



**SERMAYE PİYASASI KURULU
ARACILIK FAALİYETLERİ DAİRESİ**

**ARACI KURULUŞLAR İLE YATIRIMCILAR ARASINDA SERMAYE
PİYASASI FAALİYETLERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN
ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK YÖNTEMİ**

YETERLİK ETÜDÜ

**Ayça ÖZER
Uzman Yardımcısı**

**Ekim 2002
ANKARA**

YÖNETİCİ ÖZETİ

Aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların kısa sürede çözümlenmesi, sermaye piyasalarının dinamik ve değişken yapısından dolayı uyuşmazlık konusu maddi kayıpların kısa sürede ve hızla büyüebilmesi riski nedeniyle önem kazanmaktadır. Sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin etkin sistemler oluşturulması, aynı zamanda yatırımcıların korunduğu ve hak kayıplarının önlendiği güvenli bir piyasanın oluşturulması anlamına da gelmektedir.

Öte yandan, hukuk sistemimizde belirli alanlardaki davalara bakmakla görevli ihtisas mahkemelerinin bulunmaması ve uzmanlık gerektiren sermaye piyasası işlemleri ile ilgili uyuşmazlıklara ilişkin davalarda karar verilmesi için bilirkişi raporuna başvurmanın zorunlu hale gelmesi nedenleri ile dava sürecinin uzaması sonucunda, değişken ekonomik koşulların da etkisi ile yatırımcı zararları gittikçe büyümektedir.

Gerek mahkemelerde gerekse de hakem mahkemelerinde, uyuşmazlıkların geç sonuçlandığı ve yargılamanın pahalıya mal olduğu, mahkemelerde ve hakem mahkemelerinde açılan davaların taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri tahrip ettiği şeklindeki yaklaşım, genellikle tarafsız bir üçüncü kişinin telkin, tavsiye, teklif ve gayretleriyle uyuşmazlıkların mahkemeler ve tahkim dışında veya onlara paralel olarak çözümlenmesine ilişkin bir grup ihtiyari uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ifade edilebilecek olan alternatif uyuşmazlık çözümleme yöntemlerinin (Alternative Dispute Resolution-ADR) uyuşmazlık çözümünde etkin olarak kullanılması arayışını da beraberinde getirmiştir. Tarafsız ve görüşme tekniklerinde eğitilmiş bir kişinin yardımıyla tarafların gayri resmi ve gönüllü olarak karşılıklı kabul edilebilir bir çözüme varmalarını sağlayan bir süreç olarak tanımlanabilecek arabuluculuk yönteminin de içerisinde yer aldığı ADR yöntemlerinde verilen kararlar, uyuşmazlıkların çözümünde genellikle bağlayıcı ve daimi olmamakla birlikte, tarafların karşılıklı anlaşmasının bir sonucu olması nedeni ile taraflar arasındaki anlaşmazlığı ortadan kaldırmış olmaktadır. Sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde genel yargı sistemi dışında alternatifler sunulması ve arabuluculuk yönteminin uygulanmasında öz düzenleyici kuruluşların önemli bir fonksiyon üstlendikleri görülmektedir.

Ülkemizde ise sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde genel yargı sistemi dışındaki ilk alternatifi İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (İMKB) bünyesindeki borsa uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin düzenlemeler oluşturmaktadır. Diğer taraftan, 11.02.2001 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği (TSPAKB) Statüsü’nün TSPAKB’nin görevlerine ilişkin 6’ncı maddesinin (g) bendi uyarınca “*üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların*

çözümüne yardımcı olmak”la görevlendirilen TSPAKB bünyesinde de genel yargı sistemi dışında alternatif bir yöntem sunulmasına imkan sağlanmıştır.

Bu çalışmada kısaca ülkemizde genel olarak uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin yöntemlere yer verilerek, arabuluculuk yönteminin de içinde yer aldığı ADR yöntemlerinin gelişimi, özellikleri ve türleri ile genel anlamda hukuki uyuşmazlıkların çözümündeki rolleri üzerinde durulmuş, arabuluculuk yönteminin özellikleri ve arabuluculuk sürecinin sağlıklı işleyebilmesi için gerekli koşullar incelenmiş ve aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yönteminin bir öz düzenleyici kuruluş olarak TSPAKB tarafından uygulanabilirliği değerlendirilerek, sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yönteminin uygulanmasına ilişkin önerilere yer verilmiştir.

Arabuluculuk, tarafsız ve görüşme tekniklerinde eğitilmiş bir kişinin yardımıyla tarafların gayri resmi ve gönüllü olarak karşılıklı kabul edilebilir bir çözüme varmalarını sağlayan bir süreçtir. Arabuluculuğu diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayıran özellik arabulucunun herhangi bir çözümü zorlamaması, daha çok tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardım etmesidir. Arabuluculuk yönteminde uyuşmazlığın çözümüne ilişkin çalışmalar tarafların ihtiyaçlarına ve arabulucunun tarzına bağlı olarak her uyuşmazlık konusunda farklılık göstermektedir. Genellikle taraflar sorunu görüşmek üzere yüz yüze bir araya getirilmekte ve arabulucu iki taraftan edindiği bilgiler çerçevesinde taraflar arasındaki karşıtlığı azaltarak onları konuya ilişkin anlamlı bir diyalog zeminine getirmeye, daha önce yeterli düzeyde değerlendirilmediği ve tartışılmadığı düşünülen konuları tartışmaya açmaya, tarafların durumlarını teklif ve önerilerini daha anlaşılır ve net bir dille ifade etmelerini sağlamaya, gözden kaçırdığını düşündüğü konulara dikkat çekmeye ve tarafların gerçek çıkarını ortaya koymaya, taraflara birbirlerinin görüşlerini ve bakış açılarını anlama konusunda yardım etmeye, tarafların taleplerini gerçekçi bir çizgide sınırlamaya, alternatif çözüm yolları ve öneriler geliştirmeye ve taraflar arasında olumlu bir iletişim geliştirerek beklenmedik tepkileri önlemeye çalışmaktadır.

Bu çerçevede, TSPAKB’nin üyeleri arasındaki ve konumuz bakımından ele alındığında ise üyeleri ile müşterileri arasında “*borsa işlemleri*” dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak görevini yerine getirirken, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde tarafsız ve uzman üçüncü kişiler aracılığı ile sağlanacak bir uzlaşma temelini yaratacak olan arabuluculuk yönteminden yararlanması uyuşmazlıkların kısa sürede ve etkin bir şekilde çözülmesi amacının gerçekleştirilmesinde faydalı olacaktır.

Arabuluculuk yönteminin sağlıklı olarak işleyebilmesinde en önemli etken, tarafların uzlaşmaya yatkın olmaları kadar, uyuşmazlığın çözümünde görev alacak arabulucuların tarafsız ve uzman kişiler arasından seçildiğine olan güvenin tam olmasıdır. Bunu sağlamak için ise arabulucuların taşımak zorunda oldukları niteliklere ve uymak zorunda oldukları

kurallara ilişkin ilkeler ile arabulucular hakkında tam bilgilendirmenin sağlanabilmesi için arabulucuların açıklama yapması zorunlu olan hususların belirlenmesi gerektiği dikkate alınarak, TSPAKB tarafından arabulucu listeleri oluşturulmalı ve arabulucu listeleri oluşturulurken esas alınan kriterler açıklanmalı, sermaye piyasalarında tecrübeli, bilgili ve tarafsız kişilerin belirlenmesini teminen arabulucu listelerine alınan kişilerin detaylı öz geçmişleri kamuya periyodik olarak duyurulmalıdır. Arabulucu listelerine alınacak kişilerde asgari olarak, özellikle hukuk ve sermaye piyasası alanlarında uzmanlaşmış teknik kişiler veya akademisyenler olmaları, sermaye piyasalarında belli bir süre çalışmış ve gerekli tecrübeye sahip olmaları ve belirli bir eğitim düzeyine sahip olmaları şartlarının aranması gerekmektedir.

TSPAKB bünyesinde etkin bir arabuluculuk sisteminin geliştirilmesi, öncelikle yatırımcılara, sermaye piyasası faaliyetleri nedeni ile aracı kuruluşlarla aralarında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde faydalanabilecekleri alternatif bir yöntem olarak arabuluculuğun tanıtılmasını ve yatırımcıların, arabuluculuk sürecinin tamamen tarafların iradesine bağlı olarak başlayacağı ve taraflarca öngörülen sürede tamamlanacağı, arabuluculuk sonucunda ortaya çıkan kararların bağlayıcı olmayacağı ve hiçbir şekilde adli yargıda hak aramalarını engellemeyeceği hususlarında bilgilendirilmelerini gerektirmektedir. Arabuluculuk yönteminin tanıtılması bakımından tarafların izin vermesi halinde başarılı arabuluculuk çalışmalarının duyurulması da faydalı olacaktır. Ayrıca, TSPAKB tarafından oluşturulacak arabulucu listelerinin tüm arabulucuların ayrıntılı bir tanıtımını içerir şekilde kamuya duyurulması ve ücret tarifelerinin açıkça ilan edilmesi gerekmektedir. Aracı kuruluşlarla yatırımcılar arasında sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde TSPAKB nezdinde oluşturulacak arabuluculuk sisteminin etkin bir şekilde çalıştırılabilmesi için TSPAKB'ne ulaşan şikayetlerde tarafların arabuluculuk sürecine tabi olmalarının zorunlu tutulmasının faydalı olacağı düşünülebilir. Ancak, özü itibarı ile gönüllü bir süreç olan arabuluculuğun başarıya ulaşması için tarafların kendi istekleri ile anlaşmaya çalışmaları gerektiğinden, tarafları arabuluculuk sürecine zorlamak yerine arabuluculuğun tanıtılarak yaygınlaştırılmasına çalışılmalıdır. Bu kapsamda, taraflar arasındaki sözleşmelerde çıkabilecek uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvurulacağına dair hüküm konulması hususunda gerekli bilgilendirme ve tanıtımın yapılması ve tarafların teşvik edilmesi yararlı olacaktır. Arabuluculuk yönteminin uygulanmasına ilişkin olarak taraflar arasında herhangi bir anlaşma bulunmaması durumundaysa, TSPAKB kendisine iletilen bir uyuşmazlık konusunda taraflara ulaşarak, arabuluculuk yöntemini tanıtmalı ve çözüm üretmek için bir araya gelmeye ikna etmeye çalışmalıdır.

TSPAKB tarafından yatırımcılar ile aracı kuruluşlar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk hizmeti sunulması durumunda asıl olarak “*borsa işlemi*” tanımına girmemesi nedeni ile İMKB nezdindeki uyuşmazlık çözümlene prosedüründen yararlanamayan yatırımcılara adli yargı sistemi dışında düşük maliyetli, hızlı ve etkin bir

alternatif uyuşmazlık çözümlene mekanizması sunulması sağlanacak olmakla birlikte, uyuşmazlık konusunun “*borsa işlemi*” tanımına girmesi halinde de tarafların uyuşmazlığın her aşamasında sorunu sulhen çözümlene hakkına sahip oldukları düşüncesinden hareketle arabuluculuk yönteminden yararlanmalarına imkan sağlanmalıdır.

I. GİRİŞ.....	1
II. GENEL OLARAK UYUŞMAZLIK VE ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ.....	3
II.1. TOPLUMSAL BİR SORUN OLARAK HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMLENMESİ GEREĞİ.....	3
II.2. GENEL OLARAK UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ.....	3
II.2.1. Uyuşmazlıkların Genel Yargı Yolu İle Mahkemelerde Çözümlemesi.....	4
II.2.2. Uyuşmazlıkların İhtiyari Tahkim Yolu İle Çözümlemesi.....	4
II.2.3. Uyuşmazlıkların Zorunlu Tahkim Yolu İle Çözümlemesi.....	6
II.2.4. Uyuşmazlıkların ADR Yöntemleri İle Çözümlemesi.....	6
II.2.4.1. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması.....	7
II.2.4.2. TÜRSAB Nezdinde Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması.....	7
II.2.4.3. Avukatlık Kanunu Çerçevesinde Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması.....	8
II.2.4.4. İMKB Yönetmeliği Çerçevesinde Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması.....	8
III. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ.....	11
III.1. TANIM.....	11
III.2. ADR YÖNTEMLERİNİN GELİŞİMİ, TERCİH NEDENLERİ VE ORTAK ÖZELLİKLERİ.....	11
III.2.1. ADR Yöntemlerinin Gelişimi.....	11
III.2.2. ADR Yöntemlerinin Tercih Edilme Nedenleri.....	14
III.2.3. ADR Yöntemlerinin Ortak Özellikleri.....	14
III.3. ADR YÖNTEMLERİ.....	15
III.3.1. Tahkim (Arbitration) Yöntemi.....	15
III.3.2. Müzakere (Negotiation) Yöntemi.....	16
III.3.3. Arbuluculuk (Mediation) Yöntemi.....	16
III.3.4. Hakem-Bilirkişilik (Technical Expertise) Yöntemi.....	18
III.3.5. Sözleşmelere Üçüncü Kişilerin Müdahalesi (Adaptation of Contracts) Yöntemi.....	18
III.3.6. Ön Hakemlik (Pre-Arbitral Referee Procedure) Yöntemi.....	19
IV. ARACI KURULUŞLAR İLE YATIRIMCILAR ARASINDA SERMAYE PİYASASI FAALİYETLERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ÖZ DÜZENLEYİCİ KURULUŞLARIN ROLÜ VE ARABULUCULUK YÖNTEMİ.....	20
IV.1. YATIRIMCILARA UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI SUNULMASI GEREĞİ VE ÖZ DÜZENLEYİCİ KURULUŞLARIN ROLÜ.....	20
IV.2. SERMAYE PİYASASI FAALİYETLERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK SÜRECİ VE UYGULAMA ESASLARI.....	23
IV.2.1. Arbuluculuk Yöntemi.....	23
IV.2.2. Arbuluculuk Süreci.....	25
IV.2.2.1. Başvuru.....	25
IV.2.2.2. Arbulucunun Görevlendirilmesi.....	25
IV.2.2.3. Arbuluculuk Sürecinin Planlanması ve Arbulucunun Bilgilendirilmesi.....	26
IV.2.2.4. Arbuluculuk Görüşmeleri.....	26
IV.2.2.5. Uzlaşma Görüşmeleri.....	27
IV.2.2.6. Arbuluculuk Ücreti.....	27
IV.2.3. Arbulucu Listelerinin Oluşturulması.....	29
IV.2.4. Tahkim ile Arbuluculuk Arasındaki Farklar.....	30
IV.2.5. Arbuluculuk Yönteminden Beklenen Fayda ve Uygulama Zorlukları.....	31
IV.3. TÜRK SERMAYE PİYASASINDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM MEKANİZMALARI VE ARABULUCULUK YÖNTEMİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ.....	32
V. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ.....	36
KAYNAKÇA.....	42

KISALTMALAR CETVELİ

AAA	American Arbitration Association
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ADR	Alternative Dispute Resolution
BM	Birleşmiş Milletler
CDP	City Disputes Panel
CEDR	Center for Effective Dispute Resolution
FOS	Financial Ombudsman Services
FSA	Financial Services Authority
FSMA	Financial Services and Markets Act
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	International Chamber of Commerce
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
İMKB	İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
md.	Madde
NASD	National Association of Securities Dealers
NYSE	New York Stock Exchange
SPKn	Sermaye Piyasası Kanunu
SPKr	Sermaye Piyasası Kurulu
TSPAKB	Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği
TÜRSAB	Türkiye Seyahat Acenteleri Birliği
USD	United States Dollar
91 sayılı KHK	91 sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

TABLÖLAR CETVELİ

- Tablo I** : NASD Bünyesindeki Arabuluculuk Sistemine İlişkin İstatistikler.
- Tablo II** : NASD'a Doğrudan Arabuluculuk İçin Başvurulması Halinde Ücret Tarifesi.
- Tablo III** : NASD Tahkim Süreci Devam Ederken Arabuluculuk Uygulanması Halinde Ücret Tarifesi.

I. GİRİŞ

Tüm hukuksal uyuşmazlıklarda olduğu gibi aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da uyuşmazlığın adil, hızlı, etkin ve tarafsız bir şekilde çözüme bağlanması önemli bir amaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların kısa sürede çözülmesi, sermaye piyasalarının dinamik ve değişken yapısından dolayı uyuşmazlık konusu maddi kayıpların kısa sürede ve hızla büyüebilmesi riski nedeniyle de önemlidir. Sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin etkin sistemler oluşturulması, aynı zamanda yatırımcıların korunduğu ve hak kayıplarının önlenildiği güvenli bir piyasanın oluşturulması anlamına gelmektedir.

Buna karşılık, hukuk sistemimizde belirli alanlardaki davalara bakmakla görevli ihtisas mahkemelerinin bulunmaması ve uzmanlık gerektiren sermaye piyasası işlemleri ile ilgili uyuşmazlıklara ilişkin davalarda karar verilebilmesi için bilirkişi raporuna başvurmanın zorunlu hale gelmesi nedenleri ile dava sürecinin uzaması sonucunda değişken ekonomik koşulların da etkisi ile yatırımcı zararları gittikçe büyümektedir. Gerek mahkemelerde gerekse hakem mahkemelerinde, uyuşmazlıkların geç sonuçlandığı ve yargılamanın pahalıya mal olduğu, mahkemelerde ve hakem mahkemelerinde açılan davaların taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri tahrip ettiği şeklindeki yaklaşım, genellikle tarafsız bir üçüncü kişinin telkin, tavsiye, teklif ve gayretleriyle uyuşmazlıkların mahkemeler ve tahkim dışında veya onlara paralel olarak çözülmesine ilişkin bir grup ihtiyari uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ifade edilebilecek olan ADR yöntemlerinin uyuşmazlık çözümünde etkin olarak uygulanması arayışını da beraberinde getirmiştir. Tarafsız ve görüşme tekniklerinde eğitilmiş bir kişinin yardımıyla tarafların gayri resmi ve gönüllü olarak karşılıklı kabul edilebilir bir çözüme varmalarını sağlayan bir süreç olarak tanımlanabilecek arabuluculuk yönteminin de içerisinde yer aldığı ADR yöntemlerinde verilen kararlar uyuşmazlıkların çözümünde genellikle bağlayıcı ve daimi olmamakla birlikte, tarafların karşılıklı anlaşmasının bir sonucu olması nedeniyle taraflar arasındaki anlaşmazlığı ortadan kaldırmış olmaktadır.

Sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların genel yargı sistemi dışında çözümünde öz düzenleyici kuruluşların önemli fonksiyonlar üstlendikleri görülmektedir. Ülkemizde ise sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde genel yargı sistemi dışındaki ilk alternatifi İMKB bünyesindeki borsa uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin düzenlemeler oluşturmaktadır. Diğer taraftan, 11.02.2001 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren TSPAKB Statüsü’nün TSPAKB’nin görevlerine ilişkin 6’ncı maddesinin (g) bendi uyarınca “*üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak*”la görevlendirilen TSPAKB bünyesinde de genel yargı sistemi dışında alternatif bir yöntem sunulmasına imkan sağlanmıştır.

Ülkemizde İMKB nezdinde, “borsa işlemi”nden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünün borsa uyuşmazlığı kapsamında kısa sürede sonuçlandırılması ve yatırımcı lehine

verilen kararların üyeler tarafından yerine getirilmemesi halinde gerekli maddi tazminin üyenin İMKB nezdindeki teminatlarından bizzat İMKB tarafından karşılanması nedeni ile çok önemli bir işlev yerine getirilmektedir. Buna karşılık, “borsa işlemi” tanımına girmeyen pek çok uyuşmazlığın genel yargı sistemi dışında, daha kısa sürede ve daha az maliyetle çözümünü sağlayacak bir alternatif geliştirilmesi hususu önemini korumaktadır.

Bu çerçevede, çalışmanın *ikinci bölümünde* genel olarak uyuşmazlık çözümleme yöntemlerine ilişkin bilgiler ile sınırlı sayıda da olsa ülkemizdeki ADR yöntemlerine ilişkin uygulamalara yer verilmiştir. *Üçüncü bölümde* arabuluculuk yönteminin de içinde yer aldığı ADR yöntemlerinin gelişimi, özellikleri ve türleri ile genel anlamda hukuki uyuşmazlıkların çözümündeki rolleri üzerinde durulduktan sonra *dördüncü bölümde*, arabuluculuk yönteminin özellikleri ve arabuluculuk sürecinin sağlıklı işleyebilmesi için gerekli koşullar incelenmekte, aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yönteminin bir öz düzenleyici kuruluş olarak TSPAKB tarafından uygulanabilirliği değerlendirilmekte ve sonuç olarak *beşinci bölümde* sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yönteminin uygulanmasına ilişkin önerilere yer verilmektedir.

II. GENEL OLARAK UYUŞMAZLIK VE ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

II.1. TOPLUMSAL BİR SORUN OLARAK HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMLENMESİ GEREĞİ

Toplumun bireyleri arasında veya bireyleri ile çeşitli kurumları arasında her ne konuda ve şekilde olursa olsun meydana gelen uyuşmazlıkların çözümü hem anayasal nitelikte asli bir devlet fonksiyonu olan yargı görevinin yerine getirilebilmesi bakımından hukukçuların, hem de toplumsal ilişkilerde yarattığı etkiler bakımından toplum bilimcilerin temel çalışma alanlarından biridir. Uyuşmazlık en geniş anlamı ile taraflar arasındaki bir menfaat çatışmasıdır.

Hukuki uyuşmazlıkların, sadece taraflar arasındaki bireysel sorunlar olmaktan öte toplumsal birer sorun olarak değerlendirilerek, sağlıklı bir toplum düzeninin sağlanabilmesi için, tarafsızlık, bağımsızlık, eşitlik ve adalet ilkeleri çerçevesinde, sistematik bir şekilde, belirli kurallar ve yöntemler içinde çözümlenmesi gerekmektedir. Zira, toplumda uyuşmazlıklar adaletli ve süratli bir biçimde çözüme kavuşturulmadan, toplumsal barışın sağlandığından ve devletin temel varlık gereğini yerine getirdiğinden bahsetmek mümkün değildir.

Toplumsal barışın sağlanabilmesi için uyuşmazlıkların çözümünde hızlı ve etkin bir sistemin oluşturulması ve mahkemelerce sürdürülen yargı fonksiyonuna ilave mekanizmaların geliştirilmesi amacıyla ADR yöntemlerine ilişkin uygulamalar önem kazanmaktadır. Bu çerçevede, asıl olarak incelenecek olan uyuşmazlık çözümünde arabuluculuk yönteminin de içinde yer aldığı ADR yöntemlerine geçmeden önce hukuk sistemimiz içerisinde uyuşmazlık çözümünde genel olarak kullanılan yöntemlere aşağıda kısaca yer verilmektedir.

II.2. GENEL OLARAK UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Uyuşmazlıklar asli olarak genel yargı yolu ile mahkemelerde, istisnai olarak ise uyuşmazlıkların tarafları arasında kararlaştırılması halinde ihtiyari tahkimle çözümlenmektedir.

Genel olarak uyuşmazlık çözüm yöntemlerini,

- 1) Uyuşmazlıkların genel yargı yolu ile mahkemelerde çözümlenmesi,
- 2) Uyuşmazlıkların ihtiyari tahkim yolu ile çözümlenmesi,
- 3) Uyuşmazlıkların zorunlu tahkim yolu ile çözümlenmesi,
- 4) Uyuşmazlıkların ADR yöntemleri ile çözümlenmesi,

olarak sayabiliriz.

Bununla birlikte, hukuk sistemimiz içerisinde uyuşmazlıkların genel yargı yolu ile mahkemelerde çözümlenmesi dışındaki uyuşmazlık çözümlenme yöntemlerinin, özellikle de ADR yöntemlerinin kullanımına ilişkin düzenlemelerin ve uygulamaların oldukça sınırlı olduğunu belirtmekte fayda bulunmaktadır.

II.2.1. Uyuşmazlıkların Genel Yargı Yolu İle Mahkemelerde Çözülmesi

Hukuk sistemimiz asıl olarak çeşitli konulardaki tüm uyuşmazlıkların mahkemelerde çözülmesini öngörmektedir. Anayasal bir yetki olan yargı yetkisinin kullanımı, Anayasa'nın 9'uncu maddesinde yer alan "*Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.*" temel ilkesi çerçevesinde bağımsız mahkemelere verilmiştir. Anayasa'da mahkemelerin bağımsızlığı vurgulanmış ve hakimlerin bağımsızlığını korumaya yönelik olarak hakimlik teminatına yer verilmiştir.

Ülkemizde hukuksal uyuşmazlıkların türüne göre çözüme bağlandıkları yargı mercii de değişmekte olup, genel olarak özel hukuk ve ceza hukukundan doğan uyuşmazlıklar adalet mahkemelerinde, kişilerle yönetim arasında kamu yönetimi hukukundan doğan uyuşmazlıklar idare mahkemelerinde, asker kişilerle askeri yerler arasında çıkan yönetsel uyuşmazlıklar Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde, asker kişilerin ve belirli koşullarda asker sayılan kişilerin askeri suçtan doğan davaları askeri mahkemelerde, seçimlerle ilgili uyuşmazlıklar Yüksek Seçim Kurulu'nda, adli, idari ve askeri yargı yerleri arasında çıkan görev ve hüküm uyuşmazlıkları Uyuşmazlık Mahkemesi'nde ve yasaların anayasaya aykırılıkları Anayasa Mahkemesi'nde karara bağlanmaktadır (Gözübüyük.1993: 172).

II.2.2. Uyuşmazlıkların İhtiyari Tahkim Yolu İle Çözülmesi

Uyuşmazlıkların karşılıklı bir yargılama konusu olması durumunda kural tarafların mahkeme yargısına başvurmalarıdır. Oysa, ihtiyari tahkim, resmi yargıya karşı istisnai nitelikte bir yargı yolunu teşkil etmektedir. Uyuşmazlıkların mahkemeler eliyle çözülmesi esas olmakla birlikte, uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri dışında hakemler eliyle karara bağlanması yöntemi de oldukça eski ve köklü bir geçmişe sahiptir¹.

Tahkim (Arbitration),

- Taraflar arasında doğmuş veya ileride doğabilecek olan belirli hukuki uyuşmazlıkların, devlet mahkemeleri dışında, genellikle taraflarca belirlenen ve adına hakem denilen tarafsız özel kişiler eliyle nihai olarak karara bağlanmasını (Şanlı.1996:17),

- Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarını ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasını (Kuru.1991:3965),

- Tarafların aralarında çıkmış veya çıkabilecek bir anlaşmazlığın hallini bir veya birkaç kişiye bırakmalarını ve anlaşmazlığın onlar tarafından karara bağlanmasını (Kalpsüz.1996:341),

- Kanunun yasaklamadığı konularda, taraflar arasında doğmuş veya doğması muhtemel anlaşmazlığın, bir akit veya kanun hükmü uyarınca, devlet yargısına başvurulmadan, taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya kanunun yetki

¹Antik Yunan'dan aktarılan bir örnekte, Manisa'nın pazar yerindeki taş bir sütuna yazılmış bulunan hakem kararından, iki Girit şehri arasındaki arazi uyuşmazlığının hakemler tarafından çözümlendiği ve uyuşmazlığın çözümünde, her iki tarafı bağlayacak kararın verilmesinden önce, karşılıklı anlayış, dostluk ve olumlu yaklaşımın sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. "Doğrudan uygulamaya geçerek karar vermeyi uygun mütaala etmeksizin, nefasetin gösterdiği yolda, taraflar arasındaki anlayış ve dostluğun yenilenmesini arzuladık. Bu sebeple, tarafların ihtilafı konular üzerinde iyi niyet kuralları uyarınca uzlaşmalarını ısrarla istedik. Bizim bu arzumuz, taraflar arasındaki iflah olmaz husumet karşısında tasvip görmediğinden oylamaya geçtik." (Şanlı.1986:14).

tanıdığı şahıs veya mercilerce tayin edilmiş bulunan kişiler aracılığı ile çözülmesini (Yeğengil.1974:94)

ifade eder.

Bir yargılama hukuku kurumu olarak tahkim, son çeyrek yüzyıla kadar mahkeme yargısı ile birlikte ancak ona oranla sayısal olarak istisnai bir şekilde uygulanmaktayken, günümüzde özellikle uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu çerçevede, tahkim bir yandan iç hukuk bakımından geç çalışan devlet mahkemelerine bir alternatif olarak değerlendirilmekte, bir yandan da etkin bir uluslararası uyuşmazlık çözüm yöntemi olmaktadır.

Taraflar tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında kararlaştırdıkları tahkim yönteminde, hakem mahkemesince verilecek kararları başlangıçta kabul etmiş olmaktadır. Tahkim, bu yönü ile taraf iradelerini barışçıl yoldan uzlaştırma amacına hizmet etmektedir. Tarafların, hür ve serbest iradeleri ile resmi yargıya gitmeksizin, mevcut veya muhtemel hukuki uyuşmazlıklarını çözmek amacıyla tahkim sözleşmesi yapmaları, tahkimin istisnai bir yol ve özel bir yargı türü olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Türk hukukunda hakemlik konusunu düzenleyen temel yasa 1086 sayılı HUMK'tur. HUMK'un 515-536'ncı maddeleri arasında düzenlenen tahkim esas itibarıyla iç hukukumuzla ilişkin hakemlikle ilgili düzenlemeleri kapsar. HUMK'ta düzenlenmiş olan ihtiyari tahkim, tarafların aralarında çıkmış veya çıkabilecek bir hukuki uyuşmazlığın çözümünü sağlamak amacıyla karşılıklı anlaşarak gidebilecekleri bir yoldur. Taraflar için kural olarak hakeme gitme zorunluluğu bulunmamaktadır. Tahkim yolu ile çözülecek uyuşmazlık, bir hakkın özüne ve kapsamına ilişkin olabileceği gibi, o hakkın niteliğine ve sonuçlarına yönelik de olabilir.

HUMK çerçevesinde uygulanan tahkimin genel yöntemini aşağıdaki gibi özetlemek mümkündür.

➤ Tahkim süreci, tarafların aralarındaki hukuki uyuşmazlık için tahkim sözleşmesi yaparak veya yapılan bir sözleşmeye tahkim şartı koyarak tahkim yoluna gitmeleri ile başlamaktadır (HUMK md.516).

➤ Taraflar arasındaki sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça hakemler üç kişiden oluşmaktadır. Uyuşmazlık taraflarınca iki hakem seçilmekte, üçüncü hakem ise davayı görmeye yetkili hakim (taraflar arasında tahkim sözleşmesinin mevcut olmaması halinde davayı görmeye yetkili olan mahkemenin hakimi) tarafından belirlenmektedir (HUMK md.520).

➤ Taraflar, hakemin tayin edildiğini öğrendikleri günden itibaren 5 gün içinde, reddi hakim sebeplerine dayanarak hakemleri reddedebilme hakkına sahiptirler. Ancak, tahkim müddeti zarfında iki tarafın onayı olmadıkça hakemler azlolunamazlar (HUMK md.521).

➤ Sözleşmede aksi belirtilmemişse, tahkikatın şeklini ve süresini hakemler tayin etmektedirler. Hakemler, ilk toplantılarından itibaren 6 ay içinde karar vermek zorunda

olmakla birlikte, bu süre iki tarafın açık ve yazılı onayıyla veya hakim kararıyla uzatılabilmektedir (HUMK md. 529).

➤ Deliller hakkında kanunla belirlenen kurallar, tahkim davasının tahkikatında da uygulanmaktadır (HUMK md. 526).

➤ Hakemlerin oyçokluğuyla verdiği kararlar geçerlidir. Karar hakemler tarafından yetkili mahkeme (uyuşmazlık dava konusu olsaydı görev alacak olan mahkeme) kalemine iletilmekte, kararın verildiğini ve içeriğini taraflara yazılı olarak mahkeme tebliğ etmektedir (HUMK md. 531, 532).

➤ Hakem kararlarına karşı temyiz ve iadei muhakeme yolu açıktır. Hakem kararı, temyiz müddeti olan 15 gün geçtikten sonra mahkeme reisi veya hakim tarafından tasdik olunmakta ve böylece icra kabiliyeti kazanmaktadır (HUMK md. 533, 534, 536).

II.2.3. Uyuşmazlıkların Zorunlu Tahkim Yolu İle Çözümlemesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, hukuk sistemimizde hakemlik konusunu düzenleyen temel yasa olan HUMK'ta tahkim asıl olarak ihtiyari bir özel yargı yolu olarak öngörülmüştür. Ancak, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların özel kanunlarda yer alan hükümler aracılığı ile zorunlu olarak tahkim yöntemi ile çözülmesinin öngörüldüğü bazı haller de bulunmaktadır. Zorunlu tahkime ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların doğrudan mahkemede dava açmaları mümkün değildir.

Çeşitli kanunlarda zorunlu tahkime yer verilmiş olup, 3039 sayılı Çeltik Ekimi Kanunu, 3533 sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun, ile 1615 sayılı Gümrük Kanunu zorunlu tahkim yolunun öngörüldüğü düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir (Taşkın.2000:4-5).

Söz konusu kanunlar çerçevesinde kamu kuruluşları arasındaki uyuşmazlıklarda, mükelleflerin gümrük vergisi tahakkuklarına ilişkin itirazlarında ve çeltik ekiminde sulama parasına ilişkin itilaflarda tahkim zorunlu bir prosedür olarak öngörülmüştür (Balcı.1999:108-109).

II.2.4 Uyuşmazlıkların ADR Yöntemleri İle Çözümlemesi

Klasik uyuşmazlık çözme yolu olan mahkeme yargısı ile tahkim yönteminde davaların uzaması ve maliyetlerinin yüksek olması, ileride uyuşmazlıkların çıkmasını önleyici nitelikteki hukuki tedbirleri ve uyuşmazlıkların barışçıl çözümünü amaçlayan ADR yöntemlerini önemli hale getirmektedir.

Uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan ve ADR yöntemleri olarak adlandırılan doğrudan müzakere, arabuluculuk, teknik bilirkişilik (hakem-bilirkişi), ön hakemlik ve tarafsız üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahalesi yöntemleri çok sınırlı şekilde olsa da ülkemizde de belirli bazı uyuşmazlıkların çözümünde uygulama alanı bulmaktadır².

² Bu bölümde kısaca değinilenlere ilave olarak Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 22 ve 23'üncü maddelerinde yer alan arabuluculuk, Noterlik Kanunu'nun 49/5'inci maddesindeki arabuluculuk ve Elektronik Fon Transferi İşletim Kuralları'nın 50'nci maddesindeki uyuşmazlık çözme yöntemleri de Türk hukukunda yer alan ADR yöntemlerine örnek olarak gösterilmektedir.

II.2.4.1. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

23.02.1995 tarih ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22'nci maddesi ile üreticiler ile tüketiciler arasındaki uyuşmazlıkların öncelikle "Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri"nce çözümünün denemesi mecburiyeti getirilmiştir³.

Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri, söz konusu Kanun ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından il ve ilçe merkezlerinde kurulan, örgütlenmenin tamamlanmadığı ilçelerde faaliyetleri kaymakamlıklarca yürütülen idari nitelikteki kuruluşlar olup, tüketiciler ile üreticiler veya satıcılar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde "o dönem için belirlenen tutarın altında kalan tutardaki uyuşmazlıklar için" mahkemeye başvurulmadan önce kararına başvurulması zorunlu tutulan heyetlerdir⁴. Belirli bir tutarın altındaki uyuşmazlıklar bu suretle daha kısa sürede ve etkin bir şekilde Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri tarafından sonuçlandırılmakta, böylece hem mahkemelerin yükü azaltılmakta, hem de tüketicilere sorunlarının daha kısa sürede çözülmesi imkanı tanınmaktadır.

II.2.4.2. TÜRSAB Nezdinde Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

Ülkemizde, uyuşmazlık çözümünde ADR yöntemlerinin uygulanmasına ilişkin sınırlı örneklerden biri de TÜRSAB nezdindeki uygulamalardır.

Seyahat acentelerinin yasal üst kuruluşu olan TÜRSAB, bünyesinde Tüketici Şikayetleri Bölümü'nü ve tüketici sorunlarını çözmek amacıyla Tüketici Acente İlişkileri Komisyonu'nu oluşturmuştur. Seyahat acenteleri ile müşterileri arasında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde, müşterinin, şikayetini içeren bir dilekçe ile TÜRSAB Tüketici İlişkileri Bölümü'ne başvurması gerekmektedir. Başvuru sonucunda uyuşmazlık aşağıda kısaca değinilen yöntemler ile çözülmeye çalışılmaktadır⁵.

1) TÜRSAB Tüketici İlişkileri Bölümü tarafından şikayet konusu seyahat acentesi ile temasa geçilerek şikayet konusuna ilişkin bilgi istenmekte, seyahat acentesinden gelen cevap yazısı müşteriye gönderilerek görüşü alınmakta ve bu suretle taraflar uzlaştırılmaya çalışılmaktadır.

³ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Avrupa Birliği Tüketici Koruma Politikası çerçevesinde tüketici haklarının korunmasını gözetmektedir. Avrupa Birliği Tüketici Koruma Politikası, Avrupa vatandaşlarına tüketici olarak haklarının korunduğu garantisini vermeyi amaçlamaktadır. Karşılaşılan sorunlar genellikle, ilgili ürün veya hizmetin imalatçısına veya dağıtımıcısına şikayette bulunularak dostane yollarla ve herhangi bir bedel ödenmeden çözümlenebilmektedir. Bu yöntemin başarısız olması durumunda, tüketiciler yerel tüketici örgütüne, ticaret denetim organına veya hileli önlemek için oluşturulan kuruluşlara başvurabilirler. Sınır ötesi etkileri olan sorunlar söz konusu olduğunda, tüketici, Avrupa Tüketici Yasası alanında uzman personelin görevli olduğu Avrupa Tüketici Bilgilendirme Merkezleri'nden (Euroguichets) birine de başvurabilir. Bu merkezler soruları yanıtlamakta ve tarafların dostane bir uzlaşmaya varması için çaba göstererek, uyuşmazlıkların çözümü için girişimde bulunmaktadırlar. Mahkemeye gitmek nadiren tüketici yararına olmaktadır. Zira, bu yol hem masraflı olmakta, hem de yargılama süreci ve sonucu bilinmemektedir. Bununla birlikte, çok sayıda ülke arabuluculuk ve uzlaştırma gibi mahkeme dışında uygulanabilecek yöntemler belirlemiştir.

⁴ Hakem heyetleri, başkan dahil 5 üyeden oluşur. Heyetin başkanlığı illerde sanayi ve ticaret il müdürü veya görevlendireceği bir memur, ilçelerde kaymakam ya da görevlendireceği bir memur tarafından yürütülür. Diğer üyeler, belediye başkanının görevlendireceği uzman bir personel, baronun mensupları arasından görevlendireceği bir avukat, tüketici örgütlerinin seçecekleri bir üye, satıcının tacir olduğu uyuşmazlıklarda ticaret ve sanayi odasının ya da bunların ayrı ayrı örgütlendiği yerlerde ticaret odasının, satıcının esnaf ve sanatkar olduğu uyuşmazlıklarda esnaf ve sanatkarlar odaları birliğinin, ilçelerde esnaf ve sanatkarlar odalarının görevlendireceği bir üyeden oluşur.

⁵ TÜRSAB tarafından uyuşmazlığın çözümü dışında seyahat acentesinin, seyahat acenteliği vakar ve haysiyetine, meslek ilkelerine uygun davranmadığının tespit edilmesi halinde, ilgili seyahat acentesi hakkında disiplin soruşturması da yapılmaktadır. Ayrıca, müşteri dilekçesinde tazminat talebi yer almamakla birlikte, uygulama hatalarının tespiti isteniyorsa başvuru, kısa adı TOAR olan Tüketici – Otel – Acente – Rehber İlişkileri Komisyonu'na havale edilmekte ve Komisyon tarafından incelemeye alınmaktadır.

2) Müşteri şikayeti eksik ve ayıplı hizmet sunulması nedeniyle tazminat talebini içeriyorsa ve ilk aşamada uzlaştırma ile uyuşmazlık çözülemiyorsa, yargılama sürecinin başlatılması için TÜRİSAB tarafından tüketiciye ve seyahat acentesine işlemin yöntemi açıklanarak Tahkim Kurulu'nun yetkilendirilmesi istenmektedir. TÜRİSAB Tahkim Kurulu'nda tazminat talebi ile ilgili dava ücretsiz olarak açılabilir. Oluşturulacak hakem heyetinde sektörel bilirkişiler ve hukukçular yer almakta ve dava iki ay gibi kısa bir sürede sonuçlandırılmaktadır.

II.2.4.3. Avukatlık Kanunu Çerçevesinde Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

19.03.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun ile avukatlara "arabuluculuk" yoluna başvurarak ihtilafları sulhen çözümüleme yetkisi tanınmıştır. Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesiyle uyuşmazlıkların avukatlar tarafından arabuluculuk yoluyla çözülmesi hususunda getirilen düzenleme, hem ADR yöntemlerine ilişkin uygulamaların önünü açmakta, hem de önemli ADR yöntemlerinden biri olan arabuluculuğun tipik bir düzenlemesini gerçekleştirmektedir. Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesine göre, avukatlar arabulucu sıfatıyla kendilerine intikal eden iş ve davalarda tarafları uzlaşmaya davet edebilir ve uzlaşma sağlanırsa bunu resen düzenleyecekleri uzlaşma tutanağı ile tanzim edebilirler. Avukatlık Kanunu'nun anılan maddesi ile arabuluculuk sonunda avukat tarafından düzenlenen ve tarafların da imzalarını içeren tutanak "ilam" hükmünde sayılmış ve anlaşma konusu ifayı yerine getirmeyen taraf aleyhine doğrudan ilamlı icra yoluna gidilebilmesine olanak sağlanmıştır (Özbek.2001:113-136).

Bu düzenleme ile avukatlara arabuluculuk yöntemini kullanmak sureti ile dava dışı çözüm bulma konusunda yetki verilmiş ve avukatların arabuluculuk yapma hakkı normatif bir düzenleme haline getirilmiştir.

II.2.4.4. İMKB Yönetmeliği Çerçevesinde Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

Borsa üyesi aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak, 91 sayılı KHK'nin 13'üncü ve İMKB Yönetmeliği'nin 42-49'uncu maddeleri çerçevesinde, borsa üyeleri ile yatırımcılar arasında veya üyelerin kendi aralarında borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde alternatif bir uyuşmazlık çözümüleme sistemi öngörülmüştür.

91 sayılı KHK'nin 13'üncü maddesinde "*Borsa üyeleri arasındaki borsa işlemlerinden doğan ihtilafların hal mercii borsa yönetim kurullarıdır. Borsa yönetim kurullarının kararlarına karşı SPKr'na itirazda bulunulabilir. SPKr'nun bu ihtilaflar konusundaki kararları nihaidir. Borsa üyeleri ile müşterileri arasındaki ihtilaflar için de borsa yönetim kurullarına başvurulabilir. Bu tür ihtilaflar için tarafların yargı mercilerine başvurma hakları saklıdır.*" hükmü yer almaktadır.

İMKB Yönetmeliği'nin 42-49'uncu maddelerinde de konuya ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olup, anılan hükümlere göre borsa üyeleri arasındaki veya borsa üyeleri ile yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü konusunda İMKB Yönetim Kurulu yetkili

kılınmıştır. Üyeler arasındaki uyuşmazlıkların İMKB’nda çözümü zorunlu tutulmuş, buna karşılık müşteriler ile üyeler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için müşterinin İMKB’na başvurmuş olması şartı aranmıştır. Müşterinin aynı zamanda adli yargıya başvurma hakkı da bulunmakta olup, uyuşmazlığın adli yargılama konusu edilmesi halinde dava sonuçlanıncaya kadar İMKB’ndaki dosya işlemde kaldırılmaktadır. Borsa uyuşmazlıklarının çözümlenmesine ilişkin usul, İMKB Yönetmeliği’nin 45 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, öngörülen yöntem kısaca,

- Uyuşmazlığın çıkması üzerine bir dilekçe ile İMKB Başkanlığı’ndan uyuşmazlığın idari yoldan çözümlenmesinin istenmesi,
- Başvuruyu alan İMKB Başkanlığı tarafından 3 gün içinde dilekçe ve eklerin cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilmesi ve en geç 5 gün içinde yanıt istenmesi,
- Cevap geldikten veya cevap süresi geçtikten sonra dosyanın incelenmek üzere uyuşmazlık komitesine havale edilmesi, komite raporunun hazırlanması, raporun İMKB Yönetim Kurulu’na sunulması ve karara bağlanması, şeklindedir.

Taraflar İMKB Yönetim Kurulu kararlarına karşı kararın tebliğini izleyen 10 iş günü içerisinde SPK’na itiraz edebilirler. SPK’ itirazları 7 iş günü içinde karara bağlamak zorundadır. SPK’ kararları nihai olduğundan tekrar itiraz hakkı yoktur, ancak kararın iptali için yargı yolu açıktır.

Uyuşmazlığın çözümü için İMKB Başkanlığı’na başvurulmasından sonra taraflar her zaman sulh yolu ile anlaşabilecekleri gibi, incelemenin her safhasında taleplerinden kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Bu durumda İMKB Yönetim Kurulu uyuşmazlık dosyasının işlemde kaldırılmasına karar verir.

Borsa uyuşmazlıklarının söz konusu hükümler çerçevesinde özel bir yöntemle çözümlenmesinin hukuksal niteliğine ilişkin olarak farklı görüşler bulunmaktadır. Borsa uyuşmazlıklarının İMKB Yönetim Kurulu tarafından 91 sayılı KHK ve İMKB Yönetmeliği çerçevesinde çözümünü, tahkim benzeri bir usulün öngörüldüğü şeklinde yorumlayan Yargıtay görüşlerine karşılık, bir idari yetkinin kullanılması olarak özel bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak gören ve herhangi bir şekilde tahkim usulü öngörülmediğini, tahkimin söz konusu olabilmesi için yasal düzenlemede bu usulün açıkça yer alması ve ayrıntılı biçimde düzenlenmesi gerektiğini belirten Danıştay görüşü de bulunmaktadır (Konuralp.1998:591-608).

Borsa uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin yöntemin, idari örgütlenme içerisinde bir çözüm yolu olduğu ve adli yargıya başvuru hakkının bulunduğu dikkate alındığında, bir tahkim yöntemi olmaktan ziyade, uyuşmazlıkların daha çabuk, masrafsız ve özellikle yatırımcılar açısından kolaylaştırılmış bir şekilde çözümlenmesini amaçlayan alternatif bir yöntem olarak düzenlendiği anlaşılmakta ve genel yargı ile tahkim yargısı dışında önemli bir alternatif uyuşmazlık çözüm prosedürü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bununla birlikte İMKB bünyesindeki söz konusu uyuşmazlık çözümleme sistemi sadece “borsa işlemi”nden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için öngörülmüş olup, aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında sermaye piyasası faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların

tümünü, örneğin sözleşmelerde yer alan yükümlülüklerin ifa edilmemesi gibi hususları kapsamamaktadır.

Borsa işlemi, Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik'in 54'üncü ve İMKB Yönetmeliği'nin 35'inci maddesinde belirlenmiştir. Söz konusu hükümler çerçevesinde borsa işlemi, borsa yönetim kurulunca atanan borsa eksperleri huzurunda borsaya intikal eden menkul kıymet arz ve talebinin rekabet koşulları altında gerçekleşmesi ve gerçekleşen alım veya satım emirlerinin tasfiyesi amacıyla tarafların karşılıklı yükümlülüklerini yerine getirmesiyle işlemin tamamlanmasıdır. Bundan sonra gerçekleşen işlemler, örneğin müşterinin borcuna temerrüt faizi uygulanması, müşteri virman talimatının yerine getirilmemesi, portföy yönetimi, hisse senedine ilişkin rüçhan haklarının kullanılmaması ve temettü bedelinin tahsil edilmemesi gibi konular borsa işlemi kavramı dışında kabul edilmektedir.

Müşteriler tarafından aracı kurumlara iletilen alım-satım emirlerinin kısmen veya tamamen yerine getirilmemesi ya da talimata aykırı olarak yerine getirilmesi, talimat verilmediği halde aracı kurum tarafından müşteri hesabına alım veya satım yapılması, alım veya satım emri veren müşterinin para veya menkul kıymeti teslim borcunu yerine getirmemesi borsa işlemi sayılmakta ve uyuşmazlıklar yukarıda bahsedilen şekilde çözümlenmektedir.

İMKB tarafından borsa uyuşmazlığı çerçevesinde üyeler ile yatırımcılar arasında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin alternatif bir yöntem getirilerek uyuşmazlık çözümünün belirli süre sınırları içerisinde gerçekleştirilmekte olması, yatırımcı şikayetlerinin kısa sürede sonuçlandırılması ve yatırımcı lehine verilen kararların üyeler tarafından yerine getirilmemesi halinde, gerekli maddi tazminin üyenin İMKB nezdindeki teminatlarından bizzat İMKB tarafından karşılanması nedeni ile sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde çok önemli bir işlev yerine getirmektedir. İMKB tarafından yayımlanan 2001 yılına ait Faaliyet Raporu'nda 2001 yılı içerisinde İMKB disiplin ve uyuşmazlık komitelerince 417 adet uyuşmazlığın çözümüne ilişkin çalışmalarda bulunduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte, yukarıda da değinildiği üzere 91 sayılı KHK ve İMKB Yönetmeliği çerçevesinde borsa uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin olarak öngörülen sistemin yalnızca "borsa işlemi" kavramı ile sınırlı olması nedeni ile "borsa işlemi" tanımına girmeyen pek çok uyuşmazlık için adli yargı sistemi dışında uyuşmazlıkların daha kısa sürede ve daha az maliyetle çözümünü sağlayacak bir alternatif geliştirilmesi hususu önem arz etmektedir.

III. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

III.1. TANIM

ADR yöntemleri ile genellikle tarafsız bir üçüncü kişinin telkin, tavsiye, teklif ve gayretleriyle, mevcut uyuşmazlıkların mahkemeler ve tahkim dışında veya onlara paralel olarak çözümlenmesine ilişkin bir grup ihtiyari uyuşmazlık çözüm yolu ifade edilmektedir.

III.2. ADR YÖNTEMLERİNİN GELİŞİMİ, TERCİH NEDENLERİ VE ORTAK ÖZELLİKLERİ

III.2.1. ADR Yöntemlerinin Gelişimi

Hukuki uyuşmazlıklar nihai olarak mahkemeler ve hakem mahkemeleri marifeti ile çözümlenmektedir. Ancak, bugün gerek mahkemelerde gerekse hakem mahkemelerinde, uyuşmazlıkların geç sonuçlandığı ve yargılamanın pahalıya mal olduğu, mahkemelerde ve hakem mahkemelerinde açılan davaların taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri tahrip ettiği şeklindeki yaklaşım ADR yöntemlerinin geliştirilmesi arayışını da beraberinde getirmiştir. Bu sebeple pek çok ülkede yargı reformu adı altında ADR yöntemlerinin teşvik edilmesine ilişkin çalışmalar yapılmaktadır.

ADR yöntemleri adı altında klasik mahkeme ve tahkim yöntemlerine alternatif olarak önerilen uyuşmazlık çözüm yöntemleri son 25 yıl zarfında ABD’nde gelişmiş ve buradan diğer ülkelere yayılmıştır. ADR yöntemlerine ilişkin uygulamalar ABD’nde özellikle 1990 yılında yürürlüğe giren ve tüm bölge mahkemelerinde ADR yöntemlerinin geliştirilmesini hedefleyen Özel Hukuk Reform Kanunu (Civil Justice Reform Act) ile hız kazanmıştır. ABD eyaletlerinin pek çoğunda ADR yöntemleri dava öncesi zorunlu bir yöntemdir. Pek çok uyuşmazlık, mahkemelere gitmeden bu yöntemler çerçevesinde çözümlenmektedir (Rosenberg.1994:157). ADR yöntemlerinde taraflar arasındaki husumet büyüüp derinleşmeden ve ciddi zaman kaybı ve masrafa yol açmadan uyuşmazlıklar tasfiye edilebilmektedir. Bu yöntemlerde davaların galibi ve mağlubu yoktur. İhtilafın tarafları ticari ve ekonomik ilişkilerini yeniden sağlıklı bir şekilde sürdürebilmektedirler. Bu yönü ile ADR yöntemleri toplumsal huzur ve barışı tahrip etmeden, hukuki uyuşmazlıkları tasfiye etmeyi sağlayan barışçıl ve ucuz uyuşmazlık çözme teknikleri olarak nitelendirilmektedir. Bu sebeple günümüzde ADR yöntemleri çeşitli ülkelerde yaygın olarak kabul görmekte ve yasal temellere oturtulmaktadır. Bu yöntemler önce şirketler arasındaki uyuşmazlıklarda kullanılmış, sonra diğer uyuşmazlıklara da yayılmıştır. Günümüzde ABD’nde uyuşmazlıkların % 80’inden fazlası ADR yöntemleri ile çözümlenmektedir (McMillion.1996:106).

ADR yöntemlerinin bir kısmı doğrudan yasalar ile düzenlenip, resmi yargının bir parçası, genellikle ön aşaması olmaktadır⁶. Bir kısmı ise tamamen taraflar arasındaki anlaşmaya dayanmaktadır.

⁶ Örneğin, İngiltere’de 1993 yılının Aralık ayında Londra Ticaret Mahkemesi tarafından çıkarılan “uygulama kodu” nda (practice statement) tüm taraflara yargılama öncesi safhada ADR yöntemlerini kullanmaları tavsiye edilmektedir. Ayrıca ilgililere yardım için tüm mahkeme kalemlerinde ADR yöntemleri çerçevesinde hizmet veren kişi ve kurumların isim ve adresleri hazır bulundurulmaktadır (Goldsmith.1995: 4).

Asıl olarak Anglo Sakson hukuk sisteminin uygulandığı İngiltere ve Amerika’da, söz konusu hukuk sisteminin uyuşmazlıkları olay bazında çözmeye ve bu suretle hukuk yaratmaya yönelik yapısı içinde gelişen ADR yöntemlerinin Kıta Avrupası hukukunda yasal çerçeve ve mahkeme sistemi içine alınarak, hukuk sistemi ile bütünleştirilmesine çalışıldığı görülmektedir.

Bu çerçevede, Avrupa Birliği’nde söz konusu uygulamaların medeni yargılama hukuku tarafından kabul edilirliğine ilişkin önemli bir gelişme, Avrupa Medeni Yöntem Kanunu Taslağı ile gerçekleştirilmiştir. Hollanda’da 1987 yılında yapılan Sekizinci Uluslararası Yöntem Hukuku Kongresi’nde Avrupa Birliği üye ülkelerinin temsilcilerinden oluşan bir çalışma grubu tarafından hazırlanan bir model kanun benimsenmiştir. Model Kanun’un konumuz açısından önemi, birinci bölümünde ele alınan uzlaştırma (sulh) konusudur.

Avrupa Medeni Yöntem Kanunu Taslağı’nın birinci bölümünün ilk dört maddesi mahkeme önünde tarafların uzlaşması ile ilgilidir. Model Kanun’nda özellikle Fransız ve Portekiz yöntem kanunlarından esinlenilerek mahkemenin arabulucu olarak etkin bir şekilde faaliyet göstermesi gereği vurgulanmıştır. Model Kanun’a göre hakim yargılamanın her aşamasında gerek kendiliğinden gerekse taraflardan birisinin talebi üzerine arabuluculuk faaliyeti gösterir. Model Kanun’da yer alan bu düzenleme üye ülkelerin iç medeni yargılama kanunlarında farklı şekillerde de olsa zaten var olan bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Söz konusu husus, sulh hukuk mahkemeleri için İtalyan hukukunda bir zorunluluk, Alman hukukunda tavsiye edilen ideal bir yöntem, Avusturya hukukunda uygulanması mümkün bir yöntem, İsviçre’nin Bern Kantonu’nda ise hakime verilmiş bir görev olarak düzenlenmiştir. Taraflar arasındaki barışın sağlanması Avrupa yöntem hukukunun en önemli amacı olarak kabul edilmektedir. Yargılama hukukunda artık öncelikle adil bir kararın verilmesi kadar, taraflar arasındaki uyuşmazlığın sulh ile çözümünün sağlanması da amaçlanmaktadır. Çünkü sulh daha ucuz, daha pratik ve daha kalıcıdır.

Hukukumuzda, hakimin davanın başında tarafları çağırarak sulhe teşvik etmesi mümkün olup, HUMK’ta bu konuda herhangi bir engel bulunmamaktadır. Aksine HUMK’un 236’ncı maddesinin üçüncü fıkrasında açıkça sulhten söz edilmiştir. Yine davanın başında hakimin tarafları sulhe teşvik etmesiyle ilgili bir hüküm mevcut iken, hüküm uygulaması olmadığı için HUMK’tan çıkarılmıştır (Pekcanitez.2000).

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Avrupa hukuk sistemlerinde uzlaştırma ve arabuluculuk fonksiyonunun çok fazla yargı sisteminin dışına çıkarılmaması hususu gözetilerek, uyuşmazlıkların barışçıl yollardan çözümünün genel olarak dava öncesi veya dava sırasında arabuluculuk yapacak hakime bırakılması, hakimin tarafsızlığı bakımından önemli tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, Avrupa Birliği’nde medeni yargılama hukukunun bir parçası olarak hakime yüklenen arabuluculuk fonksiyonu, hukuki uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırıcı bir alternatifin yargılama hukuku kanunları ile sağlanmak istenmesi olarak değerlendirilmelidir. Mahkeme önüne getirilmemiş uyuşmazlıkların hakimler dışındaki bağımsız üçüncü kişilerce çözümü temeline dayanan ADR yöntemlerinin Avrupa Birliği’nde daha önce de belirtildiği üzere özellikle tüketici haklarının korunması gibi çok sayıda küçük menfaati ilgilendiren uyuşmazlıkların uzun ve

maliyetli yargısal süreçlere girmeden çözümünde kullanılmasının teşvik edildiğinin de gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

Avrupa Birliği'nde tüketici hakları çerçevesinde, uyuşmazlıkların çözümünde tarafsızlığı, etkinliği ve saydamlığı garanti eden prosedürler altında mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının tüketicilere sunulması ihtiyacı 14.11.1996 tarihli "Action Plan on Consumer Disputes in the Internal Market"te vurgulanmış ve 30.03.1998 tarih ve 98/257 sayılı "Commission Recommendation on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-of-Court Settlement of Consumer Disputes"te uyuşmazlık çözümünde mahkeme dışında sunulan alternatif çözüm yollarında uyulması gereken ilkeler bağımsızlık, şeffaflık, tarafsızlık, etkinlik, yasallık ve karara uyup uymamakta serbestlik olarak belirlenmiştir.

ADR yöntemlerinin kullanımı uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde de önemli bir eğilim olarak ortaya çıkmaktadır. Uluslararası ticareti geliştirmek ve ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözümlenmek amacıyla 1919 yılında Paris'te oluşturulan ICC devletlerarası anlaşmalarla kurulmuş olmayıp tamamen özel nitelikte bir kuruluştur. ICC uluslararası ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların, alternatif uyuşmazlık çözümlenme yöntemleri ile hallini düzenleyen bir dizi kural getirerek bu yöntemleri kurumsallaştırmıştır. ICC bünyesindeki Uluslararası Ticaret Hukuku ve Uygulamaları Enstitüsü (Institute of International Business Law and Practice) tarafından 21.04.1995 tarihinde Paris'te ana amacı dünya üzerinde yürürlükte bulunan ADR yöntemlerini tespit etmek ve bunlardan uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde nasıl yararlanılacağını ortaya koymak olan bir konferans düzenlenmiş ve İhtilafların Dostane Halli Kuralları 01.09.2001 tarihi itibarı ile yürürlüğe konulmuştur⁷ (Şanlı.2002:370-378).

ICC dışında uluslararası uyuşmazlıklarda en çok bilinen uzlaştırma prosedürleri "United Nations Commission on International Trade", "The International Centre for Settlement of Investment Disputes" ve "Federation Internationale des Ingenieurs-Counseils" tarafından yürütülen uzlaştırmalardır (Şanlı.2002:350, Balcı.1999:29).

Bu çerçevede, ADR yöntemlerinin, farklı süreçler içerisinde gelişse de, temelde uyuşmazlıkların daha hızlı ve daha az maliyetli bir şekilde sonuçlandırılması ihtiyacından

⁷ Taraflar, gerek yerel gerekse uluslararası ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların ICC'in İhtilafların Dostane Halli kurallarına göre çözümünü, sözleşmelerine dahil edecekleri bir maddeyle veya uyuşmazlık sonrası yapacakları müstakil anlaşmalarla kararlaştırabilirler. Prosedür, talep sahibinin ICC'e başvurusu ile başlar. Talep, başvuru konusu uyuşmazlığı, tarafların ortak anlaşması ile veya böyle bir anlaşma olmaması sebebiyle ICC tarafından tayin edilecek ise tarafsız üçüncü kişinin vasıfları konusundaki anlaşmayı, anlaşma kopyasını ve tescil ücretini içermelidir. Tarafsız üçüncü kişinin vasıfları ve konumu kurallarda yer alan kriterlere uygun olmak ve ICC tarafından onaylanmak kaydıyla doğrudan taraflarca, böyle bir mutabakatın yokluğu halinde ise ICC tarafından seçilir. Prosedürün ilk devresini izlenecek ADR yönteminin belirlenmesi oluşturur. Bu konuda bir anlaşma sağlanamaz ise kural, tarafsız üçüncü kişinin arabulucu olarak görev yapmasıdır. İhtilafların Dostane Halli prosedürü, taraflarca bir sulh anlaşmasının imzalanması, izlenecek ADR yönteminin belirlenmesine ilişkin müzakerelerden sonra taraflardan birinin prosedüre devam etmeyeceğini açıklaması, tarafsız üçüncü kişinin görevini tamamlaması (Kendisinden istenen tespit ve değerlendirmeyi yapması gibi), tarafsız üçüncü kişinin uyuşmazlığın İhtilafların Dostane Halli prosedürü içinde çözümünün mümkün olmadığını açıklaması, kararlaştırılan sürede prosedürün tamamlanmaması, kurallara göre öngörülen ödemelerin yapılmaması, ICC'in görüşüne göre üçüncü kişinin atanmasında bir usulsüzlüğün tespit edilmesi ve bu kişi tarafından prosedürün yürütülmesinin makul şartlarda mümkün bulunmadığının açıklanması hallerinde sona erer. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça veya uygulanacak hukuk mecbur etmedikçe İhtilafların Dostane Halli prosedüründe sonucu dahil tüm işlemler tamamen gizlidir. İhtilafların Dostane Halli prosedüründe görev alan tarafsız üçüncü kişiler ileride taraflarla ilgili davalarda temsilci, hakem-bilirkişi veya tanık sıfatıyla görev alamazlar. Tüm ADR tekniklerinde olduğu gibi ICC'in İhtilafların Dostane Halli kurallarına göre yürütülen prosedürlerde de başarılı sonuçların elde edilmesi, önemli ölçüde tarafsız ve uzman üçüncü kişinin tarafların ortak güvenine sahip olmasına bağlıdır. Bu sebeple ICC'in İhtilafların Dostane Halli kurallarında tarafsız üçüncü kişinin bağımsızlığına büyük önem vermiştir.

hareketle, hem Anglo Sakson hukukunun hem de Kıta Avrupası hukukunun uygulandığı ülkeler ile uluslararası nitelikteki uyuşmazlıkların çözümünde kabul gördüğü anlaşılmaktadır.

III.2.2. ADR Yöntemlerinin Tercih Edilme Nedenleri

Taraflara uyuşmazlıkların yargı yolu ile çözümünün getireceği yüksek maliyet, alacağı zaman ve ilişkiler üzerinde geleceğe dönük olarak yapacağı tahribat dikkate alındığında, doğrudan müzakereler kullanılarak ADR yöntemleri ile uyuşmazlık çözme yolu tercih edilmektedir⁸. ADR yöntemlerinde verilen kararların uyuşmazlıkların çözümünde genellikle bağlayıcı ve daimi olmamasına rağmen, tarafların karşılıklı anlaşmasının bir sonucu olması nedeni ile uyuşmazlık ortadan kaldırılmış ve kararın gerekleri yerine getirilmiş olmaktadır. ADR yöntemleri en az maliyetle ve en kısa sürede uyuşmazlığın çözümünü hedeflediğinden, taraflarca verilen karara uyulmamış olması halinde dahi, uğranan kayıp büyük olmamakta ve her zaman yargısal yollara başvurma hakkı korunmaktadır.

Uluslararası uyuşmazlıklar alanında⁹ ADR yöntemlerinin kullanılmasına ilişkin eğilimin güçlenmesindeyse, milli mahkeme veya hakem mahkemelerine gidildiğinde uluslararası ticari uyuşmazlıklara ilişkin mahkeme kararlarının sadece verildikleri ülkede doğrudan icra güçleri olması nedeni ile verildiği ülke dışında icra edilmek istendiğinde milli mahkeme kararlarının daima ikinci bir davaya (tenfiz davası) konu olmasının gerekmesi, aynı şekilde uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözümleyip karara bağlayan milli hakem kararlarının da gerek verildikleri, gerekse de icrası istenen başka ülkelerde doğrudan icra gücüne sahip bulunmaması ve yerel ülke mahkeme ve hakemlerinin ulusal çıkarlar söz konusu olduğunda objektif davranamayacağı endişesi önemli bir rol oynamıştır.

III.2.3. ADR Yöntemlerinin Ortak Özellikleri

ADR yöntemlerinin en önemli ortak özelliği, tarafsız ve muteber üçüncü kişi konumundaki kişiler marifetiyle uyuşmazlıkların çözüme bağlanmasıdır. ADR yöntemleri adı altında kullanılan yöntemlerin bir kısmı doğrudan yasalarla düzenlenip, resmi yargının bir parçası olmakta, bir kısmı ise tamamen taraflar arasındaki anlaşmaya dayanmaktadır. Bazı ülkelerde özel kanunlarla işleyişi düzenlenen ADR yöntemlerine mahkeme veya hakeme başvurmadan evvel müracaat zorunlu, verilen karara uymak ise ihtiyaridir.

⁸ADR yöntemlerinin kullanımına karar vermeden önce mahkemelerde veya tahkimde açılacak davaların neticede sağlayacağı avantajlar karşılaştırılmalıdır. Karşılaştırmanın sağlıklı bir biçimde yapılabilmesi ve buna bağlı olarak dava ya da uzlaşma yollarından birinin seçilebilmesi için sözleşme hükümlerinin, özellikle sözleşmenin ifa ve sorumluluklara ilişkin hükümünün, hak ve sorumlulukları belirleyen kanunun, uyuşmazlığın çözümü için başvurulacak tahkim yolunun veya mahkemenin, dava masrafları ile harcanacak zamanın, ciddi ve doğru biçimde analiz edilmesi gerekir. Ancak bu noktalarda yapılan sağlıklı analizin sonuçlarına dayalı karar veya tercihler gerçekçi ve menfaatler dengesine uygun olabilir.

⁹ Ülkemizde de son olarak United Nations Commission on International Trade kanun örneği esas alınarak hazırlanan ve 05.07.2002 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile 13.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunla Anayasa’nın 125’inci maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.” hükmüne paralel olarak yabancılik unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların, ayrıca gerçek veya tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesinin usul ve esasları belirlenmiştir.

ADR yöntemlerinin ortak ve tipik özelliklerini aşağıdaki şekilde saymak mümkündür:

1- Herhangi bir ADR yönteminin kullanılması uyuşmazlığın tarafları açısından tamamen ihtiyaridir.

2- Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça genellikle alınan kararlar bağlayıcı değildir.

3- ADR yöntemleri sonucunda ortaya konan çözüm ile tatmin olmayan tarafın daima mahkemelere veya tahkime gitme imkanı bulunmaktadır.

4- Uyuşmazlıkların süratli bir şekilde ve en az maliyetle çözülmesi amaçlanmaktadır.

5- Taraflara uyuşmazlığın dahil olduğu konularda uzman kişileri konuyu değerlendirmek üzere seçebilme imkanı sağlamaktadır.

III.3. ADR YÖNTEMLERİ

ADR yöntemleri çok farklı şekillerde ve çok farklı uyuşmazlık konularında uygulama alanı bulduğundan bu yöntemleri sınırlı sayıda saymak mümkün olmamaktadır. Zira uyuşmazlığın niteliğine, uygulanacağı ülkenin hukuksal ve idari yapısına göre farklı şekillerde çeşitlendirilerek uygulanabilmektedir.

Uygulama farklılıklarına rağmen ADR yöntemlerini doğrudan müzakere yöntemi, arabuluculuk yöntemi, hakem-bilirkişi (teknik bilirkişi) heyetleri, ön hakemlik yöntemi ve tarafsız üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahalesi yöntemi sınıflandırması içinde incelemek mümkündür.

Diğer taraftan, hukuk sistemimizde uyuşmazlıkların asli olarak yargı yolu ile çözülmesi esas olmakla birlikte, HUMK'ta ihtiyari bir özel yargı türü olarak düzenlenen ve yargısal yönü ile alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden farklılık gösteren, buna karşılık gönüllülük ve tarafsız üçüncü kişinin seçilmesi esasına dayanması nedeni ile alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında değerlendirilebilen tahkime de yer verilecektir.

III.3.1. Tahkim (Arbitration) Yöntemi

Tahkim tamamen tarafların iradesine dayanan bir yargı yolu olması nedeni ile bir ihtiyari uyuşmazlık çözümlenme yöntemidir. Tahkim yönteminde, mevcut ve muhtemel uyuşmazlığın tarafları, uyuşmazlığı karara bağlayacak hakemleri seçerek, yargılamanın yöntemini, uyuşmazlığın çözümünde esas alınacak hukuk kurallarını ve standartlarını sözleşme ile tespit edebilmektedirler. Bu bağlamda, tahkim hukukunda hakemler hakimlerden farklı olarak maddi ve yöntem hukuku kuralları ile sıkı sıkıya bağlı değildirler. Bu niteliği ile tahkim kurumu günümüzün evrensel değerleri olan özgürleşme, demokratikleşme ve sivilleşme ile uyum içindedir.

Tahkim yönteminin ülkemiz uygulaması, uyuşmazlık öncesi tarafların katılımı ile uyuşmazlığın yetkin kişi ve kurumlar önünde tartışılarak çözümlenmesini öngören uzlaştırma kurallarının oluşturulamaması nedeni ile çok fazla geliştirilememiştir. Türkiye'de bu amaçla kurulmuş kurumsal ihtiyari tahkim heyetlerine yapılan başvurular yılda 5-10 adedi geçmemektedir. Günümüzde kabul edilen tahkim kanunları BM'in üye ülkelere önerdiği United Nations Commission on International Trade Kanun Modelini temel almakta olup,

çeşitli ülkelerin medeni kanunlarında ve yargılama usullerinde bu yönde değişiklikler yapılmaktadır (Balcı.1999:15-23).

III.3.2. Müzakere (Negotiation) Yöntemi

Müzakere yöntemi, bir uyuşmazlık meydana geldiğinde tarafların veya temsilcilerinin bir araya gelerek çözüm aramaları yöntemidir. Taraflar genellikle aralarındaki uyuşmazlığın çözümünde yargı yolunun uzun sürmesi, yüksek maliyet getirmesi, ilişkilerin zarar görmesi gibi hususları dikkate alarak, sorunu görüşmeler yolu ile halletmeyi düşünürler. Taraflar müzakere sürecinde aralarındaki mevcut sözleşmeleri, bu sözleşmeden doğan yükümlülükleri, anlaşmazlığın müzakere yolu ile çözülmemesi durumunda doğabilecek zararları ve menfaatler dengesini gerçekçi bir biçimde kurabilmelidirler.

Müzakere yolu ile uyuşmazlıkların çözümünde dikkat edilecek en önemli husus, hak kaybına neden olabilecek, dava için başvuru ve zaman aşımı sürelerinin kaçırılmamasıdır. Müzakerelerin kısa zamanda sonuçlanamayacağını gören tarafların uyuşmazlığın çözümü için yargıya gidilebileceğini öngörmeleri ve müzakere sürecini ayarlamaları gerekmektedir. Bunun için de kanunların ve yöntem kurallarının bilinmesi, tarafların hak ve yükümlülüklerini belirleyen sözleşme hükümlerinin iyi anlaşılması ve yorumlanması gerekmektedir. Müzakere yönteminin başarılı olmasını sağlayacak bir diğer önemli husus ise tarafların üst düzeyde temsil edilmeleri ve müzakerelerin karar alma yetkisine sahip kişilerce sürdürülmesidir.

III.3.3. Arabuluculuk (Mediation) Yöntemi

Müzakere ile halledilemeyen uyuşmazlıkların çözümünde bir arabulucu marifeti ile tarafları uzlaştırma yolu ideal bir çözüm olarak görülmektedir¹⁰. Taraflar müzakereler sonucunda bir çözüme varamadıklarında, aralarında kendilerini uzlaştıracak bir arabulucu üzerinde karar kılabilirler. Arabulucu genellikle her iki tarafın da bilgi ve görgüsüne saygı duyduğu, ehil bir kişi olmaktadır. Arabulucu uyuşmazlığın barışçıl yoldan çözümü yönünde tavsiye kararı verebilir. Taraflar bu karara uyup uymamakta serbesttirler. Ancak, arabulucunun tavsiye kararları uyuşmazlığın yargıya veya tahkime gitmesi halinde hakimleri veya hakemleri etkileyebilecektir (Şanlı.1996:344).

Arabuluculuğun başarılı olması, yani adalet ve nefaset kurallarına uygun bulunması, tarafların iyi niyetine ve arabulucunun basiret ve uzmanlığına bağlıdır. Taraflar menfaatlerini karşılıklı olarak birbirine uygun hale getirmeye çalıştıkları, arabulucu da kendi bilgi ve tecrübesini ortaya koyarak sağlıklı kararlar alabildiği sürece, tarafları tatmin eden bir sonuca ulaşılabilir. Diğer taraftan, taraflar arasında saygın ve uzman kişiliğe sahip olmayan veya tarafların iş ve sosyal çevresi içinde etkinliği bulunmayan bir arabulucunun tarafları ortak bir noktada birleştirebilmesi mümkün görülmemektedir.

Uzlaştırıcılık fonksiyonu yüklenerek uyuşmazlıkların çözümüne tayin edilen arabulucuya hakem gözü ile bakılması ve uyuşmazlığın hakeme götürüldüğünün düşünülmesi önemli bir yanılgıdır. Arabulucunun vereceği karara uyulması tamamen

¹⁰ Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde önemli rol oynayan ICC'in İhtilafların Dostane Halli kurallarına göre taraflarca başka bir ADR yöntemi seçilmemiş ise kural olarak tarafların "arabulucu" yöntemini seçtikleri kabul edilmektedir.

tarafların tercihine bırakılmış olduğundan yapılan iş sadece tarafları uzlaştırmaya çalışmaktır. Bu çerçevede, tarafları uzlaştırmaya çalışmak bir yargılama değil bir uyuşmazlığın çözümünün uzamaması ve hak kayıplarına neden olmaması için yapılan bir arabuluculuktur. Neticede taraflar arabulucunun yönlendirmesi ile ortak bir noktada buluşmakta ve iki taraf da elde edebileceklerini düşündükleri yararların belki daha azını fakat en pratik olanını elde etmiş olmaktadır¹¹.

Arabuluculuk, tahkim veya resmi yargının bir alternatifi olarak görülebileceği gibi bunların ön adımı olarak da görülebilir. Arabuluculuk yöntemi ile netice alınmadığında taraflar uyuşmazlığı tahkime veya yetkili mahkemeye götürebilirler. Taraflar arasındaki yazılı sözleşmede uyuşmazlık halinde önce arabuluculuğa gidileceği, arabuluculuktan netice alınmazsa tahkime veya mahkemeye gidileceği şeklindeki hükme rağmen uyuşmazlık taraflardan biri tarafından arabuluculuk yöntemi atlanarak tahkime veya mahkemeye götürülebilir. Bu durumda, arabulucunun kararına uyulmadığı, arabuluculuktan sonuç alınmadığı anlamı çıkar ki, artık yargılama dışı uzlaştırmadan bahsedilemez. Hakemden veya resmi yargıdan önce arabulucuya gidileceği şeklindeki şart, resmi yargı veya hakem şartını geçersiz kılmaz, zira arabulucunun kararı bağlayıcı değildir (Şanlı.1996:347).

ABD’nde ve özellikle Fransa’da arabulucular tarafından yaygın şekilde kullanılan bir uzlaştırma yöntemi ise “mini-trial” denilen yöntemdir (Goldsmith.1995:5). Bu yöntemin özü uyuşmazlığın taraflarını doğrudan karşı karşıya getirmek ve birinci elden sorunlarını tartıştırmaktır. “Mini-trial” iki tarafın üst düzey temsilcisi ve bunların seçtiği tarafsız üçüncü kişiden (başkan) oluşan bir heyet tarafından icra edilir. Taraflar sanki uyuşmazlığı nihai olarak karara bağlayacak bir mahkeme önündeymiş gibi tüm iddia ve savunmalarını ve bunlarla ilgili delillerini sunarlar. Heyet tarafları dinleyip sunulan delilleri değerlendirdikten sonra her iki tarafın kabul edebileceği çözüm şekilleri üzerinde çalışır. Bu safhada tarafsız başkan, yargı yoluna gidildiğinde mevcut delillere göre mahkemenin veya hakemlerin verebileceği muhtemel kararı, yargıya gitmekle her bir tarafın elde edeceği muhtemel yararı ve karşılaşacağı zararı, bu yolla kaybedilecek zamanı ve maddi çıkarları taraflara hatırlatır ve tarafların karşılıklı tavizlerle bir noktada uzlaşmasını temine çalışır. “Mini-trial”ın bu safhası uyuşmazlıkların dostane çözümü bakımından büyük önem taşır. Çünkü burada taraflar tarafsız uzman ve tecrübeli bir şahsın muhtemel dava ile ilgili projeksiyonlarına bakarak yargı yoluna gidildiğinde davayı kazanıp kazanamayacaklarını, kazanacaklarsa ne gibi haklar elde edeceklerini, kaybedeceklerse zararlarını öğrenme en azından tahmin etme fırsatı bulmaktadırlar. Bu safhada, üst düzey yetkililerce, üçüncü kişinin görüş, telkin ve tavsiyeleri ikna edici bulunduğu ölçüde uyuşmazlıklar yargı yoluna gidilmeksizin çözümlenmektedir.

Tarafların özel iradelerine dayanan bir ADR yöntemi olan arabuluculuğun sağlıklı bir şekilde çalıştırılabilmesi için arabuluculuk yapacak üçüncü kişilerin belirli nitelikleri

¹¹ Osmanlı Hukuk sisteminde de taraflar arasındaki özel hukuk uyuşmazlıklarında arabulucular eli ile uzlaştırma kurumunun önemli bir rolü olmuştur. Osmanlı şer’iye sicillerinden, uyuşmazlığın taraflarının, mahkeme yargılaması sırasında bir arabulucu tarafından uzlaştırıldıkları, bu uzlaşmanın taraflarca mahkemede ikrar ve kabul edilerek kararın oluşturulduğu ve sicillere şerh edildiği görülmektedir. Osmanlı mahkeme kayıtlarında yargıya intikal eden bir çok uyuşmazlığın nihai planda arabulucuların (muslihun) devreye girmesiyle kadının karar vermesine gerek kalmadan çözüldüğüne, müftülerin hukuki uyuşmazlıkların çözümünde zaman zaman arabulucu rolü oynadıklarına dair kayıtlara yer verilmiştir (Balcı.1999:27).

taşımalarının, tarafsız ve bağımsız olmalarının ve uyuşmazlık konusuna ilişkin uzman kişiler arasından seçilmesinin sağlanması hususları önem arz etmektedir.

III.3.4. Hakem-Bilirkişilik (Technical Expertise) Yöntemi

Taraflar, aralarındaki sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkacak belirli teknik sorunların çözümlenebilmesi için uzman bir kişiye yetki verebilirler. Bu kişiye hakem-bilirkişi denmektedir. Hakem-bilirkişinin incelemeleri sonucunda konu aydınlanır ve taraflar ikna olurlarsa uyuşmazlık resmi yargıya veya tahkime gitmeden çözülmüş olur. Taraflar arasındaki sözleşmede hakem-bilirkişilerin kararlarının bağlayıcılığı şart kılınmış ise hakem-bilirkişilerin kararlarına uyulmasa dahi bu kararlar mahkeme veya tahkimde delil teşkil eder.

Taraflar hakem-bilirkişilerin kararlarına uyacaklarına dair bir anlaşma yapmamışlarsa veya sözleşmelerine böyle bir madde koymamışlarsa hakem bilirkişilerin konumu arabuluculuk olacaktır. Bu durumda hakem-bilirkişilerin kararları uyuşmazlığın çözümüne sadece ışık tutmuş olacak ve taraflar isterlerse bu kararlara uyabileceklerdir. Zira kararların bağlayıcılığı konusunda müşterek bir irade söz konusu değildir.

Bağlayıcılığı kabul edilmiş hakem-bilirkişi kararları hakem kararı gibi nihai karar değildirler. Çünkü hakem-bilirkişi kararları belli teknik konularda çözüm önerir veya karar ortaya koyarlar. Bu kararlar taraflar arasındaki uyuşmazlığın bir bölümüne ilişkindir. Tarafların başlangıçtaki kabullerine göre bağlayıcı olur veya olmazlar. Uyuşmazlıkların halinde, resmi yargıda veya tahkimde teknik konuların açığa çıkarılmasında kaybedilecek zamanın telafisi bakımından hakem-bilirkişilik uluslararası uyuşmazlıklarda da sık başvurulan bir yöntemdir¹².

III.3.5. Sözleşmelere Üçüncü Kişilerin Müdahalesi (Adaptation of Contracts) Yöntemi

Taraflar arasındaki sözleşmeye müdahale üç halin varlığı halinde söz konusu olabilmektedir; sözleşmede boşluklar bulunması, sözleşmenin yorumlanması, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması.

Sözleşmeler genelde uzun bir zaman dilimi içerisinde ifa edilmekte, bu sebeple ekonomik, hukuki ve fiziki tespitlere açık olabilmektedir. Taraflar bazen ileride değişecek şartları göz önüne alarak sözleşmelerde bazı boşluklar bırakmakta, bazen de işin mahiyeti gereği boşluklar oluşmaktadır. Ayrıca, değişen ekonomik şartlar sözleşmede belirsizlikler doğurabilmektedir. Tüm bu sorunların çözülmesi için ciddi mekanizmalara gerek vardır. Sözleşmelerde önceden bırakılan boşlukların doldurulması gerekliliği veya dış etkenlerle sonradan meydana gelebilecek değişiklikler nedeniyle sözleşmenin ifasının imkansız hale gelmesi karşısında taraflarca yetkilendirilecek üçüncü kişinin tarafları dostane çözüme

¹² Uluslararası uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak ICC tarafından 1976 yılında uluslararası hakem-bilirkişilik merkezi kurulmuştur. Hakem-bilirkişilik merkezlerinde uygulanmak üzere hakem-bilirkişiliğe ilişkin ICC kuralları adı altında bir dizi kural yürürlüğe konulmuştur. Bu kurallara göre hakem-bilirkişilerin taraflarca belirlenip merkeze bildirilmesi mümkün olduğu gibi, doğrudan merkezden atanması da istenebilir. Hakem-bilirkişi kararları uluslararası uyuşmazlıklar yönünden Türkiye de dahil kıta Avrupa hukuku bakımından geçerlidir (Şanlı,1996:363).

ulaştırması mümkün olabilmektedir. Bunun için de tarafların sözleşmelerinde bu üçüncü kişiyi veya bu çözüme ulaştırabilecek kurumu tayin etmeleri gerekir¹³.

Sözleşmeye müdahalenin geçerliliği veya bağlayıcılığı tarafların iradelerine bağlıdır. Sözleşmede üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahale ederek yorumlamasına veya değişikliklere uyarlamasına yönelik kararının bağlayıcılığı kabul edilmişse, üçüncü kişinin müdahalesi sonucu verilen karara taraflarca uyulmayıp mahkemeye veya tahkime gidildiğinde bu karar yine kesin delil sayılacaktır. Aksi halde üçüncü kişinin müdahalesi tarafların uyup uymamakta serbest olduğu bir tavsiye kararı niteliğinde olacaktır.

III.3.6. Ön Hakemlik (Pre-Arbitral Referee Procedure) Yöntemi

Taraflar arasındaki sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan ve acilen çözümlenmesi gereken sorunlar, tarafların uzmanlığında ve tarafsızlığında müştereken birleştikleri üçüncü bir kişinin geçici olarak müdahalesini gerekli kılabilir. Bu durumda, geçici de olsa üçüncü kişinin müdahalesi daha büyük sorunların ortaya çıkmasına ve sözleşmenin daha başında ifa imkansızlığı durumuna düşmesine engel olan bir çözümdür. Genelde ifa imkansızlığı gibi sorunlar hukuki, mali veya teknik nedenlerle olabilmektedir. Taraflarca seçilecek bir üçüncü kişi bu sorunların çözümünde tarafların hak ve yükümlülüklerini tespit etmekte, zararın büyümesini engellemek için delilleri koruma altına alarak acil ve geçici tedbirler alabilmektedir¹⁴.

Ön hakem, hakemden ayrı bir niteliğe sahiptir. Ön hakem sorunların ortaya çıktığı anda duruma müdahale etmekte ve sorun büyümeden çözüme karar vermektedir. Kararları geçicidir. Bu nedenle ön hakemin konumu bazen arabulucu, bazen hakem-bilirkişi bazen de koruyucu veya önleyici tedbir kararları veren bir mahkeme veya hakim vasfında olabilmektedir.

¹³ Uluslararası sözleşmelerin yorumlanması, tamamlanması ve değişen şartlara uyarlanması ICC tarafından 1978'de yürürlüğe giren "Akdi İlişkileri Düzenleme Komitesi" ve "Akdi İlişkileri Düzenleme Kuralları" çerçevesinde yürütülmektedir. Komitenin uyuşmazlığa el koyabilmesi, bu hususun taraflar arasındaki sözleşmede şart koşulması veya tarafların birlikte Komiteye başvurması ile mümkündür. Taraflar üçüncü kişiyi tek veya heyet olarak seçip Komiteye sunabilir veya sadece Komiteyi yetkili kılabilirler. Komitenin veya tarafların yetkilendirdiği üçüncü şahıs 90 gün içinde karar vermek zorundadır.

¹⁴ Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünden kullanılmak üzere ICC tarafından 1 Ocak 1990'da yürürlüğe giren "ön hakemlik yöntemine dair kurallar"a göre ön hakemlik yöntemi ICC tahkim mahkemesi sekreterliği tarafından yürütülmektedir. Ön hakem 30 gün içinde karar vermek zorundadır ve aksi kararlaştırılmadıkça kararları bağlayıcıdır.

IV. ARACI KURULUŞLAR İLE YATIRIMCILAR ARASINDA SERMAYE PİYASASI FAALİYETLERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ÖZ DÜZENLEYİCİ KURULUŞLARIN ROLÜ VE ARABULUCULUK YÖNTEMİ

IV.1. YATIRIMCILARA UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI SUNULMASI GEREĞİ VE ÖZ DÜZENLEYİCİ KURULUŞLARIN ROLÜ

Tüm hukuksal uyuşmazlıklarda olduğu gibi aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de uyuşmazlığın adil, hızlı, etkin ve tarafsız bir şekilde çözüme bağlanması önemli bir amaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü, sermaye piyasalarının dinamik ve hızla değişen yapısı ve uyuşmazlık konusu maddi çıkarların piyasa koşullarındaki değişikliklere bağlı olarak çok kısa sürede taraflar için uyuşmazlık meydana geldiği andakinden daha büyük sorunlar doğurabilecek olması nedenleri ile daha da önem kazanmaktadır. Sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin etkin sistemler oluşturulabilmesi, aynı zamanda yatırımcıların korunması ve hak kayıplarının önlenmesi güvenli bir piyasanın oluşturulması bakımından da önemlidir. Hukuk sistemimizde belli alanlardaki davalara bakmakla görevli ihtisas mahkemelerinin yokluğu, uzmanlık gerektiren sermaye piyasası işlemleri ile ilgili uyuşmazlıklara ilişkin davalarda karar verilmesi için bilirkişi raporuna başvurmayı zorunlu hale getirmekte ve dava sürecinin uzamasına yol açmaktadır.

Genellikle yatırımcılar ile aracı kuruluşlar arasındaki uyuşmazlıklar karmaşık problemleri içermektedir. Sistemin hızlı işlemesi, çabuk ve pahalı olmayan çözüm yöntemlerini gerektirmiş olup, pek çok ülkede alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin uygulamalar, konumuz ile sınırlı olarak ele alındığında ise arabuluculuk yöntemi önem kazanmıştır.

Hemen belirtmek gerekir ki, ADR yöntemlerinden arabuluculuk yöntemi ülkemiz uygulamasında yaygın bir araç olmamakla birlikte, diğer ülkelerde oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir. Özü itibari ile ihtiyari olan bu yöntemden faydalanmak isteyen tarafların, hemen hemen tüm uyuşmazlık konularında çeşitli adlar altında örgütlenmiş özel birimlerin uyuşmazlık çözümü için tarafsız bir üçüncü kişinin görevlendirilmesine ilişkin hizmetlerinden yararlanmaları mümkün kılınmıştır.

ABD’nde AAA, İngiltere’de CDP ve CEDR gibi kuruluşlar¹⁵ uyuşmazlık taraflarına alternatif uyuşmazlık çözümleme yöntemleri sunmaktadır.

¹⁵AAA, çalışmaları ile adli yargılamının bir alternatifi olarak adil ve tarafsız bir şekilde alternatif uyuşmazlık çözümleme yöntemlerinin uygulanmasını ve genişletilmesini amaçlamaktadır. AAA tahkimin yanı sıra özellikle arabuluculuk yönteminin geliştirilmesini ve uygulanmasını teşvik etmektedir. AAA listesine aldığı ABD çapında 10 bin adet hakem ve arabulucu ile ticari uyuşmazlıkların % 85’ini, kişisel uyuşmazlıkların ise % 95 ini çözümlenmiştir. Kendisini finansal hizmetler sektörü uyuşmazlıklarında uzmanlaşmış bir kuruluş olarak tanımlayan ve hakem tayininden ziyade arabuluculuk hizmeti sunan CDP ise 1994 yılından bu yana 4 milyar Pound değerindeki davayı sonuçlandırmıştır. Diğer taraftan CEDR 2002 yılının ilk üç aylık döneminde arabuluculuk ettiği 467 davadan % 7 sinin finansal sektör uyuşmazlıkları ile ilgili olduğunu açıklamaktadır.

Sermaye piyasası faaliyetlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü amacıyla ise bir adım daha ileri gidilerek, öz düzenleyici kuruluşların düzenlemeleri ve oluşturdukları etik standartlar altında hakem ve arabulucu listelerinin oluşturulduğu ve yatırımcı şikayetlerinin öz düzenleyici kuruluşlara yapılan başvurular çerçevesinde tarafsız üçüncü kişinin katılımı ile bu yöntemlerle çözümünün hedeflendiği görülmektedir. Böylece arabuluculuk yöntemi de taraflara aralarındaki uyuşmazlığı yargılama konusu olmaksızın kısa ve daha az masraflı bir şekilde çözmelerini teminen öz düzenleyici kuruluşlar tarafından sunulan seçenekler arasında yer almaktadır.

Sermaye piyasalarında öz düzenleyici kuruluşlar, üyeleri tarafından finanse edilen ve yönetilen özel girişimler olarak karşımıza çıkmaktadır. Öz düzenleyici kuruluşların ortaya çıkmasındaki temel yaklaşım, piyasanın kendi kendini düzenlemesini sağlamak suretiyle problemlerin olduğu sırada tespit edilerek çözümlenmesi, bu amaçla etik standartlar oluşturulması ve bu standartların sürekli olarak iyileştirilmesi olmaktadır (Eratay.1998:5).

IOSCO tarafından öz düzenleme “*En geniş anlamı ile öz düzenleyici kuruluşların yargılama ve uyuşmazlıkları tahkim ve diğer yöntemler ile çözümlenmesine ilişkin konular hakkında uygulama kuralları yaratma, tavsiye etme, uygulama ve yürürlüğe koyma yetkisini ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır (The SRO Consultative Committee of IOSCO.2000:3). Söz konusu tanımda uyuşmazlık çözümü önemli bir yer tutmaktadır.

Sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yönteminin kullanılmasına ilişkin en belirgin örnekleri NYSE ve NASD düzenleme ve uygulamalarında görmekteyiz. Arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler ve listelenen arabulucular tarafından ücret karşılığında uyuşmazlık çözümüne ilişkin hizmet sunulması söz konusu kuruluşların fonksiyonları arasında önemli bir yer tutmaktadır.

İngiltere’de ise hem küçük yatırımcılar hem de aracı kuruluşlar uyuşmazlık çözümü için bir çok seçeneğe sahiptir. Bunlardan bazıları düzenleyici kuruluşlar eliyle bir kısmı ise özel girişimciler tarafından sunulmaktadır. İngiltere’de uyuşmazlık çözüm yolları, finansal hizmet kuruluşlarının iç şikayet mekanizma ve prosedürleri çerçevesinde uyuşmazlık çözümü, finansal ombudsman sistemi çerçevesinde uyuşmazlık çözümü, tahkim, arabuluculuk ve diğer ADR yöntemlerinin kullanımı, finansal hizmetler tazmin sisteminin kullanılması ve adli yargı yolu olarak sayılabilir (Ferran.2001:10). İngiltere’de Financial Services and Markets Act 2000 ile finansal hizmet kullanıcılarının şikayetlerinin çözümünde tek bir finansal ombudsman (Financial Ombudsman Services-FOS)¹⁶ hizmeti düzenlenmiş ve

¹⁶ FSMA ile finansal hizmetlerle ilgili şikayetlerle uğraşan mevcut sekiz ombudsmanın yerine tek bir finansal ombudsman hizmeti düzenlenmiştir. Finansal ombudsman hizmeti FSA tarafından kurulmuş ve bağımsız bir limited şirket olan FOS Limited tarafından verilmektedir. FSA, FOS kurulunun atamasıyla, bütçesinin onaylanmasıyla ve fon ile ilgili kuralların yapımı veya onaylanması ile görevlidir. FOS kurulu 12 kişiden oluşmakta olup, ombudsmanların atanmasından ve FSA’ye yıllık rapor hazırlanmasından sorumludur. Bu çerçevede, FOS kurulu tarafından şef ombudsman, şef operasyon ombudsmanı ile yatırımlar, bankacılık ve borçlanma ile sigortacılık için 3 baş ombudsman atanmış olup, personel sayısı 400’e ulaşmıştır. FOS’in zorunlu ve gönüllü yargılama yetkileri vardır. Zorunlu yargılama hakkı sadece FSA’in belirlediği kuruluşlara ve FSA’in belirlediği kapsamda uygulanmaktadır. Finansal ombudsman hizmetinden tüm kişisel yatırımcılar, yıllık net geliri veya varlık değeri 1 milyon Pound’un altında olan küçük işletmeler ve vakıflar yararlanabilir. Ombudsman kararları finansal hizmet sunan firmalar için bağlayıcı, şikayette bulunan yatırımcılar için ise bağlayıcı değildir. FOS’in 10.000 üye firması vardır ve yılda yaklaşık 30.000 uyuşmazlık başvurusu olmaktadır. 31.03.2001 tarihi itibarı ile son bir yıldaki 28.400 davadan % 84’ünü 6 aydan kısa sürede, % 12’sini bir yıl içinde, % 4’ünü ise bir yıldan uzun sürede sonuçlandırmıştır. Faaliyet giderlerinin 20.6 milyon Pound bitirilen dava başına maliyetin ise 753 Pound olduğu hesaplanmıştır.

bankacılık, sigortacılık ve menkul kıymet uyuşmazlıklarından doğan şikayetlerin İngiltere’de yaygın olarak uygulanan ombudsmanlık sistemi içerisindeki bu alanlarla ilgili sekiz ombudsmanlığın birleştirilmesi ile kurulan tek bir finansal hizmetler ombudsmanı tarafından değerlendirilerek sonuçlandırılması imkanı sağlanmıştır.

Finansal ombudsmanlık hizmeti ile tüm finansal hizmetlerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde kurumsal bir yapı öngörülmüştür. FOS’e ulaşan şikayetlerin çözüme ulaştırılmasında arabulucu olarak listelere alınmış üçüncü kişiler eli ile olmasa da FOS’in kurumsal yapısı içinde ve ombudsmanları aracılığı ile uyuşmazlığın dava konusu olmadan tarafların uzlaştırılmasına dayalı bir arabuluculuk yönteminden de faydalandığı görülmektedir.

İngiltere’de sivil hukuk sistemi reformu çerçevesinde ADR yöntemlerinin geliştirilmesi ve uygulanması teşvik edilmektedir. Bu çerçevede, müşteri şikayetlerinin çözümünde ombudsman sistemi küçük tutarlı ve mahkeme masraflarını karşılayamayacak küçük yatırımcılar için hızlı bir alternatif mekanizma sunmaktadır. FSMA düzenlemeleri içerisinde FOS’e ilişkin dikkat çekici bir husus da FOS’e başvurmadan önce iç şikayet çözümlene prosedürlerinin kullanılmış ve sonuç alınamamış olması koşulunun aranmasıdır. Bu yaklaşım, uyuşmazlığın öncelikle firmaların iç şikayet çözümlene prosedürleri çerçevesinde taraflarca çözümlenmesinin denemesi, başarılı olunamaz ise FOS’a şikayet konusunu çözümlenmek üzere başvurulmasını amaçlamaktadır.

Bu çerçevede, uyuşmazlıkları FSA düzenlemelerine tabi ve uyuşmazlık çözümünde finansal ombudsmanlık hizmetinden faydalanacak kuruluşların, içsel şikayet çözümlene prosedürleri geliştirmiş ve uyguluyor olmaları zorunludur. FSA tarafından “Hand Book”ta yetkili kuruluşların yürürlüğe koymaları gereken iç şikayet çözüm prosedürlerine ilişkin ilkeler düzenlemiş olup, söz konusu prosedürlerde, zarara uğrayan yatırımcıların adil tazmini, şikayetin çözümüne ilişkin sürelerin belirlenmiş olması ve kayıt tutulması esaslarına yer verilmesi gerekmektedir. FSA, firmaların söz konusu prosedürlerinden yıl içinde şikayet konusu olan, çözülen veya çözülemeyen uyuşmazlıkların yıllık olarak raporlanmasını isteyerek bir bilgi akışı sağlar. FSA tarafından içsel şikayet çözümlene mekanizmalarından beklenen fayda, şikayetlerin adil, etkin ve mümkün olan en kısa sürede çözülmesi ve taraflar dışında çözülmesi gereken uyuşmazlık sayısının asgariye indirilmesi olarak ifade edilmiştir (FSA Hand Book.2002:1-17).

Sermaye piyasasına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünün sermaye piyasalarının gelişmesi ve uluslararası entegrasyonu açısından önemine ilişkin dikkat çekici bir nokta da, finansal hizmetlerde Avrupa ortak pazarındaki gelişmelerin aynı zamanda Avrupa Birliği çerçevesinde yatırımcılar için sınırlar ötesi alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının gerekliliği hakkında bir bilinçlenmeye neden olmasıdır. Avrupa Birliği tarafından sınır ötesi bir uyuşmazlık çözüm mekanizması kurulmasının tavsiye edilmesi yerine, sınır ötesi yatırımlarda uyuşmazlıkları alternatif çözüm yolları ile çözülmesi için yatırımcıların yerleşik oldukları ülkelerdeki mevcut mekanizmalar aracılığı ile sağlanacak işbirliği bağlantıları ile birlik üyesi diğer ülkelerin ADR mekanizmalarından yararlanabilmelerine imkan sağlanması yöntemi benimsenmiştir.

Avrupa Birliği Komisyonu 01.02.2001 tarihinde finansal hizmetler alanındaki uyuşmazlıkların Avrupa Birliği genelinde çözümünde etkin ve hızlı bir sistemin oluşturulması amacıyla FIN-NET olarak adlandırılan ve finansal hizmet kullanıcılarının şikayetçi oldukları finansal hizmet kuruluşunun orijin ülkesindeki mahkeme dışı alternatif uyuşmazlık çözümleme mekanizmalarından kolayca faydalanabilmelerine imkan sağlayan “net-work” ağını kurmuştur. Avrupa Birliği Komisyonu tarafından “Financial Services Action Plan”da entegre bir finansal sektörün yaratılabilmesi için maliyetsiz, basit ve etkin uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesinin önemini vurgulamaktadır. Üye ülkeler bazında zaten finansal hizmet kullanıcılarına oldukça fazla sayıda alternatif uyuşmazlık çözme mekanizmasının sunulmakta olması, FIN-NET’in oluşturulabilmesini kolaylaştırmıştır. FİN-NET bünyesinde ulaşılabilecek 35 farklı şikayet ve uyuşmazlık çözüm prosedürü bulunmaktadır.

Bu yaklaşım bir yönü ile üye tüm ülkelerde alternatif uyuşmazlık çözümleme mekanizmalarının oluşturulup geliştirilmesini teşvik etmesine karşılık, üye ülkeler arasındaki farklılıklar nedeni ile gelişmiş korumalara haiz ülke vatandaşlarının sahip oldukları hizmet düzeyi açısından yetersiz görünmektedir. Zira, üye ülkelerde finansal sektör kullanıcılarının şikayetlerinin çözümüne ilişkin büyük farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin İngiltere’de finansal hizmet kullanıcılarının şikayetlerinin çözümlenmesine ilişkin olarak çok detaylı yapılandırılmış bir finansal ombudsman hizmeti ve sivil hukuk reformu çerçevesinde özel birimler aracılığı ile uyuşmazlıkların ADR yöntemleri ile çözümüne ilişkin mekanizmalar hizmet vermektedir. Buna karşılık pek çok ülkede ADR uygulamaları daha ziyade bankacılık ve sigortacılıkla ilgili şikayetlerle sınırlı ve İngiltere’deki düzeyden uzaktır. Bu durumda yatırım çekmek isteyen üye ülkelere diğer Avrupa Birliği ülkelerinde uyuşmazlık çözümüne ilişkin olarak sunulan hizmet düzeyine ulaşmaya çalışmak görevi düşmektedir.

IV.2. SERMAYE PİYASASI FAALİYETLERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK SÜRECİ VE UYGULAMA ESASLARI

IV.2.1. Arabuluculuk Yöntemi

Arabuluculuk, tarafsız ve görüşme tekniklerinde eğitilmiş bir kişinin yardımıyla tarafların gayri resmi ve gönüllü olarak karşılıklı kabul edilebilir bir çözüme varmalarını sağlayan bir süreçtir (Eratalay.1998:57).

Arabuluculuğu diğer uyuşmazlık çözümlerinden ayıran özellik arabulucunun herhangi bir çözümü zorlamaması, daha çok tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardım etmesidir. Arabuluculuk yöntemi bu yönü ile çeşitli uygulama esnekliklerine, düşmanca tutumları ve yanlış anlamaları önlediği sürece de farklı çözümler üretme yaratıcılığına sahiptir. Arabulucu, tarafları kendi ürettikleri bir çözüm önerisinde uzlaştırmaya çalışır veya bir tavsiye kararı bildirir. Arabulucunun kararı bağlayıcı olmamakla beraber tüm tarafları tatmin eden bir çözüm bulmak amaçlanmaktadır. Eğer taraflar aralarında bir uzlaşmaya varamazlar ise uyuşmazlık konusunu tahkim veya adli yargı yolu ile çözebilirler.

Arabuluculuk yönteminde, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin çalışmalar, tarafların ihtiyaçlarına ve arabulucunun tarzına bağlı olarak her uyuşmazlık konusunda farklılık göstermektedir. Genellikle taraflar sorunu görüşmek üzere yüz yüze bir araya getirilmekte ve arabulucu iki taraftan edindiği bilgiler çerçevesinde taraflar arasındaki karşıtlığı azaltarak onları konuya ilişkin anlamlı bir diyalog zeminine getirmeye, daha önce yeterli düzeyde değerlendirilmediği ve tartışılmadığı düşünülen konuları tartışmaya açmaya, tarafların durumlarını teklif ve önerilerini daha anlaşılır ve net bir dille ifade etmelerini sağlamaya, gözden kaçtığına düşündüğü konulara dikkat çekmeye ve tarafların gerçek çıkarını ortaya koymaya, taraflara birbirlerinin görüşlerini ve yaklaşım açılarını anlama konusunda yardım etmeye, tarafların taleplerini gerçekçi bir çizgide sınırlamaya, alternatif çözüm yolları ile öneriler geliştirmeye ve taraflar arasında olumlu bir iletişim geliştirerek beklenmedik tepkileri önlemeye çalışmaktadır.

Karşılıklı görüşmeler ile tüm konular konuşulduktan ve artık bir ilerleme sağlanamaz noktaya geldikten sonra arabulucu taraflar ile ayrı ayrı görüşme yöntemini uygular ve taraflara nesnel bir şekilde içinde buldukları durumu, savlarının güçlü ve zayıf yönlerini, elde edebileceklerini ve kaybedebileceklerini anlatarak farklı çözüm önerileri ortaya koymaya çalışır.

Arabuluculuk yöntemi çerçevesinde ,

- Bağımsız ve tarafsız uzman kişi konumundaki arabulucu, tarafları müzakere için teşvik eder ve fırsatlar sunar,
- Taraflar gizlilik ve güven esası içerisinde uyuşmazlık konusunu, savlarını ve taleplerini arabulucuya anlatabilirler ve anlaşmayı sağlayacak yollar araştırabilirler, bir taraf izin vermedikçe arabulucuya verdiği bilgiler gizlidir ve karşı tarafa açıklanamaz,
- Taraflar içinde buldukları pozisyonun zayıf ve güçlü yönlerini değerlendirebilirler,
- Görüşmenin sonuçlarını ve arabuluculuk sürecini kontrol edebilirler,
- Arabuluculuk gönüllü olduğundan taraflar istedikleri noktada süreci sonlandırabilirler.

Arabuluculuk yönteminin anlaşmazlıkları çözmeye oynadığı önemli rolden dolayı sermaye piyasası uyuşmazlıklarına ilişkin olarak NASD ve NYSE tarafından arabuluculuk programları geliştirilmiş ve hizmet kadroları tahsis edilmiştir. Bir uyuşmazlık durumunda yatırımcı NASD'a başvurduğu zaman, hemen hakem tayini yöntemine gidilmemekte, öncelikle yatırımcı için hakem tayini yönteminden daha az maliyetli olan arabuluculuk metoduyla yatırımcının şikayeti ile ilgili olarak mevzuat konusunda bilinçlendirilmesi sağlanmaktadır. Benzer şekilde NYSE nezdinde de arabuluculuk, bir arabulucunun taraflara bir uzlaşmaya ulaşma konusunda yardım ettiği gönüllü bir süreçtir. Arabuluculuk süresince hiçbir kayıt tutulmaması, gizlilik ve güven esası NASD ve NYSE düzenlemelerinde önemle belirtilmektedir. Ayrıca, bir uyuşmazlık konusunda görev alan arabulucu söz konusu uyuşmazlığa ilişkin tahkim veya dava sürecinin söz konusu olması halinde hakemlik, hakimlik veya tanıklık yapamaz.

NASD bünyesinde uyuşmazlıkların arabuluculuk ile çözümlenmesi yöntemine ilişkin istatistikler aşağıdaki tabloda yer almakta olup, 2002 yılının ilk altı aylık döneminde 865 adet uyuşmazlık konusunda arabuluculuk yönteminden faydalandığı ve % 83'ünün anlaşma ile sonuçlandığı anlaşılmaktadır.

TABLO I			
NASD Bünyesindeki Arabuluculuk Sistemine İlişkin İstatistikler			(Ağustos 2002)
Arabuluculuk Uygulanan Davalar	2002	2001	2000
Tamamlanan Davalar	865	804	787
Uzlaşma ile Sonuçlanan Davalar	% 83	% 76	% 80

IV.2.2. Arabuluculuk Süreci

Arabuluculuk yönteminin amacı tüm uyuşmazlık çözümleme yöntemlerinde olduğu gibi uyuşmazlık konusunu çözüme bağlamak olmakla birlikte, bir önemli farkı, haklı olan tarafı tespit ederek karar vermek yerine, her iki tarafı da tatmin edebilecek bir uzlaşım sağlamaktır. Söz konusu amacın gerçekleşmesini sağlamaya yönelik arabuluculuk sürecini aşağıdaki gibi öngörmek mümkündür.

IV.2.2.1. Başvuru

Taraflar tahkime veya mahkemeye resmi olarak başvurmadan önce arabuluculuğu deneyebilirler. Arabuluculuk uygulamalarında tahkimin herhangi bir aşamasında da arabuluculuk sürecinin başlatılabildiği görülmektedir. Eğer arabuluculuktan önce tahkim başlamışsa, arabuluculuk süreci tahkimden bağımsız olarak devam eder. Uyuşmazlık taraflarının arabuluculuk sürecini başlatmaları aşağıdaki şekillerde olabilmektedir.

1) Taraflar daha sonra ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurulması yöntemini aralarındaki sözleşme ile öngörmüş olabilirler. Sözleşmeye konacak hüküm, sadece arabuluculuğu öngörmekle kalmayıp, uygulanacak yöntemler, toplantıların yeri ve seçilecek arabulucuya ilişkin hususları da önceden tespit etmiş olabilir.

2) Taraflar arasında bu yöntem önceden kararlaştırılmamış olmasa dahi uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra taraflarca veya temsilcilerince anlaşarak arabulucu tayini istenebilir.

3) Taraflardan biri uyuşmazlık çözümünde yetkili kuruluşa başvurarak karşı tarafı arabuluculuktan yararlanmak üzere davet etmesini isteyebilir. Örneğin, NASD bu durumda diğer tarafla temasa geçerek arabuluculuk sürecini anlatmakta, varsa sorulara cevap vermekte ve tarafları toplanmaya ikna etmeye çalışmaktadır. Taraflar anlaşır anlaşmaz arabuluculuk süreci başlar ve tüm taraflara arabuluculuk kurallarına uyacakları konusunda bir arabuluculuk kabul anlaşması imzalatılır.

IV.2.2.2. Arabulucunun Görevlendirilmesi

Arabuluculuk yöntemi ile uyuşmazlıkların çözümlenmesi sürecinin başarılı olabilmesinde en önemli unsur tarafların ihtiyacına uygun ve üzerinde anlaşmışları, uyuşmazlık konusunda uzman bir tarafsız kişinin arabulucu olarak belirlenmesidir.

Arabulucunun tarafsız, uzman ve tarafların üzerinde anlaştıkları bir üçüncü kişi olarak belirlenmesine ilişkin uygulamalar arabulucu listelerinin ilanı ve taraflara seçim hakkı tanınması temeline dayanmaktadır. Bu çerçevede, arabuluculuk için başvurulduğunda, örneğin AAA tarafından bir arabulucu görevlendirilmekte ancak tüm arabulucuların özgeçmişleri ve uzmanlıklarına ilişkin bilgiler tarafların bilgisine sunulmaktadır. Taraflarca kabul edilmesinin mümkün olmadığı bildirilen bir kişinin arabulucu olarak atanması mümkün değildir. Uyuşmazlığın NYSE bünyesinde çözülmesini isteyen taraflar ise arabulucu olarak görev alacak kişiyi kendileri NYSE listesi dışından seçebilecekleri gibi NYSE tarafından sunulan 5 kişilik öneri listesinden bir kişinin atanmasını da isteyebilirler. Taraflarca arabulucunun kimliği konusunda anlaşıldığında NYSE arabuluculuk sürecini organize eder. NASD bünyesinde de benzer şekilde, uyuşmazlık konusunda deneyimli arabuluculardan oluşan ve önerilen tüm arabulucuların tam profilinin yer aldığı bir liste taraflara sunulmaktadır. Taraflar arabulucuyu o listeden seçebilirler ya da yeni bir liste talep edebilirler. Taraflar listede olmayan, hatta NASD’de çalışmayan bir arabulucuyu da seçebilirler.

IV.2.2.3. Arabuluculuk Sürecinin Planlanması ve Arabulucunun Bilgilendirilmesi

Uyuşmazlığın kısa sürede sonuçlandırılabilmesi ve süreç yönetiminden doğan aksaklıkların en aza indirilebilmesi için arabuluculuk sürecinin planlanması ve tarafların organize edilmesi gerekmektedir. Arabuluculuk süreci uyuşmazlığın çözümünde görev olan kuruluş ile görevlendirdiği arabulucu ve taraflar arasında beraberce planlanmaktadır. Bu noktada uyuşmazlık çözümü ile görevli kuruluşun çalışmaları önem kazanmaktadır. Örneğin NASD tarafından uyuşmazlık çözümü ile görevli birim personeli aracılığı ile arabulucu ve taraflarla beraber çalışılarak karşılıklı olarak uygun bir yer ve zaman ayarlanır. Taraflardan arabuluculuk toplantısına uyuşmazlığın çözülmesinde görüşülmesini istedikleri tüm unsurlara ait bilgi ve belgelerle hazırlıklı olarak gelmeleri ve isterlerse avukat bulundurabilecekleri hatırlatılır.

Süreç başlamadan önce arabulucu taraflardan, iddia ve isteklerini anlamaya yardımcı olabilecek her türlü bilgiyi vermelerini ister. Taraflar buluşmadan önce arabulucu taraflara ayrı ayrı aydınlatıcı sorular sorabilir. Aksi belirtilmedikçe arabulucu bütün belge, bilgi ve diğer iletişimleri gizli tutar. Arabuluculuk sürecinin sonucunda arabulucu bu belgeleri yok eder veya sağlayan tarafa iade eder.

IV.2.2.4. Arabuluculuk Görüşmeleri

Katılımcıların durumuna bağlı olarak ilk oturum birkaç gün veya hafta içinde ayarlanabilir. Oturumlar tarafların ve arabulucunun onayıyla yüzyüze, telefonla, video konferansla veya diğer herhangi bir yöntemle yapılabilir. Bununla birlikte arabuluculuk görüşmeleri genellikle bütün tarafların katıldığı oturumlar ve arabulucunun her bir tarafla ayrı ayrı buluştuğu oturumlardan oluşmaktadır. Arabuluculuk görüşmeleri başlamadan önce arabulucular genellikle tahmini ücret için depozito almaktadırlar.

Birleşik oturumda arabulucu oturumun çerçevesini çizer, etkin katılımı teşvik eder, taraflara uyuşmazlığı çözmenin ortak amaçları olduğunu ve görüşmelerin gizliliğini hatırlatır. Birleşik oturumda taraflara bir sunum yapma imkanı sağlanır ve taraflardan çözüme ulaşmak için sıkı çalışılması sözü alınır. Taraflar karşılıklı sunumlarla sorumluluklarının, zararlarının ve taleplerinin altını çizerler. Her sunum arabulucuya ve diğer tarafa yapılır. Katılımcılara yemin töreni veya benzeri bir şey yaptırılmaz. Sunumların sonunda arabulucu açıklık getirecek sorular sorar.

Görüşmelerin ikinci aşaması arabulucunun taraflarla özel olarak yaptığı toplantıları içerir. Bu özel toplantılar tamamen gizlidir; böylece taraflar daha açık ve dürüst olabilirler. Bu özel toplantılardaki konuşmalar ancak izin verilirse arabulucu tarafından diğer tarafa iletebilir. Bu, arabulucuya tarafların durumlarının güçlü ve zayıf yanlarını anlamalarına, riski nesnel olarak incelemelerine ve çözüm önerileri geliştirmelerine yardımcı olma fırsatı verir. Bir dizi özel oturumdan sonra arabulucu anlaşma gereksinimlerini karşılaştırır, teklifleri taşır ve tarafların ortak bir paydada buluşmasını sağlar. Uyuşmazlığı çözme yetkisi olan herkesin görüşmelerde hazır bulunması sürecin başarısı açısından son derece önemlidir. Yetkili kişileri bir araya getirememek sürecin etkinliğini azaltacaktır.

IV.2.2.5. Uzlaşma Görüşmeleri

Süreç boyunca arabulucu tarafların etkin bir biçimde görüşmelerine yardım eder. Anlaşmaya vardırma gayreti; taraflar anlaşmaya varıp yazılı bir metin çıkarana, taraflar görüşmelerinden bir sonuç çıkmayacağına karar verene, bir taraf ya da arabulucu çekilene kadar devam eder.

Karşılıklı olarak kabul edilebilir bir anlaşmaya varıldığında taraflar anlaşmanın ayrıntılarını anlatan bir doküman hazırlarlar. Uyuşmazlığın ne suret ile çözüleceğine ilişkin bir anlaşmayı içermesi halinde ve taraflarca imzalanması durumunda tarafları bağlayıcıdır.

IV.2.2.6. Arabuluculuk Ücreti

Arabuluculuk uyuşmazlık taraflarına ücret karşılığı sunulan bir hizmet olup, arabuluculuk ücreti genellikle uyuşmazlık çözümünde görevli ve bünyesinde arabuluculuk hizmeti sunan kuruluşlara yapılan başvuru ücreti ile doğrudan arabulucuya ödenen ücretten oluşmaktadır. Başvuru ücreti genellikle uyuşmazlık konusunun parasal değerine göre değişen belirli tutarlarda, arabuluculara ödenen ücret ise arabuluculuk görüşmelerinin yapıldığı saat bazında belirlenmektedir.

Ücret tutarları tüm uygulayıcılarda farklılık göstermektedir.

➤ Uyuşmazlığın AAA bünyesinde arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmesi durumunda başvuru ücreti 150 USD, yönetim ücreti olarak adlandırılan saat başı ücret ise 75 USD'dir.

➤ NASD bünyesinde ise arabuluculuk yönetsel ücreti arabuluculuğun kabul edilmesiyle geçerli hale gelir. Ücret planlaması aşağıdaki gibidir. Ücretlendirme tartışma konusu miktarla orantılıdır. Ücretlendirme eğer NASD uyuşmazlık sistemi çerçevesinde süren bir tahkim varsa tahkim sürecindeki tarafları arabuluculuğa teşvik ederek sorunu barışçıl yönden halletmek amacı ile daha az tutulmuştur.

TABLO II
NASD'ye Doğrudan Arabuluculuk İçin Başvurulması Halinde Ücret Tarifesi

Uyuşmazlık Tutarı	Müşteri	Üye
\$.01-\$25,000	\$ 50	\$150
\$.000.01-\$100,000	\$150	\$300
\$100,000-	\$300	\$500

TABLO III
NASD Tahkim Süreci Devam Ederken Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Uygulanması Halinde Ücret Tarifesi

Uyuşmazlık Tutarı	Müşteri	Üye
\$.01-\$25,000	\$ 0	\$ 0
\$25,000.01-\$100,000	\$100	\$150
\$100,000-	\$250	\$500

Yukarıda yer alan yönetsel ücret tutarlarının dışında arabulucunun ücret ve masraflarının (ulaşım vs. de dahil olmak üzere) karşılanmasından da taraflar mesuldür. Aksi yönde bir anlaşma olmadıkça taraflar eşit olarak bu masrafı karşılarlar. Taraflar bir arabulucu seçtiğinde, arabulucuyla beraber saat başı ücret üzerinden anlaşılır. Taraflar arabulucuya bu parayı yüz yüze veya telefonla yapılan oturumlar için öderler. Taraflar ayrıca NASD dışı toplantı odalarının kiralarını da öderler. NASD bünyesindeki birçok arabulucu ücretlerinde eğer tartışma konusu tutar 25.000 USD dan azsa bir indirim gitmekte ve NASD'da taraflara indirim yapan bir arabulucu bulma konusunda yardımcı olabilmektedir.

➤ NYSE bünyesinde ise uyuşmazlık 250.000 USD'dan daha fazla bir maddi değeri içeriyorsa NYSE en fazla dört saate kadar olan bir arabuluculuk periyodu için 500 dolara kadar olan ödemeyi karşılamaktadır. İlk 4 saatlik arabuluculuk periyodundan sonra devam edilmesi halinde arabuluculuk ödemeleri tarafların sorumluluğundadır. Çünkü, bu büyük tutarlı uyuşmazlıklarda arabuluculuk genellikle tahkim davasının bir parçası olmakta ve tarafların kimse üzerinde anlaşamaması halinde NYSE tarafından bir arabulucu atanmaktadır. Taraflarca tahkim yoluna gitmeden önce doğrudan NYSE arabuluculuğuna başvurmak konusunda anlaşılırsa, başvuruya ilişkin sabit ödemenin başlangıçta yapılması gerekmekte olup, uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözülememesi ve tahkime başvurulması halinde söz konusu ücret tahkim başvurusu içinde geçerli sayılmakta ikinci bir ücret istenmemektedir. Söz konusu düzenleme uyuşmazlıkların hakem tayini yöntemine ve yargılamaya gerek kalmaksızın arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmesini teşvik etmeye yöneliktir.

IV.2.3. Arabulucu Listelerinin Oluşturulması

Arabuluculuk yönteminden beklenen faydanın sağlanabilmesi büyük ölçüde tarafsız ve uzman bir üçüncü kişinin belirli etik kurallar ve standartlar altında faaliyette bulunmasına bağlıdır.

NASD bünyesinde uyuşmazlık çözümü sisteminde her arabulucunun istihdam, eğitim, sicil ve derecesi hakkında ayrıntılı bilgi sağlanmaktadır. Arabulucular tarafsızlıklarını etkileyecek ya da taraflı veya eğilimli görüntüsü verecek her türlü ilişkisini açıklamak zorundadırlar. Arabulucular hakkında tam bilgilendirmenin sağlanabilmesi için arabulucuların “Code of Arbitration Procedure” ün 10312 numaralı kuralına ve American Bar Association, The Society of Professionals in Dispute Resolution ve AAA tarafından hazırlanan “Standards of Conduct for Mediators”a uymaları zorunludur. Bu çerçevede, NASD “Dispute Resolution National Arbitration and Mediation Committee” tarafından arabuluculuk yapmak üzere listeye alınmak için başvuru alan adaylar nitelik, kültür, meslek ve özgeçmişleri bakımından değerlendirilerek sıkı bir seçime tabi tutulur ve tecrübe, tarafsızlık, adalet ve uzmanlığa ilişkin değerlendirme yapılır. Arabulucu adaylarının daha önceki uyuşmazlık çözümü çalışmalarındaki taraflardan veya tarafların görüşmelere katılan avukatlarından alınmış dört adet referans mektubu ile başvuruları gerekmektedir. Arabuluculuk ve uyuşmazlık çözme alanındaki eğitim ve deneyimleri, taraflarla iletişim kurabilme, çözüme yardımcı olacak yaklaşımlar geliştirebilme, risk analizi yapabilme ve seçenekleri açıklamadaki başarı ve yetkinliği, ceza veya disiplin soruşturması geçirmemiş olmaları gibi hususlar değerlendirilir (Nasd Mediation-An Alternate Path to Resolving Securities Disputes.2001:1-10).

AAA arabulucularını hukukçular, emekli hakimler ve profesyoneller arasından seçmektedir. Her aday arabuluculuk konusunda eğitilmekte ve bu konudaki ustalıkları değerlendirilmektedir. AAA bünyesinde arabuluculuk tarafların karar verip başvurusu üzerine tüm dökümanların sağlanması ile 3-6 hafta arasında sonuçlanmaktadır. AAA bünyesinde 10 bin adet arabulucu ve hakem faaliyet göstermekte olup, söz konusu kişilerde aranan özellikler, kendi alanlarında 8-10 yıl tecrübe sahibi olmaları, tarafsız ve bağımsız bir kişilik, uyuşmazlık yönetiminde ustalık, yargısal nitelikler, tarafsızlık, sabır, naziklik, güçlü bir akademik veya profesyonel geçmiş olarak sayılmaktadır.

NYSE bünyesinde arabuluculuk yapabilmek için ise adaylarca kendilerini detaylı tanımaya ve kabul edilmeleri halinde uyuşmazlık çözümü talep eden taraflara tanıtım bilgisi olarak vermeye yarayan “arbitrator/mediator profile form”unun doldurulması NYSE ye başvurulması ve NYSE tarafından arabulucu adaylarının onaylanarak listeye alınması gerekir. Özellikle daha önceki arabuluculuk deneyimleri formda detaylı olarak anlatılmalıdır. Arabulucu olarak yeterli kişinin son üç yılda en azından beş davada arabuluculuk yapmış olması gerekmektedir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, uyuşmazlıkların arabulucuların yardımı ile yargılama konusu olmaksızın tarafların aralarında varacakları bir uzlaşma ile çözümlenmesine ilişkin arabuluculuk yönteminin sağlıklı olarak işleyebilmesinde en önemli etken, tarafların uzlaşmacı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yatkın olmaları kadar

uyuşmazlığın çözümünde görev alacak arabulucuların tarafsız ve uzman kişiler arasından seçildiğine olan güvenin tam olmasıdır. Bunu sağlamak ise arabulucuların taşımak zorunda oldukları niteliklere ve uymak zorunda oldukları kurallara ilişkin ilkeleri belirlemek ve tarafların arabulucuları tanımalarını ve arabulucunun uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak tarafsız olmasını engelleyebilecek herhangi bir nedenin var olup olmadığına ilişkin endişeleri giderebilmek için arabulucuların açıklamak zorunda oldukları hususların belirlenmesi ile mümkün olmaktadır. Bu çerçevede arabulucuların tarafsızlığının sağlanmasında faydalı olacağı düşünülen, NASD bünyesinde Arabulucular hakkında tam bilgilendirmenin sağlanabilmesi için arabulucuların uymak zorunda oldukları American Bar Association, The Society of Professionals in Dispute Resolution ve AAA tarafından hazırlanan “Standards of Conduct for Mediators”(EK/1) ve “Code of Arbitration Procedure” ün 10312 numaralı kuralı (EK/2) ekte sunulmaktadır.

IV.2.4. Tahkim ile Arabuluculuk Arasındaki Farklar

Arabuluculuğun tahkimden en önemli farkı arabulucunun bağlayıcı bir karar verme gücüne sahip olmamasıdır. Tahkimde hakem tarafların ifadeleri ve sundukları deliller üzerinden tıpkı mahkemede olduğu gibi yargılama yapmakta ve bağlayıcı bir hüküm vermekteyken, arabulucu taraflar ile uyuşmazlığa ilişkin karşılıklı iletişimin sağlanması ve ortak bir çözüme ulaşılabilmesi için görüşmelerde bulunmaktadır. Bu çerçevede, arabuluculuğu diğer uyuşmazlık çözümlerinden ve tahkimden ayıran özellik arabulucunun bir çözümü zorlamaması, daha çok tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardım etmesidir.

Dolayısıyla arabuluculuk tahkimin tersine yargısal bir süreç değildir. Karşılıklı bir iyi niyet göstergesi ve taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin bir tarafın kaybettiği diğer tarafın kazandığı bir hak arama mücadelesinden daha ziyade her iki tarafın da menfaatine olabilecek çözüm yollarının bulunması sürecidir.

Arabuluculuk esnek ve yaratıcıdır. Gerçek süreç tarafların ihtiyaçlarına ve arabulucunun tarzına bağlı olarak her uyuşmazlıkta farklılık göstermektedir. Genellikle taraflar sorunu görüşmek üzere yüz yüze buluşurlar. Arabulucu tartışmaların üretken olmasına ve dağılmamasına yardımcı olur. Daha sonra arabulucu, taraflarla ayrı ayrı oturumlar düzenler ve mesaj taşır. Arabulucu özel toplantıları ve diğer teknikleri kullanarak görüşmelerin ilerlemesini sağlar. Tahkim ise yargılama kurallarına bağlı olarak yürütülen bir süreçtir.

Ayrıca arabuluculuk taraflar arasında karşılıklı bir olumlu yaklaşım ve iletişim yeteneği gerektirmektedir. Aralarında çıkar çatışması olan taraflar arasında sağlıklı bir iletişimin sağlanması her zaman kolay olmamakla birlikte arabulucu söz konusu iletişimin sağlanmasında aktif rol üstlenmektedir. Tahkimde ise hakemin bu çeşit bir fonksiyonu çok ön plana çıkmamaktadır. Arabulucu, tarafların uyuşmazlığın önemli noktalarını ve çıkarlarını tanımlamalarına ve anlamalarına yardım eder.

Arabuluculuk süreci ve sonucu gizli iken, tahkim bir yargılama sonucunu içereceğinden verilen karar kamuya açıktır. Ayrıca uygulamada arabuluculuk ücretleri tahkim ve yargı harçlarından daha düşük tutarlı belirlenmektedir.

IV.2.5. Arabuluculuk Yönteminden Beklenen Fayda ve Uygulama Zorlukları

Tarafların ihtiyaç ve isteklerine bağlı olarak başarılı bir arabuluculuğun faydaları aşağıdaki gibi sıralanabilir.

1) Taraflar doğrudan bir uzlaşma temin etmeye odaklanmaktadır. Arabuluculukta sürecin yönetimi ve kontrolünde taraflar da aktiftir. Böylece tarafların özel ve çeşitli ihtiyaçlarına bağlı olarak yaratıcı çözüm ve tavsiyeler ortaya çıkabilmektedir.

2) Tarafsız bir üçüncü kişi olarak arabulucu uyuşmazlık konusu sorunu objektif olarak değerlendirebilmekte ve tarafların kendi kendilerine öngöremedikleri alternatif çözümler bulma konusunda onlara yardımcı olmaktadır.

3) Arabuluculuk yöntemine taraflar arasındaki uyuşmazlığın ilk devresinde başvurmak mümkün olduğundan, sonuca herhangi bir yargılama sürecinde olduğundan daha çabuk ulaşmak mümkün olmaktadır. Çoğu arabuluculuk süreci bir günde biter. Süreç hemen anlaşmazlığın akabinde başlayabildiği için tahkim ve mahkemeden çok daha hızlı sonuçlanır.

4) Taraflar genellikle yargısal harçlardan ve avukatlık masraflarından daha az bir maliyete katlanmak zorunda kalmakta ve daha az zaman harcamaktadırlar. Arabuluculuk genellikle daha az yasal harç ve hazırlık ücreti gerektirir. Zaman ve üretkenlik kaybı asgari düzeyde tutulur.

5) Taraflar arasındaki uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözülmesi nedeni ile aralarındaki ticari ilişki zarar görmeden devam edebilmektedir. Arabuluculuk süreci iletişimi artırarak kötü duyguları azaltır ve anlaşma zemini hazırlar. Süreç boyunca taraflar gerekli olursa tahkim ve mahkemede odaklanmaları gereken noktaları öğrenirler. Dolayısıyla tarafların gelecekteki uyuşmazlık çözümü gayretleri daha etkin hale gelir.

6) Taraflar arabuluculuğa başvurarak tahkime veya mahkemeye gitme haklarını riske atmazlar.

Buna karşılık, arabuluculuk sürecinden beklenen faydanın elde edilmesinin önündeki engeller taraflar arasında sağlıklı bir iletişim kurulamaması ve arabuluculuk sürecinin sonuçsuz bir para ve zaman kaybı olarak algılanmasıdır. Oysa, uyuşmazlık çözülemezse dahi arabuluculuk sürecine düzgün hazırlanmak tarafları daha sonraki yargılama süreçlerine hazır duruma getirir. Süreç sonucunda taraflar ve temsilcileri kendi durumlarını daha iyi kavrarlar. Arabuluculuk süreci çok hızlı ilerlediği için mutlak çözümü çok fazla geciktirmez. Bir günün sonunda bile artan iletişimden ötürü taraflar davayı daha ilerde anlaşmaya varıracak bir pozisyona gelebilirler. Tam anlaşmaya varılamasa da sorunun bazı kısımları arabuluculukla çözülmekte ve yargısal sürece çözülecek daha az sorun bırakılmaktadır. Arabuluculuk başarılı olmasa bile taraflar arasındaki iletişimi geliştirecek, uyuşmazlık konusunun belirli ve sınırlı bir temele oturtulmasını sağlayacak, teklifleri belirginleştirecek ve gerçekçi olmayan yaklaşımları önleyecektir. Bu suretle dava konusunun zayıf ve güçlü yönlerini ortaya çıkaracaktır. Bazı konularda ise anlaşmaya varmak herkes için önemli zaman ve para tasarrufu anlamına gelir ki, bu da arabuluculuğu cazip kılmaktadır(Nasd Mediation-Mediation Myths and Realities.2000:1-3).

Genellikle arabuluculuktan başarılı sonuç alınması tarafların süreç, masraflar ve sonuç üzerindeki kontrollerinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte uyuşmazlık çözümünde tarafları arabuluculuk yöntemini tercih etmekten uzaklaştıracak bazı hususlar da bulunmaktadır. Örneğin, uyuşmazlık tarafları, arabuluculuğun birbirlerinin kozlarını öğrenmek için araç olarak kullanılabileceği endişesini taşıyabilirler. Oysa, arabuluculuğa ilişkin tüm düzenlemelerde sürecin gizliliğine özel önem verilmiştir. Tarafların izni olmadan arabulucuya verilen hiçbir bilgi karşı tarafa aktarılamaz.

Arbuluculuğun yargılama ve tahkim prosedürünü yavaşlatan bir ön adım olarak algılanması da caydırıcı bir etki yaratabilir. Ancak tarafların bu konuda iyi bilgilendirilmesi gerekmektedir. Tahkim veya adli yargılama devam ederken de arabuluculuk yöntemi eş zamanlı olarak işletilebilmektedir. Ayrıca NASD ve NYSE’de tahkim süreci esnasında arabuluculuktan faydalanılmasını teşvik edici nitelikteki ücret indirimleri de uygulanmaktadır.

Tarafların barışçıl bir çözüm yolu olan arabuluculuk teklifinde bulduklarında karşı tarafça iddialarının zayıf olduğunun ve yargılama sürecinden kaçındıklarının düşünüleceği endişesi taşımaları mümkün olabilir. Bu endişeyi önlemenin bir yolu ise arabuluculuk için karşı tarafa teklif götürülmesi, karşı tarafın ikna edilmesine çalışılması ve olurunun alınması işlemlerinin arabuluculuk hizmetinin sunulduğu kuruluşlarca uyuşmazlık çözümü ile ilgili birim personeli tarafından yürütülmesi olmaktadır.

Ülkenin genel hukuk sisteminde ADR yöntemlerinin yaygın olmaması veya teşvik edici mekanizmaların bulunmaması da bu yöntemleri tanımayan tarafların ve hukuk danışmanlarının arabuluculuk özelinde tüm ADR yöntemlerine mesafeli yaklaşımlarına neden olacaktır. Bu çerçevede, hukuk danışmanlarının arabuluculuk ve diğer ADR yöntemleri konusunda bilinçlenmeleri önemlidir. Ülkemiz hukuk sisteminde Avukatlık Kanunu’nda yapılan değişiklikle avukatlara önlerine gelen uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapma hak ve yetkisinin tanınmış olması bu yöntemin uygulanabilirliği konusunda bir ön bilinç yaratması bakımından çok önemli bir gelişme olarak görülmektedir.

Arbuluculuk yöntemine olumsuz bir yaklaşım da arabulucunun dayanaktan yoksun ve aşırı bir parasal uzlaşma teklifi getirebileceğinin düşünülmesi olabilir. Oysa arabulucu tarafların görüşlerini dikkate almaksızın uygulanamayacak bir teklifte bulunmayacaktır. Zira, arabulucu geçmiş tecrübelerine, kişisel kariyerine ve uyuşmazlık konusundaki uzmanlığına göre tarafların onayı ile belirlenmektedir. Ayrıca, bağlayıcılığı olmayan kararlarının uygulanabilirliği tamamen uyuşmazlık taraflarının uygun görüşüne bağlıdır.

IV.3.TÜRK SERMAYE PİYASASINDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM MEKANİZMALARI VE ARBULUCULUK YÖNTEMİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

SPKn’nun konu ve amaç başlıklı 1’nci maddesinde yer alan “*Bu kanunun konusu, tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını, düzenlemek ve denetlemektir.*” hükmü çerçevesinde tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması

SPKn'nun amaçları arasında sayılmıştır. Tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunduğu, hak kayıplarının önlendiği güvenli bir piyasanın oluşturulmasında, yatırımcılar ile aracı kuruluşlar arasında meydana gelen sermaye piyasası faaliyetinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin alternatiflerin sunulmasının da önemli bir rolü bulunduğu düşünülmektedir.

Hukuk sistemimizde belli alanlardaki davalara bakmakla görevli ihtisas mahkemelerinin bulunmaması, uzmanlık gerektiren sermaye piyasası işlemleri ile ilgili uyuşmazlıklara ilişkin davalarda karar verilmesi için bilirkişi raporuna başvurulmasının kaçınılmaz olması nedenleri ile dava sürecinin uzaması, değişken ekonomi koşulları da dikkate alındığında yatırımcı zararlarının büyümesine neden olmaktadır. Bu çerçevede, uyuşmazlıkların kısa sürede ve daha az masraflı bir biçimde çözümlenmesi amacı ile ADR yöntemlerinin uygulanması önem kazanmakta, ayrıca daha önce de ifade edildiği üzere, sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde ve arabuluculuk yönteminin uygulanmasında öz düzenleyici kuruluşların önemli bir fonksiyon üstlendikleri görülmektedir. Sermaye piyasaları öz düzenleyici kuruluşlarının temel ve en önemli faaliyet alanlarından biri de yatırımcıların sermaye piyasaları ile ilgili olarak karşılaşmış oldukları uyuşmazlıkları arabuluculuk ve hakem tayini yöntemi ile çözüme kavuşturmalarıdır.

Ülkemizde genel yargı sistemi dışında sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak öz düzenleyici kuruluşların üstlendikleri rolü, İMKB bünyesindeki borsa uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin düzenlemeler ile TSPAKB Statüsü'nde yer alan *“üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak”* görevi olarak sayabiliriz.

Borsa üyesi aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin olarak, 91 sayılı KHK ve İMKB Yönetmeliği uyarınca borsa uyuşmazlığı çerçevesinde üyeler ile yatırımcılar arasında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin alternatif bir yöntem getirilmiştir. İMKB nezdindeki uyuşmazlık çözüm sistemi ile uyuşmazlık çözümünün belirli süre sınırları içerisinde gerçekleştirilmekte olması, yatırımcı şikayetlerinin kısa sürede sonuçlandırılması ve yatırımcı lehine verilen kararların üyeler tarafından yerine getirilmemesi halinde gerekli maddi tazminin üyenin İMKB nezdindeki teminatlarından bizzat İMKB tarafından karşılanması nedeni ile sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde çok önemli bir işlev yerine getirmektedir. Bununla birlikte, yukarıda da değinildiği üzere 91 sayılı KHK ve İMKB Yönetmeliği çerçevesinde borsa uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin olarak öngörülen sistemin yalnızca “borsa işlemi” kavramı ile sınırlı olması nedeni ile “borsa işlemi” tanımına girmeyen pek çok uyuşmazlık için adli yargı sistemi dışında uyuşmazlıkların daha kısa sürede ve daha az maliyetle çözümünü sağlayacak bir alternatif geliştirilmesi hususu önemini korumaktadır.

Sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, İMKB nezdindeki uyuşmazlık çözüm mekanizmasının dışında bir başka alternatif geliştirilmesi ve uyuşmazlık çözümünde arabuluculuk yönteminin uygulanması halinde hem “borsa işlemi” tanımına girmeyen uyuşmazlıklarda yaşanan yargı dışı bir alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması bulunmaması sorunu giderilecek, hem de “borsa işlemi” tanımı kapsamına giren uyuşmazlıklar için İMKB nezdindeki uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurmadan önce başvurabilecekleri bir ilave yöntem sağlanmış olacaktır. Arabuluculuk tamamen gönüllü bir

süreç olduğundan uyuşmazlık tarafları herhangi bir başka yönetme başvurmadan önce tarafsız bir üçüncü kişinin yardımı ile uzlaşmaya varmaya çalışabilirler.

SPKn'nun 40/B maddesi uyarınca sermaye piyasasının ve aracılık faaliyetlerinin gelişmesini sağlamak üzere araştırmalar yapmak, üyelerinin dayanışma ve sermaye piyasasının gerektirdiği özen ve disiplin içerisinde çalışmalarına yönelik meslek kurallarını oluşturmak, haksız rekabeti önlemek amacıyla gerekli tedbirleri almak, kendisine mevzuatla bırakılan veya Kurulca belirlenen konularda düzenlemeler yapmak, yürütmek, denetlemek, statüsünde öngörülen disiplin cezalarını vermek amacıyla ilgili hususlarda üye kuruluşları temsilen ilgili kuruluşlarla işbirliği yapmak, mesleki gelişmeleri, idari ve yasal düzenlemeleri izleyerek, bu konuda üyeleri aydınlatmakla görevli ve yetkili olarak kurulan TSPAKB'nin Statüsü 11.02.2001 tarih ve 24315 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve TSPAKB organlarının oluşturulması üzerine faaliyete başlamıştır.

TSPAKB Statüsü'nün 6'ncı maddesinin g bendinde *“üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak”* TSPAKB'nin görevleri arasında sayılmıştır.

Sermaye piyasasının değişen yapısına hızlı bir uyum sağlanmasında ve piyasada etik standartların oluşturulmasında etkin bir rol oynaması gereken TSPAKB tarafından bu amaçla Üyelerin Sermaye Piyasası Faaliyetlerini Yürütürken Uyacakları Meslek Kuralları ve Disiplin Yönetmeliği yayımlanmıştır.

Aracı Kuruluşlar ile yatırımcılar arasında sermaye piyasası faaliyetlerinden özellikle *“borsa işlemi”* dışındaki işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde öz düzenleyici bir kuruluş olarak TSPAKB'nin aktif bir rol oynamasının, hem TSPAKB Statüsü'nde yer alan *“üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak”* görevinin yerine getirilebilmesi, hem de yatırımcılara sermaye piyasası işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde *“borsa işlemi”* tanımı dışındaki uyuşmazlıklar için yaşanan boşluğu dolduracak nitelikli bir alternatifin sunulabilmesi bakımından faydalı olacağı düşünülmektedir.

TSPAKB'nin üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak görevini yerine getirirken taraflar arasındaki uyuşmazlığın tarafsız ve uzman üçüncü kişiler aracılığı ile bir uzlaşma temeline oturtulması ve tüm tarafları tatmin eden bir anlaşma zemininin yaratılması temeline dayanan arabuluculuk yönteminden yararlanılması mümkündür.

Özü itibarı ile bir uyuşmazlık çözme yöntemi olmasına karşılık, verilen kararların bağlayıcı olmaması ve çeşitli tekniklerle tarafların kendi çözümlerini yaratarak kabul edilebilir bir uzlaşım noktasında buluşmaları temeline dayanan ve bu yüzden de yargısal bir yetki devri anlamına gelmeyecek olan arabuluculuk yönteminin, sermaye piyasalarında uzman kişilerden oluşan bir arabulucu listesinin oluşturulması ve arabulucuların taşınmaları gereken koşullara ilişkin kuralların belirlenmesi sureti ile TSPAKB tarafından uygulanması, yatırımcılara *“borsa işlemi”* dışındaki işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir alternatif sağlayacaktır.

Daha önce de ifade edildiği üzere uyuşmazlıkların arabulucuların yardımı ile yargılama konusu olmaksızın tarafların aralarında varacakları bir uzlaşma ile

çözümlemesine ilişkin arabuluculuk yönteminin sağlıklı olarak işleyebilmesinde en önemli etken, tarafların uzlaşmaya yatkın olmaları kadar, uyuşmazlığın çözümünde görev alacak arabulucuların tarafsız ve uzman kişiler arasından seçildiğine olan güvenin tam olmasıdır. TSPAKB bünyesinde arabuluculuk yönteminin uygulanması sureti ile uyuşmazlık çözümü çalışmalarında bulunulması halinde arabulucuların taşımak zorunda oldukları niteliklere ve uymak zorunda oldukları kurallara ilişkin ilkeler ile arabulucuların tarafsızlıklarına gölge düşürebilecek koşulları açıklama zorunluluklarının TSPAKB tarafından belirlenmesi gerekecektir. Arabulucu listeleri oluşturulurken sermaye piyasalarında tecrübeli olan, bilgili ve tarafsız kişilerden faydalanılmalı ve bu kişilerin özgeçmişleri kamuya periyodik olarak duyurulmalıdır. Arabulucu listelerine alınacak kişilerde asgari olarak, özellikle hukuk ve sermaye piyasası alanlarında uzmanlaşmış teknik kişiler veya akademisyenler olmaları, sermaye piyasalarında belli bir süre çalışmış ve gerekli tecrübeye sahip olmaları ve belirli bir eğitim düzeyine sahip olmaları şartlarının aranması gerekmektedir.

Bu çerçevede, TSPAKB bünyesinde etkin bir arabuluculuk sisteminin geliştirilmesi halinde, öncelikle yatırımcılara, sermaye piyasası faaliyetleri nedeni ile aracı kuruluşlarla aralarında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde faydalanabilecekleri alternatif bir yöntem olarak arabuluculuğun tanıtılması, özellikle arabuluculuk sürecinin tamamen tarafların iradesine bağlı olarak başlayacağı ve taraflarca ön görülen sürede tamamlanacağı, arabuluculuk sonucunda ortaya çıkan kararların bağlayıcı olmayacağı ve hiçbir şekilde adli yargıda hak aramalarını engellemeyeceği hususlarında bilgilendirilmeleri gerekmektedir. Tarafların izin vermesi halinde başarılı arabuluculuk çalışmalarının duyurulması da bu yöntemin tanıtılması açısından faydalı olacaktır. Ayrıca, uyuşmazlık konusunun borsa işlemi tanımına girmesi halinde de taraflar arabuluculuk yönteminden yararlanma hakkından mahrum edilmemelidir. Zira, uyuşmazlıkların İMKB nezdindeki uyuşmazlık çözümleme prosedürüne tabi olması halinde de tarafların her aşamada uyuşmazlığı sulhen çözümleme imkanı bulunmaktadır.

Ayrıca, TSPAKB tarafından yatırımcılar ile aracı kuruluşlar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk hizmeti sunulması durumunda asıl olarak “borsa işlemi” tanımına girmemesi nedeni ile İMKB nezdindeki uyuşmazlık çözümleme prosedüründen yararlanamayan yatırımcılara adli yargı sistemi dışında düşük maliyetli, hızlı ve etkin bir alternatif uyuşmazlık çözümleme mekanizması sunulması sağlanacak olmakla birlikte, uyuşmazlık konusunun “borsa işlemi” tanımına girmesi halinde de tarafların uyuşmazlığın her aşamasında sorunu sulhen çözümleme hakkına sahip oldukları düşüncesinden hareketle arabuluculuk yönteminden yararlanmalarına imkan sağlanmalıdır.

V. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Tüm hukuksal uyuşmazlıklarda olduğu gibi aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da uyuşmazlığın adil, hızlı, etkin ve tarafsız bir şekilde çözüme bağlanması önemli bir amaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların kısa sürede çözümlenmesi, sermaye piyasalarının dinamik ve değişken yapısından dolayı uyuşmazlık konusu maddi kayıpların kısa sürede ve hızla büyüebilmesi riski nedeniyle de önemlidir. Sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin etkin sistemler oluşturulabilmesi, aynı zamanda yatırımcıların korunduğu ve hak kayıplarının önlediği güvenli bir piyasanın oluşturulması anlamına da gelmektedir.

Öte yandan, hukuk sistemimizde belirli alanlardaki davalara bakmakla görevli ihtisas mahkemelerinin bulunmaması ve uzmanlık gerektiren sermaye piyasası işlemleri ile ilgili uyuşmazlıklara ilişkin davalarda karar verilmesi için bilirkişi raporuna başvurmanın zorunlu hale gelmesi dava sürecinin uzamasına neden olmakta ve değişken ekonomik koşulların da etkisi ile yatırımcı zararları gittikçe büyümektedir.

Hukuki uyuşmazlıklar nihai olarak mahkemeler ve hakem mahkemeleri marifeti ile çözümlenmektedir. Ancak, bugün gerek mahkemelerde gerekse hakem mahkemelerinde, uyuşmazlıkların geç sonuçlandığı ve yargılamanın pahalıya mal olduğu, mahkemelerde ve hakem mahkemelerinde açılan davaların taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri tahrip ettiği şeklindeki yaklaşım, genellikle tarafsız bir üçüncü kişinin telkin, tavsiye, teklif ve gayretleriyle uyuşmazlıkların mahkemeler ve tahkim dışında veya onlara paralel olarak çözümlenmesine ilişkin bir grup ihtiyari uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ifade edilebilecek olan **ADR yöntemlerinin** uyuşmazlık çözümünde etkin olarak uygulanması arayışını beraberinde getirmiştir. Bu sebeple pek çok ülkede yargı reformu adı altında ADR yöntemlerinin teşvik edilmesine ilişkin çalışmalar yapılmaktadır. Buna karşılık, ülkelerin genel hukuk sisteminde ADR yöntemlerinin yaygın olmaması veya teşvik edici mekanizmaların bulunmaması bu yöntemleri tanımayan tarafların ve hukuk danışmanlarının, tarafsız ve görüşme tekniklerinde eğitilmiş bir kişinin yardımıyla tarafların gayri resmi ve gönüllü olarak karşılıklı kabul edilebilir bir çözüme varmalarını sağlayan bir süreç olarak tanımlanabilecek **arabuluculuk** yöntemi özelinde tüm ADR yöntemlerine mesafeli yaklaşmalarına neden olmaktadır. Bu nedenle, hukuk danışmanlarının arabuluculuk ve diğer ADR yöntemleri konusunda bilinçlenmeleri önemlidir. Ülkemiz hukuk sisteminde Avukatlık Kanunu'nda 02.05.2001 tarihinde yapılan değişiklikle, uyuşmazlıklarda **avukatlara arabuluculuk yapma hak ve yetkisinin tanınmış olması** bu yöntemin uygulanabilirliği konusunda önemli bir adım teşkil etmektedir.

Sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde genel yargı sistemi dışında alternatifler sunulması ve **arabuluculuk yönteminin uygulanmasında öz düzenleyici kuruluşların önemli bir fonksiyon üstlendikleri** görülmektedir. Sermaye piyasaları öz düzenleyici kuruluşlarının temel ve en önemli faaliyet alanlarından biri de yatırımcıların sermaye piyasaları ile ilgili olarak karşılaşmış oldukları uyuşmazlıkları arabuluculuk ve hakem tayini yöntemi ile çözüme kavuşturmalarıdır.

Ülkemizde ise sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde genel yargı sistemi dışındaki ilk alternatifi İMKB bünyesindeki borsa uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin düzenlemeler oluşturmaktadır. Diğer taraftan 11.02.2001 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren TSPAKB Statüsü’nün TSPAKB’nin görevlerine ilişkin 6’ncı maddesinin (g) bendi uyarınca “*üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak*”la görevlendirilen TSPAKB bünyesinde de genel yargı sistemi dışında alternatif bir yöntem sunulmasına imkan sağlanmıştır.

Bu çerçevede, aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak, 91 sayılı KHK ve İMKB Yönetmeliği çerçevesinde, borsa üyeleri ile yatırımcılar arasında veya üyelerin kendi aralarında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde alternatif bir uyuşmazlık çözümleme sistemi öngörülmüştür. 91 sayılı KHK’nin 13’üncü maddesinde “*Borsa üyeleri arasındaki borsa işlemlerinden doğan ihtilafların hal mercii borsa yönetim kurullarıdır. Borsa yönetim kurullarının kararlarına karşı SPKr’na itirazda bulunulabilir. SPKr’nun bu ihtilaflar konusundaki kararları nihaidir. Borsa üyeleri ile müşterileri arasındaki ihtilaflar için de borsa yönetim kurullarına başvurulabilir. Bu tür ihtilaflar için tarafların yargı mercilerine başvurma hakları saklıdır.*” hükmü yer almaktadır.

Borsa uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin bu yöntem, idari örgütlenme içerisinde bir çözüm yolu olduğu ve yatırımcı açısından adli yargıya başvuru hakkının bulunduğu dikkate alındığında, uyuşmazlıkların, daha çabuk, masrafsız ve özellikle yatırımcılar açısından kolaylaştırılmış bir şekilde çözülmesini amaçlayan ve genel yargı ile tahkim yargısı dışında önemli bir alternatif uyuşmazlık çözüm prosedürü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte İMKB bünyesindeki söz konusu sistem sadece “**borsa işlemi**”nden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için öngörülmüş olup, aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında sermaye piyasası faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların tümünü, örneğin sözleşmelerde yer alan yükümlülüklerin ifa edilmemesi gibi hususları kapsamamaktadır.

Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik’in 54’üncü ve İMKB Yönetmeliği’nin 35’inci maddesi çerçevesinde borsa işlemi, borsa yönetim kurulunca atanan borsa eksperleri huzurunda borsaya intikal eden menkul kıymet arz ve talebinin rekabet koşulları altında gerçekleşmesi ve gerçekleşen alım veya satım emirlerinin tasfiyesi amacıyla tarafların karşılıklı yükümlülüklerini yerine getirmesiyle işlemin tamamlanması şeklinde tanımlanmaktadır. Bu çerçevede, borsa işlemi tanımına girmeyen müşterinin borcuna temerrüt faizi uygulanması, müşteri virman talimatının yerine getirilmemesi, portföy yönetimi işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar, hisse senedine ilişkin rüçhan haklarının kullanılmaması ve temettü bedelinin tahsil edilmemesi gibi konulara ilişkin uyuşmazlıklar İMKB nezdindeki uyuşmazlık çözümleme prosedüründen yararlanamamaktadır.

Dolayısıyla, İMKB tarafından borsa uyuşmazlığı çerçevesinde üyeler ile yatırımcılar arasında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin alternatif bir yöntem getirilerek uyuşmazlık çözümünün belirli süre sınırları içerisinde gerçekleştirilmekte olması, yatırımcı şikayetlerinin kısa sürede sonuçlandırılması ve yatırımcı lehine verilen kararların üyeler tarafından yerine getirilmemesi halinde gerekli maddi tazminin üyenin İMKB nezdindeki

teminatlarından bizzat İMKB tarafından sağlanması nedenleri ile sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümünde çok önemli bir işlev yerine getirmesine ve 2001 yılı içerisinde İMKB disiplin ve uyuşmazlık komitelerince 417 adet uyuşmazlığın çözümüne ilişkin çalışmalarda bulunulmasına karşılık, “borsa işlemi” tanımına girmeyen uyuşmazlıkların da kısa sürede ve daha az maliyetle çözümünü sağlayacak etkin bir alternatif oluşturulması hususu önemini korumaktadır.

Ülkemizde sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların genel yargı sistemi dışında çözümüne ilişkin bir yeni düzenleme ise TSPAKB Statüsü'nün 6'ncı maddesinin (g) bendi ile TSPAKB'ne “*üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak*” görevinin verilmiş olmasıdır. Bu kapsamda olmak üzere “borsa işlemleri” ile ilgili uyuşmazlıkların dışındaki uyuşmazlıkların çözümünde adli yargı dışında alternatif bir yöntem geliştirilmesine duyulan ihtiyacın TSPAKB'ne verilen uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak görevi çerçevesinde etkin bir sistem geliştirilmesi ile sağlanabileceği düşünülmektedir.

TSPAKB'nin “üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıklara yardımcı olmak” fonksiyonunun etkin bir şekilde yerine getirilebilmesi için ADR yöntemlerini içeren hizmetlerin sunulmasını sağlayacak gerekli hukuki ve teknik alt yapının oluşturulması gerekmektedir.

Genellikle yatırımcılar ile aracı kuruluşlar arasındaki uyuşmazlıklar karmaşık problemleri içermektedir. Sistemin hızlı işlemesi, çabuk ve pahalı olmayan çözüm yöntemlerini gerektirmiş olup, pek çok ülkede alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin uygulamalar, konumuz ile sınırlı olarak ele alındığında ise **arabuluculuk yöntemi** önem kazanmıştır. Arabuluculuk, tarafsız ve görüşme tekniklerinde eğitilmiş bir kişinin yardımıyla tarafların gayri resmi ve gönüllü olarak karşılıklı kabul edilebilir bir çözüme varmalarını sağlayan bir süreçtir. Arabuluculuğu diğer uyuşmazlık çözümlerinden ayıran özellik arabulucunun herhangi bir çözümü zorlamaması, daha çok tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardım etmesidir. Arabuluculuk yönteminde uyuşmazlığın çözümüne ilişkin çalışmalar tarafların ihtiyaçlarına ve arabulucunun tarzına bağlı olarak her uyuşmazlık konusunda farklılık göstermektedir. Genellikle taraflar sorunu görüşmek üzere yüz yüze bir araya getirilmekte ve arabulucu iki taraftan edindiği bilgiler çerçevesinde taraflar arasındaki karşıtlığı azaltarak onları konuya ilişkin anlamlı bir diyalog zeminine getirmeye, daha önce yeterli düzeyde değerlendirilmediği ve tartışılmadığı düşünülen konuları tartışmaya açmaya, tarafların durumlarını teklif ve önerilerini daha anlaşılır ve net bir dille ifade etmelerini sağlamaya, gözden kaçırdığı konulara dikkat çekmeye ve tarafların gerçek çıkarını ortaya koymaya, taraflara birbirlerinin görüşlerini ve yaklaşım açılarını anlama konusunda yardım etmeye, tarafların taleplerini gerçekçi bir çizgide sınırlamaya, alternatif çözüm yolları ve öneriler geliştirmeye ve taraflar arasında olumlu bir iletişim geliştirerek beklenmedik tepkileri önlemeye çalışmaktadır.

Arabuluculuk sürecinden beklenen faydanın elde edilmesinin önündeki engeller taraflar arasında sağlıklı bir iletişim kurulamaması ve arabuluculuk sürecinin sonuçsuz bir para ve zaman kaybı olarak algılanmasıdır. Oysa, uyuşmazlık çözümlenemese dahi

arabuluculuk sürecine düzgün hazırlanmak tarafları daha sonraki yargılama süreçlerine hazır duruma getirir. Süreç sonucunda taraflar ve temsilcileri kendi durumlarını daha iyi kavrarlar. Arabuluculuk süreci çok hızlı ilerlediği için mutlak çözümü çok fazla geciktirmez. Bir günün sonunda bile artan iletişimden ötürü taraflar davayı daha ilerde anlaşmaya vardiacak bir pozisyona gelebilirler. Tam anlaşmaya varılamasa da sorunun bazı kısımları arabuluculukla çözülmekte ve yargısal sürece çözülecek daha az sorun bırakılmaktadır. Arabuluculuk başarılı olmasa bile taraflar arasındaki iletişimi geliştirecek uyumsuzluk konusunun belirli ve sınırlı bir temele oturtulmasını sağlayacak, teklifleri belirginleştirecek ve gerçekçi olmayan yaklaşımları önleyecektir. Bu suretle dava konusunun zayıf ve güçlü yönlerini ortaya çıkaracaktır. Bazı konularda ise anlaşmaya varmak herkes için önemli zaman ve para tasarrufu anlamına gelir ki, bu da arabuluculuğu cazip kılmaktadır.

Bu çerçevede, TSPAKB'nin üyeleri arasındaki ve konumuz bakımından ele alındığında ise üyeleri ile müşterileri arasında “borsa işlemleri” dışındaki işlemlerden doğan uyumsuzlukların çözümüne yardımcı olmak görevini yerine getirirken, taraflar arasındaki uyumsuzluğun çözümünde tarafsız ve uzman üçüncü kişiler aracılığı ile sağlanacak bir uzlaşma temelini yaratacak olan arabuluculuk yönteminden yararlanması uyumsuzlukların kısa sürede ve etkin bir şekilde çözülmesi amacının gerçekleştirilmesinde faydalı olacaktır.

Özü itibarı ile bir uyumsuzluk çözme yöntemi olmasına karşılık verilen kararların bağlayıcı olmaması ve çeşitli tekniklerle tarafların kendi çözümlerini yaratarak kabul edilebilir bir uzlaşma noktasında buluşmaları temeline dayanan ve bu yüzden yargısal bir yetki devri anlamına da gelmeyecek olan arabuluculuk yönteminin TSPAKB tarafından uygulanmasına ilişkin herhangi bir hukuki engel de bulunmamaktadır.

Arabuluculuk yönteminin sağlıklı olarak işleyebilmesinde en önemli etken, tarafların uzlaşmaya yatkın olmaları kadar, uyumsuzluğun çözümünde görev alacak arabulucuların tarafsız ve uzman kişiler arasından seçildiğine olan güvenin tam olmasıdır. Bunu sağlamak için ise arabulucuların taşımak zorunda oldukları niteliklere ve uymak zorunda oldukları kurallara ilişkin ilkeler ile arabulucular hakkında tam bilgilendirmenin sağlanabilmesi için arabulucuların açıklama yapması zorunlu olan hususların belirlenmesi gerektiği dikkate alınarak, TSPAKB tarafından **arabulucu listeleri** oluşturulmalı ve arabulucu listeleri oluşturulurken esas alınan kriterler açıklanmalı, sermaye piyasalarında tecrübeli, bilgili ve tarafsız kişilerin belirlenmesini teminen arabulucu listelerine alınan kişilerin detaylı öz geçmişleri kamuya periyodik olarak duyurulmalıdır. Arabulucu listelerine alınacak kişilerde asgari olarak, özellikle hukuk ve sermaye piyasası alanlarında uzmanlaşmış teknik kişiler veya akademisyenler olmaları, sermaye piyasalarında belli bir süre çalışmış ve gerekli tecrübeye sahip olmaları ve belirli bir eğitim düzeyine sahip olmaları şartlarının aranması gerekmektedir.

TSPAKB tarafından **arabulucuların taşınmaları gereken koşullara ve arabuluculuk faaliyeti süresince uymaları gereken etik kurallara ve standartlara ilişkin düzenlemelerin yapılması** ve gerekli koşulları taşıdığı tespit edilen sermaye piyasalarında uzman kişilerden oluşan arabulucu listelerinin oluşturulması suretiyle yatırımcılara “borsa işlemi” dışındaki işlemlerden kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünde adli yargı sistemi dışında bir alternatif sunulması sağlanabilecektir.

TSPAKB bünyesinde sermaye piyasası uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin olarak bir arabuluculuk sisteminin oluşturulması halinde, arabuluculuk yöntemine, sürecine ve arabuluculara ilişkin standartların belirlenmesi gerekmekte olup, söz konusu standartların asgari olarak;

1) Arabuluculuk sürecinin tarafların **gönüllülük** esasına dayanması, baskısız bir anlaşmaya varma yöntemi üzerine kurulması ve isteyen tarafın arabuluculuk sürecinden istediği zaman çekilebilmesi,

2) Arabulucunun işini **tarafsızlık** ilkesi çerçevesinde yapması ve arabulucunun sadece tarafsız kalabildiği konularda arabuluculuk yapmasına imkan sağlayacak şekilde arabuluculuktan çekilmesi imkanı sağlanması,

3) Arabulucunun **tarafsızlığını etkileyebilecek koşulları açıklaması**, arabulucunun kendisiyle ilgili tüm gerçek ve olası çıkar çatışmalarını taraflara açıklaması ve açıklamadan sonra tüm taraflar arabulucuyu kabul etmeden devam edilmemesi,

4) Tüm tarafların rızası olmadan, arabulucunun taraflardan biriyle sürecin bütünlüğüne gölge düşürecek, uyuşmazlık konusuyla ilgili veya ilgisiz herhangi bir profesyonel ilişkiye girmemesi,

5) Tarafların makul beklentilerini karşılayacak niteliklere sahip herkesin arabuluculuk yapması mümkün olmakla birlikte, atanan arabulucuların **yeterli eğitim ve deneyime** sahip olmaları gereğinin yerine getirilmesi ve arabulucuların eğitimleri ve deneyimleri konusunda yeterli bilginin taraflara açık olması,

6) Yasal bir zorunluluk olmadıkça arabulucunun, **gizlilik ilkesi** çerçevesinde taraflardan birinin gizli tutulmasını istediği bir bilgiyi açıklayamaması,

7) Arabulucunun süreci adil, gayretli ve gönüllülük ilkesiyle uyumlu bir biçimde yönetmesi,

8) **Arabulucu reklamlarının gerçeğe uygun ve aldatıcı olmaması** ilkesi çerçevesinde reklamların ve kamuya yapılan diğer iletişimlerin verilen hizmetler, arabulucunun eğitimi ve uzmanlığı konusunda doğru bilgilendirme içermesi, buna karşılık garantili sonuçlara ilişkin vaatlere yer verilmemesi,

9) **Ücret sisteminin arabuluculuğu teşvik eder düzeyde belirlenmesi** ve arabulucunun tarafları sürecin başlangıcında ücretler konusunda yeterli şekilde bilgilendirmesi ve arabulucunun görevden çekilmesi halinde ücret iadesine ilişkin esasların belirlenmesi,

10) Arabulucuların, kamuyu arabuluculuk konusunda eğitmek isteyenlere yardımcı olmaları, suistimalleri engellemek ve profesyonel bilgi ve yeteneklerini geliştirmek için gerekli çabayı göstermeleri ve görüşme tekniklerinin geliştirilmesine ilişkin eğitim çalışmalarında bulunulması,

hususlarını içermesi sağlanmalıdır.

Bu çerçevede, TSPAKB bünyesinde etkin bir arabuluculuk sisteminin geliştirilmesi, öncelikle yatırımcılara, sermaye piyasası faaliyetleri nedeni ile aracı kuruluşlarla aralarında

meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde faydalanabilecekleri alternatif bir yöntem olarak **arabuluculuğun tanıtılması** ve yatırımcıların, arabuluculuk sürecinin tamamen tarafların iradesine bağlı olarak başlayacağı ve taraflarca öngörülen sürede tamamlanacağı, arabuluculuk sonucunda ortaya çıkan kararların bağlayıcı olmayacağı ve hiçbir şekilde adli yargıda hak aramalarını engellemeyeceği hususlarında bilgilendirilmelerini gerektirmektedir. Arabuluculuk yönteminin tanıtılması bakımından tarafların izin vermesi halinde başarılı arabuluculuk çalışmalarının duyurulması da faydalı olacaktır. Ayrıca, TSPAKB tarafından oluşturulacak arabulucu listelerinin tüm arabulucuların ayrıntılı bir tanıtımını içerir şekilde kamuya duyurulması ve ücret tarifelerinin açıkça ilan edilmesi gerekmektedir. Aracı kuruluşlarla yatırımcılar arasında sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde TSPAKB nezdinde oluşturulacak arabuluculuk sisteminin etkin bir şekilde çalıştırılabilmesi için TSPAKB'ne ulaşan şikayetlerde tarafların arabuluculuk sürecine tabi olmalarının zorunlu tutulmasının faydalı olacağı düşünülebilir. Ancak, özü itibarı ile gönüllü bir süreç olan arabuluculuğun başarıya ulaşması için tarafların kendi istekleri ile anlaşmaya çalışmaları gerektiğinden, tarafları arabuluculuk sürecine zorlamak yerine arabuluculuğun tanıtılarak yaygınlaştırılmasına çalışılmalıdır. Bu kapsamda, taraflar arasındaki sözleşmelerde çıkabilecek uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvurulacağına dair hüküm konulması hususunda gerekli bilgilendirme ve tanıtımın yapılması ve tarafların teşvik edilmesi yararlı olacaktır. Arabuluculuk yönteminin uygulanmasına ilişkin olarak taraflar arasında herhangi bir anlaşma bulunmaması durumundaysa, TSPAKB kendisine iletilen bir uyuşmazlık konusunda taraflara ulaşarak, arabuluculuk yöntemini tanıtmalı ve tarafları çözüm üretmek için bir araya gelmeye ikna etmeye çalışmalıdır.

Ayrıca, TSPAKB tarafından yatırımcılar ile aracı kuruluşlar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk hizmeti sunulması durumunda asıl olarak “borsa işlemi” tanımına girmemesi nedeni ile İMKB nezdindeki uyuşmazlık çözümleme prosedüründen yararlanamayan yatırımcılara adli yargı sistemi dışında düşük maliyetli, hızlı ve etkin bir alternatif uyuşmazlık çözümleme mekanizması sunulması sağlanacak olmakla birlikte, uyuşmazlık konusunun “borsa işlemi” tanımına girmesi halinde de tarafların uyuşmazlığın her aşamasında sorunu sulhen çözümleme hakkına sahip oldukları düşüncesinden hareketle arabuluculuk yönteminden yararlanmalarına imkan sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- BALCI, Muharrem
1999, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, Danışman Yayınları, İstanbul.
- BARRY, A. Graeme
1999, In the Shadow of the Rule of Law: ADR and Provincial Superior Courts, Canadian Forum on Civil Justice, Issue 2, Alberta.
- BUSSIN L.N. ve GEORGE A.
1995, ADR and the Canadian Courts: A Time for Change, Arbitration and Dispute Resolution Law Journal-December, London.
- ÇITAK, Serdar
1996, Sermaye Piyasalarında Uyuşmazlıkların Çözümünde Hakem Tayini (Arbitration) Yöntemi ve Amerika Birleşik Devletleri Uygulaması, Denge Ofset, İstanbul.
- DAYINLARLI, Kemal
1997, HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara.
- ERATALAY, Süleyman
1998, Öz düzenleyici Kuruluşlar ve Uyuşmazlıkların Çözümünde Öz Düzenleyici Kuruluşların Rolü, Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği İçin Bir Örnek Statü, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara.
- ERATALAY, Süleyman
2002, Sermaye Piyasalarında Arabuluculuk ve Amerika Örneği, Sermaye Piyasası Kurulu Meslek Personeli Derneği Bülteni, Sayı 2, Ankara.
- FERRAN, Eilis
2001, Dispute Resolution Mechanisms in the UK Financial Sector, University of Cambridge.
- FSA HAND BOOK
2002, Dispute Resolution: Complaints Chapter1: Complaint Handling Procedures for Firms, FSA.
- GOLDSMITH, J.C.
1995, Alternative Dispute Resolution in Europe, Report by the Working Group on Means of ADR, Paris.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref
1993, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara.

HILL, Richard

1995, Mediation and Lean Arbitration, Technial Arbitration and Conflict Resolution Hill & Associates, Switzerland.

KALPSÜZ, Turgut

1996, İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.

KONURALP, Aynur ve Haluk KONURALP

1998, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Borsa Uyuşmazlıkları, Ali BOZER'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara.

KURU, Baki

1991, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: 1, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

LEWICKI, R. J. ve LITTERER J. A.

1985, Negotiation, Richard D. Irwin Inc., Illinois.

MCMILLION R.

1996, Growing Acceptance for ADR, ABA Journal-May.

NASD Mediation

2001, An Alternate Path To Resolving Securities Disputes, NASD Alternative Despute Resolution.
www.nasdadr.com

NASD Mediation

2000, Mediation Myths & Realities, NASD Alternative Despute Resolution.

ÖZBEK, Mustafa

2001, Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk, Ankara Barosu Dergisi-3, Ankara.

PEKCANITEZ, Hakan

2000, Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler, İzmir Barosu Yayınları Yargı Reformu 2000 Sempozyumu-2. Oturum, İzmir.

ROSWENBERG, J.P.

1994, Keeping the Lid on Confidentiality Mediation Privilige and Conflict of Laws, The Ohio State Journal on Dispute Resolution-10, Ohio.

ŞANLI, Cemal

1996, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul.

ŞANLI, Cemal

2002 Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Yayınları, İstanbul.

ŞANLI, Cemal

1986, Uluslararası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara.

The SRO Consultative Committee of IOSCO

2000, Model for Effective Self Regulation Report, IOSCO.

TAŞKIN, Alim

2000, Hakem Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ankara.

WARBECK, J.

1998, ADR in the World of Business: A Comparative Analysis of the use of ADR in UK and Germany, the Arbitration and Dispute Resolution Law Journal-June.

YEĞENGİL, Rasih

1974, Tahkim, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

www.adr.org (American Arbitration Association)

www.europa.eu.int (European Union)

www.fos.org.uk (Financial Ombudsman Services)

www.fsa.gov.uk (Financial Services Authority)

www.iosco.org (International Organization of Securities Commissions)

www.nasd.org (National Association of Securities Dealers)

www.nyse.com (New York Stock Exchange)

www.spk.gov.tr (Sermaye Piyasası Kurulu)

www.tspakb.org.tr (Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği)

EK DİZİNİ

- EK/1** : “The American Arbitration Association”, “The American Bar Association”, ve “Society of Professionals in Dispute Resolution” tarafından hazırlanan ve NASD bünyesinde görev alacak arabulucular için zorunlu tutulan uygulama standartları.
- EK/2**: NASD bünyesindeki arabulucuların da hakemler gibi haklarında tam bilgilendirme sağlanabilmesi için uymaları zorunlu olan “Code of Arbitration Procedure”ün 10312 numaralı kuralı.

EK/1

“The American Arbitration Association”, “The American Bar Association”, ve “Society of Professionals in Dispute Resolution” tarafından hazırlanan ve NASD bünyesinde görev alacak arabulucular için zorunlu tutulan uygulama standartları:

“Model Standards of Conduct For Mediators”

Amaç:

"Model Standards of Conduct for Mediators"la üç ana işlevin yerine getirilmesi amaçlanmaktadır: Arabuluculuk uygulayıcılarına rehberlik etmek, arabuluculuk yapılan tarafları bilgilendirmek ve uyuşmazlık çözümlerinde arabuluculuk sürecine olan genel güveni artırmak. Bu standartlar arabuluculuk uygulamalarında ortaya çıkmış olan sorunları ve önemli noktaları dikkate alır. Eğitsel bir işlev yerine getireceği ve arabuluculuk yapan birey, organizasyon ve kurumlara yardım edeceği umuduyla sunulmuştur.

1) Tanım

Arabuluculuk, tarafsız bir üçüncü kişinin (arabulucu) bir uyuşmazlığın çözümünü, uyuşmaz tarafları gönüllü anlaşmaya iterek, kolaylaştırmasıdır. Arabulucu iletişimi artırarak, karşılıklı anlayışı öne çıkararak, tarafların kendi çıkarlarına odaklanmalarını sağlayarak ve yaratıcı çözümler ortaya koyarak uyuşmazların anlaşmaya varmasına yardımcı olur.

Arabuluculuğun yukarıdaki tanımını şekillendiren standartlar şunlardır:

a) Gönüllülük İlkesi : Arabulucu bilir ki, arabuluculuğun temeli tarafların iradesine dayanır. Bu ilke arabuluculuk sürecinin tarafların gönüllü ve baskı altında kalmaksızın anlaşmaya varma yetenekleri üzerine kurulmasını gerektirir. İsteyen taraf arabuluculuk sürecinden istediği zaman çekilebilir.

Arabulucu süreç hakkında bilgi verebilir, önemli noktalara dikkat çekebilir ve tarafların seçenekleri değerlendirmelerine yardım edebilir. Arabulucunun birinci görevi uyuşmazlığa gönüllü bir çözüm yolu bulunmasını sağlamaktır. Taraflara sunulan her seçeneği inceleme imkanı sağlanmalıdır.

Bir arabulucu tarafların tamamen bilgilendirilerek bir anlaşmaya vardıklarından kesin olarak emin olamaz, ama tarafların daha bilgili kararlar verebilmeleri için başka profesyonellere danışmalarının önemini onlara anlatmalıdır.

b) Tarafsızlık İlkesi : Arabulucu işini tarafsız bir şekilde yapacaktır.

Arabulucu tarafsızlığı, arabuluculuk sürecinin merkezidir. Arabulucu sadece tarafsız kalabildiği konularda arabuluculuk yapmalıdır. Eğer sürecin herhangi bir aşamasında tarafsızlığını sürdüremezse, arabuluculuktan çekilmesi zorunludur.

Arabulucu taraflardan birine meyleden bir tutum sergilemekten kaçınmalıdır. Arabuluculuk sürecinin başarısı tarafların arabulucunun tarafsızlığına olan inançlarıyla beraber artmaktadır.

Eğer arabulucu mahkeme veya başka bir kurum tarafından atanmışsa, atama yapan kurum arabulucunun tarafsızlığını sağlamak için çaba sarf edecektir.

Arabulucu, tarafların kişisel karakterleri, geçmişleri ve arabuluculuktaki performanslarından kaynaklanan haksızlıklara karşı koymalıdır.

c) Çıkar Çatışması Yaratan Hususların Açıklanması İlkesi: Arabulucu kendisiyle ilgili tüm gerçek ve olası çıkar çatışmalarını taraflara açıklayacaktır. Açıklamadan sonra, tüm taraflar arabulucuyu kabul etmeden, arabulucu sürece devam etmeyecektir. Çıkar çatışmalarına karşı koruma ihtiyacı arabuluculuk süresince ve sonrasında da hüküm sürer.

Çıkar çatışması, olası bir yakınlık izlenimi yaratabilecek her türlü ilişkidir. Arabulucu her türlü gerçek ve olası tarafsızlığına şüphe düşürecek çıkar çatışmasını açıklamakla sorumludur. Ancak tüm taraflar bu çıkar çatışmalarını öğrendikten sonra arabuluculuk sürecine devam etmeye karar verirlerse, arabulucu sürece devam edebilir. Eğer bu çıkar çatışması sürecin bütünlüğü üzerine ciddi kuşklar uyandırırsa, arabulucu devam etmeyi reddeder.

Tüm tarafların rızası olmadan, arabulucu taraflardan biriyle sürecin bütünlüğüne gölge düşürecek ilgili veya ilgisiz herhangi bir profesyonel ilişkiye girmeyecektir.

Arabulucu başka profesyonelleri tavsiye ederken çıkar çatışmalarından kaçınacaktır. Bunu doğrudan tavsiyede bulunmak yerine kurumsal danışmalık hizmeti sunan kuruluşlara tarafları yöneltmek de yapılabilir.

Bir arabuluculuk programının yöneticisi ve arabulucu arasında çıkar çatışması ortaya çıkabilir ve arabulucu bir davayı sonlandırmak için güçlü bir baskı altına alınabilir. Arabulucunun bağlılığı taraflara ve de sürece karşı olmalıdır. Sürecin dışından gelecek baskılar arabulucunun tarafları anlaşmaya varmaya zorlayacak şekilde etkilememelidir.

d) Yeteneklilik İlkesi: Arabulucu sadece tarafların makul beklentilerini karşılayacak niteliklere sahipse arabuluculuk yapacaktır.

Taraflar kişinin nitelikleri hususunda tatmin oldukları takdirde herkes arabulucu olabilir. Ama, eğitim ve deneyim etkin arabuluculuk için gereklidir. Kendini arabulucu olarak sunan bir kişi taraflara ve de topluma etkin bir arabuluculuk yapacak yeteneği olduğu beklentisini verir. Mahkemeye ilişkili veya diğer zorunlu arabuluculuklarda, atanan arabulucuların yeterli eğitim ve deneyime sahip olmaları gereklidir.

Arabulucuların eğitimleri ve deneyimleri konusunda yeterli bilgi taraflara açık olmalıdır. Bir arabulucu listesinde bulunmak için gerekenler halka ve ilgilenen kişilere açık bilgi olmalıdır.

Arabulucular bir mahkeme veya kurum tarafından atandıklarında, atamayı yapan kurum arabulucuların ilgili süreç için yeterli niteliklere sahip olduklarını göstermek için çaba harcamalıdır.

e) Gizlilik İlkesi : Arabulucu tarafların gizlilikle ilgili makul beklentilerini karşılayacaktır.

Tarafların gizlilik beklentileri, arabuluculuğun ve yapılabilecek anlaşmaların durumuna bağlıdır. Kanuni bir zorunluluk olmadıkça, arabulucu, taraflardan birinin gizli tutulmasını istediği bir bilgiyi tarafların tümü onaylamadan açıklayamaz.

Taraflar gizlilikle ilgili kendi kurallarını oluşturabilir ya da bireysel veya kurumsal arabulucunun kabul edilmiş uygulamaları birtakım gizlilik beklentileri dikte edebilir. Tarafların gizlilikle ilgili beklentileri önemli olduğu için arabulucu taraflarla bunları tartışmalıdır.

Eğer arabulucu taraflardan biriyle özel bir oturum düzenlerse, bu oturumun gizliliğine ilişkin hususlar oturum düzenlenmeden önce tartışılmalıdır.

Arabuluculuk sürecinin bütünlüğünü korumak için arabulucu tarafların süreçte nasıl davrandıkları, davanın değeri ve anlaşma teklifleri konularında bilgi taşımaktan kaçınmalıdır. Ama eğer gerekiyorsa arabulucu tarafların planlanmış bir arabuluculuk sürecinde olduklarını rapor edebilir.

Taraflar arabuluculuk sürecinde açığa çıkan bilgilerin bir kısmının ya da tamamının gizli olduğu hususunda anlaşılırsa, arabulucu bu anlaşmaya uymalıdır.

Gizlilik, arabuluculuk programlarının sorumlu kişiler tarafından gözlenmesini, araştırılmasını ve değerlendirilmesini sınırlamak veya yasaklamak olarak yorumlanmamalıdır. Uygun koşullar oluştuğunda, araştırmacıların istatistiksel verilere, tarafların izniyle dava dosyalarına, arabuluculuğu canlı gözlemlemesine ve katılımcılarla görüşmesine izin verilmelidir.

2) Sürecin Niteliği

Arabulucu, süreci adil, gayretli ve gönüllülük ilkesiyle uyumlu bir biçimde yönetmelidir.

Arabulucu sürecin nitelikli olması için çalışacaktır ve taraflar arasında karşılıklı saygıyı destekleyecektir. Nitelikli süreç arabulucunun gayretli ve adil olmasını gerektirir. Süreçteki her tarafın tartışmalara katılmasında fırsat eşitliği olmalıdır. Ne zaman ve hangi koşullar altında anlaşmaya varılacağına ya da sürecin sonlanacağına taraflar karar verir.

Arabulucu sürece, etkin bir arabuluculuk için gerekli dikkati üstlenmeye hazır olduğunda arabulucu sürece başlayabilir.

Arabulucu davayı sadece tarafların sürecin zamanlama beklentilerini karşılayabilecekse kabul etmelidir. Arabulucu sürecin taraflar veya temsilcileri tarafından gereksiz biçimde geciktirilmesine izin vermemelidir.

Arabuluculuk sürecinde üçüncü kişilerin bulunması ya da bulunmaması tarafların ve de arabulucunun anlaşmasına bağlıdır. Taraflar ve arabulucu üçüncü kişilerin özel oturumlardan ya da bütün süreçten dışlanmasına karar verebilirler.

Arabulucunun asıl amacı tarafların gönüllü anlaşmalarını kolaylaştırmaktır. Bu rol diğer müşteri-profesyonel ilişkilerinden oldukça farklıdır. Arabulucu rolüyle, danışman rolünü karıştırmak sorun çıkarabilir ve arabulucular bu rolleri ayırmak için uğraşmalıdırlar. Bundan ötürü arabulucu profesyonel tavsiyede bulunmaktan çekinmelidir. Gerektiğinde

arabulucu tarafları profesyonel tavsiye almaya veya anlaşmazlıklarını tahkimle veya diğer süreçlerle çözmeye ikna edebilir. Tarafların isteği üzerine ek bir anlaşmazlık çözümü rolünü üstlenen arabulucu aynı zamanda artan sorumluluğu ve diğer süreçlerin standartlarından kaynaklanan zorunlulukları da kabul eder.

Hizmet veremediğinde ya da tarafsızlığını koruyamadığında arabulucu süreçten çekilmelidir.

Arabulucu eğer süreç yasal olmayan davranışlara yol açıyorsa ya da taraflardan biri uyuşturucu, alkol veya fiziksel ya da zihinsel özür lülüğünden ötürü katılamıyorsa süreçten çekilebilir ya da oturumu erteleyebilir.

Arabulucular süreçteki davranışlarının yüksek anlaşma yüzdesine ulaşma isteğiyle yönlendirilmesine imkan vermemelidirler.

3) Reklam ve Danışmanlık

Arabulucu, arabuluculuk reklamlarında samimi olmalıdır. Reklam ya da kamuyla yapılan diğer iletişimlerde verilen hizmetler, arabulucunun eğitimi ve uzmanlığı konusunda doğru bilgilendirme yapılmalıdır. Arabulucular söz vermekten ve garantili sonuçlar vaat etmekten kaçınmalıdır.

Kamuyu bilgilendirmek ve sürece güven aşılama zorunludur. Bir reklamda ya da kamuyla iletişimde arabulucu toplantının yapılacağı ülke ya da özel kuruluşa sadece arabulucu gerekli statüyü usulen elde etmişe değinebilir.

4) Ücretlendirme

Arabulucu tüm karşılıkları ve ücretleri taraflara açıklayacak ve anlatacaktır. Taraflar sürecin başlangıcında ücretler konusunda yeterli şekilde bilgilendirilmelidirler ki verilen hizmeti kabul etsinler. Alınan ücret mantıklı olmalı ve arabuluculuk hizmeti, sorunun türü ve karmaşıklığı, arabulucunun uzmanlığı, ayrılan zaman ve piyasadaki ücretler göz önünde bulundurularak hesaplanmalıdır. Ücretlendirme konusunda anlaşmanın iyi bir yolu yazılı bir antlaşmayla düzenlemektir.

Görevinden çekilen bir arabulucu hak edilmemiş kazançları iade etmelidir. Arabulucu sürecin sonucuyla ilişkili bir ücretlendirme anlaşmasına girmemelidir. Yardımcı arabulucuların ücretlendirilmesinde kabul edilebilir bir yaklaşım sergilenmelidir. Arabulucu bir sorunun başka bir arabulucu ya da kişiye yönlendirilmesinden ücret almamalıdır.

5) Arabuluculuk Sürecinin Zorunlulukları

Arabulucular, arabuluculuk uygulamasının gelişmesini sağlamakla yükümlüdürler.

Arabulucular, arabuluculuk sürecinde yetkin kişilerdir. Kamuyu arabuluculuk konusunda eğitmek isteyenlere yardımcı olmaları, suistimalleri engellemek ve profesyonel bilgi ve yeteneklerini geliştirmek için bilgilerini kullanmaları zorunludur.

EK/2

NASD bünyesindeki arabulucuların da hakemler gibi haklarında tam bilgilendirme sağlanabilmesi için uymaları zorunlu olan “Code of Arbitration Procedure”ün 10312 numaralı kuralı:

“Code of Arbitration Procedure”ün 10312 Numaralı Kuralı

10312. Hakemlerin Açıklaması Gereken Durumlar ve Arabulucunun Diskalifiye Edilmesi

(a) Hakem nesnel ve tarafsız karar vermesine engel olabilecek durumları tahkim yöneticisine açıklamakla yükümlüdür. Hakemin açıklaması gerekenler:

1. Tahkim sonucunda oluşabilecek herhangi doğrudan ya da dolaylı, iktisadi ya da kişisel çıkar;
2. Süregelen ya da geçmiş herhangi bir iktisadi, mesleki, ailevi, sosyal veya diğer ilişki, tarafsızlığını etkileyebilecek veya eğilimli ve taraflı olduğu görüntüsüne neden olabilecek durumları (Hakem olarak görev alacak kişiler herhangi bir taraf veya temsilcisiyle, veya şahitlik yapacağı kendisine bildirilmiş bireylerle olan bu gibi ilişki ve durumlarını açıklamalıdır.).

(b) Hakem olarak atanmaları istenen kişiler (a) bendinde tanımlanan çıkar ilişkilerini veya özel durumlarını bildirmek için makul bir çaba göstermelidirler.

(c) (a) bendinde tanımlanan, hakemlerin nesnel ve tarafsız karar vermelerini engelleyecek çıkar ilişkisi veya durumların açıklanması zorunluluğu devam eden bir görevdir. Hakem olarak atanmayı kabul eden kişi tahkimin herhangi bir aşamasında, ortaya çıkan, hatırlanan veya keşfedilen çıkar, ilişki veya durumu açıklamakla yükümlüdür.

(d) Yönetici tarafından azledilme

1. Yönetici bir hakemi bu kurala uygun olarak açıklanması gerekli olan bilgiler ışığında azledebilir.
2. - İlk sorgu öncesi toplantısı veya
- Sorgu toplantısı,

başlangıcından sonra, sadece, hakem seçildiğinde taraflarca bilinmeyen bir bilgiye dayanarak yönetici hakemi azledebilir. Yönetici yetkisi sadece yönetici veya “NASD Dispute Resolution” Başkanı tarafından kullanılabilir.

(e) Hakem (a) bendinde tanımlanan nesnel ve tarafsız karar vermesine engel olabilecek herhangi bir çıkar, ilişki veya durumu açıkladıktan sonra geri çekilmediği ya da Yönetici tarafından azledilmediği sürece tahkim sürecine tabi taraflara kendisine hakem tarafından açıklanan bilgiyi verir.