

ARABULUCULUK İLE TAHKİM YÖNTEMLERİNİN KESİŞME BÖLGESİ: ARABULUCULUK-TAHKİM

Intersection Zone of Mediation and Arbitration Methods: Mediation-Arbitration

Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK*

ÖZ

Arabuluculuk-tahkim (*med-arb*), hem arabuluculuk hem tahkimin özelliklerini taşıyan bir alternatif uyuşmazlık çözüm (ADR) yoludur. Arabuluculuk-tahkim yolunda taraflar, öncelikle uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözmeye gayret ederler. Arabuluculukta anlaşmaya varılmazsa, bundan sonra taraflar tahkime başlarlar. Taraflar, kendi anlaşmalarını yapmadıkları takdirde arabulucu hakemin hüküm verici bir işlev yerine getireceğini bilirler. Arabuluculuk-tahkim yolunun faydası, tarafların ya arabuluculuk ya da bağlayıcı tahkimle bir çözüme ulaşmasını temin etmesidir. Bu sebeple arabuluculuk ve tahkimin birbirini izleyen bir yöntemde birleştirilmesi birçok uyuşmazlıkta zamandan ve masraflardan tasarruf sağlamaktadır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin 12, 4. maddesine göre arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada, daha sonra hakemlik yapamaz. Bu hüküm, arabuluculuğun tarafsız bir şekilde yürütülmesini sağlamak ve ortaya çıkacak sakıncalara engel olmak bakımından, daha önce bir uyuşmazlıkta arabulucu olarak görev yapan kişilerin, daha sonra aynı uyuşmazlıkla ilgili bir tahkim sürecinde hakem olarak görev üstlenmelerini yasaklamaktadır. Türk ADR hukukunda arabuluculuk-tahkim yolunun kullanılmasını yasaklayan bu hüküm değiştirilmelidir. Bağımsız bir ADR yolu olarak arabuluculuk-tahkim, bir arabuluculuk türüdür. Taraflar, arabuluculuk-tahkime başlamadan

Makalenin Geliş Tarihi : 26/12/2016

Makalenin Kabul Tarihi : 21/02/2017

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk (Medenî Usûl, İcra ve İflâs Hukuku) Anabilim Dalı Öğretim Üyesi/Avukat-Arabulucu (mozbek@ankaratahkim.com).

önce aydınlanmış iradeleriyle rıza gösterirlerse, aynı tarafsız üçüncü kişi hem arabulucu hem de hakem olarak hizmet edebilmelidir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda, aynı tarafsız üçüncü kişinin hem arabulucu hem de hakem olarak hizmet etmesini yasaklayan herhangi bir hüküm yoktur.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Tahkim, Arabulucu, Hakem, Karma Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Bağlayıcı Karar.

ABSTRACT

Mediation-arbitration (med-arb) is an alternative dispute resolution (ADR) process which has features of both mediation and arbitration. In med-arb process, the parties first try to resolve their disputes through mediation. If an agreement is not reached in mediation, then the parties enter arbitration. The parties know that if they do not reach their own agreement the med-arbiter will serve an adjudicative function. The advantage to the med-arb process is that the parties assured of a resolution, either through mediation or by binding arbitration. Therefore combining mediation and arbitration in a sequential process can save time and cost in resolving many disputes. According to article 12, 4 of Law on Mediation in Civil Disputes Directive, the mediator cannot assume later the duty of an arbitrator of any of the parties in a law suit filed in relation with the dispute for which he or she acted as a mediator. This provision prohibits the persons – who previously assumed a duty in a dispute as mediator – from assuming a duty later as an arbitrator in an arbitration process in relation with the same dispute, with a view to providing the impartial execution of the mediation and preventing the inconveniences to arise. This provision which prohibits using med-arb in Turkish ADR law must be changed. Med-arb as a separate ADR process is a variation of mediation. If the parties give informed consent before starting into med-arb process the same neutral third party can be serve as both mediator and arbitrator. There is not any provision in Law on Mediation in Civil Disputes which prohibits using the same person as mediator and arbitrator.

Keywords: Mediation, Arbitration, Mediator, Arbitrator, Combined Alternative Dispute Resolution Processes, Binding Decision.

GİRİŞ

Arabuluculuk yolu, farklı alternatif uyuşmazlık çözüm (*Alternative Dispute Resolution*, ADR) yollarıyla birleştirilerek uygulanabilmektedir. Birleşik (karma) ADR yollarına hâkim olan ve onlara baskın karakterini veren yöntem arabuluculuktur. Birleşik ADR yollarından (*combined ADR processes*) en fazla uygulaması olanı ise, arabuluculuk (*mediation*) ve tahkim (*arbitration*) yolunun birleşiminden oluşan arabuluculuk-tahkim (*mediation-arbitration*) yoludur¹.

-
- 1 Abrams, Jeffrey H.: Combined Processes (Alternative Dispute Resolution Handbook, Alternative Dispute Resolution Section State Bar of Texas 2003, s. 151-157), s. 151; Adams, George W./Bussin, Naomi L.: Alternative dispute resolution and the Canadian courts: a time for change (ADRLJ 1995, Vol. 4, s. 243-262), s. 249; Elliott, David C.: Med/Arb: Fraught With Danger or Ripe With Opportunity? (Alberta Law Review, Vol. XXXIV, 1995/1, s. 163-179), s. 163; Gélinas, Paul A.: Dispute Settlements According to ICC ADR (Amicable Dispute Resolution Rules) (ICC Türkiye Milli Komitesi, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001 Ankara, s. 21-37), s. 25; Gill, Lewis M.: The Nature of Arbitration: The Blurred Line Between Mediator and Judicial Arbitration Proceedings (Case Western Reserve Law Review 1988-1989, Vol. 39, s. 545-555), s. 553; Horwitz, Lester/Horwitz, Ethan: Intellectual Property Counseling and Litigation, Vol. 4, New York 1998, § 53.02, 1, c; Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003, s. 100; Kovach, Kimberlee K.: Mediation, Principles and Practice, St. Paul 2004, s. 16; Landry, Sherry: Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model (Defense Counsel Journal, 1996/April, s. 263-269), s. 264; Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir? (ABD 1999/2-3, s. 187-204), s. 201-202; Pappas, Brain A.: Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution (HNLR 2015/Spring, Vol. 20, s. 157-203), s. 159; Polat, Malike: Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010, s. 47; Susman, Edna: Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process (NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer, Vol. 2, 2009/1, s. 71-74), s. 71; Tarman, Zeynep Derya: Tarafsız Bir Üçüncü Kişi Aynı Uyuşmazlıkta Hem Hakem Hem de Arabulucu Olabilir mi? (Legal Hukuk Der-

A) ARABULUCULUK-TAHKİM YOLUNUN TANIMI

Arabuluculuk-tahkim, uyuşmazlık arabuluculukta çözülemediği takdirde arabulucunun işlev değiştirerek nihai 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 yöntemdir².

gisi 2010/86, s. 463-471), s. 466-467; Warbeck, Johannes: Alternative dispute resolution in the world of business: a comparative analysis of the use of ADR in the United Kingdom and in Germany (ADRLJ 1998/June, s. 104-131), s. 111; Welsler, Irene: Alternative Dispute Resolution-A Wide Choice of Varieties (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. İlhan Uluşan'a Armağan, 2016/2, C. 3, İstanbul 2016, s. 757-774), s. 759.

- 2 Abrams s. 152; Adams/Bussin s. 249; Brown, Henry/Marriott, Arthur: ADR Principles and Practice, London 1999, s. 147; Blankley, Kristen M.: Keeping a Secret from Yourself? Confidentiality when the Same Neutral Serves both as Mediator and as Arbitrator in the Same Case (Baylor Law Review, 2011/2, Vol. 63, s. 317-367), s. 318; Burton, John/Dukes, Frank: Conflict: Practices in Management, Settlement and Resolution, New York 1990, s. 108; Dendorfer, Renate/Lack, Jeremy: The Interaction Between Arbitration and Mediation: Vision v Reality (Dispute Resolution International, 2007/1, Vol. 1, s. 73-98), s. 82-83; Goldberg, Stephen B./Green, Eric D./Sander, Frank E.A.: Dispute Resolution, Boston 1985, s. 246; Goldberg, Stephen B./Sander, Frank E.A./Rogers, Nancy H./Cole, Sarah R.: Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes, New York 2003, s. 292; Henry, Karen L.: Med-Arb: An Alternative to Interest Arbitration in the Resolution of Contract Disputes (OSJDR 1988/2, Vol. 3, s. 385-398), s. 386; Hibberd, Peter/Newman, Paul: ADR and Adjudication in Construction Disputes, London 1999, s. 122; Ildır s. 100-101; Kheel, Theodore W.: The Keys to Conflict Resolution, Proven Methods of Settling Disputes Voluntarily, New York 1999, s. 10; Kovach s. 511; Moore, Christopher: Arabuluculuk Süreci, Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler (Çev. Tarkan Kaçmaz, Mustafa Tercan), Ankara 2016, s. 10; Niemic, Robert

Arabuluculuk-tahkim karma ADR yolunun iki farklı uygulama şekli vardır. İlk uygulama şeklinde ihtilaflı konular en baştan iki kısma ayrılır. Taraflar belirli konuları arabuluculuğa, diğerlerini tahkime sunmayı en baştan kararlaştırır. Arabuluculuk-tahkim karması bu yöntemin ikinci uygulanma şeklinde ise arabuluculuk ve tahkim sırayla (arka arkaya) uygulanır. Taraflar ilk önce arabuluculuğa başvurur ve anlaşmaya varamazlarsa ihtilaflı konulardan sâdece çözülemeyenler tahkime havale edilir³.

Arabuluculuk-tahkimin, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada'da, IBM-Fujitsu, Conoco Inc.-Browning Ferris Industries, Federal Mevduat Sigortası Şirketi-Chery, Bekart ve Holland arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde yakaladığı başarı, tüm dünyada ün kazanmasını sağlamıştır⁴.

Tahkim ve arabuluculuğun tek usûlde birleştirilmesiyle oluşturulan ve karma bir yöntem olan arabuluculuk-tahkim yolunun temelinde bir bileşik tipli karma sözleşme⁵ bulunur. Arabuluculuk sözleşmesi ve ya şartına istinaden arabulucu ile taraflar arasında yapılan sözleşmeye "arabulucu sözleşmesi" denir. Tarafların, arabulucu hakemle yaptıkları bileşik sözleşmede, baskın karakteri itibariyle vekâlet sözleşmesi olan arabulucu sözleşmesi⁶ ve hakem sözleşmesi⁷ bir arada bulunmaktadır.

J./Stienstra, Donna/Ravitz, Randall E.: Guide to Judicial Management of Cases in ADR, Federal Judicial Center 2001, s. 9; Nolan-Haley, Jacqueline M.: Alternative Dispute Resolution in a Nutshell, St. Paul 2001, s. 229; Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 1, 2, Ankara 2016, s. 435; Pappas s. 159; Scanlon, Kathleen M.: Mediator's Deskbook, CPR Institute for Dispute Resolution, New York 1999, s. 76, 87; Stitt, Allan J.: Alternative Dispute Resolution for Organizations, Toronto 1998, s. 17; Welser s. 768. Ayrıca bkz. www.pon.harvard.edu

3 Horwitz/Horwitz § 53.06.

4 Elliott s. 165.

5 Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 208-209.

6 Özbek s. 1215. Karş. Yazıcı Tıktık, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s. 163-165.

7 Taşkın, Âlim: Hakem Sözleşmesi, Ankara 2005, s. 34-42.

Aynı kişinin hem arabulucu hem hakem olduğu arabuluculuk-tahkim yolunda arabulucu hakemin üstlendiği asli edimler, öncelikle arabuluculuk müzakerelerinin özenle yürütülmesi, bu müzakerelerde anlaşmaya varılamazsa tahkim yargılamasına geçilerek hakemlik yapılması ve bir karar verilmesidir.

Bu sözleşmeye göre, taraflar uyuşmazlık konusu olan bir meseleyi (örneğin zararı tazmin sorumluluğunun kime âit olduğunu) hakeme, diğer bir meseleyi de (örneğin zarar miktarını) arabulucuya havale ederler. Arabuluculuk başarılı olamazsa bu ikinci mesele yeni bir hakeme sunulur. Bu usûl, bütün alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargıya bir alternatiften ziyade yargının tamamlayıcısı olduğunun klasik örneğidir⁸.

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 yürütülebilir⁹.

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 alınamazsa hakem olarak görev

8 Liebscher, Christoph: Arabuluculuk Tekniklerinin Tahkimde Kullanılması (Çev. Mustafa Göksu) (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 15-16 Ekim 2010, Türkiye Barolar Birliği 2012, Yayın No: 215, s. 51-75), s. 69-72; Özbek s. 198-210; Polat s. 47-51; Street, Laurence: The language of alternative dispute resolution (ADRLJ 1992/September, Vol. 1, s. 144-148), s. 147.

9 McGillicuddy, Neil B./Welton, Gary L./Pruitt, Dean G.: Third-Party Intervention: A Field Experiment Comparing Three Different Models (Journal of Personality and Social Psychology 1987/1, Vol. 53, s. 104-112), s. 104.

yapmayı sürdürür. Gerek arabuluculuk-tahkim gerek tahkim-arabuluculuk daima iki aşamalı bir uyuşmazlık çözüm yoludur¹⁰.

B) ARABULUCULUK-TAHKİM YOLUNUN FAYDALARI

İhtilafli taraflar genelde uyuşmazlığın başında, zaman ve masraf israfına yol açan ve mücâdeleci (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 ihtilafli konuları arabuluculuk aşamasında daralttığı (azalttığı) ve sâdece kalan tek konuyu veya az sayıdaki bâzı çekişmeli konuları tahkime bıraktığında azami ölçüde verimli (ekonomik) olur¹¹.

Arabuluculuk-tahkimin taraflara sunduğu genel faydalar şunlardır¹²:

1) Arabuluculuk, taraflara, süreç üzerinde kontrollerini kaybetmeden uyuşmazlığı çözmeleri ve huzurlu bir ortamda işlerine devam etmeleri için yeni bir fırsat sunar.

2) 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 muayyenlik sağlar.

3) Arabulucu tarafların güvenini kazanırsa, taraflar arabulucunun tahkim sürecinde uyuşmazlığın esası hakkında karar vermek için iyi bir aday olduğunu düşünür.

4) 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.

10 Burton/Dukes s. 108; Dendorfer/Lack s. 82; Susman s. 71.

11 Horwitz/Horwitz § 53.06.

12 Blankley s. 325; Elliott s. 164.

5) Arabuluculuk-tahkim süreci nispeten daha az şekli olup, genelde kısa sürede ve makul masraflarla sonuç alınır.

I- Arabuluculuk-Tahkimin Saf Arabuluculuktan Üstünlükleri

Arabuluculuğun en belirgin zafiyeti, arabulucunun bağlayıcı ve nihaî karar verme gücünden mahrum olmasıdır. Arabuluculuk sırasında arabulucu bir çözüm önerisi sunabilirse de, nihaî karar ancak taraflar arasındaki uzlaşmanın ürünü olacaktır. Arabulucu, her iki tarafa da, diğer tarafın uzlaşma teklifleri karşısında sahip olduğu seçenekleri değerlendirme konusunda yardım eder; fakat onun, kolaylaştırıcı üçüncü kişi (*third party facilitator*) olarak tarafları zorlama yetkisi yoktur. Buna karşılık arabulucu-hakem, arabuluculukla çözülemeyen her türlü mesele hakkında hakem olarak karar verme kabiliyetine sahiptir. Diğer yandan arabulucu-hakemin, arabuluculukla çözülemeyen uyuşmazlıklarda hakemlik yapma yetkisini kullanma ihtimali uygulamada düşüktür; çünkü arabulucu-hakemin varlığı ve hakem kararı verme olasılığı, tarafları uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözme (kendi kendilerine anlaşmaları) konusunda güçlü şekilde motive etmektedir. Taraflar, uyuşmazlığı kendileri çözemediği takdirde, arabulucu-hakemin bağlayıcı bir karar vereceğinin farkındadırlar.

Arabuluculuk-tahkim, arabuluculuğun dostane atmosferiyle tahkimin bağlayıcı ve nihaî karar verme kabiliyetini buluşturan bir yöntemdir. Arabuluculuk kümesiyle tahkim kümesinin kesişme bölgesinde kalan ve bu özelliğiyle karma bir ADR yolu olan arabuluculuk-tahkimde, hem arabuluculuk (mutabakata dayalı çözüm) hem de tahkimin (bağlayıcılık) kendine has unsurları, her iki yöntemin de olumlu etkilerinden azami ölçüde yararlanabilmek amacıyla bir araya getirilir. Arabuluculuk-tahkim yönteminin uygulamacıları, bu karma yöntemin, arabuluculuk ve tahkimin en iyi özellikleri olan gayri resmî uzlaşma ortamında (esneklik) nihaî çözümün garanti edilmesini (nihailik) sağlamak sûretiyle, her iki yolun faydalarından yararlanma fırsatı sunduğunu haklı olarak belirtmektedirler¹³.

13 Blankley s. 320, 324; Henry s. 389; Horwitz/Horwitz § 53.06; Landry s. 264; Pappas s. 159, 167.

Arabuluculuk-tahkim, saf arabuluculuğun sahip olduğu tüm faydaları içinde barındırır. Bu karma ADR yolu, kısa sürede bir çözüme ulaşmaya kapı açar, bilgi ve fikrilerin 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 odaklanırlar.

Arabuluculuk-tahkimin en açık faydası, tarafların ya gönüllü olarak 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 arabuluculuk-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 olduğundan¹⁴ arabuluculuk-tahkim, arabuluculuğun temel bir zafiyetini etkili şekilde bertaraf etmektedir¹⁵.

14 Arabuluculuk-tahkimin bu faydasından bilhassa toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde yararlanılmakta, arabuluculuğun başarısız olması durumunda arabulucunun grevi önleyememesi sebebiyle arabuluculuk-tahkim yöntemi tercihe şayan olmaktadır (Henry s. 391-392).

15 Abrams s. 152; Dendorfer/Lack s. 85; Henry s. 390; Horwitz/Horwitz § 53.06. Ayrıca bkz. Eisenkopf, Gerald: Mediation and Conflict Management (Research Paper Series Thurgau Institute of Economics and Department of Economics at the University of Konstanz, No. 45 august 2009), s. 2 (http://www.twikreuzlingen.ch/uploads/tx_cal/media/TWI-RPS-045-Eisenkopf-2009-08.pdf).

Arabuluculuk-tahkim bu yönüyle, önce saf arabuluculuğa (*pure mediation*) sonra farklı bir kişinin hakemlik yaptığı saf tahkime (*pure arbitration*) ayrı ayrı başvurulmasına nazaran daha etkili bir yöntemdir. Klasik arabuluculuktan sonuç alamama olasılığı belirlediğinde, arabuluculuk-tahkim saf tahkimden daha faydalıdır; çünkü arabuluculuk-tahkim “*en iyi anlaşma tarafların bizzat vardığı anlaşmadır*” fikrine sıkı sıkıya bağlıdır. Tahkimdeki temel tehlike, tarafların gönüllü bir anlaşmaya varmalarının zor olacağı kabulüne dayanmasıdır. Taraflar, arabuluculuk-tahkim yönteminin saf tahkimden daha güvenli olacağını da düşünebilir. Çünkü arabuluculuğa ilişkin öncelikli algı, onların ihtilafli konuları daraltmasına imkân tanır. Böylece arabulucu-hakem bağlayıcı bir karar vermezse, sonuç daha öngörülebilir olur. Taraflar, arabuluculuk sürecinde ihtilafli konuları daraltabilir ve çözülemeyen az sayıdaki bazı konuları tahkime bırakabilir. Bundan başka arabuluculuk anlaşmayla sonuçlanmazsa, tarafların yeni bir hakem seçerek tüm uyuşmazlığı tekrar en baştan yeni hakeme anlatmasına gerek kalmaz. Hakem, uyuşmazlığın esası hakkında karar vermesi için ihtiyaç duyduğu her türlü bilgiyi arabuluculuk yaptığı sırada zaten öğrenmiş olduğundan, taraflar zamandan ve masraflardan önemli ölçüde tasarruf sağlayacaktır¹⁶.

Hiç kuşkusuz her uyuşmazlıkta durum bu kadar basit olmayacaktır. Uzlaşmaya varmanın konusuyla bağlayıcı bir karar vermek birbirinden farklı olduğundan, her iki durumda ihtiyaç duyulan vakıalar da değişik olacak veya aynı olduğunda bile bunların farklı yönlerden ele alınması gerekecektir¹⁷. Bu sebeple hakem statüsüne bürünen bir arabulucu, arabuluculuk aşamasında öğrendiği bilgilere dayanarak bir hüküm kuramayabilir ve ilâve delil veya vakıa toplamaya ihtiyaç duyabilir. Ancak böyle bir durumda bile aynı tarafsız üçüncü kişinin hakem olarak görevlendirilmesinin, farklı (yeni) bir kişinin hakem olarak atanma-

16 Hibberd/Newman s. 123; Horwitz/Horwitz § 53.06; Landry s. 265; Nolan-Haley s. 230; Stitt s. 135.

17 Fuller: Collective Bargaining and the Arbitrator (Proceedings, Fifteenth Annual Meeting, National Academy of Arbitrators s. 30, 1962) (Goldberg/Green/Sander s. 247-255'ten naklen).

sı ve ihtilaflı konular hakkında en baştan bilgilendirilmesinden daha kolay ve tasarruflu olacağı açıktır¹⁸.

Yukarıda ifade edildiği gibi arabuluculuk-tahkimin saf arabuluculuğa nazaran diğer bir üstünlüğü, bağlayıcı bir karar verilmesine imkân tanınmasıdır. Bu doğru bir tespit olmakla birlikte, arabuluculuk-tahkimdeki çözüm süreci, arabuluculuktaki anlaşmaya varılma sürecinden farklıdır. Arabuluculukta, tarafsız üçüncü kişinin bağlayıcı bir karar verme yetkisi olmadığından, tarafların öncelikli çabası, her iki tarafça da kabul edilebilecek şekilde uyuşmazlığa bir çözüm bulabilmek üzerinedir. Tarafsız üçüncü kişinin bağlayıcı bir karar verme yetkisinin bulunduğu arabuluculuk-tahkimde ise taraflardan her birinin öncelikli amacı, haklı olduğu konusunda tarafsız üçüncü kişiyi ikna etmek olacaktır. Arabuluculuk-tahkimde anlaşmaya dayalı bir çözüme varılma ihtimali daha fazla olabilse de, bu durum yalnızca tarafların (veya en azından taraflardan birinin) kabul etmesiyle mümkündür. Çünkü tarafsız üçüncü kişi, anlaşma arabuluculukta kabul edilmezse, tahkim sürecinde bağlayıcı bir karar verileceğini taraflara bildirir¹⁹.

Arabuluculuk-tahkim ile saf arabuluculuk arasındaki önemli farklardan biri de, tahkim yargılaması başladıktan sonra ihtilaflı tarafların süreci terk etme imkânının olmamasıdır. Arabuluculukta anlaşma sağlanamazsa, ihtilaflı taraflar tahkime başvurmak zorundadır.

Arabuluculuk-tahkimdeki tahkim aşaması, zaten tamamlanmış olan vakıaların tespiti ve tarafsız kişinin uyuşmazlık konusunu öğrenmesi dışında klasik tahkim ile aynıdır. Taraflar, olağan koşullarda uyuşmazlığın çözülmesi için önem taşıyan çekişmeli vakıaları ve delillerden oluşan dava malzemesini tahkim yargılamasına ithal etmek (örneğin duruşmada tanıkları dinletmek) ve derdestlik kazanan tahkim yargılamasının masraflarını asgarî seviyeye düşürebilmek için, mümkün olan konularda mutabakat sağlamak zorundadır. Tahkim aşaması fiilen başlamadan önce ihtilaflı taraflar, tahkim yargılamasında ele alınacak konuları tekrar gözden geçirebilir ve yapılan özel toplantı sonunda orta-

18 Goldberg/Sander/Rogers/Cole s. 292.

19 Goldberg/Sander/Rogers/Cole s. 293.

ya çıkan meseleleri (örneğin arabuluculuk ve nihaî teklif tahkimine başvurarak veya ilâve tarafsız kişiler atayarak) çözmeyi deneyebilirler. Sonuçta arabulucu-hakem, çözümsüz kalan tüm çekişmeli konular hakkındaki iddia ve savunmaları dinleyerek bağlayıcı bir karar verir.

Arabuluculuk-tahkimin temel faydası, sâdece masraflar ve zamandan tasarruf sağlamak değil; buna ilâveten hakemin, objektif olarak hukuk kurallarını uygulaması yanında, tarafların geleceğe dönük şahsî menfaatlerini de dikkate alarak kararını oluşturmuş olmasından dolayı, sonuçtan olabildiğince psikolojik tatmin sağlamaktır. Arabuluculukta anlaşma sağlanamaz ya da sâdece kısmî bir anlaşma sağlanır ve özel toplantı da yapılmamışsa (veya özel toplantıyla ilgili konular tatminkâr şekilde tespit edilmiş ve çözülmüşse), tarafların farklı bir tarafsız kişiyi bilgilendirmesine lüzum kalmaz. Arabulucu olarak görev yapan tarafsız kişi, zaten ihtilaflı konularla ilgili çok şey bildiğinden, zorlanmadan hakem kararı verebilecek ve tarafların gelecekteki menfaatlerini de göz önünde bulundurarak bir dizi farklı seçeneğe sahip olacaktır. Hattâ arabulucu-hakem, arabuluculuk sürecinde, şeklî tahkim yargılamasında edineceği bilgilerden daha fazlasını bile taraflardan edinme fırsatı bulacaktır.

Arabuluculuk-tahkim bu yapısıyla, anlaşma sağlanamazsa uyumsuzluğun daha kısa sürede çözülmesini de sağlar. Uyuşmazlık öyle ya da böyle bu süreçte çözülecektir. Arabulucu-hakem, bir uzlaştırıcı olarak hareket edip olası ve âdil bir çözümün nasıl olabileceğine ilişkin önerilerini sunarak veya tahkim sürecinin olası sonucuna dayanarak, tavsiye niteliğinde geçici bir görüş verebilir. Bu yeni katkı sayesinde taraflar, nihaî uzlaşma raundunda anlaşmaya varmaya daha yatkın (uy-sal) hâle gelir.

Sonuçta arabulucu-hakem süreci tahkime yönlendirirse, önceki müzakereler “ihtilaflı kalan konuların daraltılmasını” sağlayacak ve daha öngörülebilir ve kabul edilebilir çözümler doğuracaktır. Aynı şekilde arabulucu-hakem uyuşmazlık hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olduğundan, tarafların taleplerinin gücünü daha iyi değerlendirebilecektir.

Arabuluculuk-tahkim, anlaşmazlığın tamamı karşılıklı anlaşmayla çözülsün bile, anlaşmanın hakem kararı şekline büründürülerek maddî

anlamda kesin hüküm gücünü haiz ve doğrudan ilâmlı icra yoluyla icra edilebilir bir belge elde edilmesine de imkân tanımaktadır. Böylece hakem kararının icra edilebilirlik sorunu olmayacak ve ilâm niteliğinde belge olması için icra edilebilirlik şerhi alınması gereken arabuluculuk sonunda yapılan anlaşma belgesinden daha üstün bir belge elde edilmiş olacaktır²⁰.

Nitekim arabuluculuk-tahkimin bu faydasından yararlanmak amacıyla kurumsal arabuluculuk kurallarında, anlaşma belgesinin hakem kararı hâline getirilmesine genellikle izin verilmektedir²¹. Örneğin Hollanda Tahkim Enstitüsü (*Netherlands Arbitration Institute*, NAI) Arabuluculuk Kurallarının “Hakem kararı” başlıklı 8. maddesine göre taraflar ve arabulucu, arabuluculuk anlaşmasının, Hollanda Medenî Usûl Kanununun (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Rv) 1069. maddesi anlamında ve Hollanda Tahkim Enstitüsü Tahkim Kurallarının 54. maddesindeki usûle uygun şekilde hakem sulh kararı hâline getirilmesine karar verebilir. Bu amaçla yapılan anlaşma bir tahkim sözleşmesi olarak kabul edilir ve arabulucu veya tek sayıda olacak şekilde arabulucu heyeti, hakem veya hakem heyeti olarak atanır. Tahkim yeri Rotterdam’dır²².

Hollanda Tahkim Enstitüsü Arabuluculuk Kurallarının açıklamasında bu uygulamanın faydasının, taraflardan birinin hakem kararına uyumaması hâlinde, diğer tarafın hakem kararını, tıpkı mahkeme hükmü gibi ilâmlı icra yoluyla icra edebilmesi olduğu haklı olarak belirtilmiştir. Bu durumda, Hollanda Medenî Usûl Kanunu m. 1069 yanında NAI Tahkim Kuralları m. 54 de uygulanacaktır. Taraflar, arabuluculuk anlaşmasının bir hakem kararına geçirilmesini isterse, arabulucu hakem olarak atanmalı ve ardından hakemden, hakem sulh kararı vermesi istenmelidir. Birden fazla arabulucu atanmışsa, bunların içinden tek sayı

20 Dendorfer/Lack s. 84-85; Horwitz/Horwitz § 53.06.

21 Sanders, Pieter: Arbitration, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 12, Tübingen 1996, s. 15-16.

22 Netherlands Arbitration Institute: Mediation Rules in force as from 1 March 2009, Rotterdam 2009, s. 23; Sanders s. 16.

olacak şekilde bir hakem heyeti seçilmelidir. Çünkü Hollanda hukukuna göre hakem sayısı tek olmak zorundadır (Rv a. 1026.1).

Hollanda Medenî Usûl Kanunu m. 1069 ve NAI Tahkim Kuralları m. 43 ve 50 uyarınca hakem sulh kararı, hakemler ve taraflarca imzalanmalıdır²³. Hakem sulh kararının şekli ve içeriği, NAI Arabuluculuk Kuralları m. 8 ve NAI Tahkim Kuralları m. 44'e uygun olmalıdır (NAI Arbitration Rules a. 50, 2). Hakem sulh kararında gerekçe yazmak zorunlu değildir (NAI Arbitration Rules a. 44, 1/e; 50, 2). Taraflar, arabuluculuk anlaşmasının hakem sulh kararına dönüştürülmesini istemezler ve arabuluculuk anlaşması ihlâl edilirse, arabuluculuk anlaşmasının ilâmlı icra yoluyla icra edilmesini isteyen taraf, diğer tarafa karşı görevli mahkemede veya tahkim şartı varsa hakem heyeti önünde dava açmak ve ilâm almak zorundadır²⁴.

II- Arabuluculuk-Tahkimin Saf Tahkimden Üstünlükleri

Arabuluculuk-tahkim, saf tahkim yolunun bünyesinde barındırdığı bâzı sakıncaları da taşımamaktadır. Tahkim genelde ağır işlemesi, gizliliğinden dolayı içtihat oluşuma engel olması, kanun yolu incelemesinin sınırlı sebeplere hasredilmesi, masraflı ve şeklî olmasıyla eleştirilmektedir²⁵. Tahkim son yıllarda “dava yolunun büründüğü yeni şekil” (*new litigation*) olarak kabul edilmeye başlanmıştır²⁶. Tahkimin yargısal karakterini taşımayan arabuluculuk-tahkimde ise masraflar azaltıldığı gibi²⁷, çekişmeli konunun sayısına bağlı olarak uyuşmazlıklar genellikle bir ilâ yedi gün arasında değişen bir sürede çözülmektedir. Usûlî yönden arabuluculuk-tahkim, tahkimden daha az şeklidir. Arabulucu-

23 Netherlands Arbitration Institute: Arbitration Rules in force as of 1 January 2015, Rotterdam 2015, s. 39.

24 Netherlands Arbitration Institute-Mediation Rules s. 16; Sanders s. 16.

25 Welser s. 762.

26 Pappas s. 159.

27 Committee of Experts on Efficiency of Justice: Report on “What place is there for civil mediation in Europe?”, Strasbourg 2001, s. 11; Özbek, Mustafa: Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması (Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502), s. 451.

luk-tahkimde kayıt ve tutanak tutulmaz, tarafların ilgili gördüğü tüm meseleler müzakereye ve gerektiğinde hüküm altına alınmaya açıktır. Arabuluculuk-tahkim müzakerelerinde taraflar, sundukları teklif ve karşı teklifleriyle birbirlerine daha da yaklaşırlar. Böylece, çekişmeli bir konu tahkime intikal ettirilirse, tarafların talepleri arasındaki ayrılıklar genelde asgariye indirilmiş olur.

Bunun yanında arabuluculuk-tahkimde, tahkim yolunun mücâdeleci (hasmane) yapısı önemli ölçüde azaltılır ve duruşmalar geleneksel müzakerelere daha yakın gerçekleşir. Taraflar, tahkime nazaran daha dostane bir ortamda, uzlaşma havasında samimi şekilde müzakere ederler.

Nihayet, arabuluculukla çözülen tüm meseleler, hukuken bağlayıcı, nihaî ve icra edilebilir bir anlaşmaya dönüşeceğinden, taraflar taleplerini dürüst şekilde ileri sürme konusunda daha isteklidir. Arabulucu-hakem, tarafları, tahkime başvurma ihtimaline karşı hazırladıkları delillerini incelemeye ve taleplerinin isabetini sorgulamaya yönlendirebilir. Arabulucu-hakem, taraflardan birinin taleplerinin dürüst olmadığını görürse, çekişmeli vakıa hakkında hakem olarak karar verebilir ve diğer tarafın talebini kabul edebilir. Böyle olunca da arabuluculuk-tahkim, tarafları dürüst davranmaya zorlar. Bu dürüst ortam sayesinde arabuluculuk-tahkim müzakerelerinde tarafların talepleri giderek birbirine yakınlaşır. Böylece arabulucu-hakem, hakem rolüne büründüğünde her iki tarafın da ihtiyaçlarını karşılayan bir hüküm kurabilir²⁸.

C) ARABULUCULUK-TAHKİM YOLUNUN SAKINCALARI

Arabuluculuk-tahkim, saf arabuluculuğun ardından farklı bir kişinin hakemlik yaptığı saf tahkime nazaran bâzı üstünlüklere sahip olsa da, bazı sakıncaları da bünyesinde barındırmaktadır. Her şeyden önce arabuluculuk-tahkimde aynı kişi hem arabulucu hem hakemlik yaptığında, bâzı etik sorunlar doğabilir. Arabulucunun aynı zamanda hakemlik yaparak bağlayıcı bir karar vereceğini bilen ihtilaflı taraflar, saf arabuluculuğa nazaran menfaatlerinin nasıl etkileneceğini bilmediklerinden bilgi paylaşımında daha ketum davranabilir ve en azından uyuşmazlığın çözümünde

28 Henry s. 394; Horwitz/Horwitz § 53.06.

gönülsüz olabilirler²⁹.

Tarafların uzlaşma müzakerelerinde rahat konuşamaması, arabulucu-hakemin saf arabuluculuğa nazaran süreçte daha az bilgi sahibi olmasına yol açacak ve arabuluculuğa dayalı bir anlaşmaya varılma ihtimali azalacaktır. Ayrıca pek çok başarılı arabuluculukta kilit rol oynayan ve özel toplantılarda yapılan “gerçeklik testi”³⁰, arabuluculuk-tahkimde beklenen etkiyi doğurmayabilecektir. Bu durum da arabuluculuk aşamasının etkinliğini azaltabilecektir³¹.

Arabuluculuk-tahkimdeki çözüm dinamiklerinin farklı olmasının, arabuluculukla mukayese edildiğinde iki olumsuz etkisi olduğu görülür. Bunlardan birincisi, arabuluculuk-tahkimdeki taraflar gönüllü bir çözüme varmak yerine kendilerine bir çözüm şeklinin dikte edildiğini hissederse, bu çözüm şekline uymaya daha az istekli olabilirler.

Arabuluculuk-tahkimdeki ikinci olumsuz etki, tahkim yargılamasının mücadeleci atmosferinin arabuluculuk sürecini olumsuz şekilde etkilemesidir. Taraflar, arabulucunun daha sonra rol değiştirerek hakemlik yapacağını bildiklerinde, arabulucuya güvenmek, iyi niyetle ve samimi olarak konuşmak yerine, gerekli bilgileri gizleyerek, gerçeği abartarak ve hattâ yalan söyleyerek arabuluculuğu çarpıtmaya çalışabilirler. Taraflar doğal olarak hakeme güzel görünmek isteyecek ve hasım tarafı mümkün olduğu kadar kötü göstererek hakemin tarafsızlığını etkilemeye çalışacaklardır.

Bununla birlikte taraflar, arabuluculuk sürecinde arabulucuya kuvvetli bir güven duyarlarsa, özel toplantılara veya kendilerini sıkıntıya sokacak bilgiler vermiş olmalarına rağmen, arabulucu ve hakem rollerini karıştırmasına ilişkin endişelerine bakmadan onun, arabuluculukla

29 Abrams s. 152; Blankley s. 333; Ildır s. 102; Liebscher s. 71; Niemic/Stienstra/Ravitz s. 135; Polat s. 49; Scanlon s. 87; Tarman s. 470.

30 Gerçeklik testi konusunda bilgi için bkz. Özbek, Mustafa: Uyuşmazlık Çözümünün Ekonomik Değerlendirmesi ve Karar Ağacı Analizi (Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. IV, 8 Ocak-11 Ocak 2008, Ankara Barosu 2009, s. 94-133), s. 98 vd.; Özbek s. 711-712.

31 Dendorfer/Lack s. 86.

çözölemeyen uyuşmazlıklar hakkında hakemlik yapmasını tercih edeceklerdir. Her halükârda arabulucu, farklı bir tarafsız üçüncü kişiyle birlikte çalışabilir ve bir uzman olarak hareket ederek ileride daha etkili bir sürecin parçasını oluşturmak üzere, bağımsız karar vermeye yardımcı olacak bâzı kilit konuları tespit edebilir³².

Diğer yandan taraflar, arabuluculuk aşamasında birbirleriyle uzlaşmaya çalışmak yerine öncelikle haklı oldukları konusunda arabulucuyu ikna etmeye yoğunlaşırlarsa, haricen karar verecek bir kişiye başvurmadan uyuşmazlıkları çözme kabiliyetlerini geliştiremezler. Hâlbuki uzlaşma müzakeresi yapmak gayretiyle hünerli bir arabulucu huzurunda arabuluculuğa katılma ve arabulucunun anlaşmazlığı nasıl ele aldığı, hangi soruları soruduğu, öneriler sunduğu ve alternatif çözüm seçenekleri geliştirdiğini gözlemlemenin, tarafların arabulucu dahi olmaksızın uyuşmazlıkları çözme kabiliyetlerini geliştirdiğine dair deliller vardır. Süreklilik gösteren ilişkiler içinde olan taraflar için, harici bir kişinin yardımı olmadan karşılıklı kabul edilebilir çözümler geliştirmeyi öğrenmek, münferit bir uyuşmazlığın hızlı ve etkili şekilde çözülmesinden daha önemlidir³³. Böylece arabuluculuk, devamlılık gösteren ilişkilerde arabuluculuk-tahkime nazaran daha tercihe şayandır.

Arabuluculuk-tahkim lehtarları ise bu eleştirilere katılmamakta, tarafsız kişinin karar verme veya ilerleyen aşamalarda doğrudan sürece müdahil olma yetkisi olduğu takdirde, tarafların arabuluculuk aşamasında daha ciddi davrandıklarını, davranışlarında daha düzeyli olduklarını ve tarafsız kişiyi etkilemek için daha fazla çaba harcadıklarını belirtmektedirler. Arabuluculuk-tahkim lehtarları, tarafların arabulucu-hakeme güvenmesinin şu sebeplerle önemli bir sorun teşkil etmediğini savunmaktadırlar³⁴:

1) Müzakere ortamı, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları çözmek için arabulucu-hakeme güvenmesini gerektirir,

32 Dendorfer/Lack s. 87; Elliott s. 179.

33 Abramss. 152; Goldberg/Sander/Rogers/Cole s. 293.

34 Landry s. 265-266.

2) Taraflar arabulucu-hakeme tam olarak güvenmek ister, çünkü arabulucu-hakem, sonuçta uyuşmazlığın mukadderatını belirleyecektir.

Arabuluculuktaki tarafların sâdece arabulucunun tarafsızlığına güvenmesi yeterli olmayıp, hem müşterek toplantılarda hem ayrı ayrı gerçekleştirilen özel toplantılarda arabulucuya yaptıkları açıklamaların gizli kalacağından ve uyuşmazlık tahkim yargılamasına havale edildiğinde delil olarak kullanılamayacağından emin olmaları gerekir. Aynı şekilde taraflar, yapacakları ikrarların tahkim yargılamasında delil olarak kullanılamayacağını ve farklı bir hakemle süreç devam ederse arabulucunun tanıklıktan çekinme hakkından yararlanacağını³⁵ bilmelidirler³⁶. Taraflar, uyuşmazlık çözülemediği takdirde arabulucunun hakem olacağını bilirse, bu durum müzakerelerin etkinliği ve verimliliğini etkileyebilir ve arabuluculuğun bütün dinamiklerini değiştirebilir³⁷.

Tahkim aşamasına geçildiğinde tarafsız üçüncü kişinin (eski arabulucu-yeni hakemin) durumu daha karmaşık hâle gelir. Çünkü tarafsız üçüncü kişinin, arabuluculuk aşamasında öğrendiği bilgileri görmezden gelip gelmeyeceği konusu gündeme gelir ki bu durum onun taraflardan birine ön yargılı olmasına yol açabilir. Tarafsız üçüncü kişi tahkim yargılamasında, arabuluculuk aşamasında öğrendiği bilgileri görmezden gelebilse bile, taraflar tahkime başladıklarında ve tarafsız üçüncü kişi taraflardan biri aleyhine karar verdiğinde, tahkim sürecinin taraflarca âdil görülüp görülemeyeceği sorusu ortaya çıkar³⁸.

Gerçekten, arabuluculuk yaparken gizli bilgileri öğrenen tarafsız üçüncü kişinin hakemlik yaparken objektif bir karar vermesi imkânsız değilse de zordur³⁹. Örneğin tarafsız üçüncü kişinin özel arabuluculuk toplantılarında, davacının 100.000-TL maddî tazminat talep ettiği bir

35 Arabuluculuk-tahkim süreci aynı arabulucu-hakem huzurunda sürecekse, arabulucunun arabuluculuk müzakereleri sırasında öğrendiği bilgiler hakkında tahkim yargılamasında tanıklık yapması zaten mümkün olmayacaktır.

36 Özbek s. 611-622.

37 Brown/Marriott s. 147.

38 Liebscher s. 70.

39 Hibberd/Newman s. 124.

uyuşmazlıkta 35.000-TL'ye uzlaşmaya razı olduğunu öğrenmesi ve dava dosyasındaki delillerin en az 65.000-TL tazminata hükmedilmesine imkân vermesi durumunda, uyuşmazlık arabuluculukla çözülemez ve arabulucu hakem olarak görev yapmaya başlayıp 35.000-TL'nin davadan alınıp davacıya verilmesine hükmederse, bu kararın âdilliği konusunda ciddî endişeler olacaktır⁴⁰.

Aynı kişinin önce arabulucu sonra hakem olarak hareket ettiği durumlarda, arabulucunun etkinliğinin zarar görme olasılığına ilâveten, karar verici rolüyle tahkim sürecinin bütünlüğünü bağdaştıramayacağı (arabulucu ve hakem rollerini birleştirmede başarılı olamayacağı) konusunda doktrinde ciddî çekinceler ileri sürülmüştür⁴¹.

Arabuluculuk-tahkim yoluna karşı ileri sürülen eleştiriler, aynı kişinin hem müzakereleri kolaylaştırıcı hem de uyuşmazlığın esası hakkında hüküm verici işlev üstlenmesinde toplanmaktadır. Anlaşma olmazsa sonuçta bağlayıcı bir karar vermek zorunda kalacağını bilen arabulucu, arabuluculuk sürecinde karar vermeyen duruşunu bozabilir ve tarafları, çakışan (örtüşen) menfaatlerini bulmak kastıyla dinlemeyebilir. Bunun yerine arabulucu, çekişmeli vakıalar hakkında bir karar vermeye yoğunlaşacaktır. Bunun yanında, arabuluculuk-tahkim sürecinde taraflar veya avukatlarının yapacakları sunumlar da belirgin şekilde farklılaşacak, bu aşamalardan birinde (örneğin arabuluculukta) etkili olan bir sunumun diğer aşamaya (örneğin tahkim yargılamasına) zarar vermesi kaçınılmaz olacaktır⁴².

Gerçekten arabuluculuk-tahkim yolunun en önemli sakıncası, aynı kişi hem arabulucu hem hakem olacaksa, tarafların arabuluculuk aşamasında anlaşmaya varamaması durumunda, tahkim aşamasında aleyhlerinde kullanılabileceği ve istemedikleri bir karar çıkmasına yol

40 Nolan-Haley s. 230; Pappas s. 189; Tarman s. 468.

41 Blankley s. 321; Bühring-Uhle, Christian: Arbitration and Mediation in International Business, Designing Procedures for Effective Conflict Management, Hague 1996, s. 369; Fuller s. 8, 29-33, 36-37, 42-48 (Goldberg/Green/Sander s. 247-255'ten naklen); Henry s. 396; Landry s. 265; Pappas s. 178; Tarman s. 470-471.

42 Elliott s. 179; Kovach s. 511.

açabileceği endişesiyle, arabuluculuk müzakerelerinde anlaşmaya varmalarını sağlayacak bâzı önemli bilgileri vermekten çekinmeleridir⁴³. Arabuluculuk sürecindeki özgür müzakere ortamında kabul edilen vakıa ve iddiaların daha sonra tahkim yargılamasında hakemi etkileyeceğini düşünen taraflar, arabuluculuk aşamasında çok dikkatli davranacaklar, tartışma ve görüşmede istenen samimiyet sağlanamayacaktır. Söylediklerinin daha sonra aleyhlerine kullanılma ihtimali, tarafların açık olması sonucunu doğuracaktır. Bu ise, arabuluculuk aşamasında sağlıklı sonuç almaya engel olacaktır.

Örneğin taraflardan biri, hasım taraftan talep ettiği 10.000-TL yerine 5.000-TL'ye uzlaşmaya razı olduğunu beyan ederse arabulucu, hakem olduğunda bu taraf lehine vereceği kararı 5.000-TL ile sınırlı tutabilir. Bu durum da ilgili tarafın arabulucuyla bu teklifini (gerektiğinde 5.000-TL'ye razı olmaya hazır olduğunu) paylaşmasını önler. Bu bilginin eksikliği ise, arabulucunun tarafların 5.000-TL üzerinde anlaşmaya varmaları için onlara yardımcı olmasını önler. Sonuçta arabuluculuk-tahkimdeki arabulucu, saf arabuluculuğa nazaran uzlaşma müzakerelerinde daha az bilgiyle donatılacağından, istediği başarıyı yakalayamaz ve arabuluculuk sonunda tarafları uzlaştırmakta zorlanır⁴⁴.

Diğer yandan taraflar, arabuluculuk müzakerelerinde samimi şekilde konuşur ve fakat sonuçta anlaşmaya varılamazsa, hakemliğe başlayan arabulucu saf tahkim yolunda sahip olmayacağı bir bilgiye sahip olmuş olur. Bu durumda tarafsız kişi, arabuluculuğu izleyen tahkim yargılaması da dâhil olmak üzere, tüm süreç boyunca gizliliği korumakla mükelleftir. Buna rağmen gizli bilgilerin arabulucu-hakemi etkileme tehlikesi vardır. Bu sebeple arabulucu, süreçte karşılaşımla ihtimali olan durumlar hakkında tarafların aydınlanmış irâdeyle karar vermesini sağlamak amacıyla taraflarla görüşülmelidir. Aynı şekilde arabuluculuk-tahkim sözleşmesinde bu meselelere yer verilmeli ve taraflar, sonraki aşamalara geçmeden avukatları kanalıyla bilgilendirilmelidir⁴⁵.

43 Liebscher s. 70; Moore s. 11; Niemic/Stienstra/Ravitz s. 135; Tarman s. 470.

44 Goldberg/Sander/Rogers/Coles. 292.

45 Dendorfer/Lack s. 87.

Yukarıdaki örneğe dönersek, talep sahibi 5.000-TL'yi kabul etmeye hazır olduğunu bildirdiğinden, tarafların gelecekteki ilişkilerinde iyi niyetini sürdüreceğinden şüphe eden hakem, karar verirken bu bilgiyi görmezden gelmekte zorlanacaktır. Hakem bunda başarılı olsa ve müzakerelerde yapılan beyanlardan etkilenmeden, talep sahibinin sadece 5.000-TL alması gerektiğine hükmetse bile talep sahibi, hakeme verdiği bilgilerin tahkim yargılamasında uygun olmayan şekilde hükmün verilmesinde esas alındığından şüphelenecektir. Böylece aynı kişinin hem arabulucu hem hakemlik yaptığı bir arabuluculuk-tahkim sürecinde hem arabuluculuk hem de tahkimin bütünlüğünün zarar görme tehlikesi doğacaktır⁴⁶.

Arabulucu, özel toplantılarda tarafların gizli bilgilerini öğreneceği ve hasım taraf, diğer tarafın verdiği gizli bilgiyi bilmeyeceğinden, tahkim yargılamasında bunu çürütme imkânına sahip olmayacaktır. Bu durum, tahkim yargılamasında âdil yargılama hakkının zedelendiği endişesini doğurabilir. Bu noktada önerilen bir çözüm, arabuluculuk-tahkimde arabulucunun taraflarla özel toplantı yapmamasıdır (*no-caucus model*). Arabuluculuk-tahkimin özel toplantı içermeyen bu modelinde taraflar, tarafsız kişiye huzurlarında sunulacak tüm bilgileri bilecek ve bu bilgilere karşı tam olarak cevap hakkını sahip olacaklardır.

Aslında işin gerçeği, arabuluculuk-tahkim lehtarları ile aleyhtarlarının belirttiğinin arasında bir yerde yatmaktadır. Arabulucu-hakemin bağlayıcı karar verme imkânı, her durumda tarafların çekingen ve samimiyetsiz davranmasına yol açmayacağı gibi, müzakere ortamı da tek başına onların arabulucu-hakeme Polayanna tarzı bir yaklaşım sergilemesini de sağlamaz. Taraflar, arabulucu-hakemle paylaşacakları bilgilerin tespitinde seçici olabilir ve kendilerine zarar verebilecek vakıaları saklarlar. Arabulucu-hakemin, kendisine güvenerek verilen bilgileri hüküm verirken kullanmayacağı (hükme esas almayacağı) farz edilse de, bu bilginin verilmemesi arabuluculuk-tahkim sürecini ne tahrir eder ne de sürecin âdillliğini lekeler.

46 Fuller s. 8, 29-33, 36-37, 42-48 (Goldberg/Green/Sander s. 247-255'ten naklen); Henry s. 397.

D) ARABULUCULUK-TAHKİM YOLUNUN SAKINCA- LARININ AŞILMASI

Yapılan araştırmalar, aynı kişinin arabulucu ve hakem olarak görev üstlendiği arabuluculuk-tahkim uygulamalarında, yukarıdaki endişelerin gerçekleşmediğini göstermiştir. 1987 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde bir toplum arabuluculuk merkezinde, arabulucu ve hakemin aynı kişi olduğu arabuluculuk-tahkim uygulamalarıyla farklı kişi olduğu arabuluculuk-tahkim uygulamaları mukayese edilmiştir. *Psychology Today* dergisinde yayımlanan araştırmada, arabulucu ve hakemin aynı kişi olduğu arabuluculuk-tahkim uygulamalarında ihtilaflı tarafların sorun çözücü (menfaat, kazan-kazan odaklı) bir yaklaşım benimsemek yerine taleplerinde (pozisyonlarında) haklı oldukları konusunda üçüncü kişiyi daha fazla etkilemeye çalışacağı tahmin edilmişse de, elde edilen bulgular farklı olmuştur. Beklenenin tam tersine araştırmacılar, arabulucu ve hakemin aynı kişi olduğu arabuluculuk-tahkim uygulamalarında ihtilaflı tarafların daha fazla sorun çözücü (kazan-kazan) yaklaşım benimsediklerini ve saf arabuluculuğa veya arabulucu ve hakemin farklı kişi olduğu arabuluculuk-tahkim uygulamalarına nazaran daha az düşmanca tavır sergileyerek rekabetçi müzakere tarzını daha az kullandıklarını tespit etmiştir⁴⁷. Ancak bu araştırma doktrinde, arabulucuların hünerlerine göre sonucun değişebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴⁸.

Tarafların arabuluculuk-tahkim yolunu tercih ettiğinde dikkat etmesi gereken husus, arabulucunun her iki görevi de yapabilecek bilgi ve kabiliyette olması, gerektiğinde hem arabuluculuğu hem de hakemliği başarılı şekilde yürütebilmesidir. Hiç kuşkusuz bu noktada hukukçu arabulucular tercihe şayan olmaktadır.

Arabulucu-hakemin varlığı, uzlaşma müzakerelerinde tarafları uzlaşmaya teşvik eden bir etkidir. Arabulucu-hakem, müzakereler sıra-

47 Pruitt, Dean G.: Solutions Not Winners: Community Mediators Help Neighbors, Families, and Ex-lovers Solve Their Problems without Going to Court (*Psychology Today* 1987/December, Vol. 53, s. 58-62), s. 60-61.

48 Burton/Dukes s. 108.

sında taraflardan öğrendiği bilgileri, tarafların görüş ayrılıklarını gidermeye ve onları birbirlerine yaklaştırmaya yardım edecek şekilde kullanabilir ve bu sayede, verilecek hakem kararı tarafları daha tatmin edici olabilir.

Ayrıca hakemler, kabul edilebilir (caiz) delillerle dayanarak hüküm kurabilir. Bu sebeple karar verirken sâdece kabul edilebilir delilleri esas almalıdırlar. Hakemlere verilecek doğru bir eğitimle, arabulucu-hakemlerin de aynı hassasiyeti göstereceğinde duraksama yoktur. Hiç kuşkusuz arabulucu-hakemin, arabuluculuk sürecinde öğrendiği “iyi” bilgilerle “kötü” bilgileri birbirinden başarılı şekilde ayıklaması ve lekelenmemiş bir karar vermesi mümkündür. Bu noktada arabulucu-hakemin görevi, aslında hâkimin yargılama sırasındaki görevinden pek de farklı değildir. Hâkim de, yargılama sırasında hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerle karşılaşabilir. Nasıl ki hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacaksa (HMK m. 198, 2), aynı şekilde arabulucu-hakem tarafından da tahkim yargılamasında çekişmeli vakıaların ispatında dikkate alınamayacaktır. Öncelikle arabuluculuk sürecinde faaliyet gösteren arabulucu-hakemin, doğrudan ikame edilen dava sürecinde görev alan hâkime nazaran kabul edilemez (caiz olmayan) delillerle karşılaşma ihtimali daha fazla da olsa da, bu durum sâdece arabulucu-hakemin işini biraz daha zorlaştırmaya yol açacak; fakat arabuluculuk-tahkim eleştirmenlerinin söylediği gibi, teorik olarak imkânsızlaştırmayacaktır.

Arabuluculuk-tahkim yolunun doğru anlaşılması ve arabulucu-hakemlere iyi bir eğitim verilmesiyle, arabuluculuk ve hakemlik işlevlerinin de bağdaştırılması sağlanabilir. Arabuluculuk-tahkimde tarafların sürece yönelik aydınlanmış rızası, sonradan doğabilecek tüm itirazları ortadan kaldıracaktır⁴⁹.

Arabuluculuk-tahkimin bütünlüğü ve etkililiğine yönelik doktrin-deki nazari endişeler bir kenara bırakıldığında, bu yönetime ilişkin pratik endişelere de değinilmelidir. Bunlardan ikisi, ihtilafli tarafların arabulu-

49 Henry s. 397; Landry s. 265; Susman s. 71.

culuk-tahkime muvafakatının alınmasındaki zorluklar ve nitelikli bir arabulucu-hakemin bulunmasında karşılaşılan güçlüklerdir.

İhtilafli tarafların arabuluculuk gibi bilinen ADR yollarına katılmak için bile gönülsüz oldukları gerçeği karşısında, arabuluculuk-tahkime katılmaya rıza göstermeleri için ikna edilmelerinin ne kadar zor olacağı ortadadır. Taraflar genelde, arabuluculuk tamamlanmadan önce, tahkime başvuruma konusunda bir karar vermeyerek, bu seçeneği somut olayın koşullarına göre arabuluculuktan sonra karara bağlamak üzere ellerinde bulundurmaya tercih ederler.

Aslında ihtilafli tarafların herhangi bir ADR yoluna başvurmakta gönülsüz olmasının temel sebebi, bilgisizlikten kaynaklanan korkulardır. Bu sebeple, tarafların ADR yolları konusunda aydınlatılması, bu konuda karşılaşılan engellerin aşılmasında en iyi çözümdür. Diğer bir seçenek, arabuluculuk-tahkim şartlarının önleyici bir tedbir olarak sözleşmelere koyulmasıdır. Böylece sonradan bir uyuşmazlık doğduğunda, başvurulacak uyuşmazlık çözüm yolu, önceden kararlaştırılmış olacaktır. Bunun yanında bazı hukukî alanlarda arabuluculuk-tahkim kurumsallaştırılmalı ve belirli türdeki uyuşmazlıklarda zorunlu hâle getirilmelidir⁵⁰.

Arabuluculuk-tahkim ile ilgili diğer endişe, nitelikli bir arabulucu-hakemin bulunmasında karşılaşılan güçlüklerdir. Arabulucu-hakem, arabuluculuk-tahkim sürecini anlayacak ve uygulayacak bilgi ve tecrübeye sahip olmalıdır. Arabulucu-hakem, öncelikle arabulucu olarak hareket etmesi gerekmektedir, hakem kararı vermesi için gereken zaman geldiğinde, bu kararı verebilecek azim ve kararlılığa sahip olmalıdır. Arabulucu-hakemlerin başarısı büyük ölçüde onların arabuluculuk hünerlerine bağlı olduğundan, arabuluculuk tecrübesine sahip olan arabulucu-hakemlerin bulunmasına gayret edilmelidir.

50 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Alfini, James/Barkai, John/Bush, Robert Baruch/Hermann, Michele/Hyman, Jonathan/Kovach, Kimberlee/Liebman, Carol/Press, Sharon/Riskin, Leonard: What Happens When Mediation is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners, and Host Institutions (OSJDR 1994/2, Vol. 9, s. 307-332).

İhtilafı taraflar, bu konuda seçim yapmak üzere tecrübeli arabulucuların olduğu bir listeye sahipse, uyuşmazlık konusu hakkında uzman olan kişiler üzerinde yoğunlaşarak bu listeyi daraltmalıdırlar. Bu usûl, hem arabuluculuk becerilerine hem de uyuşmazlığın başarılı şekilde çözümü için gerekli olan maddî hukuk bilgisine sahip yetkin arabulucu-hakemlerin seçilmesini sağlayacaktır⁵¹.

Arabuluculuk-tahkim yöntemi en çok, taraflar eşit pazarlık gücüne sahip olduğunda faydalı olur. Karma bir ADR yolunun etkililiğinde, arabulucunun beklenen rol değişikliğinin stratejik etkisi ağır basar. Taraflar arasında müzakere ortamında güç dengesizliği varsa, daha zeki ve tecrübeli olan taraf, arabulucu-hakemin kararını etkilemek için arabuluculuğu çarpıtabilir.

Arabuluculuk-tahkimde şekli usûl kurallarının olmaması ve geçici düzenlemeler, tanıkların, yemin altındayken yalan tanıklık yapma yasasından kurtulma tehlikesini doğurur. Hukuk yargılama usûlünde yalan yere veya menfaat temin ederek tanıklık edilmesi yasak olup (HMK m. 264), mahkeme huzurunda gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapmak aynı zamanda suç teşkil emektedir (TCK m. 272, 2). Tanığın tanıklığı esnasında yalan söylediği veya menfaat temin ederek tanıklık ettiği hakkında yeterli delil veya emare elde edilirse, hâkimce bir tutanak düzenlenir ve bu tutanak derhâl Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir (HMK m. 264, 1). Arabuluculuk-tahkimde ise, hukuk yargılama usûlünde olduğu gibi yemin altında verilen tanık beyanları olmadığından, yalan yere tanıklık suçundan dolayı ceza davası açılma ihtimali yoktur. Bu da arabuluculuk-tahkimin önemli bir caydırıcı etkiden mahrum olmasına yol açar. Bununla birlikte dikkatli şekilde kaleme alınmış bir arabuluculuk-tahkim sözleşmesi, yalan yere tanıklık yapıldığının sonradan anlaşılması hâlinde, yapılan sözleşmenin hükümsüz olacağına ilişkin bir bozucu (infisâhi) şart (TBK m. 173, 1) içerebilir⁵². Böylece bu bozucu şarta bağlanmış arabuluculuk-tahkim sözleşmesinin hükümleri, koşulun (yalan yere tanıklık yapıldığının sonradan anlaşılmasının) gerçekleştiği

51 Landry s. 266.

52 Landry s. 268.

anda ortadan kalkar (TBK m. 173, 2).

E) ARABULUCULUK-TAHKİM YOLUNUN DOĞURABİLECEĞİ SORUNLARIN AŞILMASINDA AYDINLANMIŞ İRÂDENİN ÖNEMİ

Görüldüğü gibi arabuluculuk-tahkim yoluna ilişkin eleştiriler, tarafsız kişinin arabulucu şapkasını çıkartıp hakem şapkasını giymesinin, arabuluculuğun temel esaslarını zedeleyeceği endişesinden kaynaklanmaktadır. Bâzı görüşler, arabuluculuk-tahkimdeki sakıncaların giderilemez nitelikte olduğunu ve arabuluculuk ile tahkimin birleşiminden oluşan bu karma yöntemin, bünyesinde barındırdığı her iki yöntemi de tehlikeye sokacağını düşünmektedir. Diğer görüşler ise, bu sorunların çeşitli yollarla aşılabileceği ve tarafların her halükârda kendi ihtiyaçlarına en uygun olacak yöntemi tasarlama ve uygulama hakkına sahip olması gerektiği kanaatindedir⁵³.

Bu tür sakıncaların doğması ve sonuçta sürecin âdilliğinden kuşku duyulmasını önlemek için, taraflar arabuluculuk-tahkim yoluna başlamadan önce, aynı uyuşmazlıkta aynı tarafsız üçüncü kişinin hem arabulucu hem de hakem olarak görev yapmasına aydınlanmış irâdeleriyle rıza göstermelidirler. Anglo-Sakson hukukunda bu konudaki içtihatlar, aydınlanmış irâdeye önemli bir sonuç bağlamaktadır. Konuyla ilgili içtihat hukuku hâlen gelişimini sürdürmekle birlikte, Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkemeler, tarafların kendi kararlarını verme hakkına üstünlük tanıyarak, kendi ihtiyaçlarına uygun olduğunu düşündükleri takdirde, arabuluculuk ile tahkimin birleşiminden oluşan karma yöntemlere başvurabileceklerini kabul etmektedirler.

Gerçekten arabuluculuğun temel etik ilkelerinden birisi de, arabulucunun arabuluculuğu, tarafların kendi kararlarını verme ilkesine göre yönetmesidir. Kendi kararını verme, tarafların süreç ve sonuç hakkında özgür ve aydınlanmış iradeleriyle, gönüllü ve baskı altında kalmadan karar vermeleridir. Taraflar, arabulucunun seçimi, sürecin şekillenmesi, sürece katılım veya süreçten çekilme ve sonuç dâhil olmak üzere, arabu-

53 Susman s. 71.

luculuğun her aşamasında kendi kararını verme ilkesini uygulayabilirler.

Arabuluculukta “ tarafların kendi kararlarını verme hakkı” gerek Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kurallarında⁵⁴ (m. 1) gerek bu kuralları me hazı olan Amerika Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği ve Anlaşmazlık Çözüm Birliği tarafından hazırlanan Arabulucular İçin Model Etik Kurallarında⁵⁵ (Kural 1) kabul edilmiş bir ilkedir. Etik ilkelerde, arabuluculuğun (tahkim yolundaki esasların aksine) değerlendirmeye dayalı bir süreç olmadığı belirtilse de, uygulamada arabulucuların kolaylaştırıcı ve değerlendirici işlevleri birlikte uyguladığı da bir gerçektir. Bu sebeple, arabuluculuk-tahkim yolunda önemli olan tarafların, tarafsız üçüncü kişinin işlevini iyi anlamasını, sürecin farklı aşamalarında tarafsız üçüncü kişiye verilecek bilgilerin mahiyetini ve kapsamını buna göre belirlemesini sağlamak ve arabuluculuğun sona erip tahkimin başladığı anı açıkça tespit etmektir. Bu hususlara dikkat edilirse, arabuluculuk-tahkim sürecinin bütünlüğünün bozulmasına izin verilmeyecek ve tarafsız üçüncü kişinin etik kurallara aykırı davranması önlenecektir. Sürecin tüm katılımcıları, bu karma ADR yolunun özelliklerini iyi kavramalıdır⁵⁶.

Amerika Birleşik Devletleri’nde yargı içtihatlarındaki ortak hassasiyet, aydınlanmış irâdenin (*informed consent*) varlığıdır. Aydınlanmış irâde olmadığı takdirde, arabuluculuk-tahkim veya tahkim-arabuluculuk-tahkim yolu sonunda verilen hakem kararları onaylanmamaktadır. Bu noktada, aydınlanmış irâdenin unsurları ve kapsamının ne olması gerektiği sorusu önem kazanmaktadır.

54 Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulan Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan Model Etik ve Uygulama Kuralları için bkz. http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/mevzuat/etik_kod.html

55 American Arbitration Association/American Bar Association/Association for Conflict Resolution: Model Standards of Conduct for Mediators, September 2005. Amerika Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği ve Anlaşmazlık Çözüm Birliği tarafından hazırlanan Arabulucular İçin Model Etik Kurallarının Türkçe tercümesi için bkz. Özbek s. 1467-1473.

56 Abrams s. 153.

Konuyla ilgili emsal bir olaya ilişkin olan Amerika Birleşik Devletleri'nde Boeden ile Weickert arasındaki davada, hakem uyuşmazlığı arabuluculukta çözmeye çalışmış, arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılamaması üzerine, tarafsız kişi hakemlik görevine dönmüş ve karar vermiştir. Ohio Temyiz Mahkemesi, arabuluculuk-tahkim sürecini incelemiş ve bu tür karma ADR yollarına başvurmak için yapılan anlaşmanın taşınması gereken unsurları şu şekilde açıklamıştır:

“Bu davada taraflarca girişilen arabuluculuğu izleyen tahkim usûlü, bâzen birleşik veya karma ‘arabuluculuk-tahkim’ usûlü olarak anılır. Bu tür usûller uygun şekilde yürütüldüğünde, alternatif uyuşmazlık çözümünün amacını gerçekleştirmek için yenilikçi ve yaratıcıdır. Bununla beraber, arabuluculuğun gizli yapısı, bir hakemin sahip olduğu yüksek saygı ve her iki usûle de uyuşmazlıkların çözülmesinden önce başvurulma ihtimalinin yüksekliği karşısında, tarafların başlangıçta belirli temel kurallar üzerinde anlaşması şarttır. En azından buna ilişkin kayıt, tarafların, mahkemece atanan bir hakemin, onların uyuşmazlıklarında arabulucu olarak görev yapmasına izin vermek sûretiyle arabuluculuk-tahkim usûlüne başvurmaya karar vermiş olduğu konusunda açık delil içermelidir. Söz konusu kayıt şu unsurları da içermelidir: (1) Tarafların, arabuluculuk girişimi başarısız olursa arabulucunun bir hakem olarak görev yapacağını bildiğini açıkça belgelemeli; (2) arabuluculuk başarısız olursa, çekişmeli maddî vakıaları bir hakeme sunma yöntemi konusunda anlaşmış olduklarına dair yazılı bir şart içermeli ve (3) uyuşmazlıkları sonradan tahkime intikal ettiğinde, tarafların arabuluculuk süreci hakkında geçerli olan gizlilik koşulundan vazgeçip geçmediğini göstermelidir”⁵⁷.

Ohio Temyiz Mahkemesi, hakemin, arabuluculuğun gizliliğini koruyan kanun hükümlerini ihlâl etmesi ve taraflarca gizli bilgilerin kullanılmasına ilişkin açık bir anlaşma olmadan, arabulucu olarak görev yaptığı sırada edindiği bilgiye dayanması hâlinde, hakem kararını hatalı görmüş ve aynı tarafsız üçüncü kişinin hakemlik ve arabuluculuk yap-

57 Bowden v. Weickert, No. S-02-017, 2003 WL 21419175 (Ohio App. 6 Dist. June 20, 2003: Sussman s. 72).

masının, hakem kararını keyfi hâle getireceğini belirtmiştir.

Benzer şekilde Teksas Temyiz Mahkemesi Gaskin-Gaskin davasında, arabuluculuk sürecinin, arabulucuya gizli bilgilerin açıklanması da dâhil olmak üzere, samimi şekilde konuşmayı teşvik ettiğini belirterek, arabulucunun taraflardan birinin itirazı üzerine aynı veya bununla doğrudan ya da dolaylı ilişkisi olan bir uyuşmazlıkta hakemlik yapmasının doğuracağı olası soruna dikkat çekmiştir. Sonuç olarak mahkeme, daha önce bir uyuşmazlıkta arabulucu olarak görev yapan kişinin, tarafların açık rızası olmadığı takdirde, daha sonra aynı veya bağlantılı bir uyuşmazlıkla ilgili açılan tahkim davasında hakem olarak görev üstlenmesinin uygun olmadığı kanaatine varmıştır⁵⁸.

Taraflar rıza gösterdiği takdirde, arabulucu-hakemin öğrendiği gizli bilgileri hakem kararında kullanması, hakem kararının iptali için bir sebep teşkil etmemelidir. U.S. Steel Mining Şirketi ile Wilson Downhole Hizmetleri arasındaki davada taraflar, arabuluculukla çözüm bulunmadığı takdirde arabulucunun hakem olarak görev yapması konusunda anlaşmış ve arabulucu-hakeme, bir baseball tahkiminde rekabet eden iki teklif arasında seçim yapma yetkisi vermişlerdir. Taraflar, hüküm kurarken arabuluculuk sırasında verilen gizli bilgileri kullanma konusunda arabulucu-hakeme açıkça yetki vermişlerdir. Tarafların anlaşması şu şekildedir:

“Taraflar, arabuluculuğun işleyişi sırasında hakem ile tek taraflı görüşme yapılmasının beklentisi içindedirler. Taraflar, hakemin nihaî kararı verirken, her bir tarafın en iyi ve nihaî teklifini değerlendirmek üzere, tek taraflı görüşmelerde öğrenilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, ilgili gördüğü bilgiyi esas alabileceğinde mutabıktırlar”.

Hakem kararına karşı açılan iptal davasında, kanun yoluna başvuran taraf, arabuluculukta sunulan bilgide hile yapıldığını ileri sürmüştür. Mahkeme, hile iddiasının delilinin açık olması gerektiğini ve verilen rıza karşısında, mevcut maddî vakıyalardan böyle bir bulguya rastlana-

58 Gaskin v. Gaskin, No. 2-06-039-CV, 2006 WL 2507319 (Tex. App.-Forth Worth, Sept. 21, 2006: Sussman s. 72).

madığına karar vermiştir⁵⁹.

Benzer bir dava olan Conkle ve Olesten ile Goodrich Goodyear ve Hinds arasındaki davada mahkeme, hakemin, daha önce yakından bağlantılı bir davada arabuluculuk yaptığını bilmeden, hakeme yapılan beyanların gizliliğinden feragat eden tarafın yaptığı itiraz üzerine verdiği kararda, feragatin doğrudan ve açık (kesin) olması sebebiyle iptali talebini reddetmiştir. Mahkeme, kayıtsız ve şartsız olarak yapılan feragatin, tarafa tahkimden tek taraflı olarak vazgeçme hakkı vermediğini kabul etmiştir⁶⁰.

Mahkemeler, gizli bilgilerin kullanılması konusunda açık rıza olmasa bile, bâzı hâllerde hakem kararının iptali talebini reddetmektedirler. Örneğin Logan ile Logan arasındaki davada tahkim yargılamasını kaybeden taraf, arabulucu-hakemin hakem kararında, arabuluculuk sırasında öğrendiği gizli bilgilere dayandığı gerekçesiyle hakem kararının iptalini talep etmiştir. Mahkeme şu kararı vermiştir:

“Tahkim yargılamasında arabuluculuğa uygun olmayan şekilde dayanılmışsa, bu durum iptal talebinde bulunanın maddî haklarını fiilen etkilemişse, hakem kararı ve müteakip hükmün iptali veya düzeltilmesi için sebep vardır”⁶¹.

Buna mukabil mahkeme, kendisine sunulan dava malzemesinden edindiği kanaat sonucunda, hakem kararında esas alınan, arabuluculukta gerçekleşen hususların hak arama hürriyetini önemli şekilde etkilediğine ilişkin bir belirti olmadığı gerekçesiyle, hakem kararının iptali talebini reddetmiştir.

Benzer şekilde McDonald terekesi davasında taraflar, arabuluculuk sürecini takiben bir uzlaşma anlaşması yapmış ve ihtilafli konular

59 U.S. Steel Mining Company v. Wilson Downhole Services, No 02:CV1758, 2006 WL 2869535 (W.D Pa. Oct. 5, 2006: Sussman s. 72).

60 Conkle and Olesten v. Goodrich Goodyear and Hinds, Nos. G033972, G034063, 2006 WL 3095964 (Cal. App. 4 Dist. Nov. 1, 2006: Sussman s. 72).

61 Logan v. Logan No. F051601, 2007 WL 2994640 (Cal. App. 5 Dist. Oct. 16, 2007: Sussman s. 72).

hakkında emekli bir hâkimin bağlayıcı karar vermesinde anlaşmışlardır. İptal davasına bakan mahkeme, iptal talebinde bulunan tarafın, usûlî uzlaşma yöntemine muvafakat vermesiyle iptal talep etme hakkını kaybettiği gerekçesiyle, kararın iptal talebini reddetmiştir⁶².

İcra edilebilir bir hakem kararı alabilmek için, bu konudaki usûl oluşturulur ve tarafların rızası yazılı hâle getirilirken kullanılan terminolojiye dikkat edilmelidir. Lindsay ile Lewandowski arasındaki davada taraflar, arabuluculuk sürecinin başarısızlıkla sonuçlanması hâlinde arabulucu huzurunda “bağlayıcı arabuluculuk” konusunda anlaşmışlardır. Mahkeme ise, arabuluculuğun ardından çözülemeyen hususlarda aynı tarafsız kişiyle bağlayıcı arabuluculuğa başvurulmasını öngören hükümler içeren uzlaşma anlaşmasının maddeleri karşısında, hakem kararının icrası talebini reddetmiştir. Mahkeme, “bağlayıcı arabuluculuk” gibi hukukî esasları bulunmayan çok sayıdaki alternatif uyumsuzluk çözüm yolunun gelişimine yol açacak bir karmaşaya şu şekilde dikkat çekmiştir:

“Bağlayıcı arabuluculuk kabul edilirse hangi kurallar uygulanacaktır? Tahkim kuralları mı, mahkeme bağlantılı arabuluculuk kuralları mı, arabuluculuğun gizlilik kuralları mı veya bunların bazılarının birleşimi mi? Sâdece bâzı kurallar uygulanacaksa, bu nasıl seçilecektir? Yargılama yapan mahkeme, her davada tarafların istediği veya dayandığı delili dikkate alacak mıdır? Davadan davaya kendi alternatif uyumsuzluk çözüm yolunu yaratma konusunda yetki veren bir anlayış, ne yapılabileceği ve ne yapılamayacağı hakkında hukukî bir kurum oluşturmak için temyiz mahkemelerine büyük bir yük yükleyecek, daha fazla karmaşa ve dava doğuracaktır”⁶³.

Görüldüğü gibi arabuluculuk-tahkim şartları formüle edilirken, ilgili sözleşme maddelerinin tereddüt doğurmayacak şekilde hazırlanması, tarafsız kişinin görevlerinin açık olması, uygulanacak hukuk kuralla-

62 Estate of McDonald, No. B189178, 2007 WL 259872 (Cal. App. 2 Dist. Jan. 31, 2007: Sussman s. 74, dn. 13).

63 Lindsay v. Lewandowski, 139 Cal. App. 4th 1618, 43 Cal.Reptr. 3d 846 (Ct. Appeals, 4th Dist. Div. 3, 2006: Sussman s. 73).

rının gösterilmesi önem taşımaktadır.

Lindsay ile Lewandowski arasındaki davada mahkeme, taraflarca bu tür birleşik ADR yöntemlerinin oluşturulabileceğini açıkça kabul etmiştir. Mahkeme, arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılamazsa, aynı tarafsız kişiyle birlikte tahkime başlama konusunda tarafların anlaşmasına bir engel olmadığını ifade etmiştir; fakat mahkeme, hake-min (önceki arabulucunun) arabuluculuk sırasında kendisine sunulan vakıaları dikkate alıp alamayacağı hususunun da, bu konuda yapılacak anlaşmada hükme bağlanması gerektiğine dikkat çekmiştir. Mahkemece haklı olarak belirtildiği gibi, yalnızca taraflarca yapılan açık bir yazılı anlaşma ile, başarısız bir arabuluculuk sürecinin *de facto* tahkime dönüşmesi sağlanabilir. Bu yöndeki bir sözleşmenin temel özelliği, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde açık kaleme alınması ve aydınlanmış rızaya dayanmasıdır.

Emsal mahkeme içtihatlarında vurgulandığı üzere, arabuluculuk-tahkim karması bu tür yöntemlerin başarısı, taraflarca girilen sürece verilen rızanın yeterliliğine bağlıdır. Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuk-tahkim uygulamacıları, bu konudaki endişeleri gidermek üzere, okuyucunun tam olarak bilgilenererek aydınlanmış rıza ile imzalamasını sağlamak üzere örnek muvafakat formları hazırlamıştır⁶⁴.

F) ARABULUCULUK TEKNİKLERİNİN HAKEMLERE SAĞLADIĞI FAYDALAR

Tahkim ve arabuluculuk arasındaki diğer bir önemli etkileşim, arabuluculuk tekniklerinin hakemler tarafından kullanılmasıdır⁶⁵. İletişim teknikleri, menfaat araştırması, sessizlik, süreç tasarlama, sübjektif âdilik ilkelerinin kullanılması, ihtiyaçların keşfedilmesi, tikanıklıklar ve duygusal saplantıların aşılması, beyin fırtınası (*brainstorming*) veya zihin haritası (*mind-mapping*) gibi yaratıcı düşünceyi teşvik eden tekniklerin kullanılması, tahkim yargılamasını yöneten hakem veya hakemlerin kullanabileceği becerilere örnektir.

64 Sussman s. 73.

65 Liebscher s. 73.

Arabuluculuk tekniklerinin kullanılması, hakemin tahkim yargılamasında karşılaştığı, taraflar arasında dostane bir anlaşma yapılmasını önleyen engelleri aşmasına yardım edebilir ve karmaşık hukukî meselelerin çözümünü kolaylaştırabilir. Arabuluculuk tekniklerinin aşılmasına yardım ettiği bu tür engellere örnek olarak şunlar gösterilebilir:

I- Algılama Engelleri

Algılama engelleri (*cognitive barriers*), kişilerin idrak, kavrama, muhakeme ve mantıklı düşünme kabiliyetindeki engelleri ifade eder ve duygusal engellerden bu yönüyle ayrılır. İhtilaflı taraflar genelde farklı subjektif bakış açılarının olabileceğini dikkate almazlar veya geçmişteki davranışlarına yeni bir bakış açısı kazandırabilecek geri plânda yatan amaç ve endişelerini anlamazlar⁶⁶. Bu tür muhakeme kopuklukları, rekabetçi müzakerelerde açık engeller ortaya çıkartır. İhtilaflı taraflar, içinde buldukları bu algı illüzyonu yüzünden, mevcut vakıaları basitleştirir ve hatalı algılamalarının yol açtığı yanlış karar verme tehlikesiyle karşı karşıya kalırlar.

II- Algıda Seçicilik

İhtilaflı taraflar genelde sâdece, çekişmeli vakıaların diğer vakıalarla uzlaştırılması zor olan bir yönünü göz önünde bulundurur veya bu vakıaları diğer taraftan farklı (kendi gözüyle) algılar. Algıda seçicilik (*selective perceptions*) denilen bu durum, bilişsel uyumsuzluk (*cognitive dissonance*) olarak adlandırılır. İnsan, zihninde çatışan fikir ve hisler olduğunda duyduğu tedirginlik ve rahatsızlıktan dolayı, uyumsuz ve birbiriyle tutarsız davranış ve düşünceler sergilemekten kaçınır. Bu durum, bir uyumsuzluğun avukatları arasında bile olabilir. Anglo-Sakson ve kıta Avrupası hukuk sisteminde avukatlar, her iki sistem arasındaki farklılıklar ve aynı durumda iki farklı hukukî gerçeğin olabileceğini kabul etmedeki isteksizlikleri sebebiyle, karşı tarafça ileri sürülen iddialarla konularını anlamakta zorluk çekerler. Böyle bir durumda tarafsız üçüncü kişinin görevi, taraflardaki bilgi eksikliğini gidermek ve gerçek duruma ilişkin algılarını düzeltmelerini sağlamaktır. Ayrıca tarafsız

66 Özbek-Karar Ağacı Analizi s. 122.

üçüncü kişi, farklı görüşleri telif edebilir ve diğer tarafın durumu hakkında empati kurulmasını sağlayabilir. Böylece kişileri sorundan ayırabilir ve hattâ bilişsel uyumsuzluğu, tarafların algılarını yeniden değerlendirmelerine yardım emek amacıyla kullanabilir⁶⁷.

III- Kendi Durumu Hakkında Aşırı İyimser Tahminde Bulunmak

İhtilafı taraflar genelde, kendi durumu hakkında aşırı iyimser tahminde bulunmaktan (*over-optimistic estimation of their own situation*) kaynaklı olarak, sâdece kendi iddialarının doğru olduğuna inanırlar. Aksi yöndeki fikirler ya göz önüne alınmaz ya da yeterince dikkatli incelenmez. Bu tak yanlı haklılık inancı, büyük miktarda zaman ve masraf harcandıktan sonra avukatlar veya taraflarca abartılabilir. Böylece, hem riske attıkları miktarların giderek artması hem de itibarlarını korumak düşüncesiyle, durumlarının gerçekçi bir bakış açısıyla gözden geçirmezler ve geri adım atmaktan imtina ederler⁶⁸. Tarafsız üçüncü kişi, taraflara sorular sorup ilâve bilgileri belirginleştirmek sûretiyle denge kurmaları için yardımcı olur ve durumu kurtarmak gerektiğinde, tarafların sabit durdukları konumlarından uzaklaşmalarını kolaylaştırır. Tarafsız üçüncü kişi, tarafların birbirlerini yanlış anlamalarını önler, diğer tarafın bakış açısı ve algısını anlayışla karşılamalarını sağlar veya hâkim veya hakemin haklı görmeme ihtimali olan hususların varlığını ortaya koyarak hükme dayalı bir sürecin tercihe şayan olmadığını hatırlatır. Tahkim yargılaması tamamen rekabetçi bir ortamda sürmekteyse, hukukî iddia ve savunmalar arasındaki çatışmalar artar gerginlik tırmanır ve tıkanıklıklar baş gösterir. Arabulucu, tarafları sabit durdukları konumlarından uzaklaştırıp menfaatlerine doğru yaklaştırdıkça veya çatışan taleplerinin (konumlarının) gerisinde yatan menfaatlerini görüşmelerini sağladıkça, tarafların bu engelleri aşmalarını kolaylaştırır.

67 Dendorfer/Lack s. 94.

68 Özbek-Karar Ağacı Analizi s. 120; Özbek s. 712.

IV- Kaybetme Korkusu

İş adamları esas itibariyle ekonomik ve mantıklı kararlar arayışı içinde olup pragmatik sonuçlara ulaşmayı amaçlasa da, uzlaşmayı engelleyen kaybetme korkusu (*fear of loss*), çoğu zaman kârlı çözümlere ulaşmak isteğinden daha baskındır. Anlaşmazlıklar genellikle uğranılan zararlarla bağlantılı olduğu veya karşı tarafa abartılı taleplerle yaklaşmayı körüklediğinden, karşı tarafın gizli bir gündemi olabileceği düşüncesiyle ihtilafli taraflar statükoyu kabul edilemez olarak görür ve çok uç durumlara hazırlıklı olmak üzere, yüksek riskleri almayı kabul eder⁶⁹. Arabuluculuk teknikleri, tarafların talepleri altında yatan asıl amaçlarını ortaya çıkartarak, alternatif çözümler ve imkânlar tespit etmeye yardım eder. Böylece arabuluculuk, her iki tarafın da bu korkuları ve endişeleri ışığında subjektif anlayışlarını aydınlatarak müzakerelerdeki engellerin aşılmasını kolaylaştırır⁷⁰.

V- Masrafların Karşılanması Beklentisi

İhtilafli taraflar çoğu zaman, avukatlık ücretleri, bilirkişi masrafları, yargılama giderleri ve diğer masraflar gibi yaptıkları tüm giderlerin karşılanması amacıyla harekete ederler. Bu tür masrafların karşı taraftan tahsil edilmesi beklentisi (*sunk costs*), bilhassa uzun süren yargılama sürecinden sonra uzlaşmanın önünde ciddî bir engel olabilir. Bu engeli tespit eden tarafsız üçüncü kişiler, risk analizi veya seçenek geliştirme gibi arabuluculuk tekniklerini kullanarak, ihtilafli tarafların durumlarını (örneğin davayı kaybeden tarafın iflâs eme veya işletmesini tasfiye etme ihtimali varsa bunu) gerçekçi bir şekilde değerlendirmeleri veya masrafların daha farklı bir yolla karşılanması için onlara yardım edebilir.

VI- Karşı Tarafın Uzlaşma Teklifinin Değersiz Gösterilmesi

Uyuşmazlıklarda genelde görülen durum, uzlaşma tekliflerinin, sırf karşı taraftan geliyor olması sebebiyle reddedilmesidir. Pasif değer kaybı (*reactive devaluation*), belirli bir teklif veya hakkın, sâdece hasım taraftan gelmiş olması sebebiyle değerinin azalmasını (değersiz görül-

69 Özbek-Karar Ağacı Analizi s. 122.

70 Dendorfer/Lack s. 95.

mesi) veya diğer tarafın gözünde cazibesini kaybetmesini ifade eder. Teklifi değersiz gören taraf, teklifin arkasında hile veya gizli gündem bulunduğu kuşkusunu taşır. Rekabetçi müzakerelerde ve yargılamalarda karşı tarafın uzlaşma teklifinin değersizleştirilmesi, özellikle diğer taraf talepleri aniden kabul ettiğinde karşı tarafın şüphelenmesi sebebiyle sık görülür. Diğer yandan karşı tarafın uzlaşma teklifinin değersiz gösterilmesi, müzakerelerdeki baskı taktiklerinin diğer tarafı talepleri kabul etmeye zorladığı şeklinde bir izlenim doğurur ve rekabetçi müzakere tarzını körukler. Aktif dinleme veya yeniden şekillendirici sorular gibi arabuluculuk teknikleri bu davranış şeklini değiştirebilir ve daha üretken bir atmosfer yaratılmasını sağlayabilir.

VII- Gergin Müzakere Ortamı

Rekabetçi müzakereler genelde, yapıcı iletişimi hemen hemen imkânsız hale getiren gergin ve sert bir ortam doğurur (*tense negotiation atmosphere*). Taraflar birbirlerine sözlü saldırılarda bulunur ve diğer tarafın iddialarını, kavgayı daha da şiddetlendirecek şekilde tehdit olarak algılamaya yatkın olur. Son zamanlarda nöropsikoloji alanında yapılan aştırmalar, beyindeki mantıklı düşünmeyi sağlayan beyin zarının (*cerebral cortex*), kavga sonucunda beyindeki amigdala (kişisel davranışları yönlendiren, beynin duygusal hafıza ve tepkilerinin oluşmasındaki primer işleve sahip bölge olup) tetiklendiğinde şartsız refleks (*instinctive reflex*) ile kısa devre (*short-circuited*) yaptığını ortaya koymuştur⁷¹. Aktif dinleme, çevirme, görüşmelere mizah katma, açık uçlu sorular sorma, duyguların ve ihtiyaçların keşfedilmesi gibi iletişim becerileri muhalif ilişkiyi yumuşatabilir ve beynin işlevini tekrar düzene sokabilir. Tarafların tartışmaları yanında müzakerelerin yeniden yapılandırılması ve kişinin sorundan ayıklanması yoluyla, arabulucu olarak eğitim almış hakemler bu tür kavrama engellerinin aşılmasına yardım edebilir⁷².

71 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Cozolino, Louis J.: The Neuroscience of Psychotherapy, New York 2002, Bölüm 11, "The Anxious and Fearful Brain", s. 235-236.

72 Dendorfer/Lack s. 96.

G) ARABULUCULUK-TAHKİM YOLUNA BAŞVURULMASI**I- Önce Arabuluculuğa Sonra Tahkime Başvurulması**

Arabuluculuk-tahkim yolunda, arabuluculuk başarısız olduğu takdirde kararı hakem sıfatıyla tarafsız üçüncü kişiye bırakmanın ilk yolu, tarafların arabuluculuk süreci başlamadan önce peşinen bunu taahhüt etmeleridir. Başlangıçta yapılan bu çeşit bir taahhüdün faydası, tarafların, arabuluculuk sürecinin bu yolla veya olmadığı takdirde tahkim yoluyla mutlaka bir sonuç vereceğini bilmelerini sağlamasıdır. Bu sayede tarafların, makul olacağı ve uyuşmazlığı arabuluculuk aşamasında çözmek için daha fazla çaba harcayacağına dair bir beklenti vardır. Böylece tarafların tahkime başvurulması gerektiğinde, yeni bir tarafsız üçüncü kişi görevlendirerek bu kişiyi çekişmeli vakıalar hakkında bilgilendirmek için ilâve zaman harcamak ve masraf yapmaktan kurtulması da sağlanmış olur⁷³.

Tahkim öncesi arabuluculuğa, iki farklı aşamada başvurulabilir. İlk olarak arabuluculuğa, tahkim talebinden önce, uyuşmazlığın çözümünde son çare olarak başvurulabilir. Kurumsal arabuluculuk veya uzlaştırma kurallarında genelde bu uygulama yapılır. İkinci olarak arabuluculuğa, uyuşmazlık çözüm müzakerelerinin belli bir süre sonunda sonuçsuz kalması hâlinde olağan bir yöntem şeklinde, arabuluculuğu öngören çok aşamalı bir alternatif uyuşmazlık çözüm sürecinin parçası olarak, uyuşmazlık çözüm sürecinin başında başvurulur.

Arabuluculuk-tahkimde önemli olan arabulucunun, açılış toplantısında arabulucu ve hakem olarak üstlenebileceği farklı işlevler hakkında tarafları bilgilendirmesi ve onların konuyu tam olarak anlamasını sağladıktan sonra muvafakatlerini almasıdır. Bundan başka ihtilafli taraflar, tahkime başvurmak gerekirse tahkim yargılamasının olası sonucunun ne olacağını anlamak için, arabulucunun kullandığı kelimelere çok fazla dikkat edebilirler. Bu durum uzlaşma seçeneklerinin üretilmesini engelleyebilir. Arabulucu, tarafsızlığını zedeleyecek kelimeler kullan-

73 İldır s. 100-101; Tarman s. 470-471.

mamaya ve olası bir tahkim yargılamasının soncunda verilecek kararın ne olduğuna dair bir emare vermemeye azami ölçüde özen göstermelidir⁷⁴.

Bir arabulucunun “arabulucu-hakem” olarak görev yapıp yapamayacağı, arabuluculuk sürecinde edindiği bilgilere, uyuşmazlık konusu hakkında değerlendirmede bulunup bulunmadığına göre değişeceğinden⁷⁵, arabuluculuk-tahkimde aynı arabulucunu hakem olup olmayacağına, arabuluculuktan sonra karar verilmelidir. Arabulucu ve

74 Polat s. 48-49; Stitt s. 134.

75 Saf kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucunun değerlendirme yapması mümkün olmayıp, taraflar uyuşmazlığın esası hakkında kendi kararlarını vermekte serbest bırakılırlar. Kolaylaştırıcı arabulucular (*facilitative mediators*), müzakere edilen uyuşmazlığın çözümüne ilişkin görüş, öneri ve tavsiyelerini açıklamaktan imtina ederler. Kolaylaştırıcı arabulucular yalnızca taraflar arasındaki iletişim kanallarını açmaya ve iletişimi güçlendirmeye çalışarak arabuluculuk süreci üzerindeki kontrolü muhafaza ederler. Buna karşılık değerlendirici arabuluculukta taraflar karşılıklı olarak kabul edilebilir bir uzlaşma seçeneği geliştiremezler ve yalnızca her iki tarafın da muvafakat etmesi koşuluyla arabulucu, değerlendirme yapma tekniğini kullanabilir. Buna göre arabulucu, bir uzlaşma önerisi sunabileceği gibi, arabulucunun gerekli yetkinliğe sahip olmasında, yürürlükteki arabuluculuk kuralları ve etik ilkeleriyle bağlı kalmak şartıyla vakia değerlendirmesi yapması, tarafların zayıf ve güçlü yönlerini ortaya koyacak şekilde dava tahlili yapması, davanın sonucuna ilişkin bir tahminde bulunması ve belirli tavsiyelerde bulunması da mümkündür. Diğer yandan değerlendirici arabulucular (*evaluative mediators*), sordukları sorular ve yaptıkları açıklamaları, görüş ve önerilerini taraflara zımnen açıklamak amacıyla kullanırlar. Hem kolaylaştırıcı hem değerlendirici arabuluculuğa doğrudan ters olan üçüncü bir arabuluculuk, dönüşümsel arabuluculuktur. Dönüşümsel arabulucular (*transformative mediators*), kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuğun gerçek anlamda taraf irâdesini hâkim kılmadığı düşüncesiyle, tarafların süreçte doğrudan yer almasına, hem süreç hem de sonuç üzerinde mutlak kontrole sahip olmasına gayret ederler. Bu üç farklı arabuluculuk yaklaşımı hakkında bilgi için bkz. Birke, Richard: *Mediation* (Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives, Los Angeles 2007, s. 1007-1010), s. 1008; Bush, Robert A. Baruch/Folger, Joseph P.: *Arabuluculuk ve Getirileri, Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı* (Çev. Gamze Sart), Ankara 2013, s. 41 vd.; Özbek s. 710-711, 1181-1183; Özmumcu, Seda: *Arabulucuların Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk* (İÜHFİM, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, 2013/1, C. 2, s. 1369-1389), s. 1363-1365; Pappas s. 164-165; Scanlon s. 81.

tarafklar, arabulucunun hakem olarak görevini sürdürmesine karar vermeden önce, özel toplantılarda arabulucunun, tarafsız bir hakem olarak görev yapmasını engelleyecek nitelikte bir bilgi öğrenip öğrenmediğini dikkate almalıdırlar⁷⁶.

Tahkim öncesi arabuluculuğun faydası, tahkim sürecine başvurmadan kurtulma imkânı sunmasıdır. Bu kapsamda tahkim öncesi arabuluculuk bir filtre işlevi görür. Çok aşamalı bir ADR şartı, tırmanan bir uyuşmazlığa erkenden müdahale ederek anlaşmazlığın köklerine daha kolay inmeyi sağladığı ve zarar daha fazla artmadan önce soruna çözüm bulmaya imkân tanıdığı için ilâve faydalara sahiptir. Anlaşma sağlanmadığı takdirde, tarafsız üçüncü kişinin bağlayıcı bir karar vereceğini bilen taraflar, uzlaşmak için daha gerçekçi davranabilir⁷⁷.

Birçok ihtilafli kişi, uyuşmazlığın anlaşmayla çözülmesine yönelik girişimlerin başarısız kalması hâlinde bağlayıcı şekilde çözülmesini istemektedir. Arabulucu genelde, uyuşmazlığın konusunu, çekişmeli vakıaları ve tarafların beklentilerini en iyi şekilde kavrayacak kişidir. Bilhassa arabulucunun, arabuluculuk sürecinde her iki tarafın da güvenini kazanması durumunda, taraflar arabulucuya bağlayıcı bir karar verme yetkisi bahşetme konusunda çoğunlukla istekli olmaktadır.

Klasik tahkim öncesi arabuluculuk modelinin zamanlamasında bazı sorunlarla karşılaşılmaktadır. Taraflar muhtemel bir tahkim yargılamasına hazırlandıklarında, tarafların zihinleri bir kavgaya hazırlanmak ve bunu kazanmakla meşgul olur. Bu koşullar altında taraflar, tahkimin olası sonuçları hakkında tek taraflı bir bakışa sahiptir ve masraflarını düşünmezler. Bunun gibi diğer bir tehlike, genellikle davalı olmak üzere taraflardan birinin, tahkim öncesi arabuluculuğu geciktirici bir taktik olarak kullanmasıdır. Aynı şekilde bu aşamada ilk adımı atmak ve arabulucu olarak görev yapacak kişi üzerinde anlaşarak süreci başlatmak da zorlaşır. Belki de bu aşamada en önemli sorun, tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde gerekli bilgiye sahip olmamalarıdır.

76 Hibberd/Newman s. 124-125; Scanlon s. 82, 89.

77 Bühring-Uhle s. 369; Nolan-Haley s. 229; Polat s. 49.

Tahkim yargılaması başladığında taraflar, davadaki zayıf ve kuvvetli yönleri hakkında henüz yeterli bilgiye sahip olmadıklarından, tarafların uzlaşması önünde psikolojik bir engel vardır.

Taraflar tahkim yargılamasına hazırlık yaparken, genelde arabuluculuğa hazırlanmak istemezler. Çünkü davada haklı olduklarına çok inanmaktadırlar ve davayı kazanacaklarını düşünürler. Bu noktada taraflar, mücadeleci bir süreç sonunda bağlayıcı bir karar almak isterler. Taraflar uzlaşmaya gayret ettikleri ve sonuca yaklaştıklarında, bağlayıcı bir karar elde etme arzusuyla uzlaşamazlar. Dolayısıyla tarafların önünde arabuluculuk seçeneği bulunmaz. Tahkim yargılaması ilerledikçe taraflar davalarındaki haklılıklarının zannettikleri kadar güçlü olmadığını anlamaya ve uzlaşma seçeneğini tekrar düşünmeye başlarlar.

Bu sebeple, bir uyuşmazlık tarafların tahkim yargılamasına hazırlandığı aşamaya geldiğinde, arabuluculuk sürecine tahkim yargılaması başlamadan önce değil, başladıktan sonra başvurulursa, arabuluculuğun başarı şansı daha fazla olur⁷⁸.

Tüm arabuluculuk modellerinde olduğu gibi arabuluculuk-tahkim de, taraflar ile arabulucunun birlikte katıldığı bir müşterek toplantıyla (*joint meeting*) başlar. Taraflar, bu başlangıç aşamasını, birbirlerinin fikirlerini anlamak ve tarafsız üçüncü kişiyi uyuşmazlık konusu hakkında bilgilendirmek için kullanırlar. Başlangıçta yapılan bu ortak toplantının ardından arabulucu süreci, ya ortak toplantı ya da özel toplantılarla tarafların menfaatlerini araştırma aşamasıyla (*interest-exploration phase*) sürdürür. Her iki taraf da uyuşmazlığa, gelecekteki karşılıklı menfaatlerine uygun olacak bir çözüm bulmaya çalışır. İhtilafli konuların tamamı arabuluculukla çözümlerse, bir anlaşma belgesi hazırlanır, her iki tarafça imzalanır ve süreç tamamlanır. Bâzı durumlarda süreci, üzerinde anlaşılacak koşullarda bir tahkime dönüştürmek gerekebilir. Tahkim formaliteleri gerçekleştirilir, hakem bunları ve verilecek kararın kanuna ve kamu düzenine aykırı olmayacağını onaylar.

78 Burton/Dukes s. 108; Bühring-Uhle s. 370.

İhtilafli konuların tamamının arabuluculukla çözülemeyeceği anlaşılırsa, ihtilafli taraflar, üzerinde anlaşmaya varılan hususları ve hangi koşullarda anlaşma yapıldığını gösteren kısmî bir anlaşmayı imzalayarak uyuşmazlığın çözülmeyen kısımlarını tahkim aşamasına bırakırlar. Böylece tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlık konuları daraltılmış ve usûle ilişkin konular (örneğin tahkikatın kapsamı, dinlenecek azami tanık sayısı veya hakem heyetinin karar vereceği süre) karara bağlanmış olur. Bu kısmî anlaşma, kamu düzenine aykırı olmaması kaydıyla, tahkim sürecinden bağımsız olarak bağlayıcı olacaktır⁷⁹.

II- Önce Tahkime Sonra Arabuluculuğa Başvurulması

Arabuluculuk-tahkimin olağan uygulamasında tahkim aşamasından önce arabuluculuğa başlansa da, arabuluculuktan önce tahkime başlayan uygulamacılar da vardır. Bu şekilde önce tahkime, sonra arabuluculuğa başvurulmasına “tahkim-arabuluculuk” (*arb-med, arbitration followed by mediation*) denir. Tahkim-arabuluculukta, uyuşmazlık çözüm süreci tahkim yoluyla başlar ve bağlayıcı olmayan bir hakem kararı verilir. Bu uygulamada tarafsız üçüncü kişi, her iki tarafın da sunumlarını kısaca dinledikten sonra, öneri mahiyetinde, bağlayıcı olmayan bir karar verir. Birçok uyuşmazlıkta bu görüş yazılı hâle getirilir ve taraflarla paylaşılmaz. Bundan sonra tarafsız üçüncü kişi, taraflara uyuşmazlıklarını arabuluculukla çözmeleri için yardım eder. Hakem, tahkim yargılaması başladıktan sonra, fakat bağlayıcı karar vermeden önce, arabulucu olarak süreci yönetir veya arabuluculuk yapmak üzere farklı bir kişiyi atayabilir. Sâdece anlaşmaya varılamazsa, karar taraflara açıklanır. Tarafların anlaşmasına göre hakem kararı ya bağlayıcı olur ya da bağlayıcı olmaz. Bu yeni uygulama şiddetli eleştiriler almakta ve karar veren bir arabulucunun artık süreçte tarafsız olamayacağı veya uyuşmazlığın sonucu hakkında tarafsız kalamayacağı belirtilmektedir. Bu uygulama hakkındaki asıl korku, arabulucunun açıkça olmasa da bir karar vermiş olduğu için, tarafları bu karar doğrultusunda anlaşmaya sevk edebilecek olmasıdır⁸⁰.

79 Dendorfer/Lack s. 83.

80 Kovach s. 512; Pappas s. 186.

Tahkim- arabuluculuktaki bu usûl, psikolojik bir baskı taktiği olarak da etkilidir. Örneğin tarafsız kişi, tarafların durumlarının uygun bir değerlendirmesini yapma noktasına gelebilir; fakat bu değerlendirmesini taraflara açıklamaz. Bunun yerine tarafsız kişi, kararını bir zarfın içine koyar, zarfı kapatarak tarafların önünde masanın üstüne bırakır ve ardından arabulucuya döndürür veya farklı bir arabulucu atar. Taraflar, önceden belirlenen bir sürede arabulucunun yardımıyla bir anlaşmaya varamazlarsa, bu zarf açılır ve zarfta yazılı hakem kararı kendiliğinden bağlayıcı hâle gelir. Taraflar, kararın bağlayıcı olacağını baştan kabul etmiştir⁸¹.

Hakemlerin arabulucu olarak görev yapmasında iki ihtimal görülür⁸²:

- 1- Hakem, aynı yargılamada arabulucu olarak görev yapar,
- 2- Hakem, farklı yargılamalarda arabulucu olarak görev yapar.

Hakemin, aynı tahkim yargılamasında hem hakem hem arabulucu olarak görev yapmasının tarafsızlığı ve bağımsızlığını zedeleyeceği ve kararın âdil olmasını önleyeceğine ilişkin eleştiriler ile arabuluculuğun başarısız olmasını müteakip sürdürülen tahkim yargılamasında ön yargılı olabileceği ve arabuluculukta edindiği bilgileri unutmuyacağına dair tarafların endişeleri bir kenara bırakıldığında, bu hâlde bile tarafların uyuşmazlıklarını kendi irâdeleriyle arabuluculukla çözmeleri engellenmemektedir. Bu durumda taraflar, hakemin arabuluculuk yapabilecek kabiliyette olduğunu düşünebilir veya yeni bir arabulucu atamak yerine, uyuşmazlığın sebepleri ve geçmişi hakkında zaten gerekli bilgiye sahip olan hakemden arabulucu olarak yararlanmak sûretiyle zamandan ve masraflardan tasarruf etmeyi hedefleyebilir⁸³.

Hakemin, farklı yargılamalarda arabulucu olarak görev yapması ikinci ihtimaldir. Tahkim yargılamasının hakem heyetince (üç hakem-

81 Dendorfer/Lack s. 88.

82 Sanders s. 15; Tashiro, Kenji: Conciliation or Mediation during the Arbitral Process, A Japanese View (J. Int. Arb. 1995/2, s. 119-133), s. 126.

83 Tarman s. 467-469; Tashiro s. 127.

ce) sürdürüldüğü durumlarda, taraflar yargılamanın ertelenerek arabuluculuğa başlanılmasını ve hakemlerden birinin arabulucu olarak görev yapmasını da talep edebilir. Arabuluculuk anlaşmayla sonuçlanmazsa, hakem heyeti huzurunda tahkim yargılamasına devam edilir. Bu durumda hakemler arasında karar verme ve ikna olma konusunda eşitsizlik olabilir ve bu eşitsizlik hükmün müzakerelerini etkileyebilir. Buna rağmen, önceden arabuluculuk yapan hakem, arabuluculuk sırasında öğrendiği gizli bilgilere temas etmeden, sâdece tahkim yargılamasında gerekli olduğu ölçüde ihtiyaç duyulan bilgileri diğer hakemlerle paylaşır veya taraflardan, hakem kararı ile ilgili vakıaları somutlaştırmak amacıyla, arabuluculuk müzakerelerinde verdikleri bilgileri gerekli olduğu ölçüde hakem heyetine de vermelerini isterlerse, hakemlerin âdilliği ve bağımsızlığı konusunda bir sorun yaşanmayacaktır⁸⁴.

Tahkim-arabuluculuğun diğer seçeneklerden üstünlüğü, günün sonunda bir sonucun garanti edilmesi ve tarafların dostane bir anlaşmaya varmak sûretiyle sonuç üzerinde bizzat kontrole sahip olma fırsatını elde bulundurmasıdır.

Diğer yandan bu yöntem, arabuluculuk-tahkime nazaran daha fazla zaman alabilir veya taraflar, hızlı ve basitçe hazırlanmış bir hakem kararının yeterli olacağını düşünmeye daha meyilli olabileceklerinden, sıkı bir tahkim yargılaması cereyan etmeyebilir. Diğer bir tehlike, hakem-arabulucunun, arabuluculuğun herhangi bir aşamasında elindeki kartları göstermesi ve istemeden de olsa kararının ne olduğunu ortaya koymasındır. Nitekim bu yöntemde, farklı bir arabulucu atanmasını tercih etme sebeplerinden bir de bu sakıncayı önlemektedir. Bu durum özel toplantıda gerçekleşirse, özel toplantının yapıldığı tarafa diğer taraf karşısında arabuluculuk sürecinde haksız bir üstünlük sağlanmış olur. Bâzı uygulamacılar, başlangıçtaki mücadeleci (hasmane) tahkim yargılamasının, tarafların ses tonunu sertleştirdiğini ve bunun da daha sonraki arabuluculuk aşamasında onların uzlaşmasını zorlaştırdığını düşünmektedirler. Bunun yanında, kararını zaten oluşturmuş olan hakem, farkında olmadan tarafları bu karara doğru yönlendirmeye çalışabilecektir.

84 Tashiro s. 129.

Arabuluculuktan sonuç alınamaz veya arabuluculuk sonunda kısmî bir anlaşma sağlanır ve tarafsız kişi, öğrenmiş olduğu yeni vakıalar karşısında önceden vermiş olduğu kararın doğru veya uygun olmadığını anlarsa, bu durumda ne olacağı da ayrıca dikkate alınmalıdır. Tüm bu endişelere rağmen, tarafların nihayetinde sürecin nasıl işleyeceğine ve aynı tarafsız kişinin (hem hakem hem arabulucu olarak görev yapacaksa) rol değiştirmesine izin vermek için ona güvenip güvenme konusunda karar vermede özgür oldukları bir gerçektir.

Yukarıda zikredilen birçok endişe, yeni bir arabulucu atayarak ve hakem olarak farklı bir kişi görevlendirilerek giderilebilir. Buna karşılık bu durumda da, aynı kişinin hem hakem hem arabulucu olarak hareket etmesinin önemli olduğu; zîrâ arabuluculuğun subjektif menfaatleri kapsamamasının, hakem kararının uygun ve doğru olmamasına yol açabileceği söylenebilir. Gelecekteki menfaatlere odaklı bir sonuç alınması, hukuken doğru bir karar elde edilmesi kadar önemliyse, aynı kişinin hem hakem hem arabulucu olarak görevlendirilmesi ve bu birleşik yöntemin içinde barındırdığı risklerin üstlenilmesi için güçlü bir sebep bulunabilir⁸⁵.

III- Yetkin Arabulucu-Hakem Atanması

Arabulucu ile hakem, üstlendikleri görevler ve kullanacakları hünerler bakımından birbirinden çok farklıdır. Zira arabuluculuk ve tahkim, mahiyeti itibariyle birbirlerinden tümüyle farklı yöntemlerdir. Tahkimde hakemin görevi, tahkim yargılamasını etkin şekilde yönetmek, her iki tarafa da iddia ve savunmalarını eşit koşullar altında sunmaları için fırsat (hukukî dinlenme hakkı) tanımak ve nihaî hakem kararını verebilmek için, delillere dayalı olarak gereken maddî vakıaları ve hukukî sebeplerini tahlil etmektir. Arabulucu ise, tarafların uzlaşmasını kolaylaştıracak şekilde hünerli olarak tasarlanmış bir süreçte taraflarla birlikte çalışmak, tarafların menfaatlerini ortaya çıkarmak, onların ilişkileri ve saiklerini anlamak, ilgili konumlarındaki güçlü ve zayıf yönlerini keşfetmek, kalıcı (uygulanabilir) çözüm şekilleri üretmelerine yardım etmek ve uzlaşmanın önündeki psikolojik engelleri aşmaları için

85 Dendorfer/Lack s. 88.

tarafllara yardımcı olmakla görevlidir. Görüldüğü gibi arabulucunun görevi, bir psikoloğun birçok becerisini kullanmayı gerektirirken, hakemin görevi bir hâkimin hünelerini kullanmayı gerektirir.

Her iki disiplin için verilen eğitim de birbirinden farklıdır. Örneğin tahkim eğitiminde, duruşma öncesi sürecin nasıl yürütüleceğine ağırlık verilirken, arabuluculuk eğitiminde tıkanıklıkların nasıl aşılacağı üzerinde önemle durulur. İyi arabulucu ve iyi bir hakem tamamen farklı becerilere sahiptir ve her bir rolde farklı araçlar kullanılır. Her hakem iyi bir arabulucu olmak için gereken hünere sahip olmadığı gibi, her arabulucunun da iyi bir hakem olduğu söylenemez.

Bu sebeplerle, arabulucu-hakem olarak faaliyet gösterecek tarafsız kişi seçilirken, bu kişinin her bir görev için sahip olduğu niteliklerin sorgulanması yetmez; fakat aynı zamanda her iki görevi de başarılı şekilde bir araya getirebilecek, sürecin bütünlüğünü bozmayacak, tarafların güveni ve saygısını kazanabilecek olması da önem taşır. Arabulucu-hakem, her iki görevinin de gerektirdiği özel becerilere sahip kişiler arasından seçilmelidir⁸⁶.

H) FARKLI ARABULUCULUK-TAHKİM MODELLERİ

Arabuluculuk-tahkim yolunun faydası, tarafların ihtiyaçlarına uygun şekilde süreci düzenlemede büyük bir esnekliğe sahip olmasıdır. Arabuluculuk ile tahkim yolu, aşağıdaki şekilde farklı kombinasyonlarda kullanılabilir. Diğer yandan arabuluculuk-tahkim yoluna karşı ileri sürülen kaygıların karşılanabilmesi amacıyla da, başarısız bir arabuluculuğu tahkimin takip etmesi; fakat arabulucu ve hakem olarak aynı kişinin otomatik şekilde görev almaması esasını benimseyen alternatif arabuluculuk-tahkim modelleri oluşturulmuştur⁸⁷.

86 Susman, Edna: Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process (NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer, Vol. 2, 2009/1, s. 71-74), s. 73.

87 Susman s. 71.

I- Aynı Tarafsız Üçüncü Kişi Huzurunda Arabuluculuk-Tahkim

Aynı tarafsız üçüncü kişi huzurunda arabuluculuk-tahkim (*med-arb same*) modeli, aynı tarafsız kişinin hem arabulucu hem hakem olarak görev yaptığı temel modeldir. Bâzı arabuluculuk-tahkim lehtarları, arabulucuya hakemlik yapma yetkisinin verilmesinin, gönülsüz tarafları gerektiğinde kabul beyanında bulunmaya ve uzlaşmaya istekli hâle getirmeye ikna kabiliyeti verdiğini savunmaktadırlar. Arabuluculuk-tahkimde uyuşmazlık belli noktalarda tıkanır ve bu tıkanıklık aşılamazsa, aynı arabulucu hakem olarak görev yapar⁸⁸.

Aynı tarafsız üçüncü kişi huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkim modelinin temel sakıncası, baskıcı yapısıdır. Aynı tarafsız üçüncü kişi huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkim modeli hakkında *Psychology Today* dergisinde yayımlanan bir araştırmada, arabulucu-hakemlerin, toplantıyı bitirerek hüküm verme yönünde taraflar üzerinde baskı kurma taktiğini kullandığı ortaya koyulmuştur⁸⁹. Bununla birlikte söz konusu araştırmada, aynı tarafsız üçüncü kişi huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkim modelinde tarafların, farklı tarafsız üçüncü kişi huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkim modeline nazaran birbirlerine daha az düşmanca tavır sergiledikleri, uyuşmazlığın çözümü için daha çok yeni fikir önerdikleri, anlaşmaya varma konusunda daha fazla gayretli oldukları, arabulucuya daha fazla saygı gösterdikleri ve bu modelde anlaşma oranının, farklı tarafsız üçüncü kişi huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkim modelinden daha çok olduğu görülmüştür⁹⁰.

II- Farklı Tarafsız Üçüncü Kişi Huzurunda Arabuluculuk-Tahkim

İsminden de anlaşıldığı gibi farklı tarafsız üçüncü kişilerin huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkim (*med-arb diff*) modelinde, arabulucu ve hakem farklı kişilerdir. Farklı tarafsız üçüncü kişilerin huzurun-

88 Blankley s. 326.

89 Pruitt s. 58.

90 Landry s. 267.

da yürütülen arabuluculuk-tahkim modelinde avukatlar, aynı tarafsız üçüncü kişi huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkim modelinde arabulucu-hakeme çok fazla yetki verildiği ve arabulucular tek çözümden yana tavır takınarak tarafsızlıklarını bozduklarından, bu modelde arabuluculuğun tahkim için kötü bir hazırlık olduğu konusunda şikâyet etmektedirler. Zikredilen bu soruların iki farklı kişinin görev aldığı farklı tarafsız üçüncü kişilerin huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkim modeliyle aşılabileceği ifade edilmektedir. Buna karşılık, 1987 yılında New York'da yapılan ve bulguları *Psychology Today* dergisinde yayımlanan araştırmada, aynı tarafsız üçüncü kişi huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkim modeliyle karşılaştırıldığında, farklı tarafsız üçüncü kişilerin huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkim modelinde tarafların daha az üretici oldukları ve arabulucuların toplantılarla daha az ilgilendiği görülmüştür⁹¹.

Farklı tarafsız üçüncü kişilerin huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkim, aynı tarafsız üçüncü kişi huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkime nazaran daha masraflı olup daha uzun sürmekte ve süreç tahkime geçtiğinde, tekrar arabuluculuk girişiminde bulunmaya izin verilmemektedir. Diğer yandan ihtilaflı taraflar, aynı tarafsız üçüncü kişi huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkimde arabulucu-hakemin tarafsızlığından şüphe duyarlarsa, farklı tarafsız üçüncü kişilerin huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkim kesinlikle daha iyi bir seçenektir.

III- Farklı Tarafsız Üçüncü Kişi Huzurunda Tavsiye Edici Arabuluculuk-Tahkim

Farklı tarafsız üçüncü kişilerin huzurunda yürütülen tavsiye edici arabuluculuk-tahkim (*med-arb diff-recommendation*), arabulucu ve hakem olarak farklı kişilerin görev yapması bakımından, farklı tarafsız üçüncü kişilerin huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkime benzerlikle birlikte, taraflar arabuluculuk aşamasında gönüllü bir anlaşmaya varamazsa arabulucu, farklı bir kişi olan hakeme bir tavsiyede bulunur. Hakem, arabulucunun tavsiyesini reddetmekte özgür olmasına karşılık, tecrübeler bu tavsiyelere her zaman uyulduğunu göstermiştir. Söz konu-

91 McGillicuddy/Welton/Pruitt s. 110; Pruitt s. 60-61.

su tavsiye mahkemeye verilirse, en azından bir mahkeme, gizliliği hükümsüz kılmak için arabulucuyu çapraz sorguya almaktadır.

Böylece farklı tarafsız üçüncü kişilerin huzurunda yürütülen tavsiye edici arabuluculuk-tahkim, pratik sonuçları bakımından aynı tarafsız üçüncü kişi huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkimden farklı olmakta, üstelik hakem için ilâve masraf yapılmasını gerektirmektedir⁹².

IV- Paralel Arabuluculuk

Devam eden bir tahkim yargılaması sırasında sürece arabuluculuğu ithal etmenin diğer bir yolu, farklı bir arabulucuyla paralel arabuluculuğu kullanmaktır. Amerika Tahkim Birliğinin (*American Arbitration Association, AAA*), Ticarî Tahkim Kuralları ve Arabuluculuk Usûlünün (*The Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*) 8. maddesi şu hükmü içermektedir:

“Usûlün herhangi bir aşamasında taraflar, uzlaşmayı kolaylaştırmak için Ticarî Arabuluculuk Usûllerine göre bir arabuluculuk toplantısına katılmayı kararlaştırabilirler. Arabulucu, davada atanan hakem olmayacaktır. Derdest bir tahkim yargılamasının tarafları AAA’nın kurallarına göre arabuluculuğa başvurmayaya karar verdiğinde, arabuluculuğu başlatmak için ilâve bir idarî masraf istenmeyecektir”.

Böylece sonuçta, arabuluculuk anlaşmasına icra kabiliyeti kazandıran bir Anlaşılın Koşullarda Hakem Kararı (*Arbitral Award on Agreed Terms*) veya Rızaî Karar (*Consent Award*) verilmesi sağlanabilir. Bunun yanında paralel arabuluculuk yoluyla, tahkimin sâdece hakemlerce karar verilmesini amaçladığı ve taraflar arasında dostane bir anlaşma yapılmasına imkân tanımadığı yönündeki eleştiriler de aşılabilir. Tahkim ve arabuluculuk arasındaki bu etkileşim sayesinde, paralel şekilde (aynı anda) yürütülen usûllerle arabuluculuk anlaşmasının sonradan ihlâl edilmesi tehlikesine karşı mahkemeye başvurma ihtimali de ortadan kaldırılmış olur⁹³.

92 Blankley s. 327; Landry s. 267.

93 Sanders s. 15-16.

Tahkimin arabuluculuğu kapsamı yoluyla oluşturulan bu ADR yöntemi, tarafların sosyal yönden eğitime de katkıda bulunur. Çünkü taraflar, işbirliğine dayalı müzakere teknikleri ve yaratıcı çözümler üzerinde düşünmeye zorlanır. Aynı şekilde taraflar, hem kendi hem de karşı tarafın menfaatleri üzerinde düşünmeye, geleceğe odaklanmaya ve müstakbel ilişkilerini gözden geçirmeye teşvik edilir. Diğer tarafa doğru adım atarak yaklaşan taraf, diğer tarafın durumunu daha iyi anlamaya ve empati kurmaya başlar. Bu yapıcı ortamda, tahkim sürecindeki pozisyon temelli pazarlık ve üçüncü kişinin bağlayıcı karar vermesi usûlü yerine, daha menfaat temelli çözümlere birlikte ulaşılmasını sağlayacak şekilde beyin fırtınası yapılır⁹⁴.

Süreklilik gösteren bir ilişki içinde olan taraflar (örneğin farklı konularda uyuşmazlıklarla karşılaşma ihtimalinin her zaman olduğu bir inşaat sözleşmesinin tarafları) için, her anlaşmazlıkta yargılama yapılmasına muhtaç olmaksızın karşılıklı kabul edilebilir çözümlerin nasıl bulunacağını veya gelecekte tekrar karşılaşılabilecekleri farklı uyuşmazlıkları daha çabuk ve dostane bir şekilde nasıl çözeceklerini öğrenmek önemli bir kazanımdır.

Paralel arabuluculuğun sakıncalarından biri, tahkim süreci kapsamında arabuluculuğa başvurulmasının, saf arabuluculuğun zamandan ve masraflardan sağladığı tasarrufu kaybetmesi ve yaratıcı ve menfaat temelli çözümlere ulaşmayı zorlaştırmasıdır. Bunun yanında tarafların, arabuluculuğu yalnızca tahkim sürecinin bir parçası olarak görerek veya arabulucunun işlevini, hakem heyetinin verebileceği karar ekseninde tarafları uzlaştırmaya çalışan bir uzlaştırıcıdan ibaret kılarak sınırlamak sûretiyle, arabuluculuğun tüm karakteristik özelliklerinden yararlanamama ihtimali de vardır.

Bundan başka, aynı kişinin hem arabulucu hem de hakemlik yapması durumunda, arabuluculuk ve tahkimin bütünlüğü riske girebilir. Örneğin Dostane Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Milletlerarası Ticaret Odası Dostane Uyuşmazlık Çözümü Kurallarının (*ICC Amicable Dispute Resolution Rules*) “Genel Hükümler” başlıklı 7. maddesinin için-

94 Dendorfer/Lack s. 89.

cü fıkrası, aynı kişinin hem arabulucu hem de hakemlik yapması durumunda muhafazakâr bir tutum takınmış⁹⁵ ve bu konuda şu hükmü içermiştir:

“Taraflarca aksi yazılı olarak kararlaştırılmış olmadıkça, Tarafsız Kişi, ADR usûllerine konu teşkil eden veya teşkil etmiş olan uyuşmazlıkla ilgili herhangi bir adli yargılamada, tahkimde veya benzeri usûlde, hâkim, hakem, bilirkişi veya taraflardan birinin temsilcisi ya da danışmanı olarak hareket edemez veya önceden hareket etmiş olmaz”⁹⁶.

Bu tür kurallar, aynı tarafsız üçüncü kişinin, genelde iki nihaî teklif arasında seçim yapan bir hakem olarak görev yaptığı arabuluculuk ve nihaî teklif tahkimi (MEDALOA) yöntemini dikkate almamıştır. Bu yöntemde bütünlük sorunu bu ölçüde hassas değildir; çünkü tarafsız kişinin, tarafların tekliflerini değiştirme seçeneği yoktur ve taraflar, ortak bir zeminde buluşma konusunda psikolojik yönden daha fazla motive olmuştur. Bilhassa bu durum, tarafsız kişinin nihaî teklif tahkimine başlamadan önce bağlayıcı olmayan bir değerlendirmede bulunmuş olması hâlinde daha belirgindir.

Tahkim sürecinde arabuluculuk yapan bir hakem, tahkim sürecini tehlikeye atmadan tarafların uzlaşma yönündeki gayretini arttırabilme konusunda da bir ikilem içerisindedir. Bu durum özellikle, taraflardan birinin özel toplantıda neler olacağından endişe etmesi veya ortak ya da özel toplantıda taraflardan birinin ölçüsüz bir gerçeklik testi yapıldığına dair bir algıya kapılması hâlinde daha da belirgindir. Bu durum, bir hakemin kararını daha evvel yazılı olarak vermedikçe (örneğin tahkim-arbuluculuk yönteminde olduğu gibi), taraflarla özel toplantıda buluşmamasının sebeplerinden biridir⁹⁷.

95 Gélinas s. 25.

96 International Chamber of Commerce: ADR Rules (in force as from 1 July 2001), and Guide to ICC ADR, ICC Publication No: 809, Paris 2001, s. 13. Ayrıca bkz. www.iccadr.org

97 Dendorfer/Lack s. 91.

V- Danışman Hakem

Arabuluculukta uyuşmazlık çözülemediğinde, aynı arabulucuyla otomatik olarak tahkime geçmenin diğer bir alternatifi, Amerikan kömür endüstrisindeki tecrübelerle istinaden doktrinde geliştirilmiştir. Arabuluculuk-tahkimin sakıncalarından kurtularak faydalarını elde etmek amacıyla geliştirilen bu yeni arabuluculuk-tahkim modelinde tarafsız üçüncü kişi, önce arabulucu ve sonra “danışman hakem” (*advisory arbitrator*) olarak görev yapar. Tarafsız üçüncü kişi, arabuluculuk aşamasında taraflar arasında anlaşma sağlanamadığı takdirde, tahkime doğru giden süreçte bir ara basamak olarak danışman hakem (istişarî tahkim) şeklinde hareket eder.

Bağlayıcı olmayan arabuluculuk-tahkim (*non-binding med-arb*) de denen bu modelde arabulucu-hakem, ilk önce arabulucu olarak görev yapar. Uzlaşma müzakereleri bir noktada tıkanırsa, arabulucu-hakem bağlayıcı olmayan bir görüş sunar. Taraflar bağlayıcı bir karar almak isterse, hakemlik yapacak başka bir kişi bulmalıdırlar.

Tarafsız üçüncü kişi, arabuluculuğu olağan şekilde yürütür, tarafları haklarına odaklı bir bakış açısından uzaklaştırarak ilgili menfaatlerini araştırmaya yönlendirir ve uzlaşmayı kolaylaştırmaya çaba harcar. Anlaşmaya varılamazsa arabulucu, taraflara rehberlik edecek şekilde, bağlayıcı olmayan görüş bildirme yetkisiyle donatılmış danışman hakem statüsüne girer ve fakat bağlayıcı bir karar verme yetkisine sahip hakem olarak tahkim yargılaması yapamaz. Buna göre tarafsız üçüncü kişi, taraflar tahkime müracaat ederse, tahkim yargılamasının muhtemel sonucu hakkında onlara bir tavsiye veya tahminde bulunma konusunda yetkilendirilir ve fakat hakemlik yapamaz. Arabuluculuk ve istişarî tahkimin birleşiminden oluşan bu yöntem bir anlaşmaya varılmasını sağlamazsa, taraflar tahkim yargılaması yapılarak sonuçta bağlayıcı ve nihaî bir karar verilmesi için başka bir kişiyi hakem olarak atamak zorundadırlar.

Bu model, geleneksel arabuluculuğa benzemektedir. Zaten uygulamada bu model, tavsiye mahiyetinde görüş içeren geleneksel arabuluculuk olarak tanımlanmaktadır. Taraflar, arabuluculuk-tahkim yöntemi-

nin bağlayıcı sonuç vaad eden özelliğinden yararlanmak maksadıyla hareket ediyorlarsa, bağlayıcı olmayan arabuluculuk-tahkim onlar için uygun bir seçenek olmayacaktır.

Bu yöntemin standart arabuluculuk-tahkimle karşılaştırıldığında faydaları ve sakıncaları hemen belirginleşmektedir. Her şeyden önce arabulucunun hakemlik yapma yetkisi olmadığından, arabuluculuk yoluyla gerçekten bir anlaşmaya varılabilmesi için, tarafların arabuluculuk sürecinde samimi ve açık davranması teşvik edilmektedir. Aynı zamanda bu süreç, tıpkı arabuluculukta olduğu gibi, tarafların kendi uyuşmazlıklarını bizzat çözme kabiliyetlerini geliştirmektedir.

Taraflar, hakemin olası kararının ne olabileceği konusunda önceden bilgilendirildiklerinde, uyuşmazlığı kendileri çözmeye daha fazla istekli olabilmektedir. Zamandan ve masraflardan belli ölçüde tasarruf sağlayan bu süreç, çok tatminkâr sonuçlar doğurması yanında, yüksek ölçüde de bir taraf tatmini sunması bakımından övülmüştür⁹⁸.

Yukarıda sayılan faydaları yanında istişarî tahkim yolunda, arabuluculuk aşamasında anlaşma sağlanamadığı takdirde tahkim yargılamasını yürütmek üzere farklı bir tarafsız üçüncü kişi hakem olarak atandığından, standart arabuluculuk-tahkime nazaran daha fazla masraf yapılmakta ve zaman harcanmaktadır. Dolayısıyla standart arabuluculuk-tahkimle karşılaştırıldığında bu yöntemin katma değerini belirleyen temel mesele, tahkime başvurmadan tarafların uzlaşmasını sağlamadaki başarısıdır.

İş uyuşmazlıklarında şikâyet arabuluculuğu (*grievance mediation*) olarak bilinen istişarî tahkim çok başarılı olmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan araştırmalar, 2003 yılı itibariyle yaklaşık 3.000 uyuşmazlığın şikâyet arabuluculuğuna sunulduğu ve bu uyuşmazlıkların yaklaşık yüzde 85'inin tahkime başvurmadan çözüldüğünü göstermiştir⁹⁹.

98 Goldberg/Green/Sander s. 246; Hibberd/Newman s. 125; Nolan-Haley s. 229.

99 Brown/Marriott s. 148; Goldberg/Sander/Rogers/Cole s. 294; Landry s. 267.

VI- Sebep Gösterilen Arabuluculuk-Tahkim

Aynı tarafsız üçüncü kişi huzurunda yürütülen arabuluculuk-tahkim gibi, sebep gösterilen arabuluculuk-tahkim (*med-arb show cause*) modelinde arabulucu ve hakem olarak aynı tarafsız kişi atanır, fakat bu kişi, sâdece kesin olmayan bir karar verir ve bu kararının neden kesin olmaması gerektiğinin gerekçesini açıklar. Taraflar kararda hata olduğunu ortaya koyarlarsa, arabulucu-hakem kararı düzeltilir.

Sebep gösterilen arabuluculuk-tahkimin sakıncaları şu şekilde sıralanabilir:

1) Karmaşık bir dava için bu yöntem genelde basit gelmekte, tekrarlanan düzeltmelerle bir dizi kesin olmayan karar verilmesine ihtiyaç olabilmektedir.

2) Kesin olmayan kararın doğurduğu beklenti, kararın sonradan değiştirilmesine karşı direnç gösterilmesine yol açabilir; fakat böyle bir değişiklik, toptan çözüme yönelik bir bakış açısıyla gerekli olabilir.

3) Bu sakıncalar yüzünden kalıcı kararda bazı bozulmalar olabilir.

Sebep gösterilen arabuluculuk-tahkim, arabuluculuk-tahkimin en temel esaslarından olan nihaî karar verilmesi gücünden mahrum olduğundan, taraflar uyuşmazlığın çözülmesinden sonra yeni anlaşmazlıklar çıkması endişesiyle süreçten tatmin olmayabilir.

VII- Arabuluculuk ve Nihaî Teklif Tahkimi

Arabuluculuk ve Nihaî Teklif Tahkimi (*Mediation and Last Offer Arbitration, Mediation followed by Last Offer Arbitration, MEDA-LOA*), arabuluculuk ile nihaî teklif tahkimini birleştiren karma bir ADR yoludur. Taraflar, öncelikle arabuluculuk yoluyla gönüllü bir anlaşmaya varmaya çalışır. Arabuluculukta tıkanıklık yaşanırsa, taraflar nihaî tekliflerini atadıkları bir hakeme sunarlar ve hakem kararı, tarafların verdiği bu tekliflerden birisi olur. Genelde hakem, Amerika Tahkim Birliği tarafından atanır ve arabuluculuk yapan kişiden farklı bir kişi olur. Bununla beraber tarafların her ikisi de muvafakat verir ve arabulucu da kabul ederse, arabulucu hakem rolünü üstlenebilir ve (baseball tahki-

minde olduğu gibi) bağlayıcı bir karar verebilir¹⁰⁰.

Geleneksel arabuluculuk ve arabuluculuk-tahkimle karşılaştırıldığında, arabuluculuk ve nihaî teklif tahkiminin bazı üstünlükleri vardır. Amerikan spor hukukunda yoğun şekilde kullanılan MEDALOA, arabuluculuğun ticarî uyuşmazlıkları kesin şekilde çözememe ihtimalinden doğabilecek endişeleri bertaraf etmektedir. Arabuluculuk ve nihaî teklif tahkimi, tarafları iyi niyetle müzakere etmeye ve hakem tarafından seçileceği ümidiyle âdil ve makul bir nihaî teklif sunmaya teşvik eder. Hakemin, taraflardan birinin teklifini seçmek durumunda olması, tarafların, müzakere edilen miktarların tamamen dışında bir tutarla karşılaşma riskini azaltır. Böylece verilen hakem kararı, tarafların beklentileriyle fazla ters düşmez ve sürpriz etki doğurmaz. Dolayısıyla bu süreç sonunda teklifi kabul görmeyen taraf, hakem kararına karşı genelde iptal davası açmaz¹⁰¹.

Nihaî teklif tahkimi olmadığı takdirde taraflar, tarafsız kişinin karar verme gücünü hafifletmektedir. Arabulucu-hakem sâdece her iki tarafın yazılı teklifini dikkate alacak ve neden kendi tekliflerinin kabul görmesi gerektiği şeklindeki açıklamalarını dinleyecektir. Arabulucu, hiçbir teklifi değiştiremez ve uyuşmazlığın çözümünde en uygun gördüğü teklifi seçer. Böylece uyuşmazlık sona erer. Arabulucunun, yapılan teklifleri değiştirme, tekliflerde değişiklik yapılmasını önerme veya farklı çözümler önerme yetkisinin olmaması, tarafların arabulucu-hakem tarafından en âdil görüleceğine inandıkları teklifi yapmaları için psikolojik bir baskı oluşturur.

Bu ADR yolunun “karanlık baseball tahkimi” (*night baseball arbitration*) olarak adlandırılmasının sebebi, baseball tahkimi gibi işlemesi, fakat ondan farklı olarak, tarafların tekliflerini tarafsız kişiye açıklamayarak zarf içinde sunmasıdır. Tarafsız kişi bundan sonra taraflarca sunulan teklifler arasından bir karar vermekte, zarfları almakta ve hangi tarafın teklifi tarafsız kişinin kararına en yakınsa onu tercih etmektedir. Kazanan teklif, nihaî hakem kararı olmaktadır. Bu sisteme yönelik bir

100 Dendorfer/Lack s. 76.

101 Liebscher s. 67.

eleştirir, iki tekliften hangisinin arabulucu-hakemin görüşüne en yakın olduğuna kimin karar vereceğidir. Ancak bu eleştirir, örneğin arabulucu-hakemin bu belirlemeyi kendisinin yapması süretiyle kolaylıkla karşılanabilir¹⁰².

Bundan başka MEDALOA, esnek olmadığı ve arabulucu-hakemin kararının taraflarca sunulan nihaî tekliflerle daraltılmış olması sebebiyle kusurlu olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bir görüşe göre arabulucu-hakem, taraflardan birinin toplam teklifini karar olarak vermek zorunda olduğundan, bu sürecin sonucu her iki tarafça da kabul edilmeyecektir¹⁰³.

Bu eleştiriler kendi içinde tutarlı değildir. Çünkü taraflar belli bir noktada tıkanıklık yaşar ve bağlayıcı bir karar verilmesi gerekirse, taraflardan birinin sonuçtan tatmin olmaması kaçınılmazdır. Gayet doğaldır ki bir kararın her iki tarafı da mutlu etmesi, tarafların bu kararı gönüllü olarak vermeleriyle mümkündür ve bu durumda tahkime başvurmaya zaten gerek kalmaz. Bunun yanında, arabuluculuk aşamasında çekişmeli konular büyük ölçüde daraltılmış olacağından, tarafların hakeme vereceği nihaî teklifler çoğu zaman birbirine o kadar yakınlaşmış olacaktır ki hakemin bunlar arasında yapacağı seçim çok da önem taşımayacak ve taraflar, aslında arabuluculuk sonunda yaklaştıkları bir rakamı elde edeceklerdir¹⁰⁴. Zaten nihaî teklif (baseball) tahkiminde taraflar makul olmaya gayret gösterir, çünkü bir tarafın teklifi çok uç noktada kalırsa, hakem diğer tarafın teklifini seçecektir¹⁰⁵.

Tahkim yönünden konuya bakıldığında MEDALOA kapsamında kullanılan nihaî teklif yöntemi, hakem kararı, 1958 yılında yürürlüğe giren Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin (*United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards*, New York Sözleş-

102 Dendorfer/Lack s. 92.

103 Gill s. 553.

104 Landry s. 268; Susman s. 71.

105 Moses, Margaret L.: *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University 2012, s. 16.

mesi) 5. maddesine aykırı hâle getirme tehlikesini taşımaktadır. Örneğin hakem arabulucunun kesin karar verme yetkisinin olmadığı ve iki eksik teklif arasında seçim yaparken bunları uzlaştırmak zorunda kalması yönünden hakem kararı eleştirilebilir.

MEDALOA'nın kullanılabilirliği, saf arabuluculuk yönünden de birkaç nedenle eleştiriye açıktır. Birinci olarak yukarıda sözü edildiği gibi, arabulucunun âniden rol değiştirip karar verici olup olamayacağı veya bunun arabulucunun davranışını ya da tarafların arabuluculuk sürecinde tamamen şeffaf olma isteklerini etkileyip etkilemeyeceği şüphelidir. İkinci olarak, arabulucunun nihaî bir teklifi seçme usûlü hukukî olarak tartışılabilir. Arabulucu hangi teklifin kabul edilebilir olduğuna makul gerekçelerle karar verebilecek olmakla birlikte, bu kararı şansa (örneğin yazı tura atmasına) bırakabilir veya kendi sübjektif kanaatine (örneğin daha yoksul veya zayıf tarafı kayırmasına) dayandırabilir. Kararın şansa veya arabulucunun konu dışı sübjektif gerekçelerine bırakılması ise, nihaî ve bağlayıcı olup olmayacağını tartışmalı hâle getirebilir veya iptal davasına konu teşkil etmesine yol açabilir.

Bu tehlike arabulucu-hakemin, taraflardan yazılı talepte bulunmalarının istenmesi ve hangi teklifin seçilmesi gerektiği ve tercih sebebi hakkında bir karar verebilmek için, karar vermeden önce sözlü sunum yapmalarının istenmesi yoluyla aşılabilir. Arabulucu-hakemin, bir teklifi diğerine tercih etmesinin gerekçelerini (örneğin karanlık baseball tahkimi yönteminin aksine, yapılan tekliflerden hangisinin, en âdil sonucun ne olacağına ilişkin kendi kanaatine yakın olduğuna ilişkin düşüncesini) yazılı olarak açıklaması da mümkündür. Bununla birlikte bu usûl dışı aşama, yöntemin şekli olmayan yapısına ve hızına zarar verebilir.

Daha yakından incelendiğinde, nihaî teklif usûlünün kullanılmasını konu alan son aşama, hakem kararından ziyade bir sözleşme aşaması olarak yorumlanabilir. Bu aşamada, aynı anda yapılan ve taraflarca kendiliğinden kabul edilen iki paralel teklif vardır; fakat bu tekliflerden yalnızca biri kabul edilecektir. Böylece arabulucunun görevi, sâdece bu iki teklifin eş zamanlı yapılmasından kaynaklanan sorunu çözmek olup, gerçek bir hakem gibi hareket etme yetkisi yoktur.

MEDALOA öncelikle sürenin çok önemli olduğu veya diğer bir dostane çözüm yolunun ilâve fayda sağlama ihtimalinin olmadığı durumlarda tercih edilmelidir. Diğer yandan MEDALOA usûlünün taraflarının, arabulucunun karar verme işlevine aşırı şekilde yoğunlaşma ve kendi nihaî tekliflerinin en uygun olduğu konusunda arabulucuyu ikna etmek için süreci çarpıtma tehlikesi vardır¹⁰⁶.

VIII- Arabuluculuk-Tahkimden Cayma Hakkı

Bu arabuluculuk-tahkim modelinde taraflara, arabuluculuk-tahkim yolunun başında, arabulucunun aynı zamanda hakemlik yapmasına dair verdikleri karardan cayma hakkı tanınır. Arabulucu, arabuluculuk anlaşmayla sonuçlanmaz ve uyuşmazlığın tahkimle çözülmesi gerekirse, bu aşamadan sonra tarafların, kendisinin farklı bir role bürünerek hakem sıfatıyla sürece devam etmesini isteyip istemediklerini sorar. Taraflardan biri arabulucunun hakem olarak görev üstlenmesini kabul etmezse, arabuluculuk-tahkim yolunun başında verdiği karardan cayarak sürecin dışında kalma hakkına sahiptir. Bu hâlde arabulucunun görevi sona erer ve cayma hakkı kullanıldığı takdirde arabuluculuk-tahkim süreci, hakem seçilene kadar ertelenir¹⁰⁷.

Bu yöntem taraflara, arabulucunun hakem olarak görev yapmasını otomatik şekilde kabul veya reddetmekten ziyade, tahkim sürecini yönetecek hakemi seçme imkânını sunar. Taraflar, arabuluculuk konusu uyuşmazlığı iyi bilen, güvendikleri ve arabuluculuk sürecine herhangi bir şekilde dâhil olmamış bir tarafsız üçüncü kişinin hakemlik yapmasını isterlerse, bunu yapma hakkına sahip olmalıdırlar. Buna “arabuluculuk-tahkimde cayma hakkı” (*med-arb-opt-out*) denir.

Arabuluculuk-tahkimde her iki süreç aynı üçüncü kişi tarafından yönetildiğinde, tahkim sürecinin usulî bütünlüğü hakkındaki endişeler, taraflara tahkimden çekilme hakkı tanınarak giderilebilir. Taraflar, tarafsız üçüncü kişinin bu çift karakterli rolünden rahatsızlarsa, tahkimden çekilebilirler. Bu sayede taraflar, arabulucunun tarafsızlığından

106 Dendorfer/Lack s. 93.

107 Scanlon s. 88.

şüphe ediyorsa veya özel toplantılarda arabulucuya, aleyhlerinde karar verilmesi tehlikesi doğuracak çok gizli bilgiler vermişlerse, arabulucunun bağlayıcı bir karar vermesinden sakınmış olurlar. Sözleşmeye konulan arabuluculuk-tahkimde cayma hakkı şartı, arabuluculuk sürecinde de yararlı olabilir. Çünkü taraflar, arabuluculukta anlaşmaya varılamazsa tahkimden çekilebileceklerini bildiklerinden, gerçek menfaatleri veya taban teklifleri hakkında daha rahat ve samimi konuşabilirler. Buna karşılık uyuşmazlık çözüm süreci ilk önce tahkimle başlarsa, süreçten çekilme ihtimali tahkim sürecini keseceğinden, o aşamaya kadar yapılan tüm işlemlerin boşa gitmesine ve lüzumsuz yere masraf yapılmasına yol açacaktır¹⁰⁸.

IX- Takım Hâlinde Yürütülen Arabuluculuk-Tahkim

Arabuluculuk-tahkimin yukarıda dile getirilen sakıncalarından kurtulmanın en kolay yolu, tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varamazsa, müzakereleri yöneten arabulucudan farklı bir tarafsız üçüncü kişiyi tahkim aşamasında hakem olarak görevlendirmeleridir¹⁰⁹. Bu arabuluculuk-tahkim modelinin sakıncası ise, arabuluculuğun başarısız olması hâlinde gereksiz tekrarlara ve sonuçta daha fazla zaman harcanarak masraf yapılmasına yol açmasıdır. Bu sebeple son yıllarda, Harvard Müzakere Projesinin¹¹⁰ öncülüğünde, “takım hâlinde yürütülen arabuluculuk-tahkim” (*co-med-arb*) olarak adlandırılan yeni bir model geliştirilmiştir.

Arabuluculuk-tahkime karşı yöneltilen eleştiriler sebebiyle geliştirilen bu yeni arabuluculuk-tahkim modeli, klasik arabuluculuk-

108 Bühring-Uhle s. 369.

109 Niemic/Stienstra/Ravitz s. 135.

110 Harvard Müzakere Projesi hakkında bilgi için bkz. Fisher, Roger/Ury, William/Patton, Bruce: *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving in*, New York 1991, s. 17 vd.; Goldberg/Sander/Rogers/Cole s. 33-34; Mnookin, Robert H./Peppet, Scott R./Tulumello, Andrew S.: *Beyond Wining, Negotiation to Create Value in Deals and Disputes*, Harvard University Press 2000, s. 174-177. Fisher/Ury/Patton tarafından müşterek yazılan kitabın Türkçe tercümesi için bkz. Fisher, Roger/Ury, William/Patton, Bruce: ‘Evet’ Boyun Eğmeden Anlaşmaya Varmak (Çev. Fatma Güven Burakreis), İstanbul 2008.

tahkimin kusurlarını giderirken, ihtilafı taraflara hem arabuluculuk hem de tahkimin sağladığı faydaları birlikte sunmayı amaçlamıştır.

Takım hâlinde yürütülen arabuluculuk-tahkim, biri arabulucu diğeri hakem olmak üzere iki kişiden oluşur. Bu yöntemde arabuluculuk-tahkim süreci, biri gizli olan diğeri gizli olmayan iki aşamaya bölünür. Gizli olmayan toplantılarda, atanan her iki arabulucu-hakem de hazır bulunurken, gizli toplantılarda sâdece arabulucu hazır bulunur¹¹¹.

Takım hâlinde yürütülen arabuluculuk-tahkimde, iki kişilik bir takım olarak çalışan bir arabulucu ve bir hakem, tarafların başlangıçta yaptıkları sunumlarını birlikte (aynı anda) dinlerler. Bundan sonra tarafsız üçünü kişilerden birincisi, hakemin yokluğunda taraflarla buluşur ve arabulucu olarak görev yapar. Bu çaba, uyuşmazlığın tamamen veya kısmen çözümünde sonuç vermezse, tarafsız üçünü kişilerden ikincisi hakem olarak devreye girer ve çözülemeyen ihtilafı konular hakkında bağlayıcı bir karar verir. Bunun yanında, tahkim yargılamasında arabulucu tekrar devreye girebilir ve hakem kararı verilmeden, taraflar karşılıklı mutabık kalacakları bir uzlaşma seçeneğini yeniden bulmaya çalışabilirler¹¹².

Takım hâlinde yürütülen arabuluculuk-tahkimde iki tarafsız üçüncü kişi birlikte olduklarından, taraflar veya avukatları müzakerelerde verecekleri bilgilerin türü ve kapsamı konusundaki endişe ve kararsızlıkla hâlâ karşı karşıyadırlar. Müzakerelerde yapılacak sunumların tarzı da sorun taşımayı sürdürmektedir¹¹³.

X- Gölge Arabuluculuk

Gölge arabuluculuk (*shadow mediation*), arabuluculuk ve tahkim yöntemlerinin aynı anda ayrı ayrı yürütülmesidir. Bu yöntem, çok taraflı ve karmaşık uyuşmazlıklar için etkilidir. Gölge arabuluculukta arabuluculuk ve tahkim aşamalarında farklı tarafsız kişiler görev yapar. Aynı anda olsa da birbirlerinden tamamen ayrı (bağımsız) faaliyet gösteren

111 Elliott s. 178.

112 Dendorfer/Lack s. 82; Scanlon s. 87; Susman s. 71.

113 Kovach s. 511.

arabulucu ve hakemler, birbirleriyle görüşmezler ve diğer yöntemin durumu hakkında hiçbir bilgi almazlar. Birbirinden müstakil olarak yürüyen bir arabuluculuk ve tahkim yöntemi aynı anda sürdürülür. Arabulucu, tahkim yargılamasına katılıp süreci izleyebilir ve taraflardan biri tahkim yargılamasının ertelenmesini veya hakem heyeti huzurunda tahkim yargılamasının gelişimine (ya da masraf ve zaman kaybının artmasına) bağlı olarak yeni alternatiflerin araştırılmasını isterse, geri planda taraflar arasında telefon operatörü gibi mekik dokuyabilir. Bunun gibi hakem heyeti de, sâdece soyut hukuk kurallarının somut olaya uygulamasıyla etkin şekilde çözülmesi zor olan veya dava konusuyla ölçüsüz şekilde masraf ve zaman harcanmasına yol açacak belirli bir konuda¹¹⁴ arabulucunun müdahil olmasını isteyebilir.

Gölge arabuluculuk, iki farklı tarafsız kişinin kullanılması bakımından pahalı olabilir; fakat bu yöntem, hüküm verilmesi için gereken süreyi kısaltır veya geçmişteki haklar yanında geleceğe yönelik bir sonuç elde edilmesine yardım ederse, büyük ticarî davalarda masraflardan yapılan tasarruf, tarafsız kişiler için (her halükârda taraflarca eşit şekilde) ödenen ilâve ücreti karşılar. Bunun yanında, ticarî tahkim yargılamalarında üç kişilik hakem heyeti oluşturmanın yaygın olması sebebiyle, bilhassa paralel arabuluculuğun veya her iki yöntemde aynı tarafsız kişinin kullanılmasının doğurduğu sakıncaların aşılmasına yardımcı olacaksa, bir veya iki ilâve arabulucunun masrafı genellikle önemli olmayacaktır¹¹⁵.

D) ARABULUCULUK-TAHKİM YOLUNUN TERDİTLİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDEN FARKI

Arabuluculuk-tahkim, uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözmeye gayret eden tarafların, arabuluculukta uzlaşmaya varılamazsa uyuşmazlığı tahkime havale etmeyi önceden (terditli uyuşmazlık çözüm

114 Örneğin iştirak hâlinde mülkiyet ilişkisinin çözülmesi (ortaklığın giderilmesi), pahalı ve uzun bir yargılamanın gerekmesi veya bâzı ülkelerde tahkime elverişli olmayan fikrî mülkiyet haklarına tecavüzün tespiti gibi konularla karşılaşılması durumunda.

115 Dendorfer/Lack s. 91-92.

şartıyla en baştan) kararlaştırdıkları süreçle karıştırılmamalıdır. Çünkü bu durumda, taraflar uyuşmazlık çıkmadan önce, uyuşmazlık doğduğunda ilk olarak arabuluculuğa, bunda başarılı olmazlarsa ardından tahkime gitmeyi kararlaştırırlar. Bu yöntemde arabulucu ve hakem görevini üstlenen kişiler birbirinden farklıdır¹¹⁶.

Arabuluculuk ve tahkim yollarının sırayla ve farklı tarafsız üçüncü kişilerin huzurunda yürütüldüğü bu yöntemde taraflar, uyuşmazlıklarının çözülmesi için ilk önce arabuluculuğu deneme konusunda anlaşır- lar. Arabuluculuk sürecinde uzlaşma sağlanamazsa, çözülemeyen ihtilafli konular bu kez dava yoluna değil tahkim yoluna götürülür. Arabuluculuk ve tahkimin bir yöntem içinde eritilmediği ve her iki yön- temin de bağımsızlığını koruduğu bu iki aşamalı uyuşmazlık çözüm süreci, genellikle arabuluculuk müzakerelerinde ihtilafli tarafların daha rahat, açık ve samimi şekilde tartışmasını sağlar. Taraflar, arabuluculuk sonunda anlaşmaya varamadıkları takdirde, uyuşmazlığın farklı hakem veya hakemlerden müteşekkil tahkim yoluyla çözüleceğini ve arabulu- culuk müzakerelerindeki beyanlarının tahkim sürecine taşınmayacağını, tahkim yargılamasında aleyhlerinde delil olarak kullanılmayacağını bildiklerinden¹¹⁷, müzakerelerde görüşlerini daha rahat ortaya koyar, korkmadan taviz verir, taban değerleri ve zayıf yönleri hakkında bilgi

116 Özbek s. 757-789.

117 Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvuru- rulduğunda, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıanın ikrarı veya iddianın kabulü ve sâdece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamazlar (HUAK m. 5, 1). Arabulucu- luk sürecinde ortaya konulan beyan veya belgelere ilişkin bu delil yasağı, arabu- luculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tah- kimde uygulanır (HUAK m. 5, 4). Bu bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idarî makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz. Ancak, söz konusu bilgi- ler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabi- lir (HUAK m. 5, 3).

vermekten kaçınmazlar¹¹⁸.

Arabuluculuk ve tahkim yollarının sırayla uygulanması ve bu amaçla sözleşmelere terditli uyuşmazlık çözüm şartlarının koyulması giderek daha fazla tercih edilmektedir. Bu iki yöntemin arka arkaya kullanılması, milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde de kabul gören bir yoldur¹¹⁹.

J) HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK MEVZUATINDA ARABULUCULUK-TAHKİM YOLU

I- Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa Göre Önce Arabuluculuğa Sonra Tahkime Başvurulması

Hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usûl ve esasları düzenleyen¹²⁰ 6325 sayılı Hukuk Uyuş-

118 Moore s. 11.

119 Brown/Marriott s. 148.

120 Akcan, Recep: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler (Prof.Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 39-51), s. 41 vd.; Göksu, Mustafa: Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey, Ankara 2016, s. 275; Kuru, Baki: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler (MİHDER 2010/2, s. 237-246), s. 237 vd.; Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Ankara 2016, s. 565-567; Özbek, Mustafa: Türkiye'de Tahkim ve ADR (Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar, Sempozyum, 9-10 Ocak 2009, Ankara 2009, s. 186-193, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Yayın No: 164), s. 191-193; Özbek, Mustafa: "Avukatlıkta Arabuluculuk" (Hukuk Merceği 12, Konferans ve Paneller, Ankara Barosu 2010, s. 244-258), s. 248 vd.; Özbek, Mustafa: Report on Alternative Dispute Resolution within the Context of Better Access to Justice (DEÜHFD, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, 2009/Özel Sayı, İzmir 2010, s. 453-507), s. 467-471; Özbek, Mustafa: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Katkı (Arabuluculuk Sempozyumu, 27-28 Nisan 2012, Ankara 2013, 34-56); Özbek, Mustafa: Arabuluculuk (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Eğitimi, Türkiye Barolar Birliği, Başkent Üniversitesi, Ankara 2014, Yayın No: 253, s. 1-39), s. 18-39; Özdemir, Semih Sırrı: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı: İngiltere'deki Düzenlemeler İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme (HHFD 2012/1, s. 55-66), s. 57 vd.; Özmumcu, Seda: Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile

mazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹²¹ (HUAK), arabuluculuk-tahkim yolu hakkında doğrudan bir hüküm içermemektedir. Yalnız HUAK m. 4'te düzenlenen gizlilik hükmünün tamamlayıcısı niteliğinde olan HUAK m. 5, 1'de yer alan "*Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki*

Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul 2013, s. 284 vd.; Öztekin, Selçuk: "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı"na İlişkin Görüş ve Eleştiriler (Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 15-34), s. 19 vd.; Pekcanitez, Hakan: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir, 19-20 Ekim 2007, Ankara 2008, s. 247-264), s. 248 vd.; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013, s. 1088-1106; Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer: Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 1056-1064; Sarısozen, M. Serhat: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu (EÜHFD 2011/1-2, s. 255-271), s. 256 vd.; Sungurtekin Özkan, Meral: Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013, s. 417-424; Tanrıver, Süha: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi (Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 637-656), s. 637; Tanrıver, Süha: Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi (ICC Türkiye Milli Komitesi, Milletlerarası Tahkim Semineri, 21 Mart 2008 Ankara, s. 77-106), s. 82; Taşpolat Tuğsavul, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara 2012; s. 122 vd.; Ulukapı, Ömer: Medenî Usûl Hukuku, Konya 2014, s. 539 vd.; Üstündağ, Saim: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler (Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010, s. 401-407), s. 405; Yazıcı Tıktık s. 3-50; Yıldırım, M. Kâmil: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi (Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 35-80), s. 54 vd.; Yılmaz, Ejder: Arabuluculuğun Yasa İle Düzenlenmesi ("Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi) (Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012, s. 1275-1297), s. 1282 vd.

121 RG 22.06.2012, Sa. 28331.

beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz” hükmü, arabuluculuğun ardından tahkime başvurulabileceğini ortaya koymuştur. Çünkü bu hükümde açıkça, çözümü için arabuluculuk yoluna başvuru bir uyuşmazlık hakkında, arabuluculuk sürecinde tamamen veya kısmen anlaşma sağlanamazsa, arabuluculuktan sonra üzerinde anlaşmaya varılamayan veya arabuluculuk konusu uyuşmazlıkla bağlantılı başka ihtilaflı konular hakkında tahkim yargılaması yapılabileceği belirtilmiştir. Kanunda, bu maddede sayılan bilgi ve belgelerin gizli olduğu ve uyuşmazlıkla ilgili doğrudan veya dolaylı bir tahkim yargılamasında da gizli kalması gerektiği hükme bağlanmıştır.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun, “Beyan veya belgelerin kullanılmaması”nı düzenleyen 5. maddesinin mehzasını, dava veya tahkim yargılamasında kabul edilebilir delilleri (*admissibility of evidence in other proceedings*) düzenleyen UNCITRAL Model Kanununun 10. maddesi oluşturmaktadır. UNCITRAL Model Kanununun gizliliği düzenleyen 9. maddesi ile 10. maddesi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hazırlanırken yararlanılan kaynaklar arasında yer alan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Avusturya Federal Kanunu¹²² §18’in (*Österreich Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ZivMediatG*) de aynı zamanda kaynağıdır.

HUAK m. 5, 1 hükmünden, arabuluculuk konusu uyuşmazlık hakkında daha sonra tahkim yoluna başvurulabileceği anlaşılacakla beraber, arabuluculuk sürecinde görev yapan arabulucunun daha sonraki tahkim yargılamasında hakemlik yapıp yapamayacağına dair bir açıklık yoktur.

HUAK m. 5, 1 hükmü bu yapıyla, HUAK m. 4’te düzenlenen gizliliği takviye etmekte ve fakat, arabuluculuk konusu uyuşmazlık hakkında sonradan, arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılamaması

122 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Avusturya Federal Kanununun Türkçe tercümesi için bkz. Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu (Çev. Cenk Akil) (ÜHFM 2012/2, s. 287-296); Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (Avusturya) (Çev. Osman İsfen) (MİHDER 2006/5 s. 1325-1334).

sebebiyle tarafların tahkim yoluna başvurması durumunda, arabuluculuk sürecinde görev yapan arabulucunun bu tahkim yargılamasında hakemlik yapmasını yasaklamamaktadır. Blâkis HUAK m. 5 hükmü arabulucunun, arabuluculuk konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak tahkim yoluna başvurulduğunda, bu hükümde sayılan beyan veya belgeleri delil olarak esas alamayacağını belirtmektedir (HUAK m. 5, 1). Dolayısıyla tahkim yargılaması, aynı arabulucunun hakemliğiyle sürdürülürse hakem (eski arabulucu), HUAK m. 5, 1’de belirtilen bilgilerin açıklanmasını taraflardan isteyemez. Bu beyan veya belgeler, HUAK m. 5, 1 hükmünün hilafına tahkim yargılamasında delil olarak sunulmuş olsa dahi, hakem kararına esas alınamaz (HUAK m. 5, 3). Bu delil yasakları, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın tahkim yargılamasında aynen uygulanır (HUAK m. 5, 4).

Görüldüğü gibi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda, arabuluculuk sürecinde görev yapan arabulucunun daha sonra başlatılan tahkim yargılamasında hakemlik yapmasını engelleyen bir hüküm olmamasına ve tam tersine arabuluculuktan sonra tahkime başvurulmasına izin veren açık hüküm (HUAK m. 5) olmasına karşılık, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinde¹²³ (HUAKY) bu konuda kısıtlayıcı ve yasaklayıcı bir düzenlemeye yer verilmesi dikkat çekicidir. Arabuluculuktan sonra başlatılan tahkim yargılamasında, hakemin kim olacağı konusunda HUAK’ta bir yasak yoktur.

Kanunda arabulucunun en önemli yükümlülüklerinden biri, işini tarafsız ve özenle yapması olarak belirlenmiştir. Tarafsızlık, arabulucunun taraf tutmaması ve önyargılı olmaması demektir. Arabulucu, arabuluculuk sürecini yürütürken tarafsız olmak ve tarafsızlığını tartışmalı hâle getirecek davranışlardan kaçınmak zorundadır¹²⁴. Arabuluculuğun başarı ile sonuçlanabilmesi ve bu çözüm yoluna güven duyulabilmesi

123 RG 26.01.2013, Sa. 28540.

124 Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 2.

için, arabulucunun öncelikle bağımsız ve tarafsız olması şarttır¹²⁵. Arabuluculukta tarafların güveni, arabulucunun her iki tarafa eşit mesafede ve tarafsız kalması ile kazanılabilir. Bu sebeple Arabuluculuk Kanununda, arabulucunun görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getireceği belirtilmiştir (HUAK m. 9, 1; HUAKY m. 12, 1). Madde gerekçesinde bu husus şu şekilde açıklanmıştır:

“Arabulucunun önemli bir yükümlülüğü, tarafsızlık ve işini özenle yapmasıdır. Birinci fıkrada bu durum açıkça belirtilmiştir. Arabuluculuk faaliyeti her iki tarafın güvenini korumayı gerekli kılmaktadır. Bu da ancak, arabulucunun iki tarafa eşit mesafede ve tarafsız kalması ile mümkündür; aksi hâlde, sürecin sağlıklı işleme söz konusu olamaz. Ayrıca, uyuşmazlık çözümünde arabulucu görevini özenle yürütmek durumundadır. Taraflar arasındaki iletişimin korunması, uyuşmazlığı çözecek ortamın yaratılması arabulucuya bağlıdır. Bu sebeple, arabulucu, bu özen yükümlülüğünü zedeleyecek, süreci zorlaştıracak tutum ve davranışlardan kaçınmak durumundadır. Arabuluculuk, kişilik özellikleri ve güvenin ön plana çıktığı bir görev olduğu için bizzat yerine getirilmek zorundadır; bu görevin yerine getirilmesi kısmen ya da tamamen bir başka kimseye bırakılamaz”¹²⁶.

Arabulucu, arabuluculuğu tarafsız bir şekilde yönetemeyecek ise arabuluculuk yapma teklifini reddetmelidir. Arabulucu, arabuluculuğu tarafsız bir şekilde yönetemeyeceğine kanaat getirdiği takdirde, hangi

125 Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2016, s. 758; Karlı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2014, s. 811; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, s.774; Özbek s. 1229-1231; Özbek-Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması s. 495-496; Özmumcu-Arabuluculuk s. 345-351; Prütting, Hanns:Arabuluculuk ve Hukuk Devleti (Çev. Pınar Çiftçi) (Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 15-16 Ekim 2010, Türkiye Barolar Birliği 2012, Yayın No: 215, s. 234-251), s. 247-248; Tanrıver-Değerlendirme s. 95; Yılmaz-Arabuluculuk s. 1289.

126 Bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 9. maddesinin gerekçesi (Özbek s. 1347).

aşamada olursa olsun derhâl bu süreçten çekilmelidir¹²⁷.

Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Arabulucu ile taraflar arasında herhangi bir menfaat ilişkisi veya çatışması olması, arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesine yol açabilir. Bu sebeple arabulucu, taraflarla arasında fiilî veya müstakbel bir menfaat ilişkisi veya çatışması olduğu izlenimini verecek bir durum olup olmadığını araştırmalı, mevcut ve müstakbel menfaat ilişkisi veya çatışmalarını, mümkün olan en kısa sürede taraflara açıklamalıdır. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir (HUAK m. 9, 2; HUAKY m. 12, 2). Ancak, mevcut menfaat ilişkisi veya çatışması arabulucunun dürüstlüğüne ve sürece açıkça zarar verecek nitelikteyse, arabulucu, tarafların aksi yöndeki isteği veya anlaşmasına bakmaksızın arabuluculuktan çekilmeli veya arabuluculuğu reddetmelidir¹²⁸.

II- Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinde Aynı Tarafsız Üçüncü Kişi Huzurunda Arabuluculuk-Tahkim Modelinin Yasaklanmış Olması

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda arabulucunun, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenmesi yasaklanmıştır (HUAK m. 9, 4). HUAK m. 9, 4'teki bu hükümle, arabuluculuğun tarafsız bir şekilde yürütülmesini sağlamak ve ortaya çıkacak sakıncalara engel olmak bakımından, daha önce bir uyuşmazlıkta arabulucu olarak görev yapan kişilerin, sonradan aynı uyuşmazlıkla ilgili açılan davada ve yargı sürecinde avukat olarak görev üstlenmeleri yasaklanmıştır¹²⁹.

127 Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 2.

128 Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 4.

129 Bkz. Hükümet Gerekçesi.

Kanunda sadece avukatlık yapma bakımından getirilen bu kısıtlama, Yönetmelikle Kanuna aykırı biçimde genişletilmiştir. Yönetmeliğe göre; “*Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada, daha sonra, hâkimlik, hakemlik ve bilirkişilik yapamayacağı gibi avukat olarak da görev üstlenemez*” (HUAKY m. 12, 4).

Aynı hatalı kural, Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kurallarında¹³⁰ da şu şekilde tekrarlanmıştır:

“*Ayrıca, arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada, hâkimlik, hakemlik, bilirkişilik veya tanıklık yapamayacağı gibi daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev de üstlenemez*”¹³¹.

Kanımcı HUAKY m. 12, 4 ve Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 4.4’teki bu hükümler kanuna aykırı olduğu gibi isabetli de değildir. Zîrâ arabulucunun, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak, arabuluculuk sürecinde uzlaşma sağlanamaması sebebiyle daha sonra başlatılan tahkim yargılamasında hakem olarak görev üstlenmesine hukukî bir engel olmadığı gibi, uyuşmazlık konusu vâkıalara hâkim olması bakımından, arabulucunun hakem sıfatını üstlenmesi tavsiye de edilebilir niteliktedir¹³².

Yönetmeliklerin ilgili kanun hükümlerine uygun olarak düzenlenmeleri ve uygulanmasını sağlamak üzere çıkarıldıkları, dayanağı olan kanun ve tüzüklere aykırı olmaması, Anayasanın 124. maddesinin amir hükmüdür. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda arabulucunun, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak daha sonra başlatılan bir tahkim yargılamasında hakemlik yapmasını yasaklayan bir hüküm yoktur. Kanunda sadece arabulucunun, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenmesi yasaklanmış olup,

130 http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/mevzuat/etik_kod.html

131 Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 4.4.

132 Özbek s. 1230; Tarman s. 468; Taşolat Tuğsavul s. 150.

Yönetmelikle bu yasağın kapsamı genişletilemez.

Aynı şekilde, Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 4.4'teki yasağın da dayanağı yoktur. Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları, Amerika Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği ve Anlaşmazlık Çözüm Birliği tarafından hazırlanan Arabulucular İçin Model Etik Kuralların¹³³ tercümesidir.

Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kurallarının mehzazını oluşturan Amerika Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği ve Anlaşmazlık Çözüm Birliği Arabulucular İçin Model Etik Kurallarında da bu yönde bir hüküm yoktur.

Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kurallarının “Menfaat İlişkisi veya Çatışması Olmaması Kuralı” başlıklı 4. maddesinin mehzazda karşılığını oluşturan Amerika Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği ve Anlaşmazlık Çözüm Birliği tarafından hazırlanan Arabulucular İçin Model Etik Kuralların 3 no'lu Kuralı şu şekildedir:

“KURAL III. MENFAAT ÇATIŞMASI

A. Arabulucu, arabuluculuk sırasında ve sonrasında, menfaat çatışmasından veya menfaat çatışması görünümünü vermekten kaçınacaktır. Menfaat çatışması, arabulucunun uyuşmazlık konusuna müdahale etmesiyle veya arabulucuyla arabuluculuğa katılan taraflardan biri arasındaki, arabulucunun tarafsızlığından kuşku duyulmasına yol açacak mevcut veya geçmişteki, kişisel veya meslekî herhangi bir ilişkiden doğabilir.

133 American Arbitration Association/American Bar Association/Association for Conflict Resolution: Model Standards of Conduct for Mediators, September 2005. Amerika Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği ve Anlaşmazlık Çözüm Birliği tarafından hazırlanan Arabulucular İçin Model Etik Kurallarının Türkçe tercümesi için bkz. Özbek s. 1467-1473.

B. Arabulucu, makul bir kişinin, arabuluculuk için fiili veya müstakbel bir menfaat çatışması bulunduğunu düşünmesine yol açacak bir olay olup olmadığını belirlemek üzere makul bir inceleme yapmalıdır. Arabulucunun, müstakbel menfaat çatışmasını ortaya çıkarmak için yapacağı araştırmalar, somut olayın koşullarına göre değişebilir.

C. Arabulucu, kendisi tarafından makul koşullarda bilinebilecek ve arabulucunun tarafsızlığı hakkında kuşku uyandırabilecek bütün mevcut ve müstakbel menfaat çatışmalarını, mümkün olan en kısa sürede açıklamalıdır.

D. Arabulucu, arabuluculuğu kabul ettikten sonra, kendisinin hizmeti hakkında kuşku duyulmasına yol açacak, mevcut veya müstakbel bir menfaat çatılması doğuran herhangi bir olayı öğrenirse, mümkün olduğu kadar çabuk bildirecektir.

E. Arabulucunun menfaat çatışması arabuluculuğun dürüstlüğüne zarar verecek nitelikteyse, arabulucu, tarafların aksi yöndeki isteği veya anlaşmasına bakılmaksızın arabuluculuktan çekilecek veya arabuluculuğu reddedecektir.

F. Arabuluculuğun sonrasında arabulucu, katılımcılardan herhangi biriyle, arabuluculuğun dürüstlüğü hakkında kuşku doğuracak herhangi bir konuda başka bir ilişki kurmamalıdır. Arabulucu, arabuluculuktan sonra, sürece katılan taraflar, diğer kişi ve kuruluşlarla kişisel veya meslekî bir ilişkiye girerse, bu ilişkinin fiilen ya da görünürde menfaat çatışması doğurup doğurmayacağına karar verirken, arabuluculuğun ardından geçen süre, girilen ilişkinin yapısı ve sunulan hizmetler gibi etkenleri dikkate almalıdır¹³⁴.

Görüldüğü gibi Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kurallarının 4. maddesine, mehzada olmayan 4.4. fıkra eklenerek, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda ve mehzada olmayan bir yasağa yer verilmiştir. Amerika Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği ve Anlaşmazlık Çözüm Birliği Arabulucular İçin Model Etik Kurallarının “Sürecin Niteliği” başlıklı 6. Kuralının 7.

134 Özbek s. 1469.

bendinde tam tersine arabulucunun, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada hakemlik yapmasına izin veren şu hükme yer verilmiştir:

“7. Arabulucu, uygun olduğunda, tarafların uyuşmazlıklarını tahkim, danışmanlık, tarafsız değerlendirme veya diğer yöntemlerle çözmeyi düşünmelerini önerebilir.

8. Arabulucu, tarafların rızası olmadan, aynı konuda ilave bir uyuşmazlık çözüme görevi üstlenmeyecektir. Arabulucu, böyle bir hizmet vermeden önce, yöntemdeki değişikliğin etkileri konusunda tarafları bilgilendirecek ve bu değişiklik için onların rızasını alacaktır. Bu tür bir işlev üstlenen arabulucu, başka kurallara tâbi olacak farklı yükümlülük ve sorumluluklar altına girebilir”¹³⁵.

Amerika Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği ve Anlaşmazlık Çözüm Birliği Arabulucular İçin Model Etik Kurallarına göre arabulucu, uygun olduğunda, tarafların uyuşmazlıklarını tahkim ve diğer ADR yöntemleriyle çözmeyi düşünmelerini önerme ve bu hususta onları aydınlatma konusunda bir sorumluluğa sahiptir. Arabulucu, tarafların aydınlanmış iradeye dayalı rızasını alarak, aynı uyuşmazlıkla ilgili olarak hakemlik görevi üstlenebilir. Önemli olan arabulucunun, hakemlik hizmeti vermeden önce, yöntemdeki değişikliğin bağlayıcı etkileri konusunda tarafları bilgilendirmesi ve bu değişiklik için onların rızasını almasıdır. Hakemlik işlevi üstlenen arabulucu, tahkim yargılaması kurallarına tâbi olacak ve hakemliğe ilişkin yükümlülük ve sorumluluklar altına girecektir¹³⁶.

Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 4.4 hükmü de gecikmeksizin mehaza uygun hâle getirilmelidir.

135 Özbek s. 1472.

136 Pappas s. 189; Tarman s. 468.

III- Kurumsal Tahkim Uygulamalarında Aynı Tarafsız Üçüncü Kişi Huzurunda Arabuluculuk-Tahkim Modeli

Tahkim yargılaması sırasında hakemlerin, tahkim şartı veya sözleşmesinde bu konuda yetki verilmemişse taraflardan yetki alarak ve bu yetkiyi görev belgesine¹³⁷ (MTK m. 10/E) işleyerek¹³⁸ arabuluculuk yapması¹³⁹ da yararlı bir uygulamadır¹⁴⁰. Tahkim ve arabuluculuğun aynı potada eritildiği bu usûl genelde iki şekilde başlatılabilmektedir¹⁴¹:

1- Derdest tahkim yargılamasında taraflar, tahkim yargılamasını durdurarak hakemin arabuluculuk yapmasını isteyebilirler,

2- Hakem, tahkim yargılaması sırasında faydalı olacağı ve sonuç vereceği kanaatine varır, tahkim yargılaması başladıktan sonra tarafların dostane bir çözümü kabul etme ihtimalini görürse, tarafların arabuluculuğa girişmesini önerebilir ve her iki taraf da kabul ederse arabuluculuk müzakereleri başlayabilir.

137 Narçin Tosun, Zelâl: Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi, Ankara 2009, s. 84-86.

138 Örneğin görev belgelerine şu şekilde bir şart dercedilebilir: “Hakemlerin Arabuluculuk Yapma Yetkisi: Hakem heyeti veya heyetten seçilecek bir üye, tarafların iyi niyetle müzakere etmeyi kabul etmeleri hâlinde, taraflar arasında arabuluculuk yapmaya yetkilidir. Arabuluculuk yapacak olan hakem veya hakemler, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümlerini esas alarak tarafları uzlaştırmaya çaba harcar. Arabuluculuk müzakerelerinden sonuç alınamazsa, gizlilik ilkesine sadık kalınarak aynı hakem heyetince tahkim yargılamasına devam edilecektir”.

139 Hakem veya hakem kurulunun, ancak tahkim şartı veya sözleşmesinde ya da görev belgesinde tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilmesi (MTK m. 12/C, III), arabuluculuk yapmasından farklıdır (Narçin Tosun s. 84, dn. 123). Dostane aracılıkta (*amiable composition*), genellikle çözümü özel ve teknik bilgi gerektiren uyuşmazlıklarda hukukçu olmayan hakem, maddî hukuk kurallarına sıkı sıkıya bağlı kalmadan, hakkaniyet ve nasafet (*ex aequo et bono*) kurallarına göre ve görev belgesiyle bağlı olarak karar vermektedir (Brown/Marriott s. 60-63; Narçin Tosun s. 86; Sanders s. 34-35).

140 Özbek s. 1230; Tarman-Tarafsız Üçüncü Kişi s. 468-470.

141 Tashiro s. 124.

Mukayeseli hukukta da gerek tahkim mevzuatı hükümlerinde gerek kurumsal tahkim kurallarında hakemlere, tarafların rıza göstermesi hâlinde tahkim yargılaması sırasında arabuluculuk, uzlaştırma veya benzeri yöntemleri kullanarak uyuşmazlığın dostane şekilde çözülmesini teşvik etme imkânı tanınmaktadır¹⁴².

Örneğin Fransız mahkemeleri, uzlaştırmanın, hakemin görevinin bir parçası olduğunu belirtmektedirler. Paris İstinaf Mahkemesince 1984 yılında verilen bir kararda, “uzlaştırmayı müteakiben uzlaşmaya varılması tahkimin doğal bir sonucudur” denilmiştir¹⁴³. Fransız hukuk doktrindeki bazı görüşler, üçüncü kişinin, uzlaştırıcı ve hakem rollerini başarıyla üstlenmesi hâlinde, gizlilik ve tarafsızlık konusunun tartışılmasının gerekeceğini vurgulasa da, Fransız mevzuatında bu iki işlevin birleşmesini engelleyen kesin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, Fransa’nın arabuluculuk konusundaki öncü kuruluşlarından biri olan Paris Arabuluculuk ve Tahkim Merkezinin arabuluculuk kuralları, bir arabulucunun, sonradan aynı uyuşmazlık hakkında hakem olarak görev yapmasını yasaklamaktadır¹⁴⁴.

Emsal bir düzenleme içeren CPR¹⁴⁵ Arabuluculuk Usûlünde, bu konuda şu hükme yer verilmiştir:

“Uyuşmazlık tahkime intikal ederse, taraflar ve arabulucu aksini yazılı olarak kararlaştırmadıkça, arabulucu hakem olarak görev yapmayacaktır”¹⁴⁶ (*CPR Mediation Procedure, Section 3 (k)*).

142 Bu konudaki örnekler için bkz. Elliott s. 168-174.

143 Paris Court of Appeals, 13.10.1984 (Review Arbitration 1984, s. 530) (Gaillard, Emmanuel/Edelstein, Jenny: Mediation in France (Dispute Resolution Journal 2001/January, s. 74-78, s. 78’den naklen).

144 Gaillard/Edelstein s. 78; Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler (AÜHFD 2006/1, s. 207-292), s. 247.

145 CPR Uyuşmazlık Çözüm Enstitüsü (CPR Institute for Dispute Resolution) hakkında geniş bilgi için bkz. <http://www.cpradr.org>

146 CPR Institute for Dispute Resolution: CPR Mediation Procedure 1998, s. 8.

CPR, Arabuluculuk Usûlü Şerhinde tarafların, arabuluculuğun anlaşmayla sonuçlanmaması durumunda, arabulucunun bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak daha sonra başlatılan tahkim yargılamasında hakem olarak görev üstlenip üstlenemeyeceğine, *arabuluculuk başlamadan önce karar vermemesini* tavsiye etmektedir. CPR Arabuluculuk Usûlü Şerhine göre, arabuluculuk anlaşmayla sonuçlanmazsa arabulucu, uyuşmazlığın çözümü konusunda tahkim veya diğer bir ADR yolunun uygun olup olmadığını taraflarla görüşmelidir. Taraflar tahkime başvurmayla karar verirlerse, hakem seçiminde anlaşmalıdırlar. Taraflar talep eder ve arabulucu da kabul ederse, arabulucu hakem olarak atanabilir. Taraflar, arabulucunun aynı zamanda hakemlik yapıp yapamayacağına arabuluculuktan önce karar vermemelidir. Çünkü taraflar, özel toplantılarda arabulucu ile taraflar arasındaki görüşmelerin içeriğine, arabulucuyla paylaşılan bilgilerin mahiyetine göre bu kararı arabuluculuktan sonra daha sağlıklı şekilde verebileceklerdir. Nitekim özel toplantılarda verilen bilgiler, arabulucunun hakemlik yapmasını engelleyebilir. Bundan başka, taraflardan birinin veya her ikisinin arabulucuya, tahkim sürecinde delil olarak kullanılamamakla birlikte hakemin kararını etkileyebilecek mahiyette bazı önemli gizli bilgileri vermesi durumunda, arabulucunun da hakem olarak görev yapmayı isteyip istemeyeceği şüphelidir¹⁴⁷ (*CPR Mediation Procedure, Commentary, Negotiation of Settlement Terms*).

Nihayet bu konuda örnek teşkil edecek diğer bir düzenleme, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonunun (UNCITRAL), Milletlerarası Ticarî Arabuluculuğa İlişkin Model Kanununda yer almaktadır. Model Kanununun “Hakem Olarak Hareket Eden Uzlaştırıcı” başlıklı 12. maddesinde (*Article 12. Conciliator acting as arbitrator*) şu hükme yer verilmiştir¹⁴⁸:

147 CPR Institute for Dispute Resolution s. 25.

148 “Unless otherwise agreed by the parties, the conciliator shall not act as an arbitrator in respect of a dispute that was or is the subject of the conciliation proceedings or in respect of another dispute that has arisen from the same contract or legal relationship or any related contract or legal relationship”.

“Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça uzlaştırıcı, uzlaştırma sürecinin konusu olmuş veya olan ya da aynı sözleşme veya hukukî ilişki ya da herhangi bir ilgili sözleşme veya hukukî ilişkiden kaynaklanan diğer bir uyuşmazlık hakkında hakem olarak hareket edemez”¹⁴⁹.

Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonunun (UNCITRAL), Milletlerarası Ticarî Arabuluculuğa İlişkin Model Kanununun 12. maddesinin gerekçesi (*Comments on article 12*) incelendiğinde, taraf irâdesine (*subject to party autonomy*) üstünlük tanındığı görülmektedir. Madde gerekçesine göre, bâzı hukuk sistemlerinde taraflar kabul ettiği takdirde uzlaştırıcıların (arabulucuların) hakemlik yapmasına izin verilirken, diğerlerinde bu durum etik kurallar kapsamında düzenlenmiştir. Model Kanun bu konuda, taraf irâdesine üstünlük tanıyan bir kural benimseyerek tarafsız kalmıştır. Taraflar ile uzlaştırıcının (arabulucunun) anlaşarak, söz konusu mesele etik kurallarda düzenlemiş dahi olsa, bu husustaki taahhütleri (sınırlamaları) aşması her zaman mümkündür.

UNCITRAL Model Kanununun 12. maddesi uzlaştırıcının, uzlaştırma sürecinin daha önce konusu olmuş veya halen konusu olan ya da aynı sözleşme veya bununla ilgili bir sözleşmeden doğan diğer bir uyuşmazlık hakkında hakem olarak görev yapma ihtimalini sınırlamak sûretiyle, dava veya tahkim yargılamasında kabul edilebilir delillere ilişkin UNCITRAL Model Kanununun 10. maddesini takviye etmektedir.

UNCITRAL Model Kanununun 12. maddesinin amacı, uzlaştırıcıya ve bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak uzlaştırmaya olan güveni arttırmaktır. Çünkü uzlaştırmanın başarısız olması durumunda, müteakip bir tahkim yargılamasında uzlaştırıcının diğer tarafça hakem olarak atanma ihtimalini gören taraf, uzlaştırma (arabuluculuk) sürecinde uzlaşmaya varılması için aktif çaba göstermekte gönülsüz ve çekin-

149 United Nations: UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation Guide to Enactment and Use, New York 2004, s. 6. Farklı bir tercüme için ayrıca bkz. Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu'nun Milletlerarası Ticarî Arabuluculuğa İlişkin Model Kanunu (2002) (Çev. Ali Yeşilirmak) (MİHDER 2007/1 s. 85-89), s. 12.

gen davranabilir¹⁵⁰.

Bazı durumlarda taraflar, hakemin uyuşmazlık hakkında önceden bilgi sahibi olmasının, uyuşmazlığın esası hakkında daha sağlıklı bir karar vermesini sağlayacağına inandıklarından, bunu bir avantaj olarak görebilirler. Bu tür durumlarda taraflar, uzlaştırma sürecinden sonra başlatılan tahkim yargılamasında, uzlaştırıcının hakemlik yapmasını tercih ederler ve bu sebeple de başkasını hakem olarak atamazlar. UNCITRAL Model Kanununun 12. maddesi, tarafların aralarında aksini kararlaştırmaları sùretiyle bu hükümde öngörülen kuraldan ayrılarak, önceki uzlaştırıcıyı hakem olarak görev yapmak üzere müştereken atamalarına engel değildir. Aynı uzlaştırıcının hakemlik yapmasını gerektiren mülâhazalar, aynı uzlaştırıcının hâkim olarak görev yaptığı iç hukuk düzenlemeleri için de geçerlidir. Anacak bu durum, nadir olarak karşılaşılabileceği ve bunun düzenlenmesinin hukuk yargılama usûlüne ilişkin iç hukuk kurallarına müdahale edilmesini sonucunu doğuracağından, Model Kanunda düzenlenememiştir. Sözleşmeciler, hukuk yargılama usûlüne ilişkin kendi iç hukuk kurallarında bu konuda özel hükme gerek olup olmadığını dikkate almakta muhtardır¹⁵¹.

UNCITRAL Model Kanununun 12. maddesi, sâdece “uzlaştırma sürecinin konusu olmuş veya olan uyuşmazlık” hakkında değil, fakat aynı zamanda, “aynı sözleşme veya hukukî ilişkiden ya da bununla ilgili bir sözleşme ya da hukukî ilişkiden kaynaklanan diğer bir uyuşmazlık” hakkında uygulanma kabiliyetini haizdir. Model Kanununun 12. maddesinin ilk ibaresi, hem geçmişte yapılan hem de hâlen sürmekte olan uzlaştırma süreçlerini hükmün kapsamına almaktadır. Cümledeki ikinci ibare, uzlaştırma sürecinin konusu olan sözleşme veya hukukî ilişkiden farklı olmakla birlikte, bununla ticarî veya fiili olarak yakından ilişkili (bağlantılı) olan sözleşme ya da hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkları da maddenin kapsamına dâhil etmiştir. Hükmün

150 Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), kn. 78 (United Nations s. 50).

151 Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), kn. 79 (United Nations s. 50); Sanders s. 15.

formülasyonu çok geniş olmakla birlikte, bir uyuşmazlığın, uzlaştırma sürecinin konusu olan ana sözleşme veya hukukî ilişki ile bağlantılı olup olmadığının belirlenmesi için, her iki davanın vakıalarının incelenmesi gerekir. Model Kanunun hazırlanma sürecinde, 12. maddedeki “diğer bir uyuşmazlık” ibaresinin, uzlaştırma sürecinin taraflarından farklı tarafları da kapsayabileceği kabul edilmiştir¹⁵².

Model Kanunun ilk taslağında, bazı hukuk sistemlerinde izin verilen, uzlaştırıcı olarak görev yapan hakem (*arbitrator acting as conciliator*) tatbikatı hakkında bir hükme yer verilmiştir. Böyle bir hükmün, hakemin işlevleri ve yetkisiyle ve ülkeden ülkeye değişen tahkim uygulamalarıyla ilgili olduğu, hukukî ve sosyal geleneklerden etkileneceği belirtilmiştir. Uzlaştırıcı olarak görev yapan hakem konusu üzerinde uygulamada bir mutabakat sağlanamamış ve bâzı uygulama notlarında, hakemin mevcut uyuşmazlıkla ilgili olarak uzlaştırmaya başvurulmasını teklif etmeden veya uzlaştırma sürecinde görev almadan önce tarafları uyarması (aydınlatması, onların dikkatini çekmesi) gerektiği önerilmiştir. Sonuçta bu uygulamanın, tek tip bir hüküm hâlinde düzenlemesi sûretiyle yeknesaklaştırılmaya çalışılmasının uygun olmadığı kanaatine varılmıştır. Söz konusu hüküm Model Kanunun hazırlık çalışmalarında çıkartılmış olsa da Komisyon, Model Kanunun, hakemin tahkim yargılaması konusu olan uyuşmazlıkla ilgili olarak uzlaştırma sürecinde uzlaştırıcı (arabulucu) sıfatıyla görev yapıp yapamayacağı veya sürece katılıp katılamayacağı konusunu özel olarak düzenlememeye karar vermiştir. Böylece bu konu, uygulanacak iç hukuk hükümleri ışığında, taraflar ve hakemin kararına bırakılmıştır¹⁵³.

Model kanunun ilk taslağında, tarafların aksi yönde anlaşması dışında uzlaştırıcının, taraflardan birinin temsilcisi veya danışmanı olarak hareket etmesi (*conciliator acting as representative or counsel of a party*) de yasaklanmıştır. Bununla birlikte bâzı hukuk sistemlerinde

152 Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), kn. 80 (United Nations s. 51).

153 Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), kn. 81 (United Nations s. 51-52).

taraf, uzlaştırıcının taraflardan birinin temsilcisi veya danışmanı olarak hareket etmesine karar verse dahi, bu tür bir anlaşmanın uzlaştırıcıların uymakla yükümlü olduğu etik kurallara aykırı olacağı ve böyle bir anlaşmanın, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak uzlaştırma sürecinin bütünlüğüne zarar vereceği belirtilmiştir. Bu konunun taraf iradesine bırakılmaması yönünde madde metninde değişiklik yapılması önerisi, taraf iradesinin üstünlüğü ilkesine zarar vereceği gerekçesiyle reddedilmiş ve etik kuralların, uzlaştırıcının taraflardan birinin temsilcisi veya danışmanı olarak hareket etmesini yasakladığı bazı hukuk sistemlerinde, uzlaştırıcının bu sıfatla hareket etmeyi reddetmekte her zaman özgür olduğu belirtilmiştir. Sonuçta Model Kanununun 12. maddesinin, uzlaştırıcının taraflardan birinin temsilcisi veya danışmanı olarak hareket edip edemeyeceği konusunda sessiz kalması gerektiği kabul edilmiştir¹⁵⁴.

IV- Olması Gereken Hukuk Bakımından Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği

Yukarıdaki mukayeseli hukuk düzenlemelerinden görüldüğü gibi arabuluculuk-tahkim yöntemi, bu mülâhazalarla geliştirilmiş bağımsız bir ADR yoludur. Arabuluculuk müzakerelerine katılmış olan hakemler, uyuşmazlık konusu vâkıaları daha iyi kavrayarak karmaşık konulara vâkıf olacak ve kısmen ya da tamamen uzlaşma sağlanamaması hâlinde, arabulucu kimliğini bir kenara bırakarak hakem sıfatıyla daha âdil ve doğru bir hükme varabileceklerdir. Bu sebeple arabuluculuk-tahkim yolunun önü açılmalı, taraflara aynı arabulucuyu hakem olarak atama veya hakemlik yapmak üzere yeni bir tarafsız üçüncü kişi görevlendirme konusunda muhtariyet tanınarak, HUAKY m. 12, 4'teki mak-sadı aşan yasağın kapsamı daraltılmalı ve hüküm aşağıdaki şekilde tâdil edilmelidir:

“Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada daha sonra, hâkimlik ve bilirkişilik yapamayacağı gibi avukat olarak da görev üstlenemez. Arabulucu, en geç görev belgesi

154 Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), kn. 82 (United Nations s. 52).

düzenlenene kadar tarafların yazılı olarak rıza göstermesi ve kendisinin de kabul emesi durumunda, arabulucu olarak görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak başlatılan tahkim yargılamasında hakemlik yapılabilir”.

HUAK m. 5’te sayılan, arabuluculukta sunulmuş beyan ve belgeler, daha sonra başlatılan tahkim yargılamasında delil olarak kullanılmayacağı ve bu konuda arabuluculuğa katılan üçüncü kişilerce tanıklık yapılamayacağından, aynı arabulucunun hakem olarak göreve devam etmesi durumunda tarafların özel toplantılarda vermiş oldukları gizli bilgilerin aleyhlerine delil olarak kullanılması da mümkün olmayacaktır.

SONUÇ

Toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde doğan ve gelişen arabuluculuk-tahkim, Amerika Birleşik Devletleri’nde, çoğu kamu sektöründe olmak üzere iş uyuşmazlıklarında geniş bir uygulamaya sahiptir. Zamanla ticarî uyuşmazlıklar ile mahkeme bağlantılı ADR programlarında (örneğin Alabama Kuzey Bölgesi) da uygulanmaya başlanmıştır¹⁵⁵. Aynı şekilde California’da çocukların velayeti (*child custody cases*), çocuğun nerede ve kiminle yaşayacağı, yerleşim yeri, yetiştirilmesi ve eğitimi konularıyla ilgili uyuşmazlıklarda kullanılmaktadır. İnşaat sektöründeki uyuşmazlıklarda da arabuluculuk-tahkim başarılı bir yöntemdir. Doktrinde bu süreci destekleyenler de eleştirenler de vardır. Bununla birlikte uygulanması birçok yönden tercihe şayan bir yöntemdir¹⁵⁶.

Hiçbir uyuşmazlık çözüm yolunun, her türlü uyuşmazlığa derman olma gibi bir iddiası yoktur. Arabuluculuk-tahkim de kuşkusuz bu kuralın istisnası değildir. Geleneksel arabuluculuğun uygun olduğu, gönüllü bir çözümün hedeflendiği veya tarafların müzakere gücü ya da kültür düzeyi arasında ciddi dengesizliğin olduğu uyuşmazlıklarda arabuluculuk-tahkim en uygun seçim olmayacaktır. Bununla birlikte tarafların, arabuluculuğun uzlaşmaya dayalı karakteri ile tahkimin bağlayıcı karar verme özelliğini birleştiren bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna ihti-

155 Henry s. 385; Plapinger, Elizabeth/Stienstra, Donna: ADR and Settlement in the Federal District Courts, a sourcebook for judges & lawyers, Federal Judicial Center and CPR Institute for Dispute Resolution 1996, s. 73.

156 Burton/Dukes s. 108; Goldberg/Green/Sander s. 246; Nolan-Haley s. 229.

yacı olduğu durumlarda, arabuluculuk-tahkim hem mantıklı hem de uygun bir tercih olacaktır.

Arabuluculuk-tahkim yöntemi, arabuluculuk ve tahkimin en iyi özelliklerini etkin şekilde bir araya getirmektedir. Arabuluculuk-tahkimin üstünlükleri, etkili, uygun, esnek ve gizli bir şekilde uyuşmazlığı kesin şekilde (hüküm verilerek) çözmeye, farklı arabuluculuk-tahkim modelleri, tarafların arabuluculuk-tahkim yöntemini, kendi özel ihtiyaçlarına uygun hâle getirmesine ve istedikleri gibi biçimlendirmesine imkân tanır. Arabuluculuk-tahkim bu yapısıyla, dava yoluyla mukayese edildiğinde etkili ve rasyonel bir seçenektir.

Arabuluculuk, tahkim ve başta uyuşmazlığın temelinde kültürel farklılıklar veya yanlış anlaşılmanın olduğu sınır aşırı uyuşmazlıklar olmak üzere genel olarak tüm uyuşmazlık çözüm yolları ile birlikte daha fazla kullanılmalıdır. Hakemler, arabuluculuk yöntemlerini öğrenmeli ve tahkim ile arabuluculuk paralel dahi yürüse, bu yöntemleri kullanmaya teşvik edilmelidir.

Her arabuluculuk, faaliyete katılan kişiler bakımından bir sosyal öğrenme sürecini ifade eder. Tahkim yargılamasında yalnızca bir arabuluculuk penceresi açılmış dahi olsa, bu durum daha üretken bir ortam yakalanmasını ve tarafların davranışları yanında algılarının da değişmesini sağlar. Taraflar, birbirlerine sübjektif bakış açılarının anlatmaya ve taleplerinin sebepleri üzerinde durmak yerine gelecekteki menfaatlerine yoğunlaşmaya teşvik edilir. Arabuluculuğun ve arabuluculuk tekniklerinin tahkim yargılamasına bu şekilde ithal edilmesi, tarafların başarı şansları ve risklerini daha iyi ve gerçekçi değerlendirmelerini sağlar. Böylece taraflar kendi ihtiyaçlarını dikkate aldıklarından, sırf ticarî uyuşmazlıklarda bile elde edilecek sonuç, onlar için psikolojik yönden daha tatminkâr olur. Tek başına bu durum daha hızlı, ucuz ve iyi sonuçlar doğurur.

Arabuluculuk ile işbirliğine dayalı, menfaat temelli ve geleceğe dönük çözümler üzerinde çalışılması, tahkim yargılamasının etkililiğini artırır. Arabuluculuk, tahkim yargılamasına tarafların menfaatine olan bir yenilik katar ve katma değerli çözümler üreterek tahkime yönelik

günümüzde yapılan (çok şekli, masraflı ve yavaş olması şeklindeki) eleştirileri bertaraf eder. Arabuluculuk, gergin, yavaş ve masraflı bir uyuşmazlığı, yeni bir iş fırsatına dönüştürebilir. Her iki tarafında kendi ihtiyaçlarını belirttiği müşterek bir süreçte seçeneklerin araştırılması sayesinde arabulucu pastayı genişletebilir ve daha büyük bir katma değer yaratmak için kaynakları bir araya getirir.

Bunun yanında arabuluculuğun tahkim yargılamasında daha fazla uygulanması, karmaşık milletlerarası ticarî uyuşmazlıklarda tahkimin yetersiz veya çok masraflı olmasından doğan sorunları da çözer. Bu tür ticarî uyuşmazlıklarda hakemler, bilhassa milletlerarası ve farklı kültürler arası çatışmalarda, taleplerden feragat etmeye gerek kalmadan, kaybeden veya zayıf olan tarafmış gibi görünmeden arabuluculuğun değer katan ve profesyonel bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu tecrübe ederek öğrenir.

Arabuluculuk gelecekte ticarî uyuşmazlıkların çözümünde daha fazla tercih edilecek bir yöntemdir. Çünkü iş dünyasında tacirler, arabuluculuğun katma değer yaratması yanında zamandan ve masraflardan da tasarruf sağladığını gördükçe, bu yöntemi daha fazla talep edecektir. Arabuluculuk bu yönüyle tahkime de daha fazla başvurulmasını tahrik edecek ve her iki yöntemin birleşiminden oluşan arabuluculuk-tahkim, tercihe şayan bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak yaygınlaşacaktır. Arabuluculuğun ticarî uyuşmazlıkların çözümünde kullanılması, tahkim yargılaması bünyesinde dahi olsa taraflara yeni fırsatlar sunacaktır. Bu sebeple hakem ve arabulucuların, tarafların menfaatlerini en iyi şekilde korumak üzere her iki yöntemi de birlikte etkili biçimde uygulamayı öğrenmesi gerekir.

Arabulucunun, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak daha sonra başlatılan tahkim yargılamasında hakem olarak görev üstlenmesi peşinen yasaklanmamalı, sâdece tarafların anlaşması koşuluna bağlanmalıdır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ile Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kurallarında da aynı yönde düzenlemeler yapılmalıdır. HUAKY m. 12, 4 ile Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 4.4'te yer

alan ve arabulucunun, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak başlatılan tahkim yargılamasında hakemlik yapmasını yasaklayan hükümler değiştirilmeli ve arabuluculuk-tahkim yolunun önü açılmalıdır.

Tarafların tümü, aynı tarafsız kişinin hem arabulucu hem de hakemlik yapmasının hukukî anlam ve sonuçları hakkında bilgilendirilerek aydınlanmış rıza ile arabuluculuk-tahkime izin verirlerse, taraf irâdesine saygı gösterilmiş ve bu sayede sürecin sonucuna uyulması sağlanmış olur.

Arabuluculuk-tahkim, faydaları ve mahzurları karşılaştırıldığında, Türk hukuku bakımından uygulanmaya değer ve birçok uyuşmazlığın kalıcı olarak çözülmesinde çok yararlı olabilecek bir yoldur. Uyuşmazlıkları adliye dışında çözme kültürü kalıcı olarak yerleşene kadar, tek başına arabuluculuğu taraflara seçenek olarak sunmak yerine zorunlu arabuluculuk-tahkim ve zorunlu tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını bir paket olarak kişilere sunmak gerekir. Arabuluculuğun zorunlu dahi olsa tek başına bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak sunulması yeterli değildir. Zirâ alternatif uyuşmazlık çözüm yolları “arabuluculuktan ibâret değildir”. Başarılı ve kesin sonuç veren bir sistem için, taraflara sâdece arabuluculuk değil, tarafların ihtiyaç duydukları ve mevcut uyuşmazlığın husûsiyetlerine cevap verebilecek tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmasına imkân tanıyan bir yasal çerçeve oluşturulmalıdır.

Uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözmeye gayret eden taraflar, arabuluculukla uzlaşmaya varamazsa, söz konusu uyuşmazlık dava yoluyla adliyelere taşınmamalı, aynı veya yeni bir tarafsız üçünü kişinin huzurunda bu kez tahkime havale edilmeli ve tahkim yoluyla kesin olarak (hakem kararına karşı miktara göre iptal davası açma hakkı bertaraf edilmeden) çözülmelidir. Böylece uyuşmazlıkların dava dosyası şeklinde kesin olarak adliyeye intikal etmesi önlenmeli ve adalet sisteminin etkililiği arttırılmalıdır. Unutulmamalıdır ki arabuluculuk ve tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, sâdece mahkemelerde görülmekte olan dava sayısını azaltmak için değil; fakat aynı zamanda, kişiler arasındaki ilişkileri yeniden yapılandırmak sûretiyle, içinde bulunduğumuz dönemde ülkemizde fazlasıyla ihtiyaç duyulan ferdî barışı

ve sosyal uzlaşmayı tekrar tesis edecek bir yöntem olarak da kullanılmaktadır¹⁵⁷.

Mevcut adli sistemdeki tıkanıklığın başka türlü aşılma şansı yoktur. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün verilerine göre 2015 yılında 2.067.109 adet dava yeni açılmış, 1.235.782 adet dava geçen (2014) yıldan devretmiş, 88.358 adet dava bozularak Yargıtaydan ilk derece hukuk mahkemelerine geri gelmiş ve derdest dava sayısı toplam 3.391.249 adet olmuştur. Davaların ortalama görülme süresi ise 218 gündür¹⁵⁸. Türkiye genelinde adli yargı ilk derece hukuk ve ceza mahkemelerinin¹⁵⁹ iş yükü çok ağır olup, bu iş yükü sürekli artış göstermektedir.

Dava alışkanlığının aşırı yüksek olduğu ülkemizde¹⁶⁰, adli yargı ilk derece ve üst derece mahkemelerindeki ağır iş yükü, yargı sistemini her yönüyle tıkamış olup, kitlenen adli sistemin tahliye kanalları acil açılarak rahatlatılması sağlanmalıdır. Mevcut personel sayısı, bu kadar ağır bir iş yüküyle başa çıkmaya yeterli olmadığı gibi, ağır iş yükü sorununun kalıcı çözümü, personel sayısını sürekli arttırmak veya dünyanın en büyük adliyelerini inşa etmek de değildir. Aşırı iş yükünden do-

157 European Committee on Legal Co-operation: 23rd Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken by States to Increase the Efficiency of Justice, London, 8-9 June 2000, s. 23-28; Özbek-Tedbirler s. 234.

158 Güncel istatistikler için bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/ist_tab.htm#

159 2015 yılında 1.469.410 adet davanın yeni açıldığı, 1.005.129 adet davanın geçen (2014) yıldan devrettiği, 81.646 adet dava bozularak Yargıtaydan ilk derece mahkemelerine geri geldiği ve derdest dava sayısının toplam 2.556.185 adet olduğu adli yargı ilk derece ceza mahkemelerinde de durum hukuk mahkemelerinden farklı değildir. Güncel istatistikler için bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/ist_tab.htm#

160 Türk hukuku bakımından bu konuda geniş bilgi ve öneriler için bkz. Özbek, Mustafa S.: Anayasal Hak ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 15-16 Ekim 2010, Türkiye Barolar Birliği 2012, Yayın No: 215, s. 107-154); Özbek s. 140-148.

layı davaların sürüncemede kalmaması için, zorunlu tahkim dâhil olmak üzere mahkeme bağlantılı ADR yollarının uygulanmasına daha fazla gecikmeden başlanmalıdır¹⁶¹.

Türk hukukunda sigorta uyuşmazlıklarının zorunlu tahkimle çözümündeki tecrübe ve başarı, zorunlu tahkimin diğer uyuşmazlıklara teşmili yönünde bu makalede yapılan önerilere cesaret verici niteliktedir. Tüketici yargılaması hukukunda olduğu gibi, hakem kararına karşı miktara göre iptal davası açma hakkı korunduğu takdirde, Anayasa Mahkemesinin emsal kararları da nazara alınarak¹⁶², zorunlu tahkimin anayasaya aykırı olmadığına duraksama yoktur. Zorunlu tahkimin anayasaya uygunluğuna yönelik içtihatlar, zorunlu arabuluculuk-tahkim için de aynen geçerlidir. Zorunlu arabuluculuk-tahkimde, bu yolun başarısı için önem taşıyan gönüllülük esasında ayrılma olsa da, taraflar sürecin işleyiş kurallarını belirlemekte hâlâ serbesttir ve temel usûlî güvenceler bu yöntemde de geçerlidir¹⁶³. Arabulucu-hakemin kararına karşı yargı denetimi tanındığı takdirde, anayasaya aykırılık sorunu gündeme gelmeyecektir.

Kanımcı, tarafların tacir olduğu, miktar veya değeri 50.000-TL'nin altında kalan uyuşmazlıklar ile tarafların tacir olmadığı, miktar veya değeri 10.000-TL'nin altında kalan uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk-tahkime; miktar veya değerine bakılmaksızın iş hukuku, kat mülkiyeti hukuku ve kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuk-tahkime ve aile hukuku uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa geçilmesi için artık tereddüt edilmemelidir. Küçük miktarda bu yönde düzenlemeler yapılmalıdır. Arabuluculuk-tahkim bu konu-

161 Türk hukuku bakımından bu konuda geniş bilgi ve öneriler için bkz. Özbek, Mustafa S.: Türk Yargı Sisteminde Çok Seçenekli Adliyeler (T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu, Ankara 2-3 Nisan 2012, Strateji Geliştirme Başkanlığı 2013, Yayın No: 32, s. 489-514); Özbek-Tedbirler s. 232-249; Özbek s. 354-590.

162 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Özbek s. 305-328.

163 Henry s. 398.

da Türk kanun koyucusu ve hukuk camiası için çok güzel bir örnek teşkil etmekte olup, esasında *ad hoc* tahkimde hâlen görev belgelerine dercedilen yetki şartlarıyla hakemlerce zaten uygulanmaktadır. Bu uygulamaya kanun hükmüyle dayanak sağlanmalı ve uygulama genişletilmelidir.

SEÇİLMİŞ BİBLİYOGRAFYA*

Abrams, Jeffrey H.: Combined Processes (Alternative Dispute Resolution Handbook, Alternative Dispute Resolution Section State Bar of Texas 2003, s. 151-157).

Adams, George W./Bussin, Naomi L.: Alternative dispute resolution and the Canadian courts: a time for change (ADRLJ 1995, Vol. 4, s. 243-262).

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2016.

Blankley, Kristen M.: Keeping a Secret from Yourself? Confidentiality when the Same Neutral Serves both as Mediator and as Arbitrator in the Same Case (Baylor Law Review, 2011/2, Vol. 63, s. 317-367).

Brown, Henry/Marriott, Arthur: ADR Principles and Practice, London 1999.

Burton, John/Dukes, Frank: Conflict: Practices in Management, Settlement and Resolution, New York 1990.

Bühning-Uhle, Christian: Arbitration and Mediation in International Business, Designing Procedures for Effective Conflict Management, Hague 1996.

Dendorfer, Renate/Lack, Jeremy: The Interaction Between Arbitration and Mediation: Vision v Reality (Dispute Resolution International, 2007/1, Vol. 1, s. 73-98).

* Dipnotlardaki atıflar, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla yapılmıştır. Bibliyografyada kısaltılmış şekilleri ayrıca gösterilmeyen eserler, metinde yazarların soyadı ile belirtilmiştir. Aynı yazarın birden fazla eserine yollama yapılmışsa, kullanılan kısaltmalar parantez içinde ayrıca gösterilmiştir. Metinde, ilgili olduğu konu hakkında okuyucuya kaynak göstermek amacıyla atıf yapılan eserler bibliyografyaya alınmamıştır.

Elliott, David C.: Med/Arb: Fraught With Danger or Ripe With Opportunity? (Alberta Law Review, Vol. XXXIV, 1995/1, s. 163-179).

Gaillard, Emmanuel/Edelstein, Jenny: Mediation in France (Dispute Resolution Journal 2001/January, s. 74-78).

Gélinas, Paul A.: Dispute Settlements According to ICC ADR (Amicable Dispute Resolution Rules) (ICC Türkiye Milli Komitesi, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001 Ankara, s. 21-37).

Gill, Lewis M.: The Nature of Arbitration: The Blurred Line Between Mediatory and Judicial Arbitration Proceedings (Case Western Reserve Law Review 1988-1989, Vol. 39, s. 545-555).

Goldberg, Stephen B./Green, Eric D./Sander, Frank E.A.: Dispute Resolution, Boston 1985.

Goldberg, Stephen B./Sander, Frank E.A./Rogers, Nancy H./Cole, Sarah R.: Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes, New York 2003.

Henry, Karen L.: Med-Arb: An Alternative to Interest Arbitration in the Resolution of Contract Disputes (OSJDR 1988/2, Vol. 3, s. 385-398).

Hibberd, Peter/Newman, Paul: ADR and Adjudication in Construction Disputes, London 1999.

Horwitz, Lester/Horwitz, Ethan: Intellectual Property Counseling and Litigation, Vol. 4, New York 1998.

Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003.

Kheel, Theodore W. : The Keys to Conflict Resolution, Proven Methods of Settling Disputes Voluntarily, New York 1999.

Kovach, Kimberlee K.: Mediation, Principles and Practice, St. Paul 2004.

Landry, Sherry: Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model (Defense Counsel Journal, 1996/April, s. 263-269).

Liebscher, Christoph: Arabuluculuk Tekniklerinin Tahkimde Kullanılması (Çev. Mustafa Göksu) (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 15-16 Ekim 2010, Türkiye Barolar Birliği 2012, Yayın No: 215, s. 51-75).

McGillicuddy, Neil B./Welton, Gary L./Pruitt, Dean G.: Third-Party Intervention: A Field Experiment Comparing Three Different Models (Journal of Personality and Social Psychology 1987/1, Vol. 53, s. 104-112).

Moore, Christopher: Arabuluculuk Süreci, Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler (Çev. Tarkan Kaçmaz, Mustafa Tercan), Ankara 2016.

Narçin Tosun, Zelâl: Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi, Ankara 2009.

Niemic, Robert J./Stienstra, Donna/Ravitz, Randall E.: Guide to Judicial Management of Cases in ADR, Federal Judicial Center 2001.

Nolan-Haley, Jacqueline M.: Alternative Dispute Resolution in a Nutshell, St. Paul 2001.

Özbek, Mustafa: Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması (Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502) (Özbek-Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması).

Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler (AÜHFD 2006/1, s. 207-292) (Özbek-Tedbirler).

Özbek, Mustafa: Uyuşmazlık Çözümünün Ekonomik Değerlendirmesi ve Karar Ağacı Analizi (Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. IV, 8 Ocak-11 Ocak 2008, Ankara Barosu 2009, s. 94-133) (Özbek-Karar Ağacı Analizi).

Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 1, 2, Ankara 2016.

Özmumcu, Seda: Arabulucuların Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, (İÜHFİM, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, 2013/1, C. 2, s. 1369-1389).

Özmumcu, Seda: Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul 2013.

Pappas, Brain A.: Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution (HNLR 2015/Spring, Vol. 20, s. 157-203).

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013.

Plapinger, Elizabeth/Stienstra, Donna: ADR and Settlement in the Federal District Courts, a sourcebook for judges & lawyers, Federal Judicial Center and CPR Institute for Dispute Resolution 1996.

Polat, Malike: Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010.

Pruitt, Dean G.: Solutions Not Winners: Community Mediators Help Neighbors, Families and Exlovers Solve Their Problems without Going to Court (Psychology Today 1987/December, Vol. 53, s. 58-62).

Sanders, Pieter: Arbitration, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 12, Tübingen 1996.

Scanlon, Kathleen M.: Mediator's Deskbook, CPR Institute for Dispute Resolution, New York 1999.

Stitt, Allan J.: Alternative Dispute Resolution for Organizations, Toronto 1998.

Street, Laurence: The language of alternative dispute resolution (ADRLJ 1992/September, Vol. 1, s. 144-148).

Susman, Edna: Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process (NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer, Vol. 2, 2009/1, s. 71-74).

Tanrıver, Süha: Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi (ICC Türkiye Milli Komitesi, Milletlerarası Tahkim Semineri, 21 Mart 2008 Ankara, s. 77-106).

Tarman, Zeynep Derya: Tarafsız Bir Üçüncü Kişi Aynı Uyuşmazlıkta Hem Hakem Hem de Arabulucu Olabilir mi? (Legal Hukuk Dergisi 2010/86, s. 463-471).

Tashiro, Kenji: Conciliation or Mediation during the Arbitral Process, A Japanese View (J. Int. Arb. 1995/2, s. 119-133).

Taşpolat Tuğsavul, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara 2012.

United Nations: UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation Guide to Enactment and Use, New York 2004.

Warbeck, Johannes: Alternative dispute resolution in the world of business: a comparative analysis of the use of ADR in the United Kingdom and in Germany (ADRLJ 1998/June, s. 104-131).

Welser, Irene : Alternative Dispute Resolution-A Wide Choice of Varieties (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. İlhan Uluşan'a Armağan, 2016/2, C. 3, İstanbul 2016, s. 757-774).

Yazıcı Tıktık, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.

KISALTMALAR CETVELİ

a.	: article (madde)
AAA	: American Arbitration Association (Amerika Tahkim Birliği)
ADR	: Alternative Dispute Resolution (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü)
ADRLJ	: The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Baskı
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HHFD	: Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HNLR	: Harvard Negotiation Law Review
HUAK	: 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
J. Int. Arb.	: Journal of International Arbitration

kn.	: Kenar Numarası
m.	: madde
MEDALOA	: Mediation and Last Offer Arbitration
MİHDER	: LEGAL Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
MTK	: 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
NAI	: Netherlands Arbitration Institute (Hollanda Tahkim Kurumu)
NYSBA	: New York State Bar Association
OSJDR	: Ohio State Journal on Dispute Resolution
RG	: Resmî Gazete
Rv	: Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Hollanda Medenî Usûl Kanunu)
s.	: sayfa
Sa.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
Vol.	: Volume (Cilt)