



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

ÖZEL HUKUKTA UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNÜN DÖNÜŞÜMÜ

Koşun Özgür ÖZBEY

Doktora Tezi

Ankara, 2024

ÖZEL HUKUKTA UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNÜN DÖNÜŞÜMÜ

Koşun Özgür ÖZBEY

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Ankara, 2024

KABUL VE ONAY

Koşun Özgür ÖZBEY tarafından hazırlanan "Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümünün Dönüşümü" başlıklı bu çalışma, 10/06/2024 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Mehmet Yetiş (Başkan)

Prof. Dr. Ali Murat Özdemir (Danışman)

Prof. Dr. Örsan Öcal Akbulut (Üye)

Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu (Üye)

Dr. Öğretim Üyesi Muammer Ketizmen (Üye)

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Uğur ÖMÜRGÖNÜLŞEN

Enstitü Müdürü

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinleri yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayınlanan **“Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge”** kapsamında tezim aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

- Enstitü / Fakülte yönetim kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir. ⁽¹⁾
- Enstitü / Fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ay ertelenmiştir. ⁽²⁾
- Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir. ⁽³⁾

01/07/2024

Koşun Özgür ÖZBEY

¹“Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge”

- (1) Madde 6. 1. Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez **danışmanının** önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulu** iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.
- (2) Madde 6. 2. Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez **danışmanının** önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulunun** gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.
- (3) Madde 7. 1. Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, **tezin yapıldığı kurum** tarafından verilir *. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, **ilgili kurum ve kuruluşun önerisi** ile **enstitü** veya **fakültenin** uygun görüşü üzerine **üniversite yönetim kurulu** tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.
Madde 7.2. Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

* Tez **danışmanının** önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulu tarafından karar verilir.**

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında özgün olduğunu, **Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.

Koşun Özgür ÖZBEY

ÖZET

ÖZBEY, Koşun Özgür, *Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümünün Dönüşümü*, Doktora Tezi, Ankara, 2024.

Bu çalışma özel hukukta yeni birer uyuşmazlık çözüm yolu olarak geliştirilen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olan arabuluculuk ve tahkimin siyasal ve ekonomik arka planını incelemektedir. Arabuluculuk ve tahkim uygulamalarının Türkiye'deki ve dünyadaki gelişimi, yapılan düzenlemeler, hukuk sistemine eklemlenmiş tarzı, uygulama ve mevzuat tarihsel dönem çerçevesinde ele alınmaktadır. Arabuluculuğun mevcut toplumsal duruma uyum kapasitesi daha yüksek olup anlaşma belgesiyle sözleşme ve ilamın güçlü yönlerini içeren bir hukuk teknolojisi yaratılmıştır. İç tahkim, yönetim anlayışı altında yargı sistemi dışında bir yargılama alanı yaratmıştır. Milletlerarası ticari tahkim sistemi, ulusal yargıların üzerinde yeni bir yargılama dışı alan yaratmıştır. Tüm bunlar, birçok ülkede benzer süreçlerin neticesinde ortaya çıkmıştır.

Anahtar Sözcükler

Arabuluculuk, tahkim, özel hukuk, düzenleme, Fordizm, neoliberalizm.

ABSTRACT

Özbey, Koşun Özgür, *Transformation of Dispute Resolution in Private Law*, Ph. D. Dissertation, Ankara, 2024.

This study examines the political and economic background of mediation and arbitration, which are alternative dispute resolution methods developed as new dispute resolution methods in private law. The development of mediation and arbitration practices in Turkey and the world, the regulations made, the way they are integrated into the legal system, practice and legislation are discussed within the framework of the historical period. Mediation has a higher capacity to adapt to the current social situation, and a legal technology that includes the strengths of contract and judgment has been created with the agreement document. Internal arbitration has created a jurisdiction outside the judicial system under the understanding of governance. The international commercial arbitration system has created a new non-judicial area above national jurisdictions. All of these have emerged as a result of similar processes in many countries.

Keywords

Mediation, arbitration, private law, regulation, Fordism, neoliberalism.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY.....	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI.....	ii
ETİK BEYAN.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
GİRİŞ.....	1
1. BÖLÜM.....	6
DÜZENLEME TEORİSİ VE HUKUKUN EKONOMİ POLİTİĞİ.....	6
1.1. DÜZENLEME TEORİSİ.....	6
1.1.1. Althusser ve Kapitalist Sermaye Birikiminin Yeniden Üretimi.....	7
1.1.2. Düzenleme Teorisi.....	9
1.1.3. Birikim Rejimi ve Düzenleme Tarzı.....	10
1.2.KOLEKTİF EMPERYALİZM VE DEVLETİN ULUSLARARASILAŞMASI.....	14
1.2.1. Kolektif Emperyalizm.....	15
1.2.2. Devletin Uluslararasılaşması.....	17
1.3.HUKUK VE TOPLUMSAL DÜZENLEME.....	24
1.3.1. Hukuki Söylemin Oluşumu: Büyük Özne-Küçük Özne ve Hukuk İdeolojisi.....	26
1.3.2. Neoliberalizm ve Hukukun Dönüşümü.....	28
1.4. NEOLİBERAL DÖNEMDE EMEK PİYASASI VE EMEK SÜRECİ.....	34
1.4.1. Fordist ve Fordizm Sonrası Emek Süreci.....	34
1.4.2. Metalaşma.....	39
1.4.3. Güvencesizleştirme.....	42
1.4.4. Örgütsüzleşme.....	44
2. BÖLÜM.....	47
ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI.....	47
2.1. UYUŞMAZLIK KAVRAMI.....	47
2.1.1. Hukuki Biçim Olarak Uyuşmazlık.....	48
2.1.2. Hukuki Biçim Kavramı.....	48
2.1.3. Hukuki Biçim Olarak Uyuşmazlığın Tasavvuru.....	49
2.2.ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI.....	51

2.2.1. Müzakere(Doğrudan görüşme).....	51
2.2.2. Hakem-Bilirkişilik.....	52
2.2.3. Arabuluculuk.....	53
2.2.4. Tahkim	77
3. BÖLÜM	100
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNÜN DÖNÜŞÜMÜ	100
3.1. KÜRESEL SERMAYE HAREKETİNİN “EKSİK” REGÜLASYONU: MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMİN ETKİNLİĞİ VE EKSİKLİKLERİ ..	100
3.2. ARABULUCULUK ULUSAL YARGIYA KARŞI: BİÇİMDEN İÇERİĞE, HAKTAN PİYASA DESPOTİZMİNE	118
3.3. TÜRKİYE’DE İÇ TAHKİM UYGULAMASI: HUKUKİ ÖZNEİN SERÜVENİNİ ANLAMAK	128
SONUÇ: UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNÜN DÖNÜŞÜMÜNDE İKİ EĞİLİM.....	137
KAYNAKÇA	145
EK 1. ORJİNALLİK RAPORU	157
EK 2. ETİK KURUL / KOMİSYON İZNİ YA DA MUAFİYET FORMU	159

GİRİŞ

Uyuşmazlık çözümünün toplumsal etkileri, yöntemi ve dönüşümü hukuk çalışmalarında yeterince incelenmemiş bir konudur. Ana akım hukuk çalışmaları konuyu hukuk tekniği bakımından ele almakta, normlar hiyerarşisinin uygulanmasıyla ve uygulamada karşılaşılan sorunların, hukuk tekniğiyle sınırlı olarak incelenmesi temelinde tartışmaktadır. Bu çalışma, hukuk yargılaması ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını incelemeyi ve tartışmayı amaçlamaktadır. Bunun için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gelişimini ve uygulamanın seyrini, ekonomik ve siyasal gelişmeler üzerinden analizi hedeflenmektedir.

Hukuk çalışmalarının büyük kısmı, hukuk uygulamasının gerçekleştirmeye ve düzenlemeye yöneliktir. Ancak küçük bir kısmı, hukuki pratik ve kavramların ekonomik ve siyasal yönlerine ışık tutmak amacıyla tartışmaya açmaktadır. Bu çalışmada, hukuk yargılaması ve alternatif çözüm yolları hem bir karşıtlık, hem de bir bütünsellik içerisinde, aynı düzenlemenin parçaları olarak alınmakta, ortaya çıkış ve varoluşlarının nedenini tartışmak üzere, belli bir tarihsel dönemdeki ekonomik ve siyasal gelişmeler çerçevesinde incelenmektedir.

Bugün, gerek hukuk yargılamasının temel formu olan ‘dava’, gerekse onun alternatifi olarak gösterilen ‘tahkim’ ve ‘arbuluculuk’ meri hukukun parçalarıdır. Hukukun dönemselliği toplumsallığıyla yakından bağlantılıdır. Toplumsallığın unsurlarını oluşturan ekonomik ve siyasal düzeyler dönemselliğin açıklanmasında gerekli zemini sağlamaktadır. Bu bakımdan, gerek hukuk yargılamasının geleneksel araçları, gerekse alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, hukukun toplumsal temelleri ele alınmadan tartışılmaz. Dolayısıyla, hukuk yargılaması ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en genel anlamda ekonomik zemini kapitalizmse, siyasal zemini de ulus-devlettir. Tartışmaya imkan tanıyacak dönemsellik, bu iki zeminin tarihsel dönüşümleri etrafında toplanmaktadır.

Kapitalizmin uzun serüveninin bir bütün olarak ele alınması bu çalışmanın amacını ve kapsamını aşmaktadır. Çalışma, kapitalizmin güncel formu olarak neoliberalizmi veri kabul ederek, hukuku bu belirli düzenleme tarzı içerisinde kavramayı önermektedir. Bu bakımdan, bir neoliberalizm analizi elzemdir. Bu inceleme yapılırken, düzenleme

okulunun kavramları kullanılacaktır. Bu tercihin sebebi, sermaye birikim sürecindeki değişimlerin bu okulun ileri sürdüğü düşünceler çerçevesinde ele alınmasıyla somut durumun tahlilinin mümkün olduğu kabulüne dayanmaktadır. Zira düzenleme okulunun temel kavramları olan birikim tarzı ve düzenleme biçiminin, dönüşüm noktalarının tespitine imkan tanınmasıdır. Düzenleme okulunun kriz kavramlaştırması da dönüşümün tespitini mümkün kılan ayırt edici noktalarını göstermeyi sağlamaktadır.

Neoliberalizm en genel anlamıyla, kapitalizmin güncel formu olarak açıklanabilir. Harvey, neoliberalizmi bir politik-ekonomik pratikler teorisi olarak tanımlamaktadır. Neoliberalizme göre, refahı artırmanın en iyi yolu güçlü özel mülkiyet haklarına, serbest piyasalara ve serbest ticarete dayalı bir kurumsal çerçeve içerisinde, bireysel girişim, beceri ve hürriyetlerini serbest bırakmaya dayanır. Devlet, bu pratiklere uygun kurumsal çerçeveyi yaratmak ve korumakla görevlidir (Harvey, Neoliberalizmin Kısa Tarihi, 2015, s. 10). Bu politik-ekonomik pratikler analiz edilmeden, hukuksal kurumların dönüşümü ele alınamaz. Zira, hukuk bu sistemin işletilmesi ve yeniden üretilmesine doğrudan müdahale etmektedir. Hukukun dönemselliği bu durumun bir diğer sebebidir. Ancak bu dönemsellik kesin çizgileri olan, sonuç ve etkileri derhal kendisini gösteren bir dönemsellik değildir (Özdemir A. M., 2008, s. 178-182). Bir başka deyişle, hukukun toplumsallığı, ekonomik ve siyasal alanlarda oluşan taleplerin derhal hukuksal sonuçlar doğuracağı anlamına gelmez. Bu nedenle, neoliberalizmin ekonomik ve siyasal yönleri, hukuku düzenleyen ve hukukun düzenlediği toplumsallığın doğru kavranması amacıyla ele alınmak durumundadır.

Neoliberalizm ele alınırken bir yandan birikim rejimi ve düzenleme tarzı kavramlarına başvurulurken, diğer yandan devletin uluslararasılaşması ve kolektif emperyalizm kavramı ele alınmakta, bu kavramlar üzerinden çağdaş kapitalizm anlamlandırılmaya çalışılmaktadır. Bu bakımdan, bir tarafta neoliberalizmin gelişmesine alan açan Fordist düzenlemenin krizi incelenirken, diğer tarafta küreselleşmenin oluşumu çalışmanın sınırları dikkate alınarak incelenmektedir. Tüm bu süreç ülkemizde yaşanan gelişmeler dikkate alınarak, ülkemizle bağlantılı olarak değerlendirilmektedir.

Literatürün İncelemesi

Alternatif uyuşmazlık çözümleri ve özellikle arabuluculuk hakkında çok sayıda yayın yapılmıştır. Salt uygulamanın biçimlenmesine ilişkin çalışmalar bir tarafa bırakılırsa, literatürü üç gruba ayırmak mümkündür.

Birinci grubu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini benimseyen çalışmalar oluşturmaktadır (Özbay, 2006; Karademir, 2012; Karyağdı, 2007; Dür, 2017; Yağcıoğlu, 2018). Bu çalışmaların temel özelliği, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin uygulama biçimiyle ilgili sorunlarla ilgilenmeleri ve bunların toplumsal uzlaşuya katkı sağladığını ve desteklenmesi gerektiğini savunmalarıdır. Bu çalışmalar ağırlıklı olarak uygulamanın içindeki avukat, bürokrat gibi kişilerle akademisyenler tarafından yazılmaktadır. Bir kısmında, bu niyet açıkça belirtilmese de satır aralarında anlaşılmaktadır. Bir kısmı ise, çeşitli eleştiriler getirmekle birlikte alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını temelde kabul etmekte ve uygulamanın geliştirilmesinden yanadır. Çalışmalarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının faydaları sıralanırken yargı sisteminin hantallığı, başarısızlığı ve çatışmaları artırması gibi zararlara karşı bir 'reçete' gibi ileri sürüldüğü iddia edilmektedir.

Literatürdeki ikinci grubu alternatif uyuşmazlık çözümüne karşı olan çalışmalar oluşturmaktadır (Gün, 2018). Bu çalışmalar, birinci gruptaki çalışmalara benzer bir biçimde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının zararlı olduğunu savunmakta ve faydalarına ilişkin iddiaları açıkça -ve bazen hiçbir değerlendirmeye tabi tutmadan reddetmektedir. Ancak Bakırcı'nın çalışması ayrı tutulabilir. O çalışmada arabuluculuk sürecinde yaşanması muhtemel birçok hukuksal ve toplumsal problem ele alınmakta, üçüncü grup çalışmalara yaklaşan bir eleştiri getirilmektedir (Bakırcı, 2019).

Üçüncü ve son grubu ise, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını savunmak veya kötülemekten öte, bunların ortaya çıkma nedenlerini, toplumsal anlamlarını ve işlevlerini açıklamaya çalışan çalışmalar oluşturmaktadır. Bu çalışmalar yok denecek kadar azdır (Türkoğlu Karacaova, 2023).

İlk iki grupta bulunan, yani alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını olumlu ya da olumsuz gören çalışmaların bilimsel anlamda zayıf tarafı, bu gibi çalışmaların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına dair herhangi bir somut veriye dayanmaması, esasında buna

imkân da bulunmamasıdır. Örneğin bir arabuluculuk anlaşma metninin onda imzası bulunan kişiler için ‘yararlı’ veya ‘zararlı’ olduğu ölçülebilir değildir. Bu çalışmalar incelendiğinde anlamlı verilere değil, fayda ve zararlara ilişkin hipotez değerini aşmayan ve çoğunlukla önyargı niteliğindeki düşüncelere dayandıkları görülmektedir. Bu iki gruptaki çalışmaların bir diğer zayıf tarafıysa, bu çalışmaların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına özgül bir değer yüklemeleri, bunların toplumsal yerlerini tayin edememeleridir. Bu çalışmaların güçlü denilebilecek tarafıysa, özellikle arabulucu, avukat gibi kişilerin yazdığı çalışmalarda, uygulayıcıların alternatif uyuşmazlık çözümüne dair düşüncelerini ve uygulamayı birinci elden öğrenme imkanı vermeleridir.

Çalışmanın düzeni

Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci ana bölüm, ekonomik ve siyasi arka planın ve çalışmada kullanılacak kavramların ele alındığı bölümdür. İkinci ana bölüm, uyuşmazlık çözüm yollarının içerik ve uygulandığının betimlenmesine, üçüncü ana bölümse alternatif uyuşmazlık çözümü yollarının, birinci ve ikinci ana bölümde ulaşılan teorik, toplumsal ve hukuksal sonuçlar çerçevesinde incelenmesine ve tartışılmasına ayrılmıştır.

Çalışmanın ilk ana bölümü, çalışmanın teorik temelleri ve neoliberalizmin ekonomik ve siyasi bakımdan incelenmesi amaçlamaktadır. Bu bölümde düzenleme okulunun temel kavramları, hukukun toplumsal düzenlemedeki yeri, devletin uluslararasılaşması, kolektif emperyalizm, sermayenin ve emekçilerin neoliberal dönemdeki durumları incelenmiştir. Düzenleme okulunun temel kavramları olan düzenleme tarzı ve birikim rejimi, ilk bölümde ele alınmaktadır. Hukukun toplumsal düzenlemedeki yeri, bu kavramlarla bağlantılı olarak açıklanmaktadır. Devletin uluslararasılaşması ve kolektif emperyalizm kavramları, küreselleşme sürecinde devlet biçiminin dönüşümüne odaklanan kavramlardır. Sermayenin ve emekçilerin neoliberal dönemdeki durumları, emek piyasasının yapısal dönüşümü çerçevesinde incelenmektedir. Özellikle Fordizm ve Fordizm sonrası dönemde emek piyasasındaki gelişmeler ele alınmakta ve metalaşma, güvencesizleşme ve örgütsüzleşme gibi emekçilerin sosyal durumundaki dönüşümleri ifade eden kavramların üzerinde durulmuştur.

Çalışmanın ikinci kısmı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin incelenmesini amaçlamaktadır. Bu bölümde yargısal ve alternatif çözüm yollarının incelenmesi, hukuk

sistemleri temelinde düzenleme ve uygulama farklılıklarının ortaya konması amaçlanmaktadır. Bu kısımda öncelikle uyuşmazlık kavramı ve kavramın bir hukuki biçim olarak nasıl tasavvur edileceği üzerinde durulmuştur. Hukuki biçim ve sosyal biçim arasındaki bağlantı hakkındaki tartışma, daha sonra üçüncü kısımda yapılacak olan arabuluculuk ve tahkim sistemi hakkındaki tartışmalarda sosyal ilişkilerin dönüşümü sürecinde hukuki biçimin serüvenini tartışmak için gerekli bağlantıları kurmaktadır. Bu bölümün diğer kısımlarında, yargısal ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hakkında birtakım normatif ve istatistiki bilgiler verilmektedir. Bu bilgilerin verilme amacı, üçüncü kısımda yapılacak tartışmalarda gerekli verilerin ortaya konulmasıdır.

Çalışmanın üçüncü ve son kısmı, alternatif uyuşmazlık çözümünün birinci kısımda ulaşılan ekonomik ve siyasal, ikinci kısımda ulaşılan hukuksal veriler üzerinden incelenmesini ve tartışılmasını amaçlamaktadır. Bu tartışma, alternatif uyuşmazlık alınması ve hukuksal görünümünün ele alınması temelindedir. Ayrıca bu kısımda, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının Türkiye'deki ve dünyadaki uygulamaları da incelenmektedir. Bu kısmın ilk bölümünde, milletlerarası tahkimin küreselleşme sürecinde yaşadığı dönüşüm farklı tahkim merkezlerinin ve genel olarak tahkim sisteminin incelenmesi üzerinden tartışılmaktadır. Devamında, ikinci alt bölümde arabuluculuğun hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanması hususu incelenmekte, bu hukuk teknolojisinin sosyal ilişkilerdeki dönüşümle bağlantıları dikkate alınarak uyuşmazlık çözümü alanında yaşanan dönüşüm tartışılmaktadır. Aynı yerde, birtakım istatistiksel veriler de incelenmekte, bunlar üzerinden arabuluculuk hakkında ileri sürülen lehe ve aleyhe argümanlar tartışılmaktadır. Son alt bölümde, Türkiye'deki iç tahkim uygulaması incelenmektedir. Bu alt bölümde, sigorta ve tüketici hukuku uyuşmazlıkları için getirilen hukuksal araçlar olarak tahkim yolunun kapitalist düzenleme içerisindeki yeri ve işlevi, kısmen arabuluculukla karşılaştırılarak tartışılmıştır.

1. BÖLÜM

DÜZENLEME TEORİSİ VE HUKUKUN EKONOMİ POLİTİĞİ

Çalışmanın ilk bölümünde, çalışma boyunca yararlanılacak kavramlarla hukukun ekonomi politiğı inceleneyecektir. İlk bölümün birinci alt bölümünde çalışmada kullanılacak olan birikim rejimi ve düzenleme tarzı kavramlarıyla Fordist düzenleme ve Fordizmin krizi inceleneyecektir. Bu incelemenin amacı, kapitalizmin sürekliliğinin ve krizleri atlatarak sermaye birikiminin sürdürülmesinin düzenleme okulunun temel düşünceleri ve kavramları çerçevesinde incelenmesidir. İkinci alt bölümde Fordizm’de ve Fordizm sonrasında emek sürecinde yaşanan değişimler inceleneyecek, bu alt bölümde özellikle metalaşma, güvencesizleştirme ve örgütsüzleştirme kavramları ele alınacaktır. Üçüncü ve son alt bölümdeyse, kolektif emperyalizm, devletin uluslararasılaşması ve hukukun küreselleşmesi kavramları inceleneyecektir. Bu kavramların ve tarihsel dönemin incelenmesindeki amaç, çalışmanın üçüncü kısmında ele alınacak olan hukuki çerçevenin hangi dinamiklerde oluştuğunu ortaya koymaktadır. Özellikle devletin uluslararasılaşması kavramı, alternatif uyumsuzluk çözüm yollarının incelenmesi için merkezi önemdedir.

1.1. DÜZENLEME TEORİSİ

Kapitalist toplumların tarihsel sürekliliğı ve dönüşümüyle ilgili olarak geliştirilen teorilerden biri düzenleme teorisidir. 1980’lerden itibaren etkili olan bu teori, kapitalist gelişmenin farklı dönemlerine, politik-kuramsal biçimlere, sermayenin değerklenme stratejilerine ve sosyal güç dengelerine işaret ederek bunların değerklendirilebilmesi için teorik bir taslak sunmaktadır (Hirsch, 2011, s. 89). Bu bölümde, çalışmanın teorik zeminini oluşturan kavramlar olan birikim rejimi ve düzenleme tarzı düzenleme okulunun temel teorik zeminiyle birlikte ele alınacaktır. Bunun yapılmasındaki amaç, fordizm, post-post fordizm ve neoliberalizm dönemleri incelenirken dönemsel farklılıkların ortaya konulması için kullanılacak teorik zeminin incelenmesidir.

Düzenleme okulu, Althusser’in ‘yeniden üretim’ kavramının yerine ‘düzenleme’ kavramını koymuşlardır (Jessop, 2008, s. 411). Bu nedenle, öncelikli olarak Althusser’in

yeniden üretim kavramı ele alınacaktır; daha sonra düzenleme teorisi ve kavramları incelenecektir.

1.1.1. Althusser ve Kapitalist Sermaye Birikiminin Yeniden Üretimi

Bu bölümde ‘yeniden birikim’ kavramı ve sermaye birikim süreci üzerindeki etkileri ele alınacaktır. Amaç, düzenleme okulunun düşüncelerinin arka planında yer alan süreç ve kavramların açıklanmasıdır.

Marx, ‘Ekonomi Politigin Eleştirisine Katkı’ isimli eserine yazdığı önsözde maddi yaşamın üretim tarzının, genel olarak toplumsal, siyasal ve düşünsel yaşan sürecini koşullandığını ileri sürmüştür (Marx, 2011, s. 39). Marksist kavramlaştırmada, üretim ilişkileri ile üretici güçler arasındaki birlik ve bunlar üzerinde yükselen hukuki-siyasal ve ideolojik kurumlar, ‘altyapı ve üstyapı’ olarak ifade edilir. Altyapı, üretim ilişkileri ile üretici güçler arasındaki birlik, yani maddi yaşamın üretimi; üstyapı ise, hukuki-siyasal ve ideolojik kurumlarıdır (Marx & Engels, 1996, s. 236).

Altyapı ve üstyapı arasındaki ilişkiyi anlamlandırma çabası, Marksist düşüncede iki ayrı yönde ilerleyen bir tartışmaya yol açmıştır. Bunlardan ilkinin oluşturan kaba materyalist görüş, altyapı ve üstyapı arasındaki ilişkiyi bir ‘yansıma’ olarak görmektedir. Buna göre, üstyapı altyapının bir yansımasından ibarettir.¹ Örneğin yasalar, üretim tarzındaki ilişkilerin doğrudan yansıması neticesinde oluşur. Bu görüş altyapı ve yasalar arasında ‘yansıma’ veya ‘ifadesi olma’ gibi meteforlarla yeterli bir açıklama sunmamaktadır. Örneğin nehirlerin kirletilmesini önlemek için caydırıcı ve cezalandırıcı bir düzenleme üretim ilişkilerinin küçük bir boyutunu değiştirirken, maddi altyapının hangi anlamda bir yansımasını oluşturur? Bu gibi sorular yanıtsız kalmakta olup kaba materyalist yorumlar yetersiz kalmaktadır (Collins, 2013, s. 43). ‘Sınıf araçsalcılığı’ olarak adlandırılan ikinci görüş, kaba materyalist görüşe karşı çıkarak üretim tarzına hakim olan sınıfın üstyapıdaki hukuki-siyasal ve ideolojik kurumları kendi çıkarlarına uygun olarak kullandığını iddia

¹ “Sosyal ilişkiler basit ihtiyaçların zorlamasıyla değil, dilin içerisinde ifadelerini bulan gerilimlerde doğarlar. Dil onları basitçe yansıtmaz, biçimler ve bu suretle de yeniden üretir. Hatta Lacan’ın ortaya koyduğu gibi, dil içerisinde biçimini bulmamış hallerini düşünme imkanımız yoktur.(...) Öyleyse, temel sosyal biçimler bir özün basit yansıması değildirler – üretim ilişkilerinin onları fenomenal biçimlerinden ayrı bulunmadığını, biçimleri ile aynı anda mevcut olduklarını hatırlayalım-. Bu durumda, biçimi, sosyal ilişkinin kendisi karşısında tali değildir.” (Özdemir A. M., 2008, s. 174)

etmektedir. Buna göre, yasaları üretim tarzının bir yansıması olarak değil, egemen sınıfın çıkarlarını desteklemek üzere devlet aygıtının yarattığını kabul etmek gerekir. Araçsalçı yoruma göre hukuk devlet aygıtının alt sınıfları baskı altında tutmak için kullandığı standart kurumsal mekanizmalar sunmaktadır. Ancak, sınıf araçsalcılığının iddiasının aksine kapitalist sınıf her zaman bilinçli bir hareket tarzını benimseyememektedir. Zira bir sınıfın tüm kesimlerinin aynı ortak kaygı ve çıkarlarla hareket etmesi düşüncesine dayanan bu görüş, sınıfı bilinci tek bir birey gibi kabul etmektedir (Collins, 2013, s. 45-52). Bu durum sınıf araçsalcılığının yetersizliğini ortaya koymaktadır. Ancak her kaba materyalizm, hem de sınıf araçsalcılığı hukukun zora dayandığına dair hemfikirdir (Collins, 2013, s. 49). Kaba materyalist görüş, 19. yüzyılın sonunda ilk kuşak Marksistler tarafından, sınıf araçsalcılığı ise ikinci kuşak Marksistler tarafından savunulmuştur.

Louis Althusser, kaba materyalizmin ve sınıf araçsalcılığının altyapı-üstyapı kavramları üzerinden kurduğu yansıma ya da hakim sınıfın aracı olma savlarının kapitalizmin mevcut anını ve devamlılığını açıklamakta yetersiz kalması karşısında, bu durumu açıklamak için yeniden üretim kavramını kullanmıştır.²

Yeniden üretim kavramı, Kapital'in ikinci cildinin son bölümünde Marx tarafından ele alınan bir kavramdır. Marx, yeniden üretimi iktisadi yönden ele alınmıştır (2013, s. 334-497). Althusser ise, kavramı bu anlamının ötesinde, kapitalist üretim tarzının yeniden üretimi biçiminde kullanmıştır. Ona göre, bir toplumsal formasyonun bir anı incelendiğinde, aynı anda birden fazla üretim tarzının bir arada bulunduğu görülür (Althusser, 2005, s. 43). Bir yanda tam otomasyona geçmiş, seri üretim yapan fabrikalar varken, diğer yanda -sayıları gün geçtikçe azalsa da- el emeğiyle üretim yapan zanaatçılar gözlemlenebilir. Bu farklı üretim tarzları bir arada bulunsa da, bunlardan sadece biri egemen durumdadır. Diğer üretim tarzları, ancak egemen üretim tarzının toplumsal etki ve kurallarına tabi olarak varlıklarını sürdürebilir. Günümüzde egemen üretim tarzı kapitalizmdir. Üretim tarzını oluşturan ise üretici güçlerle üretim ilişkileri arasındaki birliktir. Üretici güçler ile üretim ilişkileri arasındaki birlik, uygunluk anlamında bir birliktir (Althusser, 2005, s. 43). Yeniden üretim, hem üretim sürecinde hem üretim süreci dışında, üretici güçler ile üretim ilişkileri arasındaki birliğin yeniden üretimidir. Bu süreç

² Althusser ideoloji ve devletin ideolojik aygıtları kavramlarını da analizinde kullanmıştır. Ancak, bu kavramlar bu çalışmada düzenleme okulunun görüşleri ele alınırken kullanılmayacağından burada incelenmemiştir.

öznesiz bir süreçtir; yani faillerin etkili eylemlerine bağlı olarak değil yapısal olarak gerçekleşir.

Düzenleme teorisi, Althusser'in yeniden üretim kavramını eleştirmektedir. Bu durum bir sonraki bölümde incelenecektir.

1.1.2. Düzenleme Teorisi

Düzenleme okulu, Althusser'in 'yeniden üretim' kavramını, yapıların etkin toplumsal failler olmaksızın, önemli bir dönüşüm geçirmeksizin bir şekilde neredeyse otomatik bir şekilde kendi kendilerini idame ettirdikleri yönündeki varsayımını eleştirerek yeniden üretim kavramı yerine 'düzenleme' kavramını koymuşlardır. Düzenleme teorisi, sermaye ilişkisinin kendisinin dahi, sürekli birikime imkan vermeyecek karşıtlıklar üretirken kapitalizmin nasıl sürdüğünü sormuştur. Bu soruya yanıt, düzenleyici mekanizmalarda yani çeşitli düzenleyici biçimler arasında yaşanan gerilimlerin ve uyumsuzlukların kaçınılmaz bir biçimde yığılacağı bir kriz noktasına kadar bu çatışmaları başarıyla ifade eden ve düzenleyen stratejik davranış kalıplarında, kurumsal biçimlerde ve toplumsal biçimlerde bulunmuştur. Bu durum(kriz) gerçek olunca, yeni bir birikim rejimiyle buna karşılık gelecek bir düzenleme tarzının ortaya çıkacağı veya çıkamayacağı deneysel bir dönem olacaktır (Jessop, 2008, s. 411). Düzenleme teorisinin gayesi geleneksel anlamda bir düzen -denge- ve gelişim teorisi ortaya koymak değildir. Tersine, kapitalist üretim koşulları altında maddi geçim koşullarının ve sosyal düzenin, yani toplumsallığın teminat altına alınmasının nasıl mümkün olduğunu ve görece sürdürülebilir olabileceği sorusuna yanıt aramaktadır (Hirsch, 2011, s. 89).

Düzenleme teorisi, Paris ve Grenoble Üniversitelerindeki bazı bilim insanları tarafından geliştirilmiştir. 1970'lerde yaşanan dünya ekonomik krizi ve bununla bağlantılı olarak hakim durumda olagelmış Keynesçi teorisinin krizi, düzenleme teorisinin oluştuğu ortamın arka planını oluşturmaktadır. Bu dönemde, kapitalizmin siyasetle geniş ölçüde yönetilebileceği ve görece krizsiz bir gelişmeye açık olduğu varsayımı fiilen geçerliliğini yitirmiştir. Keynesçi ekonomiye yönelik geliştirilen eleştiriler, aynı zamanda toplumsal üretim, güç ilişkileri ve kurumsallaşma biçimleri arasındaki bağlantıyı sistematik olarak görmezden gelen neoklasik ekonomi teorisinin modellemelerine ve monetarist-neoliberal

piyasa fetişizmine karşı yöneltilen eleştirileri de beraberinde getirmiştir (Hirsch, 2011, s. 91).³

Düzenleme teorisi, genel bir kapitalizm teorisi ve buna bağlı kavramlarla toplumsal gelişim sürecinin anlaşılamayacağını ileri sürmektedir. Zira, bu kavramlarla soyut bir şekilde belirlenen yapılar ve işleyiş yasaları gerçekte tarihsel açıdan özel sosyal güç dengeleri, kültürel şartlar, kurumsal görünüm ve eylem içindeki aktörlerin politik-stratejik görüşleriyle nitelenen biçimlerde açığa çıkarlar. Bu da kapitalist toplumsal formasyonların genel yapı ve yasalarının ötesinde onun somut tarihsel formasyonlarını açıklamaya imkan tanıyan analiz ve kavramsal araçların geliştirilmesini zorunlu kılar. Bunu sağlamak için, düzenleme teorisi, özellikle ara kategoriler olarak tanımlanan ‘birikim rejimi’ ve ‘düzenleme tarzı’ kavramlarından faydalanır (Hirsch, 2011, s. 92).

1.1.3. Birikim Rejimi ve Düzenleme Tarzı

Birikim rejimi ve düzenleme tarzı kavramları, düzenleme okulu tarafından kapitalist üretim tarzının işleyişinin anlatılması için kullanılması önerilen iki temel kavramdır.

Birikim rejimi, mutlak artı değer en genel normlarının istikrarlı kısıtlamaları altında görece artı değeri artıran bir toplumsal dönüşüm biçimidir (Aglietta, 1979, s. 68). Birikim rejimi, toplumsal üretimin tüketim ve birikim arasında dağılımının uzun vadeli istikrarını ifade eder ve bir tarafta üretim koşulları ile ücretli emeğin yeniden üretimi koşulları arasındaki bağıntıyı, diğer tarafta kapitalizmle diğer üretim biçimleri arasındaki bağıntıyı işaret eder. Matematiksel olarak, bir birikim rejimi bir yeniden üretim şeması olarak tanımlanabilir. Bir birikim rejimi, yeniden üretim modeli istikrarlı olduğu için var olabilir; bu nedenle birikim rejimlerinin tümü muhtemel değildir. Tüm tekel sermayelerin tutarlı bir yeniden üretim şeması içinde barışçıl bir şekilde bir araya gelmelerini gerekli

³ Ancak birlik içinde bir düzenleme okulundan söz etmek mümkün değildir. Hirsch merkezi sorunlarda ve temel önermelerde birbirine benzeyen bir çok yaklaşım olduğunu ifade ederken, Jessop farklı yollara sapan pek çok yaklaşımı bir okul altında ele almanın yanlış yola sapmak gibi görüldüğünü ifade etmektedir (Hirsch, 2011, s. 91; Jessop, 2008, s. 412). Okul, kurumsal-yapısal biçimler ve kapitalist ekonomilerin dinamik düzenlilikleri arasındaki bağlantılar ekseninde bilgi üretirken kapitalizmin kurum ve pratiklerini, çeşitli kriz eğilimlerini, kriz çözme metotlarını, kapitalizmin farklı aşamalarını, bu aşamalarındaki birikim rejimlerini ve düzenleme biçimlerini, iktisadi kurumların ve yönetimin toplumsal olana içkinliğini ve toplumsal düzenlemesini araştırmak, incelemek, irdelemek ve karşılaştırmak suretiyle görece bir bütünsellik oluşturur ve Marksizm’in diğer okullarından ayrılmasına imkan veren bir zemine kavuşur (Özdemir A. M., 2008, s. 100).

kılan bir neden elbette yoktur. Bu nedenle, birikim rejimi sürecin birliğini oluşturan ve faillerinin gündelik davranışlarında ve mücadelelerinde(hem kapitalistler ve ücretliler arasındaki mücadele, hem kapitalistler arası mücadele) yeniden üretim şemasına uymasını garanti eden normlar, alışkanlıklar, yasalar ve düzenleyici ağlar şeklinde somutlaştırmaktadır (Lipietz, 1987, s. 14). Birikim rejimi, soyut olarak ifade edilirse, dünya pazarına bağlı sermaye değerlemesinin nesnel koşullarına tabi ve o andaki görünümü özel sosyal güç dengeleri tarafından belirlenen bir ekonominin değer akışlarının biçimsel uyumundan ibarettir (Hirsch, 2011, s. 94).

Toplumsal unsurları bireysel davranışlara içkin hale getiren, içselleştirilmiş kurallar ve sosyal prosedürler dizisine düzenleme tarzı olarak tanımlanır (Lipietz, 1987, s. 15). Düzenleme tarzı, birikim rejimini oluşturan kurallar ve sosyal süreçlerin tamamını kapsamaktadır. Kavramın içerdiği düzenleme, en etkili devlet olan birçok yapısal biçim tarafından gerçekleştirilir; ancak devletin en etkin yapısal biçim olması, onun düzenleyici rolünün hep aynı şekilde süreceği anlamına gelmez. Düzenleme tarzıyla bunun içerdiği sosyal biçimler(sermaye-emek ilişkisini düzenleyen, emeğin belirli üretim normlarıyla kontrolüne imkan veren sosyo-teknik sistem, sosyal bir kurum olarak parayı düzenleyen sistem, iktisadi yönü baskın olan uluslararası-üstü ilişkileri düzenleyen uluslararası kurumlar), anayasal kurallar, kurumlar, örgütler, alışkanlıklar, tavırlar yoluyla sermaye ilişkisinin belirli bir dönemde geçerli üretim ve tüketim normlarını oluşturarak toplumsallığı mümkün kılan bireysel tavırların yeniden üretim şemalarıyla uygun hale getirilmesini sağlarlar. Düzenleme tarzıyla birikim rejiminin eklemelenmesi zorunlu değildir; ancak eğer eklemelenirlerse belirli bir zaman ve mekanda kapitalist gelişmenin bir uzun dalgasını, yani siyasi ve ideolojik modellerin zorunlu olmayan bir aradalığını yaratabilirler. Bu duruma genellikle ‘gelişme modeli’ denir (Özdemir A. M., 2010, s. 222-223). Birikim rejimi, bir düzenleme tarzını zorunlu olarak beraberinde getirmedeği gibi tersi de geçerlidir. İstikrarlı bir birikim rejimiye ancak kendisiyle uyumlu bir düzenleme ilişkisi egemen olursa oluşabilir. Yani birikim rejimleri ve düzenleme tarzları arasında bir nedensellik veya işlevsellik ilişkisi değil, birbirleriyle bağlantılılık veya birbirini üzerinden ifadelendirilme ilişkisi vardır. Bu anlamda, Lipietz, kapitalist formasyonları ‘buluntular(discovery)’ olarak tanımlar. Bu anlatım biçimi, kapitalizmin gelişmesinde önceden belirlenmiş bir sonucu olmayan, ucu açık bir süreç oluşturmasıyla alakalıdır. Mevcut birikim rejiminin ve düzenleme tarzının krizinden yeni bir tarzın doğup

doğmayacağı, bunun elde edeceği görünümün neye benzeyeceği ve istikrar gösterip göstermeyeceği veya ne kadar istikrarlı olacağı ya da çökeceği sosyal eylem ve mücadelelerin bir sonucudur. Tüm bu muhtemel neticelere, sosyal eylemlerin bir sonucu olarak görmek gerekir. Ancak bu eylemler özgürce ve gelişigüzel seçilmez; yapısal koşullara veya sosyal biçim belirlemelerine bağlıdır. Sermaye birikimi ve değerlendirme süreci sektöre uğrarsa iş alanları ve maddi işleyişin kendisi olmak üzere, tüm toplumun mevcudiyeti tehlikeye girer ve kapitalist toplum yapısı sürdüğü müddetçe örneğin devlet görünümünde beliren bazı sosyal biçimler mevcudiyetini sürdürür (Hirsch, 2011, s. 95-96).

Düzenleme Okulu'na göre yapısal kriz, birikim ve kurumlar arasındaki çelişkili ilişkinin birikim sürecine yansması neticesinde sistemin düzeltici mekanizmalarının işe yaramadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan yapısal kriz ancak yeni bir birikim rejimi ve bu rejime uygun düzenleme tarzının geliştirilmesiyle aşılabılır (Özdemir A. M., 2008, s. 118). Birikim rejiminin yerini bir başkası aldığı anda, emeğin örgütlenmesi ile sınıf mücadelesinin yapılandırılması temelinde düzenleme tarzı, devlet formu ve tahakküm biçimi de yeniden kurulur. Bu bakımdan, kriz sadece ekonomik değil, aynı zamanda politik ve ideolojik bir olgudur (Kars Kaynar A. , 2016, s. 11).

Bu noktada devletin konumu önem taşımaktadır. Devletin toplumu yönlendirdiği varsayımı yanlıştır; ancak devlet ideolojik aygıtlarını ve zor araçlarını kullanarak düzenleme sürecini temin eder ve birikim koşullarıyla kurumsal yapısının sosyal güç dengelerine göre değişikliğe uğraması sebebiyle bizzat düzenlemenin maddi unsurunu oluşturur. Bu bakımdan, devlet, konumu gereğince sermaye birikim sürecinde, devletin düzenlemesiyle bağlantılı olmuştur. Düzenleme, birikim sürecinin gidişatı ve gelişmesine de bağlıdır. Bu bakımdan 'politika', 'ekonomi'yi yönlendirmez ve tersi de doğru değildir. 'Birikim' ve 'düzenleme' kendi sosyal uygulamalarıyla ve dinamikleriyle belirlenen, kendi içinde çelişen bir birlik oluşturur (Hirsch, 2011, s. 97). Devletin kapitalizmin iktisadi ve toplumsal yeniden üretiminde sermayenin değerlendirme koşullarını sağlamak ya da sermayenin toplam karlılığını artırmak, emek gücünün bir fiktif/kurgusal meta olarak yeniden üretimi koşullarını güvence altına almak gibi iki temel işlevi vardır. Devlet bu işlevlerini yerine getirirken devlet iktidarını yeni bir birikim rejiminin oluşturulması ya da mevcut birikim rejiminin sürdürülmesi esnasında hem üretim sürecinde hem de emek piyasasında emek-sermaye ilişkisinin terim ve koşullarını düzenleyerek sermayenin emek

gücünü kontrol edecek hak ve kapasiteleri güvence altına alacak, sermaye birikiminin dışsal koşullarını sağlayacak, emek gücünün metalaşmasına ve bireysel kapitalistlerce kullanımına imkan verecek bilginin üretilmesini mümkün kılacak, üretici güçlerin toplumsal doğası ile artı değerın özel mülkiyet ya da kontrole dayalı başka hukuksal tekniklerle bir azınlığın elinde toplanmasının yol açacağı gerilimi azaltacak politikalar setinin oluşturulması doğrultusunda kullanılabilecektir (Özdemir A. M., 2008, s. 167). Devlet iktidarı bu işlevleri yerine getirebilmek için küresel ve yerel güç kesişimlerinin bulunduğu noktada bu ilişki setiyle eklemlenebilecektir (Özdemir A. M., 2008, s. 168).

Az gelişmiş ülkelerde Fordizmin aşılabilir krizinden sonra devletin yeniden yapılanma süreci neoliberalizm esasında ilerlemiştir. Neoliberalizm, genelde piyasa eksenli politikalar setine, özeldeyse özelleştirme, liberalizasyon, kamuda piyasa mantığının hakim olması, kuralsızlaştırma ve piyasa eksenli çözümleri öne çıkarmak için yeni bir yasal ve siyasi çerçeveye referansta bulunur. Bu bakımdan, devletin az gelişmiş ülkelerdeki dönüşümü, ‘gece bekçisi’ devlet değil, piyasaların yeniden yapılandırıldığı, piyasa yetersizliğinin telafisinin, sınıflar arası gelir aktarımının, artan sosyal kutuplaşmanın ve sosyal dışlanmanın düzenlenmesinin gerektirdiği pek çok yeni aygıtla teçhiz edilmiş müdahaleci bir devlettir (Özdemir A. M., 2008, s. 170). Az gelişmiş devletler için ‘hegemon’ devlet, kapitalizme eklemlenme hususunda model oluşturur. Hegemon devlet, baskın veya mütehakim devlet değil, daha ziyade küresel düzeyde mevcut üretim ve tüketim normlarını belirleyen veya belirlenmesinde diğer devletlere göre daha etkin olan, uygun devlet biçiminin(kurum, örgüt, uluslararası iş bölümüne katılım pratikleri, şiddet usulleri ve sair pratiğın) sınırlarını hatırlatan egemenlik kullanan devletin etkin bir bölümünün desteklediği, sermayenin küresel ölçekli yeniden üretiminde önemli roller üstlenen bir siyasal düzenektir (Özdemir & Saygılı, 2019, s. 82). Bu hegemon devlet, kendisini destekleyen ve sermayenin küresel çevrimine katılmak isteyen ülkeler için bir model oluşturur. Bu model, sadece sermayenin temerküzü ve tekemmülü, çalışma biçimleri gibi ekonomik alanda değil, şiddet ve egemenlik pratikleri, siyasal sistem ve devletin kurumsal yapısı, hukuki araçlar, kurumlar ve usuller gibi hukuki-siyasi alanda ve kültür, yaşam tarzı, tüketim alışkanlıkları gibi toplumun yeniden üretimine ilişkin sahalarda da kendisini destekleyen veya kapitalizmin küresel pazarına dahil olmak isteyen devletlere örnek oluşturur. Bu örneği oluşturan hegemon devlet, diğer devletler ve bu devletlerde yaşayan kişilere göre merkez kapitalist ülke olma özelliğini taşımalıdır.

Hegemon devletin toplumu, siyasal yapısı, kültürü, tüketim alışkanlıkları, işgücüne katılım biçimleri, sermayenin organik yapısı ve özellikle işbölümü en üst düzeydedir.

Az gelişmiş kapitalist devletin model devletteki sistem, usul, baskı ve rıza üretme araçları veya işbölümü biçimlerini birebir kopyalamasını beklemek gerçekçi değildir. Her iki ülke grubunun birikim rejimlerinin, düzenleme biçimlerinin ve dünya kapitalizmine eklemlenmiş biçimlerinin aynı olmasını beklemek de gerçekçi değildir. Bu bakımdan hegemon devletin model olması, basit bir yansıma ilişkisine dayanmaz. Ancak burada ‘ideal örnek’ olarak kabul edilme anlamında bir model oluşturma söz konusudur. Bu bakımdan, merkez kapitalist ülkenin model oluşturmaları, az gelişmiş kapitalist ülke için ancak devlet biçiminin adaptasyonu anlamına gelir. Bu durumu, arabuluculuk uygulamasının yayılmasında görmek mümkündür. Bu konu, ülkeler bazında ikinci bölümde, dünya kapitalizmi açınsındansa üçüncü bölümde incelenecektir. Çalışma kapsamında ele alınan hukuk yargılamasının dönüşümü, bu bakımdan devletin yeniden yapılanma sürecinin bir parçasıdır. Merkez kapitalist ülkelerde ve az gelişmiş kapitalizmlerde devletin -hukuk yargılaması bağlamındaki- dönüşümü aynı dinamikler ve metotlar çerçevesinde gerçekleşmemektedir. Çalışmanın üçüncü kısmında, bu konu ayrıntılı olarak tartışılacaktır.

Devletin yeniden yapılanmasının devletin dönüşümü bağlamında incelenmesi için kolektif emperyalizm ve devletin uluslararasılaşması kavramlarının incelenmesi gerekmektedir. Zira küreselleşmenin farklı birikim rejimlerini, düzenleme biçimlerini siyasal sistemler üzerinden eklemlemesi, merkez kapitalist devletlerle az gelişmiş kapitalist devletler arasındaki bağımlılık ilişkisinin sürdürülmesine bağlıdır. Bu ilişkinin bir tarafı sermayenin küresel hakimiyetine, diğer tarafı bu hakimiyetin hukuksal ve siyasal araçlarla kurumsallaşmasına bağlıdır. Aşağıdaki bölümde incelenecek kolektif emperyalizm ve devletin uluslararasılaşması bu bağımlılık ilişkisinin nasıl kurulduğunu iki ayrı yönden ifade etmektedir.

1.2. KOLEKTİF EMPERYALİZM VE DEVLETİN ULUSLARARASILAŞMASI

Sermayenin finansallaşması ve dolaşımının serbestleştirilmesiyle emeğin esnekleştirilmesi, güvencesizleştirilmesi ve örgütsüzleştirilmesi neoliberalizmin temel gündemini oluşturur. Sermaye, özellikle finans-kapital ve doğrudan yabancı yatırımlar biçimleri altında uluslararasılaşıp finansal biçimler, şirket bileşmeleri, tekelleşme gibi yollarla ulus-ötesi bir karakter kazanmakta ve karlılığını dünya çapındaki girişimleriyle sağlayarak neoliberalizmin birikim rejimine uygun değerlendirme yollarına başvurmaktadır. Bu süreçte sermaye parçaları, farklı devletlerin egemenlik alanındaki ülkelere girmektedir. Bu, yeni bir emperyalizm biçiminde ve devletin uluslararasılaşmasıyla kurumsallaşmıştır. Bu bakımdan alt bölümlerde bu iki kavram incelenecektir. İncelemenin sınırlarını, hukukun dönüşümünün uluslararası sebeplerine ulaşma amacı oluşturmaktadır.

1.2.1. Kolektif Emperyalizm

Klasik emperyalizm teorileri, büyük kapitalist devletler arası rekabet üzerine kuruludur. Buna göre, kapitalist devlet içerisinde mukim büyük sermaye grupları, diğer kapitalist devletlerdeki sermaye gruplarına karşı kendi ulusal devletlerini kullanıyorlardı. Bu açıklama, 1870-1945 arası dönemin klasik emperyalizmi için geçerlilik taşısa da, günümüz emperyalizmini açıklamak için yetersizdir. Zira, klasik emperyalizm döneminde merkez-çevre ilişkisi, para-sermayenin merkez kapitalist ülkelerde değerlendirilmeye başlaması ve sömürge ülkenin çoğunlukla mamul malın satıldığı yer haline gelerek artı-değerin realize edilmesine dayalıdır. Bu biçim altında, sömürge ülkede, az gelişmiş veya gelişmeye başlamış ülkede, merkez ülkedeki sermaye dolaşım sürecinin yerel bir uzantısı olarak örgütlenmiş, pre-kapitalist üretim biçimlerinin ağırlıkla devam ettiği bir kapitalizm mevcuttur. 2. Dünya Savaşı sonrasında Amerikan üretim ve tüketim normlarının uluslararasılaşması, 1960'ların sonunda yeni sanayileşen ülkelerin ortaya çıkmasıyla sonuçlanan iki uluslararasılaşma dalgası bu görüntüyü değiştirmiştir. Artık sermayenin, klasik emperyalizmde olduğu gibi, tek bir noktadan iş çevrimine girdiğini söylemek imkansız olup farklı bölgesel merkezlerden başlayan ve değerlendirme sürecinde farklı çevrimlerin birleştiği yeni bir birikim tarzı söz konusudur. Mevcut durumda artık üretimin nerede yapıldığı değil, ürüne içkin değer hangi ülkede realize edildiği gelişmişliğin(merkez ülke olma) ölçütü haline gelmiştir. Bu uluslararası düzlemde,

hegemon devlet başta olmak üzere pek çok devlette temsil edilen küresel sermayenin yeniden üretimi için gerekli tüm siyasi, hukuki, ideolojik ve iktisadi düzenlemelerin ortak etkisini ‘kolektif emperyalizm’ kavramıyla açıklamak mümkündür (Özdemir A. M., 2014, s. 39-46).

Kolektif emperyalizmin işleyişinde, çeşitli devletler içerisinde aynı anda temsil edilen uluslararası sermayenin talepleri belirleyici olsa da kolektif emperyalizm merkez ve çevre((az) gelişmekte olan) ülkelerde farklı süreçlerde ortaya çıkmaktadır. Bu süreçler, merkez kapitalist ülkelerde farklı kapitalist çıkarlar olarak devlet iktidarında temsil edilen talepler ve çevredeki (az) gelişmekte olan ülkelerde kolektif varlıkların metalaştırılması için devlet biçiminde gerekli olan dönüşümler olarak belirlemektedir. Özellikle SSCB’nin dağılmasından sonra, (az) gelişmekte olan ülkeler üzerinde Batı kapitalizminden kaynaklanan taleplere karşı direnme kapasitelerinin, en azından tek kutuplu dünya sisteminin çöküşüne kadar önemli ölçüde azalması kolektif emperyalizmi anlamak için kilit önemdedir (Özdemir A. M., 2014). Benzer bir durum Körfez ülkeleri gibi stratejik hammadde satıcısı(petrol) ülkeler için de geçerlidir. Zira bu ülkeler, SSCB’nin varlığıyla biçimlenen küresel güç mücadelesinde, pre-kapitalist yapılarına rağmen⁴, petrolün akışını düzenli sürdürmek koşuluyla kapitalist sisteme eklenilebilmişlerdi. Ancak, SSCB’nin dağılması sonrasında bu ülkelerdeki kolektif varlıkların(temelde petrolün) metalaştırılması talebi gündeme gelmiştir. Bu ancak devlet biçiminin dönüşümüyle mümkündür (Aykut, 2014).

Körfez ülkelerine benzer bir tartışma, eski SSCB ülkeleri için de yürütülebilir. SSCB’nin dağılması sonrasında, eski SSCB ülkelerinin iki farklı yola girdikleri söylenebilir. Küreselleşmeyle daha yakın ilişkiler geliştirebilen eski SSCB ülkeleri(Beyaz Rusya dışında kalan ülkeler; Ukrayna, Moldova, Gürcistan, Ermenistan, Litvanya, Letonya, Bulgaristan, Romanya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti) kapitalizme eklenirken yabancı ve yerli sermayenin talepleri devlet iktidarında daha güçlü temsil edilmiş ve Batılı demokratik rejimler kabul etmiştir (Gafarov, 2023, s. 901-903). Bu ülkelerde devlet biçimi köklü bir dönüşüm geçirmiş, kolektif varlıklar talan edilmiştir. Öte yandan,

⁴ Bu ülkelerde siyasi-iktisadi ayrımı yoktur. Ekonomik kuruluşların sermayedarı olan ve bu kuruluşları idare eden dar bir rantıye çevresi vardır; aynı çevre siyasal iktidara da sahiptir. Şirketlerin iflas müeyyidesi yoktur. Şirketlerin kredi ihtiyaçları, Batılı örneklerden son derece farklı bir şekilde, devletten kaynak aktarımı yoluyla çözülmekte ve şirket hisseleri uluslararası ticarete konu olmamaktadır (Aykut, 2014, s. 206).

Asya’da kalan ve kapitalizmle daha sınırlı ilişkiler kurabilen eski SSCB ülkeleri(Beyaz Rusya, Azerbaycan, Özbekistan, Türkmenistan, Kazakistan, Moğolistan) devlet biçimlerinde siyasal elitlerin hakim olduğu bir siyasal sistem oluşturmuş, kolektif mülkiyetten özel mülkiyete geçişte güçlü ve kolektif varlıklara el koyan, aynı zamanda iktidar sahibi bir oligarşi ortaya çıkmıştır. Bu ülkelerde kapitalizme eklenme, Körfez ülkelerine benzer şekilde pre-kapitalist biçimler altında mümkün olmuştur. Zira, bu ülkelerde de iktisadi-siyasi ayrımı mevcut değildir; siyasal elitlerle ülke çapındaki tekelleri kontrol edenler arasında bir iç içelik, birliktelik mevcuttur. Yine bu ülkeler, kapitalizme stratejik veya stratejik olmayan hammadde satıcısı olarak dahil olmaktadır. Bu ülkeler bugün için kapitalizmle çelişkili bir ilişki kurabilmişlerdir. Bir yandan ülkelerin doğal zenginlikleri metalaştırılıp yabancı şirketler ve oligarşi eliyle sömürülürken; diğer yandan oluşan zenginliğin çok küçük bir kısmı bu ülkelerin halklarına verilmektedir. Oligarşilerin iktidarda kalabilmelerine imkan tanıyan, hammaddenin sağlıklı akışını koruyabilmeleridir; ancak bu ülkelerde de küreselleşmeye tam bir eklenme için devlet biçiminde dönüşümü konusunda uluslararası bir talep söz konusudur.

Kolektif emperyalizm, merkez kapitalist ülkelerin iktidarında temsil edilen sermaye sınıfının çıkarlarının çevre((az) gelişmekte olan) kapitalist ülkelerde gerçekleştirebilmek için çevrede devlet biçiminin dönüşümünü, devletin uluslararasılaşmasıyla gösterir. Bu nedenle, devletin uluslararasılaşmasını incelemek gerekmektedir.

1.2.2. Devletin Uluslararasılaşması

Çalışmanın bu bölümüne kadar, devletin ne olduğu üzerinde durulmadan bir takım savlar ileri sürülmüştür. Bu aşamada, devletin uluslararasılaşmasına geçmeden önce devletin ne olduğuna dair bazı saptamalarda bulunmak gerekmektedir; zira devletin uluslararasılaşması öncelikle devletin doğru kavranabilmesiyle anlaşılabilir bir kavramdır.

Devleti sivil toplumun karşısına koyularak açıklanabilecek bir ‘organizma’ veya ‘bütünlük’ değildir. Sadece kurumlar, devlet iktidarı da devleti ifade etmeye yetmez. Memurların ve devlet binalarının basit toplamı da devlet değildir. Devlet ancak bir

ilişkiler alanı olarak kavranabilir. Bu kavrayışta devlet, temsile dayalı olarak işleyen bir dolayımıdır, eyleyen bir varlık değildir. Siyasal iktidar, siyasal güçlerin biçim belirlenimli yoğunlaşmasının bir ürünüdür. Devlet iktidarı da farklı bireysel taleplerin kamusal kararlara tahvili sürecidir. Siyasal alana girip devlet iktidarına dönüşen bireysel talepler, gayri şahsi nitelik kazanarak meşruiyetini sağlar. Bu olgu, kapitalistleşme sürecinde siyasi alanla iktisadi alanın ayrışması ve bununla bağlantılı olarak siyasal alanda bir devlet tüzel kişiliğinin oluşması olgularıyla bir arada gerçekleşir. Devletin üç temel işlevi vardır. Bunlar; sermayenin değerlendirilmesi koşullarını güvence altına almak ya da sermayenin karlılığını artırmak, kurgusal bir meta olarak emek gücünün yeniden üretiminin koşullarını sağlamak ile toplumsal bütünlüğün korunmasını ve yeniden üretilmesini garanti etmektir (Özdemir & Saygılı, 2019, s. 38-40). Bu temelde devletin uluslararasılaşmasından kastedilen, bir ‘varlık’ olarak devletin değil, devlet dolayımı üzerinden sermayenin uluslararasılaşması ve bir ilişkiler alanı olarak devlete küresel sermayenin taleplerinin temsil edilmesidir.⁵

Finansallaşmayla birlikte gelişen tek kutuplu küreselleşme sürecinde sermayenin sınırsız hareketini kısıtlayabilecek kurumların tasfiye edileceği, dönüştürüleceği veya yerlerini bu amaca uygun kurumlara bırakacağı açıktır. Sermaye, en yüksek artı-değeri temellük edecek imkanları elde edebilmek için serbest dolaşımı ve metalaşmayı talep etmektedir. Kısa vadeli para akımları ve orta-uzun vadeli yatırımları zaman skalası dışında birbirinden ayırmak, ancak onların biçimleri üzerinden mümkündür. Kısa vadeli para akımları, kısa sürede yüksek getiri beklentisiyle kredi-para biçiminde dolaşım alanında hareket ederken, orta-uzun vadeli yatırımlarsa yerleşik hale gelecek yatırımlar biçimini alır. Ancak gerek kısa vadeli para akımları, gerekse orta-uzun vadeli sermaye yatırımları salt ekonomik avantajları dikkate alarak yapılmamakta, mülkiyet koşullarını sağlayacak ve koruyacak devletlerin de varlığını önvarsaymaktadır. Bir yanda, sermayenin korunması ve geliştirilmesi, diğer yanda kolektif varlıkların metalaştırılması çevre kapitalist ülkelerde sermayenin taleplerinin devlet iktidarına tahvilini, yani devletin dönüşümünü gerekli kılmaktadır.

⁵ Devletin uluslararasılaşması, kavramı ortaya atan Leo Panitch ve Sam Gindin’den farklı manada kullanılmaktadır. Panitch ve Gindin, devletin bir ‘varlık’ gibi, uluslararası alana açılması, ulusal kimliğini aşması şeklinde kullanmakta olup bu görüş benimsenmemektedir. Lütfen bakınız: (Panitch & Gindin, 2019); (Özdemir A. M., 2014, s. 47).

Ücret ve ücrete ek olanakların baskılanması, ekonomik zeminini tam istihdam hedefinin terkedilerek yüksek işsizlik oranlarıyla yedek işgücü ordusunun oluşması ve emek örgütlenmelerinin tasfiyesi oluşturmaktadır. Hukuksal zeminini ise emek sürecinin yeniden örgütlenmesiyle bireysel ve kolektif iş hukukunun yeniden düzenlenmesi oluşturmaktadır⁶. Ancak, işçi ücretlerinin baskılanması ve ücrete ek olanakların azaltılması yatırımı çekecek tek unsur değildir. Zira, örneğin, 1991’de dünya üzerindeki tüm doğrudan yabancı yatırımın %81’i OECD ülkelerine yapılmıştı. Aynı oran 1997’de %77’dir (Banks, 2006, s. 85). 2019’da ise %49.3’e inmiştir (The World Bank, 2021). Doğrudan yabancı yatırımların 2019 itibarıyla neredeyse yarısı işçilik ücretlerinin görece yüksek olduğu ülkelerde bulunmakla birlikte, küreselleşmeye eklenmenin boyutlarını göstermektedir.⁷ Yapılan yatırımcı anketlerine göre, yatırım yapılacak pazarın boyutu ve büyüme potansiyeli, sosyal ve siyasal istikrarın varlığı, emek gücünün kalitesi, altyapının kalitesi, şeffaf bir hukuk sisteminin varlığı ve üretim ve hizmet ortamı ölçüt olarak kabul edilmektedir (Banks, 2006, s. 85). Sayılan unsurlar, bir ilişkiler alanı olarak devlete yönelecek yabancı veya yerli sermaye taleplerinin, siyasal iktidarların kararlarına tahviline yol açmaktadır. Aslında sorun bir hukuk devleti sorunu değildir; sorun bu ülkelerdeki yatırımların güvence altına alınması ve verilen borçların tahsil edileceği garantisidir. Şeffaf bir hukuk sistemini düşünürken, hukuk devletinin ulusal ve uluslararası boyutunu, egemenlik kavramıyla birlikte ele almakta yarar vardır.

Hukuk devletinin, neoliberal bir anlamla yeniden yorumlanışını tespit için, 1997’de Dünya Bankası tarafından yayımlanan Dünya Kalkınma Raporu önemli bir örnektir. Bu raporda hukuk devleti ilkesinin, ekonomik büyüme ile yoksulluğun ortadan kaldırılması bakımından temel önemde olduğu ifade edilmiş, bir taraftan piyasa mekanizmalarının kurumsallaşması ve diğer taraftan kurumsallaşmış piyasalara siyasi müdahalelerin en aza indirilmesi ana hedef olarak belirlenmiştir. Bu anlayış, iktisadi büyümenin sağlanması

⁶ Bu süreç, Türkiye özelinde, öncelikle kolektif iş hukukunun tasfiyesi, ardından bu yeterli gelmeyince bireysel iş hukukunun yeniden düzenlenmesi gerçekleşmiştir. 1980 sonrasında değişmesi beklenen, ancak değişmeyen bireysel iş hukukunun düzenlenmesi, 1994’te, yine bir kriz ertesinde iş çevreleri, yargı ve doktrinde gündeme gelmiştir (Yücesan Özdemir & Özdemir, 2008, s. 97-98). Yargı içtihatlarında birtakım değişiklikler yaşansa da, esaslı değişim 4857 sayılı yeni İş Yasası’nın kabul edildiği 2003’te yaşanmıştır. Ancak halen her konuda istenen gerçekleşmemiş olup kıdem tazminatı gibi konularda tartışmalar sürmektedir. Aynı süreçte, sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemeler birçok temel değişiklik yaşamış, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 2006’da kabul edilmiştir. Yapılan her değişiklik, emeklilik haklarında çeşitli kayıplara yol açmış ve bir bilinmezliği beraberinde getirmiştir.

⁷ Ancak reel ücretlerin OECD ülkelerinde de ciddi oranda düştüğünü belirtmekte yarar vardır.

amacıyla sermayenin ülkeye çekilmesi gerekçesiyle meşrulaştırılmıştır. Reform olarak vaz edilen ise, fikri mülkiyet hakları başta olmak üzere, mülkiyet hakkı ve rekabet hukukuna ilişkin hukuksal zeminin güçlendirilerek bu yapıyı koruyacak bağımsız yargının kurumsallaştırılması ve genel siyaset olarak özelleştirmenin benimsenmesidir (Özenç, 2016, s. 287-288). Hukuk devleti, Dünya Bankası'nın yanında diğer uluslararası kuruluşlar tarafından da yolsuzluğa çare ve piyasa odaklı reformların vazgeçilmez koşulu olarak sunulmaktadır (Kars Kaynar A. , 2017, s. 38).

Metalaştırmanın, mülkiyetin ve mübadele ilişkilerinin konusunu genişlettiği açıktır. Tüm bu süreçte piyasanın alanı da genişlemektedir. Dolayısıyla özel hukukun düzenlemesi gereken alan ve konular da genişleyecektir. Önceden hukukun düzenleme alanına girmeyen konuların bu sürecin neticesinde yeni hukuksal konular, kavramlar ve kurumlara ihtiyaç duyacağı ve mevcut hukuksal araçları dönüştüreceklerdir. Bu durumun özel hukukun alanını genişleteceği açıktır. Özel hukukun temel biçimini oluşturan sözleşme, toplumsal ilişkiler alanında daha yaygın bir uygulama alanı kazanacaktır (Kars Kaynar A. , 2017, s. 40-41). Sözleşmenin taraflarca serbestçe irade açıklamasının ürünü olduğuna dair hukuki-ideolojik önkabul, bu sürecin anahtarını oluşturur. Birey anlayışının değişmesi, kamu hukuku ve özel hukukun ilişkisini de değiştirmiştir. Kamu hukukunun getirdiği yükümlülükler, bireylerin üzerinde sınırlayıcı ve kısıtlayıcı düzenlemeler olarak görülmektedir. Neoliberal hukuk anlayışına göre, birey ve devlet arasındaki ilişki müzakere edilebilir olmalıdır; yani birey uyuşmazlığın hukuksal zeminini tartışabilmelidir (Kars Kaynar A. , 2017, s. 40). Öyleyse bireyler aralarındaki uyuşmazlığın çözümüne katılabilmeli ve sürecin yürütülmesinde rol alabilmelidir. Bu bakımdan, bireyler arası uyuşmazlığın piyasa alanında gerçekleştiği ve devletin müdahale alanından çıkarıldığını da kabul etmek gerekir. Zira neoliberal anlayışta devlet piyasaya müdahale etmemelidir. Kaldı ki, neoliberal hukuk devleti, 'kendi kendine' işleyen piyasa mekanizmasını ve özel mülkiyeti korumakla yükümlüdür, hukuk devletinin işlevi etkin bir hukuk düzeninin oluşturulmasından ibarettir (Özenç, 2016, s. 290).

Hukuk devletinin uluslararası alanda kurumsallaşması, kapitalist üretim ilişkilerinin dünya çapında yaygınlaşmasıyla –yani küresel kapitalizme daha fazla ülkenin eklemlenmesiyle- olmuştur. Bu kurumsallaşma, uluslararası kuruluşlarca da desteklenmiş, hatta dayatılmıştır. Dünya Bankası, insani gelişim ve hukuki reformlar için

son yıllarda borç ve hibe bütçesinin %52'sini ayırmaktadır (Özenç, 2016, s. 288).⁸ Altyapı yatırımlarını desteklemek üzere kurulmuş bir uluslararası örgütün bütçesinin yarısını altyapı yatırımlarıyla pek ilgisi bulunmayan bir alana ayırması dikkat çekicidir. Bu reformları finanse ederken, Dünya Bankası'nın oluşturduğu indekslerin dayandığı bilgilerin esas olarak hukuki yapının ticari ilişkilere uygunluğunu araştıran kuruluşlardan geldiğini ve hukuk devletinin gelişmişliği açısından suç oranlarının yanında en çok kullanılan ölçütün mülkiyet haklarının korunma düzeyi oluşturmaktadır (Özenç, 2016, s. 289). Neoliberalizmin devlete biçtiği piyasa mekanizmasını ve özel mülkiyeti korumak görevleriyle birlikte düşünüldüğünde, verilecek hibe ve kredilerin bu amacı benimseyen devletlere verildiği savunulabilir.

Sermayenin taleplerinin devlet iktidarına tahvilinin gerçekleşmesinde hukuki ve mali dönüşümün bir diğer yönünü, vergi düzenlemelerinde oluşturmaktadır. Sermayenin iki önemli 'maliyet' kalemi ücret ve vergidir. Ücret ile emek-değere ödenen bedel ile ücrete ek imkânlar birlikte düşünmek gerekir. Vergi ise sadece devlete ödenen bir 'kölfe' olarak değil, sosyal devletin maddi kaynağı olarak düşünülebilir. Sermayenin vergilendirilmediği veya çok az vergilendirildiği bir dünyada ücrete ek imkânların, refah devletin araçlarının, özellikle ücretsiz ve genel eğitim, sağlık, barınma gibi hizmetlerin var olabileceğini düşünmek gerçekçi değildir.

1920-30'dan 1970-80'lere kadar gelişmiş Batı ülkelerinde vergilerin ve sosyal harcamaların milli gelir içerisindeki payı üç-dört kat artmıştır. 1980'den 2010'a kadar bu oran sabit kalmıştır (Piketty, 2014, s. 512). 1980'den itibaren sermayeden alınan vergi dünyanın her yerinde düşmüştür. Reagan'ın vergi reformu sonrasında, en üst gelir dilimi için şahsi vergi oranı %70'den %28'e indirilmiş ve pek çok şirketin hiç vergi ödememesi sağlanmıştır (Harvey, 2015, s. 60; Piketty, 2014, s. 551). Roosevelt döneminde aynı oranlar, 1933'te %63'e, 1937'de %79'a, 1942'de %88'e ve 1944'te %90 civarına yükseltilmişti. 1932-1980 arasında en yüksek federal gelir vergisi oranı ortalaması %81'dir. Almanya ve Fransa'da aynı dönemde, en yüksek vergi oranları %50-70 arasında değişmekteydi (Piketty, 2014, s. 549). Benzer bir durum, veraset vergisi oranlarında da

⁸ Dünya Bankası hâlihazırda Türkiye'nin Tapu-Kadastro sisteminin modernizasyonu için 2008'den beri devam eden ve 2022'de sona erecek bir projeyi finanse etmektedir. Bu proje için şimdiye kadar 210 milyon USD harcanmış durumdadır. Lütfen bakınız: <https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/project-detail/P106284?lang=en&tab=overview>.

görülmektedir. ABD’de 1980’de en yüksek veraset vergisi oranı %70’ken, 2013’te bu oran %35’e gerilemiştir (Piketty, 2014, s. 544).⁹ OECD verilerine göre, 2000 ila 2020 arasında kurumlar vergisi oranlarında önemli düşüşler olmuştur. 2000’de ABD’de kurumlar vergisi oranı federal ve eyalet vergisi oranları birlikte düşünüldüğünde toplam %39.3 iken, aynı oran 2020’de %25.8’e gerilemiştir. Almanya, Fransa, İtalya, Norveç gibi ülkeler için de benzer bir durum yaşanmıştır. Bu ülkelerin kurumlar vergisi oranları 2000’de sırasıyla %51.6, %37.8, %41.3 ve %28 iken 2020’de sırasıyla %29.9, %32, %27,8 ve %22’ye gerilemiştir (OECD, 2020). Tüm bunlar, gelişmiş kapitalist ülkelerde sermayenin gelirinden ve sonraki nesillere aktarımından alınan vergilerin 1980’lerden itibaren düştüğünü göstermektedir. Sermayenin ücret ve vergi maliyeti azalmakta, hareket gücü ve kabiliyeti artmaktadır.¹⁰

Küreselleşme döneminde, yönetim anlayışında da bir dönüşüm gözlenmektedir. Governance ya da Türkçedeki yaygın kullanımıyla ‘yönetişim’ kavramı, yeni bir yönetim anlayışı olarak ifade edilmektedir. Kavramın tanımı hakkında çeşitli farklılıklar ve tartışmalar mevcuttur. İlk kez Dünya Bankası’nın 1989 tarihli Afrika’nın kalkınmasına ilişkin bir raporunda kullanılan yönetim(governance) kavramı, ülke meselelerinin yönetiminde politik gücün kullanımı olarak tanımlanmıştır. OECD yönetim kavramını, bir ülkenin ekonomik ve sosyal kaynaklarının yönetiminde sahip olunan güç ve yetkilerin kullanımı olarak tanımlar. Avustralya Uluslararası Kalkınma Kurumu yönetişimi, ülkenin ekonomik ve sosyal kaynaklarının açık, şeffaf, hesap verebilir ve adaletli bir şekilde etkin yönetimi olarak tanımlamaktadır. Bu amaçla, daha iyi bir yönetişim, ekonomik ve

⁹ Aynı dönemde, Türkiye için gelir vergisinin, tüm vergi geliri içerisindeki payı da çarpıcı bir biçimde değişmiştir. 1980’de gelir vergisinin toplam vergi geliri içerisindeki payı % 43,53’ken, bu oran 1985’de % 27,55’e 2005’de % 14,71’e düşmüştür. Aynı oran, 2016’da %14.64’tür. Yine gelir vergisinin GSYİH içerisindeki payı 1980’de % 5,67 iken, 2016’da yaklaşık % 3,73’tür. Kurumlar vergisi oranı 1980’de %80 ve vergiler içindeki payı %4.1’ken, 2016’da aynı oranlar sırasıyla %20 ve % 6.5’tir. 2020’de kurumlar vergisi %22 olarak uygulanmıştır. 1980’de devletin aldığı vergi, gayrisafi yurtiçi hasılanın %13.3’üken, aynı oran 2016’da %25.46’ya çıkmıştır (İnneci & Karabulut, 2018, s. 280-285). Vergi/GSYİH yükselirken, sermayenin gelirinden alınan vergilerin düşürülmesi, yükselişin dolaylı vergiler yoluyla sağlandığını, yani tüketim üzerinden gelire bakılmaksızın tüm toplumun vergilendirildiğini göstermektedir.

¹⁰ Devlet, sermayenin vergi yükünü azaltırken, refah devleti döneminde sermayenin sosyal giderleri denebilecek araçları finanse edebilecek gelirden de yoksun kalmaktadır. Bu hukuksal durum ekonomik yönden ele alındığında, devletin -hizmetler yönünden- küçülmesi zaten zorunlu bir durumdur, zira devletin bir taraftan sermayeden aldığı vergi oranlarını düşürmesi, diğer taraftan denk bütçe uygulayarak borçlanmadan kaçınması ve kamu sektörünü özelleştirmesi neoliberal devletin sosyal hizmetleri gerçekleştirmesine maddi imkan bırakmamaktadır; ama aynı zamanda sermayenin dünya çapında giderek daha az vergilendirilmesine ilişkin bir hukuksal yapının oluşturulmaya çalışıldığını da göstermektedir.

finansal yönetimin geliştirilmesi, kamu yönetiminin daha etkin bir hale getirilmesi, hukukun üstünlüğünün tesis edilmesi ve halkın karar alma süreçlerine katılımının sağlanmasını gerekli kılmaktadır. Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı yönetişimi ülke meselelerinin yönetiminde politik, ekonomik ve yönetsel otoritenin kullanımı olarak tanımlamaktadır. Bu karmaşık mekanizmaları, süreçleri, ilişkileri ve kurumları gerektirir. Bu kurum ve süreçler vasıtasıyla vatandaşlar ve toplumsal gruplar çıkarlarını korumakta, yasal haklarını kullanmaktayken; bu kurum ve süreçler vatandaş ve gruplar arasındaki farklılıkları uzlaştırmaktadır (Sobacı, 2007, s. 220-221). Küresel yönetişimin geliştirilmesi alanında başat aktör Dünya Ticaret Örgütü'dür.

1947'de imzalanan Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (General Agreement on Tariffs and Trade) sonrasında uzun müzakereler ve çalışmalar sonucunda Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), 1994'te kurulmuş, 1995'te faaliyete geçmiştir (Bayramoğlu, 2018, s. 94). 2022 itibarıyla 164 üyesi vardır (WTO, b. t.). DTÖ'nün üç temel ilkesi bulunmaktadır. Bunlar pazara girişin sağlanması ilkesi; ayrımcılık yapmama ilkesi ve şeffaflık ilkesidir (Kaya, 2017, s. 172-177). Küresel düzeyde yönetişimin örgütlenmesi bakımında DTÖ önemli işlevler üstlenmektedir. DTÖ'yü kuran ve aynı zamanda küresel ticareti düzenleyen Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (GATS) ve Uyuşmazlıkların Çözümünün Usul ve Kuralları Anlaşması (DSU), metalaşmanın genişlemesini ve kamu hizmetlerinin metalaşmasını güvence altına alan iki önemli düzenlemedir. GATS, kamu hizmeti anlayışını değiştirmiştir ve hizmet sektörünün tamamen serbestleşmesini, hizmetlerin metalaştırılmasını amaçlamaktadır. DSU ise, üyeler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için DTÖ tahkim mekanizmasını vazetmiş ve hızlı işleyen bir yargı süreci, otomatik uygulanan kararlar ve yüksek para cezalarıyla bir yargılama sistemi oluşturmuştur. Gerek GATS, DSU, gerekse DTÖ'nün diğer faaliyetleri ve düzenlemeleri, küresel ticaretin ilkelerini belirlemektedir (Bayramoğlu, 2018, s. 95-101).

Tüm bu sürecin ulusal ve uluslararası alanda ortak amacı ve sonucu, tüm dünyanın sermaye hareketleri için güvenli hale getirilmesi ve bu amaca uygun olarak devlet biçimlerinin kolektif emperyalizme uygun şekilde uluslararasılaşmasının sağlanmasıdır. Bir taraftan sözleşme ilişkisi toplumsal ilişkiler alanında daha fazla etkinlik kazanırken, diğer taraftan sermaye ister kısa vadeli, ister orta-uzun vadeli olsun, ister spekülasyon para hareketi, ister doğrudan yabancı yatırım biçiminde olsun, varlığının ve karlılığının tehdit edilmeyeceği bir hukuk düzenini aramaktadır. Bu hukuk düzeni, tüm dünyada hukukun

yeknesaklaştırılması amacına yönelmiş olan hukukun küreselleşmesi kavramlaştırmasıyla ortaya konabilir.

1.3. HUKUK VE TOPLUMSAL DÜZENLEME

Hukukun toplumsal düzenleme içerisindeki yeri, çalışmanın konusuyla yakından bağlantılıdır. Bu bölümde, hukuksal düzenlemelerin kapitalist formasyon içerisindeki yeri incelenecektir. Bölümün yazılma amacı, hukuk yargılamasındaki dönüşümün tartışılmasından önce, hukukun genel olarak toplumsal düzenleme içinde nasıl konumlandığı, hukuksal düzenlemelerin özellikleri, hukuki söylemin nasıl oluştuğu gibi temel konuların incelenmesidir. Ayrıca, neoliberalizmin hukuk sisteminde yarattığı değişime de kısaca incelenecektir.

Hukuksal biçimler, hukuki sùjeler(hak sahipleri) arası ilişkilerin ölçülebildiği bir alan yaratmaktadır. Kapitalist toplumsal formasyonlardaki sosyal biçimler, hukuksal biçimlerin yarattığı ölçülebilirlik imkanı üzerinden birbirleriyle bağlanmaktadır. Bu durum, hukuksal biçimleri vazgeçilmez hale getirmektedir. Bu bakımdan hukuku toplumsal düzenlemenin bağlantı noktası saymak mümkündür. Hukukun işleyişini her an için sermayenin toplumsallaştırıcı etkisiyle birlikte düşünmek gerekir; ancak hukuk bununla sınırlı değildir (Özdemir A. M., 2008, s. 175).

Hukuk, Althusserci bakış açısından bakıldığında bir üretim ilişkisi değildir; ancak yeniden üretime müdahale ettiği ölçüde, hukuka aykırı davranışları yasakladığı ve cezalandırdığı için üretim ilişkilerinin işleyişine doğrudan müdahildir. Hukuk, diğer yandan, kapitalist üretim ilişkilerinin işleyişini hukuki-ahlaki ideolojiyi kullanarak sağlamakta olup bu hukuki inşai yönüne işaret eder. Bu bakımdan bir yandan hukuk bir sistemi işaret ederken, diğer yandan siyasal alanın hukuk sistemi üzerinden yeniden üretimine ve işleyişe müdahil olmasını ifade eder (Özdemir A. M., 2008, s. 178). Hukuki sistem Althusser'in Devlet(baskı) aygıtı olarak ifade ettiği sistemdir. Hapishaneler, mahkemeler, mevzuat, polis, yargıçlar vb. tümü bu sistemi oluşturur. Hukuki işlev devlet şiddeti altında kendisini belli eder (Althusser, 2005, s. 94-95). Ama aynı zamanda devlet(siyasal sistem) dolayımıyla ekonomik ve siyasal yeniden üretimin gerektirdiği düzenlemeyi ve bütünleştirmeyi sağlayan araçları da üretir.

Hukuki araçlar, belirli bir sınıfın amaçlarına doğrudan hizmet etmez. Hukuki söylemin etkileri toplumsal yapıya öznesiz olarak müdahale kabiliyetine sahiptir. Ancak bu durum, belirli bir sınıfın diğer sınıflar karşısındaki konumunu elde ederken hukuktan daha etkin yararlanamayacağı anlamına gelmez. Burada kast edilen, haklarla bunların hukuki biçimlerinin ürettiği etkinin yapısal nedensellik içinde anlaşabileceği, bu etkinin yapının unsurlarının tek tek gözlemlenmesi suretiyle idrak edilemeyeceğidir (Özdemir A. M., 2008, s. 179-180).

Hukuki ilişkinin tarafları(hukuki süjeler) mevcut pozisyonlarını bir norma dayandırdıklarında, bu dayandırma işlemi aynı zamanda toplumsal ilişki silsilesine gönderme yapar. Sınıf pozisyonlarıyla normlar arasındaki bağlantı hem gösterme hem de gizleme eylemlerini taşır. Örneğin bir iş sözleşmesi, sözleşmenin tarafı olan işçinin işverene bağlılık ilişkisini gösterirken, sözleşmenin arka planındaki piyasanın zorlayıcı işlevini gizler. Aynı zamanda sözleşmenin tarafları olan işçi ve işveren arasındaki eşitliği gösterirken, hukuki eşitlikle sosyal eşitliğin aynı şey olmadığını gizler (Özdemir A. M., 2008, s. 180). Bu düşüncenin aksinin kabulü, her kuralın sınıf mücadelesinin iniş çıkışlarından üretildiğini savunmak olur; buna göre her hukuk kuralı çatışan güçler dengesinin bir ürünü olacak, her sınıfın politik etkinliği azalıp arttıkça yasalar bundan etkilenecek ve yürürlüğe konan kurallar dengesiz ve istikrarsız hale gelecektir. Ancak modern bir hukuk sistemi titizlikle gerekçelendirilmiş bir öğretiler yapısı sunmaktadır (Collins, 2013, s. 101).

Hukuk kapitalist birikim rejimlerinin(ve buna bağlı düzenleme biçimlerinin) dönemselliğiyle bağlantılı biçimler, normlar ve ilişkiler üretir. Ancak bu dönemsellik etkisini derhal göstermez ve her birikim rejimi ve düzenleme tarzına uygun hukuksal biçimler, normlar ve ilişkiler anında üretilemez. Önceki dönemin düzenleme kiplikleri, yeni dönemde de bir süre varlığını sürdürebilir. Ancak bunlar geri plana itilebilir veya anlamsal ve işlevsel dönüşüme uğrayabilir. Dönemselliğin hukuki söylem üzerinden takibi, hukuki söylemin özgüllüğü dikkate alınarak yapılabilir. Zira hukuki söylem, söylem dışı ile tutarlılığa ve söylem dışı alanın baskın görünmezliğiyle iç içedir (Özdemir A. M., 2008, s. 182). Ancak hukuki söylemin özgüllüğü hukukun birçok özelliğini de açığa çıkarmakta olup aşağıdaki başlıkta ayrıca incelenecektir.

Bu bölümde hukukun özellikleri ve kapitalist toplumsal düzenleme içerisindeki yeri incelendi. Hukuksal biçimler, hukuki sùjeler arası ilişkilerin ölçülebildiğı bir alan yaratmaktadır. Hukuk Althusserci bir bakışla bakıldığında bir üretim ilişkisi değildir, ancak yeniden üretime müdahale etmekte ve üretim ilişkilerinin işleyişine müdahil olmaktadır. Hukuki araçlar, toplumsal yapıya öznesiz olarak müdahale etmekte ve belli bir sınıfın amacına doğrudan hizmet etmemektedir. Her hukuksal ilişkinin tarafları bir norma dayandıklarında, aslında bir toplumsal ilişkiye de gönderme yaparlar. Hukuki biçimler, birikim rejiminin dönemselliğıyle bağlantılı biçimler, normlar ve ilişkiler üretirler; ancak bunlar bir birikim rejiminin dönüşümüyle eş zamanlı olarak dönüşemezler. Bir kısmı yeni birikim rejiminde de geri plana itilebilir, anlamsal ve işlevsel bir dönüşüm yaşayabilir.

1.3.1. Hukuki Söylemin Oluşumu: Büyük Özne-Küçük Özne ve Hukuk İdeolojisi

Hukuki söylem diğer söylem alanlarından bazı farklara sahiptir. Bunlar içerik açısından özgüllüğü(tutarlılığı ve baskın görünmezlik ilkesi), evrenselliğı ve biçimselliğı olarak sıralanabilir.

Hukuki söylemin içsel tutarlılık ölçütlerine bağımlılığı diğer söylemlerden daha fazladır. Bunun sebebi, hukukun her uygulanmasında yeniden meşruiyet kazanma zorunluluğudur. Hukuki söylem, ancak kendi lisanıyla uygun talepleri duyabildiğinden hiçbir zaman kendi içerisinde geriye döndürülemez (Özdemir A. M., 2008, s. 186-187). Bu bakımdan hukuki söylem tutarlı olmak zorundadır.

Hukuki söylem, normların belirli bir olayı düzenlemek üzere ortaya konulmamış olması sebebiyle evrenseldir (Özdemir A. M., 2008, s. 188). Normatif düzenleme, soyutlanmış bir düzenleme tarzı altında, düzenlemeyi hedeflediğı toplumsal ilişkiye girebilecek herkese hitap eder. Hukuki söylem, aynı zamanda soyutlamanın yöneldiğı hukuki ilişki için biçimsel bir normatiflik hedefler. Her türlü içerikten yoksun bir biçimsellik altında, hukuki ilişkinin taraflarının pozisyonları için kullanım imkanına sahip olsalar da, bu imkan aksi yönde de kullanıma açıktır (Özdemir A. M., 2008, s. 188). Bu bakımdan, hukuki ilişkideki bir tarafa imkanlar sağlayan hukuksal düzenleme, başka

ihtimaller(değişen pozisyonlar) altında ona karşı da kullanılabilir. Ancak bu durum, normun hukuki ilişkiyi düzenlerken bir tarafın sınıfsal pozisyonu için daha fazla imkan sağlamadığı, yani tüm sınıflara eşit mesafede durduğu ve eşit imkanlar sağladığı şeklinde anlaşılamaz. Örneğin fazla mesai yaptırabilmeye yönelik norm işverene daha fazla ücret vererek işçiyi yasal çalışma süresinin üzerinde çalıştırma imkanı verirken, işverenin fazla mesai ücretini ödememesi bu normun aleyhine kullanılmasına ve iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı sebeple feshedilmesine imkan tanır.

Hukukun değerleri ölçülebilir hale getirme yönüyle düzenleme tarzının bağlantı noktası olması, hukuki söylemi kendi kendine yeter veya diğer söylemlerden bağımsız hale getirmez. Hukuki söylem, diğer söylem alanlarıyla yakından bağlantılıdır. Hak, adalet, otorite gibi temel kavramlarda dahi, bu kavramların düzenlediği ilişkilerin içeriklerine gönderme yapılırken, bunlar daha geniş ideolojik yapılar bütünlüğünden bu yapıların ideolojik doğalarıyla birlikte ödünç alınır. Bunlar olmaksızın normlar bir anlam ifade etmez. Hukuki söylemin içeriğini oluşturan gösterge setleri, aynı zamanda yapının farklı alanlarını düzenin bütünlüğü içerisinde tutar ve merkezileştirici bir etki doğurur. Hukukun alt söylemleri bir merkeze doğru çekerek oluşturduğu merkezileştirici etki, hukuki söylemle diğer söylemler arasındaki bağlantıyı ifade eder. Bu durum, hukuki söylemin otonomisini sınırlarken devlet iktidarının hukuk normlar şeklinde görünmesine imkan tanır (Özdemir A. M., 2008, s. 194). Düzenlemenin hukuki söylem biçiminde belirişi, diğer söylemlerin devlet iktidarından dışlandığını veya en azından ikincil konumda kabul edildiğini gösterir. Hukuki düzenleme, alt söylemleri bir yandan merkezileştirirken, diğer yandan söylem dışı bırakarak önemsizleştirir ve dışlar.

Hukuki söylem, diğer söylemler karşısında özel bir konumdadır. Tahakkümün oluşumu, bu özel konumda yatmaktadır. Ancak tahakkümün oluşumunu incelemekten önce, hukuki öznenin oluşumu incelemekte yarar vardır; zira hukuki özneler hukuki söylemin atomlarıdır (Özdemir A. M., 2008, s. 195). Althusser çevresinden Edelman'a göre, hukuk ideolojisi(büyük özne), hukuki kategoriler biçimini alan bir sesle hukuki özneye, özne olarak seslenir ve onun da 'özne' olarak selamlanışının ardından bir 'özne' gibi davranması gerekmektedir. Dolayısıyla, hukuk, özneyi tanımakla yetinmez, ideoloji aracılığıyla onu temellük etmek yazgısıyla beraber inşa eder. Hukuki 'özne' haline gelmek isteyen birey, üretim ilişkileri ile kurduğu hayali ilişki ve onun ifadesi olan hukuki biçimler üzerinden gerçeğin bir 'çarpıtma' veya 'yanlış bilinç' üzerinden temsili olarak

değil, hukuki ‘özne’leri ve deneyimleri inşa eden toplumsal ilişkiler bütünü’nün bir parçası olarak var olur. Ancak hak süjesi olarak hukuki ‘özne’, hukuki komutlara tabi olsa da bu komutlarca belirlenmemiştir. Hukuki ‘özne’, komut aldığı için değil, hukuki ‘özne’ olarak kurulduğu için ve böyle bir ‘özne’ olarak kurulmak için belli tavırlar gösterir; yani kendisine seslenen hukuk ideolojisine(‘büyük özne’) gereken cevapları verir. Bu nedenle o zaten bir hukuksal ‘özne’ olarak kurulmuştur. Dolayısıyla, hukuk ne temellük etme ilişkisi ne de emir ilişkisi üretebilir (Özdemir A. M., 2008, s. 198-199). Hukuki sistemin işler halde olduğu her yerde hukuki zor, çıplak şiddet olarak değil tahakküm ilişkisi olarak ortaya çıkar. Artık hukuksal öznenin eylemlerinin komutlarla belirlendiğini ifade etmek mümkün değildir. Özne, hukuka uygun davranışları zordan korktuğu veya temellük etme hakkını kaybetmek istemediği için değil özne olmak için sürdürür (Özdemir A. M., 2008, s. 206-207). Bu davranışları göstermemenin sonucu ceza değil, özne olamamaktır, hukuki özneler dünyasından dışlanmaktır. Bu sebeple tahakküm, zorun değil hukuki ideolojinin bir sonucudur (Özdemir A. M., 2008, s. 207). Son alt bölümde ise, neoliberalizmde hukukun aldığı biçim incelenecektir.

Bu bölümde hukuki söylemin oluşumu üzerinde duruldu. Hukuki söylem, diğer söylem alanlarıyla bazı farklara sahiptir. Hukuki söylem içerik açısından özgüldür, yani tutarlı ve baskın görünmez olmak zorundadır. Hukuki söylem belirli bir olayı düzenlemek üzere ortaya konulmadığından evrenseldir. Hukuki söylem, diğer söylem alanlarıyla da yakından bağlantılıdır. Hukuki söylem içerisinde oluşturulan gösterge setleri, yapının farklı alanlarını düzenin bütünlüğü içerisinde tutar ve merkezileştirici etki doğurur. Hukuk ideolojisi(büyük özne), hukuki özneyi(küçük özne) hukuki söylemle temellük etme yazgısıyla ‘inşa eder’.

1.3.2. Neoliberalizm ve Hukukun Dönüşümü

Neoliberalizmin devlet üzerindeki etkilerine dair kısımda, devlet biçimindeki sonuçları incelenmiştir. Ayrıca çalışmanın sonraki bölümlerinde sermaye ve işçi sınıfı bakımından sonuçları da ele alınmaktadır. Tüm bu süreçte, sermaye hareketlerinin, işçi sınıfını hak kayıplarının, uluslararası örgütlerin, anlaşmaların, güvencesizleştirme, metalaşma ve özelleştirme gibi kavramların hukuki düzenlemelerle anlamlı -ve pratik- hale geldiği aşıkardır. Burada kast edilen doğrudan bir yansıma olarak, bunların hukuka aktarımı

değil, tam tersi bu sürecin hukuki dönüşümle birlikte ilerlemesidir. Neoliberalizm esaslı etkisini 1980 sonrasında hissettirse de, dönüşümün gerçekte 1945-2000 arası hukuk devleti ilkesinin yayılarak insan ve mülkiyet haklarının ve uluslararası düzenin bir güvencesi olarak düşünme eğiliminin küreselleştiği dönem olarak kabul etmek gerekir. Bu dönemde küreselleşmenin mekanizmaları ABD'nin İkinci Dünya Savaşı'nda ve Soğuk Savaş'ta kazandığı zafer, ulus devletlerin küresel pazarlara çok uluslu şirketlerle uluslararası düzenleyici kurumlar tarafından konan şartlar içerisinde katılması vasıtasıyla yeni bir hukuk bilincine ulaşılması ve Amerikan kültürünün itibarıydı (Kennedy, 2017, s. 38.). Kennedy, 'Üçüncü küreselleşme' olarak ele aldığı 1945-2000 dönemi için klasik hukuk düşüncesinin yaygınlaştığı birinci küreselleşme ve 'sosyal' kavramı çevresinde oluşan ikinci küreselleşmenin aksine normatif projeler ve pozitif hukukun alt sistemleri arasında, irade teorisi veya karşılıklı bağımlılık gibi bir kapsayıcı kavram olmadığını iddia etmektedir. Kennedy'ye göre, toplumun hukuki örgütlenmesini kavramanın yeni bir yolu bu dönemde mevcut değildir. Kennedy, üçüncü küreselleşmenin özelliklerinde bir ABD'li kökeni(jenaoloji) gözlemlediğini vurgular. Çağdaş hukuk bilincinin geliştiği başlıca yerlerin ABD ile güçlü bir bağlantısı vardır. Bu yerler, federal ülkelerde yetkilerin dağıtılmasına dair konuların ve devlete karşı ileri sürülen hakların yargısal denetimi ile tüm dünyada 1945 sonrasında varlık kazanan Anayasa Mahkemeleri; uluslar üstü yargı sistemleri ve küreselleşen ekonominin sorunlarıyla uğraşan Amerikan tarzı büyük, uluslararası hukuk firmasının ve onlar gibi küreselleşmiş uluslararası toplumu veya uluslararası sivil toplumu oluşturduğunu düşünen, kar amacı gütmeyen sivil toplum kuruluşlarıdır (Kennedy, 2017, s. 95-103).

Kennedy, üçüncü küreselleşme ile küreselleşen hukuk bilincini, Klasik Hukuk Düşüncesi'nin dönüşüme uğramış öğreleriyle 'Sosyal'in dönüşüme uğrayan öğelerinin sentezlenmemiş birlikteliği olarak tanımlamaktadır. Ona göre, Klasik Hukuk Düşüncesi'nin dönüşüm geçiren ögesi kamu hukuku neo-formalizmidir. Sosyal'in dönüşüm geçiren ögesiye çatışan mülahazalara dayalı politika analizidir. Bu politika analizi, tutarlı yeni hukuki rejimlere toplumsal amaçların dayattığı sosyal kurallar değil, özel(ad hoc) orta yollar ve uzlaşmalar yaratan kurallar üretir (Kennedy, 2017, s. 95). Neo-formalizm, Klasik Hukuk Düşüncesi'ndeki formalizm kavramının dönüşümü çerçevesinde ele alınmaktadır. Formalizme göre, hukuk tüm çıkarlar karşısında tarafsız konumdadır; şahıslar ve siyaset üstüdür. Hukuk devleti anlayışı da bu düşünceye dayanır.

Hukuk tarafsız, kural odaklı, geneldir. Formalizm, hukuk kurallarıyla somut durum arasında emredici kurallara dayanarak kurulan bir ilişki biçimidir. Hayek, serbest piyasanın gelişimini açık, genel, soyut ve gayrı-şahsi hukuk kurallarının gelişimine bağlı görerek formalizmin temel ilkelerini tekrar etmiştir. İkinci kuşak neoliberal düşünürler ise hukuk düşüncesinde daha geniş değişik ve yeniliklere yol açacak anlayışlar benimsediler. ‘Duyarlı hukuk düşüncesi’ ve ‘Dönüştürücü hukuk düşüncesi’ bu dönemde en çok kabul gören iki hukuk anlayışıdır. Duyarlı hukuk, toplumsal farklılıkları hukukun kaynağı olarak gören, farklılaşmış çok sayıda çıkar ve inanca açık hukuk anlayışı anlamına gelmektedir. Buna göre, tüm toplumsal tercih ve çıkarların katılımına açık bir karar alma işleyişi mümkündür, bu farklılıklar hukukun kaynağını oluşturmakta olup hukuk kendisini yenilemek için bunları kullanmalıdır. Dönüştürücü hukuk ise, devletin düzenleyiciliğinin farklı toplumsal grupların faaliyet alanlarındaki iç düzenlemelerini geliştirmeye dayalı temel organizasyonel normlar ve usullerle sınırlanmasıdır. Buna göre hukuk karar alma sürecinin kurallarını, usule ilişkin normları standart hale getiren normları ve sorun çözmenin kurallarının kurallarını düzenlemelidir. Böylece hukuk kendi işlevini yasa/yasa dışını birbirinden ayırmakla sınırlar. Gerek duyarlı, gerekse dönüştürücü hukuk anlayışının formalizmi ters yüz ettiği açıktır. Formalizmde hukuk kuralları sabit olup toplumsal ilişkilerin bu kurallara göre düzenlenmesi öngörülür. Bu iki hukuk anlayışına göre ise, toplumsal çıkarlar, tercihler, farklılıklar oldukları gibi kabul edilir ve hukuk kuralları bunlara uyarlanır. Bu bakımdan dönüştürücü ve duyarlı hukuk anlayışlarını formalizmle bağdaştırmak mümkün değildir. Bu sebeple, formalizmin yerini neo-formalizme veya neo-formal hukuk anlayışına bıraktığı savlanmaktadır. Neo-formalizme göre, önemli olan bireylerin hiçbir engel veya müdahale olmaksızın anayasa tarafından tanınan hakları kullanabilme güçleridir. Cümlede geçen ‘engel’ ve ‘müdahale’ devletin getirdiği hukuk kurallarıyla sınırlıdır, neo-formalizm anayasal hakların kullanılmasının önündeki pratik(toplumsal, ekonomik, sınıfsal vs.) engellerle ilgilenmez. Neo-formalizme göre, formalist hukuk toplumsal gerçeklikten kopuktur; neo-formalizm ise hukukun kapısını farklı çıkar ve tercihlere açarak hukukun sürekli yenilenmesine imkan tanımaktadır. Hukuk farklı çıkarları, farklı düşünceleri katılımıyla sürekli yenilenmeli ve değişmelidir. Böyle bir hukuk anlayışının durumsal, yani sadece o an ile ilgili bir hukuk yaratacağı açıktır (Kars Kaynar A. , 2017, s. 41-44).

Kennedy'nin üçüncü küreselleşmenin ABD'li kökenlerine ilişkin tespiti özellikle önemlidir. 1945 sonrasında ve esas olarak 1980'li yıllardan itibaren Anglo-Amerikan hukuksal biçimlerinin tüm dünyaya yayılışı ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemini etkisi altına alışı, Anayasa Mahkemeleri'nin yaygınlaşması, uluslararası örgütlerin ve uluslararası hukuk firmalarıyla kar amacı gütmeyen kuruluşların oluşturduğu uluslararası sivil toplum paradigmayı önemli ölçüde değiştirmiştir. Neo-formalizmin anayasal hakların kullanılması önündeki devlet kaynaklı engellerin temizlenmesine yönelik atağı, uzlaşmanın toplumsal, özellikle sınıfsal engellerini değil, yasal engellerini temizlemekle eş anlamlıdır. Bu anlayış aynı zamanda birey-devlet ikilemine ve karşıtlığına dayalı liberal hukuk düşüncesinin de bir tekrarıdır. Geliştirilen usuli normların, ancak usuli normları düzenlemesi, bu usuli normların uygulaması sonucu oluşan içerikle ilgilenmemesi uzlaşının hukuksal temelini basit bir süreç yönetimine indirgemektedir. Bu anlayış, süreç yönetiminin başarısını, sürecin sonucunun kalıcılığından öne koymakta ve saf ekonomik çıkarlarla piyasa şiddetini uzlaşının içeriğini belirlemeye açık hale getirmektedir. Bu anlamda neo-formalizm, tıpkı formalizmde olduğu gibi hukukun muhataplarını mensup oldukları sınıftan bağımsız, eşit haklarla uzlaşma çabası içine giren bireyler olarak görür ve uzlaşının hak temelinde olup olmaması önemini yitirir; zira ikinci küreselleşmenin 'sosyal' kavramıyla özdeşlenen hak kavramlaştırması da önemsizdir. Artık hukukun 'kişi'si 'hak sahibi' olarak, sadece uzlaşma metodunun normatif düzenlemelere uygun ilerlemesini talep etmek hakkına sahiptir, doğru metotlarla yapıldığı müddetçe başarılı sayılan uzlaşının tarafı olarak görülür.

Hukukun küreselleşmesini usuli normların küreselleşmesi olarak algılamak gerekir. Başpınar, hukukun yeknesaklaştırılmasının şekli(formel) metinlerden öteye geçmediğini ve yaşayan hukuk sistemlerinin tamamen uyumlulaştırılmasının mümkün olmadığını ifade ederken şüphesiz haklıdır (2016, s. 442). Ancak böyle bir uyumlulaştırmaya zaten ihtiyaç yoktur. Uyuşmazlıkların çözülmesi için gerekli usuli yolların yeknesaklaştırılması ve uzlaşının içeriğinin sınıf savaşımına terk edilmesi hukukun uluslararasılaşması için yeterlidir. Uzlaşının usuli metodlarını normlara uygun olarak icra edilmesini talep hakkına sahip ve bu anlamda eşit hukuk kişileri, birbiriyle neo-formalizmin savlarına uygun, 'başarılı' uzlaşılara ulaşabilirler. Eşit haklara sahip kişiler arasında son sözü kuvvet söyleyecektir (Marx, 2014, s. 232).

Kennedy'nin görüşleri her ne kadar aşırı soyut, sınıfsal bir kavrayıştan uzak, çoğunlukla siyasal tarih ve kısmen iktisadi ölçütlerine göre dönemleştirme yapmış olsa da, Küreselleşmelerin hegemon devletin etkisi altında yaşanmasına dair çıkarımı önemlidir. Bu çıkarım, -devletin uluslararasılaşmasıyla birlikte- küreselleşmenin doğru kavranması için irdelenmelidir.

Neoliberal dönemde, toplumun hukuki örgütlenmesinin özünü, sınıf savaşımına hizmet eden katı biçimcilik oluşturmaktadır. Neo-formalizmin, bu anlamda, sadece 'kamu hukuku' ekseninde değil, aynı zamanda 'özel hukuk' için de ele alınması gerektiği açıkça görülmektedir. Kennedy de makalesinde bu noktaya kısmen değinmektedir. Ancak okumasını metalaştırma, emperyalizm ve devletin uluslararasılaşması üzerinden değil, salt ABD hegemonyası temelinde yapması çalışmasının dönemleştirmesini zayıflatmaktadır.

Hegemon devlet, baskın veya mütehakim devlet değil, daha ziyade küresel düzeyde mevcut üretim ve tüketim normlarını belirleyen veya belirlenmesinde diğer devletlere göre daha etkin olan, uygun devlet biçiminin(kurum, örgüt, uluslararası iş bölümüne katılım pratikleri, şiddet usulleri ve sair pratiğin) sınırlarını hatırlatan egemenlik kullanan devletin etkin bir bölümünün desteklediği, sermayenin küresel ölçekli yeniden üretiminde önemli roller üstlenen bir siyasal düzendir (Özdemir & Saygılı, 2019, s. 82). Bu hegemon devlet, kendisini destekleyen ve sermayenin küresel çevrimine katılmak isteyen ülkeler için bir model oluşturur. Bu model, sadece sermayenin temerküzü ve tekemmülü, çalışma biçimleri gibi ekonomik alanda değil, şiddet ve egemenlik pratikleri, siyasal sistem ve devletin kurumsal yapısı, hukuki araçlar, kurumlar ve usuller gibi hukuki-siyasi alanda ve kültür, yaşam tarzı, tüketim alışkanlıkları gibi toplumun yeniden üretimine ilişkin sahalarda da kendisini destekleyen veya kapitalizmin küresel pazarına dahil olmak isteyen devletlere örnek oluşturur. Bu örneği oluşturan hegemon devlet, diğer devletler ve bu devletlerde yaşayan kişilere göre merkez kapitalist ülke olma özelliğini taşımaktadır. Hegemon devletin toplumu, siyasal yapısı, kültürü, tüketim alışkanlıkları, işgücüne katılım biçimleri, sermayenin organik yapısı ve özellikle işbölümü en üst düzeydedir.

Kennedy üçüncü küreselleşme dönemi olarak kavramlaştırdığı 1945 ve sonrası dönemi ABD merkezli olarak ele almasını, ABD'nin sadece siyasi gücü ve ekonomik nüfuzuyla değil, siyasal, ekonomik, hukuksal alanlarda olduğu kadar, kültürel anlamda da bir model

oluşturmasıyla açıklamaktadır. Bu dönemde, uyuşmazlık çözümü alanında üretilen arabuluculuk ve iç tahkim biçimleri ABD kökenlidir ve tüm kapitalist dünyaya ABD’den kaynaklanarak yayılmıştır. Bu model, ancak diğer devlet biçimlerinin dönüşümü ve küresel ve yerel sermayenin taleplerinin siyasal iktidara tahviline imkân sağlayacak şekilde devlet biçiminin dönüşümüyle mümkün hale gelmiştir.

Kennedy, hukukun küreselleşmesini üç dönem halinde ele almaktadır. Ona göre bunlar Klasik Hukuk Düşüncesinin küreselleştiği birinci küreselleşme; ‘sosyal’ın küreselleştiği ikinci küreselleşme ve kapsayıcı bir kavramın olmadığı üçüncü küreselleşme. Kennedy’nin hukuk tarihi okuması –kendisi bundan söz etmese de- liberalizmin üç döneminin hukuk dünyasındaki etkilerinin incelenmesi şeklinde de anlaşılabilir: Klasik liberalizm birinci küreselleşme, sosyal liberalizm ikinci küreselleşme ve neoliberalizm üçüncü küreselleşme. Böyle bir okuma, Kennedy’nin tarihsel dönemleştirmesiyle birebir uymasa da, tarihsel dönemlere atfettiği siyasal gelişmeler bakımından uygun görünmektedir. Bu tarz bir okuma Kennedy’nin kavrayışına yabancıdır, zira Kennedy siyasal-hukuk temelli bir okuma yaparak hegemon devletin değişimi üzerinden bir analiz yapmaktadır. Bu okuma kendi başına doğru bir okuma değildir; zira hegemon güç salt siyasal olaylar neticesinde değişmemektedir. Bu bakımdan, ikinci önerme doğru olsa da, hegemon devletin yanlış kavrayışı birinci önermenin(yani dönemleştirmenin) hatalı belirlenmesine yol açmaktadır. Kennedy, üçüncü küreselleşmeye ilişkin düşüncelerini neoliberalizmi temel referans veya dönemin ekonomik ve siyasal koşulları görerek ele almamakta, ABD hegemonyasıyla bağlantılı bir dönemleştirme olarak, 1945-2000 tarihleri çerçevesinde tartışmasını oluşturmaktadır. Sorunun sermaye dolaşımlarının serbest bırakıldığı ve emeğin sosyal politikadan dışlandığı neoliberal dönemde hukukun küreselleşmesi biçiminde konulması, tarihsel dönemleştirmeyi değiştirecek, ekonomik ve siyasal koşullarla uyumlu hale getirecektir. Bu noktada, hukukun üçüncü küreselleşmesinin devletin uluslararasılaşması temelinde yeniden ele alınmasında fayda vardır. Zira, Kennedy’nin hukukun küreselleşmesi kavramı, devlet biçiminin dönüşümünü inceleme dışı bırakarak yapılmış bir dönem okumasına dayanmaktadır.

Bu bölümde, neoliberal dönemde hukukun serüveni kısaca ele alınmıştır. Özellikle neoformalizmin getirdiği yeni anlayış çalışma için önemlidir. Çalışmanın üçüncü bölümünde analizler yapılırken bu kısımda incelenen hususlar, çeşitli olgulara tatbik edilecektir.

1.4. NEOLİBERAL DÖNEMDE EMEK PİYASASI VE EMEK SÜRECİ

Bu bölümde neoliberalizmin emekçilerin durumu ve çalışmanın örgütlenmesi üzerindeki etkileri ele alınacaktır. Emek sürecinde yaşanan dönüşüm ve emekçilerin durumu birbiriyle bağlantılıdır; zira gerek işyerindeki, gerekse toplumdaki işbölümünde emekçilerin konumunun değişmesi ve emeğe biçilen yerin farklılaşması, emekçilerin toplumsal durumunu da değiştirmektedir. Bu bölümün yazılma amacı, işçi-işveren uyumsuzluklarında yaygın olarak uygulanan arabuluculuğa konu edilen işçi haklarındaki ve bununla yakından bağlantılı olarak emek sürecindeki dönemsel değişikliklerin incelenmesidir.

Fordizmde emek ve sermaye arasında geçici bir uzlaşma zemini oluşturulmuştu. Neoliberalizmin emeğe bakışı bundan son derece uzaktır. Bu durumu açıklayabilmek için üç kavramın incelenmesinde yarar vardır: Metalaşma, güvencesizleştirme ve örgütsüzleşme. Bu üç kavram, hem çalışmanın örgütlenmesiyle, yani emek süreciyle, hem de buna paralel olarak emekçilerin durumuyla yakından ilgilidir. Bu sebeple, öncelikli olarak emek süreci ele alınacak, ardından bu üç kavram incelenecektir.

1.4.1. Fordist ve Fordizm Sonrası Emek Süreci

Keynesçilik, bir tam istihdam hedefine sahipti. Bu istihdam anlayışının getirdiği çalışma biçimini standart istihdam ilişkileri oluşturmaktaydı. Standart istihdam ilişkileri esas olarak, emek süreci ve tüketim normları çerçevesinde kuruldu ve geliştirildi. Çalışanların tam zamanlı bir çalışma sistemi içerisinde çalıştırılması, gündelik işlerde veya belirsiz saatlerde çalıştırılmak yerine, bir çalışma düzeni içerisinde çalıştırılmaları esasına dayalı bir çalışma düzeni oluşturuldu. İlk kez işçilerin çalışmadıkları dönemlerde hayatlarını sürdürebilmeleri için işsizlik maaşı ödenmeye başlandı. Bu dönemde keyfi ve sürpriz şekilde işten çıkarmalara karşı işçileri koruyan düzenlemeler yapıldı (Masko, 2010, s. 4). Kolektif ve bireysel iş hukukunun ve sosyal politikaların geliştiği bu dönemin üretim anlayışı, Fordist düzenleme tarzı olarak isimlendirilmektedir. Fordizmin anlaşılabilmesi için emek sürecinin gelişimini incelemekte yarar vardır.

Emek süreci, kullanım değerlerinin üretilmesi için doğanın ürünlerine insan ihtiyaçlarını karşılamak üzere el konmasına yönelik üretim sürecidir. Kapitalist, işin yöntemine uygun

yapılmasını, üretim araçlarının gerektiği şekilde kullanılmasını, dolayısıyla ham madde israfının önlenmesini ve emek araçlarının, işin yarattığı zorunlu aşınmadan fazlasının yaşanmamasını takip eder. Emek sürecinde işçi, kapitalistin denetimi ve kontrolü altındadır. Sürecin sonunda üretilen ürün işçiye değil kapitaliste aittir (Marx, 2014, s. 187-188).

Kapitalizmin tarihi boyunca farklı emek süreçleri oluşmuştur. 18. yüzyılın sonuna doğru modern makinelerin üretim sürecine dahil edilmesiyle kapitalist fabrika ortaya çıkmıştır. Bu gelişme, kapitalistin emek süreci üzerindeki denetimini görülmemiş derecede artırmıştır. İşçilerin daha önce bütünsel bir zanaatkar emeği olarak gerçekleşen üretim süreçleri bu vasıflarından kopararak, emek sürecinin daha az vasıflı ya da vasıfsız işçiler tarafından yapılabilecek, işçiye makinenin uzantısı haline getiren üretim süreçlerine dönüştürülmüştür. Bu aşamada fabrika içi toplumsal ilişkiler, piyasanın anarşik yapısına, piyasa despotizmine tabidir. Kapitalist istediği işçiye, istediği sürelerle çalıştırabilmekte veya işten çıkarabilmektedir. Emeğin sermayenin mutlak egemenliği altındadır ve devlet fabrika içindeki yapıya, asgari ücret veya iş güvencesi gibi politikalarla müdahale etmemektedir. Bu dönemde emek süreci, emek gücünün tekil işçi tarafından piyasaya, işsizlerin(yedek işçi ordusu) rekabeti altında sunulduğu bir arka planda gerçekleşmektedir. Fabrikadaki boyun eğme pratikleri, iktisadi despotizmin baskısı altında sağlanmıştır. Piyasa ekonomisi tüm ‘bırakınız yapınlar’ düzenlenmemişliği altında, piyasa despotizmiyle emek sürecini kontrol ve denetim altında tutarken, sisteme karşı başkaldırı makine kırıcılığı, Owenizm ve Chartizm olarak ortaya çıkmıştır. 1840’lardan itibaren geliştirilen fabrika yasaları ve işçilere yönelik eğitim politikalarıyla devlet, emek gücünün yeniden üretimine müdahale etmeye başlamıştır (Yücesan Özdemir & Özdemir, 2008, s. 53-54).

19. yüzyılın sonuna doğru, piyasaların gelişmesi, uluslararası rekabetin yükselmesi ve daha büyük boyutlarda üretime ihtiyaç duyulması, modern fabrikada emek sürecinin ve üretimin örgütlenmesinin ve yönetilmesinin sorunlarla karşılaşmasına yol açmıştır. Bu sorunların çözülmesine yönelik ihtiyaç, Frederick Taylor ve bilimsel yönetim anlayışının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Taylorizm, üretim sürecinde tüm bilgi ve denetimin yönetim elinde toplanmasını ve işçinin sadece kol emeğini kullanmakla yetinmesini; böylece kafa ve kol emeğinin birbirinden ayrılmasını önermektedir. Taylor’un düşüncelerine uygun teknik örgütlenmenin Henry Ford tarafından ilk olarak Detroit

fabrikasında uygulanması Taylorist prensiplerin gelişmesini değil, ileride yeni bir sermaye birikim sürecine yol açacak üretim örgütlenmesinin koşullarının hazırlanmasına da yol açmıştır, 1900'lerin başında Tayloris/Fordist emek süreci, fabrika içerisindeki toplumsal ilişkilerde sermayenin emek üzerindeki baskıcı ve despotik egemenliğini temsil ediyordu. Ancak Taylorist/Fordist düzenleme, işçi örgütlerinin ve sendikaların ciddi muhalefetiyle karşılaşmıştır. Dolayısıyla bir taraftan emek sürecinde sermayenin tam hâkimiyetini kurması söz konusu olurken, diğer taraftan bu çalışmanın örgütlenmesi biçimine muhalefet üzerinden işçi örgütlenmesinin de gelişmesine yol açmıştı (Yücesan Özdemir & Özdemir, 2008, s. 55-56; Ansal, 1996, s. 11).

1930'larda Fordist emek sürecinin ulaştığı yüksek üretkenliğin yol açtığı aşırı üretim krizi sonrasında yeni bir düzenleme tarzının gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu dönemde Fordizm kendisini yeniden üretebilmek için toplumsal ilişkileri, toplumsal işleyiş süreçlerini ve kurumsal yapıları yeniden biçimlendirmek durumundaydı. Bu zorunluluk çerçevesinde, 1930'lu yıllarda geliştirilen ancak esasında İkinci Dünya Savaşı'nın sona erdiği 1945 sonrasında uygulamaya konan Keynesyen iktisat anlayışı ve bu anlayışa uygun olarak nitelik değiştiren devlet, düzenleyici mekanizmalar olarak belirdi. Bu dönemin sosyal refah devletiyle sisteme yönelik rızanın ön planda olduğu, ancak baskının dışlanmadığı bir düzenleme oluşturuldu. Rızanın kaynağını, işçiye tanınan sosyal ve siyasal haklar teşkil etmekteydi (Yücesan Özdemir & Özdemir, 2008, s. 56-57).

Fordizm, kitlesel üretim esasına dayanan bir üretim anlayışıydı. Bu anlayışın temeli, üretimin bir üretim bandı üzerinde, mümkün olan en küçük ayrıntısına kadar ayrılarak standartlaştırılmasına dayanmaktaydı. Amaç, üretimdeki tüm süreçleri fabrika içerisinde gerçekleştirmek, standardizasyon çerçevesinde üretim maliyetini düşürerek verimliliği yükseltmek ve nisbi artı-değeri artırmaktı¹¹. Üretim parçalarının giderek standartlaştırılması verimliliği artırmış, bu durum üretimde daha fazla vasıfsız işçinin istihdamına olanak sağlamıştır. Bu kadar büyük çapta üretim, son derece bürokratik, merkezi ve hiyerarşik bir işyeri yönetimi anlayışını da beraberinde getirmiştir. Bu anlayış sadece üretimi değil, tüketimi de biçimlendirmekte, kitlesel üretimi, kitlesel tüketimle

¹¹ Marx, artı-değerin oluşturulmasını mutlak ve nisbi artı değer olarak ikiye ayırarak ele almaktaydı. Mutlak artı-değer, çalışma sürelerinin yükseltilmesi neticesinde gerçekleşen bir artı-değer artışı anlamına gelmekteyken, nisbi artı-değer çalışma süresi içerisinde verimliliği yükselterek üretilen birim başına emek-değerini azaltmak esasına dayanmaktaydı. Bu konuya 'Metalaşma' başlığı altında ayrıca incelenecektir.

eklelemektedir. Fordizm, 1945'ten sonra yirmi yıl kadar tüketim malları kesimindeki verimlilik artışı ile kitlesel satın alma gücü arasındaki dengeyi sağlayabilmişti. Bu dönemde özellikle işçilerin örgütlü mücadelesi bastırılmak yerine kurumsallaştırılmış, sendikal mücadele bir toplu pazarlık biçimini almıştır. Ücret artışları bu toplu pazarlık süreçleri ve toplu sözleşmelerle düzenlenmiştir (Ansal, 1996, s. 11-13).

1960'ların sonlarına doğru Fordizm, bir taraftan emek sürecindeki despotizme karşı yükselen toplumsal muhalefet ve diğer taraftan verimlilik artışıyla üretim artışının arasındaki bağlantının bozulmasıyla krize girdi. Neticede Fordist emek süreci terk edilirken, Fordist birikim rejiminin refah ve güvenlik devleti de terk edildi (Yücesan Özdemir & Özdemir, 2008, s. 58; Ansal, 1996, s. 12). Fordizm sonrası dönemde üretim anlayışı olarak ortaya çıkan 'esnek üretim', 'yalın üretim' veya 'toptan kalite yönetimi' kavramları, yeni bir emek süreci örgütlenmesi öngörmektedir. Esnek üretim anlayışının ilk olarak 1970'lerde güçlü bir işçi sınıfı mücadelesinin olduğu İtalya'da ortaya çıktı. İtalyan sermayesi, Fordist düzenlemede üretim yapan üretim sahalarını taşeronlaşma yoluyla parçalayarak işçi sınıfı mücadelesini bastırma yoluna gitmiş, fason üretim yoluyla üretim maliyetlerini düşürürken örgütlü emekle direkt çatışmaya girmekten de kurtulmuştur (Ansal, 1996, s. 13). Yalın üretim anlayışıysa Japon üretim tekniklerine dayanmaktaydı. Bu anlayışın temeli, üretimde kullanılan teknolojinin ve iş örgütlenmesinin son derece esnekleştirilmesi, üreticinin beşeri ve maddi kaynaklarını en üst düzeyde kullanması, kitle üretiminin iş ve çalışma şartlarının insanileştirilmesi ve karşılıklı işbirliği ve güven esasına dayanması olarak iş ilişkilerinin vazedilmesiydi (Parlak, 1999, s. 89). Fordizm, esasında, küçük ölçekli üretimin yaygın olarak gerçekleştiği Japon üretim kesimine uymamış, bunun yerine bu ülkenin üretim kesimine uygun olan 'Yalın üretim' anlayışı gelişmiştir. Bu anlayışa göre ürünün kalite kontrolünü ayrı bir birim değil bizzat üretim bandında çalışan işçi yapacak (toplam kalite kontrolü anlayışı), üretim sorunlarının çözümü, verimliliğin artırılması gibi konularda o işyerinde çalışan işçiler bizzat katılarak inceleme ve araştırmalarda bulunacak ve bu tarz sorunlar ve konular böylece çözümlenecek (kalite kontrol çemberleri), bütün hammadde, ara girdi ve yarı mamulleri üretim sürecine tam ihtiyaç olduğunda dâhil olacak ve böylece stoklamaya ihtiyaç kalmayacak (tam zamanında üretim) ve yan sanayiler en az maliyetle ve tam ihtiyaca uygun nitelik ve miktarda ürün üreterek ana sanayiyle kurdukları sıkı bağlar çerçevesinde, ana sanayiye destek sağlayacaklardır (Ansal, 1996, s. 16).

Post-fordist düzenleme, çalışma ilişkilerinde standart dışı biçimlerin geliştirilerek yaygınlaştığı bir dönem olmuştur. Aynı şekilde, emeğin toplumsal koşullarında da çeşitli değişiklikler yaşanmıştır. Bu bakımdan, emek gücünün satımı ve kullanımı koşullarındaki değişimlerle(işte ve işyerindeki değişim) ve toplumsal değişim(iş ilişkisinin bireyselleşmesi ve emeğin sosyal politikadan dışlanması) birbiriyle bağlantılıdır.

Neoliberal dönemde, Fordist düzenlemenin emek sürecini önemli ölçüde değiştirmiştir. İşin parçalara bölünmesi ve işyerinin mekânsal olarak bölünmesi, üretimin dünya çapında parçalanmasına yol açmıştır. Sermaye hareketlerinin serbestleşmesi, nakliye ve iletişim olanaklarının artması, üretimin parçalanmasının maddi altyapısını oluşturmuştur. Aynı yönde, sermayenin dünya çapında finansallaşması, bu bölünmeyi kolaylaştırmıştır. İşyerinin ve işin parçalanması, çalışmanın da sabit, düzenli, güvenceli biçiminin zayıflamasına yol açmıştır. Çalışmanın biçimsel olarak sınırlı ve belirli mekânda gerçekleşen, saat ve konu bakımından önceden belirlenmiş yapısı pek çok sektörde kırılmıştır. Çalışma biçiminin değişmesi, emek piyasasından talep edilen işçinin niteliklerini de değiştirmiştir. Bu yeni biçime uygun işçi, mekânsal olarak bölünmüş işyeri içerisinde bireysel olarak iş yapan, sendikal faaliyetlerden ve korumalardan yararlanmayan, çalışma saati ve konusuyla ilgili esnek bir yaklaşım gösterebilen ve sürekli kendisini yenileyebilen -veya yenilemesi beklenen- bir kişidir.

Kişi, emeğini sattığı anda değil, satmaya hazır olduğu anda ‘emekçi’ olmaktadır. Bu bakımdan, emeğin toplumsal koşulları salt işyerinde değil, işyeri dışında da kendisini göstermektedir. Zira işçi sadece işyerinde işçi değildir; sınıfsal bakımdan yaşamının her anında bu toplumsallık içerisinde yaşamaktadır. Refah devleti döneminde, sendikal faaliyetler çerçevesinde kolektif hak ve iş ilişkisi üzerinden çalışma ve yaşam koşulları oluşan işçi sınıfı yerini, neoliberal dönemde bireysel olarak sermayeyle iş ilişkisi kuran, sınıfsal olarak değil, bireysel olarak hak mücadelesi yürütebilen bir emek kesimine bırakmıştır. Emek örgütlenmesi dağıldığı veya işlevsizleştiği ölçüde, ücretin kolektif belirlenmesi gibi işçilerin emek güçlerini satmaları bağlamında her an ilgilendiren konularda olduğu gibi, emeğin yaşam koşullarının yeniden üretimine ilişkin konularda da önceki kazanımların kaybı gerçekleşmiştir. Özellikle, işçi sınıfının yaşam koşullarının yeniden üretimi bağlamında sağlık, eğitim gibi kamu hizmetlerinin piyasa ilişkilerine açılması, sendikal örgütlenmenin fiilen ortadan kalkması, kolektif hakların tasfiye

edilmesi, iş güvencesi ve işsizlik sigortası gibi hak kazanımlarının kaybı veya uygulanma koşullarını ortadan kaldıracak ölçüde sınırlandırılması emeğin güncel toplumsal koşullarını oluşturmaktadır.

1.4.2. Metalaşma

Kapitalizmde zenginlik devasa bir ‘meta yığını’ olarak görünür. Meta, bir tarafıyla ihtiyaçları gidermeye yarayan bir nesne, diğer tarafıyla bir değişim aracıdır. Metanın birinci yönü onun kullanım değeri, ikinci yönü ise değişim değeridir. Kullanım değeri, metanın cevap verdiği ihtiyaçtır. Metanın değişim değeri ise başka metalarla pazarda karşılaşmasıyla ortaya çıkan mübadele değeridir. Pazarda karşılaşan metalar birbirlerine göre bir mübadele değerine; nihayetinde bir genel mübadele değeri olarak para biçiminde bir değerle ifade edilir. Meta üretimi bir iş çevrimi içerisinde gerçekleşir. Bunun klasik formu Para-Meta-Metal-Para1 biçimindedir. Para formu şeklinde iş çevrimine giren sermaye, öncelikle sabit ve değişken sermaye formlarına dönüştürülür. Sabit sermayeden kasıt iş çevrimine girdiği gibi, yeni(artan) bir değere dönüşmeden çıkan formlardır. Bunlara kullanılan malzemeler, makineler(amortisman), üretim tesisi kirası veya değeri örnek gösterilebilir. Örneğin 2 birim olarak iş çevrimine giren tüm sabit sermaye, iş çevriminde üretilen Metal’de yine 2 birim olarak bulunur. Değişken sermayeyse emek-gücüdür. Emek-değer, bir kişinin emeğinin kullanılması karşılığında ödenen değerdir. Emek bir meta değildir; emek-değerse fiktif bir metadır. Doğada insanlar meta sahipleri ile meta sahibi olmayıp sadece emek sahipleri olarak var olmazlar. Çalışma alım-satımına konu olamayacak bir faaliyettir; ancak kapitalizmin genişletilmiş üretim şemasına, yani iş çevrimine bir meta-form olarak görünür. Emek-gücü, değer üretimi sürecinde(M-M1) hem karşılığı ücret olarak ödenen kendi değerini yaratır, hem de karşılığı ödenmeyen ve sermaye sahibine kalan artı-değeri üretir. İş çevrimi sonucunda, sermayenin değerini yükselten kısım bu karşılığı ödenmemiş artı-değerdir (Marx, 2014). Kapitalizmde üretimin temel amacı artı-değer üretimi ve sermaye birikimidir (Althusser, 2005, s. 63). Kapitalizmi kendisinden önceki üretim tarzlarından belirgin olarak ayıran, tüm ürünlerin meta olarak üretilmesinin yanında üretimin amacının artı-değer üretimi ve sermaye birikimi olmasıdır (Marx, 2015, s. 860-861).

Sermaye, bir değer toplamı olarak değil, bir sosyal ilişki olarak kavranmalıdır. Kapitalizmi biçimlendiren nedensel ilişkiler, girişimciler toplamını sosyal sermaye haline getirir; yani üreticiler ancak böyle bir yapı içerisinde kapitalist haline gelir. Sermaye ancak bu yapı içerisinde somut tarihsel bir ilişki olarak sömürü ve tahakküm üretir. Bireysel kapitalist bu yapı içerisinde ‘girişimci’ değil, sermaye ilişkisinin taşıyıcısı haline gelir. Sosyal sermaye ilişkisinin eksikliği stratejik hammadde satıcısı toplumsal formasyonlardaki büyük girişimlerin, bu ülkelerin kapitalistleşmesinin göstergesi olarak okunmasını imkansız kılar (Özdemir A. M., Kolektif Emperyalizm, 2014, s. 33).

Sermayenin genişlemesi üç yolla gerçekleşir:

- a. Gelecekte üretilecek artı-değerle(üretken sermaye formu)
- b. Geçmişte üretilmiş artı-değerle(küresel düzeyde özelleştirmeler neticesinde elde edilen birikim)
- c. Metalaşma(daha önce alım-satıma konu olmamış varlıkların piyasalaştırılması) (Özdemir A. M., Kolektif Emperyalizm, 2014, s. 39)

Metalaşma, insan yaşamının piyasa ilişkilerinin gerekliliklerine göre biçimlenmesi ve günlük hayatın önceden alım-satıma konu olmayan kısımlarının giderek artan biçimde alım satıma konu hale gelmesini ifade eden bir kavramdır. Kişiler bu süreçte tercihlerini artan biçimde piyasa ilişkilerine uygun hale getirmeye çalışmakta, kararlarını bu ilişkiler karşısında en avantajlı konumda olacakları şekilde vermek durumunda kalmaktadır (Yücesan Özdemir & Özdemir, 2008, s. 201). Neoliberal süreçte metalaşma, piyasa ilişkilerinden azade bir alan kalmayacak derecede, hemen her ilişkiye nüfuz etme halindedir. Emek piyasalarının kamu müdahalesi dışına çıkarılması ve Refah Devleti döneminde kamunun sorumluluğuna bırakılan eğitim, sağlık, emeklilik(sosyal güvenlik) gibi hizmetlerin piyasa ilişkilerine açılması ve özel sektöre devri bu sürecin önemli uğraklarıdır (Bağımsız Sosyal Bilimciler, 2015, s. 76-77).

Metalaşma öznesiz, çoğu kez hukuki biçimler alan bir düzenleme alanıdır. Bu bakımdan metalaşmanın yaşandığı toplumun kamusal varlıkları piyasalaşıp özel mülkiyete konu edilebilir hale getirilirken, kendisini yürüten devlet mekanizmalarına ait çeşitli aygıtların dönüşünü de beraberinde getirir. Bu kamusal varlıkların arasında Keynesyen politikalarla oluşturulan kamu malı niteliğindeki üretici araçların yanı sıra, daha evvel kamunun malı sayılan ve alım-satıma konu edilmeyen ormanlar, madenler, tatlı su kaynakları, balıkçılık alanları gibi doğal alanlarla sağlık, eğitim, ulaşım gibi hizmetler de bulunmaktadır. Tüm

bu sürecin idamesi için sermayenin dolaşımının serbestleşmesine, maliyetin düşürülmesine ve mülkiyet haklarının oluşturulup korunmasına imkan tanıyacak hukuksal araçlar ve kurumlar, mevcut hukuki kavramların dönüşümü veya bu kavramların oluşturulması yoluyla yapısal bir dönüşümü zorunlu kılar (Özdemir A. M., 2014, s. 118-121).

Metalaşma süreci, emekçileri özellikle iki noktada etkilemektedir. İlk olarak, metalaşmanın doğrudan hedefi piyasa ilişkilerine kapalı hiçbir alan kalmayınca kadar insan ilişkilerini dönüştürmektir. Bu durum emek gücünü satarak hayatını sürdüren emekçilerin, emeklerini alelade bir meta gibi satmalarının vaz edilmesi, emek gücünün satış koşullarının bir metanın satış koşulları gibi sözleşme hürriyeti çerçevesinde değerlendirmeye alınmasıdır. Oysa neoliberalizm emeğin diğer metarlardan hiçbir farkı olmadığı ön kabulüyle onun satımı için konulabilecek tüm sınırların ve korumaların kaldırmayı amaçlamaktadır. İkinci olarak, metalaşma bir sorun olarak, emeğin yeniden üretim koşullarıyla ilgili ortaya çıkmaktadır. Eğitim, sağlık, emeklilik gibi hizmetler, emekçilerin yaşam kalitesiyle yakından ilgilidir. Bu hizmetlerin piyasa ilişkilerine açılması, emekçilerin bu hizmetlere ulaşma imkânlarını çok sınırlı bir hale getirmekte veya tamamen ortadan kaldırmakta, neticede emekçilerin yaşamlarını sürdürmesi giderek zorlaşmakta ve yaşam şartları kötüleşmektedir (Bağımsız Sosyal Bilimciler, 2015, s. 77).

Metalaşma, bir süreç olarak ilgili toplumun kolektif varlıklarının özel mülkiyet ilişkilerine açılmasıyla kalmaz, metalaştırmayı yürüten farklı devletlerdeki çeşitli aygıtların yapısında bir dönüşümü de gerektirir. Devlet bir ilişkiler alanı olarak düzenleyici olduğu kadar düzenlenen de bir alandır; bu ilişkiler alanında yerel ve uluslararası sınıf çıkarlarını ifade eden çok sayıda talep temsil edilir. Metalaştırma sürecinde, hegemon devlette siyasi temsilini bulan menfaatle uyumlu yerel ve uluslararası sınıfsal çıkarlar, (az) gelişmekte olan devletlerin hukuk süreçlerini ve iktidar yapılarının da dönüşümünü hedeflemektedir. Aynı süreçle bağlantılı olarak, gelişmekte olan ülkelerde, merkez kapitalist ülkelerin hedefleriyle uyumlu talepler üreten yerel gruplar, diğer rakipleri karşısında merkez kapitalist ülkelerin desteğini de kazanırlar (Özdemir A. M., 2014, s. 118-119). Bu bakımdan, metalaştırma ekonomik olduğu kadar siyasal bir dönüşüm sürecini de içerir. Bu süreçte, finansal serbestleşmenin gerçekleştirilmesi, ormanlar, tatlı su kaynakları, madenler, barajlar, hazine arazileri gibi kamusal mülkiyete ait ve eğitim, sağlık, ulaşım gibi alanlardaki kamu hizmetlerine dahil alanların özel

mülkiyete açılması veya özel girişimlerin değerlendirmesine uygun hale getirilmesi, kamu iktisadi teşebbüsleri gibi üretici güçler üzerindeki kolektif tasarruf haklarının özel mülkiyete devri, küresel fikri mülkiyet hukuku, yerel ve uluslararası tahkim mevzuatı, GATT, AB ve DTÖ gibi kuruluşların ve uluslararası sözleşmelerin getirdiği mal ve hizmetlerin serbest dolaşımını sağlayan iktisat ve gümrük politikalarının üretilmesi ile bununla ilgili yasal mevzuatın kabulü ve kurumların oluşturulması, para sermayenin dolaşımının kolaylaştırılması, mahkeme sisteminin şeffaf ve Batılı sivil toplum kuruluşlarınca önerilen standartlara uygun hale getirilmesi, kamuda iş akdine benzer istihdam ilişkilerinin hakim hale getirilmesi, toprak mülkiyetinin, özel hukukun Batılı sistemlere uygun hale getirilmesi ve bunun anayasallaştırılması, yurttaşlık sistemlerinin ve göz mevzuatının küresel ihtiyaçlara göre düzenlenmesi gibi pek çok düzenleme ve kurumsallaştırmayla metalaştırma ortaya çıkmaktadır (Özdemir A. M., 2014, s. 119-121).

Bu noktada ‘özelleştirme’ siyasetinin ve ekonomik neticelerinin incelenmesinde fayda vardır. Zira özelleştirme dar anlamıyla dahi düşünüldüğünde kamunun mülkiyetindeki araçların, devletin ekonomiden tasfiye edilmesi amacıyla özel kişilere devri, sermayenin maddi varlığını artıracak sonuçlar yaratmaktadır. Geniş anlamda özelleştirme, salt bir mülkiyet devrinden çok daha fazlasını, piyasa ekonomisinin gerçekleştirilebilmesi için serbest piyasanın önündeki tüm kamusal, iktisadi ve hukuki engellerin kaldırılmasıdır (Karabıyık, 2010). Özelleştirme deregülasyonun da önemli bir parçasıdır; zira devletler planlı ekonomiyi gerçekleştirebilecek ekonomik araçlardan yoksun hale gelmektedir. Özelleştirme aynı zamanda kamu mülkiyetindeki sermaye araçlarının özel mülkiyete devrini sağlayan önemli bir mülksüzleştirme yöntemidir.

1.4.3. Güvencesizleştirme

İş güvencesizliği, çalışanın iş ilişkisinin sürekli risk altında olmasını ve geleceğinin belirsizliğini ifade etmektedir (Bağımsız Sosyal Bilimciler, 2015, s. 73). ‘Katılık’ olarak anlaşılan iş ilişkisinin biçiminin, hukuki statüsünün, çalışma saatlerinin ve tüm çalışma koşullarının belirgin olması, işçinin mevcut iş ilişkisinin geleceği konusunda kaygı duymayacak şekilde işverenin kolayca işçi çıkarmaması, yani iş güvencesi hükümleri ve işçinin kolektif hakları bu süreçte ağır saldırı altına alınmıştır. Fordist dönemin tersine, neoliberal dönemin gereklerine uygun olarak imalat sektörünün öneminin azaldığı,

hizmet sektörünün önem ve ağırlığının arttığı, esnek ve yarı-zamanlı çalıştırmanın yaygınlaştığı, sendikasızlaşmanın, taşeronlaşmanın ve sosyal güvencesizleşmenin giderek arttığı yeni bir çalışma biçimi hakim hale gelmiştir (Yaşar & Yenimahalleli Yaşar, 2012, s. 74).

İstihdam biçimlerinin güvencesizleşmesi, bu sürecin hukuki boyutunu oluşturmaktadır. Refah devletinin işçi haklarını Fordist düzenlemenin büyük ölçekli, rutin, seri üretime dayalı, merkezi bürokrasi tarafından kontrol altında tutulan, uzun dönemli ve güvenceli çalıştırma anlayışı oluşturmaktaydı (Yaşar & Yenimahalleli Yaşar, 2012, s. 73). Refah Devleti döneminin ana iş ilişkisini oluşturan belirsiz süreli iş sözleşmesi usulü, neoliberal dönemde ‘katı’ olmakla itham edilmekte ve yerine işçinin çalıştırılmasını bir süreyle sınırlı hale getiren veya başka haklardan(özellikle iş güvencesi hükümlerinden) yararlanmayı imkânsız kılan biçimlerin yaygınlaşmasını gözlemlemekteyiz. Türk İş Mevzuatında yer verilen belirli süreli iş sözleşmesi, taşeronluk, çağrı üzerine çalışma gibi biçimler örnek olarak verilebilir. ILO sözleşmelerinin koruyucu hükümleri ve AB müktesebatı ücret ilişkisinin temel biçimi olarak belirsiz süreli iş sözleşmelerini görmekte ve koruyucu hükümlerinde bu biçimi esas almaktadır (Yücesan Özdemir & Özdemir, 2008, s. 111). Aynı biçimde İş Kanunu, zaten çok zayıf olan iş güvencesi hükümleriyle sadece belirsiz süreli iş sözleşmesi biçiminde çalışanları koruyucu hükümler getirmektedir. Aynı şekilde, işsizlik sigortasından yararlanma şartları da ancak kesintisiz bir çalışmayla mümkün olmaktadır. Emeklilik hakkının kazanılmasında da benzer bir durum söz konusudur. Bu bakımdan istihdam biçiminin güvencesizleşmesi, çok geniş etkileri olan bir mevzudur.

Güvencesizleşmenin bir diğer boyutunu iş ilişkisinin ve çalışmanın esnekleşmesi oluşturmaktadır. ‘Katılık’ olarak kabul edilen sabit zamanlı, tek veya belirli mekânla sınırlı, konusu belirli işlerin yerini, mesai ve işyeri kavramının muğlaklaştığı işler almaktadır. Esnekleşme emekçilerin çalışma biçiminden iş ilişkilerinden, aile hayatlarından sosyal ilişkilerine yayılan etkiler doğurmaktadır. Çalışmanın zaman yönünden belirsizleşmesi, özel hayatla kariyer arasındaki duvarların ortadan kaldırılması, ev merkezli sosyal ve kültürel aktivitelerin artması ve ev dışı kültürel faaliyetlerin de kariyere destek olacak şekilde düzenlendiğini görülmektedir. Esneklik, iş ilişkisinin güvencesizleşmesiyle bağlantılı olarak, işçilerin sürekli bir güncellenme ve kendilerini geliştirme ihtiyacı içerisinde olmalarına yol açmaktadır. Her an işlerini veya işyerindeki

konumlarını kaybetme tehlikesi söz konusu olduğundan, işçiler arasındaki rekabette avantaj sağlayacak eğitim faaliyetlerine katılma ve kendisine ileride faydalı olacak sosyal ağlar oluşturma işçi için aranan ‘nitelikler’ haline gelmektedir. Kariyer baskısı ve sosyal ağlara girme amacıyla mevcut ekonomik koşullarının üzerinde yaşam sürme, özellikle beyaz yakalı olarak isimlendirilen ofis çalışanlarında borçlanmayı da beraberinde getirmektedir. Bu durum sürekli bir gelir ve borç ödeme arasında hassas bir dengenin oluşmasına da yol açmaktadır (Budak, 2020, s. 1307). Aynı durum, işçinin çalışması esnasında esnek ve güvencesiz koşullara daha fazla maruz kalması bakımından işverenin elini kuvvetlendirmektedir.

1.4.4. Örgütsüzleşme

Fordist düzenlemede işçi sınıfı, sendikal örgütlenmeleri ve sınıfsal partileriyle toplumsal projenin önemli bir parçasını oluşturmaktaydı. Neoliberalizm, emek sürecini dönüştürmek suretiyle işçi sınıfını dünya çapında parçalarken, örgütlülüğünü ve direniş gücünü de yok etmiştir.

Gerek Reagan, gerekse Thatcher dönemlerinde iki büyük grevin bastırılarak başarısızlığa uğratılması, bu iki dönem için simgesel anlamlar taşımaktadır. 1970’lerin sonu ve 1980’ler boyunca ABD ve İngiltere’de bir ‘emek militanlığı’ görülmüş olsa da bunlar toplumu dönüştürmeyi amaçlayan ilerici hareketler değil, refah devleti içerisinde kazanılmış hak ve imtiyazları muhafaza etmeye yönelik son çabalardan ibaretti (Harvey, 2019, s. 61). Reagan, 1981’de Hava Trafik Kontrolörleri Sendikası’nın grevini, işçileri işten çıkararak yenilgiye uğrattı ve ABD sendikal hareketine ağır darbe vurdu. 1973’te %38.8, 1979’da %32.3 olan ABD imalat sanayinin sendikalaşma oranı, 1990’da %20.6’ya, 1995’te %17.6’ya, 2000’de %8 dolaylarına düştü (Brenner, 2015, s. 69-70). Thatcher ise ithal kömür daha ucuz olduğu için maden ocaklarını kapatarak tahrik ettiği maden işçilerinin yaklaşık bir yıl süren ve halk desteği kazanan büyük grevini 1984’te yenilgiye uğratarak emek hareketine büyük darbe vurdu. Aynı zamanda, devletleştirilmiş demir-çelik ve otomobil sektörlerini rekabete açık hale getirerek kısa sürede yok etti. Onlarla beraber, örgütlü ve disiplinli işçilerinin oluşturduğu işçi muhalefeti de yok edildi. Ayrıca, Japon otomobil endüstrisi için İngiltere’yi Avrupa’daki güvenli liman haline getirecek adımlar attı. Bu şirketler, gelişmemiş bölgelere kurdukları fabrikalarda, Japon

tarzı işçi-işveren ilişkilerini kabul edecek, sendikasız işçileri işe aldı. Muazzam bir özelleştirme dalgasıyla kamunun elindeki irili ufaklı pek çok işletmeyi özel sektöre devreden Thatcher, tüm bu uygulamaları neticesinde sendikaları çökertmiş, enflasyonu düşürmüş ve işgücünü uysallaştırmıştır. Görevden ayrıldığında, İngiltere'deki grevler Thatcher öncesine göre onda bire düşmüştür (Harvey, 2015, s. 67-68). Tüm bu sürecin emeğin taleplerini kabul ettirme gücünü ortadan kaldıracağı açıktır.

Tam istihdam hedefinin yerini sürekli yedek işçi ordusunun alması, işyerinin bölünmesi, esnek ve güvencesiz çalışma biçimlerinin yoğunlaşması, taşeronlaşma, kolektivist dayanışma anlayışının yerini bireysel düşüncelerin alması, sendikaların yozlaşması sendikal hareketi zayıflattığı gibi, sendikaların pazarlık gücünü de zayıflatmıştır. Kamu girişimlerinin özelleştirme yoluyla tasfiyesi, kamu sektöründe çalışanların bağlı bulunduğu sendikaları olumsuz etkilemiştir (Erdoğan & Ak, 2003, s. 11-12). Emeğin örgütlülüğünün ve geleneksel mücadele araçlarının tasfiyesi, sosyal politikanın oluşmasında emeğin taleplerinin temsili ve bu taleplerin devlet iktidarına tahvili ihtimalini ve imkânını ortadan kaldırdı.

Bu bölümde, neoliberal dönemde işçi haklarında ve emek sürecinde yaşanan değişimler incelenmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Fordist dönemin emek süreci, neoliberal dönemde önemli değişikliklere uğramıştır. Güvencesizleşme, metalaşma ve örgütsüzleşme neticesinde kolektif haklarla sınıf bilinci alt üst edilmiş, emek süreci tamamen farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Neticede kolektif hakların ortadan kalktığı, her işçinin bir kolektif haklar manzumesinin muhatabı olarak değil de, bireysel hakların taşıyıcısı olarak kabul edildiği bir anlayış kabul edilmiştir.

Birinci bölümde, çalışmanın temel kavramları incelenmiştir. Bu bölümde, Düzenleme Okulu'nun kavram seti hakkında bilgi verilmiştir. Küreselleşme döneminde devlet biçiminin dönüşümünün açıklandığı kolektif emperyalizm ve devletin uluslararasılaşması kavramları, hukuk biçiminin dönüşümü hususunda önemlidir. Bir sonraki kısımda hukukun toplumsal düzenlemedeki yeri tartışılmıştır. Bu alt bölümlerin yazılma amacı, çalışmada kullanılan teorik kavramları açıklamaktır. Devamında emeğin neoliberal dönemde içinde bulunduğu koşullar incelenmiştir. Bu koşulların bir yüzünü metalaşma oluştururken, diğer yüzünü ise güvencesizleştirme ve örgütsüzleştirme oluşturmaktadır. Metalaşma, bu süreçte insani ilişkiler de dahil olmak üzere, insan yaşamının piyasa

ilişkilerinin gerekliliklerine göre biçimlenmesi ve günlük hayatın önceden alım-satıma konu olmayan kısımlarının giderek artan biçimde alım satıma konu hale gelmesini ifade eden bir kavramdır. Metalaşma, emekçilerin yaşamının yeniden üretimini ve üretim ilişkilerini etkilemektedir. Güvencesizleştirme ve örgütsüzleştirmeyle emekçilerin çalışma şartlarında, emekçilerin haklarında ve çalışma biçiminde emekçiler aleyhine aşınmaları ve hak kayıplarını ifade eden süreçlerdir.



2. BÖLÜM

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Bir önceki bölümde, neoliberalizmin ekonomik ve siyasi etkileriyle ele alındı. Bu başlık altında ise uyuşmazlık çözüm yolları incelenecektir. Bu bölümün yazılma amacı, üçüncü bölümde yapılacak analizlerde kullanılacak hukuksal kavramlar, uygulamalar ve bunlarla bağlantılı düzenlemelerle ilgili bilgi vermektir.

Uyuşmazlık çözüm yolları, yargısal olan veya olmayan yollardır. Bugün, yargısal olan uyuşmazlık çözüm yolunu ‘dava’ ve dava dışında kalan tüm uyuşmazlık çözüm yolları ‘alternatif uyuşmazlık çözüm yolları’ olarak kavramlaştırılmaktadır. Çalışmayla doğrudan bir bağlantısı olmadığından, yargısal uyuşmazlık çözüm yolu incelenmeyecektir. İkinci bölümün tamamı, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak ifade edilen dava dışı yolların incelenmesine ayrılmıştır.

Bu kısımda öncelikle, kısaca uyuşmazlığın tanımı yapılacaktır. Bu tanım, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin çalışmalarda temel kavrayışı göstermesi bakımından önemlidir. Devamında en yaygın olarak başvurulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları(müzakere, hakem-bilirkişilik, tahkim ve arabuluculuk) incelenecektir. Müzakere ve hakem-bilirkişilik uygulamada yaygın olarak görünen biçimler değildir. Bu bakımdan, bu iki kavram sadece tahkim ve arabuluculuk için önemli oldukları için incelenmiştir. Ağırlıklı olarak tahkim ve arabuluculuk ele alınacak, Türkiye’deki ve dünyadaki uygulamaları üzerinde durulacaktır.

2.1. UYUŞMAZLIK KAVRAMI

Yargısal veya alternatif çözüm yollarının tamamı, bir uyuşmazlığın ortadan kaldırılması amacını kabul eder. Bu bakımdan uyuşmazlık kavramının ne olduğu üzerinde durmakta yarar vardır.

Uyuşmazlık, genel nitelikte kullanılan ve anlaşmazlık-çekişme unsurlarını da içerir bir üst-kavramdır. Anlaşmazlık ise, düşünce ve amaçlarda ayrılık olarak tanımlanır (Sevim, 2016, s. 3). Bu bakımdan uyuşmazlık karşılıklılık içerirken, anlaşmazlık daha bireyseldir. Uyuşmazlık, anlaşmazlığın açığa çıkması ve bir talep haline gelmesi olarak

tanımlanmaktadır (Kaymaz & Kaymaz, 2020, s. 3; Özbek, 2013, s. 105). Bu tanımlamalar, temelde bir hukuki uyumsuzluğu veya anlaşmazlığı tanımlamak için kullanılamaz; çünkü her iki tanım bir hukuki biçimi ifade etmekten uzaktır. Her iki tanım, hukuki uyumsuzluk kavramına ilişkin değildir; bu kavramların genel tanımını vermeye yönelik anlamlar içermektedir. Bu bakımdan, hukuki uyumsuzluk kavramının ayrıca ele alınması gerekmektedir.

2.1.1. Hukuki Biçim Olarak Uyuşmazlık

Uyuşmazlık kavramına yönelik tanımlama yukarıda ele alındı. Bu yaklaşımın bireyler temelinde, sınıfları dışlayan ve toplumsal durumdan kopuk bir tanım ürettiği açıktır. Uyuşmazlık veya anlaşmazlık kavramlarına ilişkin hukuki tanımlamalar, tarafların eşitliğini sessizce imler. Bu hukuksal biçim anlayışı, uyumsuzluğun sosyal biçimiyle hukuksal biçimini bağdaştırmaktan uzaktır.

Uyuşmazlık, bir hukuki kavram olarak ele alınacaksa, her şeyden önce bir hukuksal biçim altında ifade edilmelidir. Zira, tüm sosyal biçimler hukuki biçim altında, mevcut halleriyle ifade edilemezler. Bu sebeple, öncelikle hukuki biçim kavramının, ardından uyumsuzluğun bir hukuki biçim olarak nasıl tasavvur edilebileceği aşağıda ele alınacaktır.

2.1.2. Hukuki Biçim Kavramı

Bir görüngünün hukuki bir biçim altında ifadesi, bunun ancak hukuk alanı içerisinde sınıflandırılabilmesiyle ve hukuk sisteminde karşılık bulmasıyla mümkün olur. Burada kast edilen, pozitivist bir şekilde hukuk zemininde cereyan eden olguların hukuki biçim altında ifade edilmesi değildir. Hukuk, hukuki sükeler(hak sahipleri) arasında ölçülebilirlik temelinde kurulan bir alan yaratır. Ancak bu hukuksal biçimlerin yarattığı ölçülebilirlik imkanı, sosyal biçimlerin birbirine bağlanmasını sağlar. Bu bakımdan hukuk toplumsal düzenlemenin bağlantı noktasıdır ve hukuksal biçimler vazgeçilmez bir durumdadır (Özdemir A. M., 2008, s. 175).

Belirli bir ilişkinin hukuk alanında ifade edilmesi, hukuki biçimle olur. Norm, ancak bu ilişkiden türetilir; ancak bu nedenle, kaynak sorunu bakımından, hukuksal normların

içerikleri, biçimleri karşısında ikincildirler. Bir sosyal ilişki olarak zuhur eden değişim ilişkileri, hukuki biçim altında sözleşme, ödeme emri, haciz ve iflas gibi pek çok müesseseyi içeren bir içeriğe yol açar; ancak bu içeriğin dayandığı biçimi, değişim ilişkilerinin belirli bir mekan ve zamandaki somut gelişmişlik düzeyi oluşturur. Bu sebeple, hukuki biçim, sosyal biçime yönelik bir iyileştirici sosyal kuvvet olarak kabul edilemez (Çelebi & Özdemir, 2010, s. 80). Salt hukuki biçimin dönüştürülmesiyle sosyal biçimin dönüştürülmesi söz konusu olmaz. Örneğin kira sözleşmesinin ortadan kaldırılması, eğer mülkiyet sosyal biçimi tasfiye edilmeksizin gerçekleştirilirse salt bir hukuksal dönüşüm oluşturur; kira ilişkisini tek başına ortadan kaldırmaz. Tersine de geçerlidir; sosyal biçim ortadan kalkmışsa, hukuksal biçim de işlevsiz veya kadük hale gelir.

Yukarıda soyut bir şekilde ve uç örneklerle ele alınan hukuksal biçim-sosyal biçim ilişkisi, daha somut bir şekilde bireysel iş hukuku zemininde düşünülebilir. Çalışma olgusunun sosyal biçimini iş ilişkisi oluşturur. Bu ilişki, temelde ücret karşılığı emek gücünün satılması biçimindedir. İş ilişkisine dair normlar, bu ilişkiyi düzenlemeye yönelik hukuksal hükümler içerir. Örneğin, ücretin parayla ödenmesine ilişkin norm, bir sosyal ilişkinin ifadesidir; zira bu normun yerleşmesi uzun bir sınıf mücadelesinin neticesinde olmuştur. Sınıf mücadelesinin farklı bir aşamasında, bu sosyal biçim tasfiye edilebilir; böyle bir durumda bu normun fiilen uygulanmaması veya hukuken tasfiyesi için birçok imkân doğar ve yollar ortaya çıkar. Uyuşmazlığın bir hukuki biçim olarak tasavvur edilebilmesi imkânı, bu noktada önem arz eder. Bir uyuşmazlık hangi aşamada bir hukuki biçim kazanır veya sosyal biçim olarak uyuşmazlığın hukuki biçim altında ifade ediliş şekli nedir? Bunun tartışılması, uyuşmazlık çözüm yollarının incelenmesi için önemlidir; zira uyuşmazlığın hukuksal biçiminin tartışılması, onun içeriğiyle de bağlantılı olarak çözüm yollarına ilişkin tartışmalara da katkı sağlayacaktır.

2.1.3. Hukuki Biçim Olarak Uyuşmazlığın Tasavvuru

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, uyuşmazlık kavramı, onun sosyal biçimiyle bağlantılı olmaksızın ele alınmaktadır. Bu noktada uyuşmazlığın hukuki biçiminin ele alınması ve düzenleme tarzı içerisindeki yerinin tayini önem kazanmaktadır. Zira çalışmanın

konusunu oluşturan hukuk yargılaması ve alternatif çözüm yolları, uyuşmazlığı tasfiye iddiası taşımaktadır.

Uyuşmazlık kavramı, düzenleme tarzı içerisindeki konumu üzerinde durularak anlaşılabilir. Hukuki bir biçim altında ifade edilen her bir uyuşmazlık, temelde bir sosyal ilişkiye dayanır. Bir sosyal ilişkide uyuşmazlık, yani talep haline gelen, ayyuka çıkan anlaşmazlık, her şeyden önce bireyler arası, tek bir ilişki olarak ele alınmaktadır; tikel olarak değil. Yani uyuşmazlık, sınıfsal anlamda bir çatışmanın parçası olarak düşünülemez; o mevcut sosyal ilişkideki bir anlaşmazlığın sonucudur. Mevcut yapının tasfiyesine yönelik değil, o anlaşmazlığın mevcut yapı içerisindeki ifadesine yönelik bir taleptir. Sosyal biçimin getirdiği dezavantajlar hukuki biçimler altında devam etmiyorsa, tarafların hukuki biçim dışına çıkan taleplerine cevaz verilmez. Bu bakımdan her talep, o uyuşmazlığın olduğu sosyal biçimin kabulü temeline dayanır. Aynı zamanda, her uyuşmazlık ancak belirli hukuksal biçim altında ifade edilebilir. Taleplerin incelenmesi ve neticelendirilmesi, yani uyuşmazlık çözümünün biçimi de düzenlemenin sınırları içerisinde bulunabilir. Örneğin, Venedik Taciri'nde olduğu gibi Shylock'un borçlunun kalbine yakın yerden yarım kilo et almayı talep edebilmesi, arada sözleşme olsa dahi, düzenleme tarzı içerisinde meşru kabul edilen bir talep değildir; zira oyunda anlatıldığına göre, Hristiyan kanı dökmek Venedik yasalarına göre gayrimeşrudur (Shakespeare, 2015). Bu bakımdan, uyuşmazlık hukuk alanında görünür hale geldiğinde, ancak sosyal biçimin dolayımıldığı hukuksal biçim altında çözülebilir.

Uyuşmazlığın hukuksal biçimini, talepler arasındaki anlaşmazlık oluşturur. Uyuşmazlık çözüm yolları, bu anlaşmazlığın hukuksal biçimler altında çözümünü ifade eder. Yargısal veya (yargı dışı) alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, hukuksal biçimler olarak, sosyal ilişkinin uzun süreli ve çok aşamalı gelişimiyle ortaya çıkar. Örneğin, ülkemizde, iş hukukuna ilişkin başka düzenlemeler olsa da, iş uyuşmazlıklarının çözümü için ilk uzmanlık mahkemeleri 1950'de çıkarılan 5521 sayılı Kanunla olmuştur. Bu tarihten önce, Mecelle'den itibaren çalışmanın düzenlenmesi için birçok düzenleme olsa da, uyuşmazlık çözümünün özel mahkemelerde gerçekleştirilmesi için bir hukuksal düzenleme yapılmamıştır (Manav Özdemir, 2015, s. 186). Bu, sosyal ilişkide bir gelişme aşamasını göstermektedir. Devam eden süreçte sosyal ilişkilerin neoliberal dönüşümü, bu biçimin yanında başka hukuksal biçimlerin de gelişmesine yol açmıştır. Çalışma ilişkisinin

dönüşümü, uyuşmazlık çözüm yollarına dair biçimsel dönüşümü zorunlu kılan unsurlardan biridir.

Netice itibariyle, yargısal uyuşmazlık çözümü yanında müzakere(doğrudan görüşme), hakem-bilirkişilik, arabuluculuk ve tahkim gibi dört temel alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ortaya çıkmıştır. Aşağıda bu yollar ayrıntısıyla incelenecektir.

2.1. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Uyuşmazlığın ortadan kaldırılması, yani çözülmesinin iki yolu bulunmaktadır. Bunlar yargısal çözüm yolları ve yargısal olmayan, yani alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıdır. Çalışmanın konusuyla doğrudan bağlantılı olduğu için alternatif uyuşmazlık çözüm yolları aşağıda ayrıntısıyla incelenecektir.

2.2. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

‘Alternatif’ uyuşmazlık çözüm yolları ile yargılama olmaksızın uyuşmazlık çözümünü amaç edinen usuller kast edilmektedir. Bu yollar, yargılamanın içinde veya dışında, iradi ya da zorunlu olarak başvurulabilen, tatmin ve tazmini amaçlayan, genelde üçüncü kişilerin katılımıyla gerçekleşen, bireylere devlet yargısı dışında alternatif olabilecek çözüm yolları olarak tanımlanmaktadır (Sevim, 2016, s. 7). Dört adet alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu literatürde değerlendirilmektedir: Müzakere(Doğrudan görüşme), arabuluculuk, hakem-bilirkişilik, tahkim. Dünya çapında uygulama yaygınlığı bakımından arabuluculuk ve tahkim daha ayrıntılı olarak, müzakere ve hakem-bilirkişilik ise daha sınırlı bir şekilde aşağıda incelenecektir. Her başlık altında, alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna ilişkin bilgiler verildikten sonra meri Türk mevzuatında uyuşmazlık çözüm yolunun uygulaması varsa bu konuda açıklamalar yapılacaktır.

Bu bölümde müzakere ve hakem-bilirkişilik gibi çalışmayla doğrudan ilgisi olmayan uyuşmazlık çözüm yolları da kısaca incelenecektir. Bunun yapılmasındaki amaç, bu iki yolun tahkim ve arabuluculukla bağlantılı olmalarıdır. Ancak tahkim ve arabuluculukla ilgili bilgi verilmesi, bölümün yazılmasının gerçek amacıdır. Bu bölümde verilen bilgiler,

çalışmanın üçüncü bölümünde yapılacak analizlere yönelik olarak bilgi ihtiyacını karşılayacaktır.

2.3.1. Müzakere(Doğrudan görüşme)

Müzakere veya doğrudan görüşme, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri ve sözleşme yapabildikleri bir konu hakkındaki uyuşmazlığı karşılıklı görüşme yoluyla çözmeye çalışmalarıdır (Yeşilirmak, 2011, s. 13). Müzakere yönteminde tarafsız üçüncü bir kişinin sürece dahil olma zorunluluğu yoktur. En eski alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak bilinen müzakere, tarafların karşılıklı fikir alışverişine dayalıdır ve ABD’de yoğun olarak uygulanmaktadır (Sevim, 2016, s. 23).

Müzakere, tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temel unsurudur. Uluslararası ticarete yaşanan uyuşmazlıklarda bu yöntem sıklıkla uygulanır (Tan Dehmen, 2011, s. 453). Ancak bunun ötesinde, müzakere aynı zamanda bir başlangıç noktası olarak diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde başvuru bir metot veya aşamadır.

Müzakere sonunda anlaşmaya varılması halinde bir uzlaşma sözleşmesi oluşturulur. Bu sözleşmeye sulh anlaşması denir. Türk Hukukunda sulh anlaşması mahkeme huzurunda yapılırsa İcra İflas Kanunu’nun 38. maddesi tahtında ilam niteliğinde belge sayılır. Aynı şekilde, Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesindeki yasal şartların sağlanarak görüşmeler yapılması ve uzlaşma sağlanması halinde oluşturulan sulh sözleşmesi de ilam niteliğini haizdir (Yeşilirmak, 2011, s. 13-14).

2.3.2. Hakem-Bilirkişilik

Hakem-bilirkişilik, belli bir uyuşmazlık konusunun miktar ve niteliklerinin belirli kişiler veya kurullar tarafından tespit edilmesi ve yapılan tespitin mahkeme ve taraflar için bağlayıcı olduğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu yolda, taraflarca yapılan hakem-bilirkişi anlaşması ile ortaya çıkan zararı miktarını, bir şeyin değerini veya bir kusurun mevcut olup olmadığını uzmanlık temelinde inceleyip tespit ederler (Yeşilirmak, 2010, s. 699).

Hakem-bilirkişi, uygulama alanını Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi'nin uygulandığı ülkelerde bulmuştur. Uluslararası uyuşmazlıklarda da sıklıkla uygulanmaktadır (Yeşilırmak, 2010, s. 700). Türk Hukuku'nda ise, hakem-bilirkişi anlaşmasıyla ilgili doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. Hakem-bilirkişi anlaşması Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193.maddesinde hüküm bulan 'delil sözleşmesi' anlamında münhasır delil sözleşmesi olduğu düşünülmektedir. Buna göre, Türk Hukuku bakımından hakem-bilirkişi anlaşmasının mevcut olması durumunda hakem-bilirkişinin yetkisi içinde kalan konuda tarafların başkaca delil göstermesi mümkün değildir (Yeşilırmak, 2011, s. 29).

2.3.3. Arabuluculuk¹²

Hâlihazırda, ABD'de ortaya çıkan uyuşmazlıkların yaklaşık %5'i tam bir dava süreci sonunda çözülmektedir. Bu uyuşmazlıkların yaklaşık %80'i arabuluculuk yoluyla çözümlenmektedir. İngiltere'de aynı oran yaklaşık %90'dır (Aswani, Johnston, Milgrim, & McDonald, 2017). Bu bakımdan, arabuluculuk yönteminin Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi'ndeki etkinliği çok yüksektir. Arabuluculuğun kurumsal bir yöntem olarak uygulaması, Anglo-Amerikan hukukunda uygulama alanı bulmuş ve dünyaya yayılmıştır. Günümüzde Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ni kabul eden ülkelerde uygulama Anglo-Amerikan hukukunda benimsenen düzenleme ve pratiklerin aktarılmasıyla oluşmuştur. Bu bakımdan sırasıyla her iki hukuk sistemindeki arabuluculuk uygulamalarının özellikleri ve tarihçesinin incelenmesinde yarar vardır. Sonrasında arabuluculuk yöntemleri üzerinde durulacaktır.

2.3.3.1. Arabuluculuk İlkeleri ve Yöntemleri

¹² Bu bölümde, kurumsal olmayan -geleneksel- arabuluculuk yöntemlerine ilişkin, hemen her kitapta yer alan bilgilere yer verilmemiştir. Bunun sebebi, üçüncü bir kişinin yardımına dayalı tüm geleneksel uyuşmazlık çözüm yollarının kurumsal arabuluculuğun temeli gibi bilimsel tasnifi imkânsız ve ebedileştirici bir yaklaşımdan kaçınılmak istenmesidir. Kurumsal arabuluculuk olarak adlandırılan yöntem, kuralları olan ve sonuçları hukuk dünyasında hüküm ifade eden, devlet tarafından tanınan, organize edilen, hukuk müessesesi vasfını taşıyan uygulamalardır. Çalışmada 'Arabuluculuk' kelimesinin geçtiği her yerde kast edilen kurumsal arabuluculuktur.

Arabuluculuk, pek çok farklı ilke, yöntem ve türe sahip bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu bölümde kurumsal arabuluculuğun temel uygulanma ilkeleri ve yöntemleri ele alınacaktır.

Arabuluculuk faaliyetinin dört temel ilkesi olduğu kabul edilmektedir. Bunlar, iradilik, eşitlik, gizlilik, taraf egemenliği ve gizlilik. Bu dört ilke birbiriyle yakından bağlantılıdır.

İradilik ilkesi, arabuluculuk sürecinin tarafların serbest iradesiyle başlaması ve sürdürülerek sonuçlandırılmasını ifade etmektedir. Bu ilkeye göre, taraflar baskı altında olmamalı, arabuluculuk sürecinin başlamasından sonlanmasına kadar serbest iradeleriyle sürecin sürdürülmesini isteyebilmelidir (Dür, 2017, s. 249; Yeşilırmak, 2011, s. 10; Özbek, 2013, s. 616). Sürecin başlaması, sürdürülmesi, sonlanması, anlaşma ve anlaşmama tamamen tarafların iradesinde olmalıdır. Aralarında güç dengesizliği bulunan tarafların mevcut olduğu bir arabuluculuk sürecinde, serbest iradeyle sürecin sürdürülmesinin imkânsız olduğuna dair eleştirilere doktrinin verdiği yanıt, iradilik ilkesinin tam olarak uygulanması halinde bu sorunun aşılacağıdır (Dür, 2017, s. 249). Aynı şekilde, zorunlu arabuluculuk yönteminde iradilik ilkesinin işlemeyeceği ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği ileri sürülmektedir. Hâkim görüşüne göre, süreç zorunlu olarak başlasa bile anlaşmanın zorunlu olmaması ve arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmayarak uyuşmazlığın çözümü konusunda yargısal çözüm yollarını tercih etmelerinin taraflara tanınması nedeniyle zorunlu arabuluculuğu adil yargılanma hakkına uygundur (Dür, 2017, s. 256).

Eşitlik ilkesi, arabuluculuğa başvurma, süreci sürdürme ve sonlandırma konusunda, süreç içerisinde taraflara tanınan haklar çerçevesinde taraflara aynı statünün tanınması ve arabulucunun taraflara aynı mesafede durmasını ifade etmektedir. Buna göre, örneğin taraflara eşit sürede ve sayıda konuşma imkanı verilmelidir (Sevim, 2016, s. 106).

Taraf egemenliği ilkesi, arabuluculuk sürecinin başlamasına, sürdürülmesine ve sonuçlanmasına tarafların karar vermesi anlamına gelmektedir. İradilik ilkesiyle yakından bağlantılı olan taraf egemenliği ilkesine göre, taraflar arabuluculuk sürecinin başlamasına, sürdürülmesine, sonlandırılmasına, arabulucuları seçmekte, süreçte kullanılacak usulün belirlenmesinde, düzenlenen tutanağın içeriğinin tespitinde, yani sürecin şekillendirilmesinde tarafların istekleri dikkate alınır. Arabulucunun görevi

müzakere görevinin sağlıklı gerçekleştirilmesini sağlamaktır. Sürecin tarafları, çözümlerini kendileri geliştirmelidir. Ancak bu noktada, arabulucunun sürece katılımıyla ilgili doktrinde gerçekleşen bir ayrım söz konusudur. Buna göre arabulucunun sürece katılıma göre aktif arabuluculuk ve pasif arabuluculuk ayrımı yapılmalıdır. Pasif arabuluculukta arabulucunu öncelikle bir iletişimci ve süreç yönetici olup sürecin sonuçlarından sorumlu değildir. Sürecin sonuçlanması hakkında her türlü müdahaleden kaçınmalıdır. Bu yaklaşıma göre, arabulucu bir sonuç öneremez, sadece uyuşmazlık tarafları arasındaki iletişimi sağlamaya uğraşır ve tarafların kendilerinin ürettiği çözümü düzenler. Aktif arabuluculuk yaklaşımına göreyse, arabulucu müzakere sürecinde aktif bir rol oynamalı, sürecin ilgililerini bulmalı ve süreç içerisinde çözüm teklifleri sunmalıdır (Dür, 2017, s. 266-267).

Gizlilik ilkesi, arabuluculuğa konu uyuşmazlığın içeriğiyle arabuluculuk sürecinde ileri sürülen bilgi ve belgelerin gizli tutulmasını, açıklanmamasını ifade eder (Sevim, 2016, s. 107). Gizliliğin kapsamı, ülkesel düzenlemelerde farklılıklar göstermektedir. Bazı arabuluculuk türlerinde gizliliğin sınırları da muğlaklaşabilmektedir. Örneğin mahkeme destekli arabuluculukta veya arabuluculuk sürecine iyiniyetli katılımın zorunlu kılındığı bazı hukuk sistemlerinde gizliliğin sınırlarını belirlemek zorlaşmaktadır (Özbek, 2013, s. 572-573). Taraflar gizlilik ilkesinin uygulanmamasını kararlaştırabilir (Atış, 2019, s. 81).

Arabuluculuk sürecinin icra şekli hususunda da çeşitli ayrımlar mevcuttur. Bunlar kısaca sıralanacak olursa:

- Menfaat temelli arabuluculuk-Hak temelli arabuluculuk: Uyuşmazlık çözümünde hakların veya menfaatlerin esas alınmasına göre yapılan bir ayrımdır. Buna göre, eğer bir arabuluculuk sürecinde mevcut hukuk kuralları önemli rol oynuyorsa, yani bir davada veya tahkim başvurusunda alınacak sonuç tahmin edilerek, ona yakın bir sonuca ulaşıyorsa, hak temelli bir arabuluculuk sürecinden söz edilebilir. Ancak tarafların menfaatleri temelinde bir anlaşmaya varması hedefleniyorsa, menfaat temelli arabuluculuk söz konusudur (Dür, 2017, s. 113-115).
- Kolaylaştırıcı arabuluculuk-Değerlendirici arabuluculuk: Bu ayrımın temelini arabulucunun niteliği ve uyuşmazlığı çözme yaklaşımı oluşturmaktadır. Buna göre, kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucunun görevi tarafların arasındaki

iletişi sağlamak ve çözüm sürecini yönetmektedir. Değerlendirici arabuluculuktaysa arabulucu, uyuşmazlıkla ilgili bir davada verilecek kararı tahmin ederek ona uygun bir çözüm süreci yönetir. Bu ayrım, hak temelli arabuluculuk-menfaat temelli arabuluculuk ayrımına paraleldir (Dür, 2017, s. 116-117).

- Çözüm bulucu arabuluculuk-Dönüştürücü arabuluculuk: Çözüm bulucu arabuluculuk yöntem odaklı bir arabuluculuk yaklaşımıdır. Buna göre arabuluculuk faaliyeti tarafların ortaya koyduğu konu ve sorunları çözmeye odaklanmalıdır. Dönüştürücü arabuluculukta ise amaç uyuşmazlığın tarafları arasındaki çatışma ilişkisinin olumsuz niteliklerini olumluya, yıkıcı etkilerini yapıcıya çevirmektir (Dür, 2017, s. 119-120).
- Pasif arabuluculuk-Aktif arabuluculuk: Bu ayrım arabulucunun, arabuluculuk sürecindeki pasif veya aktif tutumuna göre yapılmaktadır. Pasif arabuluculuk yaklaşımına göre arabulucu bir iletişimci olmalı ve süreci yönetmelidir. Arabulucu sürecin neticeleriyle ilgili hiçbir sorumluluk taşımaz, uyuşmazlık çözümünü içeriğine nüfuz etmemek için müdahale etmekten kaçınmalıdır. Aktif arabuluculuk yaklaşımında ise arabulucu sadece iletişimci olarak kabul edilmez, o aynı zamanda bir değerlendirici ve yardımcıdır. Arabulucu, müzakerelerde aktif rol alır ve kendi önerilerini sunar (Dür, 2017, s. 122-123).
- Öze dönük arabuluculuk-Ortama dönük arabuluculuk-Kişiyeye dönük arabuluculuk: Bu ayrım, arabulucunun uyuşmazlık çözümündeki odak noktasına göre yapılmaktadır. Öze dönük arabuluculukta arabulucunun odağında sadece uyuşmazlık konusu anlaşmazlık ve bundan sonraki olaylar vardır. Ortama dönük arabuluculuktaysa önemli olan uyuşmazlık çözümüne en uygun ortamın tesisidir. Arabulucu iletişimi kolaylaştırıcı, hızlandırıcı bir rol oynayarak bu ortamın oluşmasına odaklanır. Kişiyeye dönük arabuluculukta ise arabulucu uyuşmazlığın taraflarına odaklanır. Müzakerelerde taraflara yönelik stratejiler belirleyerek uyuşmazlık çözümüne çabalar (Dür, 2017, s. 124-125).
- Mahkeme dışı arabuluculuk-Mahkemeye yakın arabuluculuk-Mahkeme içi arabuluculuk: Bu ayrım, arabuluculuk sürecine başvuru şekline, arabuluculuk faaliyetini yapacak kişinin belirlenme biçimi ve sürecin nasıl işleyeceğine dair usule göre yapılan bir ayrımdır. Mahkeme dışı arabuluculuk, mahkeme

sürecinden ayrı gelişen arabuluculuk faaliyetidir. Mahkemeye yakın arabuluculuk, derdest davalarda mahkeme dışında yapılan arabuluculuk faaliyetidir. Mahkeme içi arabuluculuk, derdest bir davada karar verme yetkisi bulunmayan hâkim tarafından yapılan arabuluculuktur (Dür, 2017, s. 125-126).

- İradi arabuluculuk-Zorunlu arabuluculuk: Arabuluculuğa başvurunun dava şartı sayılıp sayılmamasına ilişkin bir ayrımdır. İradi arabuluculuk, arabuluculuğun temel şeklidir; bu bakımdan sadece arabuluculuk demek de mümkündür. Bu yöntemde arabulucuya başvuru, süreci sürdürme ve sonlandırma tamamen tarafların iradesine bırakılmıştır. Zorunlu arabuluculukta ise, birtakım davanın açılmasından evvel arabulucuya başvuru zorunlu bir süreç olarak kabul edilmiş, arabulucuya başvuru bir dava şartı sayılmıştır (Dür, 2017, s. 129).

Yukarıda özetlenen arabuluculuk ilkeler ve türleri, genel bir çerçevede ele alınmıştır. Ülkesel düzenlemeler ve uygulama farklılıkları da mevcuttur. Aşağıdaki üç bölümde sırasıyla Anglo-Amerikan Hukuku'nda, Kıta Avrupası Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda arabuluculuk uygulaması incelenecektir.

2.3.3.2. Anglo-Amerikan Hukukunda Kurumsal Arabuluculuk

ABD Hukuku, kurumsal arabuluculuğun başlangıç noktasıdır. 1960'lardan ve özellikle 1990'larda itibaren ABD'de arabuluculuk kurumunun uygulaması yerleşmiştir. 1976'da Amerikan Barolar Birliği(American Bar Association) desteğiyle toplanan 'Adalet Yönetiminde Karşılan Ortak Sorunların Nedenleri Hakkında Ulusal Konferans', arabuluculuk ve tahkimin pilot bölgelerde uygulanmasını tavsiye etmiştir. ABD'de 1980'lerde çok tercihli mahkeme teşkilatı kurulmuş olup bu teşkilatlar arabuluculuk hizmeti de vermeye başlamıştır. 1998'de kabul edilen 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu' bu konuda milat kabul edilmektedir. Bu Kanun'la her bir federal yargı bölgesine kendi yerel kuralları çerçevesinde kendi alternatif uyuşmazlık çözüm kurallarını oluşturma yetkisi verilmiştir. 1999'da alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin etik kurallar kabul edilmiştir (Özbay, 2006, s. 462-463). ABD'de hukuki uyuşmazlıkların neredeyse tamamı arabuluculuğa elverişli kabul edilmektedir. Ancak Sosyal Güvenlik Hukuku'na ilişkin temyiz başvuruları ve hükümlülerin medeni hukuka ilişkin haklarına

dair sınırlı sayıdaki bazı davalarda arabuluculuğa başvurulamamaktadır (Bilgin, 2009a, s. 19).

ABD'deki kurumsal arabuluculuk uygulaması gerçekte topluluk arabuluculuğu uygulaması biçiminde ortaya çıktı ve gelişti. ABD'de 1900'lerin başında, işçi sendikalarının daha yüksek ücret ve hak taleplerine yönelik toplu pazarlığın arabuluculuk yoluyla yürütülmesi profesyonel arabuluculuğun ilk ortaya çıkışıdır. 1913'te ABD Çalışma Bakanlığı tarafından atanan 'uzlaşma komiserleri', muhtemelen ilk profesyonel arabuluculardı. 1935'te ABD Kongresi, işçi-işveren uyuşmazlıklarında toplu pazarlığı başlatan Ulusal Çalışma İlkeleri Yasası'nı kabul etti. Federal Arabuluculuk ve Uzlaştırma Servisi 1946'da kuruldu. Bu serviste işçi sendikaları ve işverenler arasındaki müzakereler için tam zamanlı arabulucular çalıştırılmaya başlandı. 1960'lardaki arabuluculuk uygulamaları, daha önce işçi-işveren uyuşmazlıklarında kullanılan yöntemlerin toplumsal sorunlara uygulanmasının denenmesi şeklinde ortaya çıktı. Kamu ve özel sektörün desteğiyle alternatif uyuşmazlık çözümlerini sağlamak için çeşitli kurumlar kuruldu. 1964'te ABD Adalet Bakanlığı bu hizmetleri sağlamak için Toplumla İlişkiler Servisi'ni oluşturdu. Aynı zamanda ulusal vakıflar, özellikle Ford Vakfı ve Amerikan Tahkim Derneği, Washington DC'de ve New York'ta Ulusal Uyuşmazlık Çözüm Merkezi'ni kurdu. Bir işçi-işveren arabulucusu New York Arabuluculuk ve Uyuşmazlık Çözüm Merkezi'ni kurdu. Bu aşamada arabuluculuk halen gruplar arasındaki uyuşmazlıklar için kullanılmaktaydı. İlk kez 1969'da, Ohio Savcılığı'nda mahkemeye alternatif bir arabuluculuk uygulaması oluşturuldu. Bu uygulama başarılı olunca hızla diğer bölgelerde de benzer uygulamalar yürürlüğe kondu. 1977'de Adalet Bakanlığı, artan uygulamaya yanıt olarak Atlanta, Kansas City ve Los Angeles'ta üç mahalli adalet merkezi kurdu. Ancak bu merkezlerde de topluluk arabuluculuğuna yönelik uygulamalar yapıldı. 1970'lerin sonlarından 1980'lerin başına kadar arabuluculuk programları hızla büyüdü. Toplum arabuluculuğu uygulamasına Amerikan Barolar Birliği ve Amerikan Tahkim Derneği gibi özel kuruluşlar da katıldı. 1970'lerin ortalarından 1990'ların ortasına kadar 200'den fazla program başlatıldı. Bu programlarla arabuluculuk uygulaması küçük alacak davalarından velayet ve kişisel ilişki davaları, çocukların işlediği suçlara dair davalara, statü suçlarına¹³, mağdur-fail davalarına kadar genişleyen bir uygulama alanı bulmuştur.

¹³ Status Offence olarak kavramlaştırılan bu suçlar, belirli gruplarca ve çoğu zaman küçükler tarafından işlenen suçlar manasına gelmektedir (Merriam-Webster, b. t.).

Topluluk arabuluculuğuna yönelik merkezler uygulamalarını hiç mahkeme önüne gitmeyecek(okullarda öğrenciler arasındaki tartışmalar, oda arkadaşları arasındaki anlaşmazlıklar vb.) küçük uyuşmazlıklara kadar genişlettiler. Uygulamalar bu denli genişlediğinde, bu durum Yüksek Mahkemelerin de dikkatini çekmiştir. Florida 1988’de hukuk mahkemesi hâkimlerine, davalarında arabuluculuğa karar verme yetkisi tanıyan bir yasa çıkardı. 1990’da ABD Kongresi her federal mahkeme bölgesinin bir dava yönetimi merkezi oluşturmasını öngören Hukuk Yargılaması Reform Kanunu(Civil Justice Reform Act) kabul edildi ve birikmiş davalar için alternatif çözüm yollarının kullanılması tavsiye edildi. 1990’ların sonunda, 94 federal mahkeme bölgesinin yarısından fazlası ihtiyari veya zorunlu arabuluculuğu kabul etti ve arabuluculuk yavaş yavaş birincil alternatif uyuşmazlık çözüm yolu haline geldi (Saul, 2012, s. 1-4).

ABD’deki arabuluculuk sisteminde, sadece hukukçular değil, değişik mesleki kollardan da arabulucu olabilmek mümkündür. Hukukçular veya mesleki uzmanlığı olan başka kişiler arabulucu olabilirler, arabuluculuk ruhsatı aranmamaktadır. Ancak arabulucuların her şartta serbestçe belirlendiğini söylemek mümkün değildir. ABD’de taraflar arabuluculuk yoluna başvurma konusunda devlet tarafından zorlanmakta ve desteklenmektedir. Devlet arabuluculuğun uygulanması konusunda müdahale etmekte ve arabulucu seçimi konusunda etkili olmaktadır. Zorunlu arabuluculuk uygulamasında¹⁴, arabulucu kamu çalışanı olmak zorundadır ve belirli davalarda arabuluculuk yapabilecek kişiler, mahkeme veya bir başka kamu kurumunca onaylanan isim listesinden arabulucu seçimine olanak tanımaktadır. Bu listelere adını yazdırmak isteyen kişilerin arabuluculuk eğitimi almış olması, danışman veya psikoterapist olarak deneyim sahibi olması, psikoloji, sosyal yardım uzmanlığı, danışmanlık veya başka bir dalda master eğitimi alması ve arabulucunun eğitimi, öğretimi ve vasıfları konusunda taraflara açıklamada bulunma zorunluluğu yönündeki gerekliliğe uygun şartları yerine getirmeyi aramaktadır. Genel uygulama, tarafların arabulucuyu anlaşılarak belirlemesi yönündedir; ancak bazı yargı bölgelerinde arabulucuyu bir mahkeme görevlisi seçmektedir. Zorunlu arabuluculuk dışında bir serbest arabuluculuk piyasası da mevcuttur ve bu şekilde kimlerin arabuluculuk yapacağı konusunda bir yasal düzenleme mevcut değildir. Ancak çoğu kez, etik standartlar veya bir sözleşmeye göre belirlenmiş görevler şeklide özel

¹⁴ ABD’nin çeşitli eyaletlerindeki zorunlu arabuluculuk düzenlemeleri için lütfen bakınız: (Özmumcu, 2016, s. 821-825)

düzenlemeler de görülmektedir. Mahkeme destekli arabuluculukta yasal şartlar aranırken, özel arabuluculukta herhangi bir lisans veya eğitim şartı yoktur. Birtakım eyaletlerde uzman olma şartı aranırken, bazı eyaletlerde konu uygulamaya bırakılmıştır. Örneğin Massachusetts'te yasalar arabuluculara arabuluculuk yapabilmek için bir arabulucu sözleşmesi yapmayı, uyuşmazlığa taraf olmamayı, en az dört yıl mesleki kıdemi ve en az otuz saatlik eğitim almayı veya bir uyuşmazlık çözüm kuruluşunda çalışmayı ya da yargısal veya idari kuruluş tarafından arabulucu olarak atanmayı şart koşar. Uzmanlık eğitimi için 'Uyuşmazlık Çözümünde Uzmanlar Topluluğu' isminde bir kuruluş mevcuttur. Bu kuruluş arabuluculara mesleki nitelik, uzmanlık ve tecrübe kazandırmayı amaçlayan eğitimler düzenlemektedir (Karyağdı, 2007, s. 922-925).

ABD'de arabuluculuk yolunun etkin bir şekilde uygulanması hususunda avukatlara da önemli görev ve sorumluluklar yüklenmiştir. Bunların en başında kendi müvekkillerini bilgilendirme, müvekkillerine tavsiyede bulunma ve karşı taraftan gelen çözüm önerilerini ileterek takip etme bulunmaktadır. ABD'de avukatlar stratejilerini oluştururken arabuluculuk yolunu da dikkate alırlar. Bazı eyaletler, avukatlara müvekkillerine arabuluculuk yoluna başvurma hususunda tavsiyede bulunma görevini vermiştir. Örneğin Kaliforniya eyaletinde görülen bir davada, bir dava neticesinde hükmedilen miktarın 850.000 USD'lik sorumluluk sigortası limitini aştığı ve arabuluculuk yoluyla çözüme ilişkin tavsiyede bulunmaması nedeniyle avukatın görevini ihmal ettiği ileri sürülmüş, Kaliforniya İstinaf Mahkemesi avukatın bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesini görevi ihmal olarak kabul etmiştir. Benzer bir davada, Pennsylvania Yüksek Mahkemesi bir avukatın müvekkilini arabuluculuk yoluna dair bilgilendirme yapmamasını ve çözüm önerisini takip etmemesini kusurlu davranış sayarak 350.000 USD tazminat ödemesine hükmetmiştir. Federal Bölge Mahkemesi müvekkiline çözüm önerisini bir yıl geç yapan avukatın görevini ihmal ettiğini kabul etmiştir. Michigan etik kurallarına göre, karşı tarafın avukatının alternatif uyuşmazlık çözümü önerisinde bulunması halinde, avukat öneriyi müvekkiline iletmeli ve çözüm önerisini takip etmesi gerekmektedir. Kansas, Kuzey Dakota, Arkansas, Ohio, Colorado, Hawaii, New Jersey ve Georgia eyaletlerinde de benzer yasalar ve etik kuralları vardır. 1989 tarihli Federal Kanun, avukatın müvekkiline alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına dair tavsiyede bulunduğunu belgeleyememesi halinde belirli davalarda federal mahkemelere dava açmasının engellenebileceğini kabul etmiştir (Yakut, 2009, s. 34-38).

Bu bakımdan arabuluculuk sistemi, uygulayıcılar için de pek çok yükümlülükler getirilerek etkin bir şekilde uygulanmaktadır.

ABD’de avukatlara yönelik sorumluluk davaları açılmasına karşılık, arabuluculara karşı pek az dava açılmaktadır. Bunun nedenlerinden biri, arabuluculara giderek artan bir şekilde sorumluluk davalarından dokunulmazlık tanınmasıdır. Bazı eyaletlerde, çoğu kez, kötü niyetli ve kasıtlı kusur hali dışında arabuluculara dokunulmazlık tanınmaktadır. Bu yasal düzenleme olmadığında dahi, mahkemeler arabuluculara dokunulmazlık tanımak eğilimindedir. Bu bakış açısı ve uygulama, yargıçların mesleki dokunulmazlığıyla bağlantılı yaklaşımın sonucudur. Zira yargıçlar verdikleri karardan ötürü yargılanamamaktadır (Karyağdı, 2007, s. 924).

ABD’de birçok eyalette arabuluculuk görüşmeleri sadece taraf avukatlarının değil, bizzat tarafların da katılımını gerektirmektedir. Bazı eyaletlerde avukatlar yerine bizzat tarafların katıldığı arabuluculuk süreçleri uygulanmaktadır. Arabulucu taraflarla bizzat, baş başa görüşebilir, kapalı toplantılar yapabilir ve bir tarafın diğer tarafa söylemek istemediği bilgileri öğrenebilir. Özellikle işçi-işveren uyuşmazlıklarında gidip gelme diplomasisi de denen bu yöntem başarılı bir şekilde kullanılmaktadır (Yakut, 2009, s. 40).

Arabuluculuk İngiltere’de, ABD’den sonra etkinlik kazanmıştır. Başlarda karşı çıkılsa da 1999’daki yargılama usulü reformundan sonra özel hukuk uyuşmazlıklarında başvuru bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu haline gelmiştir. Sistem ABD’dekiyle hemen hemen aynıdır (Bilgin, 2009a, s. 21). Mesleki ihmal, sözleşmenin ihlali, parasal uyuşmazlıklar, iflas, vasiyete ilişkin uyuşmazlıklar, iflas, tröst uyuşmazlıkları, bağışa ilişkin uyuşmazlıklar, arazi ve mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklar, vesayete ilişkin uyuşmazlıklar, kira hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, komşuluk hukuku uyuşmazlıkları, fikri mülkiyet hukuku uyuşmazlıkları, hakaret ve bedensel zarara ilişkin uyuşmazlıklar, arabuluculuğa uygun kabul edilir. Ayrıca aile hukuku uyuşmazlıkları için Aile Arabuluculuğu Programı da oluşturulmuştur (Ministry of Justice, 2021a). 10.000 Pound’a kadarki uyuşmazlıklarda arabuluculuk ücretinin devlet tarafından karşılandığı ‘Küçük Alacaklar Arabuluculuk Servisi’ mevcuttur. Kira hukuku uyuşmazlıklarında, mülk sahibi veya kiracıların başvurabileceği ücretsiz ‘Kira Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Servisi’ de vardır. 50.000 Pound’un altındaki uyuşmazlıklar içinse sabit fiyatlı arabuluculuk hizmeti verilmektedir. Arabuluculuk toplantıları gizlidir ve ancak tarafların kabulü halinde veriler üçüncü

kişilerle paylaşılabilir. Ayrıca, arabuluculuk sürecindeki beyanlar dava sürecinde kullanılamaz. Sürecin sonunda anlaşmaya varılması halinde imzalanan sözleşme tarafları bağlar; eğer anlaşma yapıldığı esnada mahkeme de sürüyorsa, mahkemenin kararı tarafların iradelerine uygun olarak verilir. Anlaşma olmaması halinde, taraflar uyuşmazlığın çözümü için dava yoluna başvurmakta serbesttir. İngiltere’de arabulucuların niteliklerini belirleyen yasal bir düzenleme mevcut değildir; ancak Sivil Arabuluculuk Konseyi, kayıtlı arabulucuların eğitim almasını, sigorta yaptırmış olmalarını, etik kurallara uymalarını ve gerekirse şikâyet edilebilmelerini sağlayan bir düzenleme sistematığına sahiptir (Ministry of Justice, 2021b).

Avustralya’da, arabuluculuk uyuşmazlıkların çözümü için en sık başvurulacak alternatif uyuşmazlık çözümüdür. Özellikle komşuluk hukuku, aile hukuku, sağlık hukuku, kira hukuku ve ticaret hukuku alanlarına giren uyuşmazlıklarda ve ceza hukuku alanına giren kimi uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulabilmektedir. Arabuluculuk Avustralya’da 1986’da ‘Avustralya Ticari Uyuşmazlıklar Merkezi’nin kurulmasından ve bu merkezin teşvik edici çalışmalarıyla mahkemelerin desteği sonrasında etkinlik kazanmıştır. Avustralya’da üç çeşit arabuluculuk yöntemi kabul edilmektedir: zorunlu, takdiri ve gönüllü arabuluculuk. Bazı eyaletlerde birtakım uyuşmazlıkların çözümü zorunlu arabuluculuğa tabi kılınmıştır. Bazı eyaletlerde ise hâkimin önüne gelen uyuşmazlığı takdiren arabulucuya gönderebilmektedir. Gönüllü arabuluculukta ise taraflar uyuşmazlık doğmadan, aralarında yaptıkları sözleşmede uyuşmazlık çözümü için arabulucuya başvuruyu zorunlu kılabilen veya uyuşmazlık doğduktan sonra anlaşarak arabulucuya başvurabilmektedir (Bilgin, 2009a, s. 22-23). Gizlilik ve benzeri uygulamalar bakımında, arabuluculuk uygulamasının Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi’nin diğer ülkelerine benzer olduğunu söylemek mümkündür.

2.3.3.3. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’nde Arabuluculuk

Arabuluculuk, Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi’nde doğmuş ve olgunlaşmış, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’ni benimseyen ülkelere ise ‘ithal’ olunmuştur. Bu başlık altında, Avrupa Birliği’nin arabuluculuk hakkındaki düzenleme ve çalışmalarıyla Almanya, Fransa, İtalya ve Avusturya’da arabuluculuk uygulamaları hakkında bilgiler verilecektir.

Avrupa Birliği, özellikle farklı ülkelerde bulunan taraflar arası ticari uyuşmazlıkların çözümü, yargıdaki iş yükü ve yargılama giderlerinin azaltılabilmesi için arabuluculuk konusunda teşvik edici düzenlemeler oluşturmıştır. Avrupa Konseyi bu konudaki ilk düzenlemeyi, 16 Eylül 1986 tarihinde, R (86) 12 sayılı Tavsiye Kararıyla yapmış, yargıda artan işyükünün azaltılması ve uzayan yargılama sürelerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde hükme bağlanan adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiğinden bahisle gerek yargılama esnasında, gerekse yargılama öncesinde uyuşmazlık taraflarına her türlü dostane çözümün telkin edilmesine tavsiye edilmiştir. 1998'de Avrupa Komisyonu tarafından özellikle tüketici hukuku uyuşmazlıkların dostane yollarla çözülmesini düzenlemek üzere 98/257/AT nolu tavsiye kararını yayımlamıştır. Bu, birlik düzeyindeki ilk düzenlemedir. 1999'da Finlandiya'da toplanan Avrupa Birliği zirvesinde, üye devletlerin uyuşmazlık çözümünde yeni usullerin geliştirilmesi gerektiğii konusunda üye devletler anlaşmış ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin daha fazla uygulanması için üye devletlerin teşvik edilmesi kararlaştırılmıştır. Mart 2000'de Avrupa Yargı Dışı Çözüm Ağı alt yapısı oluşturulmuş, FIN-NET sistemi uygulamaya geçmiştir (Taş, 2019, s. 61-62). Nisan 2002'de Avrupa Komisyonu tarafından yayımlanan Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözümlerine ilişkin yeşil kitap(Green Book) bu kapsamdadır. Kitapta, ulusal, uluslararası ve Avrupa genelinde mevcut durumu incelemek suretiyle Avrupa Birliği düzeyinde alınabilecek önlemlere dair görüşleri ve hedefleri ileri sürmüştür. 2004'te "Arabulucular İçin Avrupa Etik Kuralları" yayımlanmıştır (Bilgin, 2009b, s. 10). Yine de, 2008'de yayımlanan 2008/52/EC sayılı "Avrupa Birliği Sivil ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yönergesi"ne kadar arabuluculuk Avrupa Birliği'nde önemli bir uygulama alanı bulamamıştır. Yönerge'ye göre, bu kapsamdaki arabuluculuğun tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar hakkında gönüllü nitelikte olması gerektiğii belirtilmiştir. Üye devletlere, yargı yoluna başvurma hakkını engellemek şartıyla sivil ve ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk uygulaması getirme izni de verilmiştir. Ancak Yönerge'ye göre, özellikle aile hukuku ve iş hukukunda yoğun bir şekilde var olan, tarafların kendi iradeleriyle karar vermekte özgür olmadıkları hak ve yükümlülükler için Yönerge uygulanmamalıdır. Ayrıca Yönerge sadece sınırlar arası uyuşmazlıklara uygulanmak için düzenlenmiş, ancak üye devletlerin iç hukuk

uyuşmazlıklarına da uygulamasında bir engel olmadığı ifade edilmiştir (Bakırcı, 2019, s. 364, 366-367).

Almanya’da 2000 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medeni Usul Kanunu’nun Uygulanması Hakkında Kanun’a göre, sulh hukuk mahkemelerinin görev alanına giren ve değeri 750 Euro’nun altında olan uyuşmazlıklar, komşuluk hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklar, basın ve medya aracılığıyla gerçekleşenler hariç olmak üzere kişinin şeref ve haysiyetinin zedelenmesine ilişkin uyuşmazlıklar ve Eşit Muamele Kanunu’nun 3. maddesinde ifade edilen hususlarla ilgili uyuşmazlıklarda zorunlu uzlaşma ve dostane çözümlere başvurma bir dava şartı olarak kabul edilmiştir (Bayraktar, 2015, s. 153-154). Aynı düzenlemede eyaletlere mahkeme dışı arabuluculuğu uygulama konusunda serbesti tanınmış ve takip eden dönemde Nordrhein-Westfalen, Bavyera, Baden-Württemberg gibi eyaletlerinde mahkeme içi ve dışı arabuluculuğa dair farklı düzenlemeler yapılmıştır (Sevim, 2016, s. 61-62). Daha sonra, yoğun olarak sözleşmelere uyuşmazlıklar için arabuluculuğa başvurulacağına dair ‘arabuluculuk klostları’ eklenmiştir. 26 Haziran 2012’de yürürlüğe giren ‘Alman Arabuluculuk Kanunu’ ile arabuluculuk Alman Hukukunda varlık kazanmıştır. Bu Kanun’da arabuluculuk ‘ tarafların bir veya birden fazla arabulucu yardımı ile uyuşmazlıklarının barışçıl çözümü için çabaladıkları, gizlilik ilkesinin hakim olduğu ve kendine özgü belirli bir işleyiş yapısına sahip olan bir yöntem’ şeklinde tanımlanmıştır. Almanya’da arabuluculuk faaliyetini, kendisini arabulucu olarak tanıtan herkes gerçekleştirebilir. Bu alanda eğitim alarak ‘sertifikalı’ arabulucu olmak da mümkündür, ancak zorunlu değildir. Arabulucuların bir kuruma veya meslek odasına kayıt olma zorunluluğu da yoktur. Taraflar uyuşmazlık doğmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulacağını bir sözleşme maddesi olarak kabul edebileceği gibi, bu konuda ayrıca bir sözleşme de yapabilirler. Taraflar, arabulucuyu serbestçe seçebilir, seçilen arabulucuyu diledikleri zaman görevden alabilir (Bayraktar, 2015, s. 169-170). Almanya’da arabuluculuk daha çok aile hukuku, ticaret hukuku, iş hukuku uyuşmazlıklarıyla bilgi teknolojilerinde uyuşmazlıklara uygulanmaktadır. Çocukların okul içinde karşılaştıkları problemlerin çözümü için akran arabuluculuğu da mevcuttur (Sevim, 2016, s. 63).

Avusturya, arabuluculukla ilgili en kapsamlı yasal düzenlemeleri yürürlüğe koyan ilk Avrupa Birliği ülkesidir. 2004’te kabul edilen Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu, Avrupa Birliği Arabuluculuk Direktifi tasarısına uygun

bir şekilde kabul edilmiştir. Kanun, tüm özel hukuk uyuşmazlıklarını kapsamaktadır. Taraflar doğrudan arabulucuya başvurabileceği gibi, mahkemenin teklifi üzerine de uyuşmazlığı arabulucu önüne götürebilirler. Arabulucu olmanın belli şartları vardır. Bunlar, 28 yaşını doldurmak, uzmanlık bilgisine sahip olmak, güvenilir olmak ve mesleki sorumluluk sigortası yaptırmaktır. Lisans düzeyinde hukuk eğitimi almak şartı bulunmamakta olup arabulucular eğitimlerine göre dört kategoriye ayrılmıştır. Bunlar hukuk eğitimi alanlar, psikoloji eğitimi alanlar, iktisat ve işletme eğitimi alanlar ve diğer alanlarda eğitim alanlardır (Sevim, 2016, s. 65-68).

Fransa’da mahkeme içi arabuluculuk ve mahkeme dışı arabuluculuk birbirinden ayrıdır. 2008/52/EC yönerge iç hukuka uygulanana kadar, mahkeme içi arabuluculuk olarak kabul edilen adli arabuluculuk ve uzlaştırma kabul edilmiştir. Arabuluculuk özellikle aile hukuku, ticaret hukuku ve bazen iş hukuku uyuşmazlıklarında kullanılan bir yoldur. Aile hukuku uyuşmazlıklarına yönelik özel düzenlemeler vardır. Mahkeme içi arabuluculukta, arabulucuyu atamak hâkimin göreviyken, mahkeme dışı arabuluculukta taraflar arabulucuyu serbestçe belirleyebilir. Fransa’da arabulucuların hukukçu olma şartı yoktur; uyuşmazlığın türüne göre gereken nitelikleri taşımak ve arabuluculuk faaliyetine uygun eğitim ve deneyim sahibi olmak aranan şartlardır. Ayrıca arabulucu olmak isteyen kişi, daha önce suç işlememiş olmalı ve iyi ahlakın gerektirdiği karakter özelliklerini taşımalıdır. Mahkeme içi arabuluculuk görevinin layığıyla yerine getirilmemesi halinde, mahkeme taraflardan birinin talebi ve durumun tespiti halinde, süreci sonlandırabilir. Mahkeme dışı arabuluculukta ise tarafların en az biri veya tümü süreci serbestçe sonlandırabilir (Dür, 2017, s. 192-196). Fransa’da arabuluculuk faaliyeti davanın tamamını kapsayabileceği gibi, bir kısmı için de yapılabilir. Arabuluculuk faaliyeti, esas olarak gönüllüdür. Zorunlu arabuluculuk yolu, dava şartı olarak, birtakım iş hukuku uyuşmazlıkları ve aile hukuku uyuşmazlıkları için tanınmıştır (Sevim, 2016, s. 73-75; Dür, 2017, s. 197).

İtalya, arabuluculuk konusunda erken düzenlemeler yapan bir ülkedir. 1931’de arabuluculukla ilgili ilk düzenlemeler yapılmış ve 1940’ta mahkeme içi arabuluculuk kabul edilmiştir (Dür, 2017, s. 183). İtalya’da 1991’de düşük miktar talepli uyuşmazlıkları çözmeye yetkili hâkimleri, aynı zamanda arabulucu olarak da görevlendiren bir düzenleme kabul edilmiş, 1993’te ticaret odalarına arabuluculuk yetkisi tanınmış, 1998’de ise birtakım ticari uyuşmazlıkların çözümü için ticaret odaları önünde

arabulucuya başvuru dava şartı olarak kabul edilmiştir. 2004'te yürürlüğe giren bir başka düzenleme ile tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk yolu tanınmış, 2010'da çıkarılan 180 sayılı kararnameyle arabuluculuk kurumsal bir zemine oturtulmuş, kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Yine 2010'da çıkarılan 28 sayılı kararnamede hukuki ve ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler yürürlüğe konmuştur. 28 sayılı kararnamede gönüllü arabuluculuk, zorunlu arabuluculuk, sözleşme uyarında arabuluculuk ve hakim önerisiyle yapılan arabuluculuk olmak üzere dört farklı arabuluculuk şekli kabul edilmiştir. Aynı kararnamede, ortak mülkiyet, taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklar, telekomünikasyon sektöründeki tüketici uyuşmazlıklarında, mal paylaşımı, miras, aile içi sözleşmeler, leasing, ticari leasing, tıbbi uygulama hatası, teminat, basın ve diğer kamusal yollarla hakaret, sigorta, banka ve finans sözleşmeleriyle ilgili uyuşmazlıklar için dava şartı zorunlu arabuluculuk uygulaması getirilmiştir (Sevim, 2016, s. 87; Dür, 2017, s. 187). İtalya'da arabulucu olmak isteyen avukatların Adalet Bakanlığı'na başvurmaları yeterlidir. Sadece baroların listelerinde yer almak isteyen avukatların 16-18 saat eğitim alması gerekmektedir. Bunlar haricinde, 50 saatlik arabuluculuk eğitimi almak şarttır (Sevim, 2016, s. 87-88).

2.3.3.4. Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk

Milletlerarası kuruluşlar tarafından, çok uluslu uyuşmazlıklar için oluşturulmuş arabuluculuk kuralları mevcuttur. Özellikle ticari uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmak amacıyla oluşturulan kuralların, diğer hukuki uyuşmazlıklara uygulanması da mümkündür. Bu başlık altında sırasıyla Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu(UNCITRAL), Milletlerarası Ticaret Odası(ICC), Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi(ICSID), İstanbul Tahkim Merkezi(ISTAC) tarafından oluşturulan arabuluculuk kuralları ve milletlerarası özel hukuktaki arabuluculuk kurallarıyla ilgili birtakım anlaşmalar incelenecektir.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu(UNCITRAL), çalışmalarıyla genelde tahkim alanında düzenlemeler oluşturmuştur. Ancak alternatif uyuşmazlık çözümleri konusunda yaşanan gelişmelere de kayıtsız kalmamıştır. 1980'de hazırlanan UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları bu konudaki çalışmaların en önemlisidir. Kurallar, 35/52 sayılı kararla, 4 Aralık 1980'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu

tarafından tavsiye edilmiştir. UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları, modern ve kurumsal arabuluculuğu geniş ölçüde etkilemiştir (Yarar, 2019, s. 146-147).

UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları, taraf iradesine üstünlük tanımaktadır. Süreç tarafların bir arabuluculuk sözleşmesi akdetmesiyle başlamaktadır. Taraflardan biri diğerine yazılı olarak arabuluculuk sürecini teklif edebilir; diğer tarafın sözlü veya yazılı kabulüyle arabuluculuk süreci başlar; ancak sözlü kabulün yazılı olarak teyidi önerilir. Teklifi yapan taraf, otuz gün boyunca teklifiyle bağlıdır. Otuzuncu günün sonunda, karşı taraf teklife cevap vermezse teklif reddedilmiş sayılır. Süreç kural olarak tek arabulucuyla gerçekleşir. Ancak taraflar birden fazla arabulucu da seçebilir. Tek arabulucu seçildiğinde, arabulucuya taraflar birlikte karar verir. Bu arabulucunun taraflarla aynı milletten olmaması gerekir. İki arabulucu seçileceği kararlaştırıldıysa, taraflar birer arabulucu belirler. Bu iki arabulucu taraflarla aynı milletten olabilir. Örneğin taraflar İtalyan ve Fransız'sa ve iki arabulucu seçilmişse, arabuluculardan biri Fransız, diğeri İtalyan olabilir. Üç arabulucu kararlaştırıldıysa, üçüncü arabulucu taraflardan başka bir milletten olmalıdır. Süreci arabulucu yönetir. Tarafların iradesine bağlı olarak arabulucuya çeşitli yetkiler verilebilir. Arabulucu, sürecin başlangıcında taraflara uyuşmazlığın genel özellikleriyle önemli kısımlarını ifade eden kısa bir açıklama sunmalarını yazılı olarak ister. Arabulucu, bunun haricinde de taraflardan her zaman ek bilgi ve beyan isteyebilir. Her bir taraf, arabulucuya sundukları yazılı açıklamayı, uyuşmazlığın diğer tarafına da gönderir. Görüşmelerde gizlilik ilkesi hâkimdir. Arabulucu, taraflara çözüm önerileri sunabilir. Süreç, tarafların uzlaşması, uzlaşmaması veya arabulucunun süreci devam ettirmede tarafların görüşünü alarak yarar görmediğine karar vermesi halinde sona erer. Arabuluculuk ücreti ve masraflar, kural olarak taraflarca eşit oranda karşılanır; ancak tarafların aksi yönde anlaşması da mümkündür (Yarar, 2019, s. 148-152; Erdem, 2020, s. 728-739).

UNCITRAL 'Arabuluculuktan Doğan Milletlerarası Anlaşma Belgelerine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin nihai taslaklarını 26 Haziran 2018'de onaylamış, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Aralık 2018'de sözleşmeyi oybirliğiyle kabul etmiş ve sözleşme Singapur'da imzaya açılmıştır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu sözleşmenin Singapur Sözleşmesi veya Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi olarak bilinmesini önermiştir. Sözleşme Türkiye dahil 46 devlet tarafından imzalanmıştır (Yarar, 2019, s. 153).

Sözleşme, 22 Nisan 2021 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 3866 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı’yla onanarak yürürlüğe girmiştir (Resmi Gazete, 2021).

Singapur Sözleşmesi, sözleşmenin birinci maddesine göre ticari uyuşmazlığın çözümü konusunda, arabuluculuk görüşmesi sonucunda taraflarca yapılan yazılı ve yapıldığı anda milletlerarası nitelik taşıyan sulh anlaşmalarına uygulanır. Bunun için, anlaşmanın en az iki tarafının iş yerlerinin farklı devletlerde bulunması veya anlaşmanın taraflarının iş yerlerinin bulunduğu devletin, anlaşmadan doğan borcun esaslı bir kısmının ifa edileceği devletten veya anlaşmanın konusunun en sıkı ilişkili olduğu devletten farklı olması gerekmektedir. Singapur Anlaşması, taraflarda birinin tüketici olarak şahsı veya ailesi için yaptığı işlemlerden veya aile miras veya iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümü için yapılan anlaşmalara; mahkeme tarafından tasdik edilen veya yargılama esnasında yapılan; mahkemenin bulunduğu devlette mahkeme kararı olarak infaz edilen ya da hakem kararı olarak kaydedilen ve yerine getirilen anlaşmalara uygulanmaz. Singapur Sözleşmesi’ne taraf devletler, kendi usul kuralları ve sözleşme şartlarına uygun olarak, sulh anlaşmalarını yerine getirmeyi kabul etmişlerdir. Buna göre, sulh anlaşmasına dayanan taraf, hukuki yollara başvururken taraflarca imzalanan sulh sözleşmesini ve sulh sözleşmesinin arabuluculuk sonucu yapıldığını gösterir sulh anlaşmasının üzerindeki arabulucu imzası, arabuluculuğun yapıldığına dair arabulucu tarafından imzalanan belgeyi, arabuluculuğun bünyesinde yapıldığı kurum tarafından düzenlenen belgeyi veya bunların hiçbiri yoksa yetkili makamlarca kabul edilebilir herhangi bir delili sunmak durumundadır. Sulh anlaşması başvuruda bulunan akit devletin resmi dilinde değilse, başvuruda bulunulan yetkili makam anlaşmanın kendi diline tercümesini talep edebilir. Ayrıca, yetkili makam, Singapur Sözleşmesi’nde öngörülen şartların yerine getirildiğini teyit eden gerekli herhangi bir belgeyi de başvurucudan isteyebilir. Yetkili makam, ivedi hareket etmelidir. Sözleşmenin 5.maddesine göre; anlaşmanın taraflarından biri ehliyetsizse, anlaşma taraflarca tabi kılınan hukuka, taraflarca tabi kılınan hukuk yoksa Sözleşmenin 4. maddesi uyarınca talebin yapıldığı yetkili makamın ait olduğu devletin hukukuna göre geçersiz ve hükümsüzse veya işlerlik kazanmamışsa, ifa edilebilir değilse, anlaşma hükümleri bağlayıcı ve nihai değilse, anlaşma sonradan tadil edildiyse, sulh anlaşmasına konu borç ifa edilmişse, açık ve anlaşılabilir değilse, talebin kabulü anlaşmaya aykırıysa, arabulucuya veya arabuluculuğa uygulanabilir standartların arabulucu tarafından ciddi

şekilde ihlal edilmişse ve bu ihlal olmasaydı söz konusu tarafın sulh anlaşmasını yapmayacaksa veya arabulucunun tarafsızlığı veya bağımsızlığına ilişkin haklı şüphe uyandıracak durumları arabulucunun, taraflara ifşa etmemesi ve bu ifşayı yapmamasının taraf üzerinde önemli veya haksız bir etki oluşturması ve bu kusur olmasaydı söz konusu tarafın sulh anlaşmasını yapmayacak olması ya da başvurunun yapıldığı akit devleti yetkili makamının aynı zamanda talebin başvurulmuş devletin kamu düzenine aykırı olması veya başvuru devletin hukukuna göre arabuluculuğa elverişli olmayan bir konu için yapılmış olduğunu tespit etmesi halinde başvuruyu reddedebilir (Resmi Gazete, 2021).

Milletlerarası Ticaret Odası(ICC-International Chamber of Commerce) 1 Ocak 2014'ten beri yürürlükte olan "ICC Arabuluculuk Kuralları"nı kabul etmiştir. ICC bünyesinde, ICC Arabuluculuk Kuralları'na uygun olarak yürütülen arabuluculuk faaliyetlerinin yönetildiği ve denetlendiği bağımsız bir yapı olması amacıyla Uluslararası Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Merkezi(International Centre for ADR) oluşturulmuştur. ICC Arabuluculuk Kuralları, birçok uyuşmazlıkta kullanılmaktadır (Yarar, 2019, s. 166-167).

ICC Arabuluculuk Kuralları, kural olarak ticari uyuşmazlıkların çözümüne uygulanacak düzenlemeler içerir. Kurallar, genel bir çerçeve çizmekte, kuralların ruhuna aykırı olmamak koşuluyla taraflara kuralları belli ölçüde değiştirme imkanı vermektedir. Kuralların taraflarca değiştirilmesi konusunda, arabulucu atama ve onayı anına göre bir ayrım mevcuttur. Taraflar, arabulucunun atanması veya onaylanması anına kadar kurallarda serbestçe değişiklik yapabilirken, arabulucu atama veya onayından sonra ancak arabulucunun da kabulüyle kurallarda değişikliğe gidebilirler. Kurallar, sadece ICC üyelerine değil, kuralları uygulamak isteyen herkese uygulanabilir. Taraflar, arabuluculuk sürecine ICC Arabuluculuk Kuralları'nın uygulanacağını esas sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede kararlaştırmak şartıyla, arabuluculuk sürecini başlatabilmek için öncelikle kayıt ücretini yatırır ve kendileri, temsilcileri ve uyuşmazlıkla ilgili bilgileri ICC'ye gönderirler. Taraflar, Uluslararası ADR Merkezi tarafından onaylanmak üzere bir arabulucu seçebilirler. Arabulucu seçiminde mutabakata varamazlarsa, Merkez taraflara danıştıktan sonra bir arabulucu atayabilir veya bir arabulucu listesini taraflara önerebilir. Arabuluculuk yeri, taraflarca kararlaştırılır; ancak bu konuda taraflar bir karar vermezse Merkez tarafından arabuluculuk yeri belirlenebilir veya Merkez arabulucuyu arabuluculuk yerini belirlemeye davet edebilir. İradilik ve gizlilik ICC Arabuluculuk Kuralları'ndaki en önemli ilkelerdir. Arabuluculuk usulü taraflarca belirlenebilir; bu

durumda arabulucu taraflara usule ilişkin bilgilendirici bir yazı gönderir. Taraflarca kararlaştırılmayan konularda ICC Arabuluculuk Kuralları esas alınır, eğer ICC Arabuluculuk Kuralları'nda bu konuda bir hüküm yoksa, Merkez ve ICC Kuralların ruhuna uygun çözümler geliştirir. Sürecin anlaşmayla sonlanması halinde anlaşma belgesi gizlidir; ancak anlaşmanın yürürlüğe konulması amacıyla gerekli olması durumunda ilgili husus ifşa edilebilir. Taraflar ve arabulucu gizlilik ilkesine riayet etmek zorundadır (Yarar, 2019, s. 168-169; Erdem, 2020, s. 726-728).

1961-65 yılları arasında, Dünya Bankası tarafından 'Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon(ICSID)' veya 'Washington Anlaşması' hazırlanmış, bu anlaşma kapsamında Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez(ICSID), 1965'te Dünya Bankası bünyesinde uluslararası yatırımlarla ilgili sorunların çözümü için kurulmuştur. 1960'larda yükselen iktisadi milliyetçilik ve ABD sermayesinin pek çok ülkede el koyma sorunlarıyla karşılaşması ICSID'in oluşturulmasında başat etkindir (Panitch & Gindin, 2019, s. 126).¹⁵ ICSID'in amacı, Konvansiyon'a taraf devletlerle vatandaşlar arasındaki yatırımlara ilişkin uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla çözülmesidir. Bu kapsamda yayımlanan ICSID Arabuluculuk Kuralları, akit devletleriyle diğer akit devletlerin vatandaşları arasında, yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamaktadır. ICSID bünyesinde arabuluculuk faaliyeti, herhangi bir akit devletin veya akit devleti vatandaşının sürecin başlaması için ICSID Genel Sekreterliği'ne talebin bir örneğini karşı tarafa göndermesi için yazılı olarak başvurusu gerekmektedir. Talepte, arabuluculuğa konu uyuşmazlık, taraflar ve tarafların arabuluculuk yönteminin uygulanmasını kabul ettiklerine ilişkin bilgi ve belgeler yer alır. Genel Sekreter talebin yargı yetkisi kapsamında olduğunu telakki ettikten sonra kaydını yaparak tarafları bu konuda bilgilendirir. Kayıttan sonra Genel Sekreterlik tarafından bir Arabuluculuk Komisyonu oluşturulur. Komisyon, tek arabulucudan, taraflarca tek sayı olmak üzere istenilen sayıda arabulucudan ya da taraflarca arabulucu sayısı ve yöntemi konusunda anlaşılabilmesi halinde her bir tarafın birer arabulucu belirlemesi, sonrasında aynı zamanda komisyon başkanı olacak başka bir arabulucu belirleyerek üç arabulucu atamasıdır. Taraflar bu yönde bir belirlemeyi anlaşmada belirlenen sürede

¹⁵ 1960'larda Batı Almanya, 40'tan fazla iki taraflı anlaşma imzalayarak yatırımcıları koruma altına alan çağdaş iki taraflı yatırım anlaşmalarını başlatmıştır (Panitch & Gindin, 2019, s. 126).

tamamlamamaları veya arabuluculuk talebinin Genel Sekreterlik tarafından kabul edilmesini izleyen 90 gün içerisinde komisyonun ihdas edilememesi halinde Komisyon başkanı taraflara da danışmak suretiyle arabulucu atayacaktır. Komisyon, arabuluculuk faaliyetinde önemli rol oynamaktadır. Komisyon, uyuşmazlığın açıkça belirlenmesi ve her iki tarafça kabul edilecek bir çözüm yolu olarak uyuşmazlığın çözümüyle görevlidir. Komisyon bu süreçte her aşamada taraflara uzlaşma hususunda tavsiyede bulunabilir. Süreç sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşmaya ilişkin rapor Komisyon tarafından yayımlanır. Bu raporda, mevcutsa tarafların anlaşamadığı hususlara da yer verir. Eğer sürecin herhangi bir aşamasında tarafların uzlaşamayacağı Komisyon tarafından tespit edilirse, süreç Komisyon tarafından durdurulabilir ve bu durumda Komisyon sürecin anlaşamamayla neticelendiğine dair bir rapor yayınlar. ICSID Arabuluculuk Kuralları'na göre arabuluculuk faaliyeti gizlidir. Taraflar, Komisyon raporunu, tavsiyelerini, diğer tarafın beyanlarını ve önerilerini mahkeme ve tahkimde kullanamaz. Ancak taraflarca bu kuralın aksi kararlaştırılabilir (Yarar, 2019, s. 170-173; Yılmaz, 2020).

İstanbul Tahkim Merkezi(ISTAC), 29/11/2014'te yayımlanan ve 01/01/2015'te yürürlüğe giren 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu'yla kurulmuştur. Kanun'un dördüncü maddesine göre tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin kuralları belirlemek ve hizmetlerin yürütülmesini sağlamak ve tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle ilgili tanıtım ve yayın yapmak, bu konudaki bilimsel çalışmaları teşvik etmek, desteklemek, gerçekleştirmek, yurt içi ve yurt dışındaki ilgili kişi ve kurumlarla iş birliği yapmak ISTAC'ın görevleridir (Resmi Gazete, 2014). ISTAC Arabuluculuk ve Tahkim Kuralları 26/10/2015'te yürürlüğe girmiştir. ISTAC Türkiye ve diğer ülkelerdeki tacirler arasındaki ticari uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk hizmet sunmaktadır (Yarar, 2019, s. 173).

ISTAC Arabuluculuk Kuralları'nın birinci maddesine göre bu kurallar özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanabilir. Uyuşmazlıkların ISTAC nezdinde çözümü için tarafların bu hususu esas sözleşmede bir arabuluculuk şartına yer vermeli ya da bir arabuluculuk sözleşmesi yapmalıdır. Bunlar yoksa dahi taraflar gönüllü olarak süreci başlatabilirler. Sürecin başlayabilmesi için bir başvuru yapılması gerekmektedir. Arabuluculuk sürecini başlatmak isteyen taraf başvuruyu şahsen, posta yoluyla veya elektronik yolla ISTAC'a iletilir. Bu başvuru, tarafların ad, soyad, unvan, adres, telefon ve faks numaralarıyla elektronik posta adreslerini, varsa temsilci ve vekillerinin ad, soyad, adres ve diğer

iletişim bilgilerini, uyuşmazlık konusunu, talep sonucuyla birlikte miktarı belirli olan taleplerin tutarlarını ve değerinin tayin edilmesine imkan olmayan hallerde bu taleplerin yaklaşık parasal değerlerini, ilgili sözleşmelerle birlikte varsa arabuluculuk sözleşmesini veya arabuluculuk şartı nüshalarını, belirlenmişse arabuluculuk yeri, dili, arabulucuların sayısı ve uzmanlık alanları gibi konulara ilişkin taraflarca uzlaşılan hususları ve başvuru masraflarının ödendiğine dair makbuzu ihtiva etmek zorundadır. Bu evrakların sunulduğu ve masrafların ödendiği tarih, arabuluculuk sürecinin başlangıç tarihi olarak kabul edilir. ISTAC Sekreteryası, başvuruyu karşı tarafa bildirir; bildirim tarihinden itibaren on beř gün içinde karşı taraf cevap dilekçesi sunabilir. Karşı tarafın talep etmesi halinde, Sekreteryaya on beř günü aşmayacak şekilde ek cevap süresi de verebilir. Kurallar'ın altıncı maddesine göre yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklarda ancak Adalet Bakanlığı siciline kayıtlı arabulucular görev alabilir; yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda bu kurala uyulmaz. Kural olarak, tek arabulucu sečilir; ancak tarafların kararıyla ve uyuşmazlığın niteliğinin gerektirmesi durumunda birden fazla arabulucu seçilmesi mümkündür. Arabulucunun seçiminden sonraki iki gün içinde başvuru ve cevap dilekçeleriyle ekleri Sekreteryaya tarafından arabulucuya gönderilir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça süreç gizlidir. Tarafların anlaşması, taraflardan birinin süreçten çekildiğini bildirmesi, tarafların süreci sona erdirme konusunda anlaşması ve arabulucunun taraflara danıştıktan sonra sürecin devamı için daha fazla çaba göstermeye gerek olmadığını tespit etmesi durumlarında arabuluculuk süreci sona erer. Süreç sona erdiğinde arabulucu bir tutanak hazırlar ve taraflarla birlikte bu tutanağı imzalar. Taraflardan biri, bu tutanağı imzalamak istemezse çekincesinin sebebini arabulucu belirterek imzalar. Arabuluculuk sürecinin tarafların anlaşmasıyla sona ermesi durumunda, tarafların talebi ve taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının bulunması koşuluyla arabulucu ISTAC Divanı tarafından hakem olarak tayin edilebilir. Bu durumda arabuluculuk(sulh) anlaşması, hakem kararı olarak tespit edilebilir. Arabuluculuk masrafları ISTAC idari masrafları ile arabulucu ücretini iğerir. ISTAC idari masrafını başvurucu öder; bu ödeme iade edilmez. Arabulucu ücreti ise, yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklarda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Arabuluculuk Ücret Tarifesi hükümleri uygulanır. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda Arabulucu ücreti hakkında, taraflar ve arabulucu anlaşabilir;

anlaşamadıkları takdirde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Arabuluculuk Ücret Tarifesi hükümleri uygulanır (İstanbul Tahkim Merkezi, 2015).

2.3.3.5. Türk Hukukunda Arabuluculuk

Arabuluculuk Türk hukuk sistemine, 2012'de kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile girmiştir. Kanun 2017'de kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda önemli değişiklikler yapmış, ayrıca iş hukuku uyuşmazlıklarının önemli bir kısmı için arabuluculuğu dava şartı olarak kabul ederek zorunlu arabuluculuk uygulamasını getirmiştir. Bu düzenlemeyi, zorunlu arabuluculuk sistemini ticari uyuşmazlıklar tüketici uyuşmazlıkları için kabul eden başka düzenlemeler de izlemiştir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun ikinci maddesinde arabuluculuk şu şekilde tanımlanmıştır:

Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi

Kanun hükmünden, arabuluculuğun iradi bir süreç olarak kabul edildiği, tarafsız ve bağımsız olduğu kabul edilen esas olarak iletişimci rolü verilen arabulucuya birtakım şartlar altında çözüm önerisi sunma imkanı tanındığı ve arabuluculara eğitim şartı tanınmış bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilmiştir.

6325 sayılı Kanun'un üç, dört ve beşinci maddeleri arabuluculuğa ilişkin temel ilkelere ayrılmıştır. Üçüncü maddeye göre, iradilik ve eşitlik; dördüncü maddeye göre gizlilik ve beşinci maddeye göre beyan ve belgelerin kullanılamaması temel ilkeler olarak kabul edilmiştir. Buna göre, taraflar arabulucuya başvurma, süreci sürdürme ve sonuçlandırma ile süreçten vazgeçme konularında serbesttir(iradilik) ve bu süreçte taraflara eşit haklar tanınmıştır(eşitlik). Taraflar aksini kararlaştırmadıkça arabulucu, taraflar ve görüşmelere

katılan kişiler arabuluculuk sürecinde sunulan ve başka şekilde öğrenilen bilgi ve belgelerle diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür(gizlilik). Arabuluculuğa konu uyuşmazlık hakkında hukuk davası açıldığında veya tahkim yoluna başvurulduğunda, arabulucu, taraflar ve sürece katılan üçüncü kişiler taraflara yapılan arabuluculuk davetini veya bir tarafın arabuluculuk sürecine katılma yönündeki isteğini, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözülmesine ilişkin taraflarca ileri sürülen görüş ve teklifleri, arabuluculuk sürecinde taraflarca ileri sürülen görüş ve teklifleri, arabuluculuk faaliyetinde taraflarca ileri sürülen önerilerle herhangi bir vakıa veya iddia hakkındaki kabulü, sadece arabuluculuk faaliyeti sebebiyle hazırlanan belgeleri delil olarak ileri süremez, ayrıca bunlar hakkında tanıklık da yapamaz. Bu belge ve bilgilerin açıklanmasını mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam isteyemez; bu beyan ve bilgiler delil olarak sunulsa dahi hükme esas alınamaz, ancak sadece söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredilmesi veya süreç sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir. Görüldüğü gibi, gizlilik son derece kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hükme aykırılık durumunda, Kanun'un 33. maddesine göre, aykırılıktan zarar görenin şikayeti üzerine faile altı aya kadar hapis cezası verileceği hükme bağlanmıştır.

Arabuluculuk sürecinde geçen sürenin zamanaşımı ve hak düşürücü süre hesabında dikkate alınmayacağı 6325 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle kabul edilmiştir.

6325 sayılı Kanun'un 20.maddesi arabulucu olmak isteyen kişilerin taşımaları gereken niteliklere ilişkindir. Buna göre Türk vatandaşı olmak, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak, tam ehliyetli olmak, Türk Ceza Kanununun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak, terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak, arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Adalet Bakanlığı tarafından yapılan yazılı sınavda başarılı olmak arabulucu olmak isteyen kişilerin taşınması gereken niteliklerdir. Eğitim şartını düzenleyen 22.maddeye göre, arabuluculuk eğitimi hukuk fakültesi

tamamlandıktan sonra alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesine yönelik temel bilgileri, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nde gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri kapsamaktadır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 32.maddesine göre bu eğitimin altmış sekiz saati teorik, on altı saati pratik olmak üzere toplam seksen dört saat olması gerekmektedir. Ayrıca üç yılda bir defa, sekiz saatten az olmamak üzere yenileme eğitimi de almak gerekir. Eğitimi tamamlayan ve diğer şartları sağlayan kişiler arabulucu siciline kayıt olmak hakkı kazanır. Sicile kayıttan sonra arabuluculuk yapılabilir.

6325 sayılı Kanun'un 28 ila 30.maddelerine göre, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde Arabuluculuk Daire Başkanlığı kurulmuştur. Daire Başkanlığı, arabuluculuk hizmetlerinin sürdürülmesi, tanıtılması, idari işleyişin oluşturulması ve devamlılığı, geliştirilmesi, arabuluculuk eğitimi verecek kuruluşların sicile kaydı ve kayıt sürelerinin uzatılmasına ilişkin taleplerinin Adalet Bakanlığı'na sunulması, arabuluculuk sicilinin tutulması, sicil kayıt taleplerinin karara bağlanması, sicile kayıtlı kişilere ilişkin bilgilerin elektronik ortamda duyurulması ve sicilden silinmelere karar verilmesi konularında yetkili kılınmıştır.

Türk Hukuk sisteminde zorunlu ve iradi olmak üzere iki arabuluculuk türü kabul edilmiştir. İradilik ilkesinin istisnasını oluşturan dava şartı(zorunlu) arabuluculuk, Kanun'un 2012'de kabul edilen ilk halinde mevcut olmayıp 2017'de kabul edilmiştir. Zorunlu arabuluculuk 6325 sayılı Kanun'un 18/A maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre zorunlu arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar için, dava açmadan önce arabulucuya başvurmak ve dava dilekçesine veya mahkemenin vereceği bir haftalık kesin süre içerisinde dava dosyasına arabuluculuk sonuç tutanağını sunmak gerekmektedir; aksi halde dava, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilecektir. Zorunlu arabuluculuk süreci en fazla üç hafta sürebilir, zorunlu hallerde bu süre bir hafta uzatılabilir. Bu süreçte zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemez. Zorunlu arabuluculuk başvurusu, dava için yetkili olan yargı çevresinde yapılmalıdır; ancak arabulucu yetki konusunu kendiliğinden inceleyemez. Uyuşmazlığın diğer tarafları, başvurunun yetkili olmayan yerde yapıldığını düşünüyorsa, arabulucuya en geç ilk toplantıda yetki itirazını ve bu konudaki belgeleri sunar. Arabulucu itirazı derhal görevli sulh hukuk mahkemesine gönderir ve yetki konusunda sulh hukuk mahkemesi tarafından alınan karara göre yetkili yerde

başvurulmuşsa görüşmelere devam edilir, yetkisiz yerde başvurulmuşsa başvurucuya karar tebliğ edilerek yetkili yerde arabuluculuk başvurusu yapması için bir hafta süre verilir. Eğer bu sürede yetkili yerde arabuluculuk başvurusu yaparsa, yetkisiz yerdeki başvuru tarihi, arabuluculuk sürecine başvuru tarihi kabul edilir. Taraflar ilk toplantıya katılmak zorundadır; eğer geçerli mazeret bildirmeksizin taraflardan en az birinin toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyeti sona erdiyse, toplantıya katılmayan taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa dahi, tüm yargılama giderlerinden sorumlu tutulur ve lehine vekalet ücretine hükmedilmez. Ancak ilk toplantıya katıldıktan sonra taraflar istedikleri zaman görüşmeleri sona erdirmeye hakkına sahiptir. Süreç sonunda anlaşma olması halinde taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti eşit şekilde karşılanır. Taraflar anlaşamaması, taraflara ulaşamaması ve tarafların katılmaması nedeniyle görüşmelerin sona ermesi durumunda ise arabulucunun iki saate kadarki ücreti Adalet Bakanlığı tarafından karşılanacağı kabul edilmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3.maddesiyle iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları haricinde kalan tüm iş hukuku uyuşmazlıklarına dava şartı olarak arabuluculuk kabul edilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'na 06/12/2018'de eklenen 5/A maddesiyle Türk Ticaret Kanunu'nun 4.maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 22/07/2020 tarihinde eklenen 73/A maddesiyle tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuru dava şartı haline getirilmiştir. Görüldüğü gibi, iş hukuku, ticaret hukuku ve tüketici hukuku alanına giren uyuşmazlıkların çok büyük bir kısmında zorunlu arabuluculuk kabul edilmiş, bir diğer değişle hukuk yargılaması kapsamındaki uyuşmazlıkların önemli bir kısmı için arabuluculuğa başvuru dava şartı haline gelmiştir.

Dava şartı arabuluculuk uygulaması doktrinde ciddi şekilde eleştirilmektedir. Bakırcı, dava şartı arabuluculuk uygulamasını iş hukuku uyuşmazlıkları yönünden incelediği makalesinde, dava şartı arabuluculuğun iradilik ilkesine açıkça aykırı olduğunu, bu konudaki düzenlemelerin ABD'deki uygulamanın ve 2008/52/EC sayılı AB Yönergesi'nin dahi ötesine geçtiğini, arabuluculuk sürecindeki ilk oturuma katılmamanın davadaki yargılama giderlerinin tamamından sorumlu olma şeklindeki yaptırıma

bağlanmasının taraflara arabuluculuk sürecini istediği zaman sonlandırma imkânını vermediğini, işveren ve işçilerin eşit konumda olmamaları nedeniyle işçinin haklarının sendika veya avukat tarafından temsil edilmemesi halinde gerçekten ölçememesi ve iş hukukunun temel ilkesi olan işçinin korunması ilkesinin ihmali sonucunu doğuracağını, bu durumun kadın işçilerle güç durumdaki bazı işçi gruplarında daha ağır etkiler yaratacağını, zorunlu arabuluculuk uygulamasının adalete erişim ve adil yargılanma haklarına güvence sağlayamayacağını ifade etmiştir (2019, s. 371-381). Ancak, dava şartı arabuluculuk uygulamasında tarafların sürece katılımları zorunlu kılınsa da, sürecin sürdürülmesi ve sonuçlanması tarafların isteğine bağlı olduğundan iradilik ilkesinin işlevini sürdürdüğünü ve sürecin devamıyla sonuçlandırılması zorunluluk bulunmamakta ve dava açma imkanı ortadan kalkmamaktadır (Dür, 2017, s. 256; Yağcıoğlu, 2018, s. 475). Bu bakımdan adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği savunulmaktadır (Dür, 2017, s. 256). Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2013'te yayımladığı 2013/11 nolu önergesinde taraflara dava yoluna başvurma hakkının tanınmış olması şartıyla üye devletlere dava şartı arabuluculuk düzenlemesi getirme imkanı verilmiştir (Özel, 2020, s. 883).

2.3.4. Tahkim

Tahkim, birtakım özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde tarafların anlaşmasıyla oluşturulan hakem veya hakemler tarafından, tarafların anlaşarak belirlediği maddi ve usuli kurallara göre uyuşmazlığın çözülmesinin amaçlandığı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu bölümde öncelikle tahkimin genel özellikleri ve çeşitleri incelendikten sonra Dünya'da ve Türk Hukuku'nda tahkim uygulamaları ele alınacaktır.

2.3.4.1. Tahkimin Genel Özellikleri

Tahkim uyuşmazlığın taraflarının, uyuşmazlığı çözme yetkisini mahkemeler yerine kendi seçtikleri veya mahkeme tarafından belirlenen hakem veya hakem kuruluna bıraktıkları yargılama yoludur (Özbay & Korucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, 2016, s. 3). Tahkim yolu tarafların serbest iradesiyle biçimlendiğinden, tahkim

faaliyetini gerçekleştirecek hakemlerin sayısı, uygulanacak maddi ve usuli kurallar, hatta iletişim dili dahi taraflarca belirlenebilmektedir (Sevim, 2016, s. 18).

Hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde tahkimin iki unsuru olduğu görülmektedir. Bunlar, hakemlerin uyuşmazlıkları çözmekle görevli olması ve tahkim faaliyetinin uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan bir sözleşmeye dayanmasıdır (Özbay & Korucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, 2016, s. 5). Tahkime sadece yasal düzenlemelerin izin verdiği hukuki uyuşmazlıklar için başvurulabilir. Bazı hukuksal düzenlemelerde zorunlu tahkim yolu da düzenlenmiştir. Hakemi taraflar seçebileceği gibi, seçimi bir kuruma veya mahkemeye bırakabilirler. Zorunlu tahkimde, yasal düzenlemeler hakemlik yapacak kişileri çoğunlukla önceden belirler (Konuralp, 2011, s. 128).

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gerekir. Tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartlarının en önemlisi tahkime elverişliliklidir. İç tahkimde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 408. maddesine göre taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmiştir. Taraflar, neticelerini serbestçe kararlaştıramayacakları uyuşmazlıklar için tahkime gidemezler. Üzerinde sulh veya kabul yoluna gidemeyecekleri uyuşmazlıklar için tahkime gidilemez. Kamu düzenine ilişkin boşanma davaları, soybağına ilişkin uyuşmazlıklar, iflas davaları (Almanya'da istisnai olarak iflas davalarının tahkim yoluna tabi olabileceği kabul edilmiştir.) hakkında tahkim sözleşmesi yapılamaz. Belirlilik, tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartlarından bir diğeridir. Taraflar, genel (ileride yaşanacak tüm uyuşmazlıklar için vs.) bir tahkim sözleşmesi yapamazlar; ancak belli bir hukuki ilişkiden doğacak uyuşmazlıklar için tahkim sözleşmesi yapabilirler (Özbay & Korucu, 2016, s. 7-10).

Tahkim kavramı altında, çeşitli ayrımlar mevcuttur. Bu ayrımlar aşağıda kısaca ele alınmaktadır:

-Zorunlu tahkim-İhtiyari tahkim: Bazı uyuşmazlıkların çözümünde, yasa koyucu tarafından tahkim yoluna başvurma zorunluluğu getirilmesi haline zorunlu tahkim denmektedir. İhtiyari tahkim ise, zorunlu tahkim dışında kalan ve tahkime uygun tüm

uyuşmazlıklarda tarafların kendi istekleriyle başvurdukları tahkim yoludur (Özbay & Korucu, 2016, s. 18-19).

-İç(ulusal) tahkim-Dış(Milletlerarası) tahkim: Taraflar ve uyuşmazlık konusu bakımından belli bir hukuk sistemi sınırları içinde kalarak başka bir hukuk sistemiyle bağlantısı bulunmayan tahkim türüne iç(ulusal) tahkim denmektedir (Özbay & Korucu, 2016, s. 20). Uygulamada milletlerarası tahkimin çeşitli tanımları mevcuttur. Uygulamada milletlerarası tahkim kavramı yerine, milletlerarası ticari tahkim denmektedir. Bir tahkim yargılamasının milletlerarası tahkim olup olmadığına ilişkin, yasal düzenlemeler çerçevesinde iki ölçüt dikkate alınabilir. Bunların ilkinin tarafların uyruklarını, yerleşim ve işyerlerinin bulunduğu yere göre farklı uyruklu, yerleşim ve işyeri adresine sahip tarafların tahkim incelemesinin milletlerarası ticari tahkim olduğu oluştururken; ikincisini ise uyuşmazlık konusunun uluslararası nitelikte olup olmadığına göre tayin oluşturmaktadır (Konuralp, 2011, s. 147-148).

-Ad hoc(arızı) tahkim-Kurumsal tahkim: Ad hoc tahkim, taraflar arasındaki somut bir uyuşmazlıkta tarafların hakemi-hakemleri, tahkim yerini, usulü ve uygulanacak maddi kuralları bizzat tayin ettiği, hiçbir kuruluşun aracılığı olmayan tahkim türüdür. Kurumsal tahkimse, tahkim sürecinin taraflarca belirlenen bir kurum tarafından takip edildiği tahkim türüdür. Kurumsal tahkimde tarafların hakemi, tahkim yerini, uyuşmazlığın çözümünün de uyulacak usulü ve maddi kuralları belirlemesine gerek yoktur, bunların tamamı sürekli hizmet veren tahkim kurumlarınca önceden belirlenmiş durumdadır (Özbay & Korucu, 2016, s. 23).

-İki taraflı tahkim-Çok taraflı tahkim: Tahkime başvuran taraf sayısına göre yapılan bir ayrımdır. Tahkim, genellikle iki taraf arasında yaşanan uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak üzere başvuru olan bir yoldur; bu bakımdan başvuru ve karşı tarafın birer kişiden oluştuğu tahkim yoluna iki taraflı tahkim; taraflardan en az birinin birden fazla kişiden oluşması durumunda ise çok taraflı tahkim söz konusu olur (Özbay & Korucu, 2016, s. 24).

-Tek kademeli tahkim-İki kademeli tahkim: Tek kademeli tahkimde, tahkim süreci sonunda verilen karara karşı, o ülkedeki yargı yoluyla iptal davası açma imkanı veren tahkim türüdür. İki kademeli tahkimse, kurumsal tahkimin özel bir şeklidir ve bir tahkim

incelemesi neticesinde verilen karara karşı, kararın verildiği kurum nezdinde bir itiraz ve inceleme yolu tanınmasını ifade etmektedir (Özbay & Korucu, 2016, s. 24-25).

-Simetrik tahkim-Asimetrik tahkim: Tahkim, tarafların eşit hak ve yükümlülüklerine dayalı bir sözleşme olan tahkim sözleşmesiyle kararlaştırılan bir yol olması bakımından taraflar simetriktir. Bu bakımdan, her iki tarafın eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu, tahkim sürecine simetrik tahkim demek mümkündür. Ancak uygulamada, tarafların eşit haklara sahip olmadığı tahkim sözleşmeleri de vardır. Bu sözleşmelerde örneğin tarafların sadece birine tahkim yoluna başvuru hakkı tanınabilmektedir. Bu sözleşmelere asimetrik tahkim sözleşmesi, tek taraflı tahkim sözleşmesi, tek taraflı tahkim klozu veya asimetrik tahkim klozu denilmektedir. Böyle bir sözleşmeye dayalı tahkime ise asimetrik tahkim denebilir (Özbay & Korucu, 2016, s. 25).

Tahkimin hukuki niteliği literatürde tartışılmaktadır. Tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi mi, yoksa özel bir yargılama usulü mü olduğu konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, tahkim bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur; zira uyuşmazlığın esasını mahkemeler değil, tarafların veya mahkemelerin ya da tahkim kurumunun belirlediği kurallara göre hakemler çözer, bu bakımdan mahkemelere önemli bir alternatif oluştururlar. Karşıt görüşse, hakem/hakemlerin tahkim süreci sonunda mahkemelerde olduğu gibi, tarafları bağlayıcı bir karar verdiğini, tarafları uzlaştırmak gibi bir çabasının olmadığını ifade etmektedir. Buna göre tahkim bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi değil, bir özel yargılama yöntemidir (Özbay & Korucu, 2016, s. 17).

Yukarıda yapılan açıklamalar genel manada tahkimle ilgili teorik temeli oluşturmaktadırlar. Aşağıdaki iki alt bölümde dünyada ve Türk hukukundaki iç tahkim uygulaması incelenecek, üçüncü alt bölümde Türk hukukundaki milletlerarası tahkim mevzuatı ele alınacak ve son alt bölümde ise ayrıca milletlerarası ticari tahkime yönelik açıklamalar yapılacaktır.

2.3.4.2. Dünya’da İç Tahkim

Dünya çapında bireysel uyuşmazlıklarda en yaygın alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu arabuluculuk oluşturmaktadır. Tahkim, daha çok tacirler arasında kullanılan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu bakımdan iç tahkimin uygulama alanı daha sınırlıdır.

Ancak, tahkime yönelik bazı düzenlemeler de mevcuttur. Bu bölümde örnek olarak ABD’de, İngiltere ve Almanya’daki tahkim düzenlemeleri incelenecektir.

Modern tahkimin tarihsel kökeni İngiltere’ye dayanmaktadır (Yeşilırmak, 2011, s. 61). İngiltere’de tahkimin geçmişi 1600’lere kadar gitmektedir. Modern tahkim ise birinci küreselleşme döneminde, 1880’lerden 1915’e kadar devam eden milletlerarası yatırım ve ticarete yaşanan yükselmeye aynı dönemde ortaya çıkmıştır. 1950, 1975 ve 1979’da kabul edilen tahkim kanunlarının yanında içtihat hukukuyla da tahkim kurumu düzenlenmiştir. 1996’da kabul edilen Tahkim Kanunu, meri mevzuat hükmüdür. Tahkim Kanunu iç tahkime ilişkin birkaç istisna haricinde tahkim şartı bulunan tüm sözleşmelere, sözleşme tarihi dikkate alınmaksızın 31 Ocak 1997’den itibaren uygulanmaya başlanmıştır. Bu Kanun’la 1975 ve 1979 tarihli düzenlemelerin tamamı, 1950 tarihli düzenlemeninse ilk bölümü ilga edilmiştir (Ertan, 2010, s. 25-26; Erten, 2009, s. 545-547). 1996 tarihli Tahkim Kanunu taraflara büyük irade serbestisi tanımıştır. Taraflar hakem sayısını serbestçe kararlaştırabilir, hakemlerin yanına bir başkan(chairman) veya üst hakem(umpire) atayabilir. Taraflar arasında hakem sayısını tespit eden bir sözleşme yoksa, Kanun gereğince tek hakem atanır. Ancak taraflar arasında hakem sayısını belirleyen bir sözleşme olmasa dahi, tahkim sözleşmesinde örneğin ‘Tahkim Londra’da mutata tarzda’ veya ‘Tahkim Londra’da olağan biçimde’ gibi bir ifade geçiyorsa tarafların yasal düzenlemenin dışına çıktıkları kabul edilir ve örneğin Londra’daki tahkim yargılamalarında kaç hakem görevlendiriliyorsa o kadar hakem görevlendirilir. Tahkim Kanunu’nun 34.maddesine göre taraflar tahkim yargılama usulüne dair her türlü konuda anlaşma yapma yetkisine sahiptir. Böyle bir anlaşma yoksa, yargılamanın herhangi bir kısmının yeri ve zamanına, yargılamanın diline ve evrakların çevrilip çevrilmeyeceğine, dilekçelerin formatına ve ibraz sürelerine, şahit beyanlarının kabul edilip edilmeyeceğine, duruşma yapılıp yapılmayacağına karar verme hususunda takdir yetkisinin hakem mahkemesine bırakıldığı kabul edilmiştir. Hakem mahkemesi hakem ücreti, masraflar, kurum ücreti ve masrafları, karşı tarafın katlandığı hukuki ücret ve masraflar gibi tahkim masraflarıyla ilgili olarak davacı tarafa teminat vermesini emredebilir. Ancak taraflar hakem mahkemesinin bu konuda bir karar veremeyeceği yönünde bir anlaşma yapmışsa, hakem mahkemesi bu kararı veremez. Ayrıca, gerçek kişilerin mutata meskenlerinin, tüzel kişiler ve topluluklar içinse bunların kuruluş veya idare merkezlerinin Birleşik Krallık sınırları dışında olması, bunlar hakkında teminat kararı verilmesine gerekçe oluşturmaz.

Hakem mahkemesinin birden çok hakemden oluşması halinde kararlar oy birliği veya oy çokluğuyla verilecektir. Üst hakem görevlendirilmişse, asıl hakemlerin tahkime ilişkin anlaşmazlığa düştükleri durumlarda üst hakem karar verecektir. Hakem kararlarına karşı devlet mahkemelerinde itiraz ve temyiz imkânı verilmiştir. Hakem kararı kanun yollarında ancak ağır usule aykırılık halleri(hakemin taraflı olması, kararın çelişkili olması, usule açık aykırılık vs.) yönünden incelenebilir (Ertan, 2010, s. 38-78).

ABD’de 1998 tarihli Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Kanunu’na göre her bölgede uyuşmazlık çözümü konusunda en az bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu sağlanması gerekmektedir. Kanunun 654. maddesine göre bütün federal bölge mahkemelerine gönüllü tahkimi kullanma yetkisi verilmiştir. Taraflar uyuşmazlığın tahkime gönderilmesine serbestçe karar vermeleri gerekmektedir. Ayrıca davanın anayasa tarafından güvenceye alınmış olan hakların, medeni hakların veya oy verme hakkının ihlali iddiasına dayanmaması ve tazmini istenen tutarın 150.000 Amerikan Doları’nı aşmaması gerekmektedir. 1998 tarihli Kanun, 1988 tarihli Kanun döneminde kurulmuş hiçbir tahkim programını değiştirmemiştir. 1988 tarihli Kanun’a göre on federal bölge mahkemesi yerel kurullar tarafından niteliği belirlenmiş bazı davalar için zorunlu tahkim programları oluşturmuştur. Bu davalar mahkeme kararıyla tahkime havale edilmektedir. Ancak tarafların tahkime havale etmeye itiraz hakları vardır. 1998 tarihli Kanun’da zorunlu tahkim uygulamasına son verilmiş, ancak 1988 tarihli Kanun döneminde oluşturulan zorunlu tahkim programları sürdürülebilmektedir. Bazı mahkemeler zorunlu tahkim programlarına kendiliğinden son vermiştir. 1998 tarihli Kanun’a göre gönüllü tahkim neticesinde verilen karara karşı taraflardan birinin otuz günlük sürede ‘trial de novo’ya, yani yeni duruşmaya başvurmaması halinde karar kesinlik kazanır ve mahkeme kararıyla eşit değere ulaşır. Bu karara karşı temyiz yolu kapalıdır (Konuralp, 2011, s. 66-67; Özbek, 2013, s. 395 ve 447).

Almanya’da 1997’de kabul edilen ‘Tahkimi Düzenleyen Yeni Kurallar’ adlı Kanun, 1985’te Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilip tavsiye edilen model kurallar(UNCITRAL) dikkate alınarak hazırlanmıştır. Kanuna göre taraflar hakemlerin sayısını ve nasıl seçileceğini tahkim sözleşmeleriyle kararlaştırabilir. Taraflar hakem seçiminde eşit güce sahip olmalıdır. Taraflar kararlaştırmamışsa, mahkeme üç kişiyi hakem olarak belirler. Tahkim sözleşmesine rağmen mahkemede dava açılırsa, karşı taraf sözlü yargılama başlayana kadar tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının kabulü

halinde dava usulden reddedilir. Tahkim ayrı bir sözleşmeyle kararlaştırılabileceği gibi, sözleşme içerisinde bir maddeyle de kararlaştırılabilir. Tahkim yargılaması sonucunda verilen karar kesindir ve bu karara karşı yargı yolu kapalıdır; ancak kararın icraya konabilmesi için mahkemeden icra edilebilirlik kararı almak gerekmektedir. Mahkeme icra edilebilirlik kararı verirken hakem kararını sadece ağır yargılama hataları yönünden kontrol edebilir. Tahkim mahkemeleri özellikle ticari uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir yere sahiptir (Kavasoğlu, 2010, s. 203-205).

Yukarıda açıklanan düzenlemelerin uygulama alanı arabuluculuk karşısında daha sınırlıdır. Bu bakımdan Anglo-Amerikan Hukuku esas etkisini Milletlerarası Ticari Tahkim alanının oluşturulmasında gerçekleştirmiştir, denebilir.

2.3.4.3. Türk Tahkim Hukuku

Türkiye’de tahkim müessesesini ulusal ve milletlerarası düzeyde düzenleyen iki ayrı düzenleme mevcuttur. İç tahkim Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 407-444.maddeleri arasında düzenlenirken milletlerarası tahkim başta 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu olmak üzere iki taraflı yatırım anlaşmaları da dahil olmak üzere ayrı bir mevzuatta düzenlenmektedir.

Çalışmanın bu bölümünde, öncelikle iç tahkime ilişkin düzenlemeler incelenecek, ardından sonraki alt bölümde milletlerarası tahkim mevzuatı ve bu mevzuatın kabulü öncesi ve sonrasında yaşanan siyasal ve ekonomik gelişmeler ele alınacaktır.

2.3.4.4. İç Tahkim

Türk Hukuku’nda iç tahkim Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 407-444 maddeleri arasında düzenlenmektedir. Kanun’un 407.maddesine göre, tahkim hakkındaki hükümler ancak Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun tanımladığı manada yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yeri olarak Türkiye’nin belirlendiği uyuşmazlıklar için uygulanabilir. Ancak doktrinde yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, taraflarca Milletlerarası Tahkim Kanunu yerine Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki tahkime ilişkin hükümlerin uygulanması yönünde bir anlaşma yapılmasının, bu suretle uyuşmazlık çözümünün Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki tahkime ilişkin hükümler çerçevesinde

çözülmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir (Özbay & Korucu, 2016, s. 6-7). Kanun'un 408.maddesine göre, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklı uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Aynı şekilde takip hukukundan doğan uyuşmazlıklar, kamu düzenine ilişkin olan davalar(örneğin boşanma davaları, soybağı davaları, iflas davaları), Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklar için de tahkime gidilemez (Özbay & Korucu, 2016, s. 9-11).

Türk Hukuku’nda tahkim sözleşmesi esas sözleşmeye bir tahkim şartı konulmak suretiyle yapılabileceği gibi, esas sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak da akdedilebilir. Tahkim sözleşmesi, ancak sözleşmenin taraflarını kapsar, taraflarla üçüncü kişiler arasındaki uyuşmazlıkları kapsamaz (Özbay & Korucu, 2016, s. 49). Tahkim sözleşmesi kural olarak yazılı olmalıdır. Bu bir geçerlilik şartıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 412.maddesinin 3.fikrasına göre;

Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.

Tahkim sözleşmesi tarafları bağladığı gibi haleflerini de bağlar ve esas sonuçlarını usul alanında gösterir. Geçerli bir tahkim sözleşmesi varsa, tahkim yoluna gitmeden dava açılmaz. Eğer geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen tahkime gidilmeksizin dava açılırsa, davalı taraf bunu cevap süresi içerisinde bir ilk itiraz olarak ileri sürebilir. Bu durumda dava usulden reddedilecektir. Tahkim sözleşmesine aykırılık bir görev sorunu olarak kabul edilmediğinden hâkim tarafından resen incelenemez ve usulüne uygun bir şekilde davalı tarafça ilk itiraz olarak ileri sürülmezse davanın usulden reddine karar verilemez (Özbay & Korucu, 2016, s. 49-50). Tahkim sözleşmesi Türkçe yapılmalıdır. Yargıtay, 1926 tarihli 805 sayılı İktisadi Muamelelerde Mecburi Türkçe Kullanılması

Hakkında Kanun'u gerekçe göstererek Türkçe yapılmayan tahkim sözleşmelerinin geçersizliğine karar vermiştir (Erdem, 2020, s. 568).

Tahkim neticesinde verilen karar, hukuk dünyasında mahkeme kararıyla eşit sonuçlar doğurur (Özbay & Korucu, 2016, s. 49). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 427. maddesine göre bir hakemin görev yapacağı tahkim yargılamalarında hakemin seçildiği tarihten; birden fazla hakemin görev alacağı tahkim yargılamalarında ise ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde esas hakkında karar verilmesi gerekir. Bu süre tarafların anlaşmasıyla; eğer taraflar anlaşamazsa taraflardan birinin mahkemeye başvurusuyla mahkemece uzatılabilir.

Yukarıda anlatılanlar ihtiyari tahkimin özellikleridir. Türk Hukuku'nda ihtiyari tahkime ilişkin pek çok örnek mevcuttur. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'na göre ticaret ve sanayi odaları; ticaret, sanayi ve deniz ticaret odalarının üyelerinin talepleri halinde ticari ve sınai ihtilaflarda hakemlik yapmak ve tahkim kurullar oluşturmakla görevlidir. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'na göre taraflar anlaşarak toplu hak ve menfaat uyuşmazlıklarının çözümü için özel hakeme başvurabilirler (Konuralp, 2011, s. 139). Türkiye Barolar Birliği Tahkim Merkezi, İstanbul Tahkim Merkezi gibi kurumsal tahkim hizmeti veren kuruluşlar da mevcuttur.

Türk Hukukunda zorunlu tahkimin kabul edildiği hukuk alanları da mevcuttur. Örneğin, Çeltik Ekimi Kanunu'na göre çeltik ekim alanlarının sulanmasında kullanılacak kurumlandırılmış suların bedeli konusunda anlaşmazlık yaşanması halinde, çeltik komisyonları sorunu hakem sıfatıyla çözecektir. Yine tüketici hukukundan kaynaklanan ve her yıl güncellenen sınırın altında kalan değerdeki uyuşmazlıklar tüketici hakem heyetlerinde çözülmektedir (Bacanlı, 2016, s. 79). Ancak zorunlu tahkim sınırının üzerinde kalan değerdeki uyuşmazlıklar için de tüketici hakem heyetlerine başvurulabilir. Bu durumda ihtiyari tahkim imkânının tanındığı söylenebilir (Konuralp, 2011, s. 139). Uygulamada özellikle tüketici uyuşmazlıklarıyla sigorta hukuku uyuşmazlıkları için etkin bir tahkim sisteminin olduğu söylenebilir.

Sigorta Tahkim Komisyonu, Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesi hükümlerine göre hakem ataması yapmaktadır. Kanun'un 30. maddesine göre, sigorta hakemi olarak atanmak isteyen kişilerin malî güç dışında sigorta şirketi ve reasürans şirketi kurucularında aranan nitelikleri taşıması; en az dört yıllık yüksek okul mezunu olması ve

Sigorta hukukunda en az beş yıl veya sigortacılıkta en az on yıl deneyimi olması gerekir. Kanun'un 3. maddesi, bir gerçek kişinin sigorta ve reasürans şirketi kurucusu olmasının mali güç dışındaki şartlarını ise şöyle sıralamaktadır: Kurucu gerçek kişi müflis veya konkordato ilan etmemiş olmalı; tasfiyeye tâbi tutulan finansal kuruluşlarda ve hakkında Kanunun 20. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası hükümleri uygulanan şirketlerde oy hakkının ya da sermayesinin doğrudan veya dolaylı yüzde on ve daha fazla bir oranda veya bu oranın altında olsa bile denetim ve yönetime etkili olabilecek şekilde denetim ve yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren pay sahibi olmamalı; taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsalar dahi sürekli hapis veya sigortacılık mevzuatına aykırı hareketlerinden dolayı hapis veya birden fazla adlî para cezasına mahkûm edilmemiş yahut cezası ne olursa olsun basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, görevi kötüye kullanma gibi yüz kızartıcı suçlar ile kaçakçılık suçları, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, terörün finansmanı, Devlet sırlarını açığa vurma veya vergi kaçakçılığı suçlarından dolayı hüküm giymemiş olmalı. Görüldüğü üzere, sigorta hakemi olma şartları arasında hukukçu olma şartı yoktur.

Tüketici hakem heyetlerinin oluşumu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Kanunu'nun 66.maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre, tüketici hakem heyeti bir başkan, belediye başkanının konusunda uzman belediye personeli tarafından görevlendireceği bir kişi, baro tarafından mensupları arasından görevlendirilecek bir kişi, satıcının tacir olduğu uyuşmazlıklarda ticaret ve sanayi odasının ya da bunların ayrı ayrı örgütlendiği yerlerde ticaret odasının; satıcının esnaf ve sanatkâr olduğu uyuşmazlıklarda, illerde esnaf ve sanatkârlar odaları birliğinin, ilçelerde ise en fazla üyeye sahip esnaf ve sanatkârlar odasının görevlendireceği bir üye ve tüketici örgütlerinin kendi aralarından seçecekleri bir üyeden oluşur. Bu oluşum içerisinde bir üye sektör temsilcileri arasından, bir üye tüketiciler arasından seçilmektedir. Beş üyeden sadece biri hukukçudur.

2.3.4.5. Türk Milletlerarası Tahkim Mevzuatı

Türk milletlerarası tahkim hukukunun kaynaklarını 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun, 5718 sayılı Milletlerarası

Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile Türkiye'nin diğer ülkelerle imzaladığı iki taraflı yatırım anlaşmaları oluşturmaktadır.

Türkiye'de milletlerarası tahkime yönelik düzenlemelerin kabulü önemli tartışmalar neticesinde olmuştur. Bu konudaki tartışmalar 1990'ların ortalarına doğru alevlenmiş ve yasal düzenlemelerin oluşumu 2000'lerin başında gerçekleşmiştir. 08/06/1994'te kabul edilen Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 5. maddesiyle Yap-İşlet-Devret modelindeki sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğu kabul edilmiş; ancak bu hükümle aynı maddenin birinci cümlesini oluşturan "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır." hükmündeki 'imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte' ifadesi Anayasa Mahkemesi'nin 28/06/1995 tarih ve 1995/23 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Kararın gerekçesinde, Yasa'nın 5.maddesinin birinci cümlesinde yap-işlet-devret sözleşmelerini imtiyaz sözleşmelerinden çıkaran hükmü ise, Anayasa'nın 155. Maddesine aykırı olduğu ifade edilerek iptaliyle imtiyaz sözleşmelerinin idari sözleşmeler olduğu, bu sözleşmelerin idare hukukuna tabi olması gerektiği ve özel hukuka tabi olmasının Anayasa'nın 2. Maddesinde hüküm bulan hukuk devleti ilkesine, Anayasa'nın bağlayıcı ve üstünlüğüne ilişkin 11.maddesine, kanuni hakim güvencesine ilişkin 37.maddesine ve 125.maddesinde hüküm bulan 'İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.' hükmüne aykırı olduğu ifade edilerek iptal edilmesine karar verilmiştir (Anayasa Mahkemesi Kararı, 1995, s. 8-9). Bu karar üzerine Anayasa'da değişikliğe gidilmiş ve Anayasa'nın 47.maddesinde yapılan değişiklikle Devletin, kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek ve tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceğinin kanunla belirlenebileceği kabul edilmiştir. Anayasa'nın 125.maddesine yapılan eklemeye yabancılik unsuru taşımak kaydıyla kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülebileceği kabul edilmiştir. Anayasa'nın 155.maddesinde yapılan değişiklikle imtiyaz sözleşmelerine ilişkin Danıştay'ın sözleşme imza edilmeden yaptığı içerik denetimini usulü kaldırılmış, bunun yerine görüş bildirme usulü getirilmiştir. Anayasa'nın 125.maddesinde yapılan değişikliğe uygun olarak 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma Ve Sözleşmelerinden Doğan

Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun (Yeşilirmak, 2011, s. 165-166).

Türkiye’de idarenin özel hukuka tabi işlemlerinden yabancılık unsuru taşıyan uygulama antlaşmalarıyla kimi imtiyaz sözleşmelerinde genellikle tahkim şartı bulunmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerine göre Türkiye’de yapılan tahkim 4501sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma Ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanuna tabi olacaktır. Bu Kanun dokuz maddeden oluşan kısa bir düzenlemedir ve 22/01/2000’de yürürlüğe girmiştir. Kanun, ikinci maddesinde yabancılık unsurunu şu şekilde tanımlamaktadır:

Sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden biri

Kanun’un üçüncü maddesinde yabancılık unsuru taşıyan kamu imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların a) Türkiye’de toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda b) Yabancı bir ülkede toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem ve hakem kurulunda, c) Kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşunda çözülebileceği kabul edilmiştir. Kanun’un dördüncü maddesindeyse tahkim şartının sözleşmeye konan bir maddeyle kabul edilebileceği gibi, ayrıca bir sözleşmeyle kabulüne de imkan tanınmıştır. Aynı maddeye göre tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenilen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi hakem kurulunun yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı biçimde düzenlenir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 05/07/2001’de kabul edilmiştir. Kanun kapsamlı bir şekilde, tahkim sözleşmesini, tahkim yargılamasının usul kurallarını, hakemlere ilişkin kuralları ve tahkim giderlerini düzenlemektedir. Kanun hazırlanırken

UNCITRAL Model Kanun'unun amaçları esas alınmıştır (Özcan, 2020, s. 998). 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma Ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanuna tabi imtiyaz sözleşmelerine dair uyuşmazlıklarda da Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uygulanacaktır (Erdem, 2020, s. 646).

Yasal düzenlemeler haricinde, yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmalarıyla(İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları) tahkim şartının kabul edilmesi söz konusudur. İki taraflı yatırım anlaşmaları, yabancı yatırımların teşvik ve korunması hususunda en çok kullanılan araçlardan birisidir. İki taraflı yatırım anlaşmalarında birtakım temel ilkeler yerleşmiş durumdadır. Bunlar, devletlerin yatırımlara karşı adil ve hakkaniyete uygun davranması; devletlerin yatırımlara yönelik tam koruma ve güvenlik sağlaması; keyfi ve ayrımcı davranışta bulunmama; acil, yeterli ve etkin tazminat olmaksızın yatırıma el konulmama; milli ve en çok gözetilen ulus muamelesi yapma yükümlülüğü ve yatırıma ilişkin finansal kaynakların serbest transferi yükümlülüğüdür (Yeşilirmak, 2011, s. 167-173). Halihazırda Türkiye'nin taraf olduğu 85 iki taraflı yatırım anlaşması yürürlükte (T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, 2021). Yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmalarında tahkim şartına yönelik açık düzenlemelere yer verilmektedir. Örneğin Türkiye ile Amerikan Birleşik Devletleri arasında imzalanan yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmasının 6.maddesine göre çeşitli prosedürler çerçevesinde yatırımcı gerçek kişi veya şirkete tahkim yoluna başvuru imkanı verilmiştir (Resmi Gazete, 1989, s. 5).

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 12/12/2007'de yürürlüğe girmiştir. Yabancı hakem kararlarının tenfizine dair 60 ve devam maddeleri, tanımanın usulünü düzenlemektedir. Buna göre, kesinleşen ve icra kabiliyeti kazanan veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararlarının tenfizi istenebilir(Md. 60/1). Tenfiz için tarafların yazılı olarak kararlaştırdığı yer asliye mahkemesinden; eğer böyle bir anlaşma yoksa aleyhine karar verilen tarafın Türkiye'deki yerleşim yerinde; yerleşim yeri yoksa sakın olduğu, bu da yoksa icraya konu olabilecek malların bulunduğu yer mahkemesine başvurmak gerekir(Md. 60/2). Tenfiz talep dilekçesine eklenecek evraklar ve inceleme usulü Kanun'un 61 ve 62. maddelerinde düzenlenmiştir. 62. maddeye göre, mahkeme şu gerekçelerle tenfiz talebini reddedebilir:

- a) Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise,
- b) Hakem kararı genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı ise,
- c) Hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün değilse,
- ç) Taraflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise,
- d) Hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf, hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış ise,
- e) Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise,
- f) Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı ise,
- g) Hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise bu kısım hakkında,
- h) Hakem kararı tâbi olduğu veya verildiği ülke hukuku hükümlerine veya tâbi olduğu usule göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti veya bağlayıcılık kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise (Resmi Gazete, 2007).

Görüldüğü gibi, yabancı hakem kararlarının tenfizinin reddi son derece sınırlı sebeplerle, genellikle usul hukuku yönünden mümkündür.

2.3.4.6. Milletlerarası Ticari Tahkim

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde hangi ülke hukukunun uygulanacağı önemli bir sorundur. Uygulamada milletlerarası ticari tahkim konusunda yapılan düzenlemeler, sözleşmeler ve kuruluşlarla devlet yargısına alternatif bir tahkim yargılaması mekanizması oluşturulmuştur. Bu bölümde, milletlerarası ticari tahkime yönelik düzenlemeler ve dünya çapında etkin bazı tahkim kuruluşları incelenecektir.

Uluslararası düzeyde yapılan ilk düzenleme, 1923'te imzalanan Cenevre Protokolü'dür. Bunu 1927'de imzalanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınma ve Tenfizine İlişkin Cenevre Sözleşmesi izlemiştir. Cenevre Protokolü'nün amaçları uluslararası tahkim anlaşmalarının geçerliliğini sağlamak ve tahkim anlaşmasının yaptırımlarının uygulanmasını temin etmektir (Emek, 1999, s. 21). Cenevre Protokolü ve Sözleşmesi yetersiz kalınca, 1958 tarihinde New York Sözleşmesi hazırlanmış ve devletlerin onayına sunulmuştur. New York Sözleşmesi, uluslararası hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusundaki en önemli düzenlemedir. Bu sözleşme tanıma ve tenfize ilişkin usul kurallarını içermekte ve on altı maddeden oluşmaktadır. Sözleşmenin birinci maddesine göre sözleşmenin uygulanabilmesi için tenfiz yapılacak devletin sözleşme tarafı olması yeterlidir. Ancak aynı maddede sözleşme tarafı devletlere sözleşmenin uygulama alanını sadece taraf devletlerle sınırlayabilme yetkisi verilmiştir. İkinci maddeye göre tahkim sözleşmesine konu uyuşmazlık, tahkim yoluna uygun olmalı ve sözleşme yazılı yapılmalıdır (Azizov, 2004, s. 38-40). Sözleşmeye göre, tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukuk olarak tarafların seçtiği veya seçim yapılmayan hallerde tahkim yeri hukukuna atıf yapar. Ancak uyuşmazlığa uygulanacak hukuk ve tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk birbirinden farklı olabilir. Tenfiz anlaşmasının şekline veya esasına uygulanacak hukuk da farklı olabilir (Erdem, 2020, s. 584). New York Sözleşmesi, uluslararası hakem kararlarının tanıma ve tenfizi konusunda etkin bir mekanizma oluşturmuştur. Sözleşme kapsamındaki hakem kararlarının tanıma ve tenfizinde sorun çıkmayacağı konusunda oluşan kanı, hakem kararlarının karşı tarafça tanıma veya tenfiz yapılmadan kendiliğinden yerine getirilmesi sonucunu doğurmaktadır (Yeşilırmak, 2011, s. 139).

1961'de Uluslararası Ticari Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi imzalanmıştır. Bu sözleşmeye Küba gibi Avrupalı olmayan devletlerin de taraf olmasına rağmen, sözleşmenin yapılmasındaki amaç Avrupa'daki doğu-batı ticaretini geliştirmektir (Emek, 1999, s. 22). Anlaşma ile Avrupa ülkeleri arasında tahkimin oluşturulmasını ve işlemlerini engelleyecek güçlükleri gidermek amaçlanmıştır. Anlaşma, milletlerarası ticari tahkimi bir bütün olarak düzenlemesi, milletlerarası ticari tahkimin geliştirilmesi ve ticari uyuşmazlıkların çözümü için düzenli bir uyuşmazlık çözüm tekniği olarak kullanılması bakımından önem taşımaktadır. Anlaşmayla kabul edilen kurallar, Avrupa'da milletlerarası ticari tahkim alanında büyük ölçüde bir uygulama birliği getirmiş,

anlaşmaya taraf olan devletlerdeki şirketlere tahkim alanında önemli kolaylıklar sağlamıştır. Bu bakımdan, hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik usul kurallarını içeren 1958 New York Sözleşmesi ve tahkime sürecindeki kuralları düzenleyen 1961 Uluslararası Ticari Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi birbirini tamamlamaktadır (Konuralp, 2011, s. 235).

1961-65 yılları arasında, Dünya Bankası tarafından ‘Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon(ICSID)’ veya ‘Washington Anlaşması’ hazırlanmış, bu anlaşma 14 Ekim 1966’da yürürlüğe girmiştir. Bu anlaşma, yabancı yatırımların korunması konusunda en önemli düzenlemelerden biridir. Washington Anlaşması, yabancı yatırımcıların yatırım yapacakları devlet mahkemelerine karşı güvensizliğini ve tereddüdünü tesis ettiği tahkim sistemiyle gidermiştir (Konuralp, 2011, s. 242). Bu anlaşma ile Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez(ICSID) kurulmuştur. Bu merkez bir tahkim kurumu olup anlaşmaya taraf ülke yatırımcısının diğer bir taraf ülkedeki yatırımlarından doğan ihtilafların çözümünü amaçlamaktadır. ICSID Dünya Bankası bünyesinde oluşturulmuştur ve Dünya Bankası ICSID hakem kararlarının tenfizi konusunda yardımcı olabilmektedir. Washington Anlaşması pek çok devlet tarafından kabul edilmiştir ve çok sayıda yatırım anlaşmasında yer alması bakımından son derece önemlidir (Emek, 1999, s. 22).

Sosyalist ülkelerin ekonomik bütünleşmesini sağlamak amacıyla 1972’de Moskova Sözleşmesi imzalanmış, ‘Karşılıklı Ekonomik Yardım Konseyi’ oluşturulmuştur. Sözleşmeye taraf ülkelerde iktisadi teşebbüslerin yaşadığı ihtilafların akit devletlerdeki ticaret odalarında bulunan hakem heyetleri tarafından çözümleri usulü ve verilen kararların karşılıklılık esasına göre uygulanması kabul edilmiştir (Emek, 1999, s. 23).

1975’te Latin Amerika ülkeleri kendi aralarında, New York Sözleşmesi’nin pek çok prensibini kabul eden Panama Sözleşmesi’ni imzalamıştır. Panama Sözleşmesi’nde tahkim sözleşmelerinin icrası ile ilgili hüküm bulunmamaktadır ve eğer taraflar tahkim prosedürü üzerinde anlaşamazlarsa Amerika Kıtası Ticari Hakemlik Komisyonu’nun kurallarının devreye gireceği kabul edilmiştir (Emek, 1999, s. 23).

Birleşmiş Milletler bünyesinde, 1966’da uluslararası ticarete devletlerarası özel hukuk kurallarının yeknesak biçimde uygulanabilmesi için Uluslararası Ticaret Hukuku

Komisyonu(UNCITRAL) kurulmuştur. Komisyon tarafından uzun çalışmalar ve incelemeler sonucunda milletlerarası tahkimin yerleşmesi ve uygulanması için UNCITRAL Model Kanunu hazırlamıştır (Taş, 2019, s. 69). Bu Model Kanun'un en önemli özelliği, bir faaliyetin ne zaman milletlerarası sayılacağına açıkça düzenlenmiş olmasıdır (Özbay & Korucu, 2016, s. 20). Model Kanun'un birinci maddesinin üçüncü bendine göre;

(a) Bir tahkim sözleşmesinin taraflarının işyerleri, tahkim imzalandığı tarihte farklı devletlerdeyse;

(b) Aşağıdaki hallerde taraflar işyerlerinin bulunduğu devletten başka bir yerde bulunması halinde;

i- Tahkim sözleşmesinde veya ona göre belirlenmiş hallerde tahkim yeri,

ii- Ticari ilişkilerden doğan yükümlülüklerin önemli bölümünün ifa edileceği yerlerden biri veya ihtilaf konusunun en çok bağlantılı olduğu yer

(c) Tarafların tahkim anlaşmasının konusunun birden çok devletle ilişkili olduğuna dair anlaşmaları halinde;

Tahkimin uluslararası nitelik taşıdığı kabul edilir (Emek, 1999, s. 8).

UNCITRAL Model Kanun, milletlerarası ticari tahkimin hukuksal ilkelerini ve tahkimin tüm safhalarını düzenlemektedir. Model Kanun'da tarafların irade serbestliğine önem verilmiş, devlet mahkemelerinin müdahalesini mümkün mertebe azaltmayı amaçlamıştır. Ayrıca, hakem kararlarının tenfizini kolaylaştırıcı hükümleri yeniden tesis etmiş, uygulamadaki bazı sorunlara açıklık getirmeye çalışmıştır. Model Kanun örnek olarak düzenlenmiş olup devletler üzerinde yasal bir zorlayıcılığı bulunmamaktadır. Bununla birlikte pek çok devlet, tahkime ilişkin kendi kanunlarını yeniden düzenlerken UNCITRAL Model Kanun'dan faydalanmıştır (Konuralp, 2011, s. 233).

Dünya'da bazı kurumsal tahkim merkezleri mevcut olup bu merkezler uzun yıllardır tahkim yargılaması gerçekleştirilmekte, ticaret çevrelerince tercih edilmektedir. 2021'de yapılan bir ankete göre, en çok tercih edilen beş tahkim merkezi olarak Milletlerarası Ticaret Odası Milletlerarası Tahkimi (ICC), Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi (SIAC), Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi (HKIAC), Londra

Milletlerarası Tahkim Divanı(LCIA) ve Çin Uluslararası Ekonomi ve Ticaret Tahkim Merkezi(CIETAC) (White&Case, 2021, s. 5). İsmi geçen tahkim merkezleri aşağıda incelenmiştir. Dava sayıları ve dünya çapında yaygınlığı bakımından Amerikan Tahkim Birliği Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi(ICDR) de önemli bir tahkim merkezi olup o da incelemeye dâhil edilmiştir. Yatırım uyuşmazlıklarının çözüme kavuşturulduğu Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Milletlerarası Merkez(ICSID) de yatırım uyuşmazlıkları alanında çok önemli olduğundan ve çalışmanın üçüncü kısmındaki tartışmalarda ele alınacağından incelenmiştir.¹⁶

1- Milletlerarası Ticaret Odası Milletlerarası Tahkimi:

Milletlerarası Ticaret Odası(ICC), 1919'da Paris'te kurulmuş olup Birinci Dünya Savaşı sonrasında ticari ilişkilerin yeniden oluşturulmasını amaçlamaktadır. 1923'te kurulan Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı, önüne götürülen ticari uyuşmazlıkların sayı ve niteliği bakımından en önde gelen tahkim kuruluşlarından biridir. Tahkim divanı, tahkim yargılamasını yapmamakta olup Milletlerarası Ticaret Odası'nın her bir tahkim yargılamasında uygulanacak usule ilişkin kararlar almaktadır. Her türlü sözleşmeden doğan ihtilaflara, çeşitli milletlerden oluşan hakemler önünde yapılan hakem yargılamaları için Milletlerarası Ticaret Odası Tahkimi'ne başvurulabilmektedir. Tahkim Divanı ücretlendirmeyi uyuşmazlığın meblağına göre belirlemekte, hakemlerin emek ve mesaisine göre bu ücret katlanmaktadır. Milletlerarası Ticaret Odası, bürokratik ve müdahaleci yapısı ve fahiş ücretlendirmesi nedeniyle eleştirilmektedir (Konuralp, 2011, s. 222-225; Karademir, 2012, s. 84-87).

ICC'nin 'Seri Tahkim Kuralları' 2017'de kabul edilmiştir. Buna göre, 2 milyon Amerikan Doları'nın altı değerdeki uyuşmazlıklar için, tarafların kabulüyle Seri Tahkim Kuralları uygulanabilir. Birçok hızlandırıcı usul kuralı benimsenmiştir. Bu uyuşmazlıklar tek hakemle çözülür ve en geç altı ay içerisinde karar verilir. Bu sürenin uzatılması mümkündür (Erdem, 2020, s. 644).

2- Amerikan Tahkim Birliği Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi:

1926'da kurulmuş olan Amerikan Tahkim Birliği, 1996'da New York'ta uluslararası uyuşmazlıklar için 'Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi(ICDR)'ni kurmuştur.

¹⁶ Dünya Ticaret Örgütü'nün tahkim mahkemesi,

Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi, 43 ülkede 60'tan fazla tahkim merkeziyle ve bölge ofisleriyle uluslararası faaliyet ağına sahiptir. Merkez, ayrıca UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre yapılacak milletlerarası tahkim yargılamalarında atama mercii olarak idari görev de üstlenmiştir. Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi'ni diğer tahkim kuruluşlarından ayıran en önemli özellik sözlülük prensibini benimsemesidir (Karademir, 2012, s. 87; Konuralp, 2011, s. 228).

3- Londra Milletlerarası Tahkim Divanı:

1892'de kurulan Londra Ticaret Odası, tüm faaliyetlerini milletlerarası tahkim alanına yönelttiğinden 1981'de¹⁷ isim değiştirerek Londra Milletlerarası Tahkim Divanı adını almıştır. Divan, bir başkan, dört başkan yardımcısı ve en fazla otuz beş üyeden oluşur; milletlerarası olduğunu vurgulamak amacıyla İngiltere'nin üye kontenjanı %25'tir. Geri kalan üyeler başka ülkelerden gelen hakem, hukuk ve işadamlarından oluşur. Divan, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı'nın önemli bir rakibidir. Londra Milletlerarası Tahkim Divanı'nda hakemlere geniş yetkiler tanınmış olup, hakem heyeti kendisi hakkında kararlar verebileceği gibi geçici tedbirlere dair kararlar da alabilmektedir. Londra Milletlerarası Tahkim Divanı'nda ücret, dava konusu uyuşmazlığın meblağına göre değil, çalışılan zamana göre belirlenir (Karademir, 2012, s. 90-91; Konuralp, 2011, s. 226).

4- Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Milletlerarası Merkez:

Dünya Bankası tarafından hazırlanıp devletlerin onayına sunulan 1966 yürürlük tarihli Washington Anlaşması gereğince kurulan Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Milletlerarası Merkez(ICSID), devletlerle diğer devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlığını çözmek konusunda görevlidir. Uyuşmazlığın taraflarından olan devlet veya vatandaşın uyruğu olduğu devlet muhakkak Washington Anlaşması'na taraf olmalıdır. Merkez faaliyetini Dünya Bankası'nın Washington'da bulunan bürolarında yürütmektedir. Hakem kurulu karar verirken Washington Anlaşmasını ve ilgili ikili veya çok taraflı anlaşmaları dikkate alır. Yatırımcı UNCITRAL veya başka tahkim kurallarının uygulanmasını talep edebilir; bu durumda hakem kurulunun ilgili ikili veya çok taraflı anlaşmaların sınırlarına riayet etmesi yeterlidir. Aksi durumda Washington Anlaşması,

¹⁷ Karademir (2012, s. 90), isim değişikliğinin 1995'te olduğunu ifade etse de, Divan'ın internet sitesinde değişikliğin 1981'de yapıldığı kaydedilmiştir (LCIA, 2021).

ikili veya çok taraflı anlaşmaların sınırını oluşturur. Washington Anlaşması'na göre, taraf devletler Merkez'in kararını bağlayıcı kabul eder. Merkez'in iş yükü diğer önde gelen tahkim kurumlarına göre daha azdır. Merkez'de ücretlendirme çalışılan mesaiye göre belirlenir (Karademir, 2012, s. 91-92). ICSID tahkimi, diğer tahkimlere göre birtakım avantajlara sahiptir. ICSID tahkimi yargılaması, ICSID Konvansiyonu yargılaması olup esasında bir devletler hukuku yargılaması hüviyeti taşıdığı için, ICSID tahkiminin kararı hiçbir devletin milli kanununa tabi olmaz. ICSID tahkiminde verilen bir kararın üye ülkede uygulanabilmesi için tenfizine gerek yoktur; doğrudan uygulanabilir. Pek çok hukuk sisteminde, diğer yatırım(veya ticaret) tahkimi kararlarına karşı iptal davası açma imkânı tanınmışken, ICSID tahkiminin kararına karşı, kararın uygulanacağı ülkede iptal davası açılmaz (Ataman Figanmeşe, 2011, s. 98).

5- Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi

Singapur'da 1991'de kurulan Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi(SIAC), bugün en önemli tahkim merkezlerinden biri haline gelmiştir. SIAC, 40'tan fazla yargı bölgesinde 500'den fazla hakemden oluşan bir ağ oluşturmuştur (SIAC, b. t.a). SIAC'ın Seul'de, Şangay'da, Mumbai'de ve New York'ta temsilcilikleri mevcuttur. Merkezin yatırım tahkimi için kabul ettiği kurallar ve genel tahkim kuralları olmak üzere iki ayrı düzenlemesi yürürlükte. Hâlihazırda, dava açılış ücreti SIAC'ın Ücret Çizelgesi kapsamında, Singapur tarafları vergi dâhil(%7 Özel Ürün Vergisi) 2.140 Singapur Dolarıdır. Denizaşırı taraflar için 2.000 Singapur Doları'dır. Dava açılış ücreti davacı tarafından ödenir. Bu ücret ödenmezse tahkim süreci başlamaz. Herhangi bir tahkim yargılamasının masrafları, diğer faktörlerin yanı sıra, hakemlerin sayısına, ihtilaflı toplam miktara, karmaşıklığa, Mahkeme ve SIAC tarafından gerçekleştirilen çalışmaya ve yargılamanın genel süresine bağlı olacaktır. SIAC ücret çizelgesine göre, Singapur tarafları için vergi dâhil(%7 Özel Ürün Vergisi) hakem atama ücreti bir hakem için 3210 Singapur Doları, iki hakem için 4280 Singapur Doları ve üç hakem için 5350 Singapur Doları'dır. Yurtdışı taraflar için hakem atama ücretiyse, bir hakem için 3000 Singapur Doları, iki hakem için 4000 Singapur Doları ve üç hakem için 5000 Singapur Doları'dır. Taraflar aksi yönde anlaşmamışlarsa, tahkim masrafları taraflarca eşit olarak karşılanır ve hükümde belirtilir. Tahkim masraflarına mahkemenin ücret ve giderleri ve varsa Acil Durum Hakeminin ücret ve giderleri; SIAC'ın yönetim ücretleri ve giderleri; Mahkeme

tarafından atanan herhangi bir uzmanın masrafları ve Mahkeme tarafından makul olarak talep edilen diğer yardımlar dahil edilir (SIAC, 2016, s. 34; SIAC, b. t.c).

6- Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi

1985'te birtakım iş insanları ve profesyoneller tarafından kurulan Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi(HKIAC), UNCITRAL tahkim kurallarının son versiyonunu benimseyen Asya'daki ilk tahkim merkezidir. Merkezi yönetmekle görevli HKIAC Konseyi, dünyanın çeşitli yerlerinden önde gelen iş insanları ve profesyonellerden oluşmaktadır. Uluslararası Danışma Kurulu HKIAC'a politika düzeyinde rehberlik ve tavsiyeler sağlarken, Yürütme Komitesi, üç daimi komiteyle birlikte faaliyetlerini yürütür. Bunlar Bildiri Komitesi, Atama Komitesi ile Finans ve Yönetim Komitesidir. HKIAC Sekreterliği uyuşmazlık çözümüne dair günlük işlerin yönetimini yürütür. HKIAC Tahkim Kuralları 1 Kasım 2018'de yürürlüğe girmiştir. HKIAC tahkim ücretleri birkaç bölümden oluşur. 8000 HKD'lik başvuru ücreti iade edilmeyen bir ücrettir ve aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit olarak ödenir. İdari ücretlerse ya saatlik olarak ya da uyuşmazlık miktarına göre belirlenebilir. Hakem kararına itiraz için de ayrıca ücret ödenir (Aceris Law LLC, 2021a; Özmumcu, 2012, s. 205-206).

7- Çin Uluslararası Ekonomi ve Ticaret Tahkim Merkezi

Nisan 1956'da kurulan Çin Uluslararası Ekonomi ve Ticaret Tahkim Merkezi(CIETAC), başlangıçta Dış Ticaret Tahkim Komisyonu adını taşıyordu. Daha sonra, Dış Ekonomi ve Ticaret Tahkim Komisyonu adını alan kuruluş, 1988'de bugünkü ismini aldı. Şu anda yürürlükte olan CIETAC Tahkim kuralları 1 Ocak 2015'te kabul edildi. Aynı zamanda CIETAC Finansal Tahkim Kuralları da vardır ve 1 Ocak 2015'ten beri yürürlükte. CIETAC bir başkan, birkaç başkan yardımcısı ve çok sayıda üyeden oluşan bir yapıya sahiptir. Merkezi Pekin'dedir. Aynı zamanda, Shenzhen, Şangay, Tianjin, Chongqing, Hangzhou, Wuhan, Funhou, Nanjing, Chengdu, Xi'an ve Jinan'da özerk alt komisyonları, Vancouver(Kanada), Hong Kong ve Viyana'da bağlantısız(offshore) tahkim merkezleri mevcuttur. Hong Kong'daki uyuşmazlıklar, toplam uyuşmazlıkların yarısını oluşturduğundan 2012'de Hong Kong'ta tahkim merkezi oluşturulmuş, Kuzey Amerika'daki ilk tahkim merkezi Vancouver'de kurulmuştur. CIETAC'ta üç komite bulunmaktadır. Tahkim kuralları ve temel hukuki konular hakkında araştırma yapan,

tahkim kurallarının gözden geçirilmesine ilişkin tavsiye niteliğinde görüşler sağlayan ve CIETAC hakemlerinin eğitiminden sorumlu olan danışma organı olarak hizmet veren Uzman Danışma Komitesi; sonuçlandırılan davalara ilişkin tahkim kararlarını derleyen, düzenleyen ve CIETAC yıllıklarını ve istatistiklerini yayımlayan Dava Yayın Komitesi ve CIETAC hakemlerinin nitelik ve performanslarını inceleyen ve değerlendiren Hakem Yeterlilik Değerlendirme Komitesi. Tahkim ücretleri CIETAC tarafından yayımlanan ücret çizelgesine göre belirlenir. Hong Kong Tahkim Merkezi dışında, ücretler uyuşmazlık miktarına bağlıdır. Hong Kong Tahkim Merkezi'nde ise CIETAC tarafından belirlenen azami miktarı aşmamak kaydıyla, tahkim ücretleri saatlik olarak alınabilir. Benzer şekilde, Çin Anakarasında yerleşik merkezlerde ihtiyati tedbir kararı verilemezken, Hong Kong Tahkim Merkezi'nin ihtiyati tedbir kararı vermek yetkisi vardır (Aceris Law LLC, 2021b; CIETAC, b. t.a; Özmumcu, 2012, s. 183-191).

Yukarıda sayılan uluslararası tahkim merkezlerinin haricinde, dünyanın çeşitli yerlerinde kurulmuş olan tahkim merkezleri de vardır. Örneğin, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği döneminde, 1932'de kurulmuş olan Ticaret ve Sanayi Odası Tahkim Merkezi günümüzde Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Tahkim Mahkemesi olarak varlığını sürdürmektedir. Bunlar haricinde Londra Deniz Ticareti Tahkim Mahkemesi, Hububat ve Yem Ticaret Birliği Tahkim Mahkemesi, Sıvı ve Hayvansal Yağ ve Tohum Bitkileri Federasyonu Tahkim Mahkemesi gibi alanında uzmanlaşmış tahkim kuruluşları da mevcuttur (Konuralp, 2011, s. 230).

Tahkim yargılaması, yönetim anlayışı çerçevesinde de değerlendirilebilir. Tahkim merkezlerinin yapısı ve bu kökenden oluşmuş yargı düzeni, yönetim anlayışına uygundur. Tahkim yargılamasının yapısının incelenmesi, bu konuda yol gösterici olacaktır.

Esasında, tahkim yargılamasının, mahkeme yargılamasından eylemsel olarak bir farkı yok gibi görünmektedir. Zira her ikisinde de, uyuşmazlığın çözümü taraflar haricinde üçüncü bir kişiye devredilmektedir. Tahkimde de tıpkı davada olduğu gibi, karar belli usul ve esas kuralları takip edilerek verilmektedir. Dolayısıyla, ilk bakışta tahkim ve davanın süreç ve sonuç bakımından son derece benzer olduğu düşünülebilir. Ancak, tahkim ile davanın en önemli farkı, tüm süreçte uygulanacak kuralların ve hakemin taraflarca belirlenebilmesidir.

Tahkim merkezlerinde sadece hukukçular değil, mesleki uzmanlar veya iş insanları da hakemlik yapabilmektedir. Hukuk profesyonelleri haricinde kalan, uyuşmazlık alanlarından gelen uzmanların katılımıyla gerçekleştirilen bir yargılama faaliyeti söz konusudur. Tüm sürecin koordine edilmesine, yargılama kurallarına ve esasa uygulanacak hukuka tarafların veya taraflarca anlaşılması halinde tahkim merkezinin karar vermesi tahkimin ayırıcı özelliğidir. Bu yönleriyle tahkim yargılaması, küresel yönetişimin bir parçasıdır.



3. BÖLÜM

UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNÜN DÖNÜŞÜMÜ

Çalışmanın birinci bölümünde, düzenleme okulunun temel kavramları, devletin uluslararasılaşması, hukukun toplumsal düzenlemedeki yeri, neoliberalizmin ekonomik ve siyasal zemini; ikinci bölümünde uyuşmazlık çözüm yolları ele alındı. Bu bölümde, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin toplumsal yeri, uyuşmazlık çözümünde yaşanan neoliberal dönüşümü tanıtlamak üzere ele alınacaktır.

Bu bölüm üç alt bölümden oluşmaktadır. Birinci alt bölüm, küresel sermaye hareketinin düzenlenmesinde milletlerarası ticari tahkimin rolü ve işlevi tartışılacaktır. İkinci alt bölümde arabuluculukta biçimin içeriği belirlemesi ve piyasa şiddetinin etkisi incelenecektir. Üçüncü alt bölümde, Türkiye’de iç tahkim uygulaması ele alınırken, sonuç kısmında uyuşmazlık çözümünün dönüşümünde ABD’nin hegemon devlet olmasının etkileriyle bu dönüşümün, yapının genel dönüşümüyle bağlantısı üzerinde durulacaktır.

3.1. KÜRESEL SERMAYE HAREKETİNİN “EKSİK” REGÜLASYONU: MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMİN ETKİNLİĞİ VE EKSİKLİKLERİ

Çalışmanın birinci bölümde, bir yanda sermayenin finansallaşması ve sermaye hareketlerinin serbestleşmesi incelenirken, diğer yanda buna imkan sağlayacak hukuki altyapının oluşumu ele alınmıştır.

Sermayenin finansallaşması ve dünya çapında serbestçe hareket etmesinin bir düzeleme biçimine ihtiyaç duyacağı açıktır. Bunun bir tarafını sermayenin kısıtlama ve el koymalardan korunması oluştururken, öteki tarafını uyuşmazlıkların çözümü için gerekli düzenlemeler ve kurumlar oluşturmaktadır.

Sermayenin finansallaşması ve serbestleşmesinin ABD’den başlamak üzere, tüm dünyaya 1973 sonrasında, Bretton-Woods sistemindeki finansal sınırlamaların dünya çapında kaldırılmasıyla gerçekleştirildiği, çalışmanın ilk bölümünde açıklanmıştır. Bu süreçte, ülkeler arasında pek çok anlaşma imzalanmış, uluslararası örgütler birçok

çalışma gerçekleştirerek yeknesaklığı ve yaygınlığı yaratacak adımlar atmıştır. Bunların neler olduğu da çalışmanın ikinci kısmında ifade edilmiştir. Bu süreçte hukuki metinler ve hukuk sistemleri üzerinden birtakım dönüşümler gerçekleşmiştir.

Dünya çapında sermaye hareketlerindeki korunabilmesi ve sürdürülebilmesi için birtakım hukuksal araçlara ihtiyaç vardır. Bu ise, ancak hukukun en azından biçimsel olarak yeknesaklaştırılmasıyla imkan dahiline girer. Mülkiyetin korunması ve devletin uluslararasılaşması, neticelerini özel hukukta somutlaştırır; özel hukuk alanında gerekli araçlar sağlanmadan mülkiyetin bir anayasal hak haline getirilmesi ve korunması bir anlam ifade etmez.

Çalışmanın birinci bölümünde özetlenen kolektif emperyalizm devletlerin uluslararasılaşması için biçimlerinin dönüşmesini işaret eder. Buna göre, devlet biçimlerinin dönüşümüyle küresel(ve ona bağlı ulusal) sermayenin taleplerinin devleti imleyen ilişkiler alanında hakim bir şekilde temsil edilmesini amaçlar. Duncan Kennedy'nin hukukun küreselleşmesi düşünceleri, aynı bölümde çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Kennedy, üçüncü küreselleşme döneminde, ABD hegemonyasını doğru bir şekilde tespit ederken, gerçekte neyin küreselleştiğini somut olarak göstermekten uzaktır. Hukukun küreselleşmesinin, bir yeknesaklaşma olduğunu tespitle, ancak biçimsel alanda takip edilebileceğini kabul etmek gerekir. Hukukun üçüncü küreselleşmesi, ABD'de doğan uyuşmazlık çözüm biçimlerinin önce Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, ardından tüm dünyada(ancak özellikle Kıta Avrupası Hukuk Sistemi bünyesinde sayılan ülkelerde) etkin hale geldiği bir dönemdir. Hukukun üçüncü küreselleşmesini, bir devlet biçiminin küreselleşmesi olarak kavramak gerekir. Bunu tartışabilmek için öncelikle 1945 sonrasında ve özellikle 1980'lerden itibaren neoliberalizmin siyasal-hukuksal alandaki gelişmelerini incelemek gerekir. Bu, iki sahada incelenebilir: birincisi uluslararası hukukta, sermaye hareketlerinin düzenlenmesi(regülasyonu), ikincisi ulusal hukuktaki yeknesak düzenlemeler.

1945'te İkinci Dünya Savaşı'nı galibiyetle tamamlayan ABD'nin karşısında, siyasal ve ekonomik olarak harap olmuş bir Dünya vardır. Savaş sonrasında kurulan(BM, IMF, Dünya Bankası, NATO vs.) uluslararası kuruluşlarla yeni bir evrensel siyasal sistemin ve devlet biçimi oluştu. Bretton-Woods sisteminde, ekonomik bakımdan ulusal ekonomiler içerisinde oluşacak kalkınma oluşturuldu, emek örgütlerine toplumsal düzenlemede alan

tanındı. Bu sistem, ulusal ekonomiler içerisinde işleyecek, sermaye hareketlerinin sınırlandırıldığı bir dünya öngörüyordu. Bu anlayışın düzenleyiciliğini Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu(IMF) yapıyordu. Petro-dolar havuzlarıyla maddi temele ulaşan, ABD'nin 1973'ten itibaren yaptığı düzenlemelerle serbest bıraktığı uluslararası finansal sermaye hareketleri, bu sistemin yapısal dönüşümünün bir parçasını oluşturdu. Ancak; bu sistemsal dönüşümün uluslararası hukukta eksiklikleriyle birlikte, uyuşmazlık çözümü sahasında düzenlenmesi mevcuttur. Uluslararası hukukta, milletlerarası ticari tahkim mahkemeleriyle sermayenin devlet yargısından bağımsız hale gelmesi söz konusudur. 2021'de tam zamanlı hakemler, tahkim alanında çalışan avukatlar, kurum içi danışmanlar ve uzmanlar arasında yapılan bir ankete göre, katılımcılar sınır ötesi ticari uyuşmazlıklardan sadece %2'si için dava yoluna gidilmesinin tercih edildiğini, %90'ı için tahkim(%31) veya alternatif uyuşmazlık çözüm yoluyla birlikte tahkim(%59) yolunun; %6'sı dava yoluyla birlikte alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun ve %2'si ise sadece alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun tercih edildiğini ifade etmiştir (White&Case, 2021, s. 5). Bu bakımdan, bugün için milletlerarası ticari tahkim bir uluslararası yargılama yolu haline gelmiştir.

Gerek uluslararası ticari anlaşmalar, gerekse iki taraflı yatırım anlaşmaları temelde devlet karşısında özel sermayenin korunmasını amaçlar. Bu konuda özellikle UNCITRAL(United Nations Commission On International Trade Law-Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)'ın çalışmaları, ICSID, GATT(1994'ten sonraki haliyle Dünya Ticaret Örgütü), NAFTA(North American Free Trade Agreement-Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması), CPTTP(Comprehensive and Progressive Agreement for Transpacific Partnership- Kapsayıcı ve İlerici Transpasifik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı), GATS(The General Agreement on Trade in Services-Hizmet Ticareti Genel Anlaşması) gibi bölgesel ve küresel anlaşmalar, ticaretin, hizmetlerin ve finansın, yani neticede sermayenin serbest dolaşımının hukuksal zeminini oluşturacak, önkabulleri, normları, değerleri, hukuki kurumları, hukuki biçimleri iç hukuksal uzamlara taşımanın yanında, sermayeyi devletlerin emekçi sınıflar lehine sonuç doğurabilecek müdahalesinden korumayı amaçlar. Örneğin, UNCITRAL'ın çalışmaları sonucunda ortaya çıkan tahkim kuralları ve model kanun, tahkim uygulamaları için referans kurallar ve ulusal düzenlemeler için örnek kanun olarak ortaya konmuştur. ICSID de benzer şekilde bir tahkim mekanizması oluşturmuş ve taraf ülkeler bu

mekanizmayı kabul ederek anlaşmaya taraf olmuştur. ICC'nin tahkim mahkemesinin kurumsal yapısı, milletlerarası ticari tahkim merkezleri için model oluşturmıştır. GATT ve Dünya Ticaret Örgütü, ticaretin serbestleşmesi için gümrük tarifelerinin indirilmesi konusunda önemli çalışmalar yapmıştır. Bölgesel ticaret anlaşmalarının sayısı Ekim 2019 itibariyle 301'e ulaşmıştır ve Dünya Ticaret Örgütü üyesi her devlet en az bir bölgesel ticaret anlaşmasına taraftır. Dünya Ticaret Örgütü, bunlar haricinde en az 100 bölgesel ticaret anlaşmasının yürürlükte olduğunu, ancak bildirilmediğini tahmin etmektedir (Hekim Yılmaz, 2020, s. 44). Tüm bu düzenlemeler, sermaye hareketlerinin, ticaret ve hizmetlerin uluslararası alanda gelişerek büyümesinin yasal çerçevesini oluşturmaktadır. Bu yasal çerçevenin uyuşmazlık çözümüne dair kısmını milletlerarası tahkim sistemi oluşturmaktadır.

Milletlerarası ticari tahkim mahkemelerinin temel amacı, uluslararası ticaretin taleplerine hizmet vermektir. ICC(Uluslararası Ticaret Odası) tarafından 1923'de kurulan ilk uluslararası tahkim mahkemesi ve tanıma ve tenfize ilişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nde aynı saikle hareket edilmiştir (Gélinas, 2000, s. 117). Ancak geçen zaman içerisinde, gerek büyüklüğü ve önemi giderek artan finansal işlemler, gerekse artan mal ve hizmet ticareti ve tüm bunlara doğrudan yabancı yatırımlar da eklenince, daha çok ve çeşitli alanlarda uyuşmazlıklar ortaya çıktı. Bu çeşitlilik önemli bir dönüşüme hem yol açtı, hem de bu dönüşümü besledi. Bu dönüşüm, devletlerle yatırımcıların karşı karşıya geldiği, yani devletler karşısında sermayeyi korumaya yönelik yatırım tahkiminden, tacirler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü işlevini taşıyan ticari tahkime¹⁸ doğru bir dönüşümdür. Bu dönüşüm üç dinamik üzerinden incelenebilir: 1. Ticari tahkim merkezlerinin artışı. 2. Ticari tahkime başvurmaya ve tahkim kararlarının uygulanmasına imkân veren düzenlemelerin kodifikasyonu ve yaygınlaşması. 3. Ticari tahkim başvuru sayısındaki artış.

Öncelikle, tahkim merkezleri arasında kesin bir ayrıma gidilerek, yatırım tahkimi ve ticari tahkim merkezlerinin birbirinden ayrıldığını söylemek mümkün değildir. Elbette yatırım tahkimi ve ticari tahkim farklı özelliklere sahiptir. Örneğin, ticari tahkimde nadiren, bir

¹⁸ Bu ifadeden, ticari tahkimde devletin taraf olamadığı sonucunu çıkarmak hatalı olur. Ticari tahkimde devlet veya devlet kuruluşu da taraf olabilir. Ancak temel mesele, ticari tahkime taraf olan devlet veya devlet kuruluşunun, tacir gibi hareket etmesi sebebiyle ticari tahkime taraf olmalarıdır. Yatırım tahkimindeyse devlet yatırıma ev sahipliği yapan devlet olarak taraftır ve tacir sıfatını taşımaz (Ataman Figanmeşe, 2011, s. 93).

tarafın devlet veya devlet kuruluşu olması ve yargı muafiyeti iddiasında bulunması halinde, hakem devletler hukukunu dikkate almak mecburiyetinde kalırken, yatırım tahkiminde devletler hukuku yoğun bir biçimde uygulama alanı bulur (Ataman Fıganmeşe, 2011, s. 101-102). Bu dönüşüm, başlı başına bir sistemsel dönüşümdür. Yatırım tahkimi karşısında, ticari tahkim merkezlerinin yükselişini bir dönemsellik içerisinde ele almak mümkündür. Bretton-Woods döneminde kurulu milletlerarası ticari tahkim mekanizması ICC tahkiminden ibaretti. Tahkim sistemine yönelik talep kredi piyasalarının büyümesi, OPEC'in yükselişi(petrolün millileştirilmesi, imtiyazlar ve petro-dolar) ve özellikle gelişmekte olan ülkelerde büyük mühendislik projelerinin yayılması sonucunda arttı. ICC tahkimi, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözmenin bir yolu olarak tahkimi teşvik etmesine ve asgari düzeyde kurumsal bir yapı sağlasa da, esasında Avrupalı hukuk profesörlerinin ve yargıçların bilgelik ve deneyim çerçevesinde karar verdikleri bir tahkim makamı olarak talebi karşılayacak durumda değildi. 1980 sonrasında, tahkim talepleri ICC tahkiminin sınırlı yapısını bastırdı ve yeni tahkim merkezlerinin yolunu açtı (Sandholtz, 1999, s. 95). Dünyanın hemen her yerinde büyük bir hızla çok sayıda tahkim merkezi, enstitüler ve uluslararası örgütler kuruldu, tahkim yargılamalarının sayısı hemen her yıl artış kaydetti.

Tahkim merkezlerinin çalışmalarındaki artışların incelenmesi için, çalışmanın ikinci bölümünde incelenen yedi tahkim merkezi örnek olarak seçilmiş ve verileri karşılaştırılmıştır. Bunlar; Milletlerarası Ticaret Odası(ICC) Milletlerarası Tahkimi, Amerikan Tahkim Birliği Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi(ICDR), Londra Milletlerarası Tahkim Divanı(LIAC), Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkez(ICSID), Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi(SIAC), Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi(HKIAC) ve Çin Uluslararası Ekonomi ve Ticaret Tahkim Merkezi(CIETAC)'dir. Karşılaştırma tarihi olarak 2020 seçilmiş ve altı tahkim merkezinin 2020 yılı faaliyet raporları karşılaştırılmıştır. Sadece ICDR'nin uluslararası tahkim başvurularına ilişkin son verileri paylaştığı 2018 yılı verileri esas alınmıştır.¹⁹

¹⁹ Çalışmanın ilk kısmında İstanbul Tahkim Merkezi(ISTAC) de incelenmiştir. ISTAC başvuru sayılarını yayımlamadığından bu kısımda inceleme dışı bırakılmıştır.

ICC’de 2020’de toplam 929 başvuru yapılmıştır (International Chamber of Commerce, 2021).²⁰ 2020’de yatırım tahkimine ilişkin sadece bir dava açılmıştır. Uyuşmazlık çözümünde, 122 davada İngiliz hukukunu(tüm başvuruların %13’ü), 104 davada bir ABD eyaletinin hukukunu, 66 davada İsviçre hukukunu, 56 davada Fransız hukukunu ve 42 davada Brezilya hukukunu taraflar sözleşme hukuku(lex Contractus) olarak seçmiştir. Tarım işletmeciliği, ticari hizmetler, kimyasallar, inşaat ve mühendislik, savunma ve güvenlik, eğitim ve kültür, enerji, çevresel koruma, finans ve sigortacılık, genel ticaret ve dağıtım, gıda ve meşrubat, sağlık/ilaç ve kozmetik, endüstriyel ekipman ve hizmetler, eğlence, medya ve yayıncılık, emtia ve hammaddeler, ambalajlama, kamu kurum ve kuruluşları, telekomünikasyon/uzmanlaşmış teknolojiler, tekstil/giyim ve taşımacılık gibi 20’den fazla uyuşmazlık alanında tahkim başvurusu yapıldığı raporlanmıştır. Tüm tahkim başvurularının %38’ini inşaat/mühendislik ve enerji sektöründeki uyuşmazlıklar oluştururken, sağlık/ilaç ve kozmetik, genel ticaret ve dağıtım, endüstriyel ekipman ve hizmetler, finansman ve sigorta, telekomünikasyon ve uzmanlaşmış teknolojiler ve taşımacılık alanındaki uyuşmazlıklar yeni başvuruların %5 ila %7’sini oluşturmaktadır (International Chamber of Commerce, 2021).

ICDR’de 2020’de toplam 9538 adet, ABD içi ticari dava görülmüştür. Bu ticari davalardan 18,011,977,599 USD talep, 3,626,126,681 USD karşı talep ileri sürülmüştür (American Arbitration Association, 2021). 2020’de uluslararası başvurulara ilişkin bir veri yayımlanmamıştır. Veri yayımlanan en yakın tarih 2018’dir. 2018’de 993 adet uluslararası ticari dava görülmüştür. En çok dava yoluna gidilen alanların dağılımıysa şu şekilde açıklanmıştır: Franchasinglerle ilgili 272 dava, inşaat alanında 113 dava, teknoloji alanında 58 dava, sigorta alanında 43 dava, enerji alanında 40 dava, finansal servislerle ilgili 33 dava, ilaç/biyoteknoloji alanında 23 dava, emlak alanında 23 dava, eğlence alanında 16 dava (American Arbitration Association, 2018).

LIAC’a 2020’de toplam 444 başvuru yapılmıştır. Bunların 407’sinin LIAC Tahkim Kurallarıyla çözümü talep edilmiştir. Bunların %26’si enerji ve kaynaklara, %22’si taşımacılık ve emtiaya, %20’si bankacılık ve finansal, %6’sı eğlence, %5’i inşaat ve altyapı alanındaki uyuşmazlıklara uyuşmazlıklara ilişkindir. Sigortacılık, spor,

²⁰ Kuruluşundan 2020 sonuna kadar, ICC Tahkim mahkemesine yapılan toplam başvuru sayısı 25960’tır (International Chamber of Commerce, 2021, s. 9).

telekomünikasyon, emlak, sağlık ve eczacılık alanındaki başvuruların her biri, tüm başvuruların %5'inden azdır (The London Court of International Arbitration, 2021, s. 11).

SIAC(Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi), 2020'de 1080 yeni tahkim başvurusuyla muhatap olmuştur. Bunların 62'si ulusal uyuşmazlıklara ilişkin, 1018'i uluslararası uyuşmazlıklara ilişkindir. Yapılan başvuruların %64'ü(734) ticaret, %8'i(91), %7'si(80) ortaklıklar, %6'sı(72) denizcilik/alışveriş, %4'ü(49) yapım/mühendislik ve %11(123) diğer uyuşmazlıklara ilişkindir (SIAC, SIAC Annual Report 2020, b. t.b).

HKIAC(Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi), 2020'de toplam 318 tahkim başvurusuyla muhatap olmuştur.²¹ Yapılan başvuruların %85.7'si uluslararası uyuşmazlıklara dairdir. Tahkim, arabuluculuk ve alan adı uyuşmazlıklarına dair olarak, yapılan başvuruların sektörel dağılımı şu şekilde verilmiştir: uluslararası ticaret/mal satışı(%27), denizcilik(%18,6), tüzel kişilerle ilgili(%18,3), bankacılık ve finansal hizmetler(%13,5), inşaat(%10,7), profesyonel hizmetler(%7,2), sigortacılık(%2,2), fikri mülkiyet(%2,2) ve istihdam(%0.3) (Nguyen, 2021; HKIAC, b. t.).

CIETAC(Çin Uluslararası Ekonomi ve Ticaret Tahkim Merkezi) 2021 yılında yerel ve uluslararası toplam 3615 tahkim başvurusuyla muhatap olmuştur. Bu başvurulardan 739'u uluslararası uyuşmazlıklara dairdir. 2020'de toplam 2892 dava sonuçlandırılmıştır. Başvurular 21 çeşit uyuşmazlık alanında yapılmıştır. Buna göre, 508 başvuru ürün satışıyla ilgili genel uyuşmazlıklarla, 459 başvuru elektronik ve mekanik ekipmanlarla ilgili uyuşmazlıklara, 449'u kaynak ve yatırım transferiyle ilgili uyuşmazlıklara, 397'si hizmet sözleşmeleriyle ilgili uyuşmazlıklara, 336'sı yapım ve dekorasyon projeleriyle ilgili uyuşmazlıklara, 275'i finansal uyuşmazlıklara, 224'ü doğal kaynaklar ve madenlerle ilgili uyuşmazlıklara, 159'u emlak uyuşmazlıklarına, 136'sı kira sözleşmeleriyle ilgili finansal olmayan uyuşmazlıklara, 117'si emanet sözleşmeleriyle ilgili uyuşmazlıklara, 49'u endüstriyel hammaddelerle ilgili uyuşmazlıklara, 35'i özel veya franchaising lisanslarıyla ilgili uyuşmazlıklara, 33'ü kültürel ve eğlence endüstrisiyle ilgili uyuşmazlıklara, 29'u sigorta uyuşmazlıklarına, 29'u finansal kiralamaya ilişkin uyuşmazlıklara, 25'i taşıma sözleşmeleriyle ilgili uyuşmazlıklara, 22'si fikri mülkiyetle ilgili uyuşmazlıklara, 15'i Çinli-Yabancı joint-ventureleriyle ilgili

²¹ 2020'de yapılan toplam başvuru sayısı 483'tür. Bu başvuruların 318'i tahkim, 16'sı arabuluculuk ve 149'u alan adı uyuşmazlıklarıyla ilgiliydi (HKIAC, b. t.).

uyuşmazlıklara, 9'u internet veya e-ticaret alanındaki uyuşmazlıklara, 2'si denizcilikle ilgili uyuşmazlıklara ve 307'si diğer uyuşmazlıklara ilişkindir (CIETAC, b. t.b).

ICSID, 2020'de toplam 303 tahkim davası yönetmiştir, ancak 2020 döneminde²² yapılan toplam başvuru sayısı 40'tır. ICSID bir yatırım tahkimi mahkemesi olduğundan, başvuruların tamamı yatırım tahkimi alanındadır. Başvuruların %57'si iki taraflı yatırım anlaşmalarından, %16'sı enerji şartı anlaşmalarından, %11'i yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki yatırım anlaşmalarından, %5'i ev sahibi devletin yatırım hukukundan, %5'i ABD-Peru Ticareti Teşvik Anlaşması'ndan, %4'ü ABD-Kolombiya Ticareti Teşvik Anlaşması'ndan ve %2'si NAFTA(Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması)'dan kaynaklanan uyuşmazlıklar nedeniyle yapılmıştır. Yapılan başvuruların sektörel dağılımı ise şöyledir: Başvuruların %30'u petrol, gaz ve madencilik, %20'si elektrik enerjisi ve öteki enerji kaynakları, %17'si yapı işleri, %10'u bilgi ve teknoloji, %7'si finans, %5'i taşımacılık, %3'ü tarım, balıkçılık ve ormancılık, %3'ü hizmetler ve ticaret ve %5'i diğer endüstri alanlarındaki uyuşmazlıklar için yapılmıştır (ICSID, 2020, s. 19-22). Yatırım tahkimi konusunda yayımlanan bir diğer veri, Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD) tarafından yayımlanan 'Yatırım Uyuşmazlığı Çözümü Kılavuzu(Investment Dispute Settlement Navigator)'dur. Kılavuzda yıllık bazda, açılan yatırım tahkimi davalarının taraf bilgileri ve ulaşılması imkân dâhilindeyse uyulacak kurallar, dava içeriği gibi veriler dizin halinde sunulmaktadır. Bu verilere göre, 2020'de toplam 72 yatırım tahkimi dava başvurusu yapılmıştır (UNCTAD, b. t.).

Yukarıda özetlenen veriler dikkate alındığında, yedi tahkim merkezine 2020'de(ICDR için 2018) yapılan toplam uluslararası tahkim başvurusu sayısı 3717'dur. Bu başvurulardan sadece 41'i yatırım uyuşmazlığına ilişkindir. Geriye kalan başvuruların tamamı uluslararası ticari uyuşmazlıklarla ilgilidir. UNCTAD verilerine göreyse, dünya çapında yapılan toplam yatırım tahkimi başvurusu 72'dir. Çalışmada verileri ayrıntılı olarak incelenen altı ticari tahkim merkezine yapılan ticari tahkim başvuru sayısı, dünya çapında yapılan yatırım tahkimi başvuru sayısı kıyaslandığında dahi, her 1 yatırım tahkimi başvurusuna karşılık, yaklaşık 90 ticari tahkim başvurusu yapıldığı

²² ICSID'ın yıllık çalışma dönemine ilişkin bu veriler, 1 Temmuz 2019-30 Haziran 2020 tarihleri arasındaki dönemi kapsamaktadır (ICSID, 2020, s. iv).

görülmektedir. Üstelik, çalışmada incelenmeyen birçok ticari tahkim kuruluşu da mevcuttur. Bu kuruluşlara yapılan başvurular da düşünülecek olursa, dönüşümün büyüklüğü de ortaya çıkacaktır. Amerikan Tahkim Birliği Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi(ICDR) gibi, nispeten yakın tarihte kurulan(1996) bir ticari tahkim merkezinin, ICSID gibi arkasında Dünya Bankası'nın siyasi ve ekonomik gücü bulunan bir yatırım tahkimi mahkemesine göre çok daha etkin(ICSID'e yapılan 40 uluslararası yatırım tahkimi başvurusuna karşılık, 993 adet ticari tahkim başvurusu) çalıştığını göstermektedir. Diğer tahkim merkezlerinin verileri de aynı sonucu göstermektedir; devletlerin taraf olduğu ve devlet dolayımıyla gerçekleşen yatırımların azaldığı, sermaye grupları arasında gerçekleşen ticari işlemlerin esas yoğunluğu kazandığı anlaşılmaktadır. Bunun arka planını, yabancı yatırım ve ticarette devlet dolayımının azalmasında ve küresel kapitalizme eklenmede devletlerin milliyetçi ulusal ekonomi anlayışından uzaklaşmasında aramak gerekmektedir. Kolektif emperyalizm, bu dönüşümde kritik önemdedir.

Kolektif emperyalizmin bir yönünü üretim ve tüketimin uluslararasılaşması oluştururken, bir diğer yönünü ulusal ekonomilerin sermaye için 'güvenli' hale getirecek yapısal dönüşümlerin gerçekleştirilmesi oluşturur. Bu durum, merkez ve gelişmekte olan ülke arasındaki ilişkiyi, ikincinin birincide üretilen mamul malların pazarı olmaktan ibaret olan klasik görünümünden uzaklaşmasıyla ifade etmektedir. Çok uluslu şirketler üzerinden, çok ülkede üretim ve tüketimin gerçekleşmesi, sermaye birikimi bakımından karın realize edildiği ülkenin önemli hale gelmesine yol açmıştır.

En önemli yatırım tahkim kurumu olan ICSID'in ortaya çıkmasına sebep olan temel gelişmenin, 1960'larda yaşanan ulusal ekonomiler lehine milliyetçi el koymaların artması ve ABD sermayesinin bu konuda yaşadığı sorunlar olduğu ifade edilmiştir (Panitch & Gindin, 2019, s. 126). Bu el koymalara karşı, ulusal yargıda iptal davası açma hakkı tanınmadan ve tenfiz mekanizmasına dahi gerek duyulmadan ICSID tahkimi kararlarının uygulanmasını Konvansiyona taraf ülkeler kabul etmektedir. Ancak, küresel çapta, sermayenin çok uluslu şirket formunda yatırımcı haline gelmesi ve el koymaların ortadan kalkması bu mekanizmanın etkinliğini azaltmış, hatta çoğunlukla gereksiz hale getirmiştir. Bu bakımdan, dönüşümün arka planında küresel sermayenin yeni formu ve devletin uluslararasılaşması zemininde ulusal sermaye gibi, küresel sermayenin taleplerinin devlet alanında temsili imkanının sağlanması, ulusal sermayenin devlet

dolayısıyla küresel sermayeye karşı bir tehdit oluşturması ihtimalini neredeyse ortadan kaldırmıştır. Bu bakımdan milletlerarası ticari tahkim, uyuşmazlık taraflarının sermayeler olduğu yeni gündemin ifadesini oluşturur.

Ticari tahkim merkezlerinde görülen davaların konu dağılımı verisi, uygulamanın ne derece yaygın bir sahada cereyan ettiğini göstermektedir. Uluslararası ticaretin ve finansın hemen her sahasındaki uyuşmazlıklar tahkim merkezlerine götürülebilmektedir. Bu bakımdan uluslararası ticaretin sadece belirli veya sınırlı bir alanı için değil, hemen her alanı için ticari tahkimin yaygın bir şekilde kabul gördüğü ortadadır.

Uluslararası tahkim sistemi konusunda ilk adımı, 1958 tarihli New York Sözleşmesi oluşturmaktadır. Hakemlerin verdiği uluslararası kararların ulusal hukuk sistemlerinde tanınmasını ve tenfizini kolaylaştıran bu sözleşmeden sonra, 1985'te yapılan UNCITRAL Model Kanunu, uluslararası tahkim sisteminin işleyebilmesi için gereken çerçeveyi sağlamış ve bu alanda büyük bir dönüşüme hukuki zemini oluşturmuştur. 2022 itibarıyla New York Sözleşmesi'ne taraf ülke sayısı 169'dur (New York Convention, b. t.). Model Kanuna dayalı mevzuat, 118 yargı bölgesinde ve toplam 85 ülkede kabul edilmiştir (UNCITRAL, b. t.). Bazı tahkim merkezlerinin tahkim kuralları olsa da, pek çoğu UNCITRAL tahkim kurallarını uygulamayı kabul etmiştir (Pendell, 2011). Haliyle, uluslararası ticari tahkim uygulaması bir yasal zemine sahiptir ve dünya çapında kabul görmüştür. Küresel sermaye hareketinin regülasyonu, bu tahkim merkezlerinin etkinliğine ve hakem kararlarının yerel otoritelerce kabulüyle sağlanmaktadır. New York Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu, bu düzenlemenin temelini oluşturmaktadır.

New York Sözleşmesi 15 maddeden oluşmaktadır. Sözleşmenin birinci maddesine göre, sözleşme gerçek veya tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda, tanınması ve icrası istenen devlet dışında bir başka devletin toprağında verilen veya tanınması istenen devlette milli sayılmayan hakem kararlarının tanınmasında ve icrasında uygulanır²³. 'Hakem kararı' ile belli uyuşmazlıkların çözümü için seçilen hakemlerin(ad hoc tahkim) ve daimi tahkim organlarının kararları kast edilmektedir. Sözleşmenin ikinci maddesi, akit devletlerinin

²³ Sözleşmenin birinci maddesine göre, akit devletleri sözleşmenin uygulanabilirliğini iç hukuklarında ticari sayılan uyuşmazlıklarla sınırlandırabilirler. New York Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanmasının uygun bulunduğu dair kararın ikinci maddesine göre, sözleşme sadece akit devletinin iç hukukuna göre ticari sayılan uyuşmazlıklar için uygulama alanı bulacaktır. Bu bakımdan New York Sözleşmesi Türkiye açısından sadece ticari uyuşmazlıklar için uygulama alanı bulabilir (Resmi Gazete, 1991, s. 372).

yazılı tahkim sözleşmelerini muteber kabul etmesini hükme bağlamıştır. Akit devletindeki mahkemeler tahkim sözleşmesinin hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, tarafların birinin talebiyle uyuşmazlığın çözümünü hakeme sevk etmek zorundadır. Üçüncü madde akit devletlerinin hakem kararlarını sözleşmede yazılı şartlara uygun olmaları şartıyla muteber kabul etmesine ilişkindir. Akit devleti, milletlerarası tahkim kararının tanınması ve icrası için, milli tahkim kararlarına denk şartlar ve adli harçlar koyabilir. Dördüncü madde, hakem kararlarının tanınması ve icrasını talep etme işlemlerinin usulüne ilişkindir. Buna göre, hakem kararının tanınmasını ve icrasını talep eden taraf, hakem kararının ve tahkim sözleşmesinin aslını veya usulüne uygun olarak aslının aynı olduğu onaylanan suretini, karar veya sözleşme tanıma ve icra talep edilen ülkenin dilinde değilse, resmi veya yeminli tercüman tarafından yapılan veya diplomatik veya konsolosluk ajanı tarafından onaylanan tercümesiyle birlikte sunması gerekmektedir. Beşinci madde, hakem kararlarının tanınma şartlarını düzenlemektedir. Buna göre, aleyhine hakem kararı verilen taraf talepte bulunmaz ve tanınma ve icra talebinde bulunulan devletin yetkili makamı önünde tahkim sözleşmesi tarafların tabi kılındığı kanuna göre ehliyetsiz olduğunu veya sözleşmenin tarafların tabi kılındığı veya bu konuda seçim hakkı mevcut değilse hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz olduğunu; hakemin tayini veya hakemlik prosedürü konusunda usulüne uygun olarak haberdar edilmediğini veya bir başka sebeple iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürme imkânını elde edemediğini; hakem kararının tahkim sözleşmesinde kararlaştırılan bir uyuşmazlığa ilişkin olmadığını veya aşan hükümler olduğunu; hakem mahkemesinin oluşum ve işleyişinin tahkim sözleşmesine veya bu konuda anlaşma yoksa tahkimin gerçekleştiği yer Kanun hükümlerine uygun olmadığını; hakem kararının taraflar için henüz mecburi olmadığını veya hakem kararının verildiği devletin kanunu ya da tabi olduğu kanun yönünden yetkili bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrasının geri bırakılmış bulunduğunu ispat etmedikçe tanıma ve icra talebi reddedilemez. Ancak, tanıma ve icranın talep edildiği devlet kanununa göre uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olmadığını veya hakem kararının tanınma ve icrasının talep edilen devletin kamu düzenine aykırı olması hallerinde tanıma ve icra talebi reddedilebilir. Altıncı maddeye göre, tanıma ve icrası istenen kararın icrasının geri bırakılmasına ilişkindir. Yedinci maddeden on beşinci maddeye kadar olan hükümler,

sözleşmenin işleyişi, tanınması ve uygulanmasıyla ilgilidir (Resmi Gazete, 1991, s. 372-376).

UNCITRAL(Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu), 1966'da kurulmuştur (Bozkurt Yüksel, 2011, s. 136). Model Kanun, UNCITRAL bünyesindeki bir çalışma grubu tarafından kabul edilen kuralların 21 Haziran 1985'te kabul edilmesiyle ortaya çıkmıştır. 11 Aralık 1985'te Genel Kurul, Model Kanunu tüm ülkelere tavsiye etmiştir (United Nations, 1994, s. 15). 7 Temmuz 2006'da Model Kanun'da birtakım değişiklikler yapılmıştır (United Nations, 2008, s. 23). Halihazırda güncel hali yürürlüktedir. Aşağıdaki paragrafta ve çalışmanın tamamında yürürlükteki hali incelenmiştir.

UNCITRAL Model Kanunu, tahkim sözleşmesinden yargılamanın biçimine, alınabilecek geçici tedbirlerden tahkim yerinin belirlenmesine kadar milletlerarası ticari tahkimle ilgili her konuda örnek hükümler içermektedir (United Nations, 2008). UNCITRAL Model Kanunu, tarafların irade serbestisine yönelik hükümler içermekte, tahkime uygulanacak kuralları belirlemeyi hakemlerin takdirine bırakma imkanını da vermektedir. Temel amaç, esneklik ve çabukluğun sağlanmasıdır. Her ne kadar milletlerarası ticari tahkime uygulanması öngörülecek kurallar içerse de, Bulgaristan, Meksika, Mısır gibi ülkeler Model Kanun hükümlerini hem milli hem de milletlerarası tahkimde uygulamaktadır. Hong Kong, İskoçya ve Nijerya'daysa milli tahkime uygulanacak usul kuralları mevcut olmakla birlikte, tarafların milli tahkimi de Model Kanun'a tabi kılmasına imkân tanınmıştır (Bozkurt Yüksel, 2011, s. 151-152).²⁴

Ticari tahkim merkezlerinin sayısındaki olağanüstü artış, dönüşümün bir diğer göstergesidir. 1980'ten sonra, hem birçok yeni tahkim merkezi kurulmuş, hem de tahkim merkezlerinde şubeleşme yaşanmıştır. 2011'de yapılan bir araştırmaya göre, o tarihte var olan tahkim merkezlerinin %70'i son otuz yıl içinde, yani 1981'den sonra kurulmuştur (Pendell, 2011). Ulusal anlamda tahkim düzenlemelerinin yaygınlaşması bir tarafa, uluslararası alanda ticari uyuşmazlıkların çözümü için önerilen bir alternatif yargılama yolu olarak tahkimin ve uluslararası tahkim merkezlerinin yaygınlaşması, sadece merkez

²⁴ Model Kanun'un Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ne uygun olarak hazırlandığı savlanmaktadır (Bozkurt Yüksel, 2011, s. 152). Ancak tahkim yargılamasının kendi başına Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ne yabancı yapısı düşünüldüğünde, bundan neyin kast edildiği pek anlaşılamamaktadır.

kapitalist ülkelerde değil, dünya çapında gerçekleşmiştir. Özellikle Afrika ve Asya ülkelerinde açılan yeni tahkim merkezleri veya mevcut tahkim merkezlerinin özel tahkim kuralları kabul etmesi buna örnek gösterilebilir.

2021’de en çok tercih edilen beş tahkim merkezinden üçü Hong Kong(HKIAC), Singapur(SIAC) ve Pekin(CIETAC)’dedir (White&Case, 2021, s. 5). Tüm Asya’da, ancak özellikle Güney Doğu Asya’da Kamboçya’dan Vietnam’a, Güney Kore’den Filipinler’e kadar hemen her ülkede en az bir adet uluslararası ticari tahkim merkezi mevcuttur ve ülkeler hakem kararlarını tanımaya yönelik hukuki düzenlemeleri(New York Sözleşmesi, iç hukuk düzenlemesi)²⁵ kabul etmiştir (Morgan Lewis, 2018). 1970’den ve özellikle 1991’den sonra sadece Güney Doğu Asya’da değil, Afrika ve İç Asya’da kurulan diğer tahkim merkezleri de etkinlik kazanmıştır. Bu tahkim merkezlerinin kurulum ve oluşumu, kolektif emperyalizmin bu bölgeleri metalaşma süreçlerine dâhil etmesinin bir yönüdür.

İç Asya’daki gelişim, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği’nin dağılmasıyla yakından bağlantılıdır. Aslında SSCB döneminde de tahkim uygulaması mevcuttur. 1930’da kurulan SSCB Ticaret Odası Deniz Ticareti Tahkim Komisyonu ve 1932’de kurulan SSCB Ticaret Odası Dış Ticaret Tahkim Komisyonu, Birlik dağılana kadar isim değişiklikleriyle varlığını sürdürmüştür. Ancak oluşturulan tahkim sistemi, esasında bir uluslararası tahkim değil, dış ticaret tahkimiydi. 1950-60’lı yıllardan sonra, sosyalist ülkeler arasında yapılan anlaşmalar sonucu oluşan Karşılıklı Ekonomik Yardım Konseyi ve buna bağlı ekonomik, bilimsel, teknik ve ticari ilişkileri artıracak, hukuki düzenlemeleri yeknesaklaştıracak “Ticarî Malların Teslimine Dair Genel Şartlar”; “Makina, Teçhizat ve Sair Gereçlere İlişkin Teknik Hizmetlere Dair Genel Şartlar” ve “Makina ve Teçhizatın Teslimi ile İlgili Sair Teknik Hizmetlerin Temini ve Bir Elde Toplanmasına Dair Genel Şartlar” başlıklı üç ayrı sözleşme imzalanmıştır. Sözleşmelerde akit devletleri arasında, sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği ifade edilmiştir. Buna göre, uyuşmazlıklar ya davalının mensup olduğu akit devletinin tahkim kurumunda ya da tarafların aralarındaki sözleşmede açıkça belirtilmesi

²⁵ Alıntı yapılan çalışmada incelenen on bir ülkeden(Kamboçya, Çin, Hong Kong, Hindistan, Endonezya, Japonya, Güney Kore, Malezya, Myanmar, Filipinler, Singapur, Tayvan, Tayland ve Vietnam) sadece Tayvan New York Sözleşmesi’ne taraf değildir ve diğer ülkelerden farklı olarak Çin ve Endonezya’nın tahkim yasaları UNCITRAL model kanuna uygun düzenlenmemiştir (Morgan Lewis, 2018, s. 7, 26 ve 63).

şartıyla Konsey üyesi bir üçüncü devletin tahkim kurumunda çözümlenecektir. 1960'lı yılların ortalarına kadar, Konsey dışındaki²⁶ ülkelerdeki şirketlerle yapılan ticari anlaşmalarda tahkim şartına sıkça rastlanmakta ve SSCB Ticaret Odası Dış Ticaret Tahkim Komisyonu'nun tahkim yeri olarak seçildiği görülmektedir. 1960'ların ortalarından itibaren bu konuda değişiklik yaşanmış ve tahkim yeri olarak Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü seçilmiştir. 1977'de bir SSCB Ticaret Odası Dış Ticaret Tahkim Komisyonu, ABD Tahkim Birliği ve Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü arasında bir anlaşma yapılarak taraflar arasındaki uyuşmazlıkların, üç tahkim merkezinin herhangi birinde çözülmesi kararlaştırılmıştır. Karşılıklı Ekonomik Yardım Konseyi üyeleri arasında 1972'de imzalanan İktisadî, Bilimsel ve Teknik İşbirliğinden Doğan Medenî Hukuk Uyuşmazlıkların Tahkimde Çözülmesine İlişkin Moskova Anlaşması ile zorunlu tahkim uygulaması getirilmiştir. SSCB'nin dağılması sonrasında, Karşılıklı Ekonomik Yardım Konseyi üyeleri Moskova Anlaşması'nı tanımadıklarını ilan ettiklerinden zorunlu tahkim sistemi ortadan kalkmıştır (Abdullayeva, 2009, s. 4-10). Görüldüğü gibi, SSCB'nin dağılmasına kadar mevcut tahkim sistematığı bir uluslararası tahkimi değil, Karşılıklı Ekonomik Yardım Konseyi kurulana kadar Birlik üyelerine mensup taraflar arasında; Konsey kurulduktan sonraysa Konsey üyesi devletlere mensup taraflar arasındaki dış ticarete matuf uyuşmazlıkların çözümünü amaçlıyordu.

SSCB'nin dağılmasından itibaren İç Asya ülkelerinin kapitalizmle eklemlenmesinin hukuki yönlerinden birini milletlerarası tahkim mevzuatının kabulü ve uluslararası tahkim merkezlerinin kurulması oluşturdu. Kazakistan, Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi(ICSID) Sözleşmesi'ni 23 Eylül 1992'de, New York Anlaşması'nı 20 Kasım 1995'te imzaladı (Butler, 2014, s. 255-256). 2001'de Kazakistan Uluslararası Tahkim Mahkemesi kuruldu. 2008'de kurumun adı Uluslararası Tahkim Merkezi olarak değiştirildi; Kazakistan Cumhuriyeti Yargılama Mahkemesi ve Uluslararası Tahkim Mahkemesi kuruldu. 2016'da Kazakistan Cumhuriyeti Yargılama Mahkemesi kaldırılmış, Kazakistan'da mukim taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü de Uluslararası Tahkim Mahkemesi'ne devredilmiştir (IAC, b. t.).

²⁶ Yazar, 'Batılı' kavramını kullanmaktadır; ancak anlatımdan Karşılıklı Ekonomik Yardım Konseyi dışındaki ülkelerin kastedildiği sonucu çıkmaktadır. Bu nedenle bu şekilde alıntılanmıştır. Bknz: (Abdullayeva, 2009, s. 8)

Kırgızistan, New York Sözleşmesi'ni Aralık 1996'da imzaladı, anlaşma 18 Mart 1997'den beri yürürlüktedir. ICSID Sözleşmesini ise 9 Haziran 1995'te imzalamasına rağmen prosedürler yerine getirilmedi (Butler, 2014, s. 262). 2002'de Kırgız Tahkim Mahkemeleri Yasası kabul edildi. UNCITRAL model kanundan unsurlar içeren Yasa hem ulusal, hem de uluslararası tahkime uygulanmaktadır (Sabirov, b. t.). Bişkek Uluslararası Madencilik ve Ticaret Tahkimi Mahkemesi(BICAMC) 2019'da başkent Bişkek'te kurulmuştur. Kurum, uluslararası ticari ilişkiler, enerji ve maden kaynakları gibi uluslararası ticaret ve yatırım alanlarındaki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik hizmet vermeyi amaçlamaktadır (BICAMC, b. t.).

Özbekistan, New York Sözleşmesi'ni 7 Şubat 1996'da imzaladı ve sözleşme 7 Mayıs 1996'da yürürlüğe girdi. ICSID Sözleşmesi'ni ise 17 Mart 1994'te imzaladı ve Sözleşme 26 Temmuz 1995'te yürürlüğe girdi (Butler, 2014, s. 267). 2018'de Özbekistan Sanayi ve Ticaret Odası bünyesinde, Taşkent Uluslararası Tahkim Merkezi(TIAC) kuruldu (The Taskent Times, 2018). Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu ise 17 Ağustos 2021'de yürürlüğe girmiştir. Yasa, 1985 tarihli UNCITRAL model kanununun gerekliliklerine uygun olarak hazırlanmıştır (Fremer, 2021).²⁷

Afrika ülkelerinde de benzer bir süreç söz konusudur. Afrika Asya Hukuk Danışma Teşkilatı(AALCO)'nın 1977'deki 18. dönem toplantısında, Doğu Asya, Güney Doğu Asya, Batı Asya, Kuzey Afrika, Doğu Afrika ve Batı Afrika'da, altı bölgede altı tahkim merkezi kurulması kararlaştırıldı (AALCO, b. t., s. 149). Geçen sürede, kıtada pek çok tahkim merkezi kurulmuştur. 2020 itibarıyla kıtada 91 tahkim merkezi veya kurumu vardır; ancak bunların tamamı tam anlamıyla bir tahkim merkezi gibi çalışmamaktadır. Bir kısmı tahkim davaları yönetmemekte, sadece duruşma odası gibi olanaklar sağlamakta; bir kısmıysa tahkim koşullarını belirlemeksizin sadece hakem ataması yapmaktadır. Ancak neredeyse tümü, tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları için altyapı geliştirme ve eğitim sağlamaktadır (Onyema, 2020 Arbitration In Africa Survey Report, 2020, s. 11). SOAS(Londra Üniversitesi Oryantal ve Afrika Çalışmaları Okulu)'ın yayımladığı 4 Nisan 2020 tarihli listeye göre, hemen her Afrika ülkesinde en az bir tane uluslararası tahkim merkezi mevcuttur (Onyema & Christian, 2020). Afrika'da

²⁷ İç Asya'daki diğer ülkelerde de benzer gelişmeler söz konusudur; ancak bu bölümde sadece tahkim merkezi kuran ülkeler ele alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için: (Butler, 2014)

2020’de en çok tercih edilen beş tahkim merkezi Güney Afrika Tahkim Kurumu(AFSA), Kahire Bölgesel Uluslararası Ticari Tahkim Merkezi(CRCICA), Kigali Uluslararası Tahkim Merkezi (KIAC), Lagos Tahkim Mahkemesi(LCA) ve Nairobi Uluslararası Tahkim Merkezi(NCIA)’dır (Onyema, 2020 Arbitration In Africa Survey Report, 2020, s. 5). Ancak bu tahkim merkezlerinin gerçek etkinliğini ölçebilecek veri mevcut değildir; zira tahkim merkezlerinin istatistiki verilerini yayımlamadıkları görülmektedir. Bu tahkim merkezlerinin bölgesel anlamda önemli olduklarını düşünmek mümkündür. Bunların yanında, özellikle Londra(LCIA) ve Paris(ICC)’teki benzerlerine rakip olmak iddiasında olan bir başka tahkim merkezi, Marakeş’te 5 Nisan 2019’da kurulmuştur. Afrika Arabuluculuk ve Tahkim Mahkemesi(La Cour Africaine de Médiation et d'Arbitrage-CAMAR), Lahey, Londra ve Paris’te çözülen, Afrikalı taraflar içeren uyuşmazlıkların çözümünün gerçekleştirilmesi için kurulduğu iddiasındadır. Ancak, onun da henüz kuruluş ve teşkilatlanma aşamasında olduğunu söylemek mümkündür (CAMAR, b. t.). Esasında, bu girişimlerin tamamında önemli olan, tahkimin Afrika’daki devletlerin hukuk sistemlerinde yerleşmiş olmasıdır.

Tahkim merkezleri arasında işbirliğini geliştirmeye, uluslararası ticari tahkimin kalitesini yükseltmek, tahkim kültürünü yerleştirmek gibi amaçlarla hareket eden uluslararası kuruluşlar ve birlikler mevcuttur. 1985’te kurulan IFCAI(International Federation of Commercial Arbitration Institutions- Uluslararası Ticari Tahkim Kuruluşları Federasyonu) tahkim merkezleri arasındaki koordinasyon ve yardımlaşmayı sağlamayı amaçlamaktadır. 2022 itibarıyla 52 üyesi olan kuruluş 12-18 ayda bir genel toplantılar düzenlemektedir (IFCAI, b. t.). 2009’da Milano’da kurulan Akdeniz’de Tahkim ve Arabuluculuğu Özendirme Enstitüsü(ISPRAMED-Institute for the Promotion of Arbitration and Mediation in the Mediterranean) bölgede alternatif uyuşmazlık çözümü kültürünün teşvik edilmesini, Avrupa-Akdeniz bölgesinde bir alternatif uyuşmazlık çözüm sisteminin oluşturulmasını ve Akdeniz bölgesindeki mikro, küçük ve orta ölçekli işletmelerin kurulması, büyümesi ve gelişmesi için dostane bir ortamın yaratılmasına yardımcı olmayı, ticari alışverişi artırmak ve Avrupa-Akdeniz yatırımlarını çekmek için faydalı araçları teşvik etmeyi amaçlamaktadır (ISPRAMED, ISPRAMED Presentation, 2020). İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi de Enstitünün üyeleri arasındadır (ISPRAMED, 2018). Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyi(International Council for Commercial Arbitration-ICCA) bir diğer önemli kuruluştur. 1961’de

Cenevre’de kurulan ICCA, düzenli olarak kongreler düzenlemektedir ve 1976’dan beri her yıl ticari tahkim yıllığı yayımlamaktadır (ICCA, 2015, s. viii; ICCA, 2021). Bu kuruluşlar, tahkim uygulamasında yeknesaklaşmak ve tahkim merkezlerindeki uzmanlaşmayı artırmak için işbirliğini geliştirmek amacıyla çeşitli çalışmalar yapmakta, projeler yürütmekte ve raporlar yayımlamaktadır. Ancak, bu çabaların arkasında da kısmen rekabet vardır; bölgesel veya evrensel manada, tahkim merkezleri arasındaki birlik düzeyinde gerçekleşen bir rekabet, bu bakımdan gelişmeyi de desteklemektedir. Gelecekte, bu girişimlerin artacağı öngörülebilir. Zira tahkim yargılaması büyük bir pazara dönüşmüştür. Tahkim merkezleri arasındaki rekabet çok yönlü ve çok taraflıdır. Tahkim merkezlerinin ücret ve masraflar için rekabetçi fiyat politikası takip etmesi, kurumsallık ve gizliliğe önem vererek ve teknolojiyi takip edip yargılama, dosyalama ve takip sistemlerini geliştirerek üstünlük kazanma çabaları, tahkim merkezlerinin ticari yönüyle ilgilidir. Tahkim merkezlerinin veya tahkim yargılamasının geliştirilmesi için oluşturulmuş kurumların neredeyse tamamı kar amacı gütmediklerini ifade etse de, hakemler, merkez veya kurum çalışanları, yönetim birimleri ve komisyonlar-altkomisyonlar çerçevesinde oluşan, uluslararası ticarete tercih edilmeyi amaçlayan bir pazar ortaya çıkmıştır.

Afrika ve İç Asya ülkelerinde kurulan çok sayıda tahkim merkezi, kolektif emperyalizmin (ve devletin uluslararasılaşmasının) dünya çapında etkinliğinin bir ifadesidir. Tahkim yargılamasının getirdiği en büyük avantaj, uyuşmazlık taraflarını uyuşmazlık anında uyulacak usul kurallarını ve esas hukukunu seçmekte özgür kılmasıdır. Emperyalizmin hukuk düzeni içerisinde, ticari ilişkilerde uygulanacak hukuk düzeninin tercihi önemlidir; bu bir bakıma yabancı sermayeye tanınmış bir yargı bağımsızlığı anlamına gelmektedir. Küresel sermaye hareketlerinin ve ticaretin neticesinde oluşacak uyuşmazlıkların yerel mahkemelere ve yerel hukuka göre değil, hukuki ilişkinin taraflarının belirleyeceği tahkim mahkemesine ve hukuka göre çözümlenmesinin arka planında, serbest ticaret bölgeleri, serbestleştirilmiş sermaye hareketleri; hukuki cephesinde ise hukukun küreselleşmesi vardır.

Küresel sermaye hareketine kapılarını açmak isteyen ülkelerin takip edeceği hukuksal formül, New York Sözleşmesine taraf olmak ve UNCITRAL Model Kanununa uygun tahkim mevzuatı hazırlamaktır. Tahkim mahkemeleri, bu formülde yerel mahkemelerin yerini almaktadır. Gerek UNCITRAL tahkim kuralları, gerekse ICC, ICDR, LCIA ve

ICSID tahkim kuralları, taraflarca kabul edilen hukukun uygulanacağını kabul etmektedir (Karademir, 2012, s. 100).

Uluslararası tahkim sisteminin bir yeni kodifikasyon hareketi ve tahkim kurumlarının teşkilatlanmasıyla uluslararası ticaretin, sermaye hareketlerinin ve finansal sistemin kurumsal düzenlemesi olduğu açıktır. Ancak bu düzenleme, kurallara bağlanmış bir uluslararası ticari sistem oluşturulduğu anlamına gelmemektedir. Ayrıca, kesin, sınırları belirli ve devletler üzerinde tam anlamıyla zorlayıcı güce sahip bir yargılama gücü olduğunu da söylemek mümkün değildir; zira ICSID tahkiminin kararları haricinde, diğer tahkim kararları hakkında ulusal mahkemelerde iptal davası açılması da pek çok hukuk sisteminde mümkün kılınmıştır (Ataman Figanmeşe, 2011, s. 98). Bu, uluslararası tahkim sisteminin ulus devlet karşısındaki sınırır.

Küreselleşmenin temel motifleri olan esnekleştirme, kuralsızlaştırma ve neticede serbestleştirme bu kurumsallaşmanın temelini oluşturmaktadır. Zira, mevcut tahkim sistemi, muhtemel uyuşmazlıkların çözümünü tarafların belirleyecekleri hukuk ve yöntemle çözüme imkanı tanırken, minör²⁸ uyuşmazlıklar haricinde kalan, örneğin bir tarafın iflası veya hileli iflası durumunda ne olacağına dair majör uyuşmazlıkların çözümünün nasıl yapılacağı konusunda sessiz kalmaktadır. Zira sistem, statik tarafların, düzenli ticari uyuşmazlıklarını çözmek üzere oluşturulmuş gibidir. Dünya çapındaki finansal hareketleri düzenlemek gibi bir hedef gözlemlenmemektedir. Buckley'in, uluslararası finansal sistemin düzenlenmesi için dört önerisi vardır:

1. Küresel bir iflas mahkemesi
2. Küresel bir merkez bankası
3. Küresel bir nihai kredi mercii
4. Tobintax²⁹ gibi bir uluslararası sermaye vergisi (2005, s. 143)

Buckley'in finansal sistemi düzenlemek için ileri sürdüğü önerisine dayanak olan endişeler, uluslararası ticari tahkime dayalı uyuşmazlık çözüm sistemi için de geçerli kabul edilmelidir. Sadece uluslararası bir iflas mahkemesinin mevcut olmaması dahi başlı

²⁸ Minor uyuşmazlık kavramıyla kast edilen, iki tarafın ticari devamlılığını etkilemeyen uyuşmazlıklardır.

²⁹ James Tobin tarafından önerilen, kısa vadeli sermaye hareketlerinin-sıcak paranın yarattığı dalgalanmaları önlemeye yönelik kambiyo vergisi (Watson, 2016).

başına önemli bir sorundur. Taraflardan birinin iflas etmesi durumunda tahkim yargılaması nasıl ilerleyecektir? İlerleyebilecek midir? Yargılama sonuçlansa bile, alınan hakem kararı fiilen ne anlam ifade edecektir? Mahkeme kararları için de benzer sorunlar söz konusudur; zira iflas eden bir yabancı tacirin, yabancı ülkedeki veya birden fazla ülkedeki varlıklarının tasfiyesi ve alacağın tahsili imkânsız değilse bile çok zor ve yüksek maliyetlidir. Hızlılık, verimlilik ve serbestlikle özdeşleştirilmiş uluslararası ticari tahkimin gerçekte sıra dışı durumlarda uyuşmazlıkları çözmeye gücünün olamayacağı ve yerel mahkeme kararları karşısında, bu konuda bir avantaj sağlamadığı görülmektedir. Bu bakımdan, küresel sermaye hareketlerinin, yatırımların ve ticaretin yaşayacağı uyuşmazlıkların çözümü yapılan düzenlemelerin bu sahayı, küreselleşmenin genel karakterine uygun bir şekilde, eksik düzenlediğini söylemek mümkündür.

Bu bölümde, temel olarak iki sav ileri sürülmüştür. Birincisi, yatırım tahkiminin etkinliğini yitirmesi, buna karşılık ticari tahkimin etkinliğindeki artış sermayenin yeni formunun bir ifadesidir. El koymaların artması nedeniyle oluşturulan ICSID tahkimi, küresel çapta, sermayenin çok uluslu şirket formunda yatırımcı haline gelmesi ve el koymaların ortadan kalkmasıyla etkinliğini yitirmiştir. Buna karşılık, devletin uluslararasılaşmasıyla küresel sermayenin taleplerinin devlet alanında temsili imkanının sağlanması, ulusal sermayenin devlet dolayımıyla küresel sermayeye karşı bir tehdit oluşturması ihtimalini neredeyse ortadan kaldırmıştır. Bu durum, milletlerarası ticari tahkim sisteminin oluşmasında ve oturmasında başat etkiyi oluşturmuştur. İkinci olarak, küresel kapitalizme bağlanabilmek ve sermaye çekebilmek için ülkelerin bir ‘ajanda’yı eksiksiz uygulamaları gerekmektedir. Buna göre, küresel kapitalizmin parçası olmak isteyen her devlet, New York Sözleşmesinin tarafı olmak, UNCITRAL Model Kanunu’na uygun bir tahkim düzenlemesi yapmak ve bir tahkim merkezi kurmak veya kurulmasına destek olmak durumundadır. Bunlar, küresel kapitalizme eklenmek ve sermaye hareketlerinin sahası haline gelmek için ön koşul haline gelmiştir.

3.2. ARABULUCULUK ULUSAL YARGIYA KARŞI: BİÇİMDEN İÇERİĞE, HAKTAN PİYASA DESPOTİZMİNE

Türkiye’de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin geliştirilen tartışmaların neredeyse tamamı arabuluculuğa yöneliktir. Bunun sebebi, uygulamada arabuluculuğun

tahkimden daha fazla etkinliğe sahip olması, yani hukuksal olarak daha fazla tartışmaya sebep olmasıdır.³⁰ En yoğun eleştirilen nokta, zorunlu(dava şartı) arabuluculuk uygulamasıdır. Eleştiriler arasında lehe olanlar, aleyhe olanlardan fazladır. Arabuluculuk aleyhindeki çalışmaların tamamı, tıpkı lehe olan çalışmalar gibi herhangi bir veri setine dayanmadan arabuluculuğun sömürünün bir parçası olduğu noktasına çeşitli yollarda dolaştıktan sonra varmaktadır; lehe olan çalışmalarsa yine ellerinde sonuca dair bir veri bulunmamakla ve objektif bir veriye dayanmamakla birlikte, arabuluculuğun toplumsal barışa ve diyaloga katkı sağladığı noktasında birleşmektedir. Lehe olan çalışmalar, arabuluculuğu doğuran neden olarak yargı sisteminin çeşitli gerekçelerle kötü işlemesi olarak tespit ederken, neden yargı sisteminin düzeltilmesi için çareler üretmek yerine yargı sistemi dışı uyuşmazlık çözüm yollarının üretildiği sorusunu cevapsız bırakmaktadır. Aleyhe olan çalışmalar, arabuluculuğu bütünün bir parçası olarak görmek yerine, onu kendi başına bir ‘kötülük’ olarak ele almakta ve altyapı-üstyapı arasında, ekonomik zeminde gerçekleşen gelişmelerin hukuksal yansıması gibi görmektedir.

Arabuluculuk müstakil değil, ancak bir uyuşmazlık çözüm sisteminin parçası olarak düşünülürse gerçek yer ve işlevi teslim edilebilecek bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu sistemin özü, mümkün olduğu kadar fazla uyuşmazlığın yargılama sistemi dışında çözülmesi, yargısal uyuşmazlık çözümü alanının daraltılması düşüncesi oluşturmaktadır. Bu sistemin bir tarafını iç tahkimin geliştirilmesi oluştururken, diğer tarafını arabuluculuğun yaygınlaştırılması ve cazip hale getirilmesi oluşturur.

Arabuluculuğun bir çözüm yolu olarak kabulü, iç tahkimin çözüm tarzından amaç, süreç ve sonuç olarak epey farklı beklentilere dayanır. Uyuşmazlık çözümünü yargı organı dışına taşımak bakımından, her iki yol benzerdir; ancak çözüm yolu olarak tamamen farklıdır-iç tahkim ve arabuluculuk arasında keskin bir ayrım vardır. Arabuluculukta taraflardan beklenen anlaşma temelli çözüm üretmeleri, bu çözümü anlaşarak bulmalarıdır. Çözüm, mevzuatta tanınan haklar temelinde değil, üzerinde mutabık kalınan anlaşma temelindedir. Anlaşmanın şartları için ‘haklar’ bir referans olabilir, ama temel ölçüt veya dayanak olamaz. Kabul edilen şey, hak haline gelir; fazlaya ilişkin haklar -

³⁰ Gerçekten, tahkimin de geniş bir uygulama alanı mevcuttur. Örneğin Türk hukukunda, tüketici uyuşmazlıklarının neredeyse tamamı tüketici hakem heyetleri eliyle çözülmektedir. Sigorta şirketlerinin taraf olduğu uyuşmazlıklar için kurulmuş olan Sigorta Tahkim Merkezi de son yıllarda daha etkin hale gelmiştir.

anlaşma metninde yoksa, yani var oldukları taraflarca kabul edilmemişse- zaten yok kabul edilir.

Bu noktada hak kavramını tartışmakta fayda vardır. Zira hak kavramı, menfaatin karşısına konulmuş, zıddı veya menfaat çatışmasında anlaşmamanın sebebi gibi gösterilmektedir. Arabuluculuk hak temelli çözümün karşısına konulmuş menfaat temelli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Menfaat, ‘güncel’ bir olgudur; uyuşmazlık tarihinde işçinin güncel durumuyla ve ihtiyaçlarıyla ilgilidir (Özveri, 2020, s. 934). Hakim olan pozitif hukuk öğretisinde hak meri, gayrişahsi ve tûmeldir. Yani her olayda ve her uyuşmazlıkta, her bir taraf için yeniden üretilmeden önce mevzuat hükmü olarak kabul edilmiştir. Hak bir kez kabul edildikten sonra ilga edilinceye kadar, yolu hakka dayalı talepten geçen herkes için uygulanır. Bu sebeple hakkın muhatabı belirli bir kişi değildir; hakkın sahasına giren her talepte hak sahipliği yeniden üretilir. Hak kavramının piyasa endeksli dönüşümü, özellikle hakkın toplumsal bağlamından koparılarak yalıtılması ve karşıt menfaat sahiplerinin arasındaki uyuşmazlığın çözümünün küresel düzlemde geçerli kurallara uyumlu hale getirilmesi temelinde gerçekleşmiştir. Bu dönüşüm kolektif toplumsal varlıkların bireysel mülkiyete konu hale getirilmesi ve küresel alım-satıma açılması durumundan ayrı düşünülemez (Özdemir A. M., 2014, s. 125). Hakkın toplumsal bağlamından koparılması uzun bir sürece tekabül eder. Hukuki pozitivizmin varlık sebebiyle uyuşan bu uzun dönüşüm süreci, üretimin koordinasyonunda küresel piyasaların belirleyici hale geldiği ve ulus devletin “iç” menfaati “dışarıda” temsil etmekten çıkarak “dış” menfaati “içeride” temsil eden bir yapıya dönüştüğü neo-liberal dönemde; karşıt menfaat sahipleri arasındaki uyuşmazlığın çözümünün ulusal hukuk sisteminin usul kurallarını etkisiz bırakan çözüm yollarının geliştirilmesine yol açmıştır.

Arabuluculuk bir anlaşma süreci olarak işleyince hakkın gayrişahsiliğini ve tûmelliğini ortadan kaldırır. Bir kişi teorik olarak, hakkı olmayı arabuluculuk anlaşmasıyla alabileceği gibi, hakkı olanı alamayabilir. Zira anlaşma şahsi, tekil ve anlıktır; anlaşmanın taraflarının toplumsal bir bağlamı olmayan bireysel çıkarları temelinde ‘anlaşma’ları söz konusudur. Üstelik arabuluculuk anlaşmasının ikircikli karakteri onun anlaşılmasını epey güç hale getirir. Arabuluculuk anlaşması, bir sözleşmeden ibarettir; bu onun bir yönüdür. Diğer yönü onun aynı zamanda ilam hükmünde olmasıdır. Sözleşme ile ilamı

karşılaştırmak, ‘arabuluculuk anlaşması’ adıyla yaratılan hukuk teknolojisinin ikircikli yapısının daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

Sözleşme, taraflar arasındaki iradenin uyuşmasıyla oluşur. Sözleşmenin geçerliliği için belirli genel şartlar kabul edilmiştir. Bunlar, tarafların serbest iradelerinin uyuşması ve sözleşme konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olmamasıdır. İrade sakatlığı hali, sözleşmeyi geçersiz kılar. İlam, yani mahkeme kararı, icra hakkını haiz bir belgedir; yargı organının düzenlediği bu belge hak sahibine hakkını kamusal zoru etkin hale getirerek almak hakkını verir. Sözleşmenin taraflarından biri, diğer tarafın sözleşmedeki yükümlülüğünü yerine getirmediğini iddia ediyorsa bir dava açarak haklı olduğunu ileri sürer ve kamusal zorun yardımına başvurur. Eğer davacı haklı görülürse, kamusal zor uygulanarak haklıya hakkı verilir. Dolayısıyla bir sözleşme, taraflara doğrudan kamusal zoru kullanabilmek imkânı tanımaz; ancak haklı olduğunun yargı organı tarafından kabulü neticesinde verilen ilama göre bu imkân tanınır.

Arabuluculuk anlaşması, elbette öncelikle bir sözleşmedir; ancak sözleşmenin zayıf taraflarını taşımaz. Sözleşme ne kadar ‘sağlam’ olursa olsun, yargı organına bir hak talebiyle başvurmak, yani haklı olduğunu ispat ederek mahkemeye bunu onaylatmak gerekmektedir.³¹ Ancak, arabuluculuk anlaşması, esasında bir sözleşme olmasına rağmen ilam hükmünde olduğundan, haklılık –tıpkı bir ilam karşısında olduğu gibi- tartışma dışıdır. Bir arabuluculuk anlaşması, icra edilmenin şartlarını taşıyorsa(bu şartlar hem taraflar, hem de vekillerince anlaşmanın imzalanması durumunda derhal; bu durum söz konusu değilse, basit bir prosedür sonrasında mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınarak sağlanmış olur) tartışılmaz bir hüküm haline gelir. Bu bakımdan, arabuluculuk anlaşması aynı zamanda bir ilamdır; ancak ilamın zayıf taraflarını da taşımaz. Mahkeme kararlarının önemli bir kısmı, temyiz veya istinaf incelemesine tabidir. Şeklen kesin hüküm teşkil etseler dahi, her ilam yargılamanın iadesi gibi pek çok hukuksal usule muhatap kalarak ortadan kalkma ihtimalini taşır. Oysa, bir arabuluculuk anlaşmasının konusu hukuka veya ahlaka aykırıysa veya tarafların iradesi sakatlanmışsa, yani taraflar anlaşmayı yanlış(hata), hile(aldatma) ve korkutma(ikrah) altında imzalamışsa arabuluculuk anlaşması geçersiz olabilir. Bu şartlar haricinde, arabuluculuk anlaşması bir

³¹ Buradaki anlatımın istisnasını kambyo senetleri gibi hızlandırılmış usuller oluşturmaktadır. Geçerli bir kambyo senedine sahip olan kimse, kambyo senedine mahsus icra takibi yoluyla hakkına çok çabuk bir şekilde ulaşabilir.

kanun yolu incelemesine veya yargılamanın iadesi gibi sonradan hükmü bozmaya yönelik hiçbir ihtimalle karşılaşamaz. Haliyle, ilamın zayıf tarafını değil, en güçlü tarafını, yani kamusal zora kayıtsız şartsız başvurabilme gücünü taşır. Gerek sözleşme, gerekse ilam açısından bakıldığında, arabuluculuk anlaşmasının kendisini oluşturan bu iki kurumun zayıf yanlarını dışlayıp güçlü yanlarını birleştiren bir hukuk teknolojisi olduğunu söylemek mümkündür.

Arabuluculuk anlaşması, aynı zamanda, çalışma ilişkisinin katılığını kırmanın yolunu da açmıştır. Ülkemizin yargı uygulamasında, işçi aleyhine tek taraflı cezai şart hükmü içeren iş sözleşmesinin imzalanması halinde bu hükümlerin geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Bu düşüncenin kökeninde işçinin işveren karşısında zayıf konumda olduğu, yani tarafların eşitsizliğinin kabulü bulunmaktadır (Özdemir E. , 2005, s. 409). Arabuluculuk anlaşması yapılırken tarafların sosyal konumlarının hiç dikkate alınmaması, bu ‘katı’ anlayışın aşıldığını göstermektedir.

Arabuluculuk anlaşması, ancak taraf iradelerinin uyuşmasıyla mümkün olur. Normalde, taraf iradeleri uyuşursa dava da açılmaz. Peki bir dava açılmaması yerine, geleceğe yönelik tüm hak taleplerinin ileri sürülme ihtimallerini bertaraf edecek arabuluculuk anlaşması, gerçekte nasıl oluşur? Yani, aralarında uyuşmazlık çıkan iradeler neden ve nasıl uyuşur?

Hemen her türlü anlaşma, ancak taraflarının mevcut toplumsal konumlarıyla kurulabilir. Yani masaya oturan güçlü taraf karşısında zayıf taraf, konumunun getirdiği zayıf taraf olma durumuyla anlaşma zeminine gelir. Bu zayıflık veya güçlülük uyuşmazlık hiç yokken de vardır. Bir tarafı, güçlü veya zayıf kılan, onun piyasa şiddeti karşısındaki konumudur. Örneğin, uyuşmazlık konusu miktar sermayesi karşısında önemsiz olan bir sermayedar karşısında hak etmesine rağmen alacağını tahsil edemeyen ve ödeme aczine düşmek üzere olan sermayedar; anlaşma bedelini ödeme gücüne sahip işveren karşısında çalışmak zorunda olan, güvencesizleşmiş ve mülksüzleşmiş işçi anlaşma şartları konusunda –hatta anlaşıp anlaşmama konusunda- bu zayıflığıyla masaya oturur. Zira anlaşma masasındaki güçlü ve güçsüz, sınıfsal ve ekonomik konumuyla güçlü ve güçsüzdür. Neticede zayıfı anlaşmaya mecbur eden iki sebep sayılabilir: Sınıfsal konum ve buna bağlı hakların ekonomik durum karşısında işlevsizleşmesi; tüm uyuşmazlıkların bireysel alana sıkıştırılması. Somutta düşünüldüğünde, sendikal hakları bulunmayan,

mülksüzleşmiş veya borçlu bir işçinin pazarlık gücüyle bir kapitalistin pazarlık gücü karşılaştırılmaz. Aynı durum, bir küçük kapitalist, taşeron veya esnaf için de geçerlidir; piyasa şiddeti karşısında acze düşen, anlaşma şartlarını belirleyemez. Hakkını takip ve talep etse, yani dava açsa bile, hakkını alana kadar geçecek sürede bir dayanağı yoksa bekleyemez. Her bir anlaşma, piyasada karşılaşan bireyler arasında gerçekleşmiş varsayılır; anlaşmalar biriciktir-anlaşmalar gibi.

Mahkeme, Anayasal düzenin eşitliğe ilişkin hükümleri gereği tarafların piyasadaki konumlarını önemsemez; önemli olan norm(hak) ile talep(iddia) arasındaki ilişkidir. Yani iddia ve hak denkse, davayı kabul eder. Ancak anlaşma, iddia ile hakkın uyumunu aramaz; irade uyumunu arar. İradeyi oluşturan, tarafların toplumsal konumudur. Arabuluculuk, uyuşmazlık çözümünü mahkeme önünden çekip çıkararak, kuşkusuz yeni bir şey yapmamıştır. Ancak anlaşmayı tartışılmaz kılarak, sözleşmenin güçlü tarafını, bu gücüne karşı kamu otoritesinin karşı çıkma ihtimalini de ortadan kaldırır; güçlünün güçlü, zayıfın zayıf kalmasına imkan tanıyacak bir hukuk düzeni için güçlüye bir anahtar/yol verir. Zayıf tarafın kim olduğunu anlamak için arabuluculuk uygulamasına bakmak yeterlidir.

Türkiye’de, bu çalışma hazırlanırken ticari, iş, tüketici, kira, Kat Mülkiyeti Kanunu’ndan kaynaklanan, komşuluk hukuku, taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ilişkin hukuki uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk uygulamasına geçilmiştir. Dava şartı arabuluculuk uygulamasının gerekçesi olarak, yargılama sistemindeki sıkıntılar, özellikle davaların uzun sürmesi ve yargılama maliyetlerinin fazlalığı gösterilmektedir. Buna göre arabuluculuk, hızlı ve düşük maliyetli bir seçenek sunarak yargının sorunlarına bir çare oluşturmaktadır. Açıkçası bu sav, sadece ülkemizde değil, yargının sorunlarına karşı bir öneri olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin önerildiği hemen her yerde ileri sürülmektedir (Kurt, 2018, s. 413). Ancak yargının eleştirilen yavaşlığı veya pahalılığını gidermek yerine, uyuşmazlık çözümünü yargı dışına, tamamen farklı bir ekseninde gerçekleşen arabuluculuk düzlemine çekmek tutarsız görünmektedir. Her iki iddianın hangi objektif gerekçelerle ileri sürüldüğü açıklanmamaktadır.

Bu savları ileri sürenler, yargılamanın hızlı veya yavaş olduğunu ispat edecek herhangi bir veri paylaşmadan, yargılamanın yavaş olduğunu ileri sürebilmektedir. Örneğin, bir iş davası için bir yıl uzun mudur veya altı ay kısa mıdır? Arabuluculuk uygulaması

Türkiye’de yerleştirilirken, bu konuda bir ölçüt mevcut değildi; ancak 1 Ocak 2019’dan beri Türkiye’de yargılamanın süresine ilişkin bir ölçüt söz konusudur. “Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” hükümlerine göre, Türk yargısında 1 Ocak 2019’dan hedef süre uygulamasına geçilmiştir. Yönetmeliğin 5. maddesine göre, adli istatistikler; fiilen görev yapan hâkim ve savcı sayısı; her bir daire, mahkeme, hâkim ve cumhuriyet savcısına düşen derdest dosya sayısı; soruşturma ve yargılama usul kuralları ile yönetmeliğin sekizinci maddesinin üçüncü fıkrasına göre Cumhuriyet başsavcılıkları ile adalet komisyonu başkanlıklarınca gönderilen yıllık raporlar dikkate alınarak hedef süreler belirlenmekte; yönetmeliğin 6.maddesine göre hedef süre soruşturma işlemlerinde suç şüphesinin yetkili mercilerce öğrenildiği, ceza mahkemelerinde iddianamenin kabul edildiği, hukuk, idare ve vergi mahkemelerinde davanın esas kaydının yapıldığı, bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinde dosyanın daireye geldiği tarihte başlar ve soruşturma evresinde soruşturmayı bitiren kararla, kovuşturma veya yargılamalarda gerekçeli kararın yazımıyla sona erer. Yönetmeliğin 9. maddesine göre, iki yılda bir Adalet Bakanlığı’nın hedef süreleri güncelleyeceği ve duyuracağı kabul edilmiştir. Her dava açıldığında, dava taraflarına hedef süre bildirilmektedir. Adalet Bakanlığı’nın 08/01/2022 tarihli duyurusunda, yargı verilerine göre 1 Ocak 2021 - 15 Kasım 2021 tarihleri arasında Türkiye genelinde, İdari Yargı Mahkemelerinde % 88,38, ceza mahkemelerinde %86,86, hukuk mahkemelerinde %85,65, Cumhuriyet başsavcılıklarında %84,01 ve tüm yargılama türlerinde ise ortalama yüzde 86 oranında hedef süreye uyulduğu açıklanmıştır (T.C. Adalet Bakanlığı, 2022). Hedef sürelere uyma oranı, 2019’da yani uygulamanın ilk senesinde %74 olarak gerçekleşmiştir (Armutçu, 2020). Bu veriler ışığında düşünüldüğünde, yargılamayla ilgili pek çok temel ölçüte dayalı olarak belirlenen yargılama hedef sürelerine uygun yargılama gerçekleştirildiği görülmektedir.

Benzer bir durum, yargılama giderleri için de geçerlidir. Çalışmanın ikinci kısmında, Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemleri karşılaştırılmıştı. O kısımda ifade edildiği gibi, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’nde yargılama giderleri davayı kaybeden taraf üzerinde bırakılmaktadır. Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi’nde ise, yargılama giderleri genellikle kim tarafından yapıldıysa o taraf üzerinde bırakılmakta, esas önemli giderler delil keşfi esnasında oluşmaktadır. Zira ekonomik olarak güçlü taraf, delil keşfi sürecinde

daha fazla harcama yapabilmekte, daha yetenekli avukatlarla çalışabilmektedir. Bu bakımdan, yargılama giderlerinin engelleyici bir sorun olduğu ve dava yolunun pahalı bir yol olduğuna dair sav, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi için gerçekçi değildir. Ayrıca, yargılamanın maliyetli oluşunun çözümünü aramak, bu konuda yöntemler geliştirmek mümkündür. Söz gelimi, yargılama harç ve giderlerinin ucuzlatılması veya adli yardım sisteminin geliştirilmesi gibi bir çözüm önerisi yerine, pek çok uyuşmazlık çözümünü yargı dışına taşıyacak bir hukuk teknolojisi icat etmek, gerçekten düşündürücüdür. Yine bir işçi-işveren uyuşmazlığı için düşünürsek; işçinin haklı çıkması halinde işverenin ödeyeceği işçilik alacaklarının yanında yargılama harç ve giderleri, vekalet ücreti gibi yan ödemeler de önemli bir külfet oluşturmaktadır. Çalışmanın birinci kısmında, sermayeden alınan vergilerin dünya çapında azalması pek çok örnek verilerek açıklanmıştır. İşveren, yani sermaye üzerindeki vergi, yani giderlerin azaltılmasıyla bu durumun yakından ilgisi vardır. Bir ticari, iş veya tüketici uyuşmazlığı olması fark etmez; dava neticesinde sermayeye yüklenen yargılama gideri külfetiyle, arabuluculuk ücreti arasında ciddi bir fark söz konusudur. Örneğin Türk Hukuku'nda, anlaşma bedelinin yüzde 6'sı arabuluculuk ücreti olarak ödenir. Aksi yönde anlaşma yoksa, taraflar bu tutarı yarı oranında öderler. Aksi yönde anlaşma yapılırsa ve tüm arabuluculuk ücretini işveren ödese dahi, ödeyeceği yüzde 6'lık bedel ile dava neticesinde ödenecek yargılama giderleri arasında uçurum vardır. Sadece karar harcı dahi, dava neticesinde hükmedilen değer in yüzde 6.81'idir. Bunun üzerine maktu başvuru harcı, bilirkişi, keşif, tanık ve tebligat ücretleri gibi yargılama giderleri ve avukatlık ücreti eklendiğinde, arabuluculuk ücretlerinin en az birkaç katı kadar yargılama gideri ödeme yüküyle karşı karşıya kalacağı açıktır. Bu bakımdan, yargılama giderlerinin ucuzlatılması yerine, külliye kaldırılması ve yerine cüzi bir arabuluculuk ücretinin ödenmesi, arabuluculuk anlaşmasının 'taraflarını' değil, sermayeyi koruyucu ve sermayenin maliyetini azaltıcı bir öneridir. Zira, yargı istatistiklerine göre, 2018'de iş mahkemelerinde açılan 205.874 davanın 59.560'ı tam, 76.427'si kısmen kabulle sonuçlanmıştır (T. C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2019, s. 199). 2019'da iş mahkemelerinde açılan 215.388 davanın 62.296'sı tam, 92.065'i kısmen kabul edilmiştir (T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2020, s. 199). 2020'de açılan 181.311 davanın 51.197'si tamamen, 73.261'i kısmen kabul edilmiştir (T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2021, s. 199). Görüldüğü gibi 2018'de iş mahkemelerinde açılan

davaların yaklaşık %66.05'i, 2019'da yaklaşık %71.6'sı ve 2020'de yaklaşık %68.64'ü kısmen veya tamamen kabul edilmiştir.³² Bu bilgi tek başına, yargılamanın 'maliyetinin' işçi için değil, işveren, yani sermaye için bir sorun oluşturduğunu göstermektedir. Zira yargılama giderleri, davayı kaybeden tarafa yükletilmektedir.

Arabuluculuğa yönelik eleştiriler de, tıpkı destekler nitelikteki gerekçeler gibi verilere veya rasyonel sebeplere dayanmamaktadır. Türkiye'de yoğun olarak 'dava şartı arabuluculuk' uygulaması eleştirilmiş, bu uygulamanın özellikle işçilerin hak ve alacaklarına yönelik bir 'engelleyici' olarak kabul edildiği iddia edilmiştir (Gün, 2018, s. 71). 'Zorunluluk' elbette, sadece başvurma yönündedir, anlaşma yönünde değildir. Ayrıca, anlaşmaların içeriğini ölçebilecek hiçbir veri yayımlanmamıştır; böyle bir veri elde etmek de mümkün değildir. Zira, arabuluculuk anlaşması, bir dava sonucu gibi, norm ve talebin uyumu veya uyumsuzluğuna göre, delil ve ispat kuralları çerçevesinde belirlenmediğinden anlaşma belgesinin haklı veya haksız olarak nitelendirilmesi, kişinin hakkını aldığını veya almadığını söylemek zaten teknik olarak imkansızdır. Aynı şekilde, dava yolunun 'adil', arabuluculuk yolunu 'taaddi' saymak için elde geçerli hiçbir gerekçe yoktur. Dolayısıyla, arabuluculuk sürecinin sonucuna yönelik tüm yorumlar, önyargıya dayanmakla maluldür. Bunlar, tıpkı arabuluculuğun veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini 'yargının sorunlarını çözecek' reçete gibi görenler gibi, yanlış bir yerden hareket etmektedir. Zira arabuluculuğun sonucuna yönelik denetlenebilir veya analiz yapmaya yarar hiçbir veri mevcut değildir. Doğru analiz yapmaya imkan verecek esas hareket noktası, arabuluculuk uygulamasının biçiminde aranmalıdır.

Dava şartı olsun veya olmasın arabuluculuk uygulamasının biçimi, kolektif veya bireysel işçi haklarının tanınmadığı bir piyasa despotizmine dayanır. Arabuluculuk masasına oturan taraflar, eşit ve tekil hukuksal kişi olarak kabul edilir. Yani, örneğin, müzakere edilen ve üzerinde anlaşmaya varılan bir işçinin alacağıdır; o işçi bir sınıfın parçası değildir. Sadece bir işçidir. Bu yaklaşım, neoliberalizmin güvencesizleştirme ve örgütsüzleştirme politikasıyla yakından bağlantılıdır. Çalışmanın ilk kısmında ifade edildiği gibi, istihdam biçimlerinin güvencesizleşmesi, iki boyutludur. Birinci boyut, Fordizmin hakim çalıştırma biçimi olan belirsiz süreli iş sözleşmelerinin yerini işçinin

³² Bu sayılara iş mahkemelerinin kurulu olmadığı, iş hukuku uyuşmazlıklarına iş mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemelerinin baktığı dava sayıları dahil değildir.

çalışmasını belirli süreli hale getiren ve işçinin özellikle iş güvencesi ve işsizlik sigortası hükümlerinden yararlanmasını imkansız kılan belirli süreli iş sözleşmesi, taşeronluk, çağrı üzerine çalışma gibi alternatif çalıştırma biçimlerinin öne çıkmasıdır. İkinci boyut, çalışmanın sabit zamanlı, tek veya belirli mekanda sınırlı, konusu belirli işlerin ‘katı’lığını kıran esnek çalışma biçimlerinin oluşturulmasıdır. Arabuluculuk bu yaklaşımın üçüncü boyutunu oluşturmaktadır. Mevzuat hükümlerine göre ‘hak’ olarak tanımlanmış işçilik alacaklarının katılığını, piyasa despotizmi altında ezilen, mülksüzleşmiş işçiyle aynı masada buluşarak gelecekteki tüm alacak haklarına karşılık bir bedelle onu anlaşılmaya mecbur edebilecek tüm toplumsal koşullar önünde, anlaşmanın esnekliğini oturtan yeni bir hukuk teknolojisi olarak arabuluculuk, çalışmanın hukuksal biçimini ve fiziksel biçimini güvencesizleştirip esnekleştirmenin hak ve alacak taleplerine sirayet etmesidir. Benzer bir anlayış, işçi örgütlerinin tasfiyesi açısından da düşünülebilir. İşçilerin sendikal örgütlerinin neoliberalizmde işlevsizleşmesi ile arabuluculuğun bireysel işçisi birbirine koşut vakıalardır. Birey olarak işçi, bir kolektifin(sınıfın) parçası olmayan, dolayısıyla kolektif hakları olmayan bir varlıktır. Arabuluculuk masası, kolektif hakların tartışması yapılmayacak bir toplumsal düzenlemeyi öngörmektedir. Bu bakımdan arabuluculuk işçi-işveren uyumsuzlukları için, ancak emek örgütlenmelerinin etkin olmadığı, kolektif hakların tanınmadığı bir toplumsal formasyonda başarıyla uygulanabilir.

Arabuluculuk, neo-formalizm anlayışıyla yakından bağlantılıdır, onun tüm özelliklerini taşıyan bir nüvesidir. Çalışmanın birinci kısmında ifade edildiği gibi, neo-formalizm hukukun kapısını farklı çıkar ve tercihlere açarak, durumsal, yani anlık bir hukuk yaratarak hukuku farklı çıkar ve düşüncelerin katılımıyla sürekli yenilenmesini ve değişmesini savunur. Bu anlık hukuk yaratımının katılımcısı olan kişilerin, anayasal haklarını kullanırken karşılaştıkları ekonomik, sınıfsal, siyasal vb. engelleri dikkate almaz; önemli olan anayasal hakların kullanılmasının devlet tarafından koyulacak kısıtlamalarla engellenmesinin önlemektir (Kars Kaynar A. , 2017, s. 41-44). Arabuluculuk, durumsal hukuk yaratımı için önemli bir imkandır; zira tarafların anlık anlaşmalarının hukuklaştırılmasına imkan tanır. Bu hukuk, ‘hak’ gibi sabit, hatta dogma kabul edilecek meri düzenlemelere ters düşebilir, bunu taraflar tercih eder. Bu tercihlerin nasıl oluştuğu değil, taraflarca kabul edilip edilmediği önemsenir. Önemli olan, biçimsel(formal) anlamda geçerliliğidir; yaratılan anlık hukuk, geçerli hukuftur.

Görüldüğü gibi, arabuluculuk anlaşması neo-formalizmin temel özelliklerinin tamamını taşımaktadır.

Netice itibariyle, arabuluculuk bir biçim olarak, tarafların piyasa şiddeti altında anlaşmaya varmalarını öngören ve hakka dayalı yargılama sisteminin tüm temel kazanımlarını saf dışı bırakmayı amaçlayan bir hukuk teknolojisidir. 2022’de yayımlanan Adli Yargı İstatistiklerine göre, 469.829 ihtiyari arabuluculuk başvurusunun 464.436’sı anlaşmayla neticelenmiştir. Dava şartı arabuluculuk başvuru sayısı 569.818 olup, anlaşmayla neticelenen dosya sayısı 248.686’dır (T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2023, s. 55). Bu veriler ihtiyari arabuluculuk uygulamasının dava şartı arabuluculukla neredeyse eşit sayıda başvuru sayısına ulaşıldığını ve tüm başvurular için anlaşma oranlarına bakıldığında, sürecin piyasa şiddetiyle biçimlendiğini göstermektedir. Her bir anlaşma, tarafların piyasa şiddeti karşısındaki durumlarını yeniden üretir, zira her bir anlaşma bir ‘uzlaş’ı gibi kabul edilse de, esasında bir ‘vazgeçme’dir. Zira, çıkarlar arasındaki uzlaşının temelinde hakları tartışma dışı bırakmak yatmakta, dahası hak yerine çıkarların konuşulması iyi bir anlaşmanın koşulu olarak önerilmektedir. Böyle bir hukuk teknolojisinin içinde var olabileceği ve istikrarlı bir şekilde uygulanabileceği toplumsal düzenleme, ancak mülksüzleştirme ve emeğin taleplerinin karar alma süreçlerinden uzaklaştırmasıyla mümkün olabilmiştir. Ancak eklemede yarar vardır: Sermaye büyük karşı saldırısında kullandığı araçları, bir ideolojik araç olarak devlet üzerinden dolayımlamakta ve tüm toplumun yararına gösterdiği araçlarla gerçekleştirmektedir. Arabuluculuk, bu araçların hukuk dünyasındaki en uygun parçasını oluşturmaktadır.

3.3. TÜRKİYE’DE İÇ TAHKİM UYGULAMASI: HUKUKİ ÖZNEİN SERÜVENİNİ ANLAMAK

Çalışmanın ikinci kısmında, birçok ülkenin iç tahkim uygulaması incelendi. ABD, İngiltere, Almanya ve Türkiye’nin iç tahkim uygulamaları üzerinde duruldu. O kısımda tahkim mevzuatı incelenirken genel kurallar ortaya konuldu. Türkiye’de zorunlu tahkim uygulamasına dönüşen Tüketici Hakem Heyetleri ve büyük yaygınlık kazanarak mahkemelerin adeta yerine geçen Sigorta Tahkim Komisyonu hakkında kısaca bilgi

verildi. Bu kısımda, bu iki tahkim kurumunun etkinliği ve yargı sistemindeki yeri, toplumsal düzenleme içerisindeki karşılıkları ifade edilerek tartışılacaktır.

İç tahkim sisteminin geliştirilmesi, yargısal sisteme gerçek bir alternatif oluşturma konusunda önemlidir. Türk hukukunda, tüketici uyuşmazlıklarıyla sigorta uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesi mutlak uygulama haline gelmeye başlamıştır.

Hukuk yargılamasında istikamet, uyuşmazlıkların mahkeme önüne getirilmeden çözülmesi yönündedir. Bu noktada tahkim ve arabuluculuk birbirinden ayrılmaktadır. ‘İç tahkim’ başlıklı bölümde ifade edildiği gibi, ülkemizde tüketici ve sigorta hukuku uyuşmazlıklarında etkin bir iç tahkim sistemi mevcuttur. Tüketici hakem heyetleri ve Sigorta Tahkim Komisyonu gibi iç tahkim uygulamaları, her ne kadar mahkeme dışı çözüm yolları olarak görülse de, esasında mevcut yasalara göre hak temelli çözümler sunmaktadır. Uyuşmazlığın bu tahkim uygulamalarındaki çözümü, mahkeme önündeki çözümünden farkı, uyuşmazlık çözüm yerinin ve çözümleyicilerin(hakim yerine hakem) değişmesidir. Çözüm, yargıç olmayan kişilerce(hakem) üretilmekte, daha etkin ve hızlı bir çözüm vaat edilmektedir. Sigorta veya tüketici uyuşmazlıklarında bir taraf potansiyel olarak satıcı(mal veya hizmet satıcısı tacir-sigorta şirketi), diğer taraf potansiyel olarak alıcıdır(zarar gören veya tüketici). Burada söz konusu olan mahkeme dışında bir yargılama kapısı açmak ve hakemler eliyle çözüm sunmaktır. Bu yaklaşımı, uyuşmazlık çözümünü yargı organından almak ve idari bir alana dönüştürmek ile yönetim uygulamasına uygun, idari bir mekanizma eliyle gerçekleşen uyuşmazlık çözümü oluşturmak olarak tanımlamak mümkündür. Gerek Sigorta Tahkim Komisyonu’nun, gerekse tüketici hakem heyetlerinin uyuşmazlık çözüm biçiminin ve hakem tayin prosedürlerinin incelenmesi bu savın yerinde olduğunu göstermektedir.

Gerek sigorta hakemlerinin seçiliş biçimi, gerekse tüketici hakem heyetlerinin oluşumu yönetim anlayışının önemli etkilerini taşımaktadır. Çalışmanın birinci kısmında ifade edildiği gibi, yönetim anlayışı halkın karar almak süreçlerine katılımının sağlanmasını iyi bir yönetimin gereği saymaktadır. Yargılama sistemine dahil edilen kurul tipi veya tek hakemli tahkim organları, bu anlayışa uygun bir şekilde, hukukçu olmayan veya hukukçu olsa bile mesleki formasyonları gereği yargıç olmayan kişilerce bir yönüyle kamu hizmeti olan yargılama faaliyetini gerçekleştirmektedirler. Yani yargı hizmeti hakimlerin ve mahkemelerin tekeline çıkarılmakta; ancak –tüketici hakem heyetleri ve

sigorta tahkim komisyonu özelinde düşünüldüğünde- yine devlet tarafından oluşturulan, ancak yargı sahasının hem içinde, hem dışında ‘komisyonlar’ eliyle yürütülen yeni bir ‘biçim dışı yargı sistemi’ oluşturulduğu görülmektedir. Bunlar her ne kadar ‘tahkim’ veya ‘hakem heyeti’ isimleriyle olarak anılsa da, gerçekte tahkim benzeri bir çeşit ombudsmanlık oldukları düşünülebilir.

Sigorta Tahkim Komisyonu, temelini ABD, Almanya ve İskandinav ülkelerinde bulunan sigorta ombudsmanlığından almaktadır. Komisyonun kuruluşunu sağlayan Sigortacılık Kanunu’nun 30.maddesinin TBMM’ye sunulan gerekçesinde bu husus açıkça ifade edilmiştir (TBMM, 2006; Özdamar, 2013, s. 835). Ülkemizde uygulanan sistem, ihtiyari veya zorunlu tahkim sisteminin ikisinin de kapsamı dışında kalan çeşitli özgünlükler içermektedir. Başvurucu için başvuru ihtiyaridir; ancak tahkim sistemine üye olan sigorta şirketleri, aleyhlerine yapılan başvuruları reddedememektedir. Sigorta şirketlerine tahkim sistemine üye olma zorunluluğu getirilmemiştir; ancak şirketler arasındaki rekabet nedeniyle neredeyse tüm şirketler tahkim sistemine üye olmuştur. Bu bakımdan ihtiyari veya zorunlu tahkimin bir karışımını oluşturan, karma bir tahkim sistemi oluşturulduğu söylenebilir (Özdamar, 2013, s. 839-840). Biraz aşağıda incelenecek ve karşılaştırılacak olan başvuru sayıları dikkate alındığında, sigorta tahkiminin uygulamada bir ‘zorunlu tahkim’ gibi çalıştığını söylemek mümkündür.

Tüketici hakem heyetleriyse her sene yeniden belirlenen uyuşmazlık miktarlarının altında kalan uyuşmazlıklar için zorunlu bir başvuru organı olarak oluşturulmuştur. Tüketici hakem heyetinin niteliği doktrinde tartışılmaktadır. Bunların mahkeme, zorunlu idari başvuru yolu veya tahkim organı olduğuna dair üç ayrı görüş vardır (Korkut, 2018, s. 58-79). Bu görüşlerin ayrıntısına çalışmayla ilgisi olmadığından yer verilmeyecektir.³³ Ancak, mühim nokta, tüketici hakem heyetleriyle yargı sistemi dışında, ancak idari sistem içerisinde bir yargılama alanı yaratılmış olmasıdır.

Her iki tahkim uygulaması, bir yandan mahkeme yargılamasından daha hızlı çözüm vaat ederken, bir yandan da yargılama giderlerini azaltmak amacını taşımaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 70. maddesinin 5. fıkrasına göre, yargılama neticesinde

³³ Korkut, tüketici hakem heyetlerinin zorunlu tahkim olduğu görüşündedir. Ancak yazar, tüketici hakem heyetlerinin bağlayıcı karar vermeleri ve yasa hükmünde alternatif uyuşmazlık yollarına(arabuluculuk, müzakere, uzlaşma) başvuruyla ayrı bir yere konulması sebebiyle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olmadığını da ileri sürmektedir (Korkut, 2018, s. 75-78).

tüketici aleyhine karar verilirse yargılama giderlerini Gümrük ve Ticaret Bakanlığı karşılamaktadır. Tüketici haklı bulunursa, bu giderler karşı taraftan alınır. Vekalet ücreti konusuysa önemli tartışmalara yol açmıştır. 2014'te Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde tüketici hakem heyetlerinde görülecek işlerde vekille temsil edilen taraf lehine vekâlet ücretine hükmedileceğine dair bir madde yayımlanmıştır. Aynı yıl Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın açtığı davada, Danıştay 8. Daire'nin verdiği kararla hükmün yürürlüğü durdurulmuştur. Yine 10 Eylül 2014'te Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 70.maddesine tüketici hakem heyetlerinde vekalet ücretine hükmedilmesine karar verilemeyeceği hükmü eklenmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkra hükmüne göre Tüketici hakem heyetlerinin tüketici lehine verdiği kararlara karşı açılan itiraz davalarında, kararın iptali durumunda tüketici aleyhine, avukatlık asgari ücret tarifesine göre nisbi tarife üzerinden vekâlet ücretine hükmedilmektedir. Ancak, mevcut olduğu hâlde tüketici hakem heyetine sunulmayan bir bilgi veya belgenin tüketici mahkemesine sunulması nedeniyle kararın iptali hâlinde tüketici aleyhine yargılama giderine ve vekâlet ücretine hükmedilememektedir.

Sigorta Tahkim Komisyonuna başvuruda bir başvuru ücreti alınmakta ve süreç içerisinde bilirkişi incelemesi gibi işlemler için ihtiyaç duyulması halinde bu işlemlerin giderleri başvurucudan talep edilmektedir. 2024 yılı için 0-5000 TL arası uyuşmazlıklar için 320 TL, 5001-10000 TL arası uyuşmazlıklar için 715 TL, 10001-50000 TL arası uyuşmazlıklar için 1030 TL ve 50001 TL ve üzeri uyuşmazlıklar için 1030 TL'den az olmamak üzere uyuşmazlık tutarının %1.5'i başvuru ücreti olarak başvuru tarihinde başvurucudan alınmaktadır. Sigorta Tahkim Komisyonu'nda yapılacak yargılamalarda verilecek vekalet ücreti konusunda ciddi tartışmalar ve yargısal anlaşmazlıklar yaşanmıştır ve bu husustaki tartışmalar devam etmektedir. Zira bu konuda Sigortacılık Kanunu ve Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik arasında hüküm farklılığı mevcuttur.

Sigortacılık Kanunu'nun 30/17. maddesine göre talebi kısmen ya da tamamen reddedilenler aleyhine vekalet ücreti, Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinde belirlenen vekalet ücretinin beşte biri oranında hükmedilmesi gerekmektedir. Ancak Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik'in 16/13. maddesine göre başvurucu veya karşı taraf fark etmeksizin, tarafların avukat ile temsil edildiği hallerde, taraflar aleyhine hükmedilecek vekâlet ücreti, her iki taraf için de Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinde yer alan asliye

mahkemelerinde görülen işler için hesaplanan vekâlet ücretinin beşte biridir. Uygulamada bu tezin yazarının gözlemlediği üzere, Sigorta Tahkim Komisyonu hakemleri kanun hükmünü uygularken, Yargıtay yönetmelik hükmünü uygulamaktadır.³⁴ Ancak Yargıtay'ın geçmişte Kanun hükmüne dayandığını ve 2016'da, yönetmelik hükmü yayımlandıktan sonra görüş değiştirdiği eklenebilir (Taşkale, 2022).

Yukarıda özetlenen bilgiler, tahkim yargılamasının vekalet ücreti ve diğer yargılama giderleri hususundaki avantajlarını göstermektedir. Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru için alınan ücret, başvuru esnasında uyuşmazlık değerinin ıslah ile artırılma imkanı sebebiyle çok düşük gösterileceği düşünüldüğünde, 2024 yılı maktu dava başvuru harcı tutarı olan 427,60 TL'nin dahi altında olduğu görülmektedir (Resmi Gazete, 2023). Üstelik dava açıldığında peşin harç, bilirkişi ücreti, tebligat masrafı gibi birçok başka harç ve masraf da alınmaktadır. Bu bakımdan, Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru, dava masraflarının yaklaşık yedide birine mal olmaktadır. Tüketici Hakem Heyetlerinde herhangi bir başvuru masrafı olmadığı gibi, incelemenin tüketici aleyhine neticelenmesi durumunda tüketiciden herhangi bir yargılama gideri veya vekalet ücreti de alınmamaktadır. Her iki tahkim yargılaması neticesinde karşı taraf aleyhine karar verilmesi durumunda alınacak tutarların, dava neticesinde alınacak tutarlarla kıyaslanamayacak kadar düşük olacağı açıktır. Tüm bunlar, bir taraftan zayıf durumda görülen başvurusunun lehine olmanın yanında, aynı zamanda karşı tarafta bulunan sermayenin de lehinedir. Tüketici hakem heyetlerinde tüketici aleyhine karar verildiğinde tüm giderler kamu tarafından karşılanmaktadır. Yani olağan olarak, mahkeme yargılamasında dava açmakta hakkı olmayan tarafın bizzat karşılaması gereken yargılama giderleri ve harçlar, kamunun sırtına yüklenmiştir. Tüm bunlar, başvuru, yani tüketici veya zarar görenler için tahkim sistemini son derece cazip hale getirmekte olup her iki tahkim uygulamasının nasıl bu kadar büyük bir etkinlik kazandığını da açıklamaktadır.

Tüketici Hakem Heyetleri ve Sigorta Tahkim Komisyonu, büyük etkinlik kazanmıştır. Tüketici hakem heyetlerine 2021'de toplam 537.479 adet başvuru yapılmış, 630.852 adet karar verilmiştir. Tüketici hakem heyetleri tarafından 2021'de görülen uyuşmazlıkların yaklaşık %52'si tüketiciler lehine neticelenmiştir (T.C. Ticaret Bakanlığı, 2022). Sigorta

³⁴ Sigorta Tahkim Komisyonu'nda vekalet ücretine hükmedilmesine ilişkin daha geniş bir tartışma için lütfen bakınız: (Taşkale, 2022).

Tahkim Komisyonu'nun 2022 yılı faaliyet raporuna göre, Komisyon'a 2022'de 501.032 başvuru yapılmıştır. Aynı sayı, 2019'da 120.804, 2020'de 128.878 ve 2021'de 294.472'dir. Başvuru sayısında 2020'den 2021'e %128,48, 2021'den 2022'ye %70.14 oranlarında artış yaşanmıştır. 2022'de yapılan başvuruların %99,86'sı(500.317) hayat dışı branşlardan, kalanı hayat branşından yapılmıştır (Sigorta Tahkim Komisyonu, b. t., s. 20). 2022'de tüm hukuk mahkemelerinde toplam 2.735.948 adet dava açıldığı düşünüldüğünde (T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2023, s. 42), sigorta tahkiminin etkinliği ortaya çıkmaktadır. 2022 itibariyle, iç tahkimin en etkin olduğu Tüketici Hakem Heyetleri ve Sigorta Tahkim Komisyonu'nda görülen uyuşmazlık sayısı, tüm hukuk mahkemelerinde görülen uyuşmazlık sayısının neredeyse üçte biri sayınsındadır. Tüketici mahkemeleriyle ilgili veriler 2020 yılı için yayımlanan adli istatistiklere göre, 2020'de tüketici mahkemelerinde toplam 57.931 adet yeni dava açılmıştır (T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2021, s. 221). Aynı yıl tüketici hakem heyetlerinde toplam 594.271 adet başvuru yapılmıştır (T.C. Ticaret Bakanlığı, 2022). 2021'de yeni dava sayısı 70.065 iken (T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2023, s. 28), aynı yıl tüketici hakem heyetlerine yapılan toplam başvuru sayısı 537.479'dur (Palabıyık, 2022). 2022'de yeni dava sayısı 70.576 iken (T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2023, s. 28) aynı yıl tüketici hakem heyetlerine yapılan toplam başvuru sayısı 635.363'tür Görüldüğü üzere, tüketici hakem heyetlerine 2020'de yapılan başvuru sayısı, aynı yıl tüketici mahkemesinde görülen dava sayısının neredeyse 10.5 katıdır. 2021'de yaklaşık olarak 8 katı ve 2022'de yaklaşık olarak 9 katıdır. Bu davaların arasında tüketici hakem heyeti kararlarının iptaline ilişkin davalar da olduğundan, salt tüketici mahkemelerinin görevli olması nedeniyle doğrudan açılan davaların sayısı daha azdır.³⁵

Yıl bazlı verilere biraz yukarıda yer verilmiştir. 2022 itibariyle Sigorta Tahkim Komisyonuna ve Tüketici Hakem Heyetlerine yapılan toplam başvuru sayısı, açılan toplam hukuk davası sayısının neredeyse üçte biridir. Bu kadar çok sayıda uyuşmazlığın yargı sisteminin dışında çözülmesi için devlet eliyle oluşturulan, kısmen veya tamamen

³⁵ Bu çalışma yapılırken(2024) Sigorta Tahkim Komisyonu en son 2022 yılı için faaliyet raporu yayımladığı için, tüketici hakem heyetleri ve mahkemeler için de aynı dönem baz alınarak karşılaştırma yapılmıştır.

zorunlu tahkim sistemlerine aktarılmış olması dikkat çekicidir. Bu durumun nedeninin anlaşılabilmesi için bu tahkim sistemlerindeki taraflarının incelenmesi gerekmektedir.

Sigorta Tahkim Komisyonunda incelenen uyuşmazlıkların taraflarını sigorta şirketi ve sigorta ettiren veya mağdur oluşturmaktadır. Tüketici hakem heyetindeyse taraflar satıcı, üretici hizmet verici veya ithalatçıyla tüketicidir. Her iki sistemde de bir tarafı sermaye oluştururken diğer tarafta sermayenin dışında kalan toplum kesimleri oluşturmaktadır.³⁶

Çalışmanın birinci kısmında metalaşmanın alım-satıma tabi ilişkileri genişletmek suretiyle özel hukukun uygulama alanını genişlettiği belirtilmiştir. Yine aynı yerde, hukuksal biçimlerin hak sahipleri arasındaki ilişkilerde ölçülebilir bir alan yarattığı ve bu bakımdan hukuksal biçimlerin vazgeçilmez olduğu; hukuki öznenin oluşumunda hukuk ideolojisinin hak sahibine(küçük özne) seslenerek onu temellük etme yazgısıyla kurduğu ifade edilmiştir. Neoliberal dönemin hukuk ideolojisi, mülksüzleşmeye eşlik eden metalaşmanın getirdiği üretim araçlarının mülkiyetinden dışlanmış ve tamamı ‘tüketici’ konumuna sıkıştırılan bir toplum yaratmıştır. Hukuki öznenin ‘tüketici’ olarak inşası, onun günlük yaşamda sıklıkla karşılaşacağı hukuki uyuşmazlıktaki konumunu da belirler. Sigorta tahkim komisyonunda her ne kadar ‘tüketici’ sıfatıyla anılmasa da, yine de sermayenin dışında olan hak sahibi bir çeşit ‘tüketici’dir; zira hukuki söylem içerisinde üretim araçlarının mülkiyetinden açıkça dışlanmışdır. Refah devleti içerisinde ‘tüketici’ diye bir hukuki özneyle rastlamak mümkün değildir; tüketici işlemi de anlamsız bir kavramdır. Zira geçmişte, tüketici kavramının yerini hukuki işleme göre ‘alıcı’ veya ‘hizmet alıcı’ alırken, tüketici işleminin yerini ‘satım, hizmet vb.’ gibi kavramlar doldurmaktadır. Düzenlemenin dönemselliği, birikim rejiminin dönüşümüyle yakından bağlantılıdır.

Hukuki söylemin içeriğini oluşturan gösterge setleri, aynı zamanda yapının farklı alanlarını düzenin bütünlüğü içerisinde tutar ve merkezileştirici bir etki doğurur (Özdemir A. M., 2008, s. 194). Yapı içerisinde sermayenin dışına itilen hukuki özne, hukuki söylem içerisinde sermayenin karşısına ancak ‘tüketici’ olarak çıkabilmektedir. Bu söylem, farklı alanlar içerisinde tutarlılıkla onu sermayenin karşısına koyar. Ancak gerek sigorta tahkim

³⁶ Burada tüketici hakem heyetlerinde doğrudan sermaye olarak vasıflandırılmayacak esnafın da taraf olabildiğini belirtmek gerekir. Bunların tüm uyuşmazlık içerisinde, kaç uyuşmazlıkta taraf olduklarını ölçebilecek bir veriye ulaşmak mümkün olmamıştır. Ancak internetten alışverişin ve üreticiden doğrudan satışın gün geçtikçe artması karşısında, önemli sayıda olmadıkları düşünülebilir.

komisyonu, gerekse tüketici hakem heyetleri bu söylem içerisinde düzenleme tarzının parçası olarak kavranabilir.

Buraya kadarki tartışmadan, iki tahkim sisteminin doğrudan sermayenin yararına olacak şekilde sonuçlar doğurduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Tüketici hakem heyetlerinde yapılan iki başvurudan birinin başvuru lehine neticelenmesi sistemin sermaye lehine çalışması iddiasının neticeleri üzerinden ileri sürülemeyeceğine örnektir. Sigorta Tahkim Komisyonu hakkında ise yakın zamanda Sigortacılık ve Özel Emeklilik Denetleme ve Düzenleme Kurumu(SEDĐK) başkanı Mehmet Akif Eroğlu tarafından sert eleştiriler getirilmiştir. Eroğlu, Sigorta Tahkim Komisyonuna gelen değeri kaybı gibi başvurular nedeniyle sigorta şirketlerinin maliyetlerinde önemli artışlar olduğunu ve bu başvuruların yüzde sekseninin sigorta şirketleri aleyhine neticelendiğini ifade etmektedir (Hürriyet, 2023). Birinci kısımda ifade edildiği üzere hukuki araçların belirli bir sınıfın toplumsal amacına uygun olarak hareket etmesi doğrudan beklenemez. Bu bakımdan, elde edilen neticeler düzenleme tarzının geldiği aşamayı, yapının diğer parçalarıyla uyumlu hukuksal araçların ilk bakışta beklenen amaçlardan farklı sonuçlar doğurabileceğini göstermektedir. Ancak, bir önceki kısımda da ifade edildiği gibi, iç tahkim uygulaması da arabuluculuk gibi bir hukuk sistemi içerisinde değerlendirilmelidir. Bu düzenleme tarzı içerisinde, mahkeme önüne götürülmeyen her uyuşmazlık, genel olarak sermayenin lehine sonuçlar doğurmaktadır. SEDĐK Başkanının eleştirisi aksini düşündürse ve sermayenin lehine önemli ölçüde düzenlenmiş olması durumunu yetersiz görse bile, salt uyuşmazlık mahkeme önüne götürülmemesi de sermayenin yararına; zira en azından yargılama giderleri daha düşük çıkmakta ve sermayenin giderleri azalmaktadır.

Bu kısımda Türkiye'nin iç tahkim uygulaması tartışıldı. Sigorta Tahkim Komisyonu ve Tüketici Hakem Heyetleri, uygulamada kazandıkları büyük etkinliğin temelinde düzenleme tarzının, yapının farklı alanlarıyla bütünlük içerisindeki dönüşümüyle bağlantılı değişimi üzerinde duruldu. Mülksüzleşmeyle üretim araçlarından dışlanan hukuki öznenin, metalaşmayla genişleyen özel hukuk alanında ortak bir isim kazanarak 'tüketici' kavramıyla ifade etmesi tartışıldı ve getirilen tahkim sistematığının bu durumla uyumu ele alındı. Ancak bu sistematığın, yapıyla uyumlu olmakla birlikte, her şartta sermayenin yararına işlemeyeceğini de vurgulandı.

Bu bölümde ifade edildiği üzere, tüketici ve sigorta hukuku uyumsuzluklarıyla ilgili olarak büyük etkinlik kazanan tahkim sistemi, kapitalizmle eklemlenme yeteneğine sahip bir hukuk teknolojisidir. Ancak, tahkim uygulamasının arabuluculuk uygulamasına göre, hak temelli bir çözümü özel hakemler eliyle sunması sebebiyle, daha az ‘kullanışlı’ olduğu açıktır. Arabuluculuk, tahkime göre son derece esnek ve haklar üstü bir zemin oluşturmakta, hakka dayalı tüm tartışmaları bir tarafa bırakarak menfaatlere göre bir çözüm bulmayı zorunlu kılmaktadır. İç tahkim uygulaması, her ne kadar neoliberal dolayımrlarla hukuk sistemine eklemlenmekte bir sorun yaşamamış olsa da, hak temelli bir çözüm sunduğundan uygulanacak hukukun, yani hakların da dönüşümüyle ancak tam bir etki yaratabilir. Arabuluculuk, tahkimin tersine, hukuk sisteminin tamamen değiştirilmesini ve hakların kısıtlanmasını veya tasfiyesini zorunlu kılmayarak, tüm bu hukuk sisteminin içerisinden sıyrılabilmektedir.

SONUÇ: UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNÜN DÖNÜŞÜMÜNDE İKİ EĞİLİM

Çalışmanın birinci kısmında, devletin uluslararasılaşmasıyla ilgili birtakım açıklamalar yapılmıştı. Aynı bölümde, bu dönemleştirmenin siyasal-hukuk temelli yapıldığı, hegemon devletin salt siyasal gelişmeler sonucunda değişmediği, hegemon devletin sadece sermayenin temerküzü ve tekemmülü, çalışma biçimleri gibi ekonomik alanda değil, şiddet ve egemenlik pratikleri, siyasal sistem ve devletin kurumsal yapısı, hukuki araçlar, kurumlar ve usuller gibi hukuki-siyasi alanda ve kültür, yaşam tarzı, tüketim alışkanlıkları gibi toplumun yeniden üretimine ilişkin sahalarda da kendisini destekleyen veya kapitalizmin küresel pazarına dahil olmak isteyen devletler için bir ‘model’ olduğu ifade edilmişti. Tüm bu açıklamalar ve tartışmalar, uyuşmazlık çözümünün dönüşümünde model alınan biçimlerin ABD kaynaklı olduğunu ortaya koymak üzere ilerlemiştir. Arabuluculuk ve tahkim yargılamasının tarihine ve mevcut hukuksal biçimlerine dair ikinci bölümde verilen örnekler bu savın doğruluğunu göstermektedir.

Arabuluculuğun ABD kökenli olduğu, çalışmanın ikinci bölümünde ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, ABD’de arabuluculuk birbiriyle iç içe geçmiş iki ayrı dönem halinde inkişaf etmiştir. Birinci dönem, topluluk arabuluculuğunun uygulandığı dönemdir. Çalışmanın ikinci kısmında ABD’deki alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargı sistemine dahil edilmesi ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Aynı bölümde ABD dışındaki Anglo-Amerikan Hukuk Sistemine dahil ülkelerde ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemine dahil ülkelerde nasıl bir gelişim sergilediği açıklanmıştır. O kısımda da ifade edildiği gibi, arabuluculuk öncelikle ABD’de ve Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi’nde ortaya çıkmış, sonrasında Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’ne dahil ülkelere ithal edilmiştir. Arabuluculuk sisteminin, ABD dışındaki ülkelere topluluk arabuluculuğu gibi tüm topluma yayılmış uygulamalarla yerleşik bir bilinirliği ve denenmişliği olmamasına rağmen, adeta tepeden inme bir yaklaşımla hukuk sistemlerine dahil edilmiş, hatta yerleşebilmesi için pek çok ülkede dava şartı, yani zorunlu arabuluculuk uygulamasına geçilmiştir. Tüm bu çabaların temelinde ABD’nin hegemon devlet olarak model oluşturması bulunmaktadır. Model devlet, devlet biçiminin uluslararasılaşması sürecinde geçerli normları, örgütleri,

değerleri, usulleri belirler. Bu kapsamda hukukun uluslararasılaşması söz konusu olup bu uluslararasılaşma metalaşma ile sonuçlanır.

Devletin uluslararasılaşması sürecinde oluşan devlet biçiminin hukuk sistemlerinde benzer sorunlar gözlemlenmektedir. Bunlar kısaca yargılamanın süre ve maddi maliyetlerinden şikâyet olarak özetlenebilir. Bu bakımdan alternatif uyuşmazlık çözümlerinin, sorunları çözmek için çare olarak ileri sürülmesi karşısında, en azından yetkililerin veya uyuşmazlık taraflarının gözünde tamamen yararsız olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu bakımdan bu çalışmada, ABD'nin hukuksal araçlarının salt 'kopya' edildiği iddia edilmiyor; tam tersi, devletin uluslararasılaşması ve ulusal kapitalizmlerin benzer süreçler yaşadığı ve benzer sorunlara ortak yanıtlar ürettiği, bu yanıtların üçüncü küreselleşmenin model ülkesi olan ABD'den alındığı ileri sürülüyor. Çalışmanın ikinci kısmında ifade edilen Kıta Avrupası ülkelerinde görülen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönelik teşviklerin, özendirmelerin, hatta zorlamaların tarihi, bu savı doğrulamaktadır. Ayrıca bu savı sadece alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yaygınlaşması değil, Anayasa Mahkemeleri'nin yargı sistemlerine dahil edilmesi, AB, Dünya Ticaret Örgütü'nden Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne kadar ulus-ötesi yargılama sistemlerinin oluşması ve küreselleşen ekonomik meselelerden doğan uyuşmazlıklarla meşgul olan ABD tarzı hukuk firmalarının dünya çapında yaygınlaşması gibi örnekler de desteklemektedir (Kennedy, 2017, s. 102-103). Bu bakımdan, uyuşmazlık çözümünün dönüşümündeki ilk eğilim, dönüşümün kapitalist ülkelerde benzer araçları üretmesi ve kaynağının Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi'nden alıyor olmasıdır. Amerikan üretim ve tüketim normlarının uluslararasılaşması, birçok ortaklaştırıcı sürecin ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Bu eğilimin belli destekleri de vardır: En temel desteği, küreselleşmenin hukuk alanındaki ifadesi olan hukukun bütünleştirilmesi çalışmalarında gözlemlenmektedir. Yargı sistemleri arasındaki yeknesaklaştırma ve bütünleştirmenin en kolay şekilde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları üzerinden sağlanabilmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının düzenlenerek hukuk sistemlerine dâhil edilmesi, büyük bir yeknesaklaştırma yaratmıştır.

Bu süreçte, sermayenin dolaşım hızının yükselmesi de etkili olmuştur. 'Devletin uluslararasılaşması' kısmında ifade edildiği üzere, finansallaşmayla birlikte gelişen tek

kutuplu küreselleşme sürecinde sermayenin sınırsız hareketini kısıtlayabilecek kurumların tasfiye edileceği, dönüştürüleceği veya yerlerini bu amaca uygun kurumlara bırakacağı açıktır. Bu dönüşümden hukuki araçlar da etkilenmiş, mevcut hukuksal araçlar dönüşmüş veya mevcut hukuki araçların yanında arabuluculuk, tahkim gibi daha esnek, hızlı ve birikim rejiminin ihtiyaçlarına uygun araçlar üretilmiştir.

Bir diğer sebep olarak, refah devletinin maddi hukuktaki kalıntılarını aşma için arabuluculuğun önemli imkanlar sağlaması gösterilebilir. Refah Devleti döneminde tanınan kolektif haklar(sendikal haklar vb.), bireysel iş hukukuna ilişkin düzenlemeler ve bir bütün olarak hak talebine dayalı yargılama sistemi, neoliberalizmin hukuk anlayışında ancak bir ‘kalıntı’ olabilir. Kalıntı ile kast edilen, tasfiye edilen birikim rejiminin düzenleme tarzına dâhil olan, bir başka birikim rejiminde varlığını sürdüren düzenlemelerdir. Bunların tasfiyesi, birikim rejiminin tasfiyesiyle aynı anda ve kendiliğinden olamaz, zira gerek hukukun kurumsal yapısı, gerekse sınıf mücadelesinin inişli çıkışlı yapısı toplu bir değişime imkân tanımamaktadır. Bu kalıntılar zaman içerisinde ya değiştirilir, ya düzenlenerek veya yorum yoluyla yeni düzenleme tarzına uygun hale getirilir ya da kadük bırakılarak uygulamadan dışlanır. Bu kapsamda, refah devletinden kalan sendikal haklar, kolektif işçi haklarına dair diğer düzenlemeler, tanınmış pek çok başka hak, bir hamlede, arabuluculuk anlaşmasıyla saf dışı bırakılabilmektedir. Bu bakımdan, arabuluculuk, kalıntıları kadük bırakmak için önemli bir imkan sağlamaktadır.

Tüm bunlar, temelde, hukukun üçüncü küreselleşmesinde model devletin ABD olduğunu ve ABD hukukunda üretilen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının diğer yargılama sistemine ithal edildiğini göstermektedir. Bu durum, uyuşmazlık çözümünün dönüşümündeki birinci eğilimi göstermektedir; hegemon devlet ABD örneğini takip etmek, uyuşmazlık çözümünün çağdaş düzenlemesinde birinci eğilimdir.

Çalışmanın özellikle ikinci kısmında, milletlerarası ticari tahkim, iç tahkim ve arabuluculuk uygulaması geniş bir şekilde incelenmiştir. O bölümde, sırasıyla ifade edildiği gibi; gerek milletlerarası ticari tahkim, gerek iç tahkim ve gerekse arabuluculuk bir düzenleme oluşturmayı gerektirmektedir. Yani, örneğin, milletlerarası ticari tahkim merkezinin oluşması, tanınması ve uyuşmazlıkların çözümü için faal hale gelmesi ancak bir uluslararası ticari tahkim sisteminin oluşmasıyla mümkündür. Bunun için belli asgari

şartları sağlamak gerekmektedir. UNCITRAL Model Kanununa uygun bir tahkim mevzuatını kabul etmek, 1958 tarihli New York Anlaşması'na taraf olmak, bir tahkim merkezi kurmak veya kurulmasını desteklemek. İç tahkim uygulaması da bir tahkim mevzuatını ve organizasyonunu zorunlu kılmaktadır. Hakem yargılamasına ve hakem kararına hukuki statü kazandıran yasal düzenlemeler yapılması, hakem kararının icrasına ve incelenmesi için kanun yollarının belirlenmesine yönelik düzenlemeler yapılması, yani bir tahkim sistematığının oluşturulması gerekmektedir. Arabuluculuk için de benzer bir durum söz konusudur. Arabulucu olma şartlarının belirlenmesi, arabuluculuk sözleşmesinin ve arabuluculuk sürecinin yasal altyapısının oluşturulması belirli düzenlemeleri zorunlu kılmaktadır.

Adalet teşkilatı ve yargı sistemi, bir taraftan devletin yargı yetkisini kullanması için gerekli baskı(zor) aygıtının parçalarıdır. Bu parçalara polis, jandarma, tutukevleri vb. de eklenebilir (Althusser, 2005, s. 90). Aynı sistem, bir diğer taraftan, bir kamu hizmeti olarak yargı hizmetini de üretir. Yargı hizmetinin üretilmesi, yargı aygıtında yargılama faaliyetiyle gerçekleşir. Devlet aygıtına dahil yargı örgütünün, yargı hizmetini üçüncü kişiler eliyle gerçekleştirilmesi ve hizmetin değer-fiyat ikileminde, fiyat karşılığı satılmasını metalaşma için ölçü kabul etmek, aydınlatıcı, ancak eksik bir okumadır. Başvuru harcıyla arabulucu veya hakem ücretinin, kamu hizmeti için ödenen eşdeğer bedeller olmadığı açıktır. Sorun, miktarın azalması veya artması değil, hizmetin üretilme sürecinde yargı örgütünün değişen rolü bağlamında okunmalıdır.

Gerek tahkim sistemi, gerekse arabuluculuk sistemi devletin neoliberal dönemde kamu hizmeti karşısında değişen rolünü açıkça işaret etmektedir. Her iki sistemde, çıktı(hakem kararı veya arabuluculuk anlaşması) devletin yetkilendirdiği veya faaliyetleri sonucunda elde edilen çıktılara meşruiyet tanıdığı aktörler(hakem, arabulucu veya taraflar) eliyle biçimlenmektedir. Bu anlamda, yargı örgütü, bu çıktı üzerinde ancak denetleme gücüne sahiptir. Bu çıktıya müdahalesi de ancak denetleme düzeyindedir, çıktının oluşum sürecine müdahalesi, genel ilkelerini belirlemekle sınırlıdır ve sürece müdahil olması mümkün değildir. Bu durum, neoliberalizmin kamu hizmeti anlayışının yargı sahasındaki görünümüdür.

Çalışmanın birinci kısmında, kamu hizmetinin metalaştırılmasına ilişkin açıklamalar mevcuttur. Bu süreçte devlete biçilen rol, devletin kamu hizmetini veren değil,

düzenleyen ve denetleyen makam haline getirilmesidir. Kamu hizmeti bu suretle piyasalaştırılmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanma mekanizmaları, bu eğilimin genel özelliklerini taşımaktadır.

Türkiye örneğinde, yargı bir arabuluculuk anlaşma metni üzerinde denetleme yetkisini dahi -neredeyse- kaybetmiş durumdadır. Türk Hukukunda yargının arabuluculuk anlaşmasını denetleyebilmesi ancak iki yolla mümkündür. Birinci yol, icra edilebilirlik şerhi verilmesi esnasında gerçekleşmektedir. Bu yolla denetleme son derece sınırlıdır; zira Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18.maddesinin üçüncü fıkrasına göre, aile hukuku uyuşmazlıkları dışında kalan konulardaki arabuluculuk anlaşmalarında icra edilebilirlik şerhini verecek olan sulh hukuk mahkemesi, duruşma açmamakta, talebi dosya üzerinden incelemektedir. İncelemenin konusu anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Aile hukuku uyuşmazlıklarıyla ilgili arabuluculuk anlaşmalarında duruşma açılrsa dahi, incelemenin sınırları aynıdır. Bu bakımdan, icra edilebilirlik şerhi, yüzeysel ve anlaşmanın özündeki dinamikleri tahlilden uzak bir çekişmesiz yargı işi, işin adından da anlaşıldığı gibi, sadece bir şerh düşülmesinden ibarettir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre, taraflar ve avukatlarının birlikte imzasını taşıyan bir arabuluculuk anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhine dahi ihtiyaç duyulmamakta, yani bu yüzeysel denetleme dahi yapılmadan icra işlemleri gerçekleştirilmektedir. Arabuluculuk anlaşmasının denetlenmesine dair ikinci yol, arabuluculuğun iradiliğinin bozulmasına neden olan, genel sebepler yönünden denetimdir. Bunlar hata, hile ve cebirle yapıldığı iddia edilen arabuluculuk anlaşmasının ortadan kaldırılmasına dairdir. Ancak bu denetim de benzer şekilde son derece yüzeyseldir. Sözleşmenin içeriğine kısmen değinir ve çoğunlukla oluşum şartlarındaki hukuk dışı koşulları bertaraf etmeye yöneliktir. Bu bakımdan uyuşmazlık çözümünün ulusal yargıların uyuşmazlık çözümü yetki alanının dışına çıkarılması, yargı örgütünün bir denetleyici vasıf sürdürmesi oluşturmaktadır. Devletin kamu hizmetini ancak düzenleme ve denetlemesini öngören neoliberalizmin kamu hizmeti anlayışı bu eğilimin temel dayanağıdır.

Uyuşmazlık çözümünün dönüşümündeki dönüşüm, yaşanan değişimin hukukun genel bir kriziyle eş zamanlı gerçekleşen bir genel dönüşümü izlemekte ve bu dönüşümün bir bölümünü oluşturmaktadır. Çalışmanın bu noktasına kadar, hukuk yargılamasının

dönüşümü salt bir usul sorunu olarak incelendi. Hukukun genel bir dönüşümü olup olmadığı sorunu hiç incelenmedi.

Hukukun krizi, genelde bir ceza hukuku veya anayasa hukuku problemi olarak görülmüş, özel hukuku kapsayan bir kriz tartışması pek yapılmamıştır. Bu bakış açısından hukukun krizi, çoğu zaman hukuk devletinin krizi veya siyasal bir sorun gibi devletin dönüşümü çerçevesinde ele alınmıştır. Oysa özel hukuk kişilerin gündelik yaşamına doğrudan etki eden ve insan yaşamının hemen her noktasını düzenlemeye yönelmiş kurallar bütünü olarak, -eğer böyle bir kriz gerçekten söz konusuysa- bu krizin etkilerinin ve sonuçlarının doğrudan gözlenebileceği alandır. Dolayısıyla, kamu hukuku alanında emeğin anayasallığının kaybı, hukuk devleti anlayışındaki değişim gibi isimlerle siyasal bir sorun olarak ele alınan kriz, özel hukuk alanında neoliberal birikim rejimine uyumsuz hale gelmiş düzenleme tarzının doğrudan tasfiyesi veya kadük bırakılması olarak kendisini göstermektedir. Bu süreç çoğunlukla ‘kuralsızlaştırma’ olarak ifade edilse de, gerçekte bir yeniden yapılandırma sürecidir.³⁷ Hukuk üzerinden gerçekleştirilen yeniden yapılandırma, hukuku da dönüştürmektedir. Hukuk böylece hem dönüştüren hem de dönüşen bir yapı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Fordist düzenlemenin temel yapı taşlarını tam istihdam hedefi, sosyal güvence ve planlı ekonomi oluşturmaktadır. Tam istihdam hedefi güvenceli çalıştırmayı, sosyal güvence toplumsal düzenin yeniden üretilmesinin devlet güvencesi altına alınmasını, planlı ekonomi ise devletin üretim ve tüketimi düzenlemesi, finansal sınırlamalar ve piyasaya talep yaratmak üzere müdahale etmesi olarak kendisini gösterir. Neoliberal dönemde, tam istihdamın yerini yedek işgücü ordusu, sosyal güvencenin yerini sosyal yardım, planlı ekonominin yerini ise serbest piyasa ekonomisi almıştır. Bu değişim, hukukun sahasında önemli bir dönüşüme yol açmıştır: Kamu hukukunda daralma ve etkisizleşme; özel hukukun alanında genişleme. Daha önce özel hukukunun alanına girmeyen, kamu hukuku ilkelerinin uygulandığı, kamusal koruma, sınırlama ve güvencelerin uygulandığı hukuksal işlemlerin bu vasıflarından uzaklaştırılması ve özel hukuka tabi hale getirilmesi söz konusudur. Bu değişimin sonuçları özellikle çarpıcıdır. Örneğin, daha önce devletin verdiği eğitim hizmetinde öğretmen, öğrenci ve hizmet, kamu hukuku ilkelerine tabidir.

³⁷ Kuralsızlaştırma gibi görünen, hukukun bir konuda sessiz kalmasıysa eğer, hukuk susarken de konuşma yeteneğine sahip bir disiplindir.

Verilen hizmet bir bedelle ölçülmez, öğretmen kamu görevlisidir, hizmete dair uyuşmazlıklar idare hukukuna göre, idare mahkemesinde çözülür. Eğitim hizmetini özel kişiler verdiğinde; öğrenci hizmet satış sözleşmesinde alıcı, öğretmen iş sözleşmesiyle istihdam edilen işçi, hizmet ise özel hukuka tabi hizmet satışı haline gelir. Uyuşmazlıklarda Borçlar Kanunu veya başka özel kanun hükümleri uygulanır ve adli yargıda çözüm aranır. Hizmetin eksen, hukuksal biçimi değişmiştir. Hizmet metalaşırken, hizmete dair uygulanan tüm hükümler tamamen özel hukuka tabi hale getirilmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, bu dönüşüm içerisinde daha üst bir aşamayı ifade ederler. Öncelikle, kamu hukuku ilkelerinden uzaklaştırılan hizmet, alternatif uyuşmazlık yöntemleriyle hukuk yargılamasının da denetiminden çıkarılır. Bu yönü, özellikle dikkat çekicidir; zira, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla hukuk yargılamasının denetiminin son derece sınırlı hale geldiği bir alan yaratılmıştır. Tahkimde bu denetim dışı alan daha sınırlı olsa da, sözleşme serbestisinin tam olarak uygulandığı arabuluculuk gerçek bir ‘serbest hukuk alanı’ yaratmıştır. Buna göre, bir kişi zorla(cebr), aldatmayla(hile) veya yanılmayla(hata) bir arabuluculuk anlaşması yapmamışsa veya bunlar olsa bile Borçlar Kanunu’nda hüküm altına alınan bir yıllık sürede mahkemeye başvurmamışsa, bu anlaşmanın ortadan kaldırılması mümkün değildir. Bu yaklaşım, neoliberalizmin kuralsızlaştırma anlayışının da bir ifadesidir. Bu anlayış, işçi-işveren ilişkisinde refah devleti döneminde eşitsiz kabul edilen ilişkinin artık eşit kabul edildiğine dair bir değişimi işaret etmektedir. Zira, arabuluculuk anlaşmasının tarafı olan işveren, işçiden çalışma süresi içerisinde işçi aleyhine tek taraflı cezai şart hükümleri içeren iş sözleşmesi dahi imzalatamazken(zira bu hükümler geçersiz kabul edilmektedir), içeriğindeki hükümlerin tartışma konusu edilemediği arabuluculuk anlaşması yapılması artık imkan dâhilindedir. Yani çalışmaya başlamadan veya çalışırken, yargı uygulaması tarafından eşit kabul edilmeyen işçi ile işveren, çalışma bittikten sonra birdenbire eşit kabul edilmiştir. Tarafların eşitsizliği üzerine oluşturulan ‘katılıklardan’ birine örnek oluşturan bu durum, diğer katılıklara karşı nasıl mücadele edildiğine de örnek oluşturmaktadır. Kuralsızlaştırma adı altında, katılık olarak ele aldığı her kurala saldıran neoliberalizm, hukuk alanında bu çabasını alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla ileri sürmüştür. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına tabi alanların sürekli genişletilmesi, bu yolların sistematikleştirilmesi ve özel hukukun önemli bir kısmını kapsayacak hale

gelmesi bu anlayışın eseridir. Bu bakımdan, uyuşmazlık çözümünün dönüşümündeki ikinci eğilim, uyuşmazlık çözümünün serbest hukuk alanına kaydırılması ve kuralılaştırılmasıdır. Türkiye’de bu eğilimin önemli sonuçları olmuştur. Halihazırdaki dava şartı arabuluculuk düzenlemeleri dışında, hemen her soruna karşı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının reçete edilmesi, arabuluculuğun ve tahkimin yargı sistemindeki gibi uzmanlık alanlarına bölünerek geliştirilmesi ve bu uygulamaların geliştirilmesi için sürekli bütçeler ve kaynaklar ayrılması, bu serbest hukuk alanının gelişmesine ve genişlemesine imkan tanımıştır. Bu çabaların tamamı, devlet dolayımıyla gerçekleştirmekte, zorlayıcı düzenlemelerle topluma dayatılmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygınlaştırılması için önemli kamu kaynakları ayrılmakta, arabuluculuğa başvurunun dava şartı sayılması veya tüketici hakem heyetlerince çözümün zorunlu hale getirilmesi gibi uygulamalar yapılmaktadır.

Tahkim uygulaması da arabuluculuk uygulaması gibi kapitalizme eklemlenme yeteneğine sahip bir hukuk teknolojisidir. Ancak tahkim uygulanması hak temelli bir çözüm sunmakta olup istenen ‘faydayı’ sağlaması için hukuk sisteminin genel bir dönüşümünü zorunlu kılmaktadır. Arabuluculuk uygulamasıysa menfaatler temelinde bir anlayışla uyuşmazlık çözümü biçimi olduğundan, hak temelli çözümü bir yana bırakmakta, bu haliyle daha esnek bir biçimde, toplumsal düzenlemeye daha kolay eklemlenebilecek bir hukuk teknolojisidir. Zira bu hukuk teknolojisi, sermayenin dolaşım hızının artırılması için daha uygun imkânlar sunmaktadır.

KAYNAKÇA

- AALCO. (b. t.). *Report Of The Seveenteenth, Eighteenth and Nineteenth Seisons Held In Kuala Lumpur(1976), Baghdad(1977) and Doha(1978)*. New Delhi: The Secretariat of The Commitee.
- Abdullayeve, S. (2009). *Rusya Federasyonu'nda Milletlerarası Ticari Tahkim*. Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Aceris Law LLC. (2021a, Haziran 13). *HKIAC Arbitration*. Aceris Law LLC: <https://www.acerislaw.com/hkiac-arbitration/> adresinden alındı
- Aceris Law LLC. (2021b, Mayıs 22). *The CIETAC Arbitration Rules, Organization and Key Developments*. Aceris Law LLC: <https://www.acerislaw.com/the-cietac-arbitration-rules-organization-and-key-developments/#:~:text=The%20China%20International%20Economic%20and,w as%20established%20in%20April%201956>. adresinden alındı
- Aglietta, M. (1979). *A Theory of Capitalist Regulation*. (D. Fernbach, Çev.) Norfolk: Lowe and Brydone Printers Limited.
- Althusser, L. (2005). *Yeniden Üretim Üzerine*. (A. I. Ergüden, Çev.) İstanbul: İthaki Yayınları.
- American Arbitration Association. (2018). *2018 ICDR Case Data Infographic*. New York: American Arbitration Association International Centre for Dispute Resolution. https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/2018_ICDR_Case_Data.pdf?_ga=2.241221314.1197114531.1650795955-147564122.1650795955 adresinden alındı
- American Arbitration Association. (2021). *2020 B2B Dispute Resolution Infographic*. New York: American Arbitration Association International Centre For Dispute Resolution. https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA333_2020_B2B_Infographic_0.pdf adresinden alındı
- Anayasa Mahkemesi Kararı, 1995/23 (Anayasa Mahkemesi Haziran 28, 1995). <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1995-23-nrm.pdf> adresinden alındı
- Ansal, H. (1996). *Esnek Üretimde İşçiler ve Sendikalar(Post-Fordizm'de Üretim Esnekleşirken İşçiye Neler Oluyor?)*. İstanbul: Birleşik Metal-İş Sendikası.
- Armutçu, O. (2020, Şubat 6). *Yargıda 'hedef süre' başarısı: Yüzde 74*. Hürriyet Gazetesi: <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/yargida-hedef-sure-basarisi-yuzde-74-41440382> adresinden alındı

- Aswani, R., Johnston, S., Milgrim, P., & McDonald, L. (2017, Mayıs). *US vs UK - a comparison of mediation processes*. Skuld: <https://www.skuld.com/topics/legal/pi-and-defence/us-vs-uk---a-comparison-of-mediation-processes/> adresinden alındı
- Ataman Figanmeşe, İ. (2011). Milletlerarası Ticari Tahkim İle Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 31(1), 91-152.
- Atış, A. İ. (2019). Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması Ve Önemi. *Sakarya İktisat Dergisi*, 8(1), 74-84.
- Ayktut, E. (2014). Khaaleji Sermayesi, Arap Baharı ve Amerikan Hegemonyası. A. M. (Der: Özdemir içinde, *Kolektif Emperyalizm* (s. 201-230). Ankara: İmge Kitabevi.
- Azizov, H. (2004). *Uluslararası Ticari Tahkim*. Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Bacanlı, M. R. (2016). Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak İstanbul Tahkim Ve Arabuluculuk Merkezi (ISTAC) Tahkim Yargılamasında Delillerin İbrazı Ve Değerlendirilmesi. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*(8), 75-113.
- Bağımsız Sosyal Bilimciler. (2015). *AKP'li Yıllarda Emegın Durumu*. İstanbul: Yordam Yayınları.
- Bakırcı, K. (2019). "Alternatif" Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu(Arabuluculuk) Aracılığıyla "Alternatif" İş Hukukuna Doğru. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(140), 355-392.
- Banks, K. (2006). The impact of globalization on labour standards. J. D. Craig, & L. M. S.(Ed.) içinde, *Law, Globalization And The Future Of Labour* (s. 77-107). New York: Cambridge University Press.
- Başpınar, V. (2016). Küreselleşen Dünyada Hukukun Yeknesaklaştırılması Konusunda Karşılaşılan Bazı Problemler. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 437-451.
- Bayraktar, M. (2015). Alman ve Türk Hukuk Sistemleri'nde Arabuluculuk Sistemlerine Genel Bir Bakış. *İstanbul Barosu Dergisi*, 89(4), 151-172.
- Bayramoğlu, S. (2018). *Yönetişim Zihniyeti*. İstanbul: İletişim Yayınları.
- BICAMC. (b. t.). *About Us*. BICAMC: <https://bicamc.org/about-us/> adresinden alındı
- Bilgin, H. (2009a). Anglo Sakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk. *Hukuk Gündemi*(1), 16-24.
- Bilgin, H. (2009b). Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk. *Hukuk Gündemi*(2), 9-20.
- Bozkurt Yüksel, A. E. (2011). UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanununa Genel Bir Bakış. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*(4), 135-172.

- Brenner, R. (2015). *Ekonomide Hızlı Büyüme ve Balon-Dünya Ekonomisinde ABD'nin Yeri*. (B. Akalın, Çev.) İstanbul: İletişim Yayınları.
- Buckley, R. P. (2005). The Role of The Rule of Law in The Regulation of Global Capital Flows. E. S. Ziffcak içinde, *Globalisation and Rule of Law* (s. 140-160). Oxfordshire: Routledge.
- Budak, Ö. (2020). Yeni Ekonomi ve Toplumsal Sınırlar: Örgütsüz Kapitalizmin Kültürel Örüntüsü. *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19(3), 1304-1319.
- Butler, W. (2014). International Commercial Arbitration in Central Asia. *Yearbook on Arbitration and Mediation*(6), 255-268.
- CAMAR. (b. t.). *A Propos*. CAMAR: <https://www.camar.org.ma/apropos.php> adresinden alındı
- CIETAC. (b. t.a). *Introduction*. CIETAC: <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=34&l=en> adresinden alındı
- CIETAC. (b. t.b). *CIETAC 2020 Work Report*. CIETAC. Nisan 28, 2022 tarihinde CIETAC: <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=40&l=en> adresinden alındı
- Collins, H. (2013). *Marksizm ve Hukuk*. (U. D. Tuna, Çev.) Ankara: Dipnot Yayınları.
- Çelebi, H., & Özdemir, A. M. (2010). Uluslararası Hukukta Eleştirel Yaklaşımlar. *Uluslararası İlişkiler*, 7(25), 69-90.
- Dür, D. O. (2017). *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Emek, U. (1999). *Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü*. Ankara: Devlet Planlama Teşkilatı.
- Erdem, P. D. (2020). *Milletlerarası Ticaret Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Erdoğan, E., & Ak, M. Z. (2003). Neoliberal Ekonomik Dönüşüm ve Sendikalar. *Kamu İş Dergisi*(3), 2-14.
- Ertan, K. (2010). *Deniz Hukukunda Londra'da Tahkim*. İstanbul: Yayımlanmamış Doktora Tezi.
- Erten, R. (2009). İngiliz Tahkim Hukukunda Geçici Hukukî Koruma Önlemleri. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 58(3), 539-578.
- Fremer, I. (2021). *Uzbekistan: Law on International Commercial Arbitration Adopted*. Library of Congress: [https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2021-07-15/uzbekistan-law-on-international-commercial-arbitration-adopted/#:~:text=National%20courts%20in%20Uzbekistan%20are,\(Art.](https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2021-07-15/uzbekistan-law-on-international-commercial-arbitration-adopted/#:~:text=National%20courts%20in%20Uzbekistan%20are,(Art.) adresinden alındı

- Gafarov, O. (2023). Eski Sovyet Devletlerindeki Rejimlerin Değişim Süreçleri ve Jeopolitik Risklerin Karşılaştırmalı Analizi. *Mülkiye Dergisi*, 47(3), 895-922.
- Gélinas, F. (2000). Arbitration and the Challenge of Globalization. *Journal of International Arbitration*, 117-122.
- Gün, S. (2018). *Piyasa Hukukunun İnşası Zorunlu Arabuluculuk*. İstanbul: Notabene Yayınları.
- Harvey, D. (2015). *Neoliberalizmin Kısa Tarihi*. (A. Onacak, Çev.) İstanbul: Sel Yayıncılık.
- Harvey, D. (2019). *Yeni Emperyalizm*. (A. N. Bingöl, Çev.) İstanbul: Sel Yayıncılık.
- Hekim Yılmaz, D. (2020). Bölgesel Ticaret Anlaşmaları(BTA)'nın Gelişimi Ve Derin Ticaret Anlaşmaları: Türkiye'nin Serbest Ticaret Anlaşmaları (STA) Açısından Bir Analiz. *TESAM Akademi Dergisi*, 7(1), 39-64.
- Hirsch, J. (2011). *Materyalist Devlet Teorisi-Kapitalist Devletler Sisteminin Dönüşüm Süreçleri*. (L. Bakaç, Çev.) İstanbul: Alan Yayıncılık.
- HKIAC. (b. t.). *Statistics*. Nisan 30, 2022 tarihinde HKIAC: <https://www.hkiac.org/about-us/statistics> adresinden alındı
- Hürriyet. (2023, Nisan 10). *SEDDK Başkanı Eroğlu'ndan sert eleştiri: Tahkim rant kapısı haline geldi*. Hürriyet: <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/seddk-baskani-eroglundan-sert-elestiri-tahkim-rant-kapisi-haline-geldi-42248573> adresinden alındı
- IAC. (b. t.). *Main Page*. International Arbitration Court(IAC): <http://www.arbitration.kz/main> adresinden alındı
- ICCA. (2015). *1958 New York Sözleşmesi'nin Yorumlanmasına İlişkin ICCA Rehberi: Hakimler İçin El Kitabı*. Lahey: International Council for Commercial Arbitration.
- ICCA. (2021). *Historical Treasures*. ICCA: <https://www.arbitration-icca.org/historic-treasures> adresinden alındı
- ICSID. (2020). *2020 ICSID Annual Report*. Washington D.C.: ICSID.
- IFCAI. (b. t.). *About IFCAI*. IFCAI: <https://www.ifcai-arbitration.org/about-ifcai/> adresinden alındı
- İnneci, A., & Karabulut, Ş. (2018). Küreselleşme Sürecinde Türkiye'de Vergi Politikaları ve Vergi Gelirlerinin Bileşimindeki Değişim. *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 8(2), 271-291.
- International Chamber of Commerce. (2021). *ICC Dispute Resolution 2020 Statistics*. Paris: International Chamber of Commerce.

- ISPRAMED. (2018). *Main Page*. ISPRAMED: <https://www.ispramed.com/en/> adresinden alındı
- ISPRAMED. (2020). *ISPRAMED Presentation*. ISPRAMED: https://www.ispramed.com/wp-content/uploads/2020/06/ISPRAMED-presentation_engl.pdf adresinden alındı
- İstanbul Tahkim Merkezi. (2015). *İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları*. İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları: <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/01/ISTANBUL-TAHKIM-MERKEZ%c4%b0-TAHK%c4%b0M-ve-ARABULUCULUK-KURALLARI.pdf> adresinden alındı
- Jessop, B. (2008). *Devlet Teorisi/Kapitalist Devleti Yerine Oturtmak*. (A. Özcan, Çev.) Ankara: Epos Yayınları.
- Karabıyık, İ. (2010). Türkiye’de Özelleştirmenin Çalışma Hayatı Üzerinde Etkileri. *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*(98).
- Karademir, E. (2012). Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırması. *Public and Private International Law Bulletin*, 32(2), 73-104.
- Kars Kaynar, A. (2016, Ekim 25). *Devlet Kuramları: Düzenleme Okulu*. Academia: https://www.academia.edu/2294421/Devlet_Kuramlar%C4%B1_D%C3%BCzenleme_Okulu?auto=download adresinden alındı
- Kars Kaynar, A. (2017). Neo-liberal Dönemde Hukuk ve Neo-formalizm Tartışmalarına Bir Giriş. *İktisat Dergisi*(536), 34-49.
- Karyağdı, M. (2007). Amerika Birleşik Devletleri’nde Uygulanmakta Olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi ve Türk Hukuku ile Mukayesesi. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XI(1-2), 919-964.
- Kavasoğlu, Y. D. (2010). Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Mediation. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXVIII(1-2), 197-218.
- Kaya, T. (2017). DTÖ Anlaşmalarındaki Yükümlülüklerden Kaçınmaya Olanak Sağlayan İstisna Hükümleri. *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(2), 169-192.
- Kaymaz, E., & Kaymaz, M. D. (2020). İş Hukukunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk. *Kadim Akademi Sosyal Bilimler Dergisi*, 4(1), 1-29.
- Kennedy, D. (2017). *Modern Hukukun Kaderi*. (A. Z. Yıldırım Türkyılmaz, Çev.) Ankara: Dost Kitabevi Yayınları.
- Konuralp, C. S. (2011). Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim. *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı*. İstanbul: Yayınlanmamış Doktora Tezi.

- Korkut, M. S. (2018). *Medenî Usûl Hukuku Esasları Çerçevesinde Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tüketici Hakem Heyetleri*. İstanbul: Yayınlanmamış Doktora Tezi.
<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/58346.pdf> adresinden alındı
- Kurt, R. (2018). İş Yargısında "Arabuluculuk". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(135), 406-444.
- LCIA. (2021). *History*. LCIA: <https://www.lcia.org/LCIA/history.aspx> adresinden alındı
- Lipietz, A. (1987). *Mirages and Miracles: the Crisis of Global Fordism*. (D. Macey, Çev.) London: Verso.
- Manav Özdemir, E. (2015). İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri. *Çalışma ve Toplum*, 4(47), 185-222.
- Marx, K. (2011). *Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı*. (S. Belli, Çev.) Ankara: Sol Yayınları.
- Marx, K. (2013). *Kapital 2*. (M. Selik, Çev.) İstanbul: Yordam Kitap.
- Marx, K. (2014). *Kapital 1*. (M. Selik, & N. Satlıgan, Çev.) İstanbul: Yordam Kitap.
- Marx, K. (2015). *Kapital 3*. İstanbul: Yordam Kitap.
- Marx, K., & Engels, F. (1996). *Seçme Yazışmalar 2*. (Y. Fincancı, Çev.) Ankara: Sol Yayınları.
- Masko, L. F. (2010). *Managing the Margins. Gender, Citizenship, and the International Regulation of Precarious Employment*. New York: Oxford University Press.
- Merriam-Webster. (b. t.). *status offense*. Merriam-Webster: <https://www.merriam-webster.com/legal/status%20offense> adresinden alındı
- Ministry of Justice. (2021a, Nisan 7). *Family Mediation Voucher Scheme*. Guidance: <https://www.gov.uk/guidance/family-mediation-voucher-scheme> adresinden alındı
- Ministry of Justice. (2021b, Temmuz 21). *A guide to civil mediation*. Guidance: <https://www.gov.uk/guidance/a-guide-to-civil-mediation#where-can-i-find-a-mediator> adresinden alındı
- Morgan Lewis. (2018). *An Introductory Guide To Arbitration In Asia*. Singapore: Morgan Lewis & Bockius LLP .
- New York Convention. (b. t.). *Contracting States*. Mayıs 1, 2022 tarihinde New York Convention: <https://www.newyorkconvention.org/countries> adresinden alındı
- Nguyon, M. (2021, Nisan 16). Jdsupa: <https://www.jdsupra.com/legalnews/2021-trends-in-international-arbitration-6311785/> adresinden alındı

- OECD. (2020, Temmuz 8). *Statutory Corporate Income Tax Rates*. Haziran 6, 2021 tarihinde OECD Stat: https://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=Table_II1# adresinden alındı
- Onyema, E. (2020). *2020 Arbitration In Africa Survey Report*. Londra: SOAS University of London.
- Onyema, E., & Christian, S. (2020, Nisan 4). *Updated List of African Arbitration Centres/Institutions as at 04 April 2020*. Research Arbitration Africa: <https://researcharbitrationafrica.com/files/List%20of%20Known%20Arbitration%20Institutions%20in%20Africa%2020200404.pdf> adresinden alındı
- Özbay, İ. (2006). Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, X(3-4), 459-475.
- Özbay, İ., & Korucu, Y. (2016). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özbek, M. S. (2013). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özcan, A. (2020). Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Konu Bakımından Uygulanması. *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 19(3), 988-1016.
- Özdamar, M. (2013). Sigorta Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim Sistemi. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1-2), 831-855.
- Özdemir, A. M. (2008). *Sözün Mülkiyeti*. Ankara: Dipnot Yayınları.
- Özdemir, A. M. (2010). *Ulusların Sefaleti*. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.
- Özdemir, A. M. (2014). Kolektif Emperyalizm. A. M. (Der: Özdemir içinde, *Kolektif Emperyalizm* (s. 29-159). Ankara: İmge Kitabevi.
- Özdemir, A. M., & Saygılı, A. v. (2019). *Genel Kamu Hukuku-Kuramsal Yaklaşım*. Ankara: İmge Kitabevi.
- Özdemir, E. (2005). İş Hukukunda Cezaî Şart. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, IX(3-4), 403-416.
- Özel, S. (2020). Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi. *Public and Private International Law Bulletin*, 40(2), 867-892.
- Özenç, B. (2016). *Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Özmumcu, S. (2012). *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ve Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Özmumcu, S. (2016). Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXXIV(2), 807-842.

- Özveri, M. (2020). İş Mahkemeleri Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları. *Çalışma ve Toplum*, 2(65), 917-938.
- Palabıyık, D. Ç. (2022, Ocak 9). *Tüketici hakem heyetleri, geçen yıl yaklaşık 870 milyon liralık uyuşmazlığı çözdü.* Anadolu Ajansı: <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/tuketici-hakem-heyetleri-gecen-yil-yaklasik-870-milyon-liralik-uyusmazligi-cozdu/2469102> adresinden alındı
- Panitch, L., & Gindin, S. (2019). *Küresel Kapitalizmin Oluşturulması*. (Ü. Şenesen, Çev.) İstanbul: Yordam Kitap.
- Parlak, Z. (1999). Yeniden Yapılanma ve Post-Fordist Paradigmalar. *Bilgi Sosyal Bilimler Dergisi*(1), 83-102.
- Pendell, G. (2011, Kasım 30). *The Rise and Rise of the Arbitration Institution*. Mayıs 1, 2022 tarihinde Kluwer Arbitration Blog: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/11/30/the-rise-and-rise-of-the-arbitration-institution/> adresinden alındı
- Piketty, T. (2014). *Yirmi Birinci Yüzyılda Kapital*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Resmi Gazete. (1989, Ağustos 13). Resmi Gazete: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20251.pdf> adresinden alındı
- Resmi Gazete. (1991, Mayıs 21). *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*. Resmi Gazete: <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/612021141817Newyork%20Konvansiyonu%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf> adresinden alındı
- Resmi Gazete. (2007, Aralık 12). *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*. Resmi Gazete: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071212-1.htm> adresinden alındı
- Resmi Gazete. (2014, Kasım 29). *Resmi Gazete*. İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/11/20141129-1.htm> adresinden alındı
- Resmi Gazete. (2021, Nisan 22). *Singapur Konvansiyonu*. Şubat 20, 2022 tarihinde Resmi Gazete: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210422-9.pdf> adresinden alındı
- Resmi Gazete. (2023, Aralık 30). *Harçlar Kanunu Genel Tebliği(Seri No: 94)*. Resmi Gazete: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/12/20231230M2-10.pdf> adresinden alındı

- Sabirov, N. (b. t.). *Global Legal Insights International Arbitration, Chapter on Kyrgyzstan*. Kalikova&Associates : <http://www.k-a.kg/eng/global-legal-insights-international-arbitration-chapter-kyrgyzstan> adresinden alındı
- Sandholtz, W. (1999). Globalization And Evolution Of Rules. J. A. Aseem Prakash içinde, *Globalization And Governance* (s. 77-102). London: Routledge.
- Saul, J. A. (2012). The Legal and Cultural Roots of Mediation in the United States. *Opinio Juris in Comparatione*(1), 1-12.
- Sevim, O. U. (2016). *Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Shakespeare, W. (2015). *Venedik Taciri*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- SIAC. (2016). *Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre*. Singapur: SIAC.
- SIAC. (b. t.a). *About Us*. SIAC: <https://www.siac.org.sg/about-us/about-us> adresinden alındı
- SIAC. (b. t.b). *SIAC Annual Report 2020*. Singapur: SIAC. https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/annual_report/SIAC_Annual_Report_2020.pdf adresinden alındı
- SIAC. (b. t.c). *Frequently Asked Questions(FAQs)*. Singapore International Arbitration Center: <https://sgwww.siac.org.sg/faqs/siac-general-faqs> adresinden alındı
- Sigorta Tahkim Komisyonu. (b. t.). *Faaliyet Raporu 2022*. İstanbul: Sigorta Tahkim Komisyonu.
- Sobacı, M. S. (2007). Yönetişim Kavramı ve Türkiye'de uygulanabilirliği Üzerine Değerlendirmeler. *Yönetim Bilimleri Dergisi*, 5(1), 220-235.
- T. C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü. (2019). *Adalet İstatistikleri 2018*. Ankara: Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü.
- T.C. Adalet Bakanlığı. (2022, Ocak 8). *Yargıda 2021'de Hedef Sürelere Uyulma Oranı Yüzde 86 oldu*. T.C. Adalet Bakanlığı Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği: <https://basin.adalet.gov.tr/yargida-2021-de-hedef-surelere-uyulma-orani-yuzde-86-oldu> adresinden alındı
- T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü. (2020). *Adalet İstatistikleri 2019*. Ankara: Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü.
- T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü. (2021). *Adalet İstatistikleri 2020*. Ankara: Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü.
- T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü. (2023). *Adalet İstatistikleri 2022*. Ankara: Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü.

- T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı. (2021). *Uluslararası Anlaşmalar*. YKTK Anlaşmaları: <https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/yktk/a11602> adresinden alındı
- T.C. Ticaret Bakanlığı. (2022, Mart 2021). *Tüketici Hakem Heyetlerine Gelen Başvuruların Sektörlerine Ve Sonuçlarına Göre Dağılımı İle Karar Sayıları (Adet) (01 Ocak-31 Aralık 2020)*. İstatistikler: <https://tuketici.ticaret.gov.tr/data/5d3ff68b13b8762a64e9023a/9-THH%20BASV-KARAR-SEKT%C3%96R-SONUC%202020.xlsx> adresinden alındı
- T.C. Ticaret Bakanlığı. (2022, Ocak 12). *Tüketici Hakem Heyetlerinin 2021 Yılı İstatistiklerine İlişkin Basın Duyurusu*. T.C. Ticaret Bakanlığı: <https://tuketici.ticaret.gov.tr/haberler/tuketici-hakem-heyetlerinin-2021-yili-istatistiklerine-iliskin-basin-duyurusu#:~:text=Yerine%20getirdi%C4%9Fi%20%C3%B6nemli%20hizmetler%20nedeniyle,olup%2C%20630.852%20adet%20karar%20verilmi%C5%9Ftir.> adresinden alındı
- Tan Dehmen, M. (2011). Tahkim Öncesi Müzakere Ya Da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 25(1-2), 451-472.
- Taş, S. (2019). *Hukuk ve Siyaset: Türkiye'de Arabuluculuk Tartışmaları ve Düzenlemeleri*. İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Taşkale, K. (2022, Aralık 16). *Sigorta Tahkim Yargılamasında Vekalet Ücreti*. Lexpera Blog: <https://blog.lexpera.com.tr/sigorta-tahkim-yargilamasinda-vekalet-ucreti/> adresinden alındı
- TBMM. (2006, Mart 26). Genel Gerekçe: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1364m.htm> adresinden alındı
- The London Court of International Arbitration. (2021). *2020 Annual Casework Report*. London: The London Court of International Arbitration. <https://www.lcia.org/media/download.aspx?MediaId=855> adresinden alındı
- The Taskent Times. (2018, Kasım 6). *Tashkent International Arbitration Center created under Chamber of Commerce*. The Taskent Times: <http://tashkenttimes.uz/national/3145-tashkent-international-arbitration-center-created-under-chamber-of-commerce> adresinden alındı
- The World Bank. (2021). *The World Bank Data*. Ocak 16, 2021 tarihinde The World Bank: <https://data.worldbank.org/indicator/BX.KLT.DINV.CD.WD?end=2019&locations=OE-1W&start=2019&view=bar> adresinden alındı

- Türkoğlu Karacaova, E. N. (2023). İş Hukukunun Dönüşümü ve Dava Şartı Olarak Arabuluculuk. *Emek Araştırma Dergisi*, 10(15), 25-50.
- UNCITRAL. (b. t.). *Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006*. Mayıs 1, 2022 tarihinde UNCITRAL:
https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status adresinden alındı
- UNCTAD. (b. t.). *Investment Dispute Settlement Navigator: UNCTAD*. UNCTAD:
<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> adresinden alındı
- United Nations. (1994). *UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration*. United Nations Publication.
- United Nations. (2008). *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With Amendments As Adopted In 2006*. Viyana: United Nations Publications.
- Watson, M. (2016, Haziran 6). *Tobin Tax*. Encyclopedia Britannica:
<https://www.britannica.com/topic/Tobin-tax> adresinden alındı
- White&Case. (2021). *2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration To a Changing World*. London: Quenn Mary University of London.
- WTO. (b. t.). *Understanding The WTO: The Organisation*. WTO:
https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm adresinden alındı
- Yağcıoğlu, K. M. (2018). Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 457-486.
- Yakut, D. B. (2009). ABD’de Avukatların Müvekkillerine Arabuluculuğu Tavsiye Etme Yükümlülüğü. *Ankara Barosu Dergisi*(4), 31-44.
- Yarar, D. G. (2019). *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Yaşar, Y., & Yenimahalleli Yaşar, G. (2012). Neoliberal Küreselleşme ve Sosyal Politikada Dönüşüm. *Mülkiye Dergisi*, 36(274), 63-92.
- Yeşilırmak, A. (2010). Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2009), 693-638.
- Yeşilırmak, A. (2011). *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık .

- Yılmaz, İ. (2020). ICSID Kurallarının Gelişimi ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*(1), 455-519.
- Yücesan Özdemir, G., & Özdemir, A. M. (2008). *Semayenin Adaleti*. Ankara: Dipnot Yayınları.



EK 1. ORJİNALLİK RAPORU

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Doküman Kodu Form No.	FRM-DR-21
		Yayın Tarihi Date of Pub.	04.01.2023
	FRM-DR-21 Doktora Tezi Orijinallik Raporu <i>PhD Thesis Dissertation Originality Report</i>	Revizyon No Rev. No.	02
		Revizyon Tarihi Rev. Date	25.01.2024

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞINA
Tarih: 01/07/2024
Tez Başlığı Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümünün Dönüşümü Tez Başlığı (Almanca/Fransızca)* Yukarıda başlığı verilen tezin a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 153 sayfalık kısmına ilişkin, 01/07/2024 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezin benzerlik oranı % 12 'dir. Uygulanan filtrelemeler**: 1. ☒ Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç 2. ☒ Kaynakça hariç 3. ☐ Alıntılar hariç 4. ☒ Alıntılar dâhil 5. ☒ 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tezin herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumlarda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim. Gereğini saygılarımla arz ederim. Koşun Özgür Özbey/İmza

Öğrenci Bilgileri	Ad-Soyad	Koşun Özgür Özbey	
	Öğrenci No	N17245705	
	Enstitü Anabilim Dalı	Kamu Hukuku	
	Programı	Kamu Hukuku	
	Statüsü	Doktora ☒	Lisans Derecesi ile (Bütünleşik) Dr ☐

DANIŞMAN ONAYI

UYGUNDUR.
(Prof. Dr. Ali Murat Özdemir, İmza)

*Tez **Almanca** veya **Fransızca** yazılıyor ise bu kısımda tez başlığı **Tez Yazım Dilinde** yazılmalıdır.

**Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları İkinci bölüm madde (4)/3'te de belirtildiği üzere: Kaynakça hariç, Alıntılar hariç/dahil, 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç (Limit match size to 5 words) filtreleme yapılmalıdır.

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Doküman Kodu Form No.	FRM-DR-21
		Yayın Tarihi Date of Pub.	04.01.2023
	FRM-DR-21 Doktora Tezi Orijinallik Raporu <i>PhD Thesis Dissertation Originality Report</i>	Revizyon No Rev. No.	02
		Revizyon Tarihi Rev. Date	25.01.2024

TO HACETTEPE UNIVERSITY GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES DEPARTMENT OF PUBLIC LAW Date: 01/07/2024 Thesis Title (In English) Transformation of Dispute Resolution in Private Law. According to the originality report obtained by myself/my thesis advisor by using the Turnitin plagiarism detection software and by applying the filtering options checked below on 01/07/2024 for the total of 153 pages including the a) Title Page, b) Introduction, c) Main Chapters, and d) Conclusion sections of my thesis entitled above, the similarity index of my thesis is 12 %. Filtering options applied**: ☒ Approval and Declaration sections excluded ☒ References cited excluded ☐ Quotes excluded ☒ Quotes included ☒ Match size up to 5 words excluded I hereby declare that I have carefully read Hacettepe University Graduate School of Social Sciences Guidelines for Obtaining and Using Thesis Originality Reports that according to the maximum similarity index values specified in the Guidelines, my thesis does not include any form of plagiarism; that in any future detection of possible infringement of the regulations I accept all legal responsibility; and that all the information I have provided is correct to the best of my knowledge. I respectfully submit this for approval. Koşun Özgür Özbey/Signature

Student Information	Name-Surname	Koşun Özgür Özbey	
	Student Number	N17245705	
	Department	Public Law	
	Programme	Public Law	
	Status	PhD ☒	Combined MA/MSc-PhD ☐

SUPERVISOR'S APPROVAL

APPROVED
(Prof. Dr. Ali Murat Özdemir, Signature)

**As mentioned in the second part [article (4)/3] of the Thesis Dissertation Originality Report's Codes of Practice of Hacettepe University Graduate School of Social Sciences, filtering should be done as following: excluding reference, quotation excluded/included, Match size up to 5 words excluded.

EK 2. ETİK KURUL / KOMİSYON İZNİ YA DA MUAFİYET FORMU

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Doküman Kodu Form No.	FRM-DR-12
		Yayın Tarihi Date of Pub.	22.11.2023
	FRM-DR-12 Doktora Tezi Etik Kurul Muafiyeti Formu <i>Ethics Board Form for PhD Thesis</i>	Revizyon No Rev. No.	02
		Revizyon Tarihi Rev.Date	25.01.2024

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞINA	
Tarih:01/07/2024	
Tez Başlığı Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümünün Dönüşümü	
Tez Başlığı (Almanca/Fransızca)*:.....	
Yukarıda başlığı verilen tez çalışmam:	
1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır. 2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir. 3. Beden bütünlüğüne veya ruh sağlığına müdahale içermemektedir. 4. Anket, ölçek (test), mülakat, odak grup çalışması, gözlem, deney, görüşme gibi teknikler kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel ya da nicel yaklaşımlarla yürütülen araştırma niteliğinde değildir. 5. Diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri kullanımını (kitap, belge vs.) gerektirmektedir. Ancak bu kullanım, diğer kişi ve kurumların izin verdiği ölçüde Kişisel Bilgilerin Korunması Kanuna riayet edilerek gerçekleştirilecektir.	
Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kuruldan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.	
Gereğini saygılarımla arz ederim.	
Koşun Özgür Özbey/İmza	

Öğrenci Bilgileri	Ad-Soyad	Koşun Özgür Özbey	
	Öğrenci No	N17245705	
	Enstitü Anabilim Dalı	Kamu Hukuku	
	Programı	Kamu Hukuku	
	Statüsü	Doktora ☒	Lisans Derecesi ile (Bütünleşik) Dr ☐

DANIŞMAN ONAYI

UYGUNDUR.
(Prof. Dr. Ali Murat Özdemir, İmza)

* Tez **Almanca** veya **Fransızca** yazılıyor ise bu kısımda tez başlığı **Tez Yazım Dilinde** yazılmalıdır.

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Doküman Kodu Form No.	FRM-DR-12
		Yayın Tarihi Date of Pub.	22.11.2023
	FRM-DR-12 Doktora Tezi Etik Kurul Muafiyeti Formu <i>Ethics Board Form for PhD Thesis</i>	Revizyon No Rev. No.	02
		Revizyon Tarihi Rev.Date	25.01.2024

HACETTEPE UNIVERSITY GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES DEPARTMENT OF PUBLIC LAW	
Date: 01/07/2024	
ThesisTitle (In English): Transformation of Dispute Resolution in Private Law.	
My thesis work with the title given above:	
- Does not perform experimentation on people or animals. - Does not necessitate the use of biological material (blood, urine, biological fluids and samples, etc.). - Does not involve any interference of the body's integrity. - Is not a research conducted with qualitative or quantitative approaches that require data collection from the participants by using techniques such as survey, scale (test), interview, focus group work, observation, experiment, interview. - Requires the use of data (books, documents, etc.) obtained from other people and institutions. However, this use will be carried out in accordance with the Personal Information Protection Law to the extent permitted by other persons and institutions.	
I hereby declare that I reviewed the Directives of Ethics Boards of Hacettepe University and in regard to these directives it is not necessary to obtain permission from any Ethics Board in order to carry out my thesis study; I accept all legal responsibilities that may arise in any infringement of the directives and that the information I have given above is correct.	
I respectfully submit this for approval.	
Koşun Özgür Özbey/Signature	

Student Information	Name-Surname	Koşun Özgür Özbey	
	Student Number	N17245705	
	Department	Public Law	
	Programme	Public Law	
	Status	PhD ☒	Combined MA/MSc-PhD ☐

SUPERVISOR'S APPROVAL

APPROVED
(Prof. Dr. Ali Murat Özdemir, Signature)