

TAHKİM ÖNCESİ MÜZAKERE YA DA UZLAŞTIRMA YOLLARININ TÜKETİLMEMİŞ OLMASININ TAHKİM YARGILAMASINA ETKİSİ

Araş. Gör. Mine TAN DEHMEN*

Giriş

Resmî yargıya alternatif olarak geliştirilen tahkimin, daima zamandan ve masraflardan tasarruf sağlamaması ve verilen tahkim kararlarına rızaen uyulmaması halinde resmî yargıya başvuruyu gerektirmesi gibi zaafları nedeniyle alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerine başvuru zamanla yaygınlaşmaktadır. Uyuşmazlıkların çözümünde verimliliğin artması ve tarafların menfaatlerinin daha az zarar görmesini sağlamak amacıyla, tahkim öncesinde müzakere ya da uzlaştırma gibi alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerine başvurulmasının, taraflarca giderek daha sıklıkla kararlaştırıldığı görülmektedir.

Çalışmamızda, uyuşmazlıkların çözümünde başvuru olan bu alternatif yöntemlerden en yaygın olan müzakere ve uzlaştırma yöntemlerinin, tahkim ile birlikte öngörülmesinin tahkim yargılaması üzerindeki etkisini çeşitli ihtimâllere göre değerlendirmeye çalışacağız.

Çalışmamızın birinci bölümünde alternatif uyuşmazlık çözümünün anlamı, türleri, tercih edilme nedenleri ve bu yöntemlerden müzakere ve uzlaştırma üzerinde kısaca durduktan sonra, ikinci bölümde, müzakere ve uzlaştırma yöntemlerini hukukî kaynağı bakımından incelemeye çalışacağız.

Üçüncü bölümde de müzakere veya uzlaştırma yolunun tahkim öncesinde bir imkân ya da bir zorunluluk olarak öngörülmesi haline, tahkim öncesi ihtiyarî ve zorunlu müzakere veya uzlaştırma başlıkları altında değineceğiz.

Son bölümde ise önceki bölümlerde yapılan incelemelerin de ışığında, tahkim öncesi müzakere klozlarının taraflar ve özellikle tahkim mahkemesi bakımından bağlayıcılığı üzerinde durup, hangi hallerde bu klozların ihlâl edilmiş sayılacağını ve bu ihlâlin sonuçlarını ortaya koymaya çalışacağız.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı.

I- Alternatif Uyuşmazlık Çözümü

A- Genel Olarak

1. Alternatif uyuşmazlık çözümü tarafsız bir üçüncü kişinin, mevcut bir uyuşmazlığın çözümü konusunda taraflara yardımcı olmak ve katkıda bulunmak amacıyla katıldığı, uyuşmazlıkların çözümü için görev yapan devlet mahkemelerince yürütülen dava yolunun yanında seçimlik bir yol olarak işleyen bir grup uyuşmazlık çözüm yöntemleri topluluğudur¹. Taraflar arasında müzakere, uzlaştırma, hakem bilirkişilik, ön hakemlik² gibi yöntemler yanında mini dava³ ve dostane arabulucu (*amiable compositeur*)⁴ gibi pek çok yöntem bu kavramın içine dahil olmaktadır. Uyuşmazlığın mahkemeler dışında çözülmesi yönüyle tahkimin de alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinin bir parçası sayılması mümkün olmakla birlikte⁵, inceleme konumuz bakımından alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleri ile mahkeme ve tahkim yargılaması dışındaki usulleri kastedeceğiz⁶.

2. Prosedüre katılımın tamamen ihtiyarî olması, tarafsız üçüncü kişi tarafından verilen kararın taraflar açısından bağlayıcı olmaması, ortaya konan çözüm ile tatmin olmayan tarafın daima mahkemelere veya tahkime gitme imkânının bulunması⁷, alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinin ortak özelliklerini oluşturur. Alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinde taraflar kendi uyuşmazlıkları hakkında yine kendileri karar verirler⁸. Hem çözüm süreci üzerinde, hem de netice üzerinde taraflara sunduğu kontrol imkânının büyüklüğüne göre uyuşmazlık çözümleri, müzakereden arabuluculuğa, tahkime ve dava yoluna doğru sıralanır: tarafların kontrol imkânı müzakerelerde azami iken, dava yolunda asgari düzeye iner⁹. Alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleri mahkemelerin iş yükünü ve giderlerini azalttığı gibi, ta-

1 ÖZBEK Mustafa, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2004, 83.

2 ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta, 3. Bası, İstanbul, 2005, 371 vd.

3 ÖZBEK, (dn.1), 86.

4 AKINCI Ziya, *Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*, BATİDER, Y.1996, C.XVIII, S. 4, 105.

5 Bu görüş için bkz. ÖZBEK, (dn.1), 100.

6 Tahkimin diğer uyuşmazlık yöntemlerinden ayrılması gerektiği yönünde bir anlayışın hakim olmaya başlamış olması hakkında bkz, EKŞİ Nuray, *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation"1 Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, Beta, 1. Bası, İstanbul, 2004, 7.

7 ŞANLI, (dn.2), 400.

8 AKINCI, (dn.4), 100.

9 ÖZBEK, (dn.1), 87.

rafların yargılama için harcadıkları gider ve zamanı da azaltmakta¹⁰. Tarafların ihtiyaçlarına uygun çözümleri teşvik ederek, uyuşmazlık çözüm usullerine gönüllü olarak uymalarını, böylelikle de adâlet sisteminden daha iyi bir şekilde tatmin olmalarını sağlamaktadır¹¹.

Taraflar arasında müzakere ve uzlaştırma en çok kullanılan alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleridir¹². Bu sebeple bu yöntemlerden aşağıda daha detaylı bahsedilecektir.

B- Müzakere Yöntemi

Müzakere, menfaatleri arasında bazı çatışmalar olan tarafların tahkim ya da dava yoluna başvurmadan önce, aralarındaki uyuşmazlıkları giderebilecekleri herhangi bir ortak karar verme sürecine girmeleri ve doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak birbirleriyle iletişim kurmalarını ifade eder¹³. Uluslararası ticarî uyuşmazlıkların bir kısmı, taraflar arasında kurulan bu iletişim sonucu çözümlenir¹⁴. Özellikle milletlerarası ticarî hayatın dinamizmi ve coğrafi uzaklık sebebiyle üçüncü kişiler aracılığıyla gerçekleşen ticarî ilişkilerde uyuşmazlık çıkıncaya kadar meselelerin taraflar arasında neredeyse hiç görüşülmediği düşünülduğünde, tarafların uyuşmazlığı halline imkân vermek için bir araya gelmelerinin sağlayacağı pratik fayda aşikârdır¹⁵.

Müzakere gerçekte, anlaşmaya dayalı bütün alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinin ortak ve temel unsurudur¹⁶. Müzakere, son derece ılımlı, esnek, resmî olmayan, taraflarca yönetilen, tarafların durumlarına en yakın olan, tarafların kontrolüne imkân tanıyan ve her bir tarafın kendisiyle ilgili olan meselelerine uyum sağlayabilen bir usul olması sebebiyle diğer alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerine göre daha çok kullanılan bir yoldur¹⁷. Ticareti uzun vadeli bir iş olarak gören tarafların uluslararası ticaret camiasında sürekli kalma düşüncesi, uyuşmazlığın müzakereler yolu ile çözüme uygun olma niteliği, dava yoluna gitmekle uğranılacak olası zararlara oranla bazı avantajlar sağlaması, bu yolun tercihinde önemli bir etkiye sahiptir¹⁸.

¹⁰ ÖZBEK, (dn.1), 436.

¹¹ ÖZBEK, (dn.1), 436.

¹² ÖZBEK, (dn.1), 87.

¹³ ÖZBEK, (dn.1), 73.

¹⁴ ŞANLI, (dn.2), 373.

¹⁵ AKINCI, (dn.4), 102.

¹⁶ ÖZBEK, (dn.1), 72, 89.

¹⁷ ÖZBEK, (dn.1), 72.

¹⁸ ŞANLI, (dn.2), 373.

C- Uzlaştırma Yöntemi

Sözleşmelerin yorum ve ifasından doğan uyuşmazlıkların çoğu kere taraflar arasında yarattığı psikolojik gerginlik, tarafların uyuşmazlığın çözümünde müzakerelere girişmesine engel olur¹⁹. Bu halde, taraflar arasında müzakerelerin başlatılarak bir çözüme ulaşılabilmemesini sağlamak amacıyla tarafsız üçüncü kişi veya kuruluşların yardım ve müdahalesi lüzumlu olabilir²⁰. Uzlaştırmada taraflar uzlaştırıcı²¹ sıfatıyla hareket eden tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla, müzakere edilmiş bir çözüme ulaşmayı hedeflerler²². Bu yol uyuşmazlıkların çözümünde en ideal çözüm tarzı olarak görülmektedir²³.

Uzlaştırmada taraflar, uyuşmazlığın barışçı bir şekilde çözümü ya da sadece taraflara tavsiyede bulunma konusunda uzlaştırıcıya yetki verebilirler²⁴. Taraflarla görüşen uzlaştırıcı, uyuşmazlığın hakkaniyet çerçevesinde çözümünü içeren bir sulh sözleşmesi hazırlayarak taraflara teklif eder²⁵. Tahkimin tersine uzlaştırıcı, tarafları yapmış olduğu teklife uyma konusunda zorlayamaz²⁶. Tarafların bu teklife veya tavsiyeye uyma konusundaki serbestliği, uzlaştırmanın tamamen ihtiyarî bir uyuşmazlık çözme usulü olmasından kaynaklanır²⁷.

19 ŞANLI, (dn.2), 371.

20 Başta Milletlerarası Ticaret Odası, Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Uluslararası Merkez, Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu olmak üzere, Amerikan Tahkim Odası, Stockholm Ticaret Odası Arabuluculuk Enstitüsü, Hollanda Tahkim Enstitüsü, Japon Ticarî Tahkim Merkezi, Züriç Ticaret odası ve Dünya Fikrî Mülkiyet Kurumu, WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi gibi pek çok merkez, uluslararası ticarî uyuşmazlıkların çözümünü sağlamak amacıyla kurumsal uzlaştırma faaliyetinde bulunmaktadır.

21 Arabulucu da işlevleri bakımından uzlaştırıcıdan farklı olmadığından, arabulucu deyimini de uzlaştırıcı yerine kullanılabilir.

22 ILDIR Gülgün, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıda Alternatif Yöntemler*, Seçkin, Ankara, 2003, 88; ÖZBEK, (dn.1), 103.

23 ŞANLI, (dn.2), 375.

24 ŞANLI, (dn.2), 375. Hakem-bilirkişilerin belirli vakıaların veya hususların tespitine yönelik kararları, anlaşma durumuna göre taraflar için ihtiyarî veya bağlayıcı olabilir. Hakem bilirkişi kararlarının taraflar için bağlayıcı olmayacağına kararlaştırılmış olması halinde hakem bilirkişiler nitelik itibarıyla uzlaştırıcı konumundadırlar. Bkz. ŞANLI, (dn.2), 387.

25 AKINCI, (dn.4), 103.

26 ÖZBEK, (dn.1), 103.

27 ŞANLI, (dn.2), 375.

II- Kaynağı Bakımından Müzakere veya Uzlaştırma Yöntemi

A- Kanundan Doğan Müzakere ve Uzlaştırma

Uyuşmazlıkların müzakere ya da uzlaştırma yöntemleri ile halledilmesi usulüne kanun koyucu tarafından kabul edilen düzenlemelerde yer verilebilir. Türk hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümünü doğrudan düzenleyen ve kavram olarak tanımlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, kanunlardaki düzenlemeler incelendiğinde, alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerine pek çok alanda yer verildiği görülür. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun²⁸ yürürlükten kaldırılan 494-499. maddelerindeki düzenlemede²⁹, evlilik birliğinin korunması amacıyla, dava açılmadan önce tarafların hâkim önünde buluşması zorunlu tutulmuş ve bu bir dava şartı haline getirilmiştir. İş hukukunda da, toplu iş uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuğun zorunlu bir ön safha olarak düzenlendiği görülmektedir. Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun (TİSGLK)³⁰ öngördüğü usule göre, karar verilmiş veya başlatılmış grev veya lokavtın genel sağlık veya millî güvenlik nedeniyle Bakanlar Kurulu tarafından ertelenmesi halinde (TİSGLK md.33), erteleme kararının yürürlüğe girmesi üzerine, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının bizzat veya resmî arabulucu listesinden seçeceği bir uzlaştırıcı yardımıyla uyuşmazlığın çözümü için her türlü gayreti göstermesi mümkündür (TİSGLK md.34.1). Toplu menfaat uyuşmazlıklarının her aşamasında tarafların anlaşarak özel hakeme başvurmaları da mümkündür (TİSGLK md.58.1).

Uzlaştırma Kurullarının Kuruluş Görev ve Yetkilerine Dair Kanun Tasarısının 6. maddesinde, idare ile kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerinden doğan ve konusu para olan uyuşmazlıkların adli yargıya intikal etmeden önce uzlaşma yoluyla çözülmesi öngörülmüş ve dava açmadan önce uzlaştırma kuruluna başvuru zorunlu tutulmuştur³¹. Tasarı, uzlaştırma yoluna başvuruyu zorunlu hale getirmiş olmakla birlikte, uzlaşma sağlayamayan tarafların yargı yoluna gitme hak ve yetkisini kaldırmamıştır. Tasarının 10. maddesinde, tarafların uzlaşmaları halinde uzlaştırma kurulu tarafından tutulacak tutanağın resmî senet hükmünde sayılacağı ifade edilerek, bu sayede uzlaşma tutanağına HUMK'un 295. maddesi gereği kesin delil vasfı tanınmıştır³².

28 RG. 02,03,04.07.1927-622, 623, 624.

29 Bu maddeler 26.09 tarih ve 338 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

30 RG.07.05.1983-18040.

31 TBMM Dönem:19, Yasama Yılı:3, Sayısı:602.

32 Noterlik Kanunu md.49.4'te (RG.05.02.1972-14090), Köy Kanunu md.5.1 ile md.48'de (RG. 07.04.1924-68), Petrol Kanunu md.26-27'de (RG. 16.03.1954-8659), Tüketicinin

B- Müzakere veya Uzlaştırma Yoluna Gidilmesinin Taraflarca Kararlaştırılması

Taraflar, uyuşmazlığın çözümü imkânını sağlamak üzere müzakere ya da uzlaştırma yoluna başvurmayı kararlaştırmış olabilirler. Alternatif uyuşmazlık çözümünü öngören bu sözleşme, ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi, mevcut hukukî ilişkiyi düzenleyen sözleşmeye bir kloz konulması suretiyle de gerçekleştirilebilir³³. Böyle bir sözleşme veya kloz bulunmamasına rağmen, uyuşmazlık çıktıktan sonra, tarafların devlet mahkemelerinde dava ya da tahkim yoluna başvurmak yerine, kendiliklerinden müzakerele re girişmeleri ya da uyuşmazlığı bir uzlaştırıcıya havale etmeleri söz konusu olabileceği gibi dava ya da tahkim yargılaması devam ederken müzakere ya da uzlaştırma yolunu denmeleri de mümkündür³⁴.

Özel hukukta hâkim olan irade muhtariyetinin bir sonucu olan akit serbestisi, kişilere sözleşme yapma ya da yapmama, sözleşmenin türünü, tarafını ve içeriğini belirleme yetkisi vermektedir³⁵. Tarafların alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerini tercih konusunda sahip oldukları tüm bu imkânlar da, irade muhtariyetinin bir sonucu olarak hukukîliğin sınırları içindedir³⁶. Tarafların bu şekilde uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yollara başvurmayı kararlaştırmaları adil yargılanma hakkını ortadan kaldırmaz³⁷. Zira, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, mevcut yargı sistemiyle rekabet içinde olmayıp, uyuşmazlık çözümü için öngörülmüş bütün yöntemler için ilave edilmiş bir dizi yöntemler topluluğudur³⁸. Uyuşmazlığın çözümü için alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin belirlenmiş olması devlet yargısının genel yetkisini bertaraf etmediğinden, alternatif uyuşmazlık çözümü hak arama özgürlüğünü zedelemeyecektir³⁹.

Korunması Hakkında Kanun md.22-23'te (RG.08.03.1995-22221)'de ve Avukatlık Kanunu md. 35.A, md.95 ve md.167'de de (RG. 07.04.1969 -13168, 02.05.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunla değişik) alternatif uyuşmazlık çözümünü öngören düzenlemeler kabul edilmiştir.

³³ ILDIR, (dn.22), 64; ÖZBEK, (dn.1), 315.

³⁴ ÖZBEK, (dn.1), 315.

³⁵ EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.I, İstanbul, 1998, 275.

³⁶ ÖZBEK, (dn.1), 359. Alman hukukunda da tahkim öncesi müzakere ya da uzlaştırma klozları irade serbestisinin bir gereği olarak geçerli kabul edilmektedir. Bkz. SHEARMAN/STERLING, *Validity of Mandatory Pre-Arbitration Negotiation Clauses*, International Law Office, Online Newsletter, May 16, 2002, www.internationallawoffice.com/Ld.cfm?i=12481&Newsletters_Ref=5037.

³⁷ ILDIR, (dn.22), 43 vd; ÖZBEK, (dn.1), 177.

³⁸ ÖZBEK, (dn.1), 91; ILDIR, (dn.22), 45.

³⁹ ILDIR, (dn.22), 48.

III- Tahkim Öncesi Müzakere veya Uzlaştırma Yolu

A- Genel Olarak

Tahkim yoluna başvurmaya gerek kalmadan, uyuşmazlığın daha önceki bir aşamada halledilmesini sağlamak üzere, taraflar tahkim öncesi müzakere ya da uzlaştırma yollarına başvurulmasını kararlaştırabilirler. Yargılama masraflarından tasarruf edilmesi ve uyuşmazlığın çözümünde daha yüksek verimlilik sağlanması gibi nedenlerle, son yıllarda ticarî sözleşmelerde bu türden terditli uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kararlaştırılmasının yaygınlaştığı göze çarpmaktadır⁴⁰.

Tahkim sözleşmesi, tarafların, aralarındaki muayyen özel hukuk ilişkilerinden doğmuş veya ileride doğması muhtemel uyuşmazlıkları devlet mahkemelerine değil, özel kişilerden oluşan ve hakem denen şahıslara çözdürme konusunda taahhütte bulunmalarını ifade eder⁴¹. Bu sözleşme ile, sözleşme konusu uyuşmazlıklar bakımından hakem mahkemesinin münhasır yetkisi tesis edilmekte ve devlet mahkemelerinin yetkisi bertaraf edilmektedir⁴². Ancak bu neticenin doğabilmesi için, uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine hakem veya hakemler tarafından çözüleceği yönünde gerçek bir iradenin olması gerekir⁴³. Geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığının, tarafların tahkime gitme iradesinin açık ve kesin olarak anlaşılması gerektiğine bağlı olduğu, Yargıtay'ın çeşitli kararlarında da ifade edilmektedir⁴⁴. Yargıtay, tahkimden söz edebilmek için, uyuşmazlığın mutlak olarak hakemde çözümleneceğinin taraflarca kararlaştırılması şartını aramakta, aksi halde tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağını vurgulamaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmede, hem tahkim şartı hem de yetki şartının bulunması ya da ihtilafın tahkim yolu ile çözümlenememesi halinde çözüm için devlet mahkemelerine başvurunun öngörülmesi hallerinde tahkim sözleşmesi geçersiz olacaktır⁴⁵.

40 SHEARMAN/STERLING, (dn.36); ÖZBEK, (dn.1), 317, 318.

41 ŞANLI, (dn.2), 224; NOMER Ergin/EKŞİ Nuray/ÖZTEKİN Günseli, *Milletlerarası Tahkim*, Beta, 2. Bası, İstanbul, 2003, 13.

42 ŞANLI, (dn.2), 224; ILDIR, (dn.22), 57.

43 ŞANLI, (dn.2), 303, vd; PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Bası, Yetkin, Ankara, 2004, 521.

44 YHGK, E 1965/776, K 1965/198, T 05.05.1965, karar için bkz. ERTEKİN Erol / KARATAŞ İzzet, *Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi*, Yetkin, Ankara, 1997, 66; Y 15. HD, E 1986/19, K 1986/3650, T 4.11.1986, YKD, C 13/4, 590 vd; Y 14. HD, E 1985/5101, K 1985/1875, T 24.03.1986, YKD, C 13/3, 448 vd.

45 Y 15.HD., E 1994/722, K 1994/4938, T 15.09.1994; Y 15.HD. E 1992/304, K 1992/3710, T 08.07.1992; Y 15.HD. E 1986/4446, K 1986/3473, T 23.10.1986, kararlar için bkz. ERTEKİN/KARATAŞ, (dn.44), 66 vd; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, (dn.43), 521. Tahkime veya devlet mahkemesine başvurma konusunda seçimlik hak tanıyan tah-

Zira, tahkim esas olarak, uyuşmazlığın nihaî çözüme kavuşturulması için devlet mahkemeleri yerine hakeme intikal ettirilmesi yönündeki açık ve kesin taraf iradesine dayanır. Devlet mahkemeleri ile tahkim mahkemesi arasında seçimlik ya da terditli bir başvuru imkânının kabul edilmesi halinde ise böyle bir iradenin varlığından söz edilemez.

Oysa alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleri, uyuşmazlığı nihaî olarak çözüme kavuşturmadığından ve diğer yargı yollarına başvuru imkânını ortadan kaldırmadığından⁴⁶, bu tür uzlaştırma yollarının tahkim ile birlikte ön görülmesi mümkündür. Sözleşme hürriyetinin sınırlarını belirleyen Borçlar Kanunu'nun⁴⁷ 19. maddesine göre "Tarafların kanundaki düzenlemelere aykırı biçimde yaptıkları sözleşmeler, ancak kanunun emredici bir kuralına veya kamu düzenine, genel ahlaka ya da kişilik haklarına aykırı olmadıkça geçerlidir". Bilindiği gibi uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna başvurulması tamamen tarafların iradesine tabi konularda mümkündür⁴⁸. Tamamen tarafların irade serbestisi sınırları içinde kalan tahkim yoluna gidilmesi öncesinde, uyuşmazlığın alternatif bir yöntemle çözüme kavuşturulabilmesi imkânın tesis edilmesi, kanunun emredici bir kuralına veya kamu düzenine, genel ahlaka ya da kişilik haklarına aykırı olmayacaktır.

Taraflar arasındaki sözleşmede uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceği kararlaştırılmış olmasına rağmen, ayrıca hakeme başvurulmadan önce müzakere, uzlaştırma ya da diğer bir uyuşmazlık çözme yoluna başvurulacağına dair bir kayıt olması, taraflar bu yola başvursun ya da başvurmazın, sonuçta uyuşmazlık tahkimde çözüleceğinden, tahkim şartının geçerliliğini etkilemeyecektir. Bu husus, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 1987 tarihli bir kararında da ifade edilmektedir⁴⁹.

kim anlaşmalarının geçerliliği görüşü için bkz. DEREN-YILDIRIM Nevhis, *Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, Alkım, İstanbul, 2004, 35 vd.

⁴⁶ ILDIR, (dn.22), 64; Özbek, 359.

⁴⁷ RG.29.04.1926-359.

⁴⁸ HUMK md.518'e göre "Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmıyan mesailde tahkim cereyan etmez.". NOMER/EKŞİ/GELGEL, (dn.41), 15.

⁴⁹ Karara göre "Taraflar arasındaki sözleşmenin 67. maddesinde açıkça bu sözleşmenin uygulanmasından doğacak her türlü uyuşmazlıkların hakemde çözüleceği kararlaştırılmıştır. Hakeme başvurmadan önce taraflardan birisinin sözleşmeden doğacak anlaşmazlıklar için önce mühendise başvurulacağına dair hüküm hakem şartını geçersiz kılmaz. Çünkü öncelikle taraflar veya bunlardan birisi mühendise başvursun veya vurmasın sonuçta uyuşmazlığın hakemde çözülmesi gerekir. Hakemden önce mühendise başvurulması prosedürü ve mühendisin vereceği karar tarafları bağlayıcı değildir. Bu nedenle sözleşmedeki bu hüküm hakem şartını geçersiz kılmayacağından ve dairemizin emsal kararları da bu yönde olduğundan mahkemenin hakem şartının geçersizliğine ilişkin kararın bozulması gerekir". Y 15.HD, E 1987/3643, K 1987/4505, T 17.12.1987, karar için bkz. ERTEKİN/KARATAŞ, (dn.44), 72; Aynı yönde Y 15.HD, E 1995/295, K 1995/578, T 07.02.1995, karar için bkz. ŞANLI, (dn.2), 376-377, dn.323.

Taraflar, aralarındaki hukukî ilişkiden doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna gidilmesini kararlaştırmış olmakla birlikte, tahkim öncesinde uyuşmazlığın müzakereler yada uzlaştırma yolu ile halledilmesi yönünde bir imkânı da kararlaştırabilirler. Diğer taraftan, bu alternatif yollara başvurunun bir imkân değil de bir zorunluluk olarak düzenlenmiş olması mümkündür. Birinci halde ihtiyarî müzakere ya da uzlaştırma söz konusu iken, son halde zorunlu müzakere ya da uzlaştırmadan bahsedilebilir.

B- Tahkim Öncesi İhtiyarî Müzakere veya Uzlaştırma

Tahkim öncesi ihtiyarî müzakere ya da uzlaştırma, tahkim sözleşmesi akdeden tarafların, uyuşmazlığın nihaî olarak çözüme kavuşturulması için tahkim yoluna başvurulmadan önce, aralarında bir uzlaşmaya varılabilmeye ümidiyle müzakere ya da uzlaştırma yoluna gidilebileceğinin kararlaştırmış olmaları halinde söz konusudur. Bu halde, tahkim öncesinde müzakere ya da uzlaştırma yoluna başvurulması bir zorunluluk değil, taraflara tanınmış bir imkân durumundadır.

Zorunluluk ifade eden beyanlar taşımayan müzakere ya da uzlaştırma klotlarının atlanarak tahkime gidilmesinin tahkim şartının geçerliliğini etkilemeyeceği ifade edilmektedir⁵⁰.

C- Tahkim Öncesi Zorunlu Müzakere veya Uzlaştırma

Tahkim öncesinde müzakere ya da uzlaştırma yoluna başvuru, tahkime ilave bir imkân olarak değil de tahkim öncesi gidilmesi gereken zorunlu bir yol olarak da kararlaştırılmış olabilir. Bu halde taraflar, tahkime ancak öngörülen alternatif yollar tüketilmesine rağmen tarafları tatmin eden bir çözüme ulaşılamaması halinde gidilebileceğini öngörmektedir. Bu usullere başvurulmasındaki zorunluluk tarafların yapacağı sözleşme ile belirlendiğinden⁵¹, tahkim öncesi müzakere ya da uzlaştırma yoluna başvurulması konusunda bir zorunluluğun bulunup bulunmadığı taraflar arasında yapılan işte bu sözleşmenin yorumunu gerektirir⁵².

Müzakere ya da uzlaştırma yöntemine başvurunun zorunluluğu ile ulaşılan neticelerin bağlayıcılığı birbirinden bağımsızdır. Uyuşmazlığın sona erdirilmesini sağlamak üzere müzakere ya da uzlaştırma yoluna başvurunun zo-

⁵⁰ ŞANLI, (dn.2), 376. Aynı durumun zorunluluk ifade eden beyanlar taşıyan müzakere veya uzlaştırma klotları bakımından da geçerli olduğu kanaatindeyiz. Bkz. aşağıda 463 vd.

⁵¹ ÖZBEK, (dn.1), 248.

⁵² ŞANLI, (dn.2), 376.

runlu kılınması, bu yöntemler sonunda verilen kararlara tarafların mutlaka uymalarını gerektirmez. Taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, müzakere ya da uzlaştırma yoluna başvuru ister ihtiyarî isterse zorunlu olsun, bu prosedürler sonunda ulaşılan neticelere uymak konusunda taraflar serbesttir⁵³.

Doktrinde zorunluluk ifade eden beyanlar taşımayan uzlaştırma klozlarının atlanarak tahkime gidilmesinin tahkim şartının geçerliliğini etkilemeyeceği ifade edilmekle birlikte⁵⁴, zorunlu müzakere ya da uzlaştırma klozlarının varlığı halinde dahi, bu usullere başvurulmamasının tahkim şartının geçerliliğini etkilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira tahkim öncesi zorunlu uyuşmazlık çözme yollarının öngörülmüş olması durumunda da, tarafların uyuşmazlığı nihaî olarak devlet mahkemelerinde değil, tahkim yargılaması ile çözüme kavuşturma iradeleri mevcuttur, fakat tahkim yoluna gidilmesi, öncelikle bu ön safhaların tüketilmesine bağlı kılınmıştır. Zorunlu müzakere ya da uyuşmazlık yönteminin atlanması, tahkim şartının geçerliliğini ortadan kaldırmamakla birlikte, sadece bu yola başvuruyu engelleyecektir. Bu yollar tüketildikten sonra, tahkim yoluna başvurunun önündeki engel de ortadan kalkmış olacaktır.

IV- Tahkim Öncesi Müzakere veya Uzlaştırma Klozlarının Bağlayıcılığı

A- Genel Olarak

Tahkime başvuru ihtiyarî iken, tahkim yargılaması sonunda verilen karara uyup uymama tarafların isteklerine bırakılmamıştır, yani bu karar devlet mahkemesinden alınan karar gibi bağlayıcıdır⁵⁵. Oysa aynı şeyi müzakere ya da uzlaştırma sonunda elde edilen neticeler için söylemek doğru olmaz. Zira, alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerine temel özelliğini veren gönüllülük ilkesinin bir gereği olarak, hem bu yollara başvurmak, hem de bu yolların sonucuna uymak iradîdir⁵⁶. Tahkim öncesi müzakere veya uzlaştırma klozlarının bağlayıcılığı ile kastedilen ise, tarafların kararlaştırılan bu yöntemlere başvuru konusunda bir yükümlülüğe sahip olup olmadıkları ve böyle bir yükümlülüğün mevcudiyeti halinde bu yükümlülüğe uyulmamasının neticelerinin ne olduğu meselesidir. Dolayısı ile bağlayıcılık konusu, taraflar arasında yürütülen müzakereler ya da tarafsız üçüncü kişinin katkısı ile gerçekleştirilen uzlaştırma prosedürü sonucu elde edilen neticenin bağlayıcı-

⁵³ ŞANLI, (dn.2), 372, 377.

⁵⁴ ŞANLI, (dn.2), 376.

⁵⁵ ILDIR, (dn.22), 58; ÖZBEK, (dn.1), 176.

⁵⁶ ÖZBEK, (dn.1), 174, 248.

cılığı bakımından değil, tahkim öncesi kararlaştırılan yöntemleri başlatma ve bu yöntemleri sürdürerek tüketmenin taraflar ve özellikle tahkim yargılamasına etkisi bakımından incelenecektir.

B- Tahkim Öncesi Müzakere veya Uzlaştırma Klozlarının Taraflar Bakımından Bağlayıcılığı

1. Müzakere, uzlaştırma veya diğer alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinin kanun koyucu tarafından öngörüldüğü hallerde, bu yöntemlere başvurunun zorunlu olup olmadığı ya da uygulanan yöntem sonucunda elde edilen netice ile tarafların bağlı olup olmadıkları sorularının cevabı kanun koyucunun iradesine bağlıdır. Kanunda, devlet mahkemesi yerine uzlaştırma yoluna başvurunun zorunlu olduğunun düzenlenmesi ya da ancak uzlaştırma sonunda ulaşılan neticeden tarafların tatmin olmaması halinde devlet mahkemesine başvuru imkânının ortaya çıkacağına öngörülmesine rağmen, doğrudan doğruya devlet mahkemesinde dava açılması halinde dava mahkeme tarafından reddedilmelidir. Zira, bu dava kanun hükmü ihlâl edilerek açılmış bir dava olacaktır. Diğer bir ifade ile, ister ihtiyarî isterse zorunlu olsun, müzakere, uzlaştırma veya diğer bir alternatif uyuşmazlık çözme yöntemine başvurulmamış ya da bu yolun tüketilmemiş olduğunun devlet mahkemeleri tarafından dikkate alınabilmesi için, bu yöntemlerin kanunda düzenlenmiş olmaları gerekmektedir. Sırf taraflar arasında yapılan sözleşmeye dayanan müzakere veya uzlaştırma yoluna başvurmama veya bu yolu tüketmeme devlet mahkemelerinin davaya bakmasını engellemez⁵⁷. Zira, devletin yargı yetkisinin mutlak egemenliğine hiçbir şey alternatif olmaz⁵⁸. Diğer bir deyişle, yargı erkinin, kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözme konusunda sahip olduğu yükümlülüğün ortadan kalkmasına neden olacak bir alternatif düşünceye izin verilmesi imkânsızdır⁵⁹. Ancak devletin uyuşmazlıkları çözme konusunda sahip olduğu yetkiyi kanunlar yolu ile

⁵⁷ Örneğin, hakem-bilirkişi sözleşmelerinde, hakem-bilirkişinin vereceği kararın bağlayıcı olmasının taraflarca kararlaştırılmış olması halinde, devlet mahkemesinde açılan davada, hakem-bilirkişinin kararında tespit ettiği hususun mahkeme tarafından kesin delil olarak dikkate alınması gerekir. Bu ise hakem-bilirkişi sözleşmelerinin HUMK'un 287. maddesinde öngörülen delil sözleşmelerine istinaden kabul edilmesinden kaynaklanır. Bkz, ŞANLI, (dn.2), 387; AKINCI, (dn.4), 108; KURU Baki/ASLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, *Medenî Usul Hukuku, Ders Kitabı*, Yetkin, 16. Bası, Ankara, 2004, 521; KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Demir, 6. Bası, C III, 2910 vd; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, (dn.43), 519. Arabuluculuk prosedürünün başlamış olmasının, aynı anda bir dava açılmasına ve yürütülmesine engel olmayacağı hakkında bkz. YILDIRIM Kâmil, *İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında*, Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA için Armağan, İstanbul, 2007, 354.

⁵⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, (dn.43), 515.

⁵⁹ ÖZBEK, (dn.1), 91.

devretmesi elbette mümkündür⁶⁰. Bu itibarla, yapılacak kanuni bir düzenlemeyle, sözleşmelere konulan müzakere, uzlaştırma ya da diğer alternatif uyuşmazlık yolları tüketilmeden dava yoluna gidilemeyeceği yönünde açık hüküm getirilebilir⁶¹.

2. Tarafların aralarında akdettikleri müzakere ya da uzlaştırma sözleşmesinin taraflar bakımından bağlayıcılığı ise, sözleşmede bu yöntemlerin ihtiyarî mi, zorunlu mu olarak öngörüldüğü sorusunun cevabına bağlıdır⁶². Tarafların ihtiyarî müzakere veya uzlaştırma yöntemini kararlaştırmış olmaları halinde, bu yollara başvuru konusunda bir zorunluluk öngörülmediğinden, müzakere ya da uzlaştırma yöntemlerine başvurulmadan veya bu yollar tüketilmeden dava ya da tahkim yoluna gidilmesi herhangi bir problem doğurmayacaktır. Ancak taraflar alternatif uyuşmazlık yollarına başvurunun zorunlu olmasını öngörmüş olabilirler. Taraflar arasındaki sözleşmede zorunlu müzakere veya uzlaştırma yönteminin öngörülmüş olması halinde, zorunlu müzakere ya da uzlaştırma sözleşmesi ya da klozunun varlığına rağmen, tarafların bu yola başvurmamaları, taraflar arasındaki sözleşmenin ihlâli anlamına gelecektir. Uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine tahkimde görülmesini kararlaştıran tarafların, tahkime başvuru öncesinde müzakere ya da uzlaştırma yoluna başvurularak bu yolların tüketilmesini öngörmeleri gibi bir halde, bu yöntemlere başvurmaksızın veya bu yollar henüz tükenmeden, taraflardan birinin doğrudan doğruya tahkim yoluna başvurması, tarafların kendi rızaları ile kabul ettikleri zorunlu müzakere ya da uzlaştırma sözleşmesine aykırılık anlamına gelecektir.

C- Tahkim Öncesi Müzakere veya Uzlaştırma Klozlarının Tahkim Mahkemesi Bakımından Bağlayıcılığı

1. Yukarıda da izâh edildiği üzere uyuşmazlık çözme yöntemi olarak tahkim yolunun taraflarca kararlaştırılması, tahkim sözleşmesinin konusuna giren uyuşmazlık hakkında devlet mahkemelerine başvuru imkânını ortadan kaldırır. Taraflardan birinin tahkim sözleşmesini ihlâl ederek, tahkim mahkemesi yerine devlet mahkemesinde dava açması halinde, karşı tarafın yapacağı itiraz üzerine, dava mahkeme tarafından reddedilecektir. Bu durum, tahkimin olumsuz⁶³ etkisinin yani devlet mahkemelerinin yetkisini ortadan

⁶⁰ Türk hukukunda bu imkân tahkim yargılaması bakımından kullanılmıştır. Milletlerarası Tahkim Kanununun 5. maddesine göre taraflar arasında tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen devlet mahkemesinde açılan davada, tahkim ilk itirazının ileri sürülmesi halinde devlet mahkemesi artık davaya bakamayacaktır.

⁶¹ ÖZBEK, (dn.1), 344.

⁶² Müzakere ya da uzlaştırmanın ihtiyarî veya zorunlu oluşunun belirlenmesinde taraf iradelerinin rolü için bkz. yukarıda 459.

⁶³ Tahkim anlaşmasının olumlu ve olumsuz etkisi için bkz KALPSÜZ Turgut, *Tahkim Anlaşması*, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, Beta, İstanbul, 1049 vd.

kaldırmasının bir neticesidir. Oysa aynı etki alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleri bakımından söz konusu değildir⁶⁴. Tahkim sözleşmesinin varlığı devlet mahkemelerinde açılan davanın reddini gerektirirken, müzakere ya da uzlaştırma sözleşmesinin varlığına rağmen, bu yollara başvurulmayarak veya bu yollar henüz tüketilmeden tahkim talebinde bulunulması üzerine, tahkim mahkemesinin ne şekilde hareket edeceği ise bu alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinin ihtiyarî mi yoksa zorunlu olarak mı öngörüldüğüne bağlıdır.

2. Tahkim öncesinde ihtiyarî müzakere ya da uzlaştırmanın kararlaştırılmış olması, bu yollar atlanarak tarafların doğrudan doğruya tahkim talebinde bulunmasının önünde bir engel teşkil etmez⁶⁵. Müzakere ya da uzlaştırma yönteminin zorunlu mu yoksa ihtiyarî olarak mı kararlaştırıldığı ise taraf iradelerine bakılarak, dolayısıyla akdedilen sözleşmenin yorumlanması ile mümkün olacaktır⁶⁶. “Bu sözleşme ya da sözleşmenin ihlâli, sona ermesi veya geçerliliği ile bağlantılı herhangi bir uyuşmazlık ya da iddialar için öncelikle Stockholm Ticaret Odası Uzlaştırma Enstitüsü kurallarına göre yürütülecek uzlaştırmaya başvurulur. Bir tarafın itirazı ya da uzlaştırmanın sona ermesi üzerine, uyuşmazlık nihaî olarak Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü kurallarına göre tahkim yolu ile çözüme kavuşturulur”. Stockholm Ticaret Odası Uzlaştırma Enstitüsü tarafından hazırlanan bu model kloza göre, taraflardan birinin itirazı, uzlaştırma kurallarının devreye girmesini engellemektedir. Buna göre taraflardan birinin doğrudan doğruya tahkim yoluna başvurmasını önünde bir engel bulunmadığı, zira bu başvurunun bizzat kendisi bir itiraz niteliğinde olduğu ifade edilmektedir⁶⁷.

3. Taraflar sözleşmelerinde, zorunluluk ifade eden kelimelerle tahkim öncesi uzlaştırmaya gidileceğini kararlaştırmış iseler, ön safha olan uzlaştırma yolunun tüketilmemiş olması tahkime gidilmesini engelleyecektir⁶⁸. Tahkim öncesi zorunlu müzakere ya da uzlaştırma yolunun öngörülmüş olması halinde, müzakere ya da uzlaştırma adeta tahkim için bir ön safha haline gelmekte; bu ön safhanın geçilmemiş olması bir sonraki safha olan tahkime başvuruyu önlemektedir. Yukarıda izâh edildiği üzere bu halde de geçerli bir

⁶⁴ Tarafların uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerini öngörmelerinin devlet mahkemelerinin yetkisini kaldırmayacağı hakkında bkz. yukarıda 461 vd.

⁶⁵ ŞANLI, (dn.2), 376.

⁶⁶ Bu konuda bkz. yukarıda 459.

⁶⁷ HOLM Christer, *Mediation in Stochholm*, Stockholm Arbitration Report 2000:1 ve ayrıca http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/artikelarkiv/holm_sar.pdf.

⁶⁸ ŞANLI, (dn.2), 376; AKINCI, (dn.4), 103; SALACUSE, Jeswald W/SULLIVAN, Nicholas P., *Do BIT's Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, Harvard International Law Journal, Vol.46, 88.

tahkim sözleşmesi bulunmaktadır. Zira tarafların uyuşmazlığı nihaî olarak devlet mahkemelerinde değil, tahkim yargılaması ile çözüme kavuşturma iradeleri mevcuttur, fakat tahkim yoluna gidilmesi, öncelikle bu ön safhaların tüketilmesine bağlı kılınmıştır⁶⁹.

Bu noktada, işbu yöntemlerle uyuşmazlığın çözümü bakımından varılacak neticenin bağlayıcı olmadığı gerekçesiyle, ister ihtiyari isterse zorunlu olarak kararlaştırılmış olsun, bu yöntemlere başvurulmamış olmasının tahkim prosedürlerinin önünde bir engel teşkil etmeyeceği iddia olunabilir. Ancak, müzakere veya uzlaştırma yöntemlerinin amacı dikkate alındığında bu iddia yerinde sayılmamalıdır. Zira, diğer alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleri gibi müzakere ve uzlaştırma yöntemleri de uyuşmazlıkların dostane bir şekilde çözümü için bir imkân sunmayı amaçlamaktadır. Tarafların müzakere veya uzlaştırma yoluna başvurmayı zorunlu bir yol olarak kararlaştırdığı her halde, tarafların niyeti bu yol ile mutlaka, her hâlükârda bir çözüme varmak ve bu çözümlerle bağlanmak değil; böyle bir çözüme varmak ve bu çözümü yine kendi iradeleriyle bağlayıcı kılmak için bir kapıyı aralamaktır. Tahkimi uyuşmazlık çözme yöntemi olarak belirleyen taraflar, elbette tahkim yoluna başvurmak yerine dostane bir şekilde uyuşmazlığı çözme imkânına her zaman sahiptirler. Ancak böyle bir yöntemle başvurmaya mecbur olmadıkları ortadadır. Hâlbuki, taraflar tahkim öncesi uzlaştırma veya müzakerenin zorunlu bir yol olarak kabulü yönünde iradelerini bir kez ortaya koyduktan sonra, sırf bu yöntem sonucunda elde edilecek neticenin bağlayıcı olmayacağı gerekçesiyle bu yöntemlere başvuru zorunluluğunun bir anlamı olmadığını ileri sürmek, taraf iradelerini hiçe saymak olacaktır. Nitekim tahkimin meşruiyetinin kaynağı olan da aynı taraf iradesidir.

4. Taraflar tahkim sözleşmesi akdetmekle devlet mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmış olduklarından, müzakere ya da uzlaştırma yolu tüketilmediği için tahkim yoluna gidilip gidilemeyeceği meselesi, devlet mahkemesi değil tahkim mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulacaktır⁷⁰. *Kompetenz kompetenz* ilkesi gereği tahkim mahkemesi bu konuda karar verme yetkisini haizdir⁷¹. Kurumsal tahkim Enstitülerinin de yargılama yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle tahkim talebini reddetmeleri mümkün olmakla birlikte⁷², enstitüler uygulamada bu tür kararları vermekten kaçınmakta ve

⁶⁹ Bkz. yukarıda, 459 vd.

⁷⁰ SHEARMAN/STERLING, (dn.36).

⁷¹ Milletlerarası Tahkim Kanununun 7. maddesinin H. bendinde 1. fıkrasında hakem veya tahkim mahkemesinin tahkim sözleşmesinin mevcut ve geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebileceği kabul edilmiştir.

⁷² Örneğin, ICC Tahkim Kurallarının 6.2. maddesinde ICC Tahkim Divanına ve SCC Tahkim Kurallarının 7. maddesinde SCC Tahkim Enstitüsüne yargılama yetkisinin mevcudiyeti konusunda karar verme yetkisi tanınmaktadır. Bu kurallar için bkz. www.jus.uio.no/lm/icc.arbitration.rules.1998/ ve www.sccinstitute.com/uk/Rules/.

bu konunun değerlendirilmesini tahkim mahkemelerine bırakmaktadır⁷³.

Tahkim mahkemesi zorunlu müzakere ya da uzlaştırma yolunun tüketildiği kanaatine varırsa, bu durumda esasa girmeyi reddedecektir. Bununla birlikte, tahkim davasını reddetmek yerine müzakerelerin sona ermesinin beklenmesi de düşünülebilir⁷⁴.

Davacının tahkim sözleşmesine rağmen davasını devlet mahkemesinde açmış olması halinde mahkeme tahkim sözleşmesini kendiliğinden gözeterek görevsizlik kararı veremez⁷⁵. Tahkim mahkemesi de aynı şekilde zorunlu müzakere ya da uzlaştırma yollarının tüketilmemiş olduğunu kendiliğinden dikkate almaz⁷⁶. Bunun taraflarca iddia edilmesi gerekir⁷⁷. Zorunlu müzakere ya da uzlaştırmanın varlığına ve bu yönde yapılan itiraza rağmen yargılamaya devam eden tahkim mahkemesi yetkisini aşmış olacaktır. Zira bu yetkinin doğumu içi tüketilmesi gereken aşama atlanmıştır. Bu ise tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararın tenfizinin, hakemlerin yetkilerinin aşması sebebiyle reddedilebilmesini gündeme getirecektir⁷⁸.

5. Tahkim öncesi zorunlu müzakere ya da uzlaştırma yönteminin ne zaman tüketilmiş sayılacağını tespit her zaman kolay olmayabilir⁷⁹. Ancak, tahkim

73 SHEARMAN/STERLING, (dn.36).

74 SHEARMAN/STERLING, (dn.36).

75 KURU/ARSLAN/YILMAZ, (dn.57), 963; KURU, (dn.57), C.IV, 5968.

76 SHEARMAN/STERLING, (dn.36). Devlet mahkemesinde açılacak davadan önce arabuluculuk yöntemine başvurunun zorunlu olduğunun kararlaştırılması halinde, dava öncesinde arabulucuya başvurunun bir davca şartı olduğu hakkında bkz. YILDIRIM, (dn.57), 355.

77 MTK md.7.H.2'ye göre de "Hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz, en geç ilk cevap dilekçesinde yapılır". Ancak "Hakem veya hakem kurulu gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varırsa, daha sonra ileri sürülen itirazı kabul edebilir".

78 Gerek 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu md.V.1.c (RG.25.06.1999-21002) ve gerekse Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (RG.22.5.1982-17701) md. 45.h'de hakemlerin yetkileri dışına çıkararak karar vermeleri bir tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir.

79 "Taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkarsa, taraflar uyuşmazlığı iyi niyetle müzakere edecek ve müzakereler faydasız olursa, bundan sonra taraflardan her biri hakem atanması talebinde bulunabilecektir" şeklinde bir anlaşma hükmü olduğu halde, tahkim mahkemesinde dava açılmasının ardından, davalının müzakerelerin sürdüğü ve bu durumda müzakerelerin faydasız kaldığının söylenemeyeceği ve tahkime başvurunun erken ve geçersiz olduğu iddiası ile tahkim yargılamasına itiraz etmesi üzerine davacı da, müzakerelerin artık faydalı ve işe yarar olmadığı ve tahkime başvurunun zamanının geldiği iddiasında bulunmuştur. Avustralya'da yürütülen bu tahkim yargılamasında tahkim mahkemesi davalının itirazının reddi ile yargılamaya devam kararı vermiştir. Bu karar için bkz. ÖZBEK, (dn.1), 319.

mahkemesinin, kendi yetkisi hakkında karar verirken, en azından bu usullerin başlatılmış olmasını araması beklenir. Fakat müzakereler ya da uzlaştırma prosedürü başlatılmış olmasına rağmen, bu usullerin ne zaman başarısızlıkla sonuçlandığının da ayrıca tespiti gerekecektir.

Bir tarafın zorunlu müzakere klotunu göz ardı ederek, uyuşmazlığın çözümünde tahkim yoluna başvurması, diğer tarafın başlangıçta dostane bir çözüm konusunda istekli olmasına karşın, sonradan müzakereleri yürütmek konusunda karşılıklı işbirliği içine girmeyi reddetmesinden kaynaklanabilir⁸⁰. Bir tarafın müzakereler sırasındaki tutumu, uyuşmazlığın bu yolla başarılı bir şekilde çözümünü imkânsız kılıyorsa, diğer tarafın tahkim prosedürlerini başlatmakta haklı bir menfaatinin olduğu söylenebilir⁸¹. Örneğin, tahkim prosedürüne başvurmakta gecikme, zamanın ilerlemesiyle birlikte delillerin muhafaza edilmesinin güçleşmesine neden olabilecektir. Ancak karşı tarafın olumsuz tutumu sebebiyle müzakere yolu tüketilmeden önce tahkime başvuran tarafın, karşı tarafın müzakerelerin yürütülmesi konusunda gerçek bir işbirliğinden kaçındığını kanıtlaması gerekecektir⁸².

Tahkim talebinde bulunan tarafın, uzlaştırma yoluna başvurunun ya da bu yolu tüketmenin gereksiz olduğu, zira örneğin tarafların aralarındaki uyuşmazlığı dostane bir yolla tüketmeyecekleri konusunda hemfikir olduklarını ileri sürmesi halinde, tahkim mahkemesi ön şartın gerçekleşmiş olduğu ya da işlevsiz hale geldiği gerekçesiyle yargı yetkisinin varlığını kabul etmesi yerinde olacaktır⁸³. Gerçekten de tahkim öncesi zorunlu müzakere klotunun varlığına rağmen, sonradan taraflar karşılıklı olarak bu klotdan vazgeçmekte serbesttir. Tarafların, uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözümünün imkânsız olduğuna karşılıklı olarak karar vermeleri halinde, onları zorunlu müzakere ya da uzlaştırma sözleşmesi ile bağlı tutmanın bir anlamı olmayacaktır⁸⁴.

Alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleri gönüllülük temeline dayandığından, uyuşmazlıkların bu yollarla tasfiyesi, bu usullerle elde edilen neticeye tarafların rızaen uymaları halinde söz konusu olacaktır⁸⁵. Tahkim öncesi zorunlu müzakere ya da uzlaştırma yönteminin kararlaştırılması, tahkimden

⁸⁰ SHEARMAN/STERLING, (dn.36).

⁸¹ Alman Federal Mahkemesinin bu yönde verdiği karar bulunmaktadır. Bkz. aşağıda 468, dn.90.

⁸² SHEARMAN/STERLING, (dn.36).

⁸³ SHEARMAN/STERLING, (dn.36).

⁸⁴ SHEARMAN/STERLING, (dn.36). Kaldı ki yukarıda belirtildiği gibi zorunlu müzakere ya da uzlaştırmanın varlığı ancak, tarafların ileri sürmesi halinde dikkate alınacaktır. Bkz. yukarıda 465.

⁸⁵ ŞANLI, (dn.2), 376.

önce bu alternatif yöntemlere başvuruyu zorunlu hale getirmekle birlikte, tarafların bu usuller sonucunda mutlaka bir çözüme ulaşmalarını ya da ulaşılan çözümlerle ilgili olmalarını gerektirmez⁸⁶. Bu türden zorunlu alternatif yöntemlerin kararlaştırılmış olması halinde, tahkim yargısına gidebilmek, öncelikle bu alternatif yöntemlere başvurularak bu yolların tüketilmesini gerektirir. Zorunlu müzakere ya da uzlaştırma prosedürlerinden bir sonuca varılamaması ya da varılan sonucun her iki tarafı tatmin etmemesi halinde, müzakere ya da uzlaştırma sonunda elde edilen neticeden memnun olmayan tarafın tahkim talebinde bulunma hakkı elbette vardır. Diğer bir deyişle, ancak bu alternatif yöntemlerin başarısızlıkla sonuçlanması halinde tahkim yolunun önü açılmaktadır. İşte, taraflardan birinin sözleşmedeki müzakere ya da uzlaştırma safhasını tüketmeden doğrudan doğruya tahkim mahkemesinde dava açması, uzlaştırıcı tarafından verilecek karara peşinen uyulmayacağı anlamına gelir ve bu durum zımnen bu prosedürlerin başarısızlıkla sonuçlandığı şeklinde yorumlanabilir⁸⁷. Ancak, tarafların aralarındaki ihtilâfin çözümüne katkıda bulunmak üzere bir uzlaştırıcı tayin etmiş olmaları halinde, uzlaştırma safhasının başarısızlıkla sona erdiğinden söz edebilmek için, uzlaştırıcı tarafından uyuşmazlığın çözümüne yönelik bir önerinin taraflara sunulmuş olmasını aramak doğru olur. Taraflardan birinin uzlaştırıcının çözüm önerisini beklemeksizin doğrudan tahkim yoluna başvurmasını, zorunlu uzlaştırma iradesi ile bağdaştırmak güçtür. Uzlaştırıcının taraflar için bağlayıcı bir karar niteliğinde olmayan önerisini benimsememek ise elbette tarafların inisiyatifindedir.

6. Diğer taraftan, tahkim yoluna gitmeden önce, uyuşmazlığın kararlaştırılan alternatif yöntemle çözümünün denenmesinde, taraflardan birinin mutlaka korunması gereken meşru bir menfaati olabilir. Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen bazı kararlarda zorunlu uzlaştırma şartının ihlâl edilmesi halinde, uyuşmazlığın öncelikle uzlaştırma yolu ile hallinin sağlanmasında tarafların meşru bir menfaatinin bulunması halinde, davacının uzlaştırma yolunun denenmesinin anlamsız olduğu iddiasının dikkate alınamayacağını ifade etmiştir. Federal Mahkemeye göre meselenin esasını teşkil eden konuda uzmanlaşmış bir meslek kuruluşu tarafından öncelikle çözüme kavuşturulması kararlaştırılan uyuşmazlığın, devlet mahkemesinde açılması halinde davanın reddi gerekecektir⁸⁸.

⁸⁶ Bkz. yukarıda 459 vd.

⁸⁷ ŞANLI, (dn.2), 376.

⁸⁸ Federal Mahkeme 1984 tarihli kararında, taraflar arasında veterinerlik stajı yapma konusunda akdedilen sözleşmede, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için her halükarda öncelikle staj yapılan yerde yetkili olan Veteriner Odasına başvurulması kabul olunduğundan, bu odaya başvurudan önce açılan davanın reddi gerektiği sonucuna varmıştır. Sözleşmede kullanılan "soll" deyimine dayanarak, uyuşmazlığın oda önüne götürülmesinin bir zorunluluk değil, sadece bir tavsiye olduğu gerek-

7. Müzakere ve uzlaştırma yollarının başarıya ulaşabilmesi için tarafların iyi niyetli olması şarttır⁸⁹. Tahkim öncesi öngörülen müzakere yada uzlaştırma prosedürlerinin başarıya ulaşması için gerekli çabayı göstermeyen tarafın, zorunlu müzakerelerin henüz tüketilmemiş olması gerekçesiyle, kendisine karşı tahkim mahkemesinde açılan davaya itiraz edememesi gerekir. Zira, hem müzakerelerin veya uzlaştırma prosedürünün başlaması ve devam ederek bir netice alınması için olumlu bir tutum içine girmeyi reddedip, hem de tahkim öncesi zorunlu olarak öngörülen bu yollar tüketilmediği için tahkime gidilemeyeceği iddiasında bulunmak iyi niyet ilkeleriyle bağdaşmayacaktır. Alman Federal Mahkemesi de 1998 tarihli bir kararında iyi niyet ilkelerine aykırı hareket etmenin, bu tür klozlara dayanmanın önünde engel teşkil edeceğini ifade etmiştir⁹⁰.

çesiyle davaya bakmayı kabul eden yerel mahkemenin aksine, Federal Mahkeme "in jedem Fall" tabiri nedeniyle dava öncesinde odaya başvurunun zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, Veteriner Odası Uzlaştırma Yönetmeliğinde uyuşmazlık taraflarının önce mahkemeye ya da Odanın uzlaştırıcılığına başvurmak konusunda serbest olduğu düzenlenmiş olmakla birlikte, taraflar arasındaki sözleşmede kabul edilen hükmün önce mahkemeye başvuru imkânını ortadan kaldırmaya yönelik olduğu görüşündedir. Tarafların, kararlaştırılan uzlaştırma yoluna başvurmakta meşru bir menfaatinin olması, mahkemeye başvuru imkânı önüne getirilen sınırlamayı da meşru kılmaktadır. Federal mahkemeye göre, veterinerler tarafından akdedilen veterinerlik stajının icrasına dair sözleşmede, veterinerlik alanında uzman bir meslekî kurum olan Veteriner Odasının uzlaştırma yeri olarak kabulü bu haklı menfaati sağlamaktadır. Karar için bkz. NJW, 1984/12, 169 vd. Alman Eyalet Yüksek Mahkemesi de 1971 tarihli daha eski bir kararında, sözleşme taraflarının aralarındaki uyuşmazlığı mahkemeye başvurmadan evvel, öncelikle Esnaf Odası aracılığıyla çözmeye gayret etmeleri gerektiğini kararlaştırmış olmalarından ötürü, bu yola başvurmadan önce açılan davanın dinlenemeyeceğine hükmetmiştir. Karar için bkz. NJW, 1971/7, 288 vd.

⁸⁹ ÖZBEK, (dn.1), 89.

⁹⁰ Bir vergi danışmanlığı bürosunu devrine ilişkin olan ve sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar için öncelikle Vergi Danışmanları Odasına başvurunun öngörüldüğü sözleşmenin taraflarından birinin, devir bedelinin ödenmemesi sebebiyle Odaya yaptığı başvuruya rağmen, karşı tarafın kendi payına düşen masraf avansını ödemememesi üzerine, Odanın müzakerelerin başlamasına yer olmadığı yönünde verdiği kararın ardından başvuru sahibinin bu kez devlet mahkemesinde açtığı davada davalının müzakerelerin başlamamış olduğu ve bu sebeple davacının mahkemede dava açma hakkının bulunmadığı gerekçesiyle yaptığı itirazı yerinde görmeyerek, açılan davanın reddine yer olmadığına karar vermiştir. Mahkeme bu kararında, taraflardan birinin iyi niyetle hareket etmemesi halinde, zorunlu uzlaştırma klozunun anlamını yitireceği ve artık geçerli bir klozdan bahsedilemeyeceğini gerekçe olarak göstermiştir. Karar için bkz. SHEARMAN/STERLING, (dn.36). Mahkeme bu kararı verirken 1987 tarihli daha eski bir kararından yola çıkmıştır. Bu kararda, tahkim masraflarını avansından kendi payına düşen miktarı ödememesi sebebiyle, tahkim yargılamasının başlamasının mümkün olmamasına yol açan tarafın, devlet mahkemesinde açılan davada tahkim anlaşmasının varlığına dayanarak tahkim itirazında bulunamayacağı ifade edilmiştir. Karar için bkz. NJW, 1988/19, 1215 vd.

8. Müzakere ve(ya) uzlaştırma yöntemi devletlerarası anlaşmalarla da öngörülmüş olabilir. Bugün devletler özellikle yatırım anlaşmalarında uyuşmazlıkların çözümü için bir dizi uyuşmazlık çözme yöntemi kabul etmektedirler. Türkiye de çok sayıda devletle yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması konusunda ikili anlaşmalar akdetmiş ve bu anlaşmalarda, bizatihi bu yatırım anlaşmalarının yorumu ve uygulanmasına ilişkin olarak çıkabilecek uyuşmazlıklar yanında, yatırımın yapıldığı ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında vuku bulacak yatırım uyuşmazlıkları bakımından da tahkime takaddüm eden bir uyuşmazlık çözme yöntemi olarak müzakere ve(ya) uzlaştırma yöntemlerinin öngörülmüş olduğu görülmektedir⁹¹. Bilindiği gibi Anayasanın 90. maddesine göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bu bağlamda Türkiye'nin taraf olduğu çok sayıda ikili yatırım anlaşması da usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmakla⁹² iç hukukun birer parçası halinde gelmiş, kanun hükmü ve tesirine sahip kılınmıştır. Devletlerin bu anlaşmalarda yer alan taahhütlerini ihlâlin herhangi bir sözleşme ihlâli değil aynı zamanda iç hukukun ihlâli olacağı açıktır. Dolayısı ile, yatırım anlaşmalarında öngörülen ve zorunluluk ifade eden müzakere ve(ya) uzlaştırma klotlarının varlığı halinde, sadece sözleşmeye dayanan bir zorunluluk değil adeta kanundan doğan bir zorunluluğun söz konusu olduğu ifade edilebilir⁹³.

Bu ikili yatırım anlaşmalarının hemen tamamında, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki, yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların öncelikle karşılıklı müzakereler yolu ile çözümü öngörülmüştür⁹⁴. Bir kısmında da

⁹¹ Bu Anlaşmalar için bkz. Nomer/Ekşi/Gelgel, (dn.41), 255 vd. Ayrıca, Türkiye-Hindistan, RG. 17.09.2003-25232; Türkiye-Slovak Cumhuriyeti, RG.18.12.2003-25320; Türkiye-Portekiz, RG.19.12.2003-25321; Türkiye-Yugoslavya Federal Cumhuriyeti, RG.04.11.2003-25279; Türkiye-Yemen Cumhuriyeti, RG.18.12.2003-25320; Türkiye-Şili, RG.03.01.2004-25335; Türkiye-İtalya, R.G. 02.2004-25390; Türkiye-Fas, RG. 04.05.2004-25452; Türkiye-Malta, RG.08.07.2004-25516; Türkiye-Slovenya, RG.04.09.2005-25926; Türkiye-Suriye, RG:28.12.2005-26037; Türkiye-Afganistan, RG.01.04.2005-25773; Türkiye-Lübnan, RG.28.12.2005 – 26037; Türkiye-Güney Afrika Cumhuriyeti, RG.01.04.2005-25773; Türkiye-İran, RG.25.02.2005-25738; Türkiye-Federal Demokratik Etyopya Cumhuriyeti, RG.08.03.2005-25749; Türkiye-Filipinler Cumhuriyeti, RG.22.07.2005-25883; Türkiye-Haşimi Ürdün Krallığı, RG.17.11.2005-25996; Türkiye-Finlandiya, RG.26.01.2006-26061.

⁹² Bu konuda bkz. TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta, 10. Bası, İstanbul, 2005, 10-11.

⁹³ Yatırım uyuşmazlıklarında tahkim yoluna başvurmadan evvel, müzakere ya da uzlaştırma yoluna başvurulmasının ikili yatırım anlaşmalarında kararlaştırıldığı hallerde, tarafların öncelikle müzakere ya da uzlaştırma yollarına başvurma konusunda bir imkân değil, zorunluluğa sahip oldukları hakkında bkz. SALACUSE/SULLIVAN, (dn.68), 88.

⁹⁴ Türkiye ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasında ise, yatırım uyuşmazlığının öncelikle ev sahibi ülkenin ulusal hukukunda kabul edilen çözüm yolları ile halli, bu sağlanamaz ise yatırımcının yazılı rızası ile ICSID tahkim merkezine başvuru imkânı öngörülmüştür. RG.9.5.1996-22631.

müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması halinde, bağlayıcı olmayan üçüncü taraf usullerine başvurulacağı kabul edilmiştir. Tahkim yoluna ise, ancak karşılıklı müzakere ve kararlaştırılmış olması halinde üçüncü taraf usulleri ile bir neticeye varılamaması halinde başvuru imkânı getirilmiştir. Anlaşmaların hemen tamamında tahkim yoluna başvurulması için bir süre tayin edildiği dikkati çekmektedir⁹⁵. Tahkime gidilebilmesi için uyuşmazlığın meydana gelmesinden itibaren belli bir sürenin geçmiş olmasının kararlaştırıldığı böyle bir halde, taraflar arasında bir uzlaşmaya varılmaksızın bu sürenin geçirilmesi, tahkim öncesinde öngörülen yöntemlerin başarısızlıkla sonuçlandığı anlamına gelecek ve tahkim yolunun önü ancak böylelikle açılmış olacaktır. Dolayısı ile bu şekilde süre tayininin, bir yönüyle müzakere ya da uzlaştırma usullerinin uygulanıp neticeye varılabilmesi için azami bir süre, bir yönüyle de tahkime başvuru için geciktirici bir süre niteliğinde olduğu söylenebilir.

Sonuç

Müzakere, uzlaştırma veya diğer alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinin kanun koyucu tarafından öngörüldüğü hallerde, bu yöntemlere başvurunun zorunlu olup olmadığı ya da uygulanan yöntem sonucunda elde edilen netice ile tarafların bağlı olup olmadıkları sorularının cevabı kanun koyucunun iradesine bağlı olmakla birlikte, bu yollara gidilmesinin taraflarca kararlaştırılması halinde bu kez tarafların iradesi belirleyici olacaktır.

Tarafların tahkim öncesi ihtiyarî müzakere veya uzlaştırma yöntemini kararlaştırmış olmaları halinde, bu yollara başvuru konusunda bir zorunluluk öngörülmediğinden, müzakere ya da uzlaştırma yöntemlerine başvurulmadan veya bu yollar tüketilmeden tahkim yoluna gidilmesi herhangi bir problem doğurmayacaktır. Asıl problem tahkim öncesi müzakere veya uzlaştırmanın zorunlu olarak öngörülmüş olması halinde ortaya çıkmaktadır. Tahkim öncesi zorunlu müzakere ya da uzlaştırma yönteminin kararlaştırılmış olmasına rağmen, bu yöntemlerin atlanarak doğrudan tahkim yoluna başvurulması, taraflar bakımından aralarındaki sözleşmenin ihlâli anlamına gelecektir. Bu durumda tahkim yargılaması yapabilmesi, ancak zorunlu olduğu öngörülmüş alternatif yolların tüketilmesine bağlı olan tahkim mahkemesi, henüz yetkisi doğmadığı gerekçesiyle tahkim talebini reddedecektir. Bu yöntemlerin tüketilmiş olup olmadıklarının tespiti ise her somut durumda, tahkim öncesi zorunlu uyuşmazlık çözme yöntemine başvurunun mevcut şartlar ve özellikle tarafların tutumu sebebiyle hâlihazırda anlamını yitirip

⁹⁵ Türkiye ile Japonya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasında ise, tahkim yoluna başvuru için müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanmasından söz edilmiş olmakla birlikte, bir süre tayin edilmiş değildir. RG.16.1.1993-21467.

yitirmediği, tarafların iradelerinin, iyi niyetli olup olmadıklarının tahlilini gerektirecektir.

Ancak yine de, tahkim öncesi öngörülen zorunlu yöntemlere başvurularak bu yolların tüketildiğinin ve tahkime başvuru yolunun açıldığını tespitte kullanılan kriterlerin sübjektifliği, bir belirsizliği de beraberinde getirmektedir. Müzakere ya da uzlaştırma usulünün başarıya ulaşması için bir süre tayin etmek ve ancak bu sürenin sonunda hâlâ tarafları tatmin eden bir netice elde edilememiş olması ve tarafların bu süreyi uzatmak konusunda karşılıklı iradelerinin bulunmaması durumunda, kararlaştırılan tahkim öncesi zorunlu müzakere ya da uzlaştırma yollarının tüketildiğinin kabul edilmesi mevcut belirsizliği bir ölçüde ortadan kaldıracaktır. Ayrıca tahkim kanunlarında yapılacak ilave düzenlemelerle, tahkim öncesi alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinin öngörülmesi halinde, tahkim usulüne başvurabilmek için bu yolların ne zaman tüketilmiş sayılacağına dair belli kıstaslar getirilmesi de faydalı olabilir.