

Arabuluculuk Süreçlerinde Gelişen İhtiyaçlar, Anlaşmayı Destekleyebilecek Öneriler: “Sınırlandırılmış Hakem Yetkisi” ve “Arabulucunun Yedieminliği”*

Arising Needs During Mediation Sessions, Suggestions That May Support the Mediation Settlement: “Limited Arbitral Authority” and “Mediator as an Escrow”

 Umut Metin

İstanbul Barosu, Türkiye

umutmetin@eptalex.com

Geliş Tarihi: 26 Eylül 2024

Kabul Tarihi: 12 Şubat 2025

Yayın Tarihi: 05 Haziran 2025

Öz: Kira, komşuluk, ortaklığın giderilmesi ve kat mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da arabuluculuğun dava şartı haline gelmesi yasa koyucunun devlet yargısı (mahkemeler) dışında çözümleri desteklediğini göstermektedir. Arabuluculuğa ek olarak; arabuluculuk-tahkim harmanlaması olarak isimlendirilebilecek “med-arb” alanında da bir gelişme yaşanmaktadır. Bu kapsamda; arabuluculuk müzakeresi neticesinde anlaşma sağlanamayan, fakat tarafların anlaşmaya yaklaştıkları durumlarda uyuşmazlığı ortadan kaldırıcı önerilere ihtiyaç duyulabilmektedir. Nitekim arabulucunun öneride bulunması ve tarafların kabulüyle arabuluculuktan tahkime geçiş sağlanabilir. Bu noktada, tahkimde tarafların sürpriz bir hakem kararı ile karşılaşmasını engelleyecek bir imkânın sunulabilmesi, uyuşmazlığın çözümü için fayda sağlayabilir. Çalışmamızda “Sınırlandırılmış Hakem Yetkisi” olarak isimlendirdiğimiz yöntem, arabuluculukta anlaşma yönünde taraflarca kat edilen bir mesafe olmasına rağmen, neticede anlaşma imkânı oluşmayan hallere çözüm üretilmesi hedefini taşımaktadır. Bu yöntemdeki amaç, tarafların arabuluculuk sürecinde uyuşmazlığın çözümüne ilişkin arabuluculuk toplantısı başlangıç anına kıyasla birbirlerine doğru attıkları olumlu adımları göz ardı etmeden, uyuşmazlığın çözümüne imkân vermektir. Burada arabuluculuktan tahkime geçişin ihtiyaç olup olmadığı ve bu geçişin zamanlaması önem arz etmektedir.

Arabuluculukta anlaşma için uyuşmazlık konusu taşınır eşyaların üçüncü bir kişiye teslimi ihtiyacı gündeme gelebilmektedir. Uygulamada “Escrow Aracısı” veya “Yediemin” olarak ifade edilebilecek kişi vasıtasıyla, taşınır bir eşyanın varılacak arabuluculuk anlaşması ardından kime teslim edileceği

ORC-ID: U. Metin 0000-0001-7297-5833

* Bu makale, 24-25 Mayıs 2024 tarihinde gerçekleştirilen Arabuluculuğun Geleceği II Sempozyumunda sunulan bildiriye dayanılarak hazırlanmıştır.

yönetilerek anlaşma sağlanabilir. Tarafsız ve güvenilir kişi olan arabulucunun escrow aracısı/yediemin olarak vazife üstlenmesi arabuluculukta anlaşmayı destekleyebilecek bir başka imkândır.

Anahtar Kelimeler: Sınırlandırılmış Hakem Yetkisi, Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb), Yediemin, Escrow

Abstract: *The inclusion of disputes arising from lease agreements, neighborhood relations, dissolution of partnerships, and condominium ownership among cases requiring mandatory mediation indicates the legislator's support for dispute resolution methods outside of the courts. In addition to mediation, developments are also taking place in the area of "med-arb," an evolving process that blends mediation and arbitration. In this context, in cases where no agreement is reached through mediation negotiations but the parties are nearly reaching a settlement, there may be a need for proposals that could eliminate the dispute. Indeed, the mediator may offer suggestions, and with the parties' consent, a transition from mediation to arbitration can be facilitated. At this stage, offering a mechanism that prevents parties from being surprised by an unexpected arbitral award may be beneficial in resolving the dispute. In this article, the method we refer to as "Limited Arbitral Authority" aims to provide a solution in cases where the parties have made progress toward settlement during mediation but ultimately cannot reach a settlement. The purpose of this method is to enable dispute resolution without disregarding the positive steps taken by the parties compared to the beginning of the mediation process.*

In mediation, the need to deliver movable property subject to the dispute to a third party may arise in order to reach a settlement. In practice, an agreement can be reached by appointing the rightful party that the property will be delivered to, by an individual referred to as an "escrow agent" or "trustee". The mediator, as a neutral and reliable figure, may assume the role of escrow agent/trustee, which could support the success of the mediation process.

Keywords: *Limited Arbitral Authority, Mediation-Arbitration (Med-Arb), Trustee, Escrow*

1. Giriş

Arabulucu, yönettiği toplantıda uyuşmazlık hakkında bir hâkimden (devlet yargısı), bir hakemden (tahkim) farklı olarak karar veren durumunda değildir. Uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde, arabulucunun karar verici olmaması şeklindeki temel fark, arabulucunun taraf tutumlarını etkileyebilecek söz söyleme kabiliyetini olmazsa olmaz düzeyde önemli kılmaktadır. Bu ihtiyaç arabulucunun tarafların beslendikleri kültürü de iyi analiz etmesini gerektirmektedir. Arabulucunun mesleki bilgisinin yanında hayata ilişkin birikimi ve taraf hassasiyetlerini de gözetebilme yeteneği bu noktada önem arz etmektedir. Yabancılaşma unsuru içeren arabuluculuk görüşmelerinde bu ihtiyaç daha belirgin bir hal almaktadır. Arabulucu, uyuşmazlığın geride kalabileceğini tarafların fark

etmesine imkân veren, tarafların arabuluculuk toplantılarında sözleri kesilmeden kendilerini ifade etmesi yanında karşılıklı sorular sormasına da imkân veren (Sherry, 1996), yani taraflara özgür ve sağlıklı diyalog imkanını sağlayan, çözümün mümkün olduğunu toplantıda bulunan taraflara hissettiren, toplantı sürecinde tarafların kişisel olarak da tahlilini yaparak, toplantı hakimiyetini sağlayan (Tarman, 2010; Ersen Perçin, 2012; Sulu, 2022) tarafsız kişi konumunda olmalıdır. Arabulucu, toplantıda tarafların anlaşabilme zeminini ortadan kaldıracabilecek girişimleri perdeleyerek, anlaşma yönünde umudu destekleyen bir veya gerekirse birden çok toplantı yönetimi becerisi göstermesi gereken kişidir. Arabulucunun karakterinin arabulmaya uygun olması ihtiyacı yanında, toplantıda bir benzetme ile zülfüyâra dokunacak söz söyleme kabiliyetiyle, tarafları anlaşma yönünde daha istekli hale getirecek ifade ve hitabet becerisi göstermesi gerektiği şüphesizdir. Bu durum arabulucunun farklı karakterdeki tarafları yönetebilme yeteneğinin arabuluculuk sürecinin başarısı için önemini ortaya koymaktadır.

Yukarıda ifade ettiğimiz şekilde, ister dava şartı arabuluculuk yöntemi kapsamında isterse de ihtiyari arabuluculuk yöntemi dahilinde cereyan etmiş olsun, bir arabuluculuk sürecinde arabulucu en iyi arabuluculuk uygulaması örneklerinden birini sergilemiş olsa dahi, bazı durumlarda yine de anlaşma sağlanamamış olabilir. Özellikle olumlu seyir göstermiş arabuluculuk toplantılarında anlaşmaya ulaşılamaması halinde, tarafları doğal olarak bekleyen uzun yargılama süreçlerinde, her bir yargılamadaki dosya muhtevasına göre söylemler değişebilecek olsa da tarafların, karşı tarafı kusurlu ve hukuk kurallarını ihlal eden olarak göstermek ve bu yöntemle davayı kazanmak hırsıyla hareket edecekleri ortadadır.

Bu durum uyuşmazlık çözümünde empatiyi ve menfaat müzakeresini bırakıp; karşı tarafı mağlup etmeyi hedef alan çekişmeli bir yoldur. Uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin farklılığı, tarafların bu yöntemlerdeki psikolojik tutumunu da farklılaştırmaktadır. Nitekim davada (devlet yargısında) ve tahkimde temel motivasyon davayı kazanmak iken, arabuluculuğun amacı tarafları ortak bir menfaatte buluşturmak, bir diğer deyişle sorunu tarafsız üçüncü bir kişi olan arabulucu huzurunda geride bırakmaktır. Oysaki, menfaatte buluşma hedefiyle gerçekleştirilmiş arabuluculuk toplantısında anlaşma sağlanamamış olsa dahi, taraflar arasında sağlanan olumlu iletişimle, birbirine doğru atılan olumlu adımların heba edilmemesi gerekir. Kaldı ki, tacirlerin iş bağlantılarını kaybetmek yerine mevcut ilişkisini sürdürmek, daha geniş bakışla ticari menfaatlerini idame ettirmek için bir kısım zararları sineye çekmesi, yani fedakârlık tercihinde bulunması karşılaşılabilen bir durumdur (Demir Gökyayla, 2019). Bu paralelde; arabuluculuk sayesinde taraflar arasında azalan gerginlik, mahkeme ve tahkim sürecinde tekrar tırmanabilmekte, tarafların ilişkileri zarar

görebilmekte veya tahrip olabilmektedir (Elliott, 1995; Ersen Perçin, 2012; Sulu, 2022). Bu tür bir riskin doğması olasılığında arabulucunun proaktif bir öneri ile uyuşmazlığın geride kalması için arabuluculuk kapsamında bir çözüm üretmesi gerekir. Çalışmamızın temel önerisi de budur.

Arbuluculukta anlaşmayı engelleyen veya daha geniş bir anlatımla arabuluculuk sonucundaki olumlu tabloyu ortadan kaldıran hallere karşı çözümler üretilmesi, diğer hukuki kurumlardan faydalanılmasını gerektirebilir. Bu kapsamda çalışmamızda arabuluculuk sürecinde tarafların uyuşmazlıklarını geride bırakmasını sağlayabileceğini düşündüğümüz iki öneri üzerinden değerlendirme yapılacaktır. Bu önerilerden biri Sınırlandırılmış Hakem Yetkisi, diğeri ise arabuluculukta anlaşmayı destekleyebilecek Escrow/Yedieminlik kurumudur.

Bu haliyle, çalışmamızdaki önerilerimizin uygulamada görülen bir kısım ihtiyaçları karşılayabileceğine, uyuşmazlık çözümlerindeki olumlu neticeyi destekleyebileceğine inanmaktayız. Önerilerimizin özellikle ticari hayatın doğası gereği ihtiyaç duyulan süratli, olası neticesi hesap edilebilir çözümlerin yaratılmasını destekleyebileceği kanaatindeyiz.

2. Sınırlandırılmış Hakem Yetkisi Kavramı ve Arabuluculuk Sürecinde Uygulanabilirliği

2.1. Sınırlandırılmış Hakem Yetkisi Kavramı ve Amacı

Arbuluculuk süreci sonunda tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmaması halinde, uyuşmazlık esası hakkında anlaşamamış olanlar tahkime geçiş konusunda mutabakata varabilirler. Çalışma konumuz da arabuluculuk ardından uyuşmazlığın hakem veya hakem heyetince giderilmesi seçeneğinde gündeme gelmekle, gerçekleştirilen arabuluculuk ardından hakemlerin tahkimdeki yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkindir. Sınırlandırmadaki kastımız, maddi uyuşmazlıklarda rakamsal sınırları var etmek yönündedir. Bir uyuşmazlığın arabulucu huzurunda müzakeresi sonucunda bir anlaşma ihtimali ortaya çıksa bile, bu durumun anlaşmaya evrilmemesi olasılığı da bulunabilir. Süreç anlaşma ile taçlanmamış, lakin taraflar birbirine müzakere başlangıcına göre daha yakın bir pozisyona ulaşmış olabilir.

Tarafların birbirine yaklaştığı menfaat dilimi esas alınarak, bu dilimi bir çerçeve kabul ederek tarafların tahkim yöntemi üzerinde anlaşabilmeleri ihtimali göz ardı edilmemelidir. Burada varılacak bir anlaşma, uyuşmazlığın geride kalmasına dair bir anlaşma değildir. Varılacak anlaşma, uyuşmazlığı kesin bir şekilde geride bırakmak üzere şekillendirilmiş

özgün bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Diğer bir ifadeyle, arbuluculuk sonunda varılan anlaşma uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arbuluculuktan bir diğeri olan tahkime geçişe dair anlaşma olmaktadır. Nitekim arbuluculuk da tahkim de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde konumlanmaktadır. Bu halde, ortaya çıkacak anlaşma bir tahkim sözleşmesi olarak da işlev gösterecektir. Önerimizin en özgün yanı ise, tahkim yargılamasında tarafların arbuluculuktaki müzakeresinde birbirlerine yakınlığı alanın görmezden gelinmemesi suretiyle, sınırlı bir yargılama yetkisinin hakeme/hakem heyetine bırakılıyor olmasıdır.

Her ne kadar arbuluculuk ve tahkimin uyuşmazlık çözümüne yaklaşımı oldukça farklı olsa da arbuluculuktan tahkime, tahkimden arbuluculuğa geçiş ile yapılabilen “med–arb” veya “arb–med” hatta “arb–med–arb” olarak da isimlendirilen karma uyuşmazlık çözüm yöntemleri de bulunmaktadır.

Arbuluculukta bir yargılama hali yoktur. Uyuşmazlık hakkında karar veren bir kişi (hakem/hâkim) söz konusu değildir. Tarafların iradesine üstünlük tanınan arbuluculukta, tarafsız bir üçüncü kişi olan arbulucunun yönetiminde, uyuşmazlığı anlaşıp suretiyle geride bırakmak gayesiyle taraflar müzakerede bulunurlar. Arbuluculuk sağlıklı bir iletişim ile tarafların birbirini anlaması, bununla birlikte karşılıklı adımlarla bir noktada buluşması şeklinde ilerleyen bir süreçtir. Tarafların anlaşmaya varması mümkün olmayan hallerde arbulucunun öneride bulunması ile anlaşmayı desteklemesi mümkündür [6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu (HUAK) md. 15/7]. Arbulucunun önerisi de anlaşmayı üretmeyi mümkün kılmıyorsa, bu halde arbulucunun arbuluculuktan tahkime doğru geçişi önermesi de mümkündür. Bu noktada “Med–Arb” öncelikle akla gelmektedir. Med–arb’da, arbuluculuk aşamasında anlaşmaya varılamaması üzerine, arbulucunun arbuluculuk görevi sona ermektedir. Bu durumda ya arbulucu tahkim hakemi rolüne geçerek uyuşmazlıkta karar verici kişi olmakta ya da arbulucunun görevi tamamıyla sona ermekte; böylece arbuluculuk sürecinde faaliyet göstermiş arbulucu dâhil olmaksızın üçüncü şahıs veya şahısların hakem veya hakem heyeti rolüne geçtiği görülmektedir (Blackaby KC, Partasides KC ve Redfern, 2009; Metin, 2023). Med–arb’da önce arbuluculuk sonra tahkim birbirini izler şekilde kurgulanmıştır (Berkhan, 2019). Yani iki kademeli ve öncelikle arbuluculuğun uygulandığı, arbuluculukta bir anlaşmaya varılamaz ise, tahkime geçilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi gündeme gelmektedir (Landry, 1996; Tarman, 2010; Elliott, 1995; Demir Gökyayla, 2019; Pappas, 2015). Arbuluculuk sürecinde anlaşmaya yönelik öneride bulunan ve önerisi kabul edilmeyen arbulucu, taraflar kendiliğinden tahkime geçişi dile getirmese bile, tahkime geçiş önerisinde bulunabilir. Arbulucu, arbuluculuk

müzakeresinin tarafların katı tutumu nedeniyle anlaşmama şeklinde sonlandırmak yerine, taraflara önerisini sunarak ve her hâlükârda tarafların kabulüyle tahkime geçişi temin edebilir. Bu durum uyuşmazlığı çözüme yönelik faydalı bir adımdır (Metin, 2023).

Arabuluculuktan tahkime geçilmesi halinde, öncesinde tarafların kendi uyuşmazlığı üzerindeki kontrolü varken, artık tahkime geçildiğinden tarafların uyuşmazlıkları üzerindeki kontrolleri ortadan kalkar. Bu durumda, tahkim yargılaması neticesinde tesis olunan hakem kararı ardından taraflar “Keşke anlaşsaydık” “Böylesi bir hakem kararını hiç beklemezdim” şeklinde insani tepkilerinin de olabileceği taraflardan en az birisinin beklentileri ile tam uyumsuz bir hakem kararı ile karşılaşabilir. Bu tür bir riskin gözden uzak tutulmaması gerekir. Tarafların biri hatta tarafların tümü ortaya çıkabilecek hakem kararının beklentileri ile uyumlu olmayacağı bir tabloya maruz kalabilir.

Tahkim yargılaması sonunda ortaya çıkacak hakem kararının adil, doğru ve taraf beklentilerinin karşılanması arzu edilir (Köseoğlu, 2020). Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönelik isteksiz yaklaşım sergileyenlerin temel düşüncesi de bu sürecin sonunda ortaya çıkacak sonucun bilinemezliği olabilmektedir (Landry, 1996). Taraf beklentilerinin karşılanması, çalışmamızın bu kısmındaki mihenk noktadır. Diğer taraftan, sürpriz bir hakem kararı olasılığı tahkimde de uzak bir ihtimal değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) md. 27 hükmünün Gerekçesi incelendiğinde; hâkimin (hakemlerin) tarafların hiç beklemediği, bir başka deyişle tarafların sonuç ve istemleri ile uyumsuz bir kararın, sürpriz karar şeklinde nitelendirildiği görülmektedir (Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2020)¹. Kötüniyet ürünü olması da gerekmeksizin, keyfi ve çelişkili bir hakem kararına karşı set örülmektedir (Börü, 2023). Sürpriz karar yasağına aykırı bir hakem kararının, iptal davasına konu olması muhtemeldir (Aktepe Artık, 2023). Arabuluculukta taraf beklentileri içerisinde bir yerde anlaşma sağlanamasa dahi, taraflar tahkim yargılamasında beklentileri ötesinde, sürpriz bir kararın çıkmasını engellemek isteyebilir. Taraflar tahkim şartını kaleme alırken bu gaye doğrultusunda düzenleme yapabilirler. Diğer taraftan, hakemlerin tarafların mutabakatıyla iyiniyet ilkesi temelinde karar vermesi halinde sürpriz karar yasağı savı da gündeme gelemeyebilecektir (Börü, 2023). Elbette, yargılamadaki tartışmaların bütünüyle dışında bir hakem kararı, sürpriz karar nitelenmesine yine muhatap olabilir (Umar, 2011; Bolayır, 2019).

¹ Sürpriz Karar Yasağı hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Yılmaz, E. (2022). Hukuki dinlenilme hakkı. Z. Akıncı, Y. Ekmen (Ed.), *Tahkimde hukuki dinlenilme hakkı* içinde (ss. 1–20). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık; Bolayır, N. (2019). *Medeni usul hukuku’nda hâkimin hukuku re’sen uygulaması ilkesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Bu kapsamda hakeme/hakem heyetine iyiniyet ilkesi göz ardı edilmeden belirli sınırlar dahilinde karar verme yetkisinin taraflarca tanınmasına bir engel bulunmamaktadır. Bu halde, elbette adil yargılama ürünü bir karar hüviyetine sahip olmak kaydıyla, uyuşmazlık taraflarından hiçbiri için mutabakatla belirlenmiş maddi sınırlar dahilindeki bir hakem kararına karşı sürpriz bir karar iddiasında bulunmak kolay olamayacaktır. Böylesi bir düzenlemede sürpriz karar iddiası çok daha düşük bir ihtimal haline gelecektir. Tekrar dikkat çekmek isteriz ki, buradaki sınırlandırmayla, tarafların birleşen iradesiyle uyumlu olarak maddi uyuşmazlıklara tahkim yargılamasında bir çerçeve getirilmesini amaçlamaktayız. Çalışmamızda “Sınırlandırılmış Hakem Yetkisi” ismiyle oluşturulan önerimizin gayesi tam da budur.

2.2. Sınırlandırılmış Hakem Yetkisine Dair Uygulama Önerisi ve Zamanlaması

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde “Sınırlandırılmış Hakem Yetkisi”ne dair şöyle bir uygulama önerisi gündeme gelebilir. Sözgelimi tarafların arbuluculuk toplantılarında birbirlerinin taleplerine yaklaştığı lakin sonuç olarak anlaşmayı üretmenin mümkün olmadığı aralıklar oluşabilir.

Somutlaştırmak gerekirse; (A) ile (B) olarak kısaltılan iki şirketin, taraf olduğu bir arbuluculuk toplantısında ticari bir alacağın ödenmesi konusunda bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Arbuluculuk toplantısının başlangıcında (A), en fazla 10.000–TL ödeyebileceğini; (B) ise 200.000–TL altında bir bedeli kabul etmeyeceğini ifade etmiştir. Lakin olumlu ilerleyen arbuluculuk toplantısında (A) ödemeye hazır olduğu bedeli arttırarak 50.000–TL ödeyebileceğini belirtmiştir. (B) ise 100.000–TL altında bir bedeli kabul etmeyeceğini ifade etmiştir.

Örneğimizdeki arbuluculuk toplantısında geline aşamada, arbuluculuk görüşmeleri tarafların anlaşması yönünde olumlu bir katkı sunmasına rağmen neticede anlaşma sağlanması mümkün olamamıştır. Toplantı esnasında arbulucunun herhangi bir önerisi de fayda sağlamamış olabilir. Bu halde anlaşmama şeklinde bir sonuç belgesi ile arbuluculuk sürecini neticelendirmek yerine, anlaşmaya yaklaşıp tarafların uyuşmazlıklarında katettikleri mesafenin göz ardı edilmemesi gerekir. Aksi bir tutumda, arbuluculuk sürecindeki yakınlaşmayı dikkate almayan yargısal bir sürecin oluşması riski kuvvetle muhtemeldir.

Böyle bir ihtimalde, taraflar birbirlerinin taleplerine yakınlaşmasına rağmen anlaşma sağlanamayan hallerde, arbulucu taraflara razı oldukları son rakamları ifade etmelerini

isteyebilir. Arabulucu devamında başka bir öneride bulunacağını ifade edebilir. Öneride bulunma tasarrufunun ve zamanlamasının, arabulucu tarafından dikkatle tayini gerekir. Eğer taraflar bulundukları pozisyonda katılaşılmadıysa ve anlaşma şansı düşük seviyede bile olsa, müzakere devam edebilir nitelikteyse, öneri için halen erkendir. Bu haliyle, öneri zamanlamasının doğru tespiti arabulucunun toplantıda dikkat etmesi gereken kritik bir husustur. Arabulucunun, sürecin devamında belki de tahkim hakemi olarak karar verici rolü olacağı için arabuluculuğu – aslında süreç halen devam edebilecekken – süratle anlaşmama olarak tamamlaması ve tahkim sürecine geçmesi tavrı gündeme gelebilir (Demir Gökyayla, 2019; Canatan, 2023). Kademeli şekilde planlanması gereken bu adımın, doğru zamanda atılması arabulucunun tarafları sağlıklı analiz yeteneğine ve yetkinliğine elbette bağlıdır.

Uygun zamanlama ile tarafların artık arabuluculuk sürecinde anlaşma şansı kalmadığı tesbitinin arabulucu tarafından yapılması ardından [HUAK md. 17/1 (b)], arabuluculuktan tahkime geçiş şeklinde uyuşmazlık yöntemleri arasında bir köprü kurulabilecektir. Bu geçiş med-arb yöntemi ile uyumludur. Lakin arabuluculuktan tahkime tarafların ortak iradesi ve mutabakatı ile geçildiğinde hakem/hakem kurulunun karar vermede serbest bir hale gelmesi durumu ortaya çıkacaktır. Böylesi bir durumda, arabuluculuk sürecinde tarafların birbirlerine doğru attıkları ortak menfaat üretme yönündeki adımları anlaşma ile sonuçlanmasa da uyuşmazlık aralığının daralmasının, anlaşmaya yakın hale gelmiş olmanın bir kıymeti kalmayabilecektir. Oysaki, arabuluculuk sürecinde bir yargılama (dava) psikolojisi yaşamaksızın taraflar, mevcut sorunu çözmeye matuf çabayla, uyuşmazlık nedeniyle zedelenmiş karşılıklı ilişkilerini de büyük oranda onarmış olabilirler. Kaldı ki, arabuluculuğun tahkime kıyasla daha çok tercihinde, diğer bir ifadeyle popülaritesinin artış nedenlerinde maliyet, gizlilik, sürat gibi avantajları yanında özellikle uyuşmazlık taraflarının ilişkilerin sürdürülmesi ve korunması bakışı olduğu da başka bir gerçektir (Pappas, 2015). Bu noktada, arabuluculukta taraflarca oluşturulan yakınlaşmanın, niteliği her ne olursa olsun arabuluculuk müzakereleri sayesinde taraflar arasında belki de arabulucu gayreti ile tekrar sağlanan iyi iletişimin, anlaşma sağlanamadığı için göz ardı edilmesinin engellenmesi gerekir.

Sonuçta uyuşmazlık taraflar açısından arabuluculuk dahilinde giderilmemiş olsa bile, ilişki onarılmış, belki de hiçbir iletişimi kalmayanların, tekrar iletişim kurması, ticari bir işi yeniden yapmayı düşünmesi arabuluculuk sayesinde mümkün hale gelmiştir. İşte bu aşamada hem anlaşmazlığı geride bırakabilmek hem de anlaşmayı sağlayamamış olsa da menfaatle buluşma yönünde atılmış karşılıklı adımları bir bütün halinde değerlendirerek, bir uyuşmazlık çözüm mekanizması üretmek mümkündür. “Sınırlandırılmış Hakem Yetkisi”

olarak ifade ettiğimiz bu yaklaşımda, uyuşmazlığın çözümünde taraflarca arabuluculuktan tahkime geçerken son aşamada kabul edilen menfaat sınırları dikkate alınır. Buradan devamla, hakemlere ancak tarafların arasında kalan uyuşmazlık alanı dahilinde karar verme yetkisi tanınabilir. Anlaşma oluşmamış olsa da arabuluculuk görüşmelerinde üreyen kazanımın korunması, bu kazanımın tahkime geçildiği gerekçesiyle heba edilmemesi önerimizdeki temel yaklaşımdır.

Bu durum aslında, arabuluculukta anlaşmama, lakin anlaşmaya yaklaşılacak kısmı gözeterek, bu yaklaşımı feda etmeden, tahkim hakemlerine sınırlı rakamsal yetki veren bir düzenlemeyi, bir tahkim şartını hayata geçirmektedir. “Arabuluculuk Anlaşmama Tutanağı” anlaşmama konusunda kayıtlar içereceğinden aynı /tutanak dahilinde tarafların mutabakatıyla sınırlandırılmış hakem yetkisinin düzenlenmesi halinde bir tahkim şartı gündeme gelebilecektir.

Yukarıda belirtilen örnek üzerinden devam etmek gerekirse, (A) ile (B) arasında arabuluculuk toplantıları neticesinde en son 50.000–TL ile 100.000–TL aralığında bir yaklaşma sağlanmasına rağmen, sonuçta bir anlaşma sağlanamadığından; taraflarca hakeme veya hakem heyetine sınırı belli bu rakamlar dâhilinde bir karar tesisi yetkisi verilebilir. Böylesi bir yöntem, arabuluculuk ile elde edilen menfaatin korunması yanında uyuşmazlığın, tarafların birbirine yaklaştığı sınırlar içerisinde çözümü şeklinde bir sonuca hizmet edecektir. En iyi adalet, tarafların ortak rızasının şekillendirdiği adalettir. Tarafların arabuluculuk esnasında birbirine yaklaştığı sınırda oluşacak bir hakem kararının da uyuşmazlık taraflarının rızasını en çok hak edebilecek hakem kararı olasılıklarından birini yaratabileceği kanaatindeyiz. Hakemler de bu vesileyle, milli veya milletlerarası hukuk düzeninin öngörmekte olduğu katı hukuki düzenlemelerden sıyrılacak duruma geleceklerdir (Özgenç, 2014). Keza, taraflar arasında güçlü–zayıf veya kazanan–kaybeden şeklinde zıt bir tablo yaratılmaması da bu sayede sağlanabilecektir (Köseoğlu, 2020).

Tarafları arabuluculuk süreci ve neticesi hakkında bilgilendirme yükümü olan arabulucunun “Sınırlandırılmış Hakem Yetkisi” önerisini yaptıktan sonra, bu önerinin sonucu, etkisi ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden tahkim ile önerdiği sınırlı hakemlik yetkisi ile ortaya çıkabilecek olası sonuçlar, tahkim yargılaması, imza olunacak tutanak ve sonuçları hakkında tarafları bilgilendirmesi gerekir (HUAK md.17/3, 18/A/7). Bu noktada, tahkime geçiş yerine tarafların anlaşmama ile arabuluculuk sürecini sonlandırma imkânı olduğu da arabulucu tarafından mutlaka ifade olunmalıdır. Arabulucu tarafından yapılması gereken detaylı bilgilendirme ardından, tarafların mutabakatları halinde tahkim ile uyuşmazlığın giderilmesinin gündeme gelebilecektir. Tahkime geçişin

ancak tarafların mutabakatı ile gündeme gelebileceğini arabulucu açıkça ifade etmelidir. Nihayetinde sınırlı bir yetki dâhilinde olsa bile, kişinin devlet yargısı yerine, tahkim alanına geçtiği konusundaki farkındalığını tam anlamıyla yaratmak, bu hususta gerekli aydınlatmayı ve bilgilendirmeyi yaptığını ispat etmek arabulucunun yükümlülüğündedir.

Tahkimde hakem heyeti, oluşumunu ve varlığını taraflara borçludur; daha belirgin bir ifadeyle hakem (hakem heyeti) tarafların ortak iradesi varlık kazanır Blackaby KC, Partasides KC ve Redfern, 2009). Tahkimde taraf iradesi mutlak olmamakla birlikte esas olandır (Özgenç, 2014). Diğer bir anlatımla tahkim de, tarafların iradesinin ürünü olarak ortaya çıkan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmaktadır. O halde tarafların hakemlerin yetkisi konusundaki iradesine de uymak, tahkimin ruhuna aykırı olmayacaktır.

Tahkim yolunda, hakemin nitelikleri çok önemlidir. Arabulucunun hakemliğe geçmesi olasılığında, uyuşmazlığı hukuken analiz edebilecek, en azından sınırlar dahilinde adil bir karar oluşturabilecek uzmanlık kapasitesinde ve objektif yeterlilik seviyesinde olması gerekir. Arabulucunun müzakereyi yönetme yeteneği, anlaşmayı teşvik eden sempatisi ve kişisel itibarı yanında, mesleğindeki özgeçmişi, en üst düzeyde güvenilirliği ve niteliği, arabuluculuk sürecinde olduğu gibi sınırlı yetkiyle planlanmış olsa da tahkimde de yüksek önem göstermektedir. Arabulucunun, uyuşmazlık konusunda uzman bir hukukçu olması arabuluculuk sürecindeki zaman kaybını engelleyeceği gibi, tahkimde de gündeme gelebilecek usuli zaman çizelgesi, dava yönetimi gibi konularda, bu uzmanlık önemli bir avantaj sağlayacaktır (Goodman, 2017). Arabulucu-Hakem'in arabuluculuktaki tecrübesi, tahkim hakemliği konusundaki yetenek ve yetkinliği ile arabuluculuk-tahkim alanındaki mesleki donanımı, yani bu görevi yapan kişinin isabetle tercihi med-arb sürecinin başarısını da sağlamaktadır (Landry, 1996; Elliott, 1995).

3. Sınırlandırılmış Hakem Yetkisinin Özel Düzenlemeler Bakımından

Görünümleri

3.1. Milletlerarası Tahkim Kanunu Açısından Sınırlandırılmış Hakem Yetkisi

“Sınırlandırılmış Hakem Yetkisi” önerimizi destekleyen düzenlemelerden ilki 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) md. 12/C hükmüdür. Düzenleme incelendiğinde “Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılması şartıyla hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilir.” şeklindedir. Bu halde tarafların açık yetki vermesi kaydıyla, hakemlerin yetki verilen sınırlar dahilinde karar vermesi tahkimde mümkündür. Hakemin veya hakem heyetinin MTK md. 12/C’de ifade bulan şekilde taraflarca hukuk kurallarından öte hakkaniyetle ve nesafetle

uyuşmazlık hakkında karar verebilmesi imkânı doğmaktadır, bu halde hakemlerin vicdana ve hakkaniyete uygun, bir karar vermesi gerekir (Köseoğlu, 2020; Akıncı, 2013). Hakemlerin sahip olduğu bu yetki hakeme yetkili hukuk düzenin maddi kurallarını hak ve nesafet kurallarını önceleyerek, uyuşmazlığı geride bırakma imkânı vermekte, uyuşmazlığa konu olayın çözümündeki hukuk kurallarının yarattığı ağırlığı aşarak adil bir çözüme varılabilmektedir (Özgenç, 2014). Hukukumuz, tarafların belirtilen düzenlemeye göre verdiği yetki gereğince; uyuşmazlık tarafları arasında menfaat dengesini önemli oranda zedeleyen, taraflar arasındaki ilişkide adaletsizlik yaratacak sözleşme hükümlerini uygulamayarak, pozitif hukukta yer bulsa da sonucu itibari ile adil olmayan hale neden olmama imkânı vermektedir (Özgenç, 2014). Hakemlere verilen bu yetki, tarafların arabuluculuk süreci sonunda net bir kaleme alma ile yazılı hale getirilmesi gereken açık yetkilendirmesinden, başka bir ifadeyle tahkim sözleşmesinden doğmaktadır.

Arabuluculuk süreci sonunda anlaşılamayan taraflar, uyuşmazlık konusunda anlaşmadığını yazılı hale getirmekten öteye geçebilir. Taraflar uyuşmazlığın müzakeresinde yakınlaştıkları bedellerin somutlaştırılarak aralıklı olarak ifadesi ile, arabuluculuk sürecine anlaşmama suretiyle son verilmesi iradesine ek olarak uyuşmazlığın bundan böyle tahkim yoluyla çözümlenmesi yolunda açık bir anlaşmanın yazılı hale getirilmesini talep edebilirler. Uyuşmazlıklarının esası hakkında çözümde anlaşılamayan taraflar, uyuşmazlığın çözüm yöntemi veya uygulamakta oldukları çözüm yöntemine yeni yöntemler eklenmesi üzerinde anlaşabilir. Taraflar, uyuşmazlık çözüm yönteminde değişiklik üzerinde anlaşabilir. Bu haliyle arabuluculuk sonunda düzenlenmesi gereken anlaşmama belgesinde; devlet yargısı yerine, taraflarca mutabakatla uyuşmazlığın çözümü için tahkim yönteminin seçildiğinin açıkça yazılması; taraflar arasındaki tahkim yöntemiyle karara bağlanması istenen (arabuluculuğa konu edilmiş) uyuşmazlığın tanımlanması; arabulucunun hakem olarak karar verici olması isteniyorsa bu kişinin ve/veya hakemin belirlenmesi yöntemi önem arz etmektedir.

Uyuşmazlık tarafları akdettikleri sözleşmelerde “uyuşmazlıkların halli” veya “ihtilafların çözümü” başlıklı sözleşme maddelerine yer verebilmektedirler. Böylece sözleşme tarafları bir uyuşmazlığın ortaya çıkması durumunda, önce arabuluculuk, şayet arabuluculukta bir anlaşma sağlanamazsa devamında tahkim yolunu tercih etmiş olabilirler. Böyle bir olasılıkta dahi arabuluculukta uyuşmazlıkları hakkında bir anlaşmaya varamamış olan taraflar mevcut tahkim şartı yerine, eğer mutabık olabilirlerse sınırlandırılmış hakem yetkisi olarak ifade ettiğimiz yeni bir tahkim şartını kabul edebilir. Bu olasılıkta taraflar arasındaki tahkim şartı yine tarafların ortak kabulüyle tadil edilmiş olur. Bu noktada, tahkime geçiş yönündeki taraf iradelerinin, ileride tahkim anlaşmasının geçerliliğinin riske

edilmemesi için tereddüte mahal vermeyecek şekilde net ifadesine dikkat edilmelidir (Demir Gökyayla, 2019). Bunun üzerine hakem/hakemler de kendilerine taraflarca verilen yetki dâhilinde tahkim yargılamasını sürdürmek ve tamamlamakla yetkili olurlar.

Tahkime geçildikten sonra; MTK md. 12/C uyarınca hakkaniyet ve nesafet kurallarına veya dostane aracı olarak karar verebilmekle, hakem veya hakem heyeti uzlaştırmacı bir yaklaşım göstererek arabulucuya yakın bir tavır sergileyebilir (Özgenç, 2014). Bu arabulucu benzeri tavır hali olsa da nihayetinde hakem uyuşmazlık hakkında kendisine verilen sınırlı yetki dâhilinde karar verici durumdadır. Bu noktada hakeme sınırlı karar yetkisi verilmesi, hakemin karar verme yetkisinin elinden alınıp alınmadığı şeklinde bir soru işareti doğurabilir. Kanaatimizce, hakemin karar yetkisinin elinden alınması söz konusu değildir. Taraflarca mutabakatla belirlenen çerçeve dışında, uyuşmazlık ve tahkim davası taraflarınca talep edilmeyen sürpriz bir karar alınmasına engel olunması, hakemin karar verme yetkisini ortadan kaldırmamakta; aksine arabuluculuk ile yakınlaşmış menfaat alanı içindeki aralıkta hakeme serbestçe karar verebilme yetkisini bahşetmektedir. Zaten böylesi bir kurumun gayesi de arabuluculukta anlaşmaya yakınlaşmış tarafların, bu yakın halini koruyarak uyuşmazlığı geride bırakmak olmalıdır. Yargısal sürecin sonunun uyuşmazlık taraflarınca kestirilememesi, anlaşma ile uyuşmazlığın çözümlemenin daha tatminkâr olarak yorumlanmasının bir nedenidir ve bu neden anlaşma suretiyle uyuşmazlık çözümü talebinin de öne çekilmesini desteklemektedir (Pekcanitez, Atalay ve Özkes, 2020).

Tarafların tahkim anlaşmasına prensip olarak diledikleri sınırı koyması önünde engel bulunmamaktadır. Hakemin yetkisi tarafların iradesinden doğduğuna göre bu yetkinin taraflarca sınırlı şekilde verilmesi de elbette mümkündür. Tahkimde, hakem heyetinin yetkisinin değerlendirilebilmesi için tahkim sözleşmesi/tahkim şartı ilk incelenmesi gereken yerdir (Blackaby KC, Partasides KC ve Redfern, 2009). Hakemin yetkisi tam da buradan doğduğuna göre, hakemlerin kendilerine çizilen yetkiyi ve alanı aşmaması gerekmektedir (Blackaby KC, Partasides KC ve Redfern, 2009). “Competence – competence” kuralı da hakemlerin tahkim şartını inceleyerek kendi yetkileri hakkında karar verici olduklarını teyit etmektedir. Bu halde hakemlerin, taraf iradelerinin ürünü olan tahkim sözleşmesi/tahkim şartı dahilinde yargılama yetkisini kullanması bir gerekliliktir.

3.2. Sınırlandırılmış Hakem Yetkisinin American Arbitration Association Rehberindeki İzdüşümü

Uyuşmazlık çözümlerine ilişkin farklı klotların kaleme alınması yönündeki rehber işleviyle, AAA'nın (American Arbitration Association) Drafting Dispute Resolution Clauses

(Uyuşmazlıkların Halli Hükümlerinin Düzenlenmesi) şeklindeki rehberinde parasal limitlerle tahkim şartı düzenlenmesi örneklerine yer verilmektedir (American Arbitration Association, 2013). Belirtilen tahkim şartlarının içeriğine sadık kalmakla birlikte tarafları ve rakamları da ekleyerek, bu şekilde somutlaştırmak suretiyle aşağıda söz konusu örneklere yer verilmiştir.

Sınırlandırma Örneği 1:

[A] lehine ve [B] aleyhine olan hakem kararları en az 50.000–USD tutarında olmalı, fakat 100.000–USD’yi aşmamalıdır. [A], 100.000–USD üzerinde kalan taleplerinden açıkça feragat etmekle, olası kazanımının belirtilen rakamı aşmayacağını kabul etmiştir. Bu sınırlar dahilinde verilecek herhangi bir hakem kararı ile [A]’nın [B] aleyhindeki tüm talepleri karşılanmış olacaktır.

Sınırlandırma Örneği 2:

Hakemin talebi reddetmesi ya da en az miktar olarak belirtilen 50.000–USD tutarın altında bir karar vermesi halinde, belirlenen minimum tutar (50.000–USD) başvurucuya ödenecektir. Hakem kararının, en yüksek tutar/sınır olarak belirlenen 100.000–USD’nin üstünde olması halinde ise, yalnızca belirlenen azami tutar (100.000–USD) başvurucuya ödenecektir. Hakemin, taraflarca belirlenen bedel sınırlaması aralığında karar vermesi halinde, hakem kararında belirlenen tam miktarın başvurucuya ödeneceği konusunda taraflar mutabıktır. Ayrıca taraflar bu anlaşmanın, gizli olduğunu ve hakeme açıklanmayacağı konusunda mutabıktırlar.

Yukarıda yer verilen örneklerde, “Parasal Sınırlar Dahilinde Tahkim” (Arbitration within Monetary Limits) şeklinde bir alt başlık tercih edilmiş olmakla birlikte, konuya bakışımızla tam uyumlu bir şekilde tarafların müzakerelerinde elde ettikleri alanı koruyan ve tarafları öngörülmez riskten arındıran tahkim şartı örnekleri kaleme alınmıştır (American Arbitration Association, 2013).

3.3. HMK Açısından Sınırlandırılmış Hakem Yetkisinin Görünümü

Usul hukuku penceresinden bakıldığında taleple bağlılık ilkesi gereği önerdiğimiz sınırlandırılmış hakem yetkisinin, talep sonucunun belirli hale getirilmesi sonucunu doğurduğu görülür. Talep sonucunun taraflarca sınırlanarak belirlenmiş olması tahkim dava dilekçesinde talep sonucunun belirli olarak yer almasına müsaade edecektir. Talep sonucunun dava dilekçesinde açıkça yazılma sebebi talebe uygun karar verilmesine imkân tanımaktır (Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2020). Bu durumda davanın açıldığı tarihte alacak miktarı taraflarca önceden belirlenmiş olacağından, sınırlandırılmış hakem yetkisi

şeklindeki tahkim şartının belirsiz alacak davası açılmasını engelleyebileceği de savunulabilir.

HMK md. 26/1 incelediğinde “Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. (...) .” hükmü karar vericinin kararında sınırlandırılmasına bir başka örnektir. Taleple bağlılık ilkesi paralelinde, hakem tarafların talepleri sınırında karar vermelidir. Örneğin; bir tahkim davasında davacı 10.000–TL talep etmiş ise, hakem/hakem kurulu 11.000–TL’ye hükmedemez. Aynı paralelde tarafların taleplerinin üst sınırlarını belirlediği ve hakeme de bu sınırdaki, hakemlik yetkisi verdiği bir durumda, hakemin bu sınırlar ötesinde veya dışında karar veremeyeceği görülmektedir. Taleple bağlılık ilkesi kapsamında hâkimin talepten fazlaya karar verme imkânı bulunmamaktadır. Medeni Usul Hukuku’na hâkim olan ilkelerden tasarruf ilkesi açısından, davacının talep etmediği bir hususta hakem veya hakem heyetinin karar veremeyeceği sonucuna ulaşmak mümkündür (Pekcanitez, Atalay ve Özkes, 2020).

4. Escrow Sözleşmesinin Arabuluculuğa Yansıması

4.1. Genel Olarak Escrow Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği

Escrow sözleşmesi, saklanması mümkün bir eşyanın, asıl sözleşme taraflarınca belirlenmiş koşulların (şartların) gerçekleşmesi ve bu koşullara bağlı yükümlülüklerin ifa edilmemesi halinde, escrow aracısı olarak isimlendirilen bir üçüncü şahsın koşulları kontrol ederek güvenli bir ortam yaratması gayesiyle gündeme gelir. Bu sözleşme, eşyanın teslimi, koşulların kontrolüyle eşyanın akıbetinin belirlenmesini konu edinir. Bu süreçte eşyanın tarafsız ve güvenilir bir kişi olan Escrow’da emin sıfatıyla zilyet olarak muhafazası ve koşulun sözleşmedeki tanıma göre gerçekleşmesi halinde teslimin gerçekleşmesini/gerçekleşmemesini düzenleyen üç taraflı bir sözleşmedir (Ekici, 2018).

Tarafların aynı anda ifa etmesi gereken işlemlerde dahi uygulamada bir öncelik–sonralık sırası bulunabilmektedir. Bu durum işlemin doğasından kaynaklanır. Somut bir örnek olarak; tapu müdürlüğünde gerçekleştirilen taşınmaz satış sözleşmesinde, satış bedeli ile imzaların tatbiki arasında bir zaman dilimi oluşmaktadır (Ekici, 2018). Başka bir ifadeyle, hukuken eş zamanlı işlem gibi ifade edilen iki taraflı yükümlülüklerin ifasında, uygulama gerçekliği taraflardan birinin daha önce adım atmasını gerektirebilmekte, tam da bu noktada güven krizi doğabilmektedir. Escrow sözleşmesi, bu türden işlemlerde karşılıklı edimlerin güvenle ifası için uygun ortamı yaratabilecek bir sözleşmedir (Ekici, 2018).

Kişiler arasındaki tüm ilişkilerde farklı hukuki tanımlamaya ve nitelemeye tabi olabilecek muhtelif sözleşme tipleri gündeme gelebilir. Bu sözleşmelerin yürütülmesinde, borçların

ifasında ise güvensizliklerin ortaya çıkması olasıdır. Özellikle sözleşme taraflarının edimlerinin sırası, sözleşme ile belirlenen gayeye yönelik olarak taraflarından birinin edimini yerine getirmesine rağmen, diğer tarafın edimini yerine getirmeyebileceği kaygısı birçok sözleşmenin, daha en başta sözleşme müzakerelerinde çıkmaza girmesine neden olabilir. Bu haliyle; sözleşmenin tüm tarafları açısından bir güven ihtiyacı oluşabilmekte, güvensizliğin bertarafı için de escrow sözleşmesine ihtiyaç gündeme gelebilmektedir (Ekici, 2018). Escrow sayesinde taşınır eşya üzerinde tarafların tasarruf imkânı kısıtlanarak, hatta ekseriyetle kaldırılarak eşyanın güvende olması temin edilmektedir (Usta, 2024). Bu noktada escrow sözleşmesi ile asıl sözleşmeye taraf olanlar arasında, karşı tarafı bir davranışta bulunmaya mecbur kılmaktan ziyade, onun yüklendiği edimi yerine getirmemesi ihtimali güvence altına alınmakta, fiili hâkimiyet de escrow aracısına bırakılarak taşınır eşyanın muhafazası sağlanmaktadır (Keskin, 2012; Ekici, 2018). Escrow aracısı, uygulayıcıların alışkın olduğu yediminlik vazifesini ifa etmiş olmaktadır.

Escrow sözleşmesinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 561'de düzenlenen genel saklama sözleşmesi veya onun bir alt türü olan TBK md. 569'da yer alan güvenilir kişiye bırakma kurumlarından ayrıışan yönleri bulunan bir sözleşme tipi olduğunu öncelikle belirtmemiz gerekmektedir². Güvenilir kişiye bırakma (yedimine bırakma) sözleşmesinin, escrow sözleşmesinden en önemli farkı bırakılan eşyanın çekişmeye konu olmasıdır (Usta, 2024).

Escrow aracısı, kendisine teslim edilen taşınır eşyaya (şeye) ilişkin anlaşma ile üzerindeki mutabık kalınmış koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak hareket etmekle yükümlü olduğundan, aksine bir tavır gösteremeyecektir. Zaten güvenilir bir gerçek/tüzel kişinin escrow aracısı olarak belirlenmesinin ana gayesi de tam olarak budur.

4.2. Arabulucunun Escrow Aracısı/Yedimin Olarak Konumlanabilirliği

Burada sorulması gereken soru acaba bir arabulucu, yönetmekte olduğu arabuluculuk sürecinde arabulucu görevine ek olarak escrow aracısı rolünü üstelenebilir midir? Bu soruya olumlu cevap verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim uyuşmazlığın tarafları, escrow aracısı olarak görev yapması konusunda anlaştıkları arabulucunun hakimiyetindeki eşyanın akıbeti konusunda tam bir güven içinde olacaklardır. Böylelikle eşyanın akıbeti, tarafların olası farklı iradelerinin etkisinden arındırılarak, escrow aracısı konumundaki arabulucunun hukuki ve fiziki hakimiyeti altında muhafaza olunmaktadır.

² Detaylı bilgi için bkz. Usta, S. (2024). Escrow Sözleşmesi. Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Bununla birlikte eklemek gerekir ki, yediemine teslimde eşyanın çekişmeye konu olması; arabuluculukta ise halihazırda bir uyuşmazlığın/çözümünün arandığı ortadadır. Escrow aracısındaki eşya da uyuşmazlığın kapsamı içinde değerlendirilebilecektir. Teorik olduğunu düşündüğümüz farklıktan ötürü arabuluculukta tarafsız olarak nitelendirilen kişinin escrow aracısı veya yediemin olarak anılabileceği, her iki kavramın da çalışmamızda önerilen işlevleri nedeniyle aynı nitelikte değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

ABD gibi yurtdışı örneklerinde escrow faaliyetinin lisansa tabi bir yetki olarak düzenlediği görülebilmektedir (Ekici, 2018). Lisansa tabi bir faaliyet olarak düzenlenmesinin arka planında hem bu alanda denetimi gerçekleştirebilmek hem faaliyetin uzmanlık dâhilinde sunulan bir hizmet olarak devamlılığını sağlamak, hem de escrow aracısı olarak faaliyette bulunanları yaptıkları işin bilinci ve etik değerleri konusunda bilgilendirmek, tarafsızlık ve güven gibi olmazsa olmaz gereklilikler açısından özeni yüksek düzeyde koruyabilmek gibi ihtiyaçlar olabilir. O halde, bir uyuşmazlığın sonlandırılmasında etkin rol alan arabulucuların escrowluk hizmeti açısından tetkiki ihtiyacıdır.

Arabulucular, hukuk fakültesi mezunu, meslekte asgari 5 (beş) yıl deneyim sahibi olan, Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen arabulucular siciline kayıtlı hale gelerek, taraflar arasındaki özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde görev alma ehliyetine kavuşmuş uzman kişilerdir (HUAK md. 1, 2, 19, 20). Bununla birlikte arabuluculuğa ilişkin iradilik, eşitlik, gizlilik gibi ilkelerin serbest bir müzakereye imkân vererek, taraf iradelerinin sağlıklı bir şekilde şekilleneceği atmosfere imkân sağlaması da başka bir fayda üretmektedir (HUAK md. 3, 4). Arabulucunun görevini özenle ve tarafsız yerine getirmesi zorunluluğu da (HUAK md. 9) bir escrow aracısının taşıması gereken özellikler ile uyum göstermektedir. Öğretide de ülkemizde escrow faaliyetine ilişkin yürürlükte yasal bir düzenleme olmasa da olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından bu konuda faaliyet gösterecek olanların tabi olacakları şartların yasayla belirlenmesi gerektiğini, bu sayede tarafsız, güvenilir ve denetim altında bir faaliyetin yürütülebileceğini belirtilmekte; keza escrow araçlarının taraflar arasındaki çatışan menfaat dengesini gözetmesi ve sır saklaması gerektiği de ifade edilmektedir (Ekici, 2018).

Belirtilen ihtiyaca aynen katılmakla birlikte, tarif edilen ihtiyaçların özel hukuk uyuşmazlıklarında ve keza olası uyuşmazlıkları önleme becerisiyle bu işlevi gösteren arabulucular eliyle yerine getirebileceği kanaatindeyiz. Arabulucuların hukuk eğitimi almış, mesleklerinde tecrübeli kişiler olduğu da gözetildiğinde taşınır eşyanın iadesi/teslimi için koşulu değerlendirme yönünde tam uygun olacağı tartışmasızdır. Hukukçu olmayan kişilerin escrow aracısı olarak faaliyetine izin verilen bir halde,

sözleşmelerde teslim/iade yönündeki koşulun sağlıklı kaleme alınmamış olabileceği gibi sağlıklı da değerlendirilememesi riski, bu noktada escrow aracılığı için en uygun meslek grubunun arabulucular olabileceği gerçeğini ortaya koymaktadır. Arabulucuların, escrow/yedimin olarak faaliyet göstermesinin, arabuluculuk müzakereleri sonunda varılabilecek anlaşma oranını da destekleyebileceği kanaatindeyiz.

Uygulamada tecrübe ettiğimiz bir uyuşmazlık üzerinden arabulucunun yedimin/escrow aracısı rolü üstlenmesi ile ulaşılan bir arabuluculuk anlaşması örneği şu şekildedir: 2023 yılında yaşanan kira sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta, taraflar [Kıracı (A) – Kıraya Veren (B)] arabulucu huzurundaki toplantıda kira sözleşmesine konu taşınmazın tahliyesi hususunda anlaşmaya yaklaşmıştır. Lakin arabuluculuk toplantısı öncesi (B)'nin kendisine eksik kira ödemesi yapıldığı iddiasıyla tahliye talepli olarak (A) aleyhinde başlattığı icra takibi, (A)'nın itirazı ardından ilk derece mahkemesinde derdesttir. Kıracı (A), uyuşmazlığa konu taşınmaz dışında bir başka taşınmazı kiraladığını, belirli tarihte tahliye etmeye hazır olduğunu, tahliye tarihine kısa bir süre olsa da yazılı şekilde tahliye taahhüdünü imzalamayı kabul etmiştir. Bunun için ön şart olarak da aleyhindeki davadan feragat edilmesini talep etmiştir. Kıraya veren (B) ise, kiralanan taşınmaz kendisine teslim edilmeden davadan feragat etmeyeceğini ve tahliye taahhüdünün (A) tarafından davadan feragat beyanı sunulmadan önce kendisine tesliminde ısrar etmiştir. Bu doğrultuda, taraflar aslında tahliye gününde, tahliye taahhüdünün tanzim ve tesliminde, davadan feragatte mutabık olsa dahi, iki taraf da bu işlemlerde öncelikli karşı tarafın hareket etmesini istediğinden başlangıçta anlaşmak mümkün olamamıştır. Toplantı ertelenmiş, yapılan ikinci arabuluculuk toplantısında da tarafların kati tutumu sergilemesi üzerine, arabulucu ıslak imzalı tahliye taahhüdü belgesinin escrow aracısı olarak kendisine teslimi önerisinde bulunmuştur. Tahliye taahhüdü arabulucu huzurunda (A) tarafından tanzim ve imza edilerek arabulucuya teslim edilmiş, arabulucunun bu tahliye taahhüdünü (B)'nin davadan feragati ve UYAP evrak işlem kayıt numaralı dilekçesinin bir örneğinin arabulucuya teslimi ve işlemin UYAP ekranından da arabulucuya gösterilmesi ardından teslim edilmesi konusunda fikir birliğine varılmıştır. Toplantı devamında, kiralanan taşınmazın anahtar teslimi konusunda da anahtarın kıraya veren (B) tarafından teslim alınmazsa, tahliye tarihi mesai saati bitimine kadar arabulucuya yapılacak anahtar teslimin (B)'ye yapılacak anahtar teslim sonucunu doğuracağı konusunda taraflar anlaşmıştır. Bu haliyle arabulucunun, arabulucu ve escrow aracısı rollerini birlikte üstlenmesi ile

arabuluculuk anlaşması mümkün olmuştur. Bu anlaşma ardından, taraflar anlaşmaya uygun davranış da göstermiş, kira uyuşmazlığı kesin bir şekilde anlaşma ile çözülmüştür³.

Yukarıda yer verilen arabuluculuk anlaşma örneğinden de görüldüğü üzere, arabuluculukta anlaşmaya varan tarafların, taşınır eşya konusunda ve/veya karşılıklı evrak teslimi, bunun zamanlaması hakkında tereddütleri halinde escrow kurumu ihtiyaç haline gelebilmektedir. Bu halde, arabuluculuk sürecinde hiç yer almayan bir başka kişiye ulaşarak escrow aracısı olarak hizmet sunmasını talep etmek yerine, uyuşmazlığa vakıf hale gelmiş, tarafların müşterek iradesini en iyi bilen arabulucunun escrow aracısı konumunda hizmet göstermesi escrow aracısı olarak hizmet sunan kişinin görevindeki hatasızlığın sağlanabilmesi için faydalı olabilecektir. Escrow aracısının taraflar arasında ayırım yapmaksızın, taraf menfaatlerini gözetken ve özen borcu içinde olması ihtiyacı bulunmaktadır (Usta, 2024).

Escrow aracısından beklenen davranış kalıbı, arabulucudan beklenen davranış kalıbı ile uyum göstermektedir. Arabulucuların hem taraflar arasındaki uyuşmazlığı yöneten, tarafsız, özen ile davranması gereken hem de Adalet Bakanlığı nezdinde sicile kayıtlı kişiler olması, hem de taraflarla diyalog kurarak, uyuşmazlık sebepleri ile çözümleri konusunda anlaşma üretebilme konusundaki yetkinliği escrow aracısı olarak hizmet görmek için, arabulucular uygun bir meslek grubudur.

Bir arabulucunun escrow aracısı olarak görev alabileceği hallere örnek olarak şu hususlar belirtilebilir:

- Islak imzalı ve/veya orijinal bir belgenin anlaşma şartları yerine gelmesi ardından diğer tarafa teslimi,
- Tanzim ve imza edilmiş bir tahliye taahhütnamesinin kiraya verene teslimi,
- Tanzim ve imza olunmuş kıymetli evrağın teslimi,
- Muhtelif sözleşme hükümlerine göre teslim olunan kıymetli evraktan bir kısmının tanzim ve imza edene (borçluya), bir kısmının alacaklıya teslimi,
- Banka teminat mektubunun orijinal nüshasının teslimi,
- Nakit paranın teslimi (Usta, 2024),
- Mücevher, altın vb. kıymetli maden ve taşların, antika gibi değerli eserlerin teslimi,

³ Arabuluculukta gizliliğin korunması gereği, uyuşmazlığın konusu ve tarafları hakkında detaylı bilgi verilememektedir. Söz konusu uyuşmazlıkta, taraflarca uyuşmazlığın anlaşma ile geride bırakılması yanında, arabulucusu önerisi ile anahtar teslimi dahil olmak üzere arabulucunun escrow aracısı olarak görev yürütmesi üzerinde de anlaşmaya varılmıştır.

- Taşınır belleklerin teslimi,
- Kaynak kodun teslimi⁴,
- Kira sorunlarında, taşınmaz tesliminde anahtar teslimi (Metin, 2023).

Bununla birlikte, arabulucunun escrow aracısı veya yediemin olarak işlev göstermesi konusunda arabuluculuk sürecinde bir anlaşmaya varılması halinde, bu hususun ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bunun temel nedeni, arabulucuya teslim olunan ve belli şartların veya durumun gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı olarak çekişmeli taraflardan birine teslimi yapılacak eşyanın da arabuluculuk anlaşması kapsamında kayıtlanması ihtiyacıdır. Arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerden birisi olan gizlilik ilkesinin varlığı (HUAK md. 4) ve bu ilkenin ihlalinin de düzenlenmiş olması (HUAK md. 33) tarafların serbestçe aralarındaki iradeyi ve eşyaya ilişkin kayıtları da arabuluculuk anlaşmasında kaleme almasına imkân vermektedir. Bu haliyle; herhangi bir sözleşme ve/veya escrow sözleşmesi ile edinilebilecek gizlilik düzeyine kıyasla arabuluculuk sayesinde elde edilen gizliliğin çok daha yüksek olduğu, dolayısıyla arabulucunun da bu noktada üst düzeyde güvenilir bir muhatap olduğu dikkate alınmalıdır.

Tarafların anlaşmaya yaklaştıkları fakat henüz anlaşma sağlanamayan durumlarda arabulucunun zaten içinde görev aldığı uyuşmazlıkta escrow aracısı veya yediemin olarak görev alması, bir kısım uyuşmazlıkların anlaşmayla sonuçlanmasını destekleyebilecektir. Arabulucu da tarafların, özellikle bir veya bir kısım eşyanın teslimini gerektirecek müzakerelerde bir çözüm üretemediklerini gözlemlediği anda, kanunun kendisine verdiği imkânı gözeterek (HUAK md. 2/b, 15/7), kendisinin ve/veya bir başka arabulucunun escrow aracısı/yediemin olarak görev almasını önerebilme imkânına sahiptir. Arabulucuların aslında tarafların neredeyse tüm hususlarda anlaşmaya vardığı, lakin teslimi/devri gereken uyuşmazlık kapsamında yer alan taşınır eşyaların bulunduğu hallerde bir başkasını escrow aracısı/yediemin olarak önermek yerine, meslek ihtiyaçları ile anlaşma arayan tarafların ihtiyaçlarının kesiştiği noktada öncelikle kendi uygunluğu gözetmesi gerekir. Pek doğaldır ki, bu hizmeti sunacak olan arabulucunun söz konusu faaliyeti arabuluculuk hizmetine ek bir hizmettir. Ayrıca ücretlendirilmesi gerekmektedir. Zaten escrow aracılığı hizmetini kim görürse görsün ücret talep etme hakkı mevcuttur (Keskin, 2012). Dolayısıyla arabulucular eliyle, arabuluculuk toplantıları sonunda taşınır

⁴ Detaylı bilgi için bkzn. Keskin, D. (2012). Kaynak kod (source code) Escrow Sözleşmesi. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 3(10), 95–128.

eşya devir/teslimi konusundaki olası güvensizlikleri bu tür bir öneri ile gidermenin mümkün olduğu kanaatindeyiz.

5. Sonuç

Uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin doğal ve nihai hedefi uyuşmazlığın nihai olarak çözülmesidir. Tarafların ortak menfaatle buluşabilmesi halinde anlaşma üretilen arabuluculukta, tarafların anlaşmaya çok yakinken birtakım engeller nedeniyle anlaşamadığı durumlar oluşabilmektedir. Bu engellerin arabuluculuk sürecinde ortaya çıktığı anlarda arabulucunun, tarafları engeli aşacak tavra yönlendirebilmesi mümkündür. Arabulucunun olumlu tavrına rağmen taraflar yine de engeli aşamıyorsa, bu halde arabulucunun öneride bulunarak taraflara anlaşma imkânı yaratması olasılık dahilindedir. Nihayetinde arabuluculukta iradilik ilkesi esas olmakla birlikte, taraflar arabulucunun önerisini kabul etmeyerek anlaşamayabilirler. Bu durumda arabuluculuk sonuç belgesinin anlaşmama şeklinde düzenlenmesi icap eder.

Bununla birlikte, farklı bir bakışla arabuluculukta elde edilen kazanımın anlaşma sağlanamaması durumunda heba edilmemesi, aksine birbirine yaklaştırmış ve birbirinin menfaatlerine doğru atılmış adımların korunması gerekir. Uyuşmazlık çözümü temel gaye olduğuna ve tarafların arabuluculukta anlaşmama ihtimali de bulunduğu göre yaklaşımın anlaşılabilir ihtimalinin sahipsiz bırakılması yerine, uyuşmazlık çözümü faaliyetinin uzmanı olan arabulucunun, birbirlerine yaklaştığı çerçevede çözüm için taraflara özgün bir med-arb modeli önerisinde bulunulabilmesi gerekir. Bu halde uyuşmazlığın esasında taraflar anlaşmamış/anlaşmamış olsa dahi, tarafların ortak iradeleri belirleyici olmak kaydıyla uyuşmazlığın aynı arabulucunun hakem rolüne geçmesi veya ihtilafın bir başka hakeme aktarımı ile çözüme ilenmesinde mutabık kalabilir. İşte tam da bu aktarımda, arabuluculuk toplantıları sürecinde tarafların birbirlerine yaklaştığı maddi hususların görmezden gelinmemesi arzu edilebilir. Bu bağlamda, arabuluculukta anlaşmama, bununla birlikte tahkimde hakemlere maddi sınırları belirli bir yargılama yetkisi verilmesi planlanabilir. Önerimiz bir uyuşmazlığın başındaki med-arb şartından ziyade, arabuluculukta anlaşma sağlanamadığı takdirde, tarafların kabulü ile tahkime geçiş daha detaylı ifade ile uyuşmazlığın çözümü için sınırlı bir yetkinin (belirlenmiş çerçeve içinde) tahkim hakemlerine aktarımıdır. Bu yöntemin sürpriz hakem kararlarına karşı bir güvenlik alanı da yaratması keza arabuluculukta birbirine yakınlaşmış tarafların arasındaki olumlu diyalogun korunması için faydalı olabileceği kanaatindeyiz.

Escrow ihtiyacı ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıklarda ise, arabulucunun escrow aracısı olarak görev alabilmesi, özellikle taşınır teslimi, taşınırın el değiştirmesi gereken hallerde

anlaşmayı mümkün kılacaktır. Tarafların irade serbestisi ve gizlilik içinde ilerleyen arbuluculuk sürecinde, dışarıdan bir üçüncü kişi yerine uzmanlığı, uyuşmazlığa hakimiyeti, taşınır eşyanın teslimi ve iadesi koşullarını, taraf iradelerini en iyi bilebilecek olan arbulucunun rol alması önemli bir avantaj sağlayacaktır. Taraflar, escrow ihtiyacı halinde uyuşmazlığın bir üçüncü kişi tarafından bilinmesi riskini bertaraf etmiş olacaktır. Bu durum arbuluculukta gizlilik ilkesinin korunmasına hizmet edecektir. Önerimiz, anlaşmaya yakın hale gelmiş arbuluculuk müzakerelerinin bir kısmının anlaşmama ile sonuçlanması riskini bertaraf edebilecektir.

Kaynaklar

- Akıncı, Z. (2013). *Milletlerarası tahkim*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Aktepe Artık, S. (2023). *Medeni usul hukukunda hakem kararlarının iptali sebepleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- American Arbitration Association. (2013). Drafting Dispute Resolution Clauses: A practical guide. Erişim adresi https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Drafting%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20A%20Practical%20Guide.pdf
- Berkhan İ. (2019). *Tahkim ve Arbuluculukta Tarafsızlık İlkesi*. İstanbul: Aristo Yayınları.
- Blackaby KC, N., Partasides KC, C. & Redfern, A. (2009). *Redfern and hunter on international arbitration*, (5. Ed.), Oxford: Oxford University Press.
- Bolayır, N. (2019). *Medeni usul hukuku'nda hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Börü, L. (2023). Yargı kararları ışığında New York Sözleşmesi'ne göre yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi engeli olarak hukuki dinlenilme hakkı üzerine bazı değerlendirmeler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 72(2), 811–844.
- Canatan, B. (2023). Med–arb yönteminin getirdiği olumsuzluklar ve gizlilik sorununa yönelik bazı med–arb modelleri. *AndHD*, 9(1), 81–92.
- Demir Gökyayla, C. (2019). Arbuluculuk ve tahkimi bir arada içeren uyuşmazlık çözüm yolu. *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77(2), 575–616.
- Ekici, Ş. (2018). *Escrow Sözleşmesi* (Doktora tezi). Erişim adresi https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=hcgrYffRbz0Z44UJEuLtwXeBb5QR3qXIScRMRT-Z1sS9_SLVbsgp0E3jYR5EHJPB
- Elliott, D. C. (1995). Med/arb: Fraught with danger or ripe with opportunity? *Alberta Law Review*, 34,(1),163–179.
- Ersen Perçin, G. (2012). Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arbuluculuğun hukuksal düzenlemelerdeki yeri. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 31(2), 177–201.
- Goodman, A. (2017). *Arbuluculuğa hazırlanmak arbuluculuktan yararlanacaklar için rehber (preparing for mediation a guide for consumers)*. Ankara: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı.

- Keskin, D. (2012). Kaynak kod (source code) Escrow Sözleşmesi. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 3(10), 95-128.
- Köseoğlu, Ö. (2020). Uluslararası ticari tahkimde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde irade serbestisi sınırları. *Ankara Barosu Dergisi*, 78(4), 100-121.
- Landry, S. (1996). Med-arb: Mediation with a bite and effective ADR model. *Defense Counsel Journal*, (263), 263-269.
- Metin U. (2023). İşyeri kiralarna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk. C. Yavuz, F. Acar, A. M. Turhan, R. Çelik (Ed.), *Türk kira hukukunda güncel gelişmeler sempozyumu* içinde (ss. 215-238). İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Metin, U. (2023). *Şirketlerde yönetim kurulu krizleri ve çözüm yolları* (2. bs.) Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, Z. (2014). Milletlerarası ticari tahkimde hakemin veya hakem kurulunun ex aequo et bono karar verme yetkisi. *Public and Private International Law Bulletin*, 34(1), 31-72.
- Pappas, B. A. (2015). Med-arb and the legalization of alternative dispute resolution. *Harvard Negotiation Law Review*, 20(157), 157-203.
- Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özkes, M. (2020). *Medeni usul hukuku (8. Bs.)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Sulu, M. (2022). Pay sahipleri sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk ve tahkim. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 8(2), 511-528.
- Tarman, Z. D. (2010). Tarafsız bir üçüncü kişi aynı uyuşmazlıkta hem hakem hem de arabulucu olabilir mi? *Legal Hukuk Dergisi*, 8(86), 463-471.
- Umar, B. (2011). *Hukuk muhakemeleri kanunu şerhi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Usta, S. (2024). *Escrow Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Yılmaz, E. (2022). Hukuki dinlenilme hakkı. Z. Akıncı, Y. Ekmen (Ed.), *Tahkimde hukuki dinlenilme hakkı* içinde (ss. 1-20). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.