

Bu sözleşme bütün Devletler ve Ayrı Gümrük Bölgeleri olarak faaliyet gösteren bütün yetkili alanlarının imzasına açıktır. İşbu Sözleşmede kullanılan “devlet” ve “devletler” terimlerinden, bütün bu tür Ayrı Gümrük Bölgelerini kapsadığı kabul edilir.

Madde 11

Yürürlük

Bu Sözleşme, kırkıncı onaylama, kabul, tasdik, resmî onay veya katılma belgesinin depositöre tevdi tarihini takiben doksanıncı günde yürürlüğe girer.

KAYNAKÇA

- | | |
|-------|---|
| Kitap | UNCITRAL (2004), UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL CONCILIATION WITH GUIDE TO ENACTMENT AND USE 2002. |
| Rapor | UNCITRAL, <i>Planned and Possible Future Work Part III, Proposal by the Government of the United States of America: Future Work for Working Group II</i> , A/CN.9/822 (June 2, 2014). |

tarafar ile bağlantılı olarak etkin, tarafsız ve ehil bir şekilde yürütülmesini sağlamak için arabulucuların başlangıçta ve gelecekte eğitimini teşvik etmelidir".