

ARABULUCULUK – TAHKİM KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA

Av. Arb. Mehtap Şahin Altıntaş¹

Öz

Günlük hayatta karşılaşılan hukuki uyuşmazlıkların çözümünde kamu erkine dayalı yargı organının nihai karar merci oluşu, her bir bireyin zihnindeki "İdeal Devlet" algısının doğal ve beklenen bir sonucudur. Ancak yargılama fonksiyonunun sayısız toplumsal, sosyo psikolojik, ekonomik nedenlerle adalet amacından sapma göstermesi, bu uyuşmazlıkların tarafı olan özel ve tüzel kişilikler arasında adalet beklentisini yargılama erkine uğramadan karşılamaya yönelik girişimler arayışına yöneltmiştir. Bu arayışın bir sonucu olarak ortaya çıkan "Arabuluculuk" ve "Tahkim", ortak noktaları, özel nitelikleri ve olumsuz yönleriyle uyuşmazlıkların çözümü konusunda devletin tekelindeki yargılama faaliyetine alternatif olarak başvuru en yaygın uyuşmazlık çözüm yöntemlerindedir. Bu çalışmanın amacı sözü edilen bu iki uyuşmazlık çözüm yönteminin ortak ve ayırıcı noktalarını vurgulayarak karşılaştırmalı bir çalışma yapmaktır.

Anahtar Kelimeler

Arabuluculuk
Tahkim

Araştırma Makalesi

MEDIATION – ARBITRATION A COMPARATIVE STUDY

Abstract

The fact that the judiciary based on public power is the final decision maker in the resolution of legal disputes encountered in daily life is a natural and expected result of the "Ideal State" perception in the minds of each individual. However, the fact that the judicial function deviates from the purpose of justice due to numerous social, socio-psychological and economic reasons has led to the search for initiatives to meet the expectation of justice among the private and legal persons who are the parties to these disputes, without resorting to the judiciary. "Mediation" and "Arbitration", which emerged as a result of this search, are the most common dispute resolution methods used as an alternative to the judicial activity under the monopoly of the state for the resolution of disputes with their common points, special features and positive and negative aspects. The aim of this study is to make a comparative study by emphasizing the common and distinctive points of these two dispute resolution methods.

Keywords

Mediation
Arbitration

Research Paper

¹ İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2020, maltintas78@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2962-1452

1. GİRİŞ

Uluslararası ya da özel hukuka ilişkin her türlü uyuşmazlık, kural olarak yerel mahkemeler tarafından çözümlenmektedir. Yerel mahkemelerde verilen kararların taraflar bakımından bağlayıcı ve kesin olması, bu uyuşmazlık çözüm yolunun benimsenmesinin en önemli nedenidir. Özel hukuk bakımından, yerel mahkemelerde yargılama faaliyetinin başlayabilmesi için hukuki uyuşmazlık taraflarından birinin “davacı” sıfatı ile mahkemeye başvurması gerekir. Uyuşmazlığın diğer tarafı ise, “davalı” olarak gösterilerek yargılama sürecine dahil edilir. Dolayısıyla yerel mahkeme yargılamasında, kural olarak, davalı taraf kendi iradesi ile yargılama sürecine katılmamaktadır.²

Ortaya çıkan her uyuşmazlık için tarafların yargıya başvurusunun birçok olumsuz sonucu vardır. Bu durum, ilk olarak, yargıda iş yükünün artmasına ve artan iş yüküne paralel olarak yargılama süresinin uzamasına neden olmaktadır. Ayrıca, uyuşmazlığın taraflarından birisinin yargıya başvurusu, taraflar arasındaki iletişimi azaltmakta ve yine taraflar arasındaki zıtlaşmayı arttırmaktadır. Yerel mahkemelerdeki yargılama faaliyetinin uzun zaman alması, nihayetinde verilen kararın tarafların adalet duygusuyla örtüşmemesi, yargı mensuplarının liyakat sorunu gibi tüm bu olumsuz sonuçlar, devletleri, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm (Alternative Dispute Resolution- ADR) yollarını kabule sevk etmiştir.³

2. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile giderilen uyuşmazlık sayısı azımsanamayacak kadar çoktur. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nde uyuşmazlıkların % 80’inden fazlası alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözümlenmektedir.⁴ Uluslararası yatırım anlaşmalarında da hukuki uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanılarak giderilmesinin teşvik edildiği görülmektedir.⁵

Anayasa’nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yasama organının takdir yetkisi içindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını

² (Perçin, 2012, s. 170)

³ (Erdoğan, 2015, s. 121)

⁴ (Şanlı, 2011, s. 423)

⁵ (Giray, 1997, s. 217)

imkânsız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı da kabul edilemez.⁶

Uzlaşma suretiyle uyuşmazlıkların çözümü, son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmektedir. Bunun nedeni, bu ülkelerde yargı yükünün ve yargı giderlerinin giderek artması, bunun sonucunda yargının yavaş işleyişi ve bunların getirdiği olumsuzlukların çözümüne yönelik arayışlardır. Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine, tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından da tercih sebebi sayılmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözümü, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargıyı ortadan kaldırmak da değildir.⁷

2.1. Tanım

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili genel bir tanım yapmak gerekirse, *“Bağımsız, tarafsız ve objektif bir üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları bir araya getirerek, ortaklaşa bir çözüm bulmaları konusunda iletişim kurmalarını sağladığı ve aralarındaki uyuşmazlığı ya kendi kendilerine çözmeleri için onlara yardımcı olduğu ya da somut olayın özelliklerine göre onlara üzerinde fikir birliğine varabilecekleri çözüm önerileri sunduğu; tamamen gönüllülük esasına göre işlerlik kazanan ve Devlet mahkemelerinde gerçekleşen yargılamaya göre seçimlik bir yol olarak uygulama alanı bulan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür”* denilebilir.⁸

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, *“Tarafsız bir üçüncü kişinin taraflara, uyuşmazlığı çözmeye konusunda yardımcı olduğu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın ortadan kaldırılması için çözümler ürettiği, devletin yargı organları yanında varlığını sürdüren ve seçimlik nitelik taşıyan uyuşmazlık çözmeye yöntemleri”* olarak da tanımlanmaktadır. Bu yolların dava yanında seçimlik bir niteliğe sahip olması, diğer bir ifade ile mecburi olmaması, hak arama özgürlüğü ilkesine uygunluk arz etmektedir.⁹

2.2. Mevzuatta Yer Alan Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Hükümleri

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargının daha etkin ve verimli bir biçimde çalışabilmesine, yargı ile bağlantılı olan Anayasal ilke ve kuralların tam anlamıyla işlerlik kazanabilmesine hizmet eden; yargının yanında yer alan ve onunla yan yana yürüyen, etkin ve barışçıl hukuksal korunma yöntemleri bütünüdür.¹⁰

Türk kamu düzenine aykırılık oluşturmadığı sürece, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hukukumuzda uygulanmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Türk hukukunda, temel noktaları ve ilkeleri bakımından farklılıklar taşımalarına rağmen, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirilebilecek çeşitli düzenlemeler mevcuttur:

⁶ (Koçyiğit, 2019)

⁷ (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Genel Gerekçe)

⁸ (Tanrıver, 2006, s. 151)

⁹ (Tanrıver, 2006, s. 821)

¹⁰ (Tanrıver, 2006, s. 11)

- Medeni usul hukukunda (HMK m. 137/1; m. 313-315 ve m. 407-444)
- Toplu iş hukukunda (TSGLK m. 22, 23 ve 34/1)
- Avukatlık hukukunda (Av. K. m. 35/A ve m. 95/2, b. 5)
- Tüketici hukukunda (TKHK m. 66-72)
- Aile hukukunda (4787 sayılı Kanun m. 7),
- 442 sayılı Köy Kanunu'nda (Köy K. m. 53),
- 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu'nda (Petrol K. m. 11/4; m. 20),
- 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda (Kamulaştırma K. m. 8),
- 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda (VUK Ek Madde 1-12),
- İdare hukukunda (659 sayılı KHK),
- Ceza hukukunda (CMK m. 253-255).¹¹

2.3. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Avantajları

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin asıl amacı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların, yargılama konusu yapılmadan, adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmektir. Alternatif uyuşmazlık çözümleri ile taraflar uzlaşma sürecine dahil olmakta, kendi iradeleriyle uzlaşarak menfaatlerini dengelemekte ve haklarına ulaşmaktadırlar. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bu yönüyle, devletin, yargı yetkisi dışında uyuşmazlıkların çözümü konusunda vatandaşlarına sunduğu bir imkândır.¹²

Aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar, yargısal yollara veya alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmak konusunda tam bir serbestiye sahiptir. Uyuşmazlığın çözümü için alternatif bir çözüm yönteminin kararlaştırılmış olması, devletin mutlak yargılama yetkisini ortadan kaldırmadığı gibi; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ile ilgili bir kayıt, diğer tarafa herhangi bir itiraz hakkı vermez.¹³

Bununla beraber, tarafların, devlet mahkemelerinde görülen yargılama yerine, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu tercih etmeleri, kendilerine birtakım avantajlar getirebilir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, mahkemede cereyan eden yargılamaya göre olumlu yönlerini değerlendirmek gerekirse:

- Taraflar uyuşmazlık çözüm sürecine doğrudan doğruya katılırlar ve özellikle sonucun elde edilmesinde egemendirler,
- Uyuşmazlık çözüm sürecinde gizlilik ilkesi geçerli olduğu için, taraflar arasındaki ilişkiler zarar görmeden gelecekte de devam edebilir,
- Uyuşmazlıklar daha az giderle ve daha seri bir şekilde çözüme kavuşturulur,
- Tarafların haklılığından ziyade, aralarındaki menfaatler dengesinin tekrar kurulması gözetilir; bir başka ifadeyle, geçmişi değil geleceği gözetilen bir anlayış hakimdir,
- Her iki tarafın da tatmin edilmesini amaçlayan (kazan-kazan) bir anlayış egemendir,
- Daha esnek ve daha ılımlı bir süreç olması dolayısıyla daha yaratıcı çözümler ortaya konulabilir,

¹¹ (Koçyiğit, 2019, s. 11-12)

¹² (Tanrıver, 2006, s. 4-5)

¹³ (İldır, 2003, s. 48)

- Uyuşmazlık konusu, uzman kişilerce incelenebilir ve değerlendirilebilir.

2.4. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Dezavantajları

Tüm bu olumlu yönlerinin dışında, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bakımından birtakım olumsuz durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin,

- Tarafların herhangi birinde uzlaşmaya varmak konusunda genel bir isteksizlik olması durumunda, süreç işlerlik kazanamayacaktır.¹⁴
- Çözüm sürecine katkı sağlayacak olan üçüncü kişilerin bağımsızlığındaki, tarafsızlığındaki ve kalitesindeki yetersizlik, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kendisinden beklenen olumlu etkiyi yaratmasını engelleyebilir.¹⁵
- Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda işlerlik kazanan bir çözümler süreci olduğu için, işlevinin sınırlı kalması durumu ortaya çıkmaktadır.¹⁶

2.5. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Yukarıda belirtilen olumsuzlukları elimine etmek üzere günümüzde yeni çözüm yöntemlerinin oluşturulması, yeni modellerin oluşması ya da mevcut modellerin birbiriyle karışmasıyla karma yöntemlerin ortaya çıkmıştır. ¹⁷ Bu yöntemlerin en yaygın ve bilinenleri aşağıda kısaca özetlenecek; arabuluculuk yöntemi ayrı bir başlık halinde incelenecektir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, “kısa duruşma”, “tarafsız ön değerlendirme”, “vakıaların saptanması”, “tarafsız ön değerlendirme”, “ombudsmanlık”, “müzakere”, “uzlaştırma” ve “arabuluculuk”tur. ¹⁸ Ancak, bu yollar sınırlı sayıda değildir. Yani, toplumun, bireylerin ve uyuşmazlığın özelliklerine göre, farklı şekillerde gelişen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile karşılaşılabılır.

2.5.1. Kısa Duruşma

Kısa duruşma yönteminin geçmişi, Amerika Birleşik Devletleri’nde 1977’ye dayansa da, bugünkü şeklini alması, diğer uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleriyle kaynaşarak, özellikle de ticari uyuşmazlıkların çözümünde kullanılarak olmuştur. Kısa duruşma, tarafsız üçüncü kişilerden oluşan ya da taraf temsilcilerinin meydana getirdiği bir kurulun uyuşmazlık üzerinde bağlayıcı olmayacak şekilde bir çözüm bulma veya çözüm önerilerinde bulunmak amacıyla bir araya gelmesidir. ¹⁹

¹⁴ (Akıncı, 2013, s. 109)

¹⁵ (Pekcanıtez, 2005, s. 14)

¹⁶ (Yıldırım, 2007, s. 349)

¹⁷ (Sarısozen, 2010, s. 36)

¹⁸ (Erdoğan, 2015)

¹⁹ (Doğar, 2008, s. 39)

Bu yöntemde, tarafsız üçüncü kişilerden ve her iki tarafın bir ya da daha fazla sayıda temsilcisinden oluşan bir kurul, uyuşmazlığa çözüm bulmak veya bir çözüm önerisi getirmek üzere, uyuşmazlığı gizlilik içinde ele alır.²⁰

Kısa duruşma yöntemine tarafları iten nedenler, aslında tüm bu uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinde ortak olan maliyetin düşüklüğü ve kısa sürede uyuşmazlığın giderilmesidir. Kısa duruşma yöntemine, uyuşmazlığa düşen taraflardan biri başvurabilir. Taraflardan biri bu şekilde diğer tarafa bu yöntemle uyuşmazlığın çözümü konusunda yazılı olarak davet gönderir. Davet edilen taraf, daveti kabul ederse kısa duruşma yöntemi başlamış olur; davet edilen taraf daveti reddederse kısa duruşma yöntemi daha başlamadan sona ermiş olur. Genellikle, sadece tarafsız bir üçüncü kişi tarafından kısa duruşma yöntemi yönetilir.²¹ Kısa duruşma yönteminin iki baskın özelliği, katılımdan uyuşmazlığın çözümüne kadar tarafların serbest iradelerinin hakim olması ve yöntemin esnekliğidir. Gerçekten de bu yöntemde belli kalıplar olmadığından yöntem, tarafların ihtiyaçlarına göre şekillenir. Bu yöntemin kısa duruşma şeklinde adlandırılmasının nedeni, tarafların iddia ve savunmalarını yöneltmek üzere duruşma düzenlemeleri fakat söz konusu duruşmanın gerçek bir duruşma olmaması sebebine dayanır.²²

Kısa duruşma, çoğunlukla ticari iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde kullanılır. Taraflara çok detaylı olmayan, özet mahiyetinde sunumlar avukatlar tarafından panel havasında hukuki öğütler olarak verilmektedir.²³

2.5.2. Vakıaların Saptanması

Vakıaların saptanması, vakıa saptayıcı olan üçüncü kişinin, uyuşmazlık konusu belgeleri inceleyip uyuşmazlıkta tanık olanlarla konuşarak taraflara en uygun çözümün hangisi olduğunu ve uyuşmazlık dava aşamasına gitseydi mahkemece verilecek olası kararın söylendiği, tamamlayıcı bir alternatif çözüm yöntemidir. Vakıaların saptanması, uyuşmazlıkların tarafları kabul etmedikçe bağlayıcı olmayan, uyuşmazlığı belirleyen bir araştırma yöntemini içerir ve atanmış tarafsız üçüncü kişi ya da kişilerin yürüttüğü bir yöntemdir. Vakıaların saptanması yöntemi, bir avukat ya da arabulucunun taşıyacağı niteliklere sahip bir üçüncü kişi tarafından uyuşmazlık hakkında sorulara cevaplar arayan, doğruları saptamaya çalışan bir araştırma yöntemidir. Bu yöntemde vakıa saptayıcı taraflardan bağımsız olarak araştırmasını özgürce yaparak; belgeleri, elektronik verileri, yaptığı görüşmelerden edindiği notları toplayarak raporunu hazırlar. Taraflar, vakıa saptayıcılarla uyuşmazlıktan önce ya da sonra bire bir görüşüp onları belirleyebilecekleri gibi, herhangi bir kişi de seçebilirler.²⁴

²⁰ (İldır, 2003, s. 108)

²¹ (Sarısözen, 2010, s. 37)

²² (Akıncı, 2013, s. 106)

²³ (Sarısözen, 2010, s. 38)

²⁴ (Sarısözen, 2010, s. 41)

2.5.3. Tarafsız Ön Değerlendirme Yöntemi

Tarafsız ön değerlendirme (çözüm konferansı), uyuşmazlığa düşen taraflardan birinin ya da her iki tarafın başvurmasıyla uyuşmazlık konusu hakkında tecrübe sahibi olan, bu alanda tanınmış bir üçüncü kişinin taraflara durumlarının zayıf ya da güçlü yönlerini gösterdiği bir alternatif çözüm yöntemidir. Tarafsız ön değerlendirme, uyuşmazlıkların henüz başlangıç aşamasında iken, tarafsız bir üçüncü kişinin, tarafların uyuşmazlığı özetleyen kısa ifadelerine dayanarak, uyuşmazlığın nasıl çıktığı, nerede ve nasıl geliştiği ve gelecekte hangi yöne doğru gideceği konularında taraflara yeni bir bakış açısı kazandırmak amacıyla yapılan ve bağlayıcı olmayan bir uyuşmazlığı değerlendirme yöntemidir. Tarafsız ön değerlendirme yönteminde, izlenmesi gereken zorunlu bir şekil yoktur. Genellikle taraflara verilen resmi olmayan sözlü bir sunum şeklinde olur. Bu değerlendirme yöntemi sonucu ortaya çıkan görüşü taraflar isterlerse kullanabilirler. Taraflar isterse, bu yöntemle elde edilen bilgiler, arabuluculuk ya da dava yolunda kullanılabilir.²⁵

2.5.4. Ombudsmanlık

Ombudsman, İsveççe bir kelime olup, “*Vekâlet verilen*” anlamına gelir. İskandinav ülkelerinden gelen bir yapı olarak Ombudsman, kamu resmi denetçisidir. Vatandaşların sorunlarını dinler, idareden bağımsız bir uyuşmazlık çözücü olarak soruşturma yapar. Amerika Birleşik Devletleri’nde ise Ombudsmanlık oldukça farklı bir biçimde gelişmiştir. Ombudsmanlar kendilerine gelen şikâyetleri araştırıp öneride bulunarak mağduriyetin giderilmesini sağlar. Şikâyetleri inceleme ve dolayısıyla da kontrol görevinin yanı sıra, Ombudsmanın uyuşmazlığı çözme görevi de bulunmaktadır. Çoğunlukla idare hukukunda karsımıza çıkan kamu denetçisi kurumsal bir uyuşmazlık çözüm yoludur.²⁶

2.5.5. Müzakere

Müzakereler, iki ya da daha fazla taraf arasında etkin bir iletişim sürecidir. Müzakereciler, uyuşmazlığı ortadan kaldırarak amaca ulaşmak için farklı türde yöntemler geliştirebilir; farklı kaynaklardan faydalanabilir. Müzakereciler genellikle taraflara, pazarlıkta durumlarını göstererek uyuşmazlığı çözmeye çalışırlar. Zaten müzakerenin de en büyük katkısı, taraflara uyuşmazlık hakkında bilgi vermek, bütün bakış açılarından uyuşmazlığı göstermek ve uyuşmazlıktaki durumlarını bildirmektir. Müzakere kavramının yedi temel ögeyi içinde barındırdığı ifade edilmiştir. Bunlar; ortak çıkar, taraflar arası ilişki, dürüstlük, alternatif yöntemler, çok seçen eklilik, taahhütler ve iletişimdir. Müzakerelerde taraflar arasında iyi niyet ilkesi hakim olmalı, görüşmeler etik ilkelere ve evrensel kurallara uygun olmalıdır.²⁷

2.5.6. Uzlaştırma

Uzlaştırma, uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun

²⁵ (Ildır, 2003, s. 84)

²⁶ (Özbek, 2016, s. 385)

²⁷ (Akıncı, 2013, s. 102)

olarak uzlaştırmacı tarafından anlaşılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini ifade eder.²⁸

Uzlaştırma yönteminde, uzlaştırıcı denilen tarafsız üçüncü kişi, tarafların aralarındaki anlaşmaya göre hukuki uyuşmazlığın çözümü konusunda ya sadece tavsiyelerde bulunur ya da değerlendirmeleri sonucunda bir karar verir.

3. Arabuluculuk

3.1. Tanım

Uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinden en yaygını arabuluculuktur. Bu yöntem, günden güne uyuşmazlığa düşmüş çok daha fazla taraf arasında yaygın bir biçimde kullanılmaktadır. Arabuluculuk yöntemi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında çok tercih edilen yöntemlerden biridir. Bunun en büyük nedeni, müzakere yönteminden sonra, taraf iradesinin en yoğun olduğu alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin arabuluculuk olmasıdır. Söz konusu yöntem şu şekilde tanımlanabilir:

*“Arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, tümüyle bağımsız tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen gönüllü bir usuldür”.*²⁹

Adalet Bakanlığı'nın Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Madde gerekçelerinde “arabuluculuk” su şekilde tanımlanmaktadır:

“...arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle “kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak” için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, uzman eğitimi almış, tümüyle bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin Katkısı ya da katılımıyla yürütülen, gönüllü yani ihtiyarî olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir. Bir başka ifade ile arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez. Taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz. O, sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; onlara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları tümüyle kendilerine ait olmak üzere kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olur. Diğer bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler; o haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun bir şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır.

²⁸ 05.08.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 30145 sayılı Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği

²⁹ (Pekcanitez , Atalay, & Özkes, 2011, s. 760 vd.)

Arabulucu, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir; taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz. Arabuluculuk görüşmelerinde tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bunun pekiştirilmesi ile birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları, hukukî durumlarındaki güçlü ve zayıf noktalar ile çözüme ulaşılmaması halinde doğabilecek sonuçları görmeleri ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini genel bir çerçevede üretip, değerlendirmeleri temin edilir. Arabuluculuk sürecinin isleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir.”

Bu tanım, arabuluculuğu diğer alternatif uyuşmazlık yöntemlerinden farklılaştırmaktadır. Öncelikle arabulucu, uyuşmazlık taraflarının “kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak” işlevini görür.³⁰

Görüldüğü gibi arabuluculuk yönteminde, arabulucu hukuki uyuşmazlık konusu ile ilgili herhangi bir karar vermez. Karar tamamıyla taraflara aittir. Arabulucu sadece, tarafların aralarındaki hukuki uyuşmazlığa daha soğukkanlı bakarak çözüm üretmelerini sağlamaya çalışır. Arabulucunun hukuki uyuşmazlığın çözümüne yönelik herhangi bir öneride bulunması da söz konusu değildir. Ancak 6315 sayılı HUAK’ın 15. maddesinde yapılan değişiklikle tarafların anlaşmaya yanaşmamaları halinde arabulucuya son bir çözüm önerisi getirme imkanı tanınmıştır.³¹

Kural olarak arabuluculuk yöntemi sonucunda verilen kararların herhangi bir hukuki bağlayıcılığı yoktur. Ancak bu kararlar, üçüncü bir kişinin yönlendirmesinden uzak olarak sadece tarafların ortak iradeleri ile verildikleri için, pratikte tarafların verilen kararı benimseyerek uygulama olasılıkları yüksek olacaktır.³²

3.2. Türk Hukukunda Arabuluculuk

Türkiye’de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusundaki gelişmelerin çok yoğun olduğu söylenemez. Bunun en büyük nedeni alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ve hatta tahkimin, adalet uygulayıcılarının ciddi bir kısmı tarafından yerel mahkeme yargısının rakibi olarak görülmesi ve onun etkinliğini azaltacağı yönündeki düşüncelerdir. Söz konusu düşünceleri savunanlar genellikle, arabuluculuk sisteminin neo - liberal bir çözüm olarak ortaya çıktığını, küreselleşen güçlerin daha rahat hareket edebilmesi için devlet yargısının zayıflatılmasının öngörüldüğünü belirterek ulus devlet anlayışında böyle bir yasaya gerek olmadığını, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları ve tahkimle çözülemeyeceğini ifade etmektedirler.³³

Günümüzde, olumsuz yöndeki görüşlere rağmen bazı yasalarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmayı teşvik eden çeşitli düzenlemeler mevcuttur.

³⁰ (Şıpka, 2007, s. 167-168)

³¹ (Aslan, 2018, s. 29-44)

³² (Perçin, 2012, s. 185)

³³ (Perçin, 2012, s. 190)

3.2.1. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Düzenleme

Türk Hukuku'nda, tarafları aralarındaki hukuki uyuşmazlığı çözmek bakımından alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmaya teşvik eden düzenlemelerden biri 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 137 f. 1'de yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre;

“... Mahkeme ... tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.”

Sulh taraflar arasındaki uyuşmazlığı onların rızası ile gidermeye yaradığından ve uyuşmazlığa daha çabuk ucuz ve basit bir şekilde son verdiğinden, davanın mahkemece esastan karara bağlanmasına oranla çok daha iyi bir çözüm şeklidir. Bu açıdan, uyuşmazlığın sulhen çözümlenmesinin özellikle toplumsal barış yönünden bir ideal olduğu da kolaylıkla söylenebilir.³⁴

Sulh taraflar arasındaki uyuşmazlığı onların rızası ile gidermeye yaradığından ve uyuşmazlığa daha çabuk ucuz ve basit bir şekilde son verdiğinden, davanın mahkemece esastan karara bağlanmasına oranla çok daha iyi bir çözüm şeklidir. Bu açıdan, uyuşmazlığın sulhen çözümlenmesinin özellikle toplumsal barış yönünden bir ideal olduğu da kolaylıkla söylenebilir.³⁵

Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir ve ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir (HMK m. 313 f. 1 ve 2).

Sulhün, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından hangi yöntemin kapsamına gireceği, hakimin sulh aşamasındaki işlevine göre belirlenecektir. Sulh sözleşmesi taraflar arasında duruşma dışında yapılan görüşmeler sonucunda hazırlanıp imzalanıyorsa, hakim sadece tarafları sulhe teşvik ederek müzakere aşamasına hiçbir şekilde katılmadığı için burada “müzakere” yöntemi mevcut olacaktır. Tarafların duruşma sırasında sulh oldukları durumlarda ise, hakimin müzakerelere bizzat katılmasına karşın hukuki uyuşmazlığın çözümü ile ilgili herhangi bir öneride bulunmayarak sadece taraflar arasındaki iletişimin düzgün bir şekilde kurulmasını sağlaması halinde, ortada bir “arabuluculuk” faaliyetinin olduğu söylenebilir. Ancak burada hakim taraf iradesiyle seçilmiş gerçek bir arabulucu değil, fiilen bu görevi üstlenmiş bir kişi olacaktır.³⁶

3.2.2. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine İlişkin Kanun'daki Düzenleme

Adı geçen kanunun 7. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir:

³⁴ (Kuru, 2001, s. 534)

³⁵ (Kuru, 2001, s. 534)

³⁶ (Tanrıver, 2006, s. 21)

“Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.”

Söz konusu hükümde de HMK m. 137 f. 1’de olduğu gibi hakim tarafları sulh olmaya teşvik etmektedir. Ancak aile hukuku kapsamına giren uyuşmazlıkların büyük ölçüde kamu düzenine ilişkin olması, dolayısı ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işler arasında yer almaması gözetilecek olursa, bu düzenlemenin işlevselliğinin sınırlı kalacağı görülecektir. Sulhe teşvikin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden hangisinin kapsamına girdiği konusunda bir üst başlıkta yapılan açıklamalar, burada da geçerli olacaktır.³⁷

3.2.3. 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu’ndaki Düzenleme

Avukatlık Kanunu’nun “Uzlaşma Sağlama” başlıklı 35/A maddesi şu şekildedir:

“Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilam niteliğindedir.”

Söz konusu düzenlemeye göre, taraflar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce, avukatları ile birlikte bir araya gelerek aralarındaki uyuşmazlığı çözümlenebilirler. Ancak bu toplantılarda, avukatın müvekkili ile arasındaki vekalet ilişkisi nedeniyle tarafsız bir konumda kalıp kalamayacağı tartışmalıdır. Müvekkilinin haklarını savunmakla yükümlü olan avukatın aynı zamanda Avukatlık Kanunu m.2 f.1 uyarınca “... hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini sağlamak” gibi bir görevinin de olması bu tartışmanın çıkış noktasını oluşturmaktadır. Bu noktada avukatın çelişen görevlerini birbiri ile uyumlu hale getirmek için anılan hükümleri yorumlamak gerekecektir. Avukatlık Kanunu m.2 f.1’de yer alan görevi “adaleti yanılmamak” şeklinde dar yorumlayacak olursak, avukatın müvekkilinin haklarını savunma görevi ön plana çıkacaktır. Bu durumda, avukatın, adaleti yanılmamak kaydıyla müvekkilinin haklarını savunmakla yükümlü olduğu ifade edilebilir. Böyle bir görev tanımının uygulama bakımından daha gerçekçi olacağını söylemek mümkün olabilecektir.³⁸

³⁷ (Özbek M. , 2005, s. 71-102)

³⁸ (Özbay, 2004, s. 387-418)

3.2.4. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'daki Düzenleme

Adı geçen kanunun 22. maddesine göre, değeri belirli bir parasal sınırın altındaki uyuşmazlıkların öncelikle Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri'ne götürülmesi zorunluluğu vardır. Bu uyuşmazlıklarda sınırın üzerindeki davalar bakımından ilgililer doğrudan Tüketici Mahkemeleri'ne başvurabilirler. Tarafların değeri belirli bir parasal sınırı geçmeyen uyuşmazlıklarda hakem heyetine başvurma zorunlulukları olması nedeniyle söz konusu yöntem ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Burada belirtilen hukuki uyuşmazlık çözüm yönteminin bir istisnai yargılama faaliyeti olduğunu söylemek daha doğru olacaktır.³⁹

3.2.5. 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'ndaki Düzenleme

Toplu görüşme için tespit edilen yer gün ve saatte taraflardan biri toplantıya gelmez veya geldiği halde görüşmeye başlamaz yahut görüşmeye başladıktan sonra toplantıya devam etmez ya da toplu görüşmeye başlamasından itibaren 30 gün geçmesine rağmen taraflar arasında bir anlaşma sağlanamazsa, grev ve lokavttan, grev ve lokavtın yasak olduğu iş ve işyerlerinde ise zorunlu tahkime başvurulmasından önceki evrede arabulucu devreye girer (m. 22). Arabulucunun görevleri Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m. 23'te düzenlenmektedir. Söz konusu maddenin 2. fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Arabulucu, tarafların anlaşmaya varması için her türlü çabayı harcar ve ilgililere önerilerde bulunur.”

Söz konusu hükümde açıkça belirtildiği gibi arabulucu denilen tarafsız üçüncü kişinin taraflara önerilerde bulunması zorunlu tutulduğundan, burada arabuluculuk değil, uzlaştırma yöntemi mevcuttur.⁴⁰

3.3. 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması

Arabuluculuk müessesesi çok eski tarihlere dayanmasına rağmen, arabuluculuğun hukukî düzenlemelere konu olması yakın geçmişe dayanmaktadır. Bu anlamda, Türkiye'de de, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kabul edilmiş ve bu kanun, 22.6.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir (HUAK m. 1/2).

Söz konusu Kanunun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında arabuluculuk, *“sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu surette çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”* olarak tanımlanmıştır. HUAK m. 2).

³⁹ (Perçin, 2012, s. 193-194)

⁴⁰ (Perçin, 2012, s. 194)

Bu tanım uyarınca arabuluculuk, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf etme imkânı bulunan bir uyuşmazlığı, arabulucu sıfatına sahip olan bir kişiye gönüllü olarak götürmelerini, arabulucunun uyguladığı sistemli bir teknik sayesinde tarafların uyuşmazlık hakkında düşüncelerini, müzakere etmelerini ve tarafların arasında iletişimi sağlayarak uyuşmazlığı çözmeyi amaçlayan alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.⁴¹

3.3.1. Arabuluculuğa İlişkin Temel İlkeler

Arabuluculuk müessesesine hâkim bir takım ilkeler mevcuttur. Bunlar, “arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesi”, “gönüllülük ilkesi”, “eşitlik ilkesi” ve “gizlilik ilkesi” olmak üzere dört tanedir.⁴² Bunlardan “gizlilik”, “iradilik” ve “eşitlik” ilkeleri aşağıda detaylıca incelenmiştir.

3.3.1.1. İradilik

Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. Şu kadar ki dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi hükmü saklıdır. (HUAK m. 3/1).

Taraflar, sürecin iradî olması çerçevesinde, arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında da sürecin hangi kapsamda ve nasıl yürütüleceğini belirleyebilirler. Arabuluculuk faaliyetinin iradî olmasının gereği olarak, tarafların başladıkları bu süreci devam ettirip ettirmem konusunda da serbestileri söz konusudur. Taraflar istedikleri zaman bu süreçten çekilebilirler, onların artık bu yolla uyuşmazlığı çözmek istememelerini de kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, dava şartı arabuluculuk sürecinde, arabulucu tarafından kanun koyucunun öngördüğü sürelerin özellikle soğuma süresi olarak etkin kullanılması, taraflara uyuşmazlık ile ilgili risk analizi yapabilmeye olanağı tanınması son derece önemli ve gereklidir. Arabuluculuk sürecinin nasıl sonuçlandırılacağı taraflara bağlıdır. Uyuşmazlığı tamamen çözen bir anlaşmaya varılabileceği gibi, kısmen çözüme varılabilir veya farklı bir çözümle de arabuluculuk faaliyeti sonuçlandırılabilir. Yani, süreç her zaman uzlaşma ve anlaşmayla sonuçlandırılmak zorunda değildir. Bu durum, arabuluculuğun esnek yapısının da bir gereğidir.⁴³

3.3.1.2. Eşitlik

Arabuluculuğa hâkim ilkelerden bir diğeri Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen “eşitlik ilkesi”dir. Gerçekten, arabuluculukla arzulanan sonuca varılabilmesi için tarafların eşit konumda bulunması gereklidir. Zira, eşitlik tarafların kendilerini rahat hissetmeleri için zorunludur.

Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler (HUAK m. 3/1).

⁴¹ (Tanrıver, 2006, s. 165)

⁴² Bkz. Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları

⁴³ (Koçyiğit, 2019, s. 31)

Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür HUAK m. 9/3). Arabulucu, süreç boyunca taraflara eşit davranma ve onların gereksinimleri doğrultusunda adil olma ilkelerini gözetmekle yükümlüdür (TAEK m. 1).

Arabulucu, görevini şahsen, özenle, makul sürede, güven içinde, tarafların etkin katılımıyla, hakkaniyete uygun, taraflara yeterli söz hakkı vererek ve katılımcılar arasında karşılıklı saygı gösterilmesini sağlayacak biçimde yerine getirmelidir (TAEK m. 5/1).

Taraflardan biri arabuluculuk sürecini, uyuşmazlık konularını ve uzlaşma seçeneklerini kavramakta güçlük çekerse veya arabuluculuğa etkin bir biçimde katılmakta zorlanırsa; arabulucu, böyle bir durumdaki tarafın katılma, anlama ve kendi kararını verme hakkına uygun olacak şekilde, hukuki yardım almasını önermek de dahil olmak üzere gerekli değişiklik önerilerini getirmeli, hatta gerekiyorsa arabuluculuğu bitirmelidir (TAEK m. 5/8).

Taraflar, arabuluculuk yoluna başvururken ve süreç boyunca eşit haklara sahiptir. Eşitlik, hemen her konuda, özellikle de uyuşmazlığın çözümünde öncelikle göz önünde tutulması gereken Anayasal bir ilkedir. Eşitlik hem yargılama yapılarak varılan çözüm yöntemlerinde hem de yargılama yapılmadan varılan çözüm yöntemlerinde ortak bir ilkedir. Ancak, her iki çözüm yönteminde uygulanması ve alanı belirli farklılıklar taşımaktadır. Bu farklılıklar, uyuşmazlık çözüm yönteminin niteliği ve tarafların bu yöntem içindeki konumlarından kaynaklanmaktadır. Kendisini diğer tarafla tam olarak eşit hissetmeyen veya kanunen böyle muamele görmeyen bir tarafın, uzlaşmasından değil, mecburen bir sonuca katlanmasından söz edilebilir. Kanun önünde eşit olma ve uyuşmazlık çözüm sürecinde eşit haklara sahip olma, bir uyuşmazlık hangi yolla çözümlerse çözülsün gözetilmesi gereken bir ilkedir. Bu ilke, yargı organları önünde de uyuşmazlıklar çözümlerken, adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir.⁴⁴

Arabulucunun tarafsız ve bağımsız olması, arabuluculuk kurumu ile beklenen amaçların gerçekleşmesi için oldukça önemlidir. Bu nedenle, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında “uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla” denilerek bu husus vurgulanmıştır. Aynı şekilde, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun “görevin özenle ve tarafsız bir şekilde yerine getirilmesi” başlıklı 9 uncu maddesinde de arabulucunun görevini tarafsız bir şekilde yerine getirmesi gerektiği ve taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlü olduğu vurgulanmıştır.⁴⁵

Arabuluculuk, alternatif bir çözüm yoludur ve bu nedenle tarafların arabuluculuğa başvurması yargı organlarına başvurmalarını engellemez. Ayrıca, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasından da anlaşılacağı üzere arabuluculuk kurumuna başvurmak kural olarak iradîdir. Söz konusu düzenlemeye göre, “Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler”.⁴⁶

⁴⁴ (Özekes, 2003, s. 62-63)

⁴⁵ (Bulur, 2010, s. 43)

⁴⁶ (Erdoğan, 2015, s. 131)

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 13 üncü maddesine göre de, “Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir (f.1). Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır (f.2)”. Söz konusu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, arabuluculuğa başvuru iradîdir.⁴⁷

3.3.1.3. Gizlilik

Arabuluculuğa hâkim olan ilkelerden birisi de “gizlilik ilkesi”dir. Devlet yargılamasında ise kural, alenî yargılamadır. Bu ilke ile amaçlanan, yargının keyfî karar almasının önüne geçmektir. Ancak, devlet yargılamasına başvurulduğu takdirde, kişiler arasındaki uyuşmazlıklar artık herkes tarafından öğrenilebilir hâle gelmektedir. Bu durum, özellikle aile mahremiyeti gibi konuların başkaları tarafından öğrenilmesine neden olabilmektedir. Buna karşılık, arabuluculukta kural gizliliktir.⁴⁸

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür (HUAK m. 4/1).

Gerçekten, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun “Gizlilik” başlığını taşıyan 4 üncü maddesine göre, “Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür (f.1). Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar (f.2)”.

Arabulucu, kural olarak kendisine sunulan veya başka türlü elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Ancak, taraflar, isterlerse bunun aksini kararlaştırabilirler; aksini kararlaştırma açık şekilde olmalı, arabulucu açık bir irade yoksa, yorumla bu sonuca varamamalıdır. Arabulucu, bir yönüyle kendisine başvuru uyuşmazlık konusunda tarafların sırdaşdır. Tarafların kendisi ile paylaştığı bu sırları saklamak durumundadır. Bu yönüyle arabulucu, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişilerden biri sayılacaktır ve kanunların öngördüğü çerçevede bir yargılamada tanıklıktan çekinme ya da kanunî bir zorunluluk olmadıkça sır saklama yükümlülüğü altında olacaktır. Arabulucunun bu yükümlülüğe uymaması durumunda, HUAK'ta belirtilen sicilden silinme veya cezaî yaptırımlara muhatap olma sonucu ile karşılaşması söz konusu olabileceği gibi, tarafların ayrıca arabulucunun hukukî sorumluluğu yoluna gitmesi de mümkündür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar (HUAK m. 4/2).

⁴⁷ (Tanrıver, 2006, s. 154)

⁴⁸ (Özbek M. , 2005, s. 572-577)

4. TAHKİM

4.1. Tanım

Tahkim, kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısında çözümlenmesi yerine, hakem adı verilen kimseler aracılığı ile çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmalarıdır.⁴⁹

Başka bir tanımda ise tahkim, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasıdır.⁵⁰

Yerel mahkeme yargılamasının bir istisnası olarak gelişen “tahkim” kurumu, kaynağını taraf iradesinden alması, yargılamanın daha kısa sürmesi ve gizlilik esasına dayalı olması, uygulanacak prosedürün uyuşmazlık tarafları bakımından biliniyor olması gibi nedenlerle, özellikle uluslararası ticaret alanında, ilgi görmüştür. Ancak, tahkim yargılamasındaki itirazlar üzerine tarafların yerel mahkemeye başvurabilmesi ve verilen hakem kararlarına uyulmaması durumunda, kararların icrası için yine yerel mahkemelerde tasdik veya tenfiz işleminin yapılması, tahkim yargılamasından beklenen “uyuşmazlığın kısa sürede çözümlenmesi amacı”nın gerçekleşmemesine neden olmaktadır.

Yerel mahkeme ve tahkim yargılamalarının önemli ve ortak bir olumsuz yönü ise, yargılama süreçlerinin taraflar arasındaki gerginliği arttırmasıdır. Bu gerginliğin artması, uluslararası ticaret alanında, sonradan kurulabilecek iş ilişkilerine zarar vermekte, hatta bunları engellemektedir. İşte bu noktadan hareketle, yakın geçmişte, taraflar arasındaki düşmanlığı en aza indirebilecek “alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri” geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu yöntemler arasında uygulamada en çok tercih edilenlerden biri “arabuluculuk”tur.

4.2. Hukuki Niteliği

Tahkimin hukukî niteliği öğretilerde tartışmalıdır. Burada üzerinde durulması gereken konu da tahkimin hukuki niteliğinin ne olduğudur. Tahkim, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü, anlaşmak suretiyle, devlet mahkemeleri yerine, hakem olarak adlandırılan özel kişilere bırakmalarıdır.⁵¹

Doktrindeki bir görüşe göre, tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisi ve hatta en yaygın olarak kullanılanıdır.⁵² Bir görüşe göre, tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisidir.⁵³ Diğer bir görüşe göre ise, tahkim alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Tam aksine, devlet yargılamasını tamamlayan bir yargısal yoldur. Yargılamanın yerine ikame edilen ve ona göre istisnai nitelikte olan bir yargısal yoldur. Zira

⁴⁹ (Akıncı, 2013, s. 3)

⁵⁰ (Kuru, 2001, s. 5875)

⁵¹ (Bulur, 2007, s. 88)

⁵² (Yılmaz, 2005, s. 845)

⁵³ (Özbek, 2016, s. 186) (Kaplan, 2008, s. 117)

hakemler de taraflar arasındaki uyuşmazlığı, devlet mahkemesi hâkimi gibi bir yargılama yaparak çözüme kavuşturur. Hakemler, maddi hukuku uygulamak zorunda olmasalar da yine taraflar arasındaki maddi vakıaları bir hukuki kalıba göre nitelendirerek hüküm vereceklerdir. Ayrıca iç tahkim bakımından bir değerlendirme yaptığımızda, hakem hükmünün, hâkimlerin yargılama sonunda verecek oldukları hükme benzerliği daha iyi ortaya çıkmaktadır. Zira, hakem kararları kesin hüküm niteliğindedir, yargılamanın iadesi davasına konu oluşturmurlar ve cebri icraya elverişlidirler.⁵⁴

4.2.1. Türk Hukukunda Tahkim

Ülkemiz Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi konusundaki New York Sözleşmesi'ne 1992 yılında taraf olmuş ve 2001 yılında, 1985 tarihli Uluslararası Ticari Tahkim hakkındaki UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Örnek Kanunu temel alarak, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununu kabul etmiştir. Türkiye ayrıca UNCITRAL'in kamu alımları ve elektronik imzaya ilişkin metinlerini, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 5070 sayılı Elektronik imzaya ilişkin kanunların hazırlanmasında göz önünde bulundurmıştır. Son olarak Türkiye, UNCITRAL'in 1980 yılında hazırladığı, Uluslararası Mal Satımı Mukaveleleri hakkındaki BM Sözleşmesi'nin onaylanmasının uygun bulunması ile ilgili işlemleri başlatmış olup, kanun tasarısı TBMM'nin gündeminde bulunmaktadır.⁵⁵

HMK kapsam olarak yabancılik unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklar için uygulanacaktır. MTK ise tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklarda uyuşmazlık yabancı unsurlu ise uygulanır. Ülkemiz tahkim alanındaki Yabancı Hakem Kararlarının tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 1958 tarihli New York Sözleşmesi ve Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesine taraftır.

Öte yandan, 20.11.2014 tarihinde kabul edilen ve 29.11.2014 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 6570 sayılı kanunla İstanbul Tahkim Merkezi kurulmuştur. Bu Kanunun amacı, yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere uyuşmazlıkların tahkim veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözülmesini sağlamak üzere İstanbul Tahkim Merkezinin kurulması ile Merkezin teşkilat ve faaliyetlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.⁵⁶

Günümüzde egemenlik anlayışının bir gereği olarak yargılama hak ve yetkilerinin devlet tekelinde bulunması ve hukuki uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözümlenmesi esas olup bu esasın, tek istisnası tahkimdir. Yargı yetkisiyle, hukuk düzeninin korunması ve gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Egemenlik anlayışının sonucu olarak yargı yetkisi ve görevi devletin elindedir. Tahkim, bu kuralın istisnasını oluşturur. Zira hakkı ihlal edilen kişi, hakkının tespiti ve tanınması için devlet mahkemelerinin dışında oluşturulan tahkim yoluna başvurabilmektedir. Tahkim, kural olarak ihtiyaridir ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen tahkim yolu, ihtiyari tahkimdir.

⁵⁴ (Tanrıver, 2006, s. 20)

⁵⁵ (Ünel, s. 59)

⁵⁶ (Bacanlı, 2016, s. 2)

4.3. Hakim Olan İlkeler

- Medenî, Barışçıl ve Dostane Çözüm (Hasım yerine hısım yapar)
- Güvenilir (Hakemler bilgi, donanım ve ahlaki bakımdan güvenilen kişilerdir)
- Gizli (Tarafların özel bilgileri ortalığa saçılmaz, basınla paylaşılmaz)
- Süratli (Sınırlı sürede -1 yıl gibi- sonuçlandırılır)
- Kolay (Tarafların dilediği hukuk sistemi kuralları ile)

4.4. Türleri

4.4.1. Zorunlu – İhtiyari Tahkim

Devlet bazı uyuşmazlıklar için tahkim şartı getirirken, bazı uyuşmazlıklar için ise tahkime başvurma konusunda uyuşmazlığın taraflarına seçme hakkı tanımıştır. Bu bağlamda tarafların, uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurma konusunda serbest olup olmamalarına göre tahkim zorunlu ve ihtiyari olmak üzere ikiye ayrılır.

Zorunlu tahkimde (Kanuni Hakemde) uyuşmazlığın çözümü için tarafların iradelerine bakılmaksızın tahkime gitme zorunluluğu bulunmaktadır. Burada şartların oluşması hâlinde uyuşmazlığın çözümü mutlaka kanunla tespit edilmiş hakem veya hakem kurulu tarafından yapılacaktır. Zorunlu tahkimde, kanunda belirtilen hâllerin varlığı hâlinde, uyuşmazlığın taraflarının tahkim yolunu seçme zorunluluğu bulunmaktadır. Örneğin Çeltik Ekimi Kanununun 14. maddesinde, çeltik sulamasında kullanılacak olan kurumlandırılmış suların, devletin, hususi idarelerin veya evkafın ise bunun için çeltik çiftçilerinden belli bir dönüm başına alınacak su parası her iki taraf arasında kararlaştırılacaktır. Fakat taraflar bu bedel konusunda anlaşamazlarsa çeltik komisyonları meseleyi hakem sıfatı ile halledeceklerdir.

Tüketici hakem heyetleri de zorunlu tahkime örnek olabilir. Tahkim yoluna başvurup başvurmamak uyuşmazlık taraflarının iradelerine bağlı ise ihtiyari tahkim söz konusudur.

İhtiyari tahkim, tarafların anlaşmasıyla, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip bağlanmasına denir. İhtiyari tahkimde taraflar uyuşmazlığın çözülmesi konusunda serbest hareket ederler. Başka bir ifadeyle ihtiyari tahkimde taraflar uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözüp çözmemekte, hakem veya hakemleri seçmekte, hakemlerin çözeceği uyuşmazlıkları tespit gibi hususlarda serbesttirler.

Tarafların, uyuşmazlığın çözümüne başka yollar da bulunmasına rağmen hakeme başvurmak hususunda anlaşmaları ve uyuşmazlığın çözümünü kendileri dışında birine havale etmeleri mümkündür. Bu uygulama isteğe bağlı olduğundan ve uyuşmazlığın her safhasında başvurulabileceğinden zorunlu tahkimden ayrılır. Taraflar tahkim yoluna başvurmakta serbesttirler ancak, tahkimin kararıyla bağlıdırlar.

4.4.2. Özel Tahkim (Ad Hoc) – Kurumsal Tahkim

Tahkim, ihtiyari ve zorunlu olarak ayrılabilirdiği gibi, Özel Tahkim (Ad Hoc tahkim) ve Kurumsal Tahkim olarak da ikiye ayrılabilir.⁵⁷

Özel tahkim (Ad Hoc tahkim) türünde, taraflar uyuşmazlık konusuna uygulanacak usul ve kurallarını kendileri belirlemek, hakem ya da hakem heyetini kendileri oluşturmak isterler. Böyle bir durumda belli bir kuruma bağlı olmadan oluşturulan bir hakemlik söz konusudur. Buna “Özel Tahkim”, diğer bir ifade ile “Ad Hoc Tahkim” denilmektedir.

Ad Hoc tahkimde taraflar genelde UNCITRAL tahkim kurallarının uygulanmasını kararlaştırmaktadırlar. Kurumsal tahkim (Enstitü Tahkimi) türünde ise, uyuşmazlığa düşen taraflar, uluslararası alanda tahkim usulünü bilen, deneyim sahibi bir kurumun tahkim usulünü seçer. Bu tür kurumların önceden hazırlanmış yargılama usulüne ilişkin kuralları vardır ve uyuşmazlıklar tahkim kurumunda ve bu kurumun öngördüğü usul kurallarına göre çözülür.

5. ARABULUCULUK VE TAHKİMİN KARŞILASTIRILMASI

Arabuluculuk her ne kadar sıklıkla tahkimle karşılaştırılsa da, verilen kararın bağlayıcı olup olmadığı noktasında, arabuluculuk tahkimden ayrılır.⁵⁸

Taraflar uyuşmazlık çözüm süreci devam ederken istedikleri zaman, istedikleri sebebi göstererek ya da hiçbir sebep göstermeden arabuluculuk sürecinden çıkabilir. Bu durum arabuluculuğun genel prensiplerine de uygun mahiyettedir ve arabuluculukla uyuşmazlığın çözümünü, diğer yöntemlerle uyuşmazlığın çözümünden ayırır.⁵⁹

Arabulucu, uyuşmazlık konusu hakkında karar vererek uyuşmazlığı çözmüş olmaz; aksine, uyuşmazlığın çözümünde karar vermeleri için taraflara yardımcı olur. Tahkimden farklı olarak, arabuluculukta, arabulucu her iki tarafın karar sürecinde taraflara yardımcı olur, uyuşmazlığın giderilmesi ve çözümün oluşturulmasında etkili olur. Her ne kadar arabulucu zaman zaman yeni görüş ve öneriler ileri sürse bile bunlar tarafların uymak zorunda olduğu bağlayıcı teklifler değildir.⁶⁰

Bununla birlikte arabulucu güç kullanmasa da uygulanan yöntem uyuşmazlığın çözümünde son derece etkilidir. Tahkim ve devlet yargısının aksine, arabuluculukta kesin usulî kurallar söz konusu değildir. Burada amaç, arabulucunun uyuşmazlığın ve tarafların özel durumunu dikkate alarak en uygun usulü izlemesine imkân vermek böylece çözüme ulaşılabilmesini sağlamaktır.⁶¹

⁵⁷ (Bacanlı, 2016, s. 78-79)

⁵⁸ (Tanrıver, 2010, s. 637-656)

⁵⁹ (Perçin, 2012, s. 50)

⁶⁰ (Pekcanıtez, Atalay, & Özekes, 2011, s. 722)

⁶¹ (Akıncı, 2013, s. 103)

Tahkimde, tarafsız bir üçüncü kişi sonucu belirlemektedir, çözüm garanti edilir ancak memnuniyet garanti edilmez. Arabuluculukta ise, taraflar kararı verir, hükümleri belirler, tarafların kontrol serbestisi, süreci etkileme imkanları vardır.⁶²

Arabulucu, iletişim sürecinden görüşmelerin yürütülmesine kadar görevlidir. Arabulucu taraf değil, ev sahibi ya da başkan gibi davranır; bir rehber, eğitmen gibi hareket eder, yıkıcı davranışlardan kaçınır. Arabuluculuk, tarafları uzlaştırmaya yönelik bir işlemken; tahkim, tüm alternatif yollar tüketildikten sonra başvurulacak yargı yoludur.

6. KARMA BİR MODEL: ARABULUCULUK – TAHKİM

Uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinin belli kural ve kalıplara bağlı olmaması pek çok yeni yöntemin doğmasını, bir kısmının da birbiriyle birleşerek karma yöntemlerin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bu yöntemler arabuluculuk-tahkim, tahkim-arabulucu, uzlaştırmatahkim gibi çeşitli adlarla anılabilir. Bu çalışmada, en yaygını olan arabuluculuk-tahkim yöntemi incelenecektir.

6.1. Tanım

Arabuluculuk-Tahkim yöntemi, uyuşmazlık taraflarının tarafsız üçüncü kişinin yardımıyla uyuşmazlığı sona erdirmemesi halinde, aynı tarafsız üçüncü kişi tarafından uyuşmazlığın tahkime taşındığı bir uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemidir.⁶³

Arabuluculuk-tahkim, uyuşmazlık arabuluculukta çözülemediği takdirde arabulucunun işlev değiştirerek nihaî ve bağlayıcı karar verme görevini üstlendiği hakem statüsüne girdiği bir arabuluculuk türüdür. Arabuluculuk-tahkim yolunda taraflar, uyuşmazlığın çözümü amacıyla ilk aşama olarak arabuluculuğa başvurmayı, önceden belirlenen bir sürede veya arabulucunun takdir ettiği bir zamanda arabuluculukta (tamamen veya kısmen) müşterek bir anlaşmaya varılamazsa, uyuşmazlığın tamamını veya sâdece çözülemeyen kısımlarını ikinci aşama olarak tahkim yoluyla çözmeyi kararlaştırırlar. Arabuluculuk ve tahkimin sırayla (arka arkaya) kullanılması, birçok uyuşmazlıkta etkili, ekonomik ve giderek daha fazla tercih edilen bir yöntemdir.⁶⁴

Tahkim ve arabuluculuğun tek usulde birleştirilmesiyle oluşturulan ve karma bir yöntem olan arabuluculuk-tahkim yolunun temelinde bir bileşik tipli karma sözleşme bulunur. Arabuluculuk sözleşmesi veya şartına istinaden arabulucu ile taraflar arasında yapılan sözleşmeye “*Arabulucu Sözleşmesi*” denir. Tarafların, arabulucu hakemle yaptıkları bileşik sözleşmede, baskın karakteri itibarıyla vekâlet sözleşmesi olan arabulucu sözleşmesi ve hakem sözleşmesi bir arada bulunmaktadır. Bu sözleşmeye göre, taraflar uyuşmazlık konusu olan bir meseleyi (örneğin zararı tazmin sorumluluğunun kime ait olduğunu) hakeme, diğer bir meseleyi de (örneğin zarar miktarını) arabulucuya havale ederler. Arabuluculuk başarılı olamazsa bu ikinci mesele yeni bir hakeme sunulur. Bu usul, bütün alternatif uyuşmazlık

⁶² (Yıldırım K. , 2007)

⁶³ (Perçin, 2012, s. 55)

⁶⁴ (Özbek M. S., 2016, s. 435)

çözüm yollarının yargıya bir alternatiften ziyade yargının tamamlayıcısı olduğunun klasik örneğidir.⁶⁵

6.2. Uygulama

Olağan arabuluculuk-tahkim yolunda, tarafsız üçüncü kişi uyuşmazlık çözüm sürecine bir arabulucu olarak başlar, fakat çözülemeyen herhangi bir konu olursa bunun tahkimle havale edileceğini herkes bilir. Arabuluculuk-tahkimin en sık görülen kombinasyonu, tahkim öncesi arabuluculuk (*pre-arbitral mediation*) olup, farklı tarafsız üçüncü kişilerce yürütülebildiği gibi (*med-arb different*), arabulucu olarak görev yapmaya başlayıp anlaşmaya varılamaması hâlinde hakem olarak görev yapmayı sürdüren aynı tarafsız kişi yönetiminde (*med-arb same*) de yürütülebilir.⁶⁶

Arabuluculuk-tahkimin diğer kombinasyonu, tahkim-arabuluculuk (*arb-med*) veya tahkim-arabuluculuk-tahkim (*arb-med-arb*) şeklinde olabilir. Bu modelde, uyuşmazlığın çözülmesi için taraflarca atanan hakem, tahkim yargılaması sırasında işlev değiştirip arabuluculuk yaparak tarafları uzlaştırmaya çalışır, fakat sonuç alınmazsa hakem olarak görev yapmayı sürdürür. Gerek arabuluculuk-tahkim gerek tahkimarabuluculuk daima iki aşamalı bir uyuşmazlık çözüm yoludur.⁶⁷

Arabuluculuk-Tahkim yönteminin, arabuluculuk yönteminin başarısız olması ihtimaline karşı, tahkimle tamamlama imkânı öngören bir yöntem olduğu ve arabuluculuğun başarısız olması halinde yargıya başvurmaya gerek kalmadan bağlayıcı bir çözüm aşamasına gelinebileceği söylenmiştir. Bu yöntemde arabulucu, tarafların ortak kabul edilebilir bir sonuca ulaşmaları konusunda yardımcı olur. Eğer arabuluculuk başarısız olursa aynı tarafsız kişi bir hakem olarak hizmet eder ve taraflar için bağlayıcı kararını verir. Bu yöntemin avantajı, arabulucu ve hakemin aynı kişi olmasından ötürü taraflar ve olay hakkında bilgi toplamak için ek çaba harcamayacak olmasıdır.⁶⁸

Arabuluculuk-Tahkim yöntemi, uyuşmazlığın çözümünde taraflara baştan sona tam bir kontrol imkânı veren arabuluculuk yöntemiyle; taraflar çözüm konusunda anlaşmaya varmasalar bile uyuşmazlığı sona erdirme garantisi veren ve tarafları bağlayıcı şekilde uyuşmazlığı sona erdiren tahkim yönteminin birleşimidir. Arabuluculuğun tek basına uyuşmazlığı çözme konusunda yetersiz kalması ihtimali göz önünde bulundurularak, tarafların uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleriyle yollarına devam etmek ve bu yöntemlerle çözüme ulaşmak istemeleri durumunda uygulanan bir yöntemdir. Bu yöntemin, ulusal ya da uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde, çözüm zamanını ve giderleri azaltarak, taraflar arasındaki uyuşmazlık yargılamaya gitmeden, uyuşmazlığı çözme imkânı sağlaması son derece önemli bir avantajdır. Bu yöntemde arabulucunun da hakemin de aynı kişi olması masrafları azaltacağı gibi, uyuşmazlığın birkaç oturumda çözümlenmesini sağlayacaktır.

⁶⁵ (Özbek M. S., 2016, s. 1215)

⁶⁶ (Özbek M. S., 2017, s. 20)

⁶⁷ (Özbek M. S., 2017, s. 21)

⁶⁸ (İldır, 2003, s. 100)

Arabuluculuk-tahkim yönteminin ilk aşaması arabuluculuktan farklıdır. Taraflar arabuluculukta uyuşmazlığın çözümü konusunda çok daha rahat karar verebilecekken, uyuşmazlığın çözülmemesi ihtimalinde devlet yargılamasına daha yakın olan tahkim yöntemiyle uyuşmazlığın çözülebilecek olması ihtimali baskı unsuru oluşturur. Çünkü tıpkı devlet yargılamasında olduğu gibi, tahkimden nasıl bir sonuç çıkacağına garantisini kimse veremez. Bu sebeple daha arabuluculuk aşamasındayken, uyuşmazlığın tahkime gideceğini düşünen taraflar üçüncü kişiyi ikna etmek isteyebilirler.⁶⁹

6.3. Faydaları

İhtilafı taraflar genelde uyuşmazlığın başında, zaman ve masraf israfına yol açan ve mücadeleciler (hasmane) bir süreç olan dava veya tahkim yoluna başvurmak istemezler. Bilhassa çözümü özel teknik bilgi gerektiren uyuşmazlıklar ile çok taraflı karmaşık uyuşmazlıklar arabuluculuk-tahkime çok elverişlidir. Arabuluculuk-tahkim, arabuluculuk aşamasında çözüm tam olarak yakalandığı takdirde veya taraflar ihtilafı konuları arabuluculuk aşamasında daralttığı (azalttığı) ve sâdece kalan tek konuyu veya az sayıda bazı çekişmeli konuları tahkime bıraktığında azami ölçüde verimli (ekonomik) olur.

Arabuluculuk-tahkimin taraflara sunduğu genel faydalar şunlardır:

- Arabuluculuk, taraflara, süreç üzerinde kontrollerini kaybetmeden uyuşmazlığı çözmeleri ve huzurlu bir ortamda işlerine devam etmeleri için yeni bir fırsat sunar.
- Tahkim unsurunun süreçte bulunmasının taraflar için ayrı bir cazibesi vardır, çünkü uyuşmazlık arabuluculukla çözülemezse tahkim, makul süre içinde, taraflarca tasarlanacak bir süreçte ve tarafların seçtiği tarafsız kişinin huzurunda uyuşmazlığın kesin şekilde çözüleceğine dair bir netlik sağlar.
- Arabulucu tarafların güvenini kazanırsa, taraflar arabulucunun tahkim sürecinde uyuşmazlığın esası hakkında karar vermek için iyi bir aday olduğunu düşünür.
- Arabulucu huzurunda arabuluculuğa harcanan zaman, hakem statüsüne girdiğinde arabulucuya karar verebilmesi için yeterli bilgi verilmesini sağlar ve olası bir müteakip tahkim yargılamasında boşa zaman harcanmamış olur.
- Arabuluculuk-tahkim süreci nispeten daha az şekli olup, genelde kısa sürede ve makul masraflarla sonuç alınır.⁷⁰

Arabuluculuk-tahkim, saf arabuluculuğun sahip olduğu tüm faydaları içinde barındırır. Bu karma ADR yolu, kısa sürede bir çözüme ulaşmaya kapı açar, bilgi ve fikirlerin resmî olmayan bir ortamda paylaşılmasını sağlar, taraflara dinlendikleri duygusunu tattırır ve her iki tarafın da katılımıyla daha kabul edilebilir çözümler üretmeyi mümkün kılar. Taraflar, sâdece geçmişte yaşanan sorunları tartışıp birbirlerini suçlamak yerine, mevcut meselelere ve gelecekteki menfaatlerine odaklanır. Arabuluculuk-tahkimin en açık faydası, tarafların ya gönüllü olarak

⁶⁹ (Perçin, 2012, s. 56)

⁷⁰ (Özbek M. , 2005, s. 21)

anlaşarak ya da icra kabiliyeti olan bir hükümle uyuşmazlıklarının çözüme kavuşmasını sağlamasıdır. Arabulucu hakemin, arabuluculukla çözülemeyen uyuşmazlık konuları hakkında bağlayıcı karar verme yetkisi bunu sağlar. Arabuluculuk ile tahkimin tek yöntem içinde birleştirilmesi, arabuluculukta anlaşmaya varılma ihtimalini artırır; anlaşmaya varılamaması durumunda ise, tahkimde daha çabuk ve daha kabul edilebilir sonuçlar elde edilmesini sağlar. Bu bağlamda tahkim, âdetâ arabuluculuğu çalıştıran motor gibidir. Çünkü yargılama yapılması tehdidi, tarafları iyi niyetle uzlaşmaya teşvik eder. İşte bu sebeple arabuluculukta tahkimde taraflar, arabulucu-hakemin kararının (geleneksel tahkimde olduğu gibi) bağlayıcı olacağını baştan kabul ettiklerinden, bu yönetime zorlayıcı arabuluculuk (*mediation with muscle*) da denilir. Sonuç ister arabuluculukla ister arabuluculuk ve tahkimle ortaya çıksın, arabuluculuk-tahkimin sonucunda yapılan anlaşma bağlayıcı, rücu edilemez ve hukuken icra edilebilir olduğundan arabuluculuk-tahkim, arabuluculuğun temel bir zafiyetini etkili şekilde bertaraf etmektedir.⁷¹

SONUÇ

“Alternatif” arayışının mevzubahis olduğu her olguda, asli yükümlülüğün yerine getirilmeyişinden kaynaklı kavram arayışları yatar. Adalet olgusunun yargılama mercilerince hukuk sükelerinin beklentilerini tam anlamıyla karşılayamadığı koşullarda, alternatif çözüm mekanizmaları devreye girer. Bu mekanizmalar hukuki uyuşmazlıkların çözümü noktasında bireylere ve kurumlara seçenekler sunduğu gibi, sadece alternatif çözüm yolunu seçmekle bile iradesini ortaya koyan taraflara kendi uyuşmazlıklarını çözmeye dayalı bir tatmin sağlar. Değişen koşullarla birlikte ortaya çıkan yeni alternatif çözüm yolları ile adalet beklentisinin karşılanması sağlanacağı gibi, uzlaşma kültürü de pekişecektir. Bu çalışmaya konu edilen arabuluculuk, tahkim ve karma bir model olan arabuluculuk – tahkim, her somut olayın özelliklerine göre başvurulacak yollar olarak bu kültüre katkı sağlayacaktır.

⁷¹ (Özbek M. S., 2017, s. 22)

KAYNAKÇA

- Akıncı, Z. (2013). Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları. *BATİDER*.
- Aslan, L. A. (2018). 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. Maddesi İle Arabulucunun Çözüm Önerisi Getirebilmesine Olanak Sağlayan Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*, 13(145).
- Bacanlı, M. R. (2016). Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak İstanbul Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (ISTAC) Tahkim Yargılamasında Delillerin İbrazı ve Değerlendirilmesi. *Uyusmazlik Mahkemesi Dergisi*.
- Bulur, A. (2007). Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi. *Ankara Barosu Dergisi*(65).
- Bulur, A. (2010). Avukatlık Kanunu M.35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(89).
- Doğar, M. (2008). Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi. *Yüksek Lisans Tezi*.
- Erdoğan, K. (2015). Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları. *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*.
- Giray, F. K. (1997). Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Prof.Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan*.
- Ildır, G. (2003). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kaplan, Y. (2008). Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*.
- Koçyiğit, İ. (2019). *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*. Ankara: ARCS Matbaacılık Monopol Yayınları.
- Kuru, B. (2001). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (22 b., Cilt 6). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özbay, İ. (2004). Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*(3-4).
- Özbek, M. (2005). Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinden "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(2).
- Özbek, M. S. (2016). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (4 b., Cilt 2). Ankara: Yetkin.
- Özbek, M. S. (2017). Arabuluculuk İle Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk- Tahkim. *Yargıtay Dergisi*, 43(1).
- Özkes, M. (2003). *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Pekcanitez, H., Atalay, O., & Özkes, M. (2011). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku* (12 b.). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Pekcanitez, H. (2005). Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri. *HPD*(5).
- Perçin, G. E. (2012). ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNDEN ARABULUCULUĞUN HUKUKSAL DÜZENLEMELERDEKİ YERİ. *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Dergisi*, 31(2), 170. 4 18, 2020 tarihinde alındı
- Sarısozen, M. S. (2010). Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma. *Doktora Tezi*.

- Şanlı, C. (2011). *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. İstanbul: Beta.
- Şıpka, Ş. (2007). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*(12).
- Tanrıver, S. (2006). *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları:Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof.Dr.Fikret Eren'e Armağan*. Ankara.
- Tanrıver, S. (2006). Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(64), 151.
- Tanrıver, S. (2010). Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler Ya Da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Prof.Dr.Fırat Öztan'a Armağan.
- Ünel, N. (tarih yok). Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu. *Uluslararası Ekonomik Sorunlar*.
- Yıldırım, K. (2007). İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında Prof.Dr.Yavuz Alangoya İçin Armağan. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(140).
- Yıldırım, M. K. (2007). *İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*. İstanbul: Vedat Yayıncılık.
- Yılmaz, E. (2005). *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*. Ankara.