



T.C.
BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ
DİSİPLİNLERARASI TEZLİ YÜKSEK ANABİLİM DALI

**TÜRKİYE’DE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE
YENİ BİR YOL: MED-ARB (ARABULUCULUK-TAHKİM)**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Beyza SAYGIN

BURSA – 2023



**T.C.
BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ
DİSİPLİNLERARASI TEZLİ YÜKSEK ANABİLİM DALI**

**TÜRKİYE'DE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE
YENİ BİR YOL: MED-ARB (ARABULUCULUK-TAHKİM)**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Beyza SAYGIN

Danışman:

Prof. Dr. Mehmet YÜCE

BURSA – 2023

T.C.
BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

TEZ ONAY SAYFASI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Anabilim Dalı'nda 701986010 nolu Beyza SAYGIN'ın hazırlamış olduğu "**Türkiye'de Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne Yeni Bir Yol: Med-Arb (Arabuluculuk-Tahkim)**" konulu Yüksek Lisans Çalışması ile ilgili tez savunma sınavı 22 /03/ 2023 günü – saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **BAŞARILI** (başarılı/başarısız) olduğuna **OYBİRLİĞİ** (oybirliği/oyçokluğu) ile karar verilmiştir.

Prof. Dr. Mehmet YÜCE
Bursa Uludağ Üniversitesi
Üye (Tez Danışmanı ve Sınav
Komisyonu Başkanı)
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Reyhan LEBA
Bursa Uludağ Üniversitesi
Üye
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Prof. Dr. Ali ÇELİKKAYA
Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Üye
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

...../...../ 20.....



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU

BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ DİSİPLİNLERARASI TEZLİ

YÜKSEK LİSANS ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 20 / 02 / 2023

Tez Başlığı / Konusu: **Türkiye’de Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne Yeni Bir Yol:
Med-Arb (Arabuluculuk-Tahkim)**

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam **210** sayfalık kısmına ilişkin, **20.02.2023** tarihinde şahsım tarafından **TURNITIN** adlı intihal tespit programından (Turnitin)* aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı **% 15** ‘tır.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kaynakça hariç
- 2- Alıntılar hariç/dahil
- 3- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Özgünlük Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları’nı inceledim ve bu Uygulama Esasları’nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim. 20/02/2023

Tarih ve İmza
20.02.2023

Adı Soyadı : Beyza SAYGIN
Öğrenci No : 701986010
Anabilim Dalı :
Alternatif Uyuşmazlık Çözümü
Disiplinlerarası Tezli Yüksek
Statüsü : Y. Lisans

Danışman:

Prof. Dr. Mehmet Yüce, 20.02.2023

* Turnitin programına Uludağ Üniversitesi Kütüphane web sayfasından ulaşılabilir.

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Türkiye’de Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne Yeni Bir Yol: Med-Arb (Arabuluculuk-Tahkim)**” başlıklı çalışmanın, bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntıların kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

Tarih ve İmza

20.02.2023

Adı Soyadı: Beyza SAYGIN

Öğrenci No: 701986010

Anabilim Dalı: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Disiplinlerarası

Tezli Yüksek

Programı: ----

Statüsü: Yüksek Lisans

ÖZET

Yazar	: Beyza SAYGIN
Üniversite	: Bursa Uludağ Üniversitesi
Enstitüsü	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı	: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Disiplinlerarası Tezli Yüksek Lisans
Bilim Dalı	:
Tezin Niteliği	: Yüksek Lisans
Sayfa Sayısı	: 210 +15
Mezuniyet Tarihi	: ... / ... / 2023
Tez Danışmanı	: Prof. Dr. Mehmet YÜCE

TÜRKİYE’DE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE YENİ BİR YOL: MED-ARB (ARABULUCULUK-TAHKİM)

Türkiye’de alternatif uyuşmazlık çözümlerine yönelik farkındalığın ve artan talebin bir sonucu olarak, mevcut yöntemlerin dışında başka usul arayışları doğmuştur. Dünya çapında med-arb (“*med*”iation-“*arb*”itration) olarak bilinen alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun, son dönemde ülkemizde de gündeme geldiğini görmekteyiz. Özellikle ticari nitelikteki uyuşmazlıklarda daha fazla avantaj sağlayan med-arb, esasen arabuluculuk ve tahkim yollarını aynı süreç içerisinde barındıran karma (çift yapı) bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Ülkemizde med-arb’ın şimdiye dek katettiği yol, kazandıracakları ve çıkabilecek sorunların dünya uygulamalarıyla karşılaştırılarak işleneceği bu çalışmanın, med-arb’ın bilinirliğine, geliştirilmesine ve işletilmesine katkı sağlayacağını düşünmekteyiz.

Bu tezde; uyuşmazlık çözümünde alternatif yollar anlayışına değinilerek, dünyada yer alan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları(ADR) genel hatlarıyla ele alınacak(i), arabuluculuk ile tahkim kavramları küresel literatürde açıklanıp ülkemiz temelinde hukuku ve uygulamaları tartışılacak(ii), sonrasında karma alternatif uyuşmazlık çözümlerine değinilecek ve bunlardan med-arb yolu detaylarıyla açıklanacak(iii), ülkemizde Med-Arb’ın görünüşü ve İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) tarafından çıkarılan *Arabuluculuk-Tahkim Kuralları* incelenecek(iv), toplumumuzun alternatif uyuşmazlık çözümü kavramına yıllardan beri gelen yaklaşımı ile zorunlu arabuluculuk ve mevcut alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ülkemizdeki başarı tablosu göz önünde bulundurularak, yeni bir yol olan med-arb’ın ülkemizde uygulanabilirliği tartışılarak son olarak ülkemizde med-arb’ın olumlu yönleri ve meydana gelebilmesi muhtemel sorunlar ile bunlara ilişkin çözüm önerileri ortaya konulacaktır.(v)

Anahtar Kelimeler: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Arabuluculuk, Tahkim, Karma Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Med-Arb

ABSTRACT

Name and Surname	: Beyza SAYGIN
University	: Bursa Uludağ University
Institution	: Social Science Institution
Field	: Alternative Dispute Resolution Interdisciplinary Master With Thesis
Branch	:
Degree Awarded	: Master
Page Number	: 210 +15
Degree Date	: / / 2023
Supervisor	: Prof. Dr. Mehmet YÜCE

As a result of the awareness and increasing demand for alternative dispute resolutions in Türkiye, searching for other methods has emerged besides the existing methods. We see that the alternative dispute resolution method, known worldwide as "med-arb", has recently come to the fore in our country as well. Med-arb, which provides more advantages especially in commercial disputes, is essentially a mixed (dual-structured) alternative dispute resolution method that includes mediation and arbitration in the same process.

In this thesis; by referring to the understanding of alternative means in dispute resolution, alternative dispute resolution methods (ADR) in the world will be discussed in general terms(i), the concepts of mediation and arbitration will be explained in the global literature, and its law and practices will be discussed based on our country(ii), afterward, mixed alternative dispute resolutions will be mentioned and explained med-arb in detail (iii), the appearance of the med-arb in our country and the Mediation-Arbitration Rules issued by the Istanbul Arbitration Center (ISTAC) will be examined(iv), considering our society's approach to the concept of alternative dispute resolution and the success of compulsory mediation and existing alternative dispute resolution methods in our country, the applicability of med-arb, which is a new way in our country, will be discussed, and finally, the positive aspects of med-arb in our country and its emergence, possible problems and solutions for them will be presented.(v)

Keywords: Alternative Dispute Resolutions, Mediation, Arbitration, Mixed Alternative Dispute Resolution, Med-Arb

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU	iii
YEMİN METNİ	iv
ÖZET.....	v
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	vii
TABLolar	xi
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMLERİNDEN ARABULUCULUK VE TAHKİM

I. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE ALTERNATİF YOLLAR.....	4
A. GENEL OLARAK.....	4
B. BAŞLICA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI.....	7
1. Müzakere (Doğrudan Görüşme)	7
2. Arabuluculuk ve Uzlaşma	10
3. Tahkim	13
4. Tarafsız Ön Değerlendirme Yöntemi	14
5. Vakıaların Saptanması Yöntemi	15
6. Kısa Yargılama Yöntemi	16
7. Seri Jüri Yargılaması Yöntemi.....	17
8. Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü (ODR).....	17
II. ARABULUCULUK VE TAHKİM	20
A. ARABULUCULUK	20
1. Arabuluculuk Kavramı ve Temel İlkeleri	20
2. Arabuluculuğun Gelişimi ve Düzenlemeler	28
a) Genel	28
b) Türkiye’de Arabuluculuk	31
3. Arabuluculuğa Elverişli Alanlar	33
4. Arabuluculuk Türleri.....	37
a) Zorunlu Arabuluculuk	37
b) İhtiyari Arabuluculuk	43
5. Arabuluculuk Süreci.....	44
a) Arabuluculuk Öncesi Aşama.....	45
(1) Arabuluculuk Sözleşmesi	46
(2) Arabulucu ve Arabulucu Sözleşmesi	48

b) Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi.....	50
c) Arabuluculuğun Sona Ermesi.....	51
d) Arabuluculuk Sonrası Aşama.....	53
6. Ticari Uyuşmazlıklara İlişkin Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Yapılan Milletlerarası Sulh Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Singapur Konvansiyonu)	56
B. TAHKİM.....	58
1. Tanımı, genel prensipleri ve avantajları.....	59
2. Tahkimin hukuki niteliği.....	61
3. Tahkim Türleri	62
a) Mecburi Tahkim-İhtiyari Tahkim	62
b) Milli Tahkim-Milletlerarası Tahkim.....	63
c) Ad hoc (Arızı) tahkim ve Kurumsal tahkim.....	66
4. Tahkim Yargılaması Süreci ve Hakem Kararı	68
a) Genel olarak (Tahkime elverişlilik)	68
b) Tahkim Sözleşmesi	70
c) Tahkimde Geçici Hukuki Koruma	72
d) Hakem Seçimi ve Hakem Sözleşmesi.....	73
e) Tahkimde Yargılama	77
(1) Tahkim Yeri, Usul İlkeleri ve Uygulanacak Kurallar	77
(2) Davanın Açılması ve Tahkim Süresi.....	78
(3) Dilekçeler ve Deliller	79
(4) Görev Belgesi ve Usuli Zaman Çizelgesi	82
(5) Duruşma	83
f) Hakem Kararı ve Yargılama Giderleri.....	84
g) Hakem Kararı Verilmesinden Sonra Gündeme Gelebilecek Durumlar	87
(1) Hakem Kararına Karşı Kanun Yolları ve Hakem Kararının İcrası	87
(2) Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi	89
5. Türkiye’de Tahkime İlişkin Kurumsal Yapılanmada Tarihsel Süreç	90

İKİNCİ BÖLÜM

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU OLARAK MED-ARB

I. ARABULUCULUK VE TAHKİMİN BİRLİKTE İŞLETİLMESİ.....	98
II. MED-ARB	100
A. TANIM	100
B. VARYASYONLAR	103
1. Aynı Tarafsız Üçüncü Kişi Huzurunda Med-Arb (Med-Arb Same, Same- Neutral Med-Arb).....	104
2. Farklı Tarafsız Üçüncü Kişi Huzurunda Med-Arb	105
3. Farklı Tarafsız Üçüncü Kişi Huzurunda Tavsiye Edici Med-Arb (Med-Arb Diff-recommendation).....	107
4. Takım Halinde Yürütülen Med-Arb (Co-Med-Arb).....	108
5. Arabuluculuk-Tahkimden Cayma Hakkı (Med-Arb-Opt-Out).....	109

6. Bağlayıcı Olmayan Med-Arb (Non-Binding Med-Arb, Danışman Hakem, Advisory Arbitrator)	110
7. Sebep Gösterilen Med-Arb (Med-Arb Show Cause)	112
8. Arabuluculuk ve Nihai Teklif Tahkimi (Mediation and Last Offer Arbitration, MEDALOA)	113
9. Paralel Arabuluculuk (Mediation Window in Arbitration, Consent Award)	116
10. Gölge Arabuluculuk (Shadow Mediation)	120
III. UYUŞMAZLIĞIN MED-ARB YOLUYLA ÇÖZÜLECEĞİNİN KARARLAŞTIRILMASI (ARABULUCULUK-TAHKİM ANLAŞMALARI / KLOZLARI).....	121
IV. MED-ARB YOLUNUN OLUMLU YÖNLERİ	126
A. Genel Olarak	126
B. Arabuluculuğa Göre Avantajları	130
C. Tahkime Göre Avantajları.....	131
V. MED-ARB YOLUNUN SAKINCALARI.....	133
A. Arabulucunun Hakem Olarak Görev Yapması	134
B. Gizlilik ve Belgeler	139
C. Tarafların İstemedikleri Sulhe Zorlanmaları.....	142
VI. MED-ARBA ÖZGÜ SORUNLARA GETİRİLEN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ	143
VII. MED-ARB DÜNYA UYGULAMALARI VE BİR ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLU OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ	146

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRKİYE'DE MED-ARB UYGULAMALARI

I. GİRİŞ	149
II. TÜRK HUKUKU MEVZUATINDA MED-ARB	150
A. MED-ARB YOLUNA ELVERİŞLİ UYUŞMAZLIKLARIN KAPSAMI	151
B. MED-ARB ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİNİN DAYANAĞI	158
C. AYNI TARAFSIZ ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HEM ARABULUCU HEM HAKEM OLMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....	159
D. ARABULUCULUK FAALİYETLERİ SIRASINDA ELDE EDİLEN BİLGİ VE BELGELERİN TAHKİM AŞAMASINDA KULLANILMASINA DAİR DÜZENLEMELER	160
III. TÜRKİYE'DEKİ KURUMSAL TAHKİM UYGULAMALARINDA MED-ARB	162
A. GİRİŞ	162
B. İSTANBUL TAHKİM MERKEZİNİN ARABULUCULUK-TAHKİM KURALLARINA GÖRE MED-ARB	163
1. İSTANBUL TAHKİM MERKEZİNE GENEL BAKIŞ.....	163
C. İSTAC ARABULUCULUK-TAHKİM KURALLARI AMAÇ VE UYGULAMA ALANI.....	165
1. İSTANBUL TAHKİM MERKEZİ UYGULAMASINDA MED-ARB SÜRECİ	169
a) Arabuluculuk-Tahkim Anlaşmasının Yapılma Zamanı	169

b) Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi ve Tahkim Yargılamasının Başlatılması (ISTAC Med-Arb'ta Arabuluculuk ve Tahkim Süreçleri)	173
c) Med-Arb Yolunun Kendine Özgü Yapısına İlişkin Kurallar	174
(1) Sulh Anlaşmasının Hakem Kararı Olarak Tespit Edilebilmesi.....	174
(2) Med-Arb Süreci Başlatılırken veya Arabuluculuk Aşaması Sırasında Acil Durum Hakemi Talebinde Bulunulabilmesi	175
(3) Doğrudan Tahkim Davası Açılmaması	177
(4) Arabulucunun Hakem Olarak Görev Yapması	184
(5) Gizlilik ve Belgelerin Kullanımı	186
2. ZORUNLU ARABULUCULUK VE ISTAC MED-ARB	195
D. DEĞERLENDİRMELER	198
SONUÇ.....	200
KAYNAKÇA	204

TABLolar

Tablo 1: Uyuşmazlık Çözümleri Temel Özellikleri.....	7
Tablo 2: Müzakere Türleri	8
Tablo 3: Arabuluculuğun Avantajları	22
Tablo 4: Arabuluculuğun Temel İlkeleri.....	23
Tablo 5: HUAK'a Göre Arabuluculuğa Elverişlilik	34
Tablo 6: Uyuşmazlığın Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olduğunun Tespiti.....	41
Tablo 7: Arabuluculuk Süreci	45
Tablo 8: Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri	49
Tablo 9: Arabuluculuk Sürecinin Sonuçlanması	52
Tablo 10: HMK ile MTK Arasındaki Farklar	64
Tablo 11: Hakemlerin Seçilmesi.....	75
Tablo 12: Tahkimin Yer Aldığı Karma ADR Yolları.....	98
Tablo 13: Med-Arb Modelleri.....	104
Tablo 14: Med-Arb Yolunun Sakıncaları	133
Tablo 15: Arabuluculuğa ve Tahkime Elverişlilik.....	151
Tablo 16 Med-Arb Anlaşmasının Yapılması ve ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının Uygulama Alanı Bulması.....	172
Tablo 17: Elde Edilen Belgelerin Tahkim Yargılamasında Kullanılması	187

KISALTMALAR

AAA	Amerikan Tahkim Birliği (American Arbitration Association)
ABA	Amerikan Barolar Birliği (American Bar Association)
ADR	Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Alternative Dispute Resolution)
ADRIC	Kanada Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Enstitüsü (ADR Institute of Canada)
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
CAS	Spor Tahkim Mahkemesi (Court of Arbitration for Sport)
CEPEJ	Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (European Commission For The Efficiency Of Justice)
CIETAC	Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu (China International Economic and Trade Arbitration Commission)
CPR	Uluslararası Uyuşmazlık Önleme ve Çözümü Kurumu (International Institute for Conflict Prevention & Resolution)
ECDR	Avrupa Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (European Centre for Dispute Resolution)
ENE	Tarafsız Ön Değerlendirme (Early Neutral Evaluation)
HKIAC	Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi (Hong Kong International Arbitration Centre)
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HMUK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HUAK	Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
IBA	Uluslararası Barolar Birliği (International Bar Association)
ICANN	İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)
ICSID	Yatırım İtilaflarının Halline Dair Uluslararası Merkez (International Centre for Settlement of Investment Disputes)
ISTAC, İTM	İstanbul Tahkim Merkezi (Istanbul Arbitration Centre)
İFM	İstanbul Finans Merkezi
İİK	İcra İflas Kanunu
İşMahK	İş Mahkemeleri Kanunu
İTOTAM	İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi
İZTO	İzmir Ticaret Odası
LCIA	Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi London Court Of International Arbitration
LMAA	Londra Denizcilik Hakemleri Birliği (London Maritime Arbitrators Association)
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO (ICC)	Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce)
NAF	Ulusal Tahkim Kurulu (National Arbitration Forum)

SCAI	İsviçre Odalar Tahkim Kurumu (Swiss Chambers' Arbitration Institution)
SCC	Stockholm Ticaret Odası (Stockholm Chamber of Commerce)
SZAC	Shenzen Tahkim Komisyonu (Shenzen Arbitration Commission)
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TOBB	Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TÜRSAB	Türkiye Seyahat Acentaları Birliği
UNCITRAL	Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission On International Trade Law)
VIAC	Viyana Uluslararası Tahkim Merkezi (Vienna International Arbitration Centre)
WIPO	Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (World Intellectual Property Organization)

GİRİŞ

Uyuşmazlık, sosyal alanda bir arada yaşayan insanların ilişkileri sonucu ortaya çıkan, psikoloji, sosyoloji, hukuk gibi pek çok alanın inceleme konusu olduğu tabii bir kavramdır. Aynı şekilde bir uyuşmazlık ortaya çıktığında bunu gidermek de sosyal hayatın devamının bir gereğidir. Uyuşmazlık tarafları bazen uyuşmacı bazen sert, bazen birebir bazen ise üçüncü kişinin yardımına dayalı bir yol seçerek aralarındaki sorunu çözmeye çalışır. Çözülmeyen veya gerektiği gibi çözülemeyen uyuşmazlık, iletişimin tamamen kesilmesine sebebiyet verebilir. Ancak bu durumun, özellikle bir hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlığın tarafları için tatmin sağlamayacağı ortadadır. Hukuki ilişkinin tarafları, taleplerinin bir şekilde yerine getirilmesini ister; nitekim iletişimin kesilmesi, tarafların karşılıklı taleplerini elde edemeyecekleri anlamına gelir. Bu noktada hukuki uyuşmazlık tarafları, ya müzakere, arabuluculuk, tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvuracak ya da mahkemenin yolunu tutacaktır. Bu ikili tercihte alternatif uyuşmazlık çözümleri ile devlet yargısının olumlu ve olumsuz yönlerinin değerlendirilmesi gündeme gelmektedir.

Dostane çözümler devlet yargısına kıyasla daha menfaat temelli, daha hızlı, daha az maliyetli, daha esnek ve daha kişiye özgü çözümlerdir. Dünya çapında özellikle iş ilişkilerinin ve ticari hayatın devam etmesi gerekliliği arabuluculuğun, yüksek dava değerlerine sahip sınır ötesi ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin, büyük önem arz ettiğini görmekteyiz. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları küresel anlamda gelişme göstermektedir. Dünyada gün geçtikçe artan ticari ilişkiler, devlet yargısındaki masraflar, gizlilik ve hızlı çözüm istekleri kişileri alternatif uyuşmazlık çözümlerine yönlendirmiş ve ADR'nin yaygınlaşmasını sağlamıştır.

Toplumumuzda uyuşmazlık çözümüne dair köklü anlayışın ve buna dayalı geleneklerin var olmasına karşılık; alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin dünya uygulamalarında karşılaştığımız modern kavramlar ve sistemli uygulamalar ülkemizde yakın geçmişe kadar beklenen şekilde benimsenmemiştir. Dostane çözümler sonucunda varılan anlaşmaların devlet yargısında verilen kararlarla aynı hukuki etkiyi doğurup doğurmayacağı hususundaki çekinceler, devlet yargısındaki süjelere duyulan güvenin tahkim yoluna kıyasla daha fazla olması, yargı mensuplarının dostane çözümlere yeterince teşvik etmemesi, uygulamacıların çağa ayak uydurmakta yetersiz kalması,

terimlere yabancı kalınması, toplumun alternatif uyuşmazlık çözümüne dair yeterince bilgilendirilmemesi ve anlaşılır bilgiye ulaşımın kolaylaştırılmaması gibi durumlar toplumda alternatif uyuşmazlık çözümlerinin neden yeterince benimsenmediğine sebep olarak sayılabilir. Görüldüğü gibi, toplumun uyuşmazlık çözümüne dair sahip olduğu gelenek, sistemli ve yerleşik bir düzenin oluşmasında tek başına yetersiz kalmıştır. Bugünün değer yargıları, değişen dünya görüşleri ve toplumun ihtiyaçları göz önünde bulundurularak, bu topraklarda yer alan barışçıl ve uzlaşmaya dayalı ruhun motivasyonu ile Türkiye’de alternatif uyuşmazlık çözümüne dair sağlıklı adımlar atılması gereği doğmuştur.

Bununla ilgili olarak Türkiye’de arabuluculuk, 22.06.2012 tarihli 6325 s. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile bir alternatif uyuşmazlık çözümü yolu olarak uygulanmaya başlanmış ve arabuluculuk mesleği tanınmıştır. Sonrasında belirli hukuk uyuşmazlıkları için zorunlu arabuluculuk kurumu ve ilgili yasal düzenlemeler yapılmıştır. Tahkime ilişkin ise 1927 tarihli 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HUMK) 516.-536. maddeleri arasında ilgili hükümler düzenlenmişti. Sonrasında 01.10.2011 tarihli 6100 s. HMK’da da 407-444. maddelerinde iç tahkime ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Milletlerarası tahkim için ise 2001 tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) uygulanmaktadır. Son olarak 2014 yılında özel bir kanunla (6570 sayılı Kanun) İstanbul Tahkim Merkezi kurulmuştur. Bu sayede Türkiye, alternatif uyuşmazlık çözümleri konusunda dünya uygulamalarına zamanla ayak uydurmuştur. Bundan sonra bu konuda yapılacak çalışmalar ülkemizi alternatif uyuşmazlık çözümleri konusunda hem dünyada hatırı sayılır bir konuma getirme gayesinde olmalı hem de ulusal alanda mevcut problemlere çözüm sağlayan faydalı yollar olmasını destekler nitelikte olmalıdır.

Dünya çapında med-arb (“med”iation-“arb”itration) olarak bilinen alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun, son dönemde ülkemizde de gündeme geldiğini görmekteyiz. Dünyada bu yöntem için yayınlanan ilk kurallar olma özelliğini taşıyan, 2019 yılında İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) tarafından hazırlanıp yayımlanan “Arabuluculuk-Tahkim Kuralları” Türkiye’de med-arb konusunda önemli bir kazanım olmuştur. Hem arabuluculuk hem de tahkimi bünyesinde barındıran med-arb yolu, bu konuda yapılan akademik çalışmaların yanında, özellikle son zamanlarda ISTAC ve diğer alternatif

uyuşmazlık çözüm merkezleri tarafından gerçekleştirilen faaliyetler ve bu merkezlerinin iş birliği sayesinde görünür olmaya başlamıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde dünyada yer alan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları(ADR) genel hatlarıyla ele alınacak(i), arabuluculuk ile tahkim kavramları küresel literatürde açıklanıp ülkemiz temelinde hukuku ve uygulamaları tartışılacaktır. İkinci bölümde karma alternatif uyuşmazlık çözümlerine değinilecek ve bunlardan med-arb yolu detaylarıyla açıklanacaktır. Son olarak üçüncü bölümde ülkemizde Med-Arb'ın görünüşü ve İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) tarafından çıkarılan Arabuluculuk-Tahkim Kuralları incelenecek, med-arb'ın ülkemizde uygulanabilirliği tartışılacak ve son olarak ülkemizde med-arb'ın olumlu yönleri ve meydana gelebilmesi muhtemel sorunlar ile bunlara ilişkin çözüm önerileri ortaya konulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMLERİNDEN

ARABULUCULUK VE TAHKİM

I. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNDE ALTERNATİF YOLLAR

A. GENEL OLARAK

Uyuşmazlık¹(*conflict, dispute*); tutum, görüş, kanıları ölçülen çeşitli kişilerin yanıtları arasındaki zıtlık veya uygunsuzluk sonucu ortaya çıkan ciddi anlaşmazlık² olarak tanımlanabilir. Bir uyuşmazlık sözkonusu olduğunda, uyuşmazlığın sona erdirilmesinde genel kanaate göre akla ilk gelenin davalama yolu(devlet yargısı, geleneksel yol) olmasından hareketle, tarafların kendi iradeleriyle başvurdukları devlet yargısı dışındaki yollar “alternatif”³ olarak kabul edilmektedir.

“Alternatif uyuşmazlık çözümü (*Alternative Dispute Resolution, ADR*), uyuşmazlıkların çözümü amacıyla görev yapan devlet mahkemelerinde görülen dava yolunun yanında seçimlik bir yol olarak işleyen, genellikle tarafsız bir üçüncü kişinin, mevcut bir uyuşmazlığın çözümü konusunda taraflara yardımcı olmak ve katkıda bulunmak amacıyla katıldığı, bir grup uyuşmazlık çözüm yöntemleri topluluğu olarak tanımlanabilir.”⁴

¹ TDK’ya göre uyuşmazlık, “uyuşmama durumunu” ifade eder. Uyuşma: Tutum, görüş, kanıları ölçülen çeşitli kişilerin ya da aynı kişinin yanıtları arasındaki benzeşme ya da uygunluk. <https://sozluk.gov.tr/> (21.10.2021)

² Anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramları ile ilgili olarak bkz. Mustafa Serdar ÖZBEK, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 5. B., Ankara: Yetkin, 2022, ss. 153-160.

³ Türk Dil Kurumunda alternatif kelimesi “seçenek” kelimesinin eş anlamlısı olarak yer almıştır. (Seçenek: “Birinin yerine seçilebilecek bir başka yol, yöntem, tutum, alternatif, opsiyon.”) Ancak burada kastedilen; devletin yargı yetkisine “alternatif” değil; mahkeme yolu ve diğer çözüm yolları arasındaki ilişkidir. <https://sozluk.gov.tr/> (21.10.2021)

⁴ Özbek, 2022, a.g.e., s. 197; Benzer tanım için bkz. Hakan Pekcanitez, Hülya Taş Korkmaz, Mine Akkan, Muhammet Özekes, *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku*, 15. B., C.3, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s. 2807; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözümü*, 7. B, Ankara: Beta Basım, 2019, s. 557; Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında*

Uyuşmazlık çözümündeki alternatif yollar, devlet yargısına ikame veya devlet yargısıyla rekabet içinde olmadığı gibi yargısal yollara başvuru imkanını ortadan kaldırmayı da amaçlamaz. Başka bir deyişle “alternatif” ibaresini kural olarak mahkemelerde uygulanacak olan “yargılama kurallarının” alternatifleri olarak düşünmek mümkündür.⁵ Zaten aksi tutum, devletlerin yargılama yetkisinin mutlak egemenliğine aykırılık oluşturur.⁶ Alternatif çözüm yolları, diğer çözümleri dışlamayarak onların yanında ve onlara yardımcı olan bir özellik taşımaktadır; aslında sadece canı isteyen, ilgi veya merak duyanın başvurabileceği bir imkan olarak da düşünülebilir.⁷

İlk olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkan alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri, yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren geliştirilmiş ve uyuşmazlıkların çözümü konusunda sessiz devrim olarak nitelendirilerek popüler bir alternatife dönüştürülmüştür.⁸ Doğrusu bu yöntemlerin benzerlerine İslam ve Osmanlı hukukunun ilk zamanlarından beri de rastlamaktayız⁹. Amerika’dan Uzakdoğu’ya birçok ülkede uyuşmazlıkların çözümünde bu yöntemlerin yaygınlaştığını görülmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözümleri günümüzde farklı usullerin ortaya çıkmasıyla dünya üzerinde gelişmeye devam etmektedir.

ADR’nin amacı, özellikle küçük uyuşmazlıkların büyüerek birer adli sorun haline gelmeden önce çözülebilmesini sağlamaktır.¹⁰ Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılmaktadır.¹¹ Alternatif uyuşmazlık çözümleri aynı zamanda; masraflardan ve zamandan tasarrufu, uyuşmazlığın

Arabuluculuk, 2.B., Yetkin Yayınları, 2022 s.31, Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, İstanbul: Seçkin Yayınları, 2003, s. 30.

⁵ Ildır, a.g.e, s. 21.

⁶ Bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Genel Gerekeşi <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlaşan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> (21.12.2021)

⁷ Pekcanitez, a.g.e, s. 2807.

⁸ Mehmet Karaarslan, “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İle Giderilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, S. 140 (2019), ss. 71-113, s. 75.

⁹ Sulh, tahkîm, arabuluculuk(ıslah), uzlaşma, muslihûn(Osmanlı arabuluculuğu). Detaylı bilgi için: Ahmet Akman, “İslâm-Osmanlı ve Modern Türk Hukuku’nda Sulh Sözleşmesi ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Mukayeseli Bir Bakış”, *Hitit İlahiyat Dergisi*, 2021, C.20, S.2, ss. 1030-1056; Yusuf Şen, “İslam Hukukunda Arabuluculuk”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 2012/2, C. 11, Sayı: 22, ss. 105-135; Ahmet Kılınç, “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun: Osmanlı Arabuluculuğu”, C.2, II. *Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Ed. Fehti Gedikli, Oniki Levha, İstanbul 2016, ss. 15-82.

¹⁰ Özbek, a.g.e., 2022, s 209.

¹¹ Bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları Genel Gereke

konusu hakkında uzman kişilerce inceleme yapılmasını, tarafların çözüm sürecine doğrudan katılımını ve süreç üzerindeki egemenliğini, gizliliği, ılımlı ve esnek çözümleri, ticari ilişkilerin devamını ve yargılamaya hazırlık yapılmasını sağlar.¹²

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sınırlı sayıda değildir. Her ülkeye ve sosyolojik gerçeklerine uygun alternatif uyuşmazlık çözüm yolları mevcuttur.¹³ Taraflar, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri tüm uyuşmazlıkları gönüllülük esasına dayalı olarak istedikleri her usulde sona erdirebilirler. Ancak taraflardan her biri, hukuki tatmin ve güveni elde etmek amacıyla varılan anlaşmanın hukuki bir sonuca ulaşmasını bekleyebilir. Bu hususta, sınırsız sayıda olan çözüm yollarından belli bir ülkenin mevzuatında usuli(icrai) sonuç bağlanmayan bir yöntem seçilmişse; taraflar, varılan sonucu aralarında yapacakları bir borçlar hukuku sözleşmesiyle hukuki zemine oturtabilir veya devlet yargılamasında yürüyen bir davada ileri sürebilirler. Başvurulan ADR yolu sonunda yapılan anlaşmaya taraflarca uyulmaması sözleşmeye aykırılık teşkil eder.¹⁴ ADR yolları sonunda verilen karar yargı yolunu kapatmaz.¹⁵

Alternatif uyuşmazlık çözümleri sadece özel hukuk alanında değil; cezai ve idari yargı alanlarında da mümkün olabilmektedir. Ancak bu alanlarda uygulanacak ADR usullerinin ayrı olarak düzenlenmesinin uygun olacağı düşünülmüştür. Çünkü niteliği gereği ADR usulleri kamu düzenini ilgilendirmeyen, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek uyuşmazlık konuları için mümkündür; bunlar dışındaki hukuk alanları için yapılacak özel düzenlemelerle ADR yollarına başvurulması belirli şartlarda mümkün kılınabilir.

Aşağıda, dünya uygulamasında yer bulan belli başlı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına kısaca değinilecektir.

¹² Detaylı bilgi için Özbek, a.g.e, 2022, s. 294-315.

¹³ HUAK Genel Gerekeçe

¹⁴ Özbek, a.g.e, 2022, s. 316

¹⁵ Ancak belirtmelidir ki tahkim yolu sonunda verilen karara uyulması zorunlu olduğundan, tahkim hariç diğer ADR yolları için verilen karara uyulmaması tarafların hak arama hürriyeti kısıtlanmaz. İlerde bahsedileceği üzere, tahkimde verilen kararların kesin olması vb. gibi diğer ADR yolları arasındaki farkları tahkimin ADR yolları arasında sayılması hususunda doktrinde fikir ayrılıklarını meydana getirmiştir.

Tablo 1: Uyuşmazlık Çözümleri Temel Özellikleri

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMLERİ				DEVLET MAHKEMELERİ
Müzakere	Kısa Yargılama	Arbuluculuk	Tahkim	
Taraflara özeldir.	Gizlidir(özeldir).		Gizlidir (özeldir).	Alenidir.
Esnektir.	Esnektir.		Esnektir.	Katı ve şekilcidir.
Dostanedir.	Dostanedir.		Mücadelecidir	Mücadelecidir.
Uzmanlık gerektirmez.	Uzmanlık gerektirir.		Uzmanlık gerektirir.	Uzmanlık gerektirmez.
Hükme dayalı değildir.	Hükme dayalı değildir.		Hükme dayalıdır.	Hükme dayalıdır.
Uzlaşma hedeflenir.	Çözüm üzerinde		Son karar nihai hakem kararıdır.	Son karar hükümdür.
Anlaşma olmazsa sona erer.	anlaşma(belgesi) düzenlenir.		Sınırlı temyiz nedenleri vardır.	Temyiz hakkı mevcuttur.
Müzakerenin değerlendirmesi yapılır.				

B. BAŞLICA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

1. Müzakere (Doğrudan Görüşme)

“Farkında olmasanız bile her zaman karar vermek için, problemlerinizi çözmek için ve istediğinizi elde etmek için sürekli müzakere yapmaktasınız.”

William Ury¹⁶

Müzakere, günlük hayatımızda hem kişisel hem mali meselelerin çözümü konusunda sıklıkla başvurduğumuz bir uyuşmazlık çözümü olmakla beraber hukuk ve

¹⁶ William Ury hakkında bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/William_Ury (Erişim Tarihi 02.02.2021); <https://bilgiyay.com/yazar/william-ury/> (Erişim Tarihi 02.02.2021)

psikoloji gibi birden fazla dal ile iç içe olan bir kurumdur. Müzakere (*Negotiation*), tarafların ihtiyaçlarını karşılayacak müşterek bir karar verme amacına yönelmiş, taraflar arasındaki iletişim olarak tanımlanabilir.¹⁷ Müzakere bir sonuç değil; tarafların karşılıklı şahsi teklifler sunduğu, bu teklifler üzerinde düşünülüp fikir buluşması sağlandığı, bir sonuca yönelik olarak karşılıklı özveride bulunmak suretiyle uzlaşıldığı bir süreçtir. Doktrinde müzakere süreci dört temel aşamaya ayrılmaktadır:¹⁸ Müzakere öncesi hazırlık ve planlama aşaması, müzakerenin yürütülmesi, müzakereyi bitirme ve anlaşma yapma aşaması, müzakerenin değerlendirilmesi aşaması.

Tablo 2: Müzakere Türleri¹⁹

<i>Uyuşmazlık Müzakeresi</i>	<i>Hukuki İşlem(Sözleşme) Müzakeresi</i>	<i>Uzlaşma Müzakeresi</i>
Diğer ADR yöntemlerinin temelini oluşturan, bir uyuşmazlıkla ilgili olan müzakerelerdir.	İcap-kabul temelinde dönen, bir uyuşmazlıkla ilgili olmayan müzakerelerdir. Örneğin; satım, eser, kira vb. sözleşmeler öncesi süreç.	Avukatların dahil olduğu müzakerelerdir. Genelde dava veya tahkim yoluna intikal edecek uyuşmazlıklar için sözkonusu olur. Bu müzakereler hukukun gölgesinde ²⁰ yürütülür.

Müzakere tarafsız bir üçüncü kişinin katılımını gerektirmeyen, ılımlı, esnek, şekle bağlı ve resmi olmayan bir usul olduğundan, doktrindeki genel görüşe göre, diğer ADR yöntemleri arasında en çok başvurulan yöntemdir. Sosyal hayatın hemen hemen her ilişki düzeyinde kullanımı söz konusu olan müzakerenin, sadece günlük ve küçük çaptaki uyuşmazlıklar için tercih edildiğini söylemek doğru olmaz. Bu yöntem, özellikle,

¹⁷ Özbek, a.g.e., 2022, s. 616.

¹⁸ Bkz. Özbek, a.g.e., 2022. S. 623.

¹⁹ Detaylı bilgi için bkz. Özbek, a.g.e., 2022, ss. 618-621.

²⁰ “Hukukun gölgesi”nden anlaşılması gereken, tarafların taleplerinin muhtemel davanın sonucuna ilişkin beklenti ve tahminlere göre şekillenmesidir.

devletler arasında uyuşmazlıkların, diplomatik çerçevede çözüme kavuşturulmasında sıkça uygulanan bir yöntem konumundadır.²¹

Anlaşmaya dayalı bütün ADR usullerinin ortak ve başlıca ögesi müzakeredir. Tarafların uyuşmazlık çözüm süreci üzerindeki kontrolü müzakerede en fazla iken; bu kontrol arabuluculuk-tahkim-dava yolu sıralamasına göre azalmaktadır. Müzakerelere bağımsız ve tarafsız üçüncü kişinin katılması, yapılan görüşmenin müzakere niteliğini bozmaz ancak müzakerenin hiç kuşkusuz bir sonuca yönelik olması gerekmektedir.²² Müzakereler sırasında, müzakereye katılan kişiler arasındaki ilişkileri düzenlenmesi vb. konular için, tarafsız bir üçüncü kişinin müzakereleri yönlendirmesi yararlı olabilir.²³

Müzakere, hukukumuzda arabuluculuk veya uzlaştırma gibi ayrı ve sonuçları ile birlikte düzenlemiş bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu değildir; belli bazı sonuçlara ulaşmak amacıyla getirilmiş olan bir araç şeklinde düzenlenmiştir.²⁴ Müzakere konusunun Türk hukukunda en görünür ve genel halinin HMK'nın sulhe teşvik ve bunun sonuçları ile ilgili olan hükümleri olduğu söylenebilir.²⁵ HMK m. 140'a göre:

“(…)(2) Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulh ve arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatarak sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder; bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder.

(3) Ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh veya arabuluculuk faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın altı, duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür.”

²¹ Tamer Soysal, “Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma”, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*, ed. Feridun Yenisey, İstanbul: Arıkan Yayınları, 2005, s. 212.

²² Bkz. Mustafa Göksu, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Tahkim*, 2. B., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.22.

²³ Ziya Akıncı, “Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, *BATİDER*, C.18, S. 4, 1996, s. 102.

²⁴ Göksu, a.g.e, s. 23.

²⁵ Özel kanunlardan örnek olarak; Avukatlık Kanunu m. 35/A “Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler.”

2. Arabuluculuk ve Uzlaşma

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en etkili ve en kapsamlı geçerlilik kazanmış biçimlerinden olan arabuluculuğun(*mediation*) çeşitli tanımları olmakla beraber²⁶ genel anlamıyla arabuluculuk, genellikle bağlayıcı bir karar verilmesini öngören usuller dışındaki, üçüncü kişinin müdahale ettiği bütün usulleri kapsayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm usulü olarak anlaşılmaktadır.²⁷

Arabuluculuk, “meydana gelen uyuşmazlığın, tarafların iradi olarak başvurmaları sonucu, arabulucu (veya uzlaştırmacı) olarak adlandırılan tarafsız ve güvenilir bir üçüncü kişi yardımıyla üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle iki tarafın ortak menfaati esas alınarak çözümlenmesidir” şeklinde tanımlanabilir.²⁸ Arabulucu, uyuşmazlık için bir karar veya çözüm teklifi getirmeksizin, sistematik bir şekilde iletişim tekniklerini uygulayarak taraflar arasında müzakere ve uzlaşma ortamını sağlayan ve sürdüren kişidir. Arabulucu, tarafların çözümlerini bulmalarına yardımcı olur.

Arabuluculuk sürecinde arabulucunun yetkisi ve sürecin ilerlemesi taraflardan kaynaklanır. Taraflardan her biri uyuşmazlık çözüme henüz varmamış olsa dahi arabulucunun yetkisini geri alabilir, arabuluculuk sürecini sonlandırabilir. Uyuşmazlığın çözümünün amaçlandığı karşılıklı anlaşmaya dayalı bu süreçte, sürecin doğası gereği gizlilik esastır. Arabuluculukta ileri sürülen bilgi, beyan ve belgeler sonradan başka yargılamalarda kullanılamaz. Arabuluculuğun gizlilik ilkesi, uyuşmazlık içinde olan

²⁶ “Arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi.” (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md.2/1-b).

Başka bir tanım olarak; “arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle “kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak” için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, uzman eğitimi almış, tümüyle bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütülen, gönüllü yani ihtiyarî olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir”. M. Kamil Yıldırım, “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan”, İstanbul 2007, s. 349. Benzer tanımlar için Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 2.B., Yetkin Yayınları, 2022, s. 43; İldır, a.g.e., 88; Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı s. 28 vd.

<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2712202116532521.11.pdf> (Erişim Tarihi 03.11.2022)

²⁷ Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2 B., Ankara: Yetkin, 2009, s. 491.

²⁸ Pekcanitez, a.g.e., s. 2813.

tarafların toplumda, piyasalarda itibar ve prestijinin korunması ve ilişkilerin bozulmadan devam ettirilmesi adına güvence temin ettiğinden, arabuluculuğun tercih edilmesinde özel bir öneme sahiptir.

Her arabuluculuk görüşmesi sonucu üç ihtimal ortaya çıkar: Taraflar kısmen/tamamen anlaşmaya varabilir, başka bir arabuluculuk oturumu için anlaşabilir veya tarafların anlaşmaya varmayacak olmasının anlaşılması üzerine arabulucu oturumları sonlandırabilir. Arabuluculuk görüşmelerinin sona ermesi sonucu arabulucu, anlaşmaya varıldığı ölçüde anlaşmayı ayrıntılı olarak belgeler. Bu anlaşma belgesinin genel hükümlere göre icrası²⁹ istenebilir. Buna ek olarak ileriki bölümlerde arabuluculuk anlaşma belgesinin icrasına yönelik uluslararası sözleşmeden bahsedilecektir.

Taraflar, arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonuca ulaşmasında tam kontrole sahiptir. **Uzlaşma**(*conciliation*) ise³⁰, “taraflardan tümüyle bağımsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflara, somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre şekillenecek çeşitli çözüm önerileri sunup; onların bu çözüm önerilerini müzakere etmesini ve sunulan somut çözüm önerilerinden birisi üzerinde mutabakata varmalarını hedefleyen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir”³¹. Bu tanıma göre; arabulucu tarafların arasındaki iletişim kopukluğunu gidererek diyalog ortamını sağlayan kişi iken, uzlaştırıcı taraflara uyuşmazlığı giderecek birtakım çözüm önerileri sunmaktadır³².

Uyuşmazlık çözümünde yer alan üçüncü kişinin, “çözümü kolaylaştırmak, çözüm sağlamak, çözüm teklifi getirmek veya sadece anlaşma ortamını hazırlamak faaliyetine göre, arabulucu veya uzlaştırıcı olarak adlandırılması; yürütülen faaliyetlerin de arabuluculuk veya uzlaştırma şeklinde ifade edilmesi görülmekte ise de her iki faaliyet

²⁹ Ayrıca Türk Hukukunda Avukatlık Kanunu 35/A maddesi veya HUAK hükümlerine göre düzenlenen anlaşma belgesi, ilam niteliğinde belge sayılır.

³⁰ Uzlaşma konusunda detaylı bilgi için bkz. Süha Tanrıver, “Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarında Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıda İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, Ankara, 2010, ss. 2025-2036; Tanrıver, a.g.e., ss. 43-46; Ziya Akıncı, “Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, S. 18(4), 1996, ss. 102-104.

³¹ Tanrıver, a.g.e., s. 166. Arabuluculuk ve uzlaşma arasındaki ayrım açısından benzer görüş: Melis Taşpolat Tuğsavul, “Türk Hukukunda Arabuluculuk”, Ankara, 2012, s. 28-31; Ildır, a.g.e. s. 78. Farklı görüş için Pekcanitez, a.g.e., s. 2814; Özbek, a.g.e., 2022 s. 229, A. Mehmet Kocaoğlu, *Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu İngiltere Fransa Almanya İsveç ve Özellikle A.B.D. Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Olarak*, Ankara:TÜHİS, 1999, s. 25.

³² Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Tanrıver, a.g.e., ss. 166-167.

arasındaki sınırın çizilmesi kolay olmadığından çoğu kez bunların birbiri yerine kullanıldığı, ağırlıklı olarak da üçüncü kişinin devreye girdiği bu çözüm yoluna arabuluculuk, üçüncü kişiye de arabulucu” denildiği görülmektedir³³. Doktrinde genel olarak “arabuluculuk” kelimesinin “uzlaştırma” kelimesiyle eş anlamlı olduğu, her ikisinin arasında açık bir ayırım yapılamayacağı, bunların aynı yöntemi ifade ettiği kabul edilmekte ve özellikle milletlerarası uyuşmazlıklarda olmak üzere, bu kelimeler çoğunlukla birbirlerinin yerine kullanılmaktadır³⁴.

Hukukumuzda arabuluculuk, genel olarak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda düzenlenmiştir. Bunun yanında çeşitli kanunlarda arabuluculukla ilgili hükümlere rastlamaktayız.

Türk ceza hukuku sisteminde arabuluculukla benzer bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kanunda belirlenen bazı suçlar için uzlaştırma³⁵ kurumu getirilmiştir. “Uzlaştırma, eğitimli bir uzlaştırmacının yardımıyla, suçun mağduru ile failin, güvenli ve denetimli bir ortamda bir araya getirilmesi sürecini ifade eder.”³⁶ Bir davaya uzlaştırma için başvurulduğunda uzlaştırmacı genel olarak süreci açıklamak maksadıyla mağdur ve faille iletişime geçecektir.³⁷ Bu süreçte taraflar, cezai takibatın sona erdirilmesi ve karşılığında mağduru/suçtan zarar görenin tatmin edilmesi konusunda uzlaşmaya varmayı hedefler. Uzlaştırma, Ceza Muhakemeleri Kanununun 253, 254 ve 255. maddelerinde düzenlenmiştir.

Arabuluculuk hakkında detaylı bilgiye çalışmanın bir sonraki ana başlığında yer verilecektir.

³³ Pekcanitez, a.g.e, s. 2814.

³⁴ Özbek, a.g.e.,2022 s. 230; Ayrıca bkz. Akıncı, a.g.m., *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*, s. 103.

³⁵ Uluslararası literatürde bu kurumun *victim-offender mediation* (mağdur-fail arabuluculuğu) olarak karşılık bulduğu söylenebilir. Uzlaştırma kurumu hakkında bkz. Ekrem Çetintürk, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, 1. B., Ankara: Adalet Yayınları, 2017.

³⁶ Erdal Yerdelen, “Uzlaştırmanın Şartları, Usulü ve Sonuçları”, *Ceza Muhakemesi Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, Adalet Bakanlığı, Ed. Mustafa Serdar Özbek, s.21

³⁷ İslam Safa KAYA, Huzeyfe KARABAY, *Ceza Hukuku Sistemlerinde Uzlaştırma*, 1. B., Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 30.

3. Tahkim

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını tarafların kendi iradeleriyle başvurdukları, devlet yargısı dışındaki yollar olarak tanımlamıştık. Bu tanıma göre tahkim, devlet yargısı dışında bir çözüm olduğundan ADR kapsamındadır. Ancak doktrinde ve uygulamada tahkimin bir ADR yolu olup olmadığı hakkında ciddi tartışmalar mevcuttur.³⁸ Bazı görüşlere göre tahkim, istisnai yargısal yol olarak kabul edilmektedir. Bunun sebebi, diğer ADR yollarından farklı olarak tahkimde verilen kararların (hakem kararları) mahkeme kararları gibi tarafları kanunen bağlamasıdır.

“Özel hukuk alanına ilişkin uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız hakemler eliyle yargısal yolla çözümüne tahkim denir.”³⁹ Bizim de katıldığımız görüşe göre, tahkimde hakemlerin çalışması fonksiyonel olarak yargısaldir; ama organik anlamda yargısal faaliyet sayılmaz.⁴⁰ Çünkü organik anlamda yargı faaliyeti, yargılama işleminin “devlet mahkemelerince” yerine getirilmesidir. Hakem kararlarının kesin hüküm oluşturmaya ve icra edilebilir olmasına karşılık tahkim yargılaması devlet tarafından denetlenir. Dahası hakem kararları sınırlı nedenlerle de olsa devlet mahkemelerince temyiz edilebilir. Tüm bunlardan anlaşılacağı gibi tahkim, devletin yargı egemenliğine bir müdahale de sayılmaz.

Tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar için devlet yolu mutlaklıdır. Ancak taraflar üzerinde tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarını, kendi iradelerine dayanarak aralarında yapacakları bir tahkim sözleşmesi/şartıyla tahkim yoluna götürebilirler. Uyuşmazlığın tahkimle çözülmesi için mutlaka geçerli tahkim sözleşmesi/şartı bulunmalıdır. Geçerli tahkim şartı/sözleşmesinden söz edebilmek için, tarafların tahkim iradeleri açık ve hangi uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceği belli olmalıdır. Tahkim anlaşmasında bulunması zorunlu tutulmuş bir unsur yoktur. Bununla beraber, tarafların uyuşmazlığın çözümü için tahkim yolunu seçmeleri durumunda, tahkimle ilgili kendileri açısından önem taşıyan ayrıntılara tahkim şartında yer vermeleri,

³⁸ Tahkimin istisnai bir yargı yolu değil, bir ADR yolu olarak kabul edilmesi ile ilgili olarak bkz. Özbek, a.g.e., 2022 ss. 219-227. Aksi görüş Pekcanitez, a.g.e., s. 2594; Göksu, a.g.e., s. 118; Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, a.g.m., s. 100.

³⁹ Pekcanitez, a.g.e., s. 2563.

⁴⁰ Özbek, a.g.e., 2022, s. 219.

kuşkusuz çok yararlı olacaktır.⁴¹ Mesela taraflar tahkim dilini, tahkim yerini/kurumunu, tahkimin anlaşmasına uygulanacak hukuku vs. belirleyebilirler.

Diğer ADR yollarından farklı olarak tahkimde tarafların her ikisi de istemedikçe bu yoldan vazgeçilemez. Tahkimde tarafların menfaatlerinden ziyade haklılık değerlendirilir. Dostane çözümlerde süreç sonunda bir anlaşma belgesi düzenlenirken, tahkimdeki hakem kararları iptale tabidir, bağlayıcıdır ve icra edilebilir.

Özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim en çok başvurulan yoldur. Genel olarak hakemler ve tahkim mahkemelerinin uluslararası karakterleri ticari uyuşmazlıkların çözümü konusunda uzman kişi ve kurumlar olması hasebiyle tahkime müracaat edenler, milli mahkemelere nispetle hem daha adil ve uluslararası ticaretin nitelik ve ihtiyaçlarına uygun kararlar elde edebilmekte, hem de daha çabuk neticeye ulaşmaktadırlar.⁴²

Türk hukuku mevzuatında tahkim düzenlemeleri, iç tahkim HMK hükümlerinde milletlerarası tahkim Milletlerarası Tahkim Kanununda yer almaktadır. Tahkim ile ilgili ayrıntılı bilgiye bir sonraki bölümde yer verilecektir.

4. Tarafsız Ön Değerlendirme Yöntemi

Tarafsız ön değerlendirme (*Early Neutral Evaluation, ENE*), uygulamasının çıkış noktası Amerika Birleşik Devletleri federal bölge mahkemeleri olan mahkeme kökenli bir yöntemdir.⁴³ Bu yöntemin temel mantığı, tüm uyuşmazlık çözüm sürecinin daha etkili olması için tarafların geleneksel yöntemlerin kullanımına para ve zaman harcamadan önce davanın duruşma öncesi aşamasında erken başlamasıdır.⁴⁴ Tarafsız ön değerlendirme yönteminde süreç; dava planlaması yapılarak tarafların uzlaşma olasılıklarını geliştirmek düşüncesiyle dava konusu hakkında bilgi sahibi uzman bir

⁴¹ Akıncı, a.g.e., s.152.

⁴² Bkz. Şanlı, a.g.e., s. 320.

⁴³ Tarafsız ön değerlendirme hakkında geniş bilgi için bkz. Folberg, H. Jay and Rosenberg, Joshua D., "Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis", *Stanford Law Review*, S. 46, 1994, s. 1487.

⁴⁴ Tarafsız ön değerlendirme benzeri bir diğer ADR yöntemi Dava Değerlendirmesi (Michigan Arabuluculuğu, *Case Evaluation*) olarak karşımıza çıkar. Ancak bu yöntem, hazır olan bir davada tarafların yargılama aşamasına geçmeden önce davanın esası hakkında üç avukattan oluşan bir heyetten yazılı görüş alması şeklindedir. Şayet taraflar kurulun değerlendirmesini kabul ederlerse dava bu şekilde çözüme kavuşturulmuş olur.

“değerlendirici” tarafından (genellikle baro levhasına kayıtlı avukatlar) olayların ve delillerin ortaya koyulması, tarafların güçsüz ve güçlü yönlerinin saptanmasında taraflara yardımcı olunmasıdır.⁴⁵ Bağlayıcı olmayan bu değerlendirme, genellikle⁴⁶ davanın başında değerlendiricinin taraflarla ve avukatlarıyla yapacağı gizli oturumlar sonucunda ortaya konulur. Tarafsız ön değerlendirmede müzakerelere katılan kişiler gizliliğe uymakla yükümlüdür.

Bu usul, avukatları ve onların müvekkillerini, tahkikatın özüne yoğunlaşmaya ve davanın başında analitik düşünmeye zorlayarak, avukatların duruşma öncesi çalışmalarını ve bilgileri geliştirmek, taraflar arasında iletişim tesis etmek, tarafların düşüncelerini açığa çıkarmak ve kısa sürede mantıklı bir çözüme ulaşılmasını sağlamak için oluşturulmuştur.⁴⁷

Sürecin sonunda uyuşmazlıklar mahkeme öncesi ADR usullerinden biriyle çözüme kavuşturulmuş olurken kimi zaman da dava yoluna devam edilse dahi öncesinde yapılan değerlendirme, taraflar ve karar mercileri için uyuşmazlığın adil, etkili ve hızlı çözüme kavuşturulması açısından yarar sağlamaktadır.

5. Vakıaların Saptanması Yöntemi

Vakıaların saptanması (*Fact-Finding*), tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlığın temelini oluşturan tanıkları ve belgeleri değerlendirerek tarafların en uygun ve en etkili hareket tarzını belirleyebilmelerini sağlayan alternatif bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasıdır.⁴⁸

Vakıaların saptanması yöntemi, tarafsız ön değerlendirme yöntemi ile benzerlikler gösterse de uyuşmazlığın başlangıcında değil de daha sonraki bir aşamasında işlerlik kazanması ve daha kapsamlı ve derinlemesine bir araştırmayı gerekli kılması yönleriyle,

⁴⁵ Özbek, a.g.e, 2022, s. 450.

⁴⁶ Bazı mahkemelerde sözkonusu gizli oturumların davanın ilerleyen aşamalarında da gerçekleşebildiği görülmektedir; ancak temel özellik, tarafsız bir üçüncü kişinin dava değerlendirmesi yapmasıdır.

⁴⁷ Özbek, a.g.e., 2022, s. 451.

⁴⁸ “Vakıaların saptanması, uyuşmazlığın tanımlanıp somutlaştırılması; özellikle uyuşmazlığın temelini teşkil eden maddi olguların, tarafların üzerinde mutabakata varmış oldukları tarafsız, bağımsız, deneyimli ve çoğunlukla uzman kimliği bulunan üçüncü bir kişi aracılığıyla açıklığa kavuşturulmasını hedefleyen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.” Bkz. İldr, a.g.e., s. 78.

ondan farklılaşır.⁴⁹ Bu yöntemi tahkimden ayıran ise tahkimde tarafsız üçüncü kişinin(hakemin) hukuki bir sonucu ortaya koymasına karşılık; vakıaların saptanması yönteminde tarafsız üçüncü kişi vakıaları ortaya koyar daha sonra, varsa, bu vakılardan kaynaklanan yasal sonuçların ne olduğuna karar vermek taraflara bağlıdır.⁵⁰

6. Kısa Yargılama Yöntemi

Kısa yargılama (*Mini Trial*), tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi ile taraf temsilcilerinden oluşan bir kurulun, bağlayıcılık arz etmeyecek bir biçimde çözüm bulmak veya çözüm önerisi geliştirmek üzere, uyuşmazlığı, adeta bir iş problemi imiş gibi içselleştirerek gizlilik içinde ele almasını, incelemesini ve değerlendirmesini öngören, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.⁵¹ Bu usulün mini yargılama olarak adlandırılmasının nedeni, tarafların iddia ve savunmalarını yöneltmek üzere duruşma düzenlemeleri, fakat söz konusu duruşmanın gerçek bir duruşma olmaması sebebine dayanır.⁵² Genellikle büyük kapsamlı davalar için tercih edilen mahkeme kökenli bu yöntemde, taraflar (veya yetkili temsilcileri) bir araya gelerek taleplerini adeta bir davada olduğu gibi ancak daha kısa ve öz şekilde ileri sürerler. Görüşmeler sonucunda tarafsız üçüncü kişiden alınan kararlar bağlayıcı olmamakla birlikte taraflar kısa yargılama anlaşmasıyla bunun aksini kararlaştırabilirler.

Kurulda yer alan taraf temsilcileri, tarafsız üçüncü kişi ile çeşitli zaman aralıklarıyla bir araya gelerek uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaya çalışır.⁵³ Taraflardan her biri, iddiaları ile delillerini kısa duruşma anlaşması çerçevesinde, Kurula sunarlar.⁵⁴ Oturumlar gayriresmidir, tanık yoktur ve esnek kanıtlar ve usuli kurallar mevcuttur.⁵⁵

⁴⁹ Soysal, a.g.m., s. 214.

⁵⁰ Yöntem hakkında detaylı bilgi için Tanrıver, a.g.e., ss. 161-164.

⁵¹ Hakan Pekcanitez, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.5, 2005, s. 12.

⁵² Akıncı, a.g.m, *Batıder*, s. 106.

⁵³ "Uygulamada mini yargılamayı yapan üçüncü kişi, genellikle emekli bir yargıç olmakta ve bu halde söz konusu çözüm yolu "rent a judge" (kiralık hakim) olarak adlandırılmaktadır." Akıncı, a.g.m., *Batıder*, s. 106.

⁵⁴ Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, S. 64, 2006, s. 165.

⁵⁵ Özbek, a.g.e., 2009, s. 334.

Kısa duruşmaların amacı, soruşturmanın derinliği değil, uyuşmazlığa uzlaşma yolu ile çözüm getirmeye yarayacak bilgilerin sunulmasıdır.⁵⁶

Kısa yargılama yöntemi, küçük çaptaki uyuşmazlıklar için kısa da olsa bir yargılama niteliğinde olduğundan zaman; etkin bir şekilde yürütülmesi için temsilci ve tarafsız üçüncü kişiyi gerektirmesi nedeniyle masraf açısından dezavantajlı olabilmektedir. Bu sebeple bu yöntem daha çok, iş çevreleri tarafından geliştirilen ve özellikle ticari uyuşmazlıkların çözümünde olumlu sonuçlar alınmasına olanak veren bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu konumundadır.⁵⁷

7. Seri Jüri Yargılaması Yöntemi

Seri Jüri Yargılaması (*Summary Jury Trial*) genelde tahkikat sonrası başvuru olan, yargılama sürecine hazır olan davaların çözümünü kolaylaştırmaya yönelik bir usuldür. Tarafların iddia ve savunmalarının dinlenmesinin ardından jüri, tavsiye niteliğinde bir karar verir.⁵⁸ Taraflar dilerse bu kararı sonraki müzakerelere veya davalara esas alabilirler.

Bu yöntemin daha çok yargılamanın uzun süreceği tahmin edilen davalarda kullanılması tercih edilir. Ancak bu yöntemi diğer ADR yöntemlerinden ayıran husus jüri üyelerinin mahkemenin davetiyesiyle çağrılmasıdır. Yani genellikle hakimlerce belirlenen bir usuldür.⁵⁹

8. Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü (ODR)

Dünya genelinde internet kullanımının artmasıyla birlikte internet üzerinden gerçekleşen sanal işlemlerin, özellikle ticaretin hacmi de artış göstermiştir. Ticaret hacmindeki artış, çözümlenmesi gereken uyuşmazlıkların sayısının artmasına yol açmıştır. Elektronik ortamda meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde geleneksel

⁵⁶ İldır, a.g.e., s. 111.

⁵⁷ İldır, a.g.e., s. 108.

⁵⁸ Özbek, a.g.e., 2022, s. 451.

⁵⁹ Detaylı bilgi için Özbek, a.g.e., 2009, s. 386.

uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yetersiz kalmasıyla birlikte dünyada yeni bir arayış başlamıştır.

“Çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, internetin sağlamış olduğu kolaylığın kullanılması suretiyle, uyuşmazlıkların istenilen yerde ve zamanda, istenilen şekilde ve tarafların fiziki olarak bir araya gelmelerine gerek olmaksızın çözümlenmesi sürecini ifade etmektedir.”⁶⁰ Kısacası bu yöntem, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü sırasında teknolojinin de kullanıldığı bir yöntem olarak adlandırılabilir. Anlaşılacağı gibi, sadece online ortamda gelişen uyuşmazlıkların çözümü için değil, online ortam dışında meydana gelen uyuşmazlıkları yine online ortamda çözmek için de geliştirilmiştir. Teknoloji destekli çözümlere bazı örnekler şunlardır: Çevrimiçi müzakere, çevrimiçi arabuluculuk, çevrimiçi tahkim, çevrimiçi arabuluculuk-tahkim (med-arb), çevrimiçi ombudsman işlemleri ve siber mahkemeler.⁶¹

ODR, öncelikli olarak uyuşmazlık çözüm yollarından müzakere, arabuluculuk ve tahkimi ya da üçünü bir arada barındırır. Bu bakımdan genellikle alternatif uyuşmazlık çözümünün çevrimiçi eşdeğeri olarak görülmekle birlikte, ODR yenilikçi teknolojiler kullanarak uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan geleneksel yöntemleri güçlendirir.⁶²

İnternet üzerindeki uyuşmazlık çözümünde, internet üzerinde formlar doldurularak, tarafların isim ve adres bilgileri, uyuşmazlığın konusu, uyuşmazlıkla ilgili vakıalar anlatılmakta, tahkim veya arabuluculuk hizmeti sunan internet sitesinde kayıtlı bulunan hakem veya arabulucuların isim ve adresleri taraflara sunulularak taraflardan seçim yapmaları istenmekte ve gerekli masraflar tarafların kredi kartlarından tahsil edildikten sonra uyuşmazlığın çözüm süreci başlatılmaktadır.⁶³ Online müzakere için geliştirilen bazı ODR sistemleri Cybersettle, Smartsettle, SquareTrade, ClickNSettle vb. olarak karşımıza çıkarken; online arabuluculuk için www.onlineresolution.com, www.1-2-3settle.com, www.webmediate.com internet siteleri; online tahkim için ise Alan Adı

⁶⁰ İnan Uluç, “Online Uyuşmazlık Çözümü”, *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan*, 1. B., C. 2, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015, s. 1614.

⁶¹ Detaylı bilgi için Cemre Çise Kadioğlu, “*Bricks And Clicks: Online Dispute Resolution Mechanisms And Implementation Of Online Arbitration In Turkey For Cross-Border Business To Consumer E-Commerce Disputes*”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, S.1, 2019, ss. 113-146.

⁶² Şamil Demir, "Online Uyuşmazlık Çözümü (ODR) - Elektronik İmzalı İlam Hükümünde Anlaşmalar" *Ankara Barosu Bilişim ve Hukuk Dergisi*, 2007, s. 20.

⁶³ Ziya Akıncı, “Elektronik Tahkim”, *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu*, ed. Hakan Pekcanitez, İzmir, 2002, s. 429.

Uyuşmazlıklarının İnternet Sayılar ve İsimler Tahsis Birliği tahkim usulü(ICANN), Uluslararası Uyuşmazlık Önleme ve Çözümü Kurumu(CPR), Ulusal Tahkim Kurulu (NAF), ABA ve MTO'nun uygulamaları örnek verilebilir.⁶⁴ Dünyada uygulanmaya başlayan online tahkim yargılamaları, uluslararası nitelikteki ticari uyuşmazlıkların çözümünde önemli role sahip olmuştur. Çevrimiçi uyuşmazlık çözümlerine yalnızca sanal işlemler sonucu doğan uyuşmazlıkların veya küçük çaptaki uyuşmazlıkların çözümü için başvurulduğunu söylemek doğru olmaz. İnternet konferansı ile uyuşmazlık çözümü, bir arada bulunması sakıncalı olabilecek ve müzakerelere zarar verebilecek kişilerin birbiriyle karşılaşmadan uyuşmazlıklarını çözebilmelerine imkan tanıdığı için desteklenmekte; ayrıca birbirinden uzak yerlerde bulunan kişilerin bir araya gelmek için zaman para ve emek harcamalarına gerek kalmaması ve kültürel çatışmalardan korunulmasını sağladığı için tercih edilmektedir.⁶⁵ Tüm bunlara ek olarak örneğin; 2019 yılında COVID-19 pandemisinin ticari hayatı ve bununla beraber uyuşmazlık çözüm araçlarını da sekteye uğratmasına karşılık, çevrimiçi oturumlar barındıran uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin -aynı zamanda coğrafi sınır kısıtlamasının da olmaması sayesinde- tikanıklığın önünü açtığını söyleyebiliriz. Türkiye'de İstanbul Tahkim Merkezi, tahkim yargılamalarında çevrimiçi duruşmaları mümkün kılmaktadır.⁶⁶ Ancak henüz ülkemizde çevrimiçi uyuşmazlık çözümüne(ODR) dair uygulamaya yönelik etkili atılımlar görmemekteyiz. Gelişen global e-ticaret ve uyuşmazlıkların seri çözümünde dünyayı yakalamak ve Avrupa Birliği tarafından sağlanan ODR platformuna katılmak yönünde öncelikle ülkemizde yapılacak çalışmalar⁶⁷ önem arz etmektedir. Mesela mevzuatımızda çevrimiçi usullerle ilgili düzenlemeler yapılmaya dek İstanbul Tahkim Merkezi bu konuda aday olabilir.

⁶⁴ Detaylı bilgi için bkz. Melis Ercan, "Uyuşmazlıkların Online Çözüm Yöntemleri" (Yüksek Lisans Tezi) Gazi Üniversitesi, 2017

⁶⁵ Bkz. Özbek, a.g.e., 2022, s. 276.

⁶⁶ ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları

⁶⁷ Avrupa Birliğince finanse edilen, arabuluculuk ve tahkime başvurunun ve kapsamının artırılması ile genişletilmesi amacıyla yürütülen Türkiye'de Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Geliştirilmesi Projesi kapsamında çevrimiçi uyuşmazlık çözümleri için de çalışmalar yapılabilir. Proje detayları için bkz. <https://www.coe.int/tr/web/ankara/promoting-alternative-dispute-resolution-adr-in-turkey> (Erişim Tarihi: 20.09.2021)

II. ARABULUCULUK VE TAHKİM

Çalışmamızın konusu olan, arabuluculuk ve tahkimi bir arada bulunduran karma yapılı “med-arb” uyuşmazlık çözüm yolunu açıklanmadan önce, arabuluculuk ve tahkim yollarının işleyişlerine değinilmesi faydalı olacaktır. Aşağıda arabuluculuk ve tahkim kavramlarının dünya literatüründeki karşılıkları incelenecek ve uygulamaları Türk Hukuku penceresinden ele alınacaktır.

A. ARABULUCULUK

1. Arabuluculuk Kavramı ve Temel İlkeleri

Dostane çözümlerin temelinde, uyuşmazlık taraflarının aralarındaki mevcut uyuşmazlığı kendilerinin çözmesi veya en azından uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlaması düşüncesi yer almaktadır. Elbette ki bir uyuşmazlığın çözümünde en iyi, hızlı ve kalıcı yöntem iki tarafın karşılıklı anlaşarak uyuşmazlığı sona erdirmesidir. Ancak bu durum her zaman mümkün olmayabilir. Taraflar, bir araya geldiklerinde uzlaşma ortamını sağlayacak, ilişki ve iletişimi devam ettirmelerine yardımcı olacak tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişiye ihtiyaç duyabilirler. Tahkim ve devlet yargısı yolları, nitelikleri gereği bir yargılama olması ve buradaki üçüncü kişinin haklılığı tartarak karar verecek konumda olması hasebiyle taraflar, kendilerine çözüm sürecinde yardımcı olacak, buna uygun ortamı sağlayacak birini tercih etmek istiyorlarsa arabuluculuk yolunu seçeceklerdir.

Üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen ADR yollarından en çok başvurulanı ve ADR yolları içinde temel çözüm yolu arabuluculuktur.⁶⁸ Arabuluculuğa, arabuluculuğa elverişli konular kapsamında, küçük miktarda taleplerden büyük ve karmaşık uluslararası uyuşmazlıklara kadar her türlü uyuşmazlık için başvurulabilir. Arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılması açısından, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilme olanağının bulunması kaydıyla, özel hukuk uyuşmazlığının, yabancı unsur taşıyor olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur.⁶⁹

⁶⁸ Özbek, a.g.e., 2022, s. 658.

⁶⁹ Tanrıver, a.g.e., s. 59.

“Arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, tümüyle bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı yahut katılımıyla yürütülen gönüllü bir usuldür.”⁷⁰ Bu süreç tamamen tarafların kontrolünde ilerler ve arabulucu çatışma içinde olan tarafların hak ve menfaatlerini gözeterek her ikisinin de müştereken destekleyeceği bir çözüme ulaşmalarını kısa sürede sağlayacak bir rol üstlenir. Daha önce bahsedildiği gibi, taraflardan her biri arabuluculuk sürecine devam etmek istemezse süreci sona erdirebilir. Arabuluculuk, dava ve tahkimin aksine, doğrudan müzakereler başarısız olduğunda bile, taraflara uyuşmazlıklarının sonucunu kontrol etme imkanı sağlar.⁷¹ Taraflar anlaşmaya varamazlarsa verimli sonuç elde etme ve dostane ilişki kurma fırsatını kaybetseler de tarafların hakları arabuluculuktan zarar görmez. Ancak arabuluculuğun doğru uygulanmaması, temel ilkelerden uzaklaşılması sebebiyle sürecin başarısız olduğu durumlarda arabuluculuğun olumlu yönlerinden ziyade olumsuzluk oluşturabilecek konular hasıl olabilir. Çünkü bu sefer, taraflar hem arabulucu hem de yargı şeklinde iki çözüm yoluna başvurmak durumunda kalır, hatta aynı sorunun karmaşık hale gelmesi söz konusu olur.⁷²

Arabuluculuk, yargılama yapılan usullerin aksine geçmişte olan çatışmalar sebebiyle bozulan dengenin haklı-haksız ayrımı yapılması suretiyle önceki halin tespitinin ortaya koyulmasını değil; geleceğe yönelik olarak tarafların ortak menfaatleri doğrultusunda uyuşmazlığın sona erdirilmesini hedefleyen bir usuldür. Bu yola başvuran taraflar çözüme ulaşma yolunda sürekli çatışma halinde olmaktan uzak olduklarından duygusal bitkinlikle de uğraşmayacaklardır. Ayrıca arabuluculuğun taraflara sunduğu yararlar yanında nihayetinde mahkemelerin iş yükünü azaltması kurumun bir diğer faydasıdır. Arabuluculuğun yargısal yollara göre temel avantajları şu şekilde sayılabilir⁷³:

- Menfaat ve ihtiyaçlara odaklanır
- Daha kısa sürer

⁷⁰ Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *TBB Dergisi*, S. 64, 2006, s.165. Benzer tanımlar için bkz. Özbek, a.g.e., 2022, s. 658; Pekcanitez, a.g.e., s. 2813; Muhammet Özkes, Murat Atalı, Vural Seven vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2.B, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019, s. 17

⁷¹ Özbek, 2022, a.g.e., s. 662.

⁷² Özkes, *Arabuluculuk*, a.g.e., s. 21.

⁷³ Bkz. Özkes, *Arabuluculuk*, a.g.e., s. 21.

- Daha az masraflıdır
- Süreç ve sonuç tarafların kontrolündedir (sonuç öngörülebilir)
- Güvenirlik ve gizlilik önemlidir
- Diyalog ve iletişim esastır
- Psikolojik ve sosyolojik riski azdır (taraflar birbirini anlamaya çalışır)
- Tarafların üzerinde anlaşmaları çözüm tarzı esastır (esnektir)
- Tarafların sosyal ve ekonomik ilişkileri devam eder
- Sonuca daha kolay ulaşılır ve kalıcıdır (esnek ve iletişime dayalı olduğundan)

Tablo 3: Arabuluculuğun Avantajları⁷⁴

Arbuluculuk (Mediation)
Gönüllülük esası (<i>Voluntary</i>)
Arbulucunun taraflarca seçilmesi (<i>Party-selected mediator</i>)
Gayri resmi bir usul (<i>Informal process</i>)
Menfaat temelli bir usul (<i>Interest based process</i>)
Kazan-kazan şeklinde bir sonuç (<i>Win-win outcome</i>)
Özel (gizli) bir usul (<i>Private process</i>)
Daha az masraf yapılması (<i>Less cost</i>)
Daha az zaman harcanması (<i>Less time</i>)
Daha iyi bir çözüme ulaşılması (<i>Better settlement</i>)
Gelecekteki ilişkilerin korunması (<i>Preserve future relations</i>)
Tarafların şahsi onurlarının korunması (<i>Preserve self-esteem</i>)

Arbuluculuk tarafların kontrolünde, menfaat temelli ve esnek bir yol olduğundan tek tip bir arbuluculuk usulü yoktur; taraflar ve arbulucu sorun çözümünde tarafların gereksinimlerini her olay özelinde güç ilişkilerini dikkate alarak yaratıcı yaklaşımlar benimseyebilir. Fakat arbuluculuğun temel ilkeleri tüm arbuluculuklarda daima aynıdır. Aşağıda bununla ilgili olarak bir tabloya yer verilmiştir:

⁷⁴ Özbek, a.g.e. 2022, s. 662 (Şekil 12).

Tablo 4: Arabuluculuğun Temel İlkeleri

Taraflarca seçilen bir arabulucu mevcuttur
Arabulucu tarafsız ve bağımsızdır
Arabuluculuk süreci gizli ve özeldir
Taraflar sürecin her aşamasında eşit haklara sahiptir
Sürece katılım (başvuru, süreci devam ettirme, sona erdirmeye) gönüllüdür
Arabulucu bağlayıcı karar veremez
Arabulucunun yetkisi taraflardan kaynaklanır
Menfaat temelli çözüm yürütülür
Karşılıklı anlaşmaya dayalı sonuç hedeflenir

Gönüllülük (iradilik, ihtiyarilik) esasına göre; taraflar, arabuluculuk sürecine başvurma, devam ettirme ve sona erdirmeye konusunda serbesttirler. Her bir tarafın, aralarında bir arabuluculuk sözleşmesi olsa dahi, süreci devam ettirme ve mutlaka anlaşmayla bitirme zorunluluğu yoktur ve dahi böyle bir anlaşmanın olması doğrudan yargıya başvurma imkanını ortadan kaldırmayacaktır.

Arabuluculuk tarafların iradesine dayalı bir yol olduğu için, aksine kanuni düzenleme olmadıkça (arabuluculuk dava şartı olmadıkça) taraflar, arabuluculuğa başvuru konusunda zorlanamaz. Dolayısıyla, tarafların arabuluculuğa yönelik iradelerinin bulunması gerekmektedir. Taraflar bu konuda bağımsız bir sözleşme yapabilir veya esas sözleşmeye arabuluculuk şartı koyabilirler.

Mevzuatımızda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun gönüllülük esasıyla ilgili hükümleri şu şekildedir:

MADDE 3 – (1) Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. (Ek cümle:6/12/2018- 7155/22 md.) Şu kadar ki dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi⁷⁵ hükmü saklıdır. (...)

⁷⁵ Belirli iş uyuşmazlıkları, ticari uyuşmazlıklar ve tüketici uyuşmazlıkları için getirilen istisna “zorunlu arabuluculuk kurumu” ilerde açıklanacaktır.

Yine aynı konuyla ilgili olarak HUAK Yönetmeliğinde şu madde hüküm altına alınmıştır:

MADDE 5 – (1) Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbest olup, öncelikle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırma konusunda anlaşırlar. Taraflar, bu sürecin içine zorla dâhil edilemeyecekleri gibi her aşamada uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmekten de vazgeçebilirler. Ancak dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin özel hükümler saklıdır.(...)

Eşitlik ilkesi, arabuluculuk sürecinde arabulucunun taraflara karşı eşit mesafede olmasını ve taraflardan her birinin sürecin kontrolünde eşit söz hakkına sahip olmasını ifade eder. Buradaki eşitlik kavramı tarafların hukuki, sosyolojik veya ekonomik konumları ile alakalı değil, sürece katılım yönündendir. Arabuluculuktaki eşitlik sadece görünüşte bir eşitlik olmamalı, tarafların içselleştirdikleri bir eşitlik olmalıdır.⁷⁶ HUAK m. 3(2) ve HUAK Yönetmeliği m. 5(2) eşitlik ilkesi düzenlenmiştir.

HUAK MADDE 3 – (...) (2) Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler.

HUAKY MADDE 5 – (...) (2) Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse süreç boyunca eşit haklara sahiptirler. Taraflardan biri arabuluculuk sürecinin dışında bırakılmayacağı gibi söz hakkı da diğerine göre kısıtlanamaz

Arabuluculukta gizlilik en hassas ilkelerden birisidir. Bu ilke, arabuluculuğu yargılamanın aleni olduğu devlet mahkemelerinden ayıran avantajlı bir husustur. Herkesçe bilinmesinden sakınılan önemli bazı konuların gizli kalması ilişkilerin devamı ve tarafların sosyal hayatı veya iş hayatındaki prestijleri açısından önemlidir. Ancak gizlilik içerisinde yürüyen bir süreçte taraflar gerçekçi ve samimi bir tavırla çözüme odaklanabilir. Aksi halde taraflar gerekli bilgileri vermekten kaçınabilir. Gizlilik esası taraflara açıklamaktan çekindikleri bilgileri açıklamaları için cesaret verir. Özgür açıklamalar ve bu sayede oluşan güven ortamında tarafların gerçek menfaatleri öğrenilebilir; daha akılcı ve etkili çözümler üretilebilir.

⁷⁶ Özkes, *Arabuluculuk*, a.g.e., s. 31.

Ne var ki arabuluculukta gizlilik mutlak değildir. “Arabuluculukta taraflar gizliliğe dair bir sözleşme yapmadığı veya bu konuda bir kanun hükmü olmadığı takdirde gizliliğe uymak zorunda değildirler.”⁷⁷ Tarafların bu konuda özgür olmasına karşılık arabuluculuk yolu, normatif anlayışının gereği olarak gizli ve özeldir. Arabuluculuk sürecinde arabulucu taraflara istisnasız her zaman gizlilik sunar. Bunun yanında genellikle süreçte kullanılan bilgi ve belgelerin dava aşamasında ileri sürülmesini engelleyen delil kuralları mevcuttur.

Farklı hukuk sistemlerinde, gizlilik yükümü kanundan veya tarafların ispat hakkını kısıtlamayacak şekilde sözleşmeden doğabilir.⁷⁸ Hukukumuzda HUAK m. 4’te; “(1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. (2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar”, denilerek arabuluculukta gizlilik yükümlülüğü kanunen düzenlenmiştir. Gizlilik kapsamında olarak arabulucu özel oturumlarda elde ettiği bilgileri, izin verilmedikçe karşı tarafla paylaşamaz, ayrıca arabuluculuk sürecinde elde edilen bilgiler başkalarıyla da paylaşamaz ve arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan beyan ve belgelerin de daha sonra kullanılması mümkün değildir.⁷⁹

Gizlilik, hem sürece katılanların sır saklama yükümlülüğü olarak iç ilişkide hem de üçüncü kişilerle paylaşılmaması olarak dış ilişkide gözetilmelidir. Öyleyse gizlilik hem arabulucunun hem de tarafların uyması gereken çift görünümlü bir yükümlülüktür. Mevzuatımıza göre gizliliğin üç istisnası olduğunu görmekteyiz:

1. Tarafların aksini kabul etmesi (HUAK m.4)
2. Kanunun emrettiği hallerde gizliliğin kaldırılması (HUAK m. 5/3, c.3),
3. Arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın icrası için gerekli olan durumlar (HUAK m.5/3 c.3)

Yukarıda sayılanlar dışında gizlilik yükümüne uyulmaması (arabuluculukta gizliliğin ihlali) HUAK m. 33’te yaptırıma bağlanmıştır:

⁷⁷ Özbek, a.g.e., 2022, s. 679.

⁷⁸ Özbek, a.g.e., 2022. S. 679.

⁷⁹ Özekes, a.g.e., s 34.

MADDE 33 – (1) Bu Kanunun 4 üncü maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukukten korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır.

Arabuluculukta gizlilik esasının yanında ve kapsamında, birçok hukuk sisteminde⁸⁰ arabuluculuk sürecinde elde edilen **belge, bilgi ve beyanların kullanımıyla** alakalı ayrıca bir koruma getirilmiştir. Mevzuatımızda da gizlilik ilkesini bu anlamda tamamlayan hüküm HUAK m. 5'te düzenlenmiştir:

MADDE 5 – (1) Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.

b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.

c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakta veya iddianın kabulü.

ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

(2) Birinci fıkra hükmü, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır.

(3) Birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz.(...)

Düzenlemeden anlaşılacağı gibi; arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan, ileri sürülen bilgi ve belgeler taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar dahil, ileride dava açılması suretiyle (devlet hukuk mahkemeleri veya tahkim yargılamasında) delil

⁸⁰ Detaylı bilgi için bkz. Özbek, a.g.e., 2022, ss. 681-684.

olarak ileri sürülemez ve sürülse dahi hükme esas alınmaz. Kanun koyucu bu beyan ve belgeleri kalemler halinde saymıştır. Gizlilikle ilgili hukuki düzenleme dürüst, samimi, güvenilir, özgür, rahat ve sonuca gitmeyi, yani mutabakata varmayı hedefleyen bir tartışma ve müzakere ortamının yaratılmasını gerçekleştirmek için öngörülmüştür ve bu düzenlemelerin kapsamı, tarafların ispat hakkını (HMK m. 189,I) ortadan kaldıracak, onların hukuki dinlenilme haklarını (HMK m. 27) sınırlandıracak şekilde genişletilemez.⁸¹

Sayılan beyan, bilgi ve belgelerin ne şekilde olduğu önemli değildir; yazılı, sözlü veya tanık beyanı olabilir. Bu belge ve bilgilerin elde edildiği arabuluculuk sürecindeki uyuşmazlık konusu ile daha sonra taraflar, arabulucu ve diğer üçüncü kişilerin kullanacakları dava ya da mahkeme, tahkim ve idari makamın önündeki dava veya işin bağlantılı olması da gerekmez.⁸² Sözgelimi bir iş davasında bu sebeple kullanılmayan bilgi daha sonra farklı bir alacak davasında da kullanılmayacaktır.

Öte yandan HUAK 5. maddesinin son fıkrasında “*Birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.*” hükmü yer almaktadır. Buradan anlaşılacak olan, birinci fıkrada sayılan sınırlamaların dışındaki delillerin, arabuluculuk faaliyetinde sunulmuş ve yer yer tartışılmış olmasının, sırf bu sebeple yargılamalardaki ispat geçerliliklerini yitirmiş hale getirmeyeceğidir. Örneğin, taraflardan birinin diğer tarafa gönderdiği ihtar, karşı tarafın ona verdiği senet ya da olaya tanıklık etmiş kişinin beyanı zaten tarafın elinde olduğu için (arabuluculuk sürecinde elde edilmediği için), önce arabuluculuk yoluna başvurup bu süreç başarısız sonuçlanırsa dava açıldığında sırf arabuluculuk sürecinde de kullanıldı diye artık kullanılmayacak delil sayılmayacaktır.⁸³ Fakat karşı taraf bu bilgiyi ilk defa arabuluculukta öğrendiyse ve arabuluculuk olmasaydı bunun öğrenilmesi mümkün olmayacaktı ise, sözkonusu bilginin arabuluculuk sürecinde elde edildiği kabul edilmelidir.

⁸¹ Tanrıver, a.g.e., s. 69.

⁸² Özkes, a.g.e., s. 36.

⁸³ Özkes, a.g.e., s. 36.

Tüm bunlarla beraber HUAK m. 5'e dayanarak, "arabulucu uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak sonradan açılan bir davada tanıklık yapmaktan⁸⁴ çekinmek zorundadır ve arabuluculuk esnasında öğrendiği bilgileri açıklamaya zorlanamaz." Ancak usul kanunlarımızda (HMK m. 240 vd.) tanıklıktan çekinme hakkı arabulucular için doğrudan tanınmamış olup, bu konuda kanuni bir düzenleme yapılabilir. Yine arabulucu TCK m. 272'ye göre arabuluculuk görevinin icrası sırasında (kamu görevi olması hasebiyle) bir suç işlendiğini öğrenirse gizlilik yükümü kalkar ve suçu bildirmek zorundadır.

Görüldüğü gibi, arabuluculukta gerek gönüllük gerek eşitlik gerekse gizlilik sağlanmasında arabulucunun rolü oldukça önem arz eder. Arabulucunun, tarafları aydınlatma yükümlülüğü (HUAK m. 11) tarafların sürece katılımları için verdikleri rıza ile bağlantı içindedir. Benzer şekilde arabulucunun uygulayacağı teknikler bakımından, taraflara eşit mesafede olması ve sürecin işleminde eşit iletişim ortamı tanınması eşitlik esası için ehemmiyet taşır. Yine arabulucu, gizliliğin korunacağı hakkında tarafların güvenini sağlamalıdır.

Kanunda açıkça belirtilen yukarıda sayılan üç ilke ve bunlar yanında arabuluculukla bağlantılı ve arabuluculuğun temel özelliklerini oluşturan tüm ilkeler, dostane bir çözüm olan arabuluculuğun başarıya ulaşmasındaki yegane faktörlerdir.

2. Arabuluculuğun Gelişimi ve Düzenlemeler

a) Genel

Bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk, yeni icat edilmiş bir kurum olmayıp esasen çok eski tecrübelerle dayanan ve farklı görünüş tarzlarıyla insanlık tarihinde yer edinmiş bir usuldür. İnsanın varoluşundan bu yana, topluluk üyeleri arasındaki anlaşmazlıklar, diğer üyeler için müdahale konusu olmuştur. Arabuluculuğun toplumsal bir kontrol ve uyuşmazlık çözüm aracı olarak kurumsallaştığı eski çağda (M.Ö. 3000 yıllarında) Mısır, Babil ve Asur'da geleneksel arabuluculuk örneklerine rastlamak

⁸⁴ Mukayeseli hukukta tanıklık yapmama imtiyazı için bkz. Özbek, a.g.e., 2022, ss. 684-689.

mümkündür.⁸⁵ Aynı şekilde geleneksel arabuluculuğun İslam Hukukundan Uzak Doğu Medeniyetleri kültürüne kadar büyük değer gördüğü anlaşılmaktadır.⁸⁶

Arbuluculuk daha önceleri çok formel olmayan daha gayri resmi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi iken zamanla yargısal faaliyete entegre bir şekilde kurumsallaşmış, daha formel bir yapıya kavuşmuş bir kurum olarak son çeyrek yüzyılda önemli gelişme göstermiştir.⁸⁷ Avrupa devletleri ve ABD’de arabuluculuk uygulamaları ve bu konuda düzenlemeler yaygınlaşmıştır. Bugünkü anlamıyla arabuluculuk konusundaki ilk gelişmeler 1960lardan itibaren ABD’de yaşanmaya başlamıştır.⁸⁸ ABD’deki hukuk anlayışı bu gelişimin yaşanmasında etkilidir. Arabuluculuğun kendine has özellikleri, ABD’de yargı sistemindeki maliyet, zorlayıcı yargılama usulleri, delillerle alakalı zorlayıcı düzenlemeler vb. sebepler arabuluculuğu daha cazip ve rağbet görür hale getirmiştir. 1979 yılında yapılan Roscoe Pound Konferansı sonrasında, mahkemelerin, sadece yargılama yapan bir yer değil; aynı zamanda uyuşmazlıklar için en uygun çözüm yolunu yönetecek bir uyuşmazlık çözüm merkezi hâline getirilmesine karar verilmiştir ve bu modern arabuluculuk için milat kabul edilmektedir.⁸⁹

ABD’deki gelişmeler sonrasında 1990 yılında İngiltere ve Fransa başta olmak üzere Avrupa ülkelerince arabuluculuk dikkate alınmaya başlamıştır. “2002 yılında UNCITRAL Milletlerarası Ticari Arabuluculuğa ilişkin Model Kanununu kabul etmiştir. Bu gelişmelerden etkilenen Avrupa Birliği⁹⁰ 2002 yılında Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne ilişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitabı hazırlamış; 2008 yılında ise adalete daha iyi erişimi kolaylaştırmak amacıyla Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (2008/52/EC) kabul edilmiştir.⁹¹ 2003 yılında Avrupa Konseyi’nin 1639 sayılı Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik konusundaki Tavsiye Kararı (madde 7.5 ve madde 8.2) taraflar arasında güç dengesinin

⁸⁵ Özbek, a.g.e., 2022, s. 701.

⁸⁶ Detaylı bilgi için bkz. Özbek, a.g.e., 2022, ss. 701-707.

⁸⁷ Özekes, a.g.e., s. 37.

⁸⁸ Özekes, a.g.e., s.38; Ildır, a.g.e., s. 31; Tuğsavul, a.g.m., s. 32.

⁸⁹ Bkz. Temel Arabuluculuk Katılımcı Kitabı, Adalet Bakanlığı, s. 27; Özekes, a.g.e., s. 38.; Tuğsavul, a.g.m., s. 33.

⁹⁰ Avrupa Birliği kendi alanı içinde arabuluculuk kurumunun gelişmesi için bazı tavsiyeler almış ve ilk 1998 yılında Avrupa Konseyi üye devletlere adalete erişimin iyileştirilmesi için mahkeme dışı uyuşmazlıkların geliştirilmesine yönelik çağrıda bulunmuştur. Özekes, a.g.e., s. 39.

⁹¹ Temel Arabuluculuk Katılımcı Kitabı, Adalet Bakanlığı, s. 27.

gerekliliğini ve bunu sağlamanın arabulucunun temel sorumluluğu olduğunu açıkça belirtmekte ve ayrıca aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların yapı ve içerik bakımından farklı özellikler göstermesi nedeniyle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı'nı bu alan için düzenlemiştir.⁹² Bu konuda temel kaynak niteliğinde bir diğer çalışma Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konusunda Rec (2002) 10 Sayılı Tavsiye Kararı ve Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu'nun (CEPEJ) Aile ve Hukuk Arabuluculuğuna ilişkin Tavsiye Kararı'nın daha iyi Uygulanmasına Yönelik Kabul Ettiği Rehber İlkelerdir (CEPEJ (2007) 14)."⁹³

Ulusal düzenlemelerde arabuluculuğa başvuru ve arabuluculuk süreci ile ilgili benimsenen farklı sistemler mevcuttur. Örneğin; Fransa, Belçika Macaristan, Avusturya, Bulgaristan gibi ülkelerde arabulucuya başvuru tamamen tarafların iradesine bırakılmışken; İspanya, İtalya ve İngiltere gibi ülkelerde arabuluculuk zorunlu bir çözüm yoludur. Almanya ve Yunanistan gibi ülkelerde ise kimi uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk dava şartı (dava açmadan önce arabulucuya başvuru) kabul edilmiştir. Fransa'da alternatif çözüm yöntemleri hem devlet tarafından hem akademik çevrelerce destek görmektedir. İngiltere'de, Usul Kanununda (*Civil Procedure Rules, 1998*) mahkemeleri duruşmaları yönetirken "tarafları bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi kullanmaya teşvik etmek" ile sorumlu kılmakta, dava taraflarına yargılama öncesinde anlaşmaya varmaları yönünde baskı yapılmakta ve davanın başlamasıyla birlikte dava yönetim sürecini devreye sokmakta, yargılama sürecine alternatifler getirmektedir.⁹⁴ Almanya'da Alman Medeni Usul Hukuku'na göre dava konusu uygun ise mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm önerisi hakim tarafından sunulabilmektedir. İtalya'da ihtiyari arabuluculuk uygulamaları yanında bir dönem iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk zorunlu hale getirilmiş, ancak daha sonra bu da ihtiyari olarak uygulanmaya başlamıştır.⁹⁵

Günümüze yaklaştıkça ulusal düzeyde yapılan düzenlemelerin yanında arabuluculuk için uluslararası tahkim kurumlarının model kılavuzlar yayınladığını

⁹² Özkes, a.g.e., s. 39; Temel Arabuluculuk Katılımcı Kitabı, s. 27.

⁹³ Özkes, a.g.e., s. 39.

⁹⁴ Semih Sırrı Özdemir, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı: İngiltere'deki Düzenlemeler ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *Hacettepe Hukuk Fak. Dergisi*, S.2(1), 2012, s.59.

⁹⁵ Ülkeler bazında arabuluculuk uygulamaları için bkz. Özbek, a.g.e., 2022, ss. 700-729; Resul Kurt, "İş Yargısında "Arabuluculuk""Mediation" In Labour Judgement", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 135, 2018, ss. 405-444.

görmekteyiz⁹⁶. Gelişen global ticaret, değişen hayat koşulları sonucunda ADR'yi ve arabuluculuğu ön plana çıkaran ve dahası değişen ihtiyaçlara kolay cevap sağlayacak farklı modellerin geliştirildiği kurallar ve uygulamalar yaygınlaşmaktadır.

b) Türkiye'de Arabuluculuk

Eski zamanlardan beri toplumumuzun uyuşmazlık çözüm kültüründe arabulma, tarafları barıştırma, barış elçiliği, kadılık vb. yöntemlerin yer alması, ülkemiz açısından alternatif uyuşmazlık çözümlerinin yeni bir kavram olmadığını göstermektedir. Münhasıran devlet yargısının zorlayıcı sürecinin değil; toplumun yargıya bakışı ve uzlaşma kültürünün, sosyal yapısı ve alışkanlıklarının arabuluculuğun benimsenmesinde olumlu etki sağladığını söyleyebiliriz. Türk hukuku, bugün için de uyuşmazlıkların yargı dışı yollarla çözülmesi kültürüne sahiptir; ancak alternatif çözüm yollarının kurumsallaşması ve yaygın uygulamaya sahip olması daha yeni bir konudur.⁹⁷ Arabuluculuk, Türk hukukunda devlet yargısı, tahkim ve diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleri gibi adalete erişim yollarından biri olarak kabul edilmektedir.

Türk hukuku mevzuatında Hukuk Muhakemeleri Kanunu 137/1, 140/2-3- 312/2, 320/2 maddelerinde⁹⁸ arabuluculuğun yargılamayla ilişkisine dair düzenlemeler mevcuttur. Ancak arabuluculuk konusunda en temel ve en önemli düzenleme 2012 tarihli 6285 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğidir.

6285 s. Kanun ile kurumsal olarak mevzuatımıza girmiş olan arabuluculuk, ihtiyari(gönüllü) arabuluculuktur. Ancak 01.01.2018 tarihinde 7036 sayılı İş Kanunu'yla "zorunlu arabuluculuk kurumu"nun yürürlüğe girmesi sonrası HUAK hükümlerinde de bazı önemli değişiklikler yapılmıştır. İş Kanunu'nda düzenlenen zorunlu arabuluculuk uygulamasından kısa bir süre sonra 7155 sayılı Kanunla 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi" eklenmiş, dava şartı

⁹⁶ ICC Arabuluculuk Kuralları <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/> (17.06.2021); WIPO Arabuluculuk Kuralları <https://www.wipo.int/amc/en/mediation/rules/> (Erişim Tarihi 17.06.2021)

⁹⁷ Özekes, a.g.e., s. 40; Mustafa Özbek, "Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 51, 2002, s. 148.

⁹⁸ Hakimin tarafları sulhe ve arabuluculuğa teşvik ettiği bu hükümler hakim için bir tavsiye niteliğinde değil, aynı zamanda bir görevdir. Pekcanitez, a.g.e., s. 2825.

arabuluculuk getirilmiştir. Böylece zorunlu arabuluculuğun kapsamı iş hukukundan ticaret hukukuna⁹⁹ genişletilmiştir. Diğer taraftan HUAK m.3/1 düzenlemesinde yer alan arabuluculuğun iradi olması ilkesine dava şartı arabuluculuk istisna olarak eklenmiştir. Buna ek olarak daha önce İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan zorunlu arabuluculuk usulü, HUAK m.18/A ile genel bir düzenleme haline getirilmiştir. Son olarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna eklenen 73/A maddesi ile tüketici uyuşmazlıkları da dava şartı arabuluculuğa tabi kılınmıştır.

Mevzuatta bazı özel düzenlemelerde de arabuluculuk ve dostane çözümlerle ilgili düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, bu konuda en eski ve en önemli düzenleme olarak, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda 35/A maddesinde avukatlara tarafları uzlaştırması ve sonucunda ortaya çıkan belgenin ilam niteliğinde belge (İİK m. 38) olması hüküm altına alınmıştır. Esasen Avukatlık Kanununun 35/A maddesi bugüne kadar önemi tam anlaşılacak kadar etkin bir şekilde uygulanmamış, barolar ve avukatlar bu konunun üzerinde gereği gibi durmamıştır.¹⁰⁰ Bunun dışında 659 sayılı KHK kamunun taraf olduğu adli-idari uyuşmazlıkların uzlaşarak sulh ile çözümünü destekler hükümler getirmiştir. Yine aynı şekilde 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu(m. 49,57,60,63), 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun(m.7), 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun(m. 66vd.) ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu(m. 253-256) gibi bazı kanunlarda ADR ve arabuluculuk hakkında düzenlemeler mevcuttur.

Mevzuatımızda yukarıda sayılan düzenlemelerin var olması dışında aslında ADR ve arabuluculuğun uygulanması için hukuki bir altyapıya gereksinim yoktur. Sulh olabilecek taraflar yazılı düzenlemeye ihtiyaç duymadan pekala kendi aralarında uzlaşabilirler. Nitekim dostane çözümlere yönelik düzenlemeler yapılmasının bu yöntemleri sınırlayacağını savunan görüşler de mevcuttur. Fikrimizce toplumumuzda yer alan uzlaşma kültürünün kurumsal temellere dayanması, toplumda ADR yöntemlerinin benimsenmesini, bu konudaki farkındalığı ve güveni arttıracaktır. Lakin, kanuni

⁹⁹ Türk hukukunda zorunlu arabuluculuk uygulamasının kapsamına yönelik açıklamalara çalışmanın 3. bölümünde yer verilmiştir.

¹⁰⁰ Özkes, a.g.e., s. 42; Pekcanitez, a.g.e., s. 2825.

düzenlemelerin dostane çözümlerin ruhuna, temel ilkelerine ters düşecek şekilde sınırlayıcı ve zorlayıcı hükümler içermemesi gerekmektedir.

3. Arabuluculuğa Elverişli Alanlar

Arabuluculuk dünya uygulamalarında genel itibariyle özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından mümkündür. Bu uyuşmazlıkların tümüne yakını tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konulardan ileri gelmektedir. Buna karşın farklı hukuk düzenlerinde cezai ve idari konularda veya aile hukukuna dair boşanma, velayet gibi birtakım konularda arabuluculukta özel düzenlemeler yapılmıştır. Hatta bunlar gibi bazı uyuşmazlıklar için arabuluculuk zorunlu hale getirilmiştir.

Her türlü uyuşmazlık için mahkemeye başvurma imkanı bulunmakla birlikte, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ve arabuluculuğun uygulanabilmesi için, uyuşmazlığın, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri kamu düzenini ilgilendirmeyen bir konu olması gerekmektedir.¹⁰¹ Türk Hukuku uygulamasında arabuluculuğa elverişli alanlar Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda düzenlenmiştir. Anılan Kanunun ilk maddesindeki (amaç ve kapsam) düzenlemeye göre arabuluculuğun uygulama alanı bulacağı uyuşmazlıklar, hukuk uyuşmazlıklarıdır. Bu hukuk uyuşmazlıklarından sözü edilen, yabancılık unsuru taşıyanlar dahil her türlü özel hukuk uyuşmazlıklarıdır.

MADDE 1 – (1) (...)

(2) Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.

Kanun maddesinde de görüleceği üzere, arabuluculuk, özel hukuk uyuşmazlıklarından yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği (anlaşmaksuretiyle sulh olabilecekleri¹⁰²) uyuşmazlıkların çözümlenmesi bağlamında uygulama alanı bulur. Bu durum karşısında, kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla

¹⁰¹ Pekcanitez, a.g.e., s. 2827; Özekes, a.g.e., s. 48.

¹⁰² Bkz. HUAK madde 1. gerekçesi

tarafların anlaşmak suretiyle üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmasına olanak vermeyen hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyecektir.¹⁰³ Çekişmesiz yargı işlerinin birçoğunda yargılamanın süjelerinin (daha doğrusu ilgililerin) uyuşmazlık üzerinde tasarruf yetkileri olmadığından, arabuluculuğun uygulanması mümkün olmayacaktır.¹⁰⁴

Kanunda bilinçli olarak hangi uyuşmazlık alanlarının ve konularının arabuluculuğa elverişli olduğu tek tek sayılmamış, genel bir çerçeve çizilmiştir. Mevzuatımıza yabancı olmayan “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edeceği ve kamu düzeninden olmayan işler” kavramı için sayma yönteminin tercih edilmiş olması daima bazı hususların eksik kalmasına sebebiyet verebilirdi.¹⁰⁵ Bu sebeple kanunda mevcut olan belirleme, statik değil; dinamik bir nitelik taşıyacağı için, gelişime ve değişime açık bir yapıyı da bünyesinde barındıracaktır.¹⁰⁶ Güncel kanunda çizilen genel çerçeve bağlamında aşağıda bir tabloya yer verilmiştir.

Tablo 5: HUAKE’a Göre Arabuluculuğa Elverişlilik

<i>Genel belirleme</i>	<i>Genel belirleme</i>	<i>Özel sınırlama</i>
- Özel hukuk uyuşmazlıkları -Yabancılık unsuru taşıyanlar dahil	-Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edeceği iş veya işlemlerden doğan uyuşmazlıklar (kamu düzenine dahil olmayan işler ¹⁰⁷) <u>Not:</u> 7. Yargı Paketiyle taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar ihtiyari arabuluculuğa elverişli hale getirilmiştir.	-Aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa uygun değildir.

¹⁰³ Tanrıver, a.g.e., s. 59.

¹⁰⁴ Pekcanitez, a.g.e., s. 2828.

¹⁰⁵ Aynı yönde AYM kararı için bkz. 10.07.2013, 94/89

¹⁰⁶ Bkz. Tanrıver, a.g.e., s. 60. Aynı yönde bkz. Onur Kalkan, *Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları*, 1.B, Ankara: Onikilevha Yayınları, 2019, s. 48.

¹⁰⁷ Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler Yargıtay kararlarında çoğunlukla kamu düzenine dahil olmayan işler olarak kabul edilmektedir. Bkz. Yargıtay İBK T.10.2.2012, E. 2010/1, K. 2012/1

Arabuluculuk Kanununda özel hukuk uyuşmazlıklarından yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için de arabuluculuğa başvurulması mümkün olduğu görülmektedir. Yabancılık unsuru, hukuki ilişkinin birden fazla hukuk sistemi ile ilişkili olması demektir.¹⁰⁸ Böylece taraflardan birinin yabancı olması veya arabuluculuk faaliyetinin yurtdışında gerçekleştirilmiş olması hallerinde de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.¹⁰⁹ Bu düzenleme Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesiyle paralel olup ülkemizde milletlerarası bir arabuluculuk kanunu bulunmaması sebebiyle isabetlidir. Nihayetinde yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlık için veya taraflarından en az birinin yabancı olması durumunda taraflar, uyuşmazlığın çözümünde HUAK hükümleri uygulanacağını pekala kararlaştırabilirler.

Hukukumuzda tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği, kamu düzeninden olan ve bu sebeple arabuluculuğa başvurulamayacak bazı uyuşmazlıklara; hizmet tespit davaları, sosyal güvenlik davaları, iflas davası, evliliğin butlanının tespiti, nesebin reddi, babalık davası, evlat edinmeye ilişkin davalar, velayet, kısıtlanma, şahsi hallere ilişkin davalar vs. örnek verilebilir. Ancak kamusal her işlemin kamu düzeninden olup tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği alanlar olduğu akla gelememelidir. Öyle ki kamu kurumlarının taraf olduğu uyuşmazlıkların kamusal bir tarafı vardır, ama kanunların izin verdiği ölçü ve çerçevede sulh olmak, anlaşma yoluyla çözmek mümkündür hatta; 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre bu, öncelikli bir zorunluluktur.¹¹⁰

Çok genel kapsamda bakıldığında; aile uyuşmazlıkları, tüketici uyuşmazlıkları, işçi-işveren arası uyuşmazlıklar, Kat Mülkiyeti Kanunundan doğan uyuşmazlıklar, kira uyuşmazlıkları, komşuluk uyuşmazlıkları, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları, alacak-borç ilişkileri arabuluculuğa elverişlidir. Bu noktada önemli bir hususa dikkat çekmek gereklidir. HUAK'a göre uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmasıyla arabuluculuk sonunda yapılan anlaşma belgesinin ilamlı icraya konulmasının mümkün olmaması¹¹¹

¹⁰⁸ Özbek, a.g.e., s. 1498.

¹⁰⁹ Özekes, a.g.e., s. 49.

¹¹⁰ Pekcanitez, a.g.e., s. 2830, Özekes, a.g.e., s. 52.

¹¹¹ Uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli değilse arabuluculuk faaliyeti sona erer (HUAK m.17, 1/d) ; anlaşma belgesinin içeriği arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli değilse mahkeme anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi vermez (HUAK m.18,3).

birbirlerinden ayrı iki husustur. Öyle ki içeriği arabuluculuğa elverişli olan bir anlaşma belgesi cebri icraya elverişli olmayabilir. Bu durumda uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı söylenemeyeceğinden, arabuluculuk faaliyeti sona erdirilmemeli, tamamlanmalı, anlaşma yapılırsa belgeye bağlanmalı; fakat mahkemeden icra edilebilirlik şerhi istendiğinde, bu (cebri icraya elverişli olmayan) kısım şerh talebinden hariç tutularak, varsa diğer edimler hakkında şerh talebinde bulunulmalı ve anlaşmanın cebri icraya elverişli olmayan kısmı ihlal edilirse, bu kısmın ifası için dava açma yoluna gidilmelidir.¹¹²

HUAK'ta arabuluculuğun kapsamı belirlenirken önemli bir diğer husus, aile içi şiddet iddiasını içeren veya mutlaka mahkeme kararı gereken aile uyuşmazlıklarının(HUAK m.1/2 c.2, m.18/3, c.2) arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar olarak kabul edilmediğidir. Kanunun gerekçesinde arabuluculuğun, tarafların kendilerini güvende hissedecekleri bir ortamda gerçekleştirilmesi gerektiğini ve ancak yapılan araştırmalarda aile içi şiddet olaylarının varlığı, taraflardan birinin diğerini tehdit etmesi vb. nedenlerin varlığı halinde, tarafların kendilerini güvende hissedemeyeceklerini ve eşitlik prensibinin hayata geçemeyeceğini gösterdiği ve bu nedenle aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa uygun olmadığı düşünülerek,¹¹³ sözkonusu uyuşmazlıklar kapsam dışı bırakılmıştır. Buna karşılık arabuluculuğun; aile uyuşmazlıklarının taraflarının ilişkilerinin devam etmesini, üzüntü verici sorunların artmasının engellenmesini ve ailevi özel durumların gizli kalmasını temin edebileceğinden bahisle Avrupa ve ABD'de aile uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemi ile çözümü teşvik edilmektedir. Kanaatimizce aile hukukunda kamu düzeniyle doğrudan ilgili bulunmayan hususlardan (malvarlığı, tazminat, nafaka vb.) başlanılarak aile hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuğa yönelik atılımlar yapılmalıdır. Bu şekilde hem arabuluculuğun temel avantajları yanında mahkemelerin iş yükü azalacak hem de Türkiye ADR konusunda dünya uygulamalarıyla kıyasla bu noktada geç kalınan ivmeyi yakalayabilecektir.

¹¹² Özbek , a.g.e, 2022, s. 1503.

¹¹³ Bkz. HUAK Gerekçe s. 26

Sonuç olarak arabuluculuk sürecinin başlangıcında veya devamında bir uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olmadığı tespit edilirse arabuluculuk faaliyeti sona erer. Bu husus HUAK m.17,1/d hükmünde düzenlenmiştir.

4. Arabuluculuk Türleri

Arabuluculuk, tarafların iradesine dayalı gönüllü bir usul olduğundan tek tip bir arabuluculuk usulü bulunmamaktadır. Ancak arabuluculuğun doktrinel olarak çeşitli ayrımlara¹¹⁴ tabi tutulduğunu görmekteyiz. Örneğin arabulucunun sürece katkısı bağlamında bir ayrıma göre arabuluculuk; değerlendirici(*evaluative*), dönüştürücü (*transformative*) ve kolaylaştırıcı(*facilitative*) arabuluculuk olarak sayılabilir. Buna ek olarak diğer bir ayırım, yargı temelli arabuluculuk ve modern arabuluculuk¹¹⁵ olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızda üzerinde duracağımız ayırım, zorunlu arabuluculuk ve ihtiyari arabuluculuk üzerine olacaktır.

a) Zorunlu Arabuluculuk

Bir tanıma göre; “arbuluculuk, iki veya daha fazla kişi veya gruplar arasında oluşan farklılık veya çatışmayı mahkeme dışında çözmeye ve taraflar arasında anlaşma sağlamaya yönelik, arabulucu olarak adlandırılan üçüncü kişi veya kişilerce yürütülen, gönüllü kabul edilebilen, bağlayıcı olmayan ancak taraflarca bağlayıcılık kazandırılabilen gizli bir müzakeredir.”¹¹⁶ Tanımda yer alan “gönüllü kabul edilebilen” ifadesi, arabuluculuğun gönüllü (iradi, ihtiyari) olması kuralına istisna olarak bu yola zorunlu olarak başvurulabildiğini ifade etmektedir. Esasen temel kurala getirilen istisna, istisna değil; kuralı değiştirmektir. Bu paralelde, fikrimizce, zorunlu arabuluculuk kavramının, arabuluculuğun ruhuna ve amacına aykırı olduğu ortadadır.

Bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda en ideal olanın, tarafların bir araya gelip karşılıklı anlaşarak dostane yöntemlerle uyuşmazlığı sonlandırmaları olmasına rağmen, bu durumun her zaman gerçekleşebileceğini beklemenin iyimser bir yaklaşım

¹¹⁴ Farklı arabuluculuk modelleri için bkz. Mykola Lohvnenko, Mykola Starynskyi, Lyudmila Rudenko, Iryna Kordunian, “Models of Mediation: Theoretical and Legal Analysis”, *Conflict Resolution*, C.1, S. 39, 2021, ss. 51-65.

¹¹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Özbek, a.g.e, ss. 700-729.

¹¹⁶ Ahmet Selim Sarıkaya, “Türk Hukukunda Alternatif Çözüm Yollarından Arabuluculuk”, *Yaklaşım Dergisi*, 2007, S.173, 2007, s. 254.

olacağından hareketle¹¹⁷ ve mahkemelerin iş yükünü hafifletmek, zaman tasarrufu sağlamak vb. amaçlarla Türk hukukunda 2017’de iş uyuşmazlıklarında, 2018 yılında ise ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuru zorunlu hale getirilmiştir. 2018 yılında aynı zamanda, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na eklenen 18/A maddesi ile zorunlu arabuluculuk hakkında genel bir düzenleme de yapılmıştır.¹¹⁸ İş uyuşmazlıkları ve ticari uyuşmazlıklardan sonra 2020 yılında tüketici uyuşmazlıklarının da dava şartı arabuluculuk kapsamına alındığını görüyoruz.¹¹⁹

Son olarak 7. yargı paketiyle kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar (ilamsız icra yoluyla tahliye hariç), ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, kat mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ve komşu hakkıyla ilgili uyuşmazlıklar, dava şartı olarak arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Ayrıca uygulamada çeşitli görüş farklılıklarına yol açan itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu açıkça düzenlenmiştir.

Hukukumuzda getirilen zorunlu arabuluculuk kurumu için motivasyon kaynağı olarak hukuki barışın sağlanması, uyuşmazlıkların daha iyi ve kaliteli çözülmesi, gerçek anlamda hukuki bir alternatif oluşturulması, tarafların kendi iradesiyle kendi tatminlerini karşılıklı sağlayacak şekilde anlaşması yolunun mümkün kılınmasından ziyade; devlet mahkemelerinin iş yükünün azaltılması ve bu konuda zorunlu arabuluculuğun getirdiği/getireceği fayda ön plana çıkarılmaktadır. Halbuki arabuluculuğun temel ilke ve avantajlarında doğrudan mahkemenin iş yükünün azaltılması şeklinde bir husus yoktur; bu ancak arabuluculuk sonucunda ortaya çıkan bir fayda olarak görülebilir. Ülkemizde yargının iş yükünün fazlalığı ve iyi işlememesine bir çare olarak arabuluculuğun zorunlu tutulması, hem arabuluculuk yolunun ruhu ve ilkeleriyle örtüşmeyecektir hem de bir manada devletin asli görevi olan adaletin gerçekleştirilmesinin başka kurumlara ve yöntemlere ihale edilmesi anlamına gelecektir.¹²⁰ Arabuluculuğa ve alternatif çözümlere olan bu bakış ile gelen sistem, çare olmaktan çok, uzun vadede beklenen sonuçların tam aksi sonuçlar doğuracaktır.

¹¹⁷ Bkz. Adalet Bakanlığı, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, s. 4.

¹¹⁸ Detaylı bilgi için bkz. Derya Belgin Güneş, “Türk Hukukunda Yüksek Yargı Kararları Işığında Zorunlu Arabuluculuk”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.2., 2020, ss. 514-526;

¹¹⁹ Bkz. Madde 59 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200728-14.htm> (06.02.2021)

¹²⁰ Zorunlu arabuluculuk eleştirisi için bkz. Özeker, *Arabuluculuk*, ss. 137-152.

Konuyla ilgili Adalet Bakanlığı resmi istatistiklerine göre 2018 yılında Türkiye genelinde dava şartı arabuluculuk kapsamındaki toplam 342.744 vakadan 237.693 adedinde (%69,4) anlaşma sağlanırken, 105.051 (%30,6) adet vakada ise anlaşma sağlanamamıştır.¹²¹ Arabuluculuk Daire Başkanlığınca yayınlanan ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk 2019 yılı istatistiklerine¹²² göre ise zorunlu arabuluculuğa gidilen dosyalarda arabulucunun görevlendirildiği dosyaların %56'sı anlaşmayla sonuçlanmıştır. Bu bağlamda TTK 5/A uygulanmaya başlandıktan sonra sulh olunan dosya sayılarının, ticari dava sayılarını azımsanmayacak ölçüde düşürdüğü ileri sürülmektedir. Son olarak 01.01.2019 - 04.05.2022 tarihleri arasında ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk dosyalarının %52 anlaşmayla, 01.01.2018 - 04.05.2022 tarihleri arasında iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk dosyalarının %58 anlaşmayla, 28.07.2021 - 04.05.2022 tarihleri arasında tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk dosyalarının ise %52 anlaşmayla sonuçlandığı verileri paylaşılmıştır.¹²³

Öncelikle fikrimizce, paylaşılan verilerin gerçek manada “başarıyı” ne kadar yansıttığı şüphelidir. Çünkü arabuluculukta anlaşmayla başarı elde edilmiş görülse de geniş pencereden bakıldığında bu aşamadan sonra farklı hukuki sorunlar doğabilmekte (icra sorunları, cezai ve disiplin şikayetleri vs.) ve bir şekilde tekrar yargı yoluna başvurulabilmektedir. Paylaşılan verilere itibar edilerek kayda değer bir başarı kabul edilse dahi, anlaşamamaya sonuçlanan dosyalar (başvuruların yaklaşık yarısı) için hedeflenen amacın tam tersi bir süreçle karşılaşıldığı açıktır. Çünkü taraflar, zorunlu arabuluculuk süreci sonrası anlaşamazlarsa bağlayıcı bir karar almak için mahkeme yolunu tutmak zorunda kalmaktadırlar. Mahkeme sürecinin tekrar başlatılması toplam iş yükünü normalden biraz daha arttırmakta, toplam çözüm sürecini ise biraz daha uzatmaktadır. Hal böyle olunca hem hedeflenenden hem de esas olması gerekenden farklı bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Zorunlu arabuluculuğun, arabuluculuk hakkında bilgi ve tecrübe sahibi olmayanlar için fırsat sağlayan bir uygulama olduğuna kısmen katılmakla beraber, ihtiyari arabuluculuğun tanıtılması, yerleşmesi ve gelişmesi için yeterli süre tanınmadan

¹²¹ Detaylı bilgi için; Mehmet Saim AŞÇI, “Zorunlu Arabuluculuk Uygulamasının Olumlu ve Olumsuz Yönleri”, *Uluslararası Hukuk ve Sosyal Bilim Araştırmaları Dergisi*, C. 1, S. 2, 2019, ss. 80-91.

¹²² <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/712021154523T%C4%B0CAR%C4%B0%20DAVA%20%C5%9EARTI.pdf> 09.03.2021

¹²³ <https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/arabuluculuk-istatistikleri07012021034403> (20.11.2022)

arabuluculuğun zorunlu hale getirmenin gerçek bir yarar sağlamayacağını düşünüyoruz. Alternatif uyuşmazlık çözümlerinin devlet yargısına gerçek anlamda “alternatif” ve mutlak surette tarafların anlaşarak kendi iradeleriyle başvurması gereken yollar olması gerektiğini düşünmekteyiz. Fikrimizce bu şekilde anlaşmaya varma ihtimali de yüksek oranda artacaktır. Öyle ki yine Arabuluculuk Daire Başkanlığınca paylaşılan verilerde ihtiyari arabuluculuk açısından başarı oranının %99 olduğu paylaşılmıştır.¹²⁴

Dava şartı arabuluculuğa dair mevzuat hükümleri incelendiğinde arabulucuya başvuru zorunluluğunun, arabuluculuk sürecinin başlatılması ve ilk toplantıya katılmayla sınırlı tutulduğunu; arabuluculuk sürecinin sürdürülmesini sağlama ve anlaşmayla sonlandırılmasını kapsamadığı görülmektedir. Fikrimizce, arabuluculuğa başvurmaya zorlama ile, arabuluculuk süreci içinde anlaşmaya zorlamanın genel anlamda birbirinden çok farkı yoktur. Çünkü tamamen tarafların iradesine dayanarak ilerleyen bu yolda, taraf iradesi, arabuluculuğa başvurunun da temeli, anlaşmanın veya anlaşmamanın da temelidir. Bir şart olarak dayatılan arabuluculuk çoğunlukla, adeta devlet yargısına devam etmek için formalite bir adım olarak görülmektedir. Davalaşma eğilimi sulhtan daha fazla olan bireylere arabuluculuk sürecinde gerçek anlamda bir uzlaşma ortamı sunulması oldukça zorlaşmaktadır. Davalaşma yerine sulh olma yoluna gitmeyi kendiliğinden kabul eden taraflar ise, asgari bileşenlerde anlaşmakta ve uyuşmazlığı çözümlendirmede daha başarılı sonuçlar elde edeceklerdir.¹²⁵ Tüm bu sebeplerle, zorunlu arabuluculuk yerine, toplumun ADR yollarına dair bilgisini ve bu yollara başvurulması için teşvikini arttıracak atılımlar yapılması, uzun vadede mevcut halden çok daha etkili ve kalıcı sonuçlar getirecektir.

Aşağıdaki tabloda bugün genel itibariyle hangi uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa tabi olduğuna yer verilmiştir.:

¹²⁴ İhtiyari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk İstatistikleri (14.11.2013 - 04.05.2022)
<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/9052022162348ihtiyari%20%2004.05.2022.pdf>
(22.10.2022)

¹²⁵ Bunu destekler şekilde, istatistiklerde ihtiyari arabuluculuğa başvuruda anlaşma oranının zorunlu arabuluculukta anlaşma oranına göre hayli yüksek olduğu görülmektedir.
<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/712021154456%C4%B0HT%C4%B0YAR%C4%B0.pdf>
(10.03.2021)

Tablo 6: Uyuşmazlığın Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olduğunun Tespiti

Uyuşmazlık iş hukuku alanında ise;	Uyuşmazlık ticaret hukuku alanında ise; (ticari dava ise)	Uyuşmazlık tüketici mahkemesinde görülen bir uyuşmazlık ise;			
İşçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan dava mı?	Konusu <u>bir miktar paranın ödenmesi</u> olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava mı?	Uyuşmazlık, TKHK m.73/A düzenlemesinde sayılan istisnalar kapsamında <u>olmayan</u> bir uyuşmazlık mı?			
İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları <u>dışında</u> bir dava mı?	<u>Not: İtirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır.</u>				
Tüm soruların yanıtı evet ise arabuluculuk dava şartıdır.	Herhangi bir soruya cevap hayır ise arabuluculuk dava şartı <u>değildir.</u>	Sorunun yanıtı evet ise arabuluculuk dava şartıdır.	Soruya cevap hayır ise arabuluculuk dava şartı <u>değildir.</u>	Sorunun yanıtı evet ise arabuluculuk dava şartıdır.	Soruya cevap hayır ise arabuluculuk dava şartı <u>değildir.</u>

Son olarak kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar (ilamsız icra yoluyla tahliye hariç), ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, kat mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ve komşu hakkıyla ilgili uyuşmazlıklar dava şartı olarak arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Yukarıda açıklanan arabuluculuğa elverişli olan konular dışında arabuluculuk kapsamı belirlenirken yapılan her yorum zorlama ve aşırı yorum olacaktır. Dava şartı arabuluculuğun, uygulama alanının genişletilmesi, genel bir dava şartı haline getirilmesine çalışılması sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi oluşturmaz.¹²⁶

¹²⁶ Tanrıver, a.g.e., s. 145.

Çalışmamız açısından HUAK'ın zorunlu arabuluculukla ilgili hükümlerinden en önemlisinin 18/A maddesinin 18. fıkrası olduğunu söyleyebiliriz. Bu düzenlemeye göre “*Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.*” Hükümün lafzından tahkim sözleşmesinin bulunduğu hallerde (veya tahkimin zorunlu olduğu hallerde) taraflar için zorunlu arabuluculuk yolunun işletilmeyeceği anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla, zorunlu arabuluculuğa tabi olabilecek bir uyuşmazlık sözkonusu ise ve aynı uyuşmazlık için taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi mevcut ise bu durumda taraflar, devlet yargısı yoluna başvurduklarında dava, (zorunlu arabuluculuk) dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmeyecektir; fakat taraflarca tahkim ilk itirazının ileri sürülebilmesi saklıdır. Ancak tahkim ilk itirazı da ileri sürülmemişse (tahkim atlanmışsa) ne olacağı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Katıldığımız görüşe göre; tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen, dava, hakemler yerine, devlet mahkemesinde açılmış; davalı süresinde ve usulüne uygun olarak, tahkim ilk itirazında bulunmadığı için, devlet mahkemesi davaya bakabilecek bir konuma kavuşmuşsa, uyuşmazlık dava şartı arabuluculuğa tabi olsa bile buna ilişkin hükümler işlerlik kazanmaz.¹²⁷ Konuyla alakalı kanundaki hükümün lafzı açık ve emredicidir. Dava şartı arabuluculuğun, açıklanan koşulda işlerlik kazanabilmesi için anılan düzenlemenin “tahkim sözleşmesinin varlığı nedeniyle davanın tahkim yargısında açılması halinde dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmaz” şeklinde düzenlenmesi gerekirdi.

Kaldı ki fikrimizce tahkim ilk itirazında bulunulmamış olması tarafların tahkim iradesinin kalktığını ve devlet yargısı yolunda devam etmek istediklerini ortaya koyar. Tahkim yolu atlanmasına rağmen zorunlu arabuluculuk hükümlerinin işleyeceğinin kabul edilmesi, tahkim ilk itirazı ileri sürülmemekle dostane çözüm adımının işletilmemiş olduğu ve devlet yargısına devam edebilmek için mutlaka bunun zorunlu arabuluculuk adımıyla tamamlanması gerektiği şeklinde bir tutumu ortaya çıkaracaktır. Bu tutumla da (arabuluculuğun zorunlu olmasıyla ilgili söylediğimiz hususlara paralel olarak) dostane

¹²⁷ Tanrıver, a.g.e, s.148. Aksi yönde “Dava şartı olarak arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklarda tahkim yolu atlanmışsa, davacının dava açmadan önce arabulucuya başvurmuş olması şeklindeki dava şartını gene yerine getirmesi gerekir.” Bkz. Özbek, a.g.e., s. 1623, Alper Bulur, İlker Koçyiğit, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2019, s. 65.

çözüm yollarının iradi ve gönüllü olarak işletilmesi gerekliliği bir kez daha kenara bırakılmış olacaktır.

Ancak savunduğumuz görüş bağlamında bu durum, uygulama açısından dava şartı arabuluculuğu bertaraf etmeye, baştan beri tahkim iradesi olmamasına rağmen sırf dava şartı arabuluculuk aşamasından kurtulma düşüncesinin oluşmasına sebebiyet verebilir. ADR ve arabuluculuk kurumunun ruhuyla örtüşecek şekilde kanun hükmünün keyfi ve geniş yorumlanmaması ve dava şartı arabuluculuğu istisnai koşullara indirecek görüşü benimsememiz karşısında, karışıklık yaratabilecek bu ve benzeri durumların engellenmesi adına bahsettiğimiz gibi hükümde düzenleme yoluna gidilmesi isabetli olacaktır.

Son olarak belirtilmelidir ki zorunlu arabuluculuk devlet yargısına başvuruya engel teşkil etmekle birlikte, özel düzenlenen (zorunlu kılınan) ya da taraflarca kabul edilen tahkime (veya başka alternatif çözüm yollarına) başvuruya engel değildir.¹²⁸ Tahkim sözleşmesi mevcutken zorunlu arabuluculuk gündeme gelmiyor olsa da tarafların anlaşarak ihtiyari arabuluculuk yolunu veya med-arb, arb-med gibi diğer karma usulleri işletmeleri mümkündür. Diğer yandan sözgelimi bir zorunlu arabuluculuk sürecinde olan tarafların, bu süreç devam ederken uyuşmazlıklarını tahkime taşımalarında da bir beis yoktur. Çalışmanın son bölümünde zorunlu arabuluculuk-tahkim kombinasyonu ile doğabilecek örnek med-arb yoluna ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

b) İhtiyari Arabuluculuk

Arabuluculukta kural ve temel ilke arabuluculuğun ihtiyari olmasıdır. Arabuluculuğa başvurunun zorunlu olup olmaması bağlamında ayırım yapılırken, yukarıda açıkladığımız istisnai olan sürece zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğun temel ilkeleriyle örtüşen diğer sürece ise ihtiyari arabuluculuk denilmektedir. Çalışmamızda bundan sonra yapılacak açıklamalarda ihtiyari arabuluculuk, “arabuluculuk” olarak anılacaktır.

Arabuluculuk, tarafların müzakereye dayalı dostane bir çözüm hedefledikleri ancak çeşitli sebeplerle çözüme ulaşamadıkları durumlarda her daim elverişli olan bir

¹²⁸ Özekes, *Arabuluculuk*, s. 126.

alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Buna göre, bir uyuşmazlıkta arabuluculuk sürecinin işletilmeye başlatılması için hiçbir zaman geç kalınmış olmaz.¹²⁹

Arabuluculuk süreci, temel ilkeler çerçevesinde esnek bir yapıya sahiptir; devlet yargısında olduğu gibi belirli kesin kurallarla yürütülen ve belirli usul kurallarına dayanan bir süreç değildir. Her uyuşmazlık birbirinden farklı olduğu gibi her arabuluculuk da diğer bir arabuluculuktan en azından bazı yönlerden farklı olmaktadır. Ancak arabuluculuğun ilerleme süreci genel itibariyle temel aşamalara ayrılabilir. Çalışmanın arabuluculuğa dair sonraki başlıklarında (ihtiyari) arabuluculuk sürecinin Türk mevzuatı uyarınca işleyişi anlatılacaktır.

5. Arabuluculuk Süreci

Arabuluculuğun esnekliği bu yolun tercih edilmesinde en önemli özelliklerinden birisidir. Arabuluculuk süreç içinde gelişen ve şartlara göre gözden geçirilebilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması sebebiyle farklı çözüm alternatiflerine sahiptir.¹³⁰ Belirli usul kurallarıyla sabit olmasa da sürecin işleyişini belli aşamalarla açıklamak sürecin iyi değerlendirilebilmesi için fayda sağlar¹³¹.


¹²⁹ Özbek, a.g.e., s. 731.

¹³⁰ Özekes, *Arabuluculuk*, s. 75.

¹³¹ Sürecin farklı başlıklarla ayrımı için bkz. Temel Arabuluculuk Katılımcı Kitabı, Adalet Bakanlığı.

Tablo 7: Arabuluculuk Süreci

ARABULUCULUĞA HAZIRLIK	SORUN TANIMLAMA	SORUN ÇÖZME	ARABULUCULUK SONRASI FAALİYETLER
-Rızanın saptanması	-Ön hazırlıklar	-Müzakere yapma	-Anlaşmaya varılmayan
-Arabuluculuk sözleşmesi	-Arabulucunun açılış konuşması	ve karar verme -Özel toplantılar	kısımlar için tahkim veya devlet yargısı
-Arabulucunun atanması ve arabulucu sözleşmesi	- Taraflara söz hakkı verilmesi	-Nihai kararlar -Kapanış oturumu	-Anlaşma belgesinin icrası -Singapur Sözleşmesi
	-Karşılıklı anlaşma sağlanan konuların tespiti	- Sonucun belgelenmesi	
	-Sorunların tespiti	-Arabuluculuğu sonlandırma	

 **Arabuluculuk Süreci**

a) Arabuluculuk Öncesi Aşama

Arabuluculuk öncesi aşama, fiili toplantıya başlamadan önce gerekli olan tüm hazırlıkları kapsamaktadır. Arabuluculuk iradelerinin saptanması ve arabuluculuk sözleşmesi yapılması, arabulucunun atanması ve arabulucu sözleşmesi yapılması, uyuşmazlığın arabulucuya gönderilmesi, arabuluculuk sürecine katılacak kişilerin belirlenmesi, sürecin yeri ve zamanının kararlaştırılması, ücret gibi sürece dair parametrelerin belirlendiği aşamadır. Bu aşamada henüz oturumlar başlamasa da bir anlamda arabuluculuk sürecinin başladığını söyleyebiliriz.

Arabuluculuk sürecinin işletilmesi veya arabuluculuk sürecinin başlaması her zaman arabuluculuk faaliyetinin başladığı anlamına gelmez.¹³² Taraflar arabuluculuğa başvuracakları yönünde bir irade ortaya koyduktan sonra arabuluculuk süreci başlar; ancak arabuluculuk faaliyetinin başlaması için bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin atanması gerekmektedir.

¹³² Özkes, *Arabuluculuk*, s. 84.

Mevzuatımıza göre “arabuluculuk sürecinin başlangıcı dava açılmadan öncesi ve sonrası olarak ikiye ayrılmıştır. Buna göre “arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.” (HUAK m.16/1) Arabuluculuk faaliyetinin başlamasında ise kural olarak arabulucunun göreve başladığı an esas alınmaktadır.” (HUAK m.15/1, İşMK m.3/10, TTK m.5A/2).

Arabuluculuk sürecinin başlatılması, hak aramaya bir başlangıç oluşturmakta ve karşı tarafa bir talep yöneltilmektedir. Dolayısıyla arabuluculuğa başvuru ile (arabulucunun elindeki bilgilerle karşı tarafı bundan haberdar etmiş ve ilk toplantıya davet etmiş olmasıyla) karşı tarafın, ihtar sayılmaya yetecek açıklamayı içerir arabuluculuk davetiyesinin tebliği tarihinde temerrüde düşürülmesi sözkonusu olur.¹³³ Bunun gibi maddi hukuka ilişkin diğer bir sonuç kanunda düzenlenmiştir: “Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.” (HUAK m.16/2) Ayrıca arabuluculuk sürecinin başlamasının usuli sonucu, dava sonrası arabuluculuğa başvuru halinde yargılamanın üç ayı geçmemek üzere ertelenmesidir. (HUAK m.15/5)

(1) Arabuluculuk Sözleşmesi

Taraflar, bir uyuşmazlığın çözümü bağlamında, uyuşmazlık henüz mevcut değilken veya dava açılmadan önceki evrede veyahut dava açıldıktan sonra mahkemenin teşvikiyle uyuşmazlığın arabuluculukta çözüleceğine dair irade ortaya koyabilirler. Bu irade, arabuluculuk sürecinin işletilmeye başlaması için olması gereken ilk adımdır.

¹³³ Başka bir görüş “Arabuluculuk son tutanağında borçludan istenen alacak kalemlerinin ve miktarlarının somutlaştırılması ve alacağın ifasının açıkça talep edilmesi durumunda son tutanak, alacak talebinin borçlu tarafından öğrenilmesine yol açacağından (son tutanağının düzenlendiği tarihte) borçluyu temerrüde düşürebilir.” Özbek, a.g.e., s. 1711.

Tarafların arabuluculuğa başvuru konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını içerir şekilde yaptıkları sözleşme, arabuluculuk sözleşmesi olacaktır.

Arbuluculuk Kanununda tarafların dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilecekleri, mahkemenin¹³⁴ de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp teşvik edebileceği ifade edilmiştir (HUAK m. 13/1). Arabuluculuğun temelindeki gönüllük ilkesi, arabuluculuk sözleşmesinin kurulması bakımından da kendisini göstermektedir. HUAK m. 13/2'e göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır.

Arbuluculuk sözleşmesinin varlık kazanabilmesi ve kendisinden beklenen etkileri doğurabilmesi için uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli bir nitelik taşıması, hangi uyuşmazlıklar hakkında arabuluculuğa müracaat edileceğinin, uyuşmazlıkların kaynaklandığı hukuki ilişkinin kategorik olarak tanımlanması suretiyle belirlenmiş bulunması ve tarafların, uyuşmazlık ya da uyuşmazlıkların arabuluculuğa başvuru suretiyle çözüme kavuşturulacağı hususundaki iradelerinin açık ve kesin bir biçimde ortaya konulmuş olması şarttır.¹³⁵ Neticede gerek uyuşmazlık doğmadan gerekse doğduktan sonra muhtemel/mevcut uyuşmazlığın çözümünde arabuluculuk sürecinin işletilmesi isteniyorsa sayılan hususların belirlendiği bir arabuluculuk sözleşmesi bulunması gereklidir. Taraflar bu sözleşmeyi kendi aralarında düzenleyebilecekleri gibi kurumsal bir ADR merkezinin (ICC, ISTAC, İTOTAM vb.) arabuluculuk kurallarına atıf yapan bir arabuluculuk şartını sözleşmelerine ekleyebilirler. Aşağıda İTOTAM nezdinde gerçekleşecek örnek bir arabuluculuk şartına yer verilmiştir:

“Taraflar işbu sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıklarını İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Arabuluculuk Kurallarına göre arabuluculuk yoluyla çözmeyi kabul eder.”¹³⁶

¹³⁴ HUAK'ta düzenlenen bu hüküm mahkemenin tarafları davanın her aşamasında arabuluculuğa teşvik edebileceği ve bu konuda takdire sahip olduğu anlamına gelmektedir. Diğer yandan HMK m. 137'de “mahkeme,... tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder” denilerek, mahkemenin ön inceleme aşamasında tarafları arabuluculuğa teşviki zorunlu tutulmuştur.

¹³⁵ Tanrıver, a.g.e., s. 90.

¹³⁶ <https://www.ito.org.tr/tr/hizmetler/tahkim-ve-arbuluculuk-hizmetleri> (10.02.2021)

(2) Arabulucu ve Arabulucu Sözleşmesi

Taraflar, arabuluculuk faaliyetinin başlaması için arabuluculuğun zorunlu unsuru olan tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi ile arabuluculuk görevini üstlenmesi için bir sözleşme yapmalıdır. Esasen bir iş görme sözleşmesi olan arabulucu sözleşmesi kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir.¹³⁷ Arabulucu olarak görevlendirilmek istenen kimsenin üstlenilmesi istenilen arabuluculuk görevini kabul ettiğine ilişkin beyanının anlaşılması yeterlidir.¹³⁸

Sözleşmede arabulucunun arabuluculuk hizmeti ortaya koyma, tarafların ise bunun karşılığında ücret ödeme edimleri ile uyumsuzluğa, taraflara ve arabulucuya ilişkin bilgiler açık olarak belirtilir. Arabulucu sözleşmesinde varsa avukatlar değil, bizzat asiller taraf olarak yer alacaktır.¹³⁹

Sözleşmedeki ücret edimi önemli bir husustur. Arabuluculuk Kanununa göre arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir (HUAK m.7/1). “Arabulucunun ücreti sözleşme ile kararlaştırılmadıysa faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir” (HUAK m.7/2). Son olarak taraflar aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa ücreti eşit olarak ödeyeceklerdir. (HUAK m. 7/2).

“Başkaca bir usul kararlaştırılmamışsa arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir” (HUAK m. 14). “Arabuluculuk Kanununa göre arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi ifade etmektedir” (HUAK m.2/1-a). Öyleyse arabuluculuk görevini yapabilmenin ön koşulu arabulucular siciline kayıtlı olmaktır. Arabuluculuk siciline kayıt olan kişi arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahip olur (HUAK m.6/1). Öte yandan arabuluculuk tarafların iradesinde ilerleyen esnek bir süreç olduğundan, taraflar dilerlerse arabuluculuk siciline kayıtlı olmayan bir kişiyi de arabulucu olarak seçebilirler. Yalnız bu durumda arabuluculuk faaliyeti ve sonucunda düzenlenen belge HUAK’ta düzenlenen yetki ve sonuçları doğurmayacaktır. Son olarak arabulucu, arabuluculuk sürecinde hukuki ve fiili sebeplerle görevini yapamayacak hâle

¹³⁷ Pekcanitez, a.g.e., s. 2833, Tanrıver, a.g.e., ss. 94-95.

¹³⁸ Tuğsavul, a.g.m., s. 144.

¹³⁹ Pekcanitez, a.g.e., s. 2833.

gelirse, tarafların üzerinde anlaşığı yeni bir arabulucu ile süreç kaldığı yerden devam ettirilebilir. Önceki yapılan işlemler geçerliliğini korur (HUAK Yön. m. 20/5).

Arabuluculuk sicili Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından tutulur (HUAK m.19). İlgili kanun hükmüne göre sicile kayıt olunabilmesi için aşağıda sayılan şartların bulunması gerekmektedir (HUAK m.20):

- *“Türk vatandaşı olmak*
- *Mesleğinde en az 5 yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak*
- *Tam ehliyetli olmak*
- *Kasten işlenmiş bir suçtan mahkum olmamak*
- *Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan sınavlarda başarılı olmak”*

Aşağıda HUAK, HUAK Yönetmeliği ve Arabuluculuk Etik Kuralları baz alınarak arabulucunun hak ve yükümlülüklerine yer verilmiştir.

Tablo 8: Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri

Arabulucunun Hakları	Arabulucunun Yükümlülükleri
- Arabulucu unvanını kullanma hakkı -Ücret ve masraf isteme hakkı -Avans isteme hakkı -Taraflarla görüşme ve iletişim kurma hakkı	-Görevini özenle ve tarafsız bir biçimde yerine getirme yükümlülüğü -Taraflara eşit işlemde bulunma yükümlülüğü -Görevini şahsen yerine getirme yükümlülüğü -Tarafları bilgilendirme ve arabuluculuk görevini kabulden kaçınma yükümlülüğü -Tarafları aydınlatma yükümlülüğü -Reklam yasağına uyma yükümlülüğü -Sır saklama yükümlülüğü -Belgeleri saklama yükümlülüğü -Aidat ödeme yükümlülüğü

	-Arabuluculuk uygulamasının geliştirilmesine katkı sağlama yükümlülüğü
--	--

b) Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi

Arabulucu taraflarca görevlendirildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder (HUAK m. 15,1; HUAK Yön m. 17,1) “Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür (HUAK m.11). Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı(özel oturumlar) veya birlikte(ortak oturumlar) görüşebilir ve iletişim kurabilir” (HUAK m.8).

HUAK m. 15/2’ye göre “Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler.” Ancak taraflar böyle bir belirleme yapmamışlarsa anılan maddenin sonraki fıkrasına göre “arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür.” Görüldüğü gibi sürecin yönetilmesinde asıl yetki taraflara verilmiştir. Şayet taraflar bu yetkiyi kullanmazlarsa, arabulucu, sahip olduğu yetenekleri ve eğitimini kullanarak uyuşmazlığı tarafların istekleri doğrultusunda basit ve mümkün olan en hızlı şekilde çözecek yöntemleri uygulayacaktır.

Arabulucu; Arabuluculuk Kanunu, ilgili Yönetmelik ve Etik Kurallara uygun olarak arabuluculuk müzakerelerini yürütür. Arabuluculuk müzakerelerinde, tarafların, birbirleriyle iletişim kurmaları ve bunun pekiştirilmesiyle, birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları, olabildiğince rasyonel bir bakış açısıyla çözüme ulaşamaması halinde doğabilecek muhtemel sonuçları daha iyi görmeleri ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini ortaklaşa bir biçimde üretip, değerlendirmeleri; müzakereler çıkmaza girdiğinde arabulucunun geliştirip

sunmuş olduğu çözüm önerisini tartışıp irdelemeleri bir anlaşma zemininin oluşturulması temin edilmelidir.¹⁴⁰ Arabulucu, sürecin yürütülmesi sırasında, taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz(HUAK Yön. m.17,5). Arabulucu, uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımcı olan, çözüm ortamını hazırlayan kişi konumundadır; ancak karar veren kişi değildir.¹⁴¹ Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler (keşif, bilirkişiye başvurma, tanık dinleme vb.) arabulucu tarafından yapılamaz (HUAK m. 15,4; HUAK Yön. m. 17,4). Bunlar, arabuluculuğun bir yargısal faaliyet olmadığını açık göstergesidir.

Arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de tarafların açık rızasıyla müzakerelerde hazır bulundurulabilir (HUAK m.15,6; HUAK Yön. m. 17,8). Tarafların müzakerelere doğrudan katılımı, birbirleri ve arabulucuyla doğrudan görüşmeleri, çözümün daha kolay ve kalıcı olması ve menfaatlere daha doğru odaklanılabilmesi açısından önem teşkil eder.¹⁴² Ancak tarafların görüşmelere bizzat katılımı her zaman mümkün olmayabileceğinden ve ek olarak arabulucu taraflara hukuki tavsiye vermediğinden tarafların bu ihtiyaçlarını karşılamak üzere, avukatla temsil edilebilmeleri önem kazanır. Fakat arabuluculuk için vekile özel yetki tanınmış ve dahası müvekkil adına ödün verecekse ibra ve sulh konusunda da açıkça yetkilendirilmiş olması gerekmektedir.

c) Arabuluculuğun Sona Ermesi

Arabuluculuk süreci sonunda arzu edilen ve ideal olan çözüm sürecinin anlaşmayla sonuçlanmasıdır. Ancak arabuluculuk süreci her zaman anlaşmayla sona ermeyebilir. Arabuluculuk süreci tarafların iradesine dayalı olarak devam ettiğinden taraflardan her biri süreci dilediği zaman sonlandırabilir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda arabuluculuğun ne şekilde sonuçlanabileceği özel olarak düzenlemiştir (HUAK m.17/1, HUAK Yön. m. 20):

- “*Tarafların anlaşmaya varması*

¹⁴⁰ Tanrıver, a.g.e., s. 132.

¹⁴¹ AYM 10.07.2013, 94/89.

¹⁴² Pekcanitez, a.g.e., s. 2837; Özbek, a.g.e., s. 1689; Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3. B., Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 162.

- *Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi*
- *Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi*
- *Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi*
- *Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi”*

Tablo 9: Arabuluculuk Sürecinin Sonuçlanması

Arabuluculuk Sürecinin Sonuçlanması	
<i>Olumlu Sonuçlanması</i>	<i>Olumsuz Sonuçlanması</i>
-Tarafların anlaşmaya varması	-Daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun tespit edilmesi -Taraflardan birinin çekilmesi -Tarafların anlaşarak süreci bitirmesi -Uyuşmazlığın uyuşmazlığa elverişli olmadığı tespit edilmesi

“Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Belge taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar. Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen son tutanağı beş yıl süre ile saklamak ve son tutanağın bir örneğini taraflara verip bir diğer örneğini ise arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne göndermek zorundadır.” (HUAK m.17/3, 17/4, 17/5; HUAK Yön. m. 20/2, 20/3, 20/4).

d) Arabuluculuk Sonrası Aşama

Tarafların bir anlaşmaya varmaması halinde (olumsuz sonuçlanan ihtimallerde) arabuluculuk faaliyeti sona ermiş olacaktır. Bundan sonra, uyuşmazlık hakkında henüz bir dava açılmamışsa, taraflardan her biri uyuşmazlıkla ilgili devlet mahkemesinde dava açılabilir. Ancak uyuşmazlığın niteliğine göre taraflar tahkim yargısına da başvurabilirler. Uyuşmazlık için arabuluculuk sürecinden önce dava açılmış, davanın ertelenmesine karar verilmişse taraflardan birinin başvurusu üzerine dava kaldığı yerden devam eder. Erteleme süresi bitmesine rağmen arabuluculuk sonuçlanmamışsa veya sonuçlanmasına rağmen davanın devamı için taraflardan birinin müracaatı yoksa dosyanın işleminden kaldırılması hükümleri uygulanabilir¹⁴³ (HMK m. 150/3).

Arabuluculuk müzakereleri sonucunda **taraflar bir anlaşmaya varırsa** arabuluculuk süreci son bulur. Arabuluculuk süreci sonunda varılan bu anlaşmanın kapsamı ve şekli taraflarca belirlenir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki Rec (2002)10 Sayılı Tavsiye Kararının 6. Maddesine göre, her arabuluculuk usulünün sonunda, yapılan anlaşmanın konusu, kapsamı ve sonuçlarını belirlemek için yazılı bir belge düzenlenmesi uygun olur.¹⁴⁴

Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar dilerlerse sadece sulhe vardıklarını içeren son tutanak düzenlemekle yetinebilirler. Tutanağa anlaşmanın kapsamını yazmayabilirler. Şayet yazarlarsa son tutanak anlaşma belgesi hükmünde olur.

Taraflar, son tutanağa anlaşmanın kapsamını yazmayıp ayrıca bir anlaşma belgesi düzenleyebilirler. Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan uzlaşının kapsamı taraflarca istişare edilip bir anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından (elle veya güvenli elektronik imza kullanılarak) imzalanır (HUAK m. 18/1). Anlaşma belgesinde, üzerinde anlaşılan veya kısmi anlaşmada anlaşılamayan hususlar açık şekilde yazılmalı, ödenecek alacak miktarları, ödeme tarihleri, varsa faizleri,

¹⁴³ Ekmekçi, a.g.e., s. 107.

¹⁴⁴ Özbek, a.g.e., s. 1709, "Law On Mediation In Civil Disputes No 63251 With Comparisons", Çeviri Prof. Dr. Mustafa Serdar Özbek s. 20

<http://www.ankaratahkim.com/LAW%20ON%20MEDIATION%20IN%20CIVIL%20DISPUTES%20NO%2063251.pdf> (17.09.2021)

anlaşılan miktarın brüt veya net olduğu da belirtilmek suretiyle kesin şekilde belirlenmelidir.¹⁴⁵

Anlaşma belgesi, niteliği itibariyle bir borçlar hukuku sözleşmesi olup adi bir belgeye bağlanmıssa sözleşme hukukunun genel hükümlere tabi olacaktır. Usul hukuku bakımından bu belge adi senet hükmündedir ve kesin delildir. Ancak taraflar anlaşma belgesinin hukuki niteliğinin kuvvetli olmasını arzu edebilirler. Anlaşma metni adi yazılı olabileceği gibi noterde onaylama veya düzenleme şeklinde resmiyet de kazandırılabilir.

Tarafların vardığı anlaşma metnine ilişkin ayrıca kanunda tarafların anlaşmasının ilam niteliğinde belge sayılması bakımından özel bir düzenleme de yapılmıştır.¹⁴⁶ HUAK m. 18/2'e göre "Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir." Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin mahkemece şerh verilmesi, belgenin ilam niteliğini kazanmasını sağlar.

"İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır" (HUAK m.18/3).

Taraflar avukatla temsil edilmiş ve sonuçta tutulan tutanak tüm taraflar ve avukatlarınca imzalanmışsa, bu belge Avukatlık Kanunu m. 35/A maddesine göre ilam niteliğinde belge olduğundan, bu tutanağın icra edilebilirlik niteliği kazanması için ayrıca mahkemeye sunulması gerekli değildir. Bu paralelde HUAK m.18/4¹⁴⁷ "*Kanunlarda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu kılındığı haller hariç, taraflar ve avukatları ile*

¹⁴⁵ Özbek, a.g.e., s. 1714.

¹⁴⁶ Özkes, Arabuluculuk, s. 109; Pekcanitez, a.g.e., s. 2845.

¹⁴⁷ 7. yargı paketiyle gelen bu son güncel değişikliğe göre artık ticari uyuşmazlıklar bakımından, taraf avukatları ve arabulucunun birlikte imzaladığı anlaşma belgesinin, -icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın- ilam niteliğinde belge sayılacağı kabul edilmektedir.

arabulucunun, ticari uyuşmazlıklar bakımından ise avukatlar ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Son olarak doktrinde eleştirilen HUAK m. 18/5 hükmü incelenecektir. Bu hükme göre “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.*” Bu hükümden anlaşılan, arabulucu huzurunda anlaşılan ve belgeye geçirilen hususların yerine getirilmemesi durumunda (icra edilebilirlik şerhi içeren veya HUAK m.18/4’e uygun olan) anlaşma belgesinin, ilamlı icraya dayanak olduğu için mahkeme ilamları gibi icra takibine koyulabildiği; dava açılmasında hukuki yararın olmadığıdır.¹⁴⁸ Doktrinde, hükümde yer alan “dava açılmaz” ifadesi; hukuk yargılama usulü bakımından bir anlam ve sonucunun olmadığı, ne dava şartı olduğu ne de bu yasağa uyulmaması halinde mahkemece nasıl bir karar verileceğinin belli olduğu ve tarafların hak arama özgürlüğünü engelleyecek şekilde dava açılmasına engel olunamayacağı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.¹⁴⁹ Esasen hüküm; etik ilkelere, dürüstlüğe, kanuna uygun şekilde yürütülen bir arabuluculuk süreci sonunda yine aynı şekilde düzenlenen anlaşma belgesi sonrası tarafların dava açmaya ihtiyaç duymayacakları varsayımına dayanır. Bu bağlamda, doktrinde, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmış ise, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında dava açılmayacağına ilişkin yasağın, dava açılmasında hukuki yararın bulunması şeklinde somutlaşan genel dava şartının gerçekleşmemesinin özel bir yansıma biçimini oluşturduğu ve dolayısıyla anlaşma kapsamına dahil edilen hususlarda, dava açılması halinde, mahkemece, bu davanın, dava şartı yokluğundan usulden reddedilmesi gerektiği dillendirilmektedir.¹⁵⁰ Fikrimizce bu sebeple HUAK m.18/5 düzenlemesine esasen gerek bulunmamaktadır.¹⁵¹

¹⁴⁸ Bkz. Özbek, a.g.e., ss. 1732-1743.

¹⁴⁹ Bkz. Özkes, Arabuluculuk, ss. 113-115, Tanrıver, a.g.e., ss. 137-140, Ahmet Cahit İyilikli, “Arabuluculuk Sistemi ve Kanunu Üzerine Düşünceler ve Tahliller”, Ed. Ali Yeşilirmak ve diğerleri, *Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu*, İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2020, ss. 419-421.

¹⁵⁰ Mine Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.20, S.2, 2018, ss. 27-28.

¹⁵¹ Aynı yönde Özbek, a.g.e., s.1732; Tanrıver, a.g.e., s. 139.

6. Ticari Uyuşmazlıklara İlişkin Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Yapılan Milletlerarası Sulh Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Singapur Konvansiyonu)

Ulusal hukuk sistemlerinde arabuluculuk sonunda yapılan anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin farklı düzenlemeler olmakla birlikte; yabancılık unsuru içeren, diğer bir deyişle uluslararası nitelikteki ticari uyuşmazlıkların konu olduğu arabuluculuk sonrası sulh sözleşmelerinin icrası konusunda da milletlerarası sözleşme düzeyinde yeknesak bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Öyle ki taraflardan biri arabuluculuk sonunda yapılan sulh sözleşmesini ihlal ederse, sulh sözleşmesinin sınır aşırı hukuki sonuç doğurması ihtiyacı gündeme gelecektir. Arabuluculuk sonunda yapılan sulh sözleşmesinin niteliği itibariyle taraflar arasında hüküm doğuran bir borçlar hukuku sözleşmesinden ibaret olması nedeniyle, bu sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda -zaten davalasmadan çözülen hususlar için- dava açma yoluna gidilmesi gerekecektir ki bu da tarafların arabuluculuğu tercih etmesini engeller.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 20 Aralık 2018 tarihinde kabul edilerek 7 Ağustos 2019'da resmi imzaya açılan, halihazırda Türkiye dahil 53 ülkenin taraf olduğu Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (*The United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, The Singapore Convention on Mediation*); farklı hukuki, sosyal ve ekonomik sisteme sahip devletler tarafından kabul edilebilir bir çerçevenin oluşturulmasının ahenkli uluslararası ekonomik ilişkilerin gelişmesine katkıda bulunacağı inancıyla; arabuluculuğun kullanılmasının, uyuşmazlığın ticari bir ilişkinin sona ermesine yol açtığı durumları azaltmak, uluslararası ticari işlemlerin taraflarca yönetilmesini kolaylaştırmak ve devletlerin adalet yönetiminde tasarruf sağlamak gibi önemli faydalar sağladığını dikkate alarak ve arabuluculuğun ulusal ve uluslararası ticaret uygulamasında yargılamaya alternatif olarak giderek daha fazla kullanıldığını belirterek taraf devletlerce imzalanmıştır.¹⁵² Türkiye, Sözleşmeyi 7282 sayılı Kanunla uygun bulunarak 3866 sayılı CB Kararıyla onaylanmış ve Sözleşme 11 Nisan 2022 tarihinde Türkiye'de yürürlüğe girmiştir.

¹⁵² Bkz. Singapur Konvansiyonu Dibase

<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/612021141924Singapur%20Konvansiyonu%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf> (19.02.2021)

Singapur Sözleşmesi sayesinde, ilk defa bir milletlerarası antlaşma ile taraflar arasında yapılan bir borçlar hukuku sözleşmesine, sınır aşırı etkiler bakımından yabancı mahkeme ve hakem kararlarına benzer bir rejim kazandırılmıştır.¹⁵³ Sözleşme ile arabuluculuk süreci sonunda ortaya çıkan, taraflarca anlaşmaya varılmış belgenin basit ve düzenlenmiş bir usul uyarınca uygulanabilir ve bağlayıcı olması sağlanmıştır.

Singapur Sözleşmesine göre milletlerarası nitelikli sulh sözleşmelerinin yapıldığı devlet dışında diğer devletlerde kendiliğinden hüküm ve sonuç doğurması mümkün olmayıp bunun için belirli şartların varlığı gereklidir. Ancak bu şartların varlığı halinde, hakem kararlarındaki gibi tanıma-tenfiz davası açılması gerekli olmayıp, sulh sözleşmesine dayanılarak icra takibi gibi farklı hukuki yollara başvurulması mümkün kılınmıştır. Söz konusu maddi şartlar, Konvansiyonun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bunlar dışında milletlerarası sulh sözleşmelerinin Singapur Sözleşmesine göre uyarlanabilmesi için bazı şekil şartları da mevcuttur. Maddi ve şekli bu şartlar kısaca şöyle sayılabilir.¹⁵⁴

- Sulh sözleşmesinin arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılması gerekir
- Sulh sözleşmesinin milletlerarası nitelik taşıması gerekir
- Sulh sözleşmesinin ticari uyuşmazlıklar hakkında olması gerekir
- Sulh sözleşmesinin yazılı olması gerekir
- Sulh sözleşmesinin imzalı olması gerekir

Singapur Konvansiyonu, “taraflarından birinin tüketici olarak şahsı, ailesi veya evi için yaptığı işlemlere ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için yapılan; aile, miras ve iş hukukuna ilişkin olan sulh anlaşmalarına uygulanmaz. Konvansiyon, aynı zamanda mahkemece tasdik edilen veya mahkeme yargılaması sırasında yapılan ve mahkemenin bulunduğu devlette mahkeme kararı olarak yerine getirilen sulh anlaşmalarına; hakem kararı olarak kaydedilen ve yerine getirilen sulh anlaşmalarına uygulanmaz” (SS m.1).

Singapur sözleşmesine göre arabuluculuk sonunda düzenlenen anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge değildir.¹⁵⁵ Türk Hukuku bakımından ise arabuluculuk anlaşma

¹⁵³ Özbek, a.g.e., s. 875.

¹⁵⁴ Detaylı bilgi için bkz. Özbek, a.g.e., ss. 878- 894.

¹⁵⁵ “Bu durumda Singapur sözleşmesine taraf olan devlette yapılan sulh sözleşmesine istinaden Türkiye’de işlem yapılması için apostille şerhine veya konsolosluk onayına ihtiyaç yoktur.” Nuray Ekşi,

belgesi HUAK uyarınca belli koşullar altında ilam niteliğinde belge sayılmıştır. Bu durumda ilam niteliğinde belge gücü taşıyan sulh sözleşmelerinin ve anlaşma belgelerinin Singapur Sözleşmesi kapsamında sayılmaması sebebiyle Türk hukuku bakımından Singapur Sözleşmesi uyarınca uygulama alanı bulan sulh sözleşmelerinin kapsamı dardır. Öyleyse; taraflar ve avukatları ile birlikte imzaladıkları sulh sözleşmeleri, taraflar ve arabulucunun birlikte imzalayarak mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınan sulh sözleşmeleri, mahkemenin tarafları arabuluculuğa teşvik etmesi sonucu yapılan sulh sözleşmeleri, Avukatlık Kanunu uyarınca yapılan veya HMK uyarınca mahkeme önünde yapılan sulh sözleşmeleri Singapur Sözleşmesi kapsamının dışındadır.

Son olarak ülkemizde 7. Yargı Paketi adıyla yapılan mevzuat değişikliğiyle arabuluculuğa ilişkin ülkemizin taraf olduğu Singapur Sözleşmesi'nin iç hukukumuzla uyumunun sağlanmasına yönelik Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 17/A hükmü getirilmiştir.

B.TAHKİM

Dünya çapında her geçen gün gelişen ticaret, iletişim kanallarının artması, ulaşılabilirliğin ülke sınırlarını aşması ile birlikte yoğunlaşan ilişkiler sonucunda doğan uyuşmazlıkların çözümünde daha hızlı, daha az masraflı ve özellikle ticaret hayatının kesintisiz şekilde devamını sağlayacak nitelikte çözümler bulma arayışı doğmuştur. Bu arayış tarafları, devlet yargısına kıyasla, sayılan avantajları daha etkin şekilde sağlaması beklenen alternatif uyuşmazlık çözümlerine yönlendirmiştir. ADR yolları içerisinde halihazırda bu bağlamda beklenen taleplere en uygun cevap veren ve dünyada en çok tercih edilen alternatif uyuşmazlık çözüm yolu, tahkimdir.¹⁵⁶ Önceki bölümlerde bahsedildiği gibi tahkimin bir ADR yolu olup olmadığı hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Tahkim, işleyişi itibarıyla (fonksiyonel anlamda) bir yargısal yol olmasına karşılık; uyuşmazlığın esasının görevli bir devlet mahkemesince değil, tarafların kendi iradeleriyle belirledikleri tarafsız ve bağımsız üçüncü kişilerce çözülmesi sebebiyle, katıldığımız görüşe göre tahkim bir ADR yoludur. Soyut hukuk kurallarının somut olaya

“Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler (Singapur) Konvansiyonu'nun Türkçe Tercümesi”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C. 9, S.1, 2020, s. 67.

¹⁵⁶ Bkz. Şanlı, a.g.e., s. 319;

uygulanması faaliyeti, tahkimde, hakimler ve devlet mahkemeleri yerine, hakemler ve tahkim mahkemeleri eliyle gerçekleştirilir.¹⁵⁷ Tahkimin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından en büyük farkı ise tarafların kendi iradeleriyle yetkili kıldıkları hakem kararlarının bağlayıcı olmasıdır. Aşağıda genel itibariyle uluslararası anlamda tahkim kavramı ve yargılaması işlenecek ve yer yer Türkiye uygulamasına dair genel kurallar açıklanacaktır.

1. Tanımı, genel prensipleri ve avantajları

“Tahkim, kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konuların kapsamında kalması koşuluyla, taraflar arasında doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkların, devlet yargısında çözümlenmesi yerine, hakem adı verilen kimseler aracılığı ile çözümlenmesi hususunda tarafların anlaşmasıdır.”¹⁵⁸ Tahkim hem batı hukuklarında hem de Osmanlı hukukunda yıllardır var olan ve uygulanan bir çözüm yoludur.

Uyuşmazlık tarafları, devlet yargısına başvurdukları takdirde usule ve esasa ilişkin mevzuatta yer alan tüm kurallara riayet etmiş durumdadırlar. Örneğin mahkemenin dilini, hâkimi (tabii hâkim ilkesi gereği), usule ve esasa uygulanacak hukuku, yargılama süresini, yargılama yerini (ulusal yetki kuralları) vb. kuralları değiştiremezler. Ancak tahkim; taraflara, tahkim anlaşmasına dayalı geniş bir irade serbestisi içinde, gizlilik esaslı bir yargılama sunar. Tahkim yargılamasının niteliği gereği taraflar davalarını çözecek hakem veya mahkemeleri, bunların sayısı ve niteliklerini, seçim tarzını, tahkim sözleşmesi ve şartının muhtevasını; yani tahkim yerini, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku, tahkim prosedürüne uygulanacak hukuku, esasa uygulanacak maddi hukuku, yargılamanın usul ve şeklini, başvurulacak ispat vasıtalarını ve yargılamada esas alınacak

¹⁵⁷ Göksu, a.g.e., s.117.

¹⁵⁸ Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s. 29; Ergin Nomer, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, İstanbul : Beta Yayıncılık, 2016, s. 15 Doktrinde diğer bazı tanımlar şu şekildedir: “Özel hukuk alanına ilişkin uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız hakemler eliyle ve yargısal yolla çözümüne tahkim denir.” Pekcanitez, a.g.e., s. 2593; “Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına tahkim denir.” Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul: Demir Yayıncılık, 6. B., C. 6, 2001, s. 5875;

lisani serbestçe belirleyebilir.¹⁵⁹ Taraflar aralarında bu şekilde bir tahkim anlaşması imzalamışlarsa artık uyuşmazlıklarını bu şekilde çözmekle yükümlüdürler. Yargılama sonunda verilecek hakem kararı ise aynı mahkeme kararları gibi bağlayıcıdır. Bu sebepler, tahkimi devlet yargısına kıyasla daha avantajlı kılmaktadır.

Tahkimin devlet yargılamasına kıyasla bazı faydaları şu şekilde sıralanabilir:¹⁶⁰

- “Tahkimde taraflar, mahkeme ortamından uzak, daha dostane bir şekilde yargılamaya katılma imkanı bulurlar.
- Tahkimde taraflar, hakemleri doğrudan seçerek veya seçilmelerinde rol oynayarak, aralarındaki uyuşmazlığı, konularında uzman ve güvendikleri kişilerin çözmelerini sağlayabilirler.
- Tahkimde taraflar, uygulanacak usul kurallarının, yargılamanın nasıl gerçekleşeceğini, kimlerin bilirkişi olacağını, duruşmaların nasıl olacağını ve hatta duruşmaya gerek olup olmadığının belirlenmesi gibi pek çok konuda söz sahibidirler.
- Tahkimde tarafların gizliliği ve sırlarının korunması esastır; Devlet yargısında olduğu gibi aleniyet prensibi uygulanmaz. Bu sayede taraflar, özellikle ticari sırlar gibi hassas meselelerde daha rahat hareket edebilirler.
- Tahkimde taraflar, aralarındaki uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk kurallarını serbestçe belirleyebilirler; oysaki Devlet yargısında hâkim, hukuk kurallarını kendiliğinden uygular.
- Tahkimde verilen kararlara taraflar daha fazla güveneceği için, bunların kanun yollar denetimi de sınırlı tutulmuştur.
- Tahkim yargılaması, çoğu zaman Devlet yargısından daha hızlı ve Devlet yargısındaki yargılama harçları göz önünde tutulduğunda daha az maliyetle sonuçlanabilir.”

¹⁵⁹ Cemal ŞANLI, Emre ESEN, İnci Ataman FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 5. B., 2016, s. 586.

¹⁶⁰ Bkz. Göksu, a.g.e., ss. 118-119. Detaylı bilgi için bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, ss. 9-12; Pekcanitez, a.g.e., ss. 2602-2610.

2. Tahkimin hukuki niteliği

Tahkim yolunun uygulanabilmesi için tarafların bu konudaki iradelerinin açık bir şekilde ortaya koyulmuş olması gerekir. Bu sebeple tahkim yolunun söz konusu olması için taraflar bir tahkim anlaşması(sözleşmesi) yapmış olmalıdır. Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine hakemler aracılığı ile çözülmesini öngören bir sözleşmedir.¹⁶¹ Tahkimin bir maddi hukuk (borçlar hukuku) sözleşmesi mi yoksa usul hukuku sözleşmesi mi olduğu yönünden doktrinde tartışmalar mevcuttur.

Tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi¹⁶² olduğunu savunan çoğunluk görüşüne göre tahkim, mevcut bir uyuşmazlığın çözümü için yapıldığından, tahkim yargılamasına dair süjeleri(hakemlerin seçimi, davanın açılması, delillerin gösterilmesi vb.) içeren bu sözleşme usuli nitelik taşımaktadır. Tahkimin maddi hukuka ilişkin bir sözleşme olduğunu savunanlar ise bu sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olup taraf iradelerince hüküm doğurduğunu ifade etmektedir. Bunun sonucu olarak yargılama ve sonunda verilen karar, özel hukuka dair olan sözleşme kurallarının uygulanması olarak anlaşılmaktadır. Bu iki görüşün yanında tahkimin karma niteliğe sahip olduğunu savunan diğer görüş; tahkim sözleşmesinin tarafların serbest iradelerine dayanmasının sözleşmenin maddi yönü ve sözleşmenin uygulanmasının ise sözleşmenin usuli yönü olduğunu savunmaktadır.¹⁶³ Yargıtay ise bu görüşlerden çoğunluk görüşüne katılmakta ve tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2003/15-142 K. 2003/182 T. 19.3.2003 kararında “*Öğretide hakim olan görüşe göre, Usul Yasasında düzenlenmiş olması yapılacak çok önemli işlerin dayanağını usul yasasında bulması ve hakem kararlarının yargısal nitelik taşıması nedeniyle, tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğu (...) yönündedir.*” ifadesi geçmiştir.

¹⁶¹ Pekcanitez, a.g.e., s. 2596.

¹⁶² Bu görüşte bkz. Kuru, a.g.e., s. 5937; Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973, s. 52 vd.; Turgut Kalpsüz, “İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları”, *İnşaat Sözleşmeleri-Seminer* (Ankara, 1996), B. 2, Ankara, 2001, s. 352.

¹⁶³ Bkz. Pekcanitez, a.g.e., s. 2597.

Fikrimizce tahkim (sözleşmesi), öncelikle usuli nitelikte bir sözleşmedir. Ancak bazı durumlarda sözleşmenin geçerliliği bakımından gerektiğinde maddi hukuka göre değerlendirme yapılması mümkün olabilir.

3. Tahkim Türleri

Tahkim, tarafların iradesine bağlı esnek bir yol olmasına karşılık bir yargılama fonksiyonu barındırdığından, tahkime başvuru ve yargılamaya dair hususlar genel geçer kabul edilecek şekilde doktrinde belli başlıklarda toplanmıştır. Tahkim türleri açısından pek çok ayırım sayılabilmekle birlikte aşağıda en çok karşılaşılan tahkim türlerine yer verilmiştir.

a) Mecburi Tahkim-İhtiyari Tahkim

Tahkim, özü itibariyle tarafların iradesine bağlı olarak işletilen bir yoldur ve hatta tahkimin uygulanması için tarafların serbest iradesi olmazsa olmaz bir unsurdur. Bu sebeple tahkime dair düzenlemelerin tamamına yakını ihtiyari tahkim üzerinedir. Bununla birlikte -arabuluculukta olduğu gibi- kanuni düzenlemelerle bazı uyuşmazlıklar için tahkim yoluna gidilmesinin zorunlu kılındığını görmekteyiz.

Tahkimin zorunlu olduğu hallerde tahkim mahkemesi yerine devlet yargısında açılan davalar için görevsizlik kararı verilecektir. Buradan tahkimin zorunlu olduğu hallerde, tahkim yargısı ile devlet yargısı ilişkisinin bir görev ilişkisi meydana getirdiğini söyleyebiliriz. Buna karşılık, HMK çerçevesinden bakıldığında ihtiyari olan tahkimde, bir tahkim sözleşmesi varlığına rağmen devlet mahkemesinde dava açıldığında mahkeme bu durumu kendiliğinden incelemeyebilir, ancak diğer tarafın ilk itirazı üzerine inceleme yapılmaktadır.

Zorunlu tahkim, dünyada çapında bazı iş ve tüketici uyuşmazlıkları için gündeme gelebilmektedir. Türkiye’de ise 1512 sayılı Noterlik Kanunu (m.13), 6365 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (m.51), 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (m.30), 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu (m.100, TÜRSAB Tahkimi), 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun (m.6)’da geçen hükümler ve tartışmalı olmakla birlikte Tüketici Hakem Heyeti faaliyetleri de zorunlu tahkime örnektir.

b) Milli Tahkim-Milletlerarası Tahkim

Mevzuatımızda Milletlerarası Tahkim Kanunu ile milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiş; bu kanunun uygulama alanı dışında kalan uyuşmazlıkları kapsayan tahkime ise Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer verilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen tahkim hükümlerince gerçekleşen tahkim, “iç (milli, ulusal, mahalli, *domestic*) tahkim” olarak da anılmaktadır. Sayılan düzenlemelerin her ikisi de UNCITRAL Model Kanun¹⁶⁴ esas alınarak yapılmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 407’da tahkimin uygulama alanı şu şekilde belirtilmiştir: “*Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.*” Buna göre Milletlerarası Tahkim Kanununun yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar açısından uygulama alanı bulduğu ortadadır. MTK madde 2’ye göre aşağıda sayılan hallerin birinin bulunmasıyla yabancılık unsurunun mevcudiyeti kabul edilir:

- > “Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması,
- > Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; (a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden, (b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması.
- > Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması,

¹⁶⁴ Orijinal metin Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu(UNCITRAL) Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Model Kanun (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*) https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (03.03.2021)

- > Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.”

Belirtmek gerekir ki MTK'nın 17. maddesi uyarınca “*Bu Kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz.*” Ancak tahkim usulüne Türk hukuku uygulanan durumlarda, Milletlerarası Tahkim Kanununda boşluk bulunan durumlarda, HMK hükümleri uygulama alanı bulabilir.¹⁶⁵

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Milletlerarası Tahkim Kanunu arasındaki bazı temel farklar şöyledir:¹⁶⁶

Tablo 10: HMK ile MTK Arasındaki Farklar

Milletlerarası Tahkim Kanunu	Hukuk Muhakemeleri Kanunu (m. 407- m. 444)
Uluslararası tahkime uygulanır	Kural olarak ulusal tahkime uygulanır
İtiraz hakkından feragat dair düzenleme yoktur.	İtiraz hakkından feragat açıkça düzenlenmiştir. (m. 407)
Tahkim sözleşmesinin tabi olacağı hukuka ilişkin düzenleme yapılmıştır. (m. 4/3)	Tahkim ulusal hukuka tabidir, ayrıca bir düzenleme yoktur.
Tahkim itirazının kabulü konusunda açık düzenleme yoktur.	Tahkim itirazının kabulü, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkansız olmaması şartına bağlanmıştır. (m. 413/1)
Geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin düzenleme (m.6) tahkimi destekleyici nitelikte yeterli değildir.	Geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin tahkim lehine detaylı düzenleme yapılmıştır. (m. 414)
Hakemlerin sayısına bağlı olarak şart tutulan bir husus düzenlenmemiştir.	Hakemlerin sayısı birden fazla olursa en az birinin kendi alanında beş yıl veya daha

¹⁶⁵ Akıncı, a.g.e., s. 40.

¹⁶⁶ Bkz. Pekcanitez, a.g.e., ss. 2606-2610.

	fazla kıdeme sahip hukukçu olması şartı aranır. (m. 416/1-d)
Tahkim yargılamasında taraflar yabancı gerçek veya tüzel kişiler tarafından temsil edilebilir. (m. 8B/2)	Temsile ilişkin özel düzenleme yapılmamıştır.
Tahkim dilinin Türkçe veya Türkiye'nin tanıdığı yabancı bir devletin dili olabileceği düzenlenmiştir.	Tahkim dili için özel düzenleme bulunmamakla beraber tahkimin yabancı dilde yapılmasına engel yoktur.
Görev belgesi düzenlenmesi kabul edilmiştir. (m. 10E/1)	Görev belgesine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.
Delillere ulaşmada mahkeme yardımına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.	Delillere ulaşmada mahkeme yardımına yönelik düzenleme mevcuttur. (m. 423)
Uygulanacak hukuka ilişkin geniş düzenleme vardır. (m. 12C)	Uygulanacak hukuka ilişkin bilinçli olarak düzenleme yapılmamıştır.
İptal davasının açılması hakem kararlarının icrasını kendiliğinden durdurur. (m. 15A/4)	“Hakem kararlarına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz.” (m. 439/4)
Yabancı taraf iptal davası açma hakkından feragat edebilir. (m. 15A/5)	Taraflara, hak doğmadan iptal davasından feragat imkanı tanınmamıştır.

Belirttiğimiz gibi hem HMK hem de MTK, UNCITRAL Model Kanun esas alınarak düzenlenmiştir. Bu husus gerek yerli gerekse milletlerarası tahkim için tek bir kanun olması fikrini tartışmaya açmıştır. Uygulama açısından tek bir kanun olması kolaylık sağlayabilir; ancak milletlerarası tahkim ile iç tahkimin ihtiyaçları her zaman birbiriyle aynı değildir. Milletlerarası tahkim için özel bir kanuna sahip olmak, İstanbul Tahkim Merkezi gibi bir oluşumun içerisinde barındıran Türkiye için bir avantaj olacaktır.¹⁶⁷ Tek bir kanun yerine eski tarihli olan milletlerarası tahkim mevzuatımızın tahkimde meydana gelen değişiklik ve yeniliklere uyumlu hale getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Doğrusu, verilen tabloya bakıldığında yeni tarihli HMK'nın MTK'ya göre tahkimin etkinliğini artıran daha güncel hükümlere sahip olduğunu söyleyebiliriz.

¹⁶⁷ Akıncı, a.g.e., s. 40.

Esasen yukarıda belirtilen hususlar dışında her iki kanun da aynı hükümleri içerdiği için Milletlerarası Tahkim Kanununa ilişkin mahkeme kararlarının her iki kanunda da benzer veya aynı olan düzenlemelere ilişkin olanları HMK açısından da uygulama alanı bulacaktır.¹⁶⁸

c) Ad hoc (Arızı) tahkim ve Kurumsal tahkim

Tahkim yolunu işletmek isteyen taraflar, dilerlerse tahkim yargılamasına dair tüm kuralları ve işleyişi (hakem, yargılama dili, uygulanacak hukuk vb.) bizzat kendileri belirleyebilirler ya da daha önceden bir kurum tarafınca belirlenmiş olan kural ve usulleri bu kurum gözetiminde uygulanmak üzere seçebilirler. Tahkim, tahkim faaliyetinin bir kurumun bünyesinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine göre ad hoc tahkim ve kurumsal tahkim olarak ikiye ayrılır.

Kurumsal tahkim, adından da anlaşılacağı üzere, kuralları önceden belirli olan ve bu sebeple de geçici(ad hoc) tahkime göre daha az esnetilebildiği ve hakemlerin belirlenmesi usulünün de ayrıca düzenlenmiş olduğu bir tahkim şeklidir.¹⁶⁹ Öyleyse bir tahkim kurumunun gözetiminde ve o kurumun tahkim kurallarına göre yapılan tahkim kurumsal; buna karşılık tahkim kurumu gözetimi altında olmaksızın yapılan tahkim ise arızı yani ad hoc tahkimdir.¹⁷⁰ Örneğin; ad hoc tahkimi tercih eden taraflar, -bir merkeze bağlı olmaksızın- hakemleri seçebilir ve -yerel tahkim uygulamalarına tabi olmaksızın- UNCITRAL Tahkim Kurallarının¹⁷¹ uygulanacağını kararlaştırabilirler. Tahkim şartlarında tahkimin İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) nezdinde gerçekleşeceğini kararlaştıran taraflar ise bir uyuşmazlık olduğunda bu uyuşmazlığı ISTAC bünyesindeki hakemler aracılığıyla ISTAC Tahkim Kuralları ve usulü uyarınca çözümlendirilmesini kabul etmişlerdir.

Belirtmek gerekir ki, tahkim kurumlarının her birinin kendine özgü kuralları vardır ve fakat tarafların aralarında doğabilecek uyuşmazlıklarda bir tahkim kurumunun kurallarına sadece atıf yapması, o tahkimi kurumsal tahkim haline getirmez, ad hoc tahkim olmaya devam eder. Kurumsal tahkim olarak kabul etmek için tahkim

¹⁶⁸ Pekcantez, a.g.e., s. 2610.

¹⁶⁹ Göksu, a.g.e., s. 119.

¹⁷⁰ Pekcantez, a.g.e., s. 2611.

¹⁷¹ Orijinal metin <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf> (03.03.2021)

yargılamasının o kurum nezdinde ve gözetiminde ilerliyor ve sonuçlandırılıyor olması gerekmektedir.

En bilinen tahkim kurumları; ICC (*International Chamber of Commerce*, Milletlerarası Ticaret Odası), LCIA (*London Court of International Arbitration*, Londra Tahkim Mahkemesi), SCC (Stockholm Ticaret Odası Tahkim Merkezi), VIAC (Viyana Uluslararası Tahkim Merkezi), SCAI (İsviçre Odalar Tahkim Kurumu, *Swiss Chambers' Arbitration Institution*), SIAC (Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi), HKIAC (Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi), WIPO (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi), CAS (Spor Tahkim Mahkemesi), ICSID (Yatırım İtilaflarının Halline Dair Uluslararası Merkez), ISTAC (İstanbul Tahkim Merkezi), ITOTAM (İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi), TOBB (Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği) Tahkimi olarak sayılabilir.

Kurumsal tahkimde taraflar uyuşmazlık çıktığında belirlemiş oldukları tahkim kurumuna başvuruda bulunarak süreci başlatır. Kurumsal tahkimde yargı işlevini yürüten organ tahkim merkezi değil; hakem/hakemlerdir. Kurum sadece tahkim yargılamasına kurallarında yer aldığı şekil ve ölçüde yardımcı olur. Bunlar hakem seçimi, yazışmalar yapılması, duruşma için mekan sağlanması vb. hususlar olabilir. Kurumsal tahkim, kurumda tahkimi bilen deneyimli personeller bulunması sayesinde tahkim yargılamasının daha profesyonel ve düzenli ilerlemesini sağlayabilmekte ve seçilen tahkim kurumunun önceden hazırlanmış bulunan yazılı kurallarına atıf yapılmış olması ise süreci kolaylaştırmaktadır. Kurumsal tahkimin en önemli yararlarından biri kurumun saygınlığı sebebiyle hakem kararlarının icrasında bu durumun olumlu etki yaratmasıdır.¹⁷² Kurumsal tahkimin sakıncaları, ad hoc tahkime göre daha masraflı olabilmesi ve kurumda kat edilen aşamalar sebebiyle daha yavaş sonuca ulaşılabilmesi olarak belirtilmektedir.

Ad hoc tahkim, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kendi belirledikleri hakemler eliyle çözdürmelerinden dolayı kurumsal tahkime göre daha esnektir. Ancak her hâlükârda tahkim, kanunun emredici kurallarına uygun olarak yapılmalıdır. Bunun yanında arizi tahkimde gizlilik daha iyi korunabilir ve kurumsal tahkime göre daha ucuzdur. "Ad-hoc tahkimde, tarafların çözüme yaklaşımı tahkimin başarısını doğrudan etkiler. Aksi takdirde taraflar, tahkim kurumuna başvurmayarak maliyetten tasarruf

¹⁷² Pekcanitez, a.g.e., s. 2612.

etmeye çalışırken işbirliği yapmaktan kaçınmaları nedeniyle hakem heyetinin kurulmasının gecikmesine sebep olabilir, ulusal mahkemeye başvurma ihtiyacı ve hakem heyetinin ekstra idari maliyetleri bu yolu daha maliyetli hale getirebilir.”¹⁷³ Ad hoc tahkim çoğunlukla bir tarafın devlet veya kamu kurum ve kuruluşu olduğu uyuşmazlıklarda tercih edilmektedir.

Doğrusu, tahkimin olması gereken şekilde uygulanarak adaletin etkin şekilde işletilmesinin getirdiği sonuç ile, masraf ve zaman açısından ödenen fedakarlığın karşılığının alındığını söyleyebiliriz. Uygulamada genelde kurumsal tahkimin arızı tahkime tercih edildiğini söylemek yerinde olacaktır.¹⁷⁴

İlerleyen başlıklarda Türkiye’de tahkimin kurumsallaşmasına ilişkin detaylı bilgiye yer verilecektir.

4. Tahkim Yargılaması Süreci ve Hakem Kararı

a) Genel olarak (Tahkime elverişlilik)

Tahkim yargılaması, tarafların bir uyuşmazlık olduğunda mevcut bir tahkim sözleşmesine/şartına dayanılarak uyuşmazlığı çözmek adına hakem heyetinin teşkili ile birlikte dava-cevap dilekçelerinin sunduğu ve nihai hakem kararıyla sonuçlanan süreçtir. Bunun için öncelikle uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gerekmektedir. UNCITRAL Model Kanununda objektif açıdan(konu bakımından) tahkime elverişlilik konusunda bir tanımdan kaçınılmış ve her devlete iç hukukunda düzenleme yapabilme yetkisi tanınmıştır.¹⁷⁵ Doktrinde, tahkime elverişlilik düzenlemelerinin tahkimin önünü tıkayacak şekilde dar yorumlanmaması gerektiği belirtilmiştir¹⁷⁶.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesinde “*Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz.*” denilmiştir. Kanun metninde öncelikle açıkça ifade edildiği üzere, sadece Türkiye’de bulunan taşınmazlarla ilgili

¹⁷³ Ebru Karademir, “Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 32, S. 2, 2013, s. 77.

¹⁷⁴ Pekcanitez, a.g.e., s. 2613.

¹⁷⁵ Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2006, s. 215

¹⁷⁶ Nomer, a.g.e., s. 17; Pekcanitez, a.g.e., s. 2633.

uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine sınırlama getirilmiştir; bu sebeple Türkiye’de bulunmayan bir taşınmazla ilgili bir uyuşmazlığın MTK’nın 1. Maddesi uyarınca tahkime elverişli olduğu ileri sürülemeyecektir¹⁷⁷. Benzer şekilde Türkiye’de olmasına rağmen taşınmazın aynına ilişkin olmayan uyuşmazlıklar da tahkim ile çözülebilir. MTK’da geçen diğer bir prensip tarafların iradeleriyle belirleyebilecekleri konular dışındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülemeyeceğidir. Örneğin; ceza yargısı, idari yargı (AY m. 125 hariç), hakimin resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu uyuşmazlıklar, çekişmesiz yargı işleri ve kamu düzenine ilişkin konular tahkime elverişli değildir. MTK 15/A/2/a maddesinde hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı hallerin hakem kararının iptali sebebi sayılmıştır.

Aynı şekilde Hukuk Muhakemeleri Kanununun 408. maddesi “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*” şeklindedir. Esasen her iki kanundaki düzenlemelerin özü Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HMUK) 518. maddesine (“*yalnız iki tarafın arzularına tabi olmıyan mesailde tahkim cereyan etmez*”) dayanmaktadır. Genel anlamda taraf iradesine tabi olan uyuşmazlıklar yani tarafların üzerinde sulh olacağı uyuşmazlıklar tahkime elverişlidir. Ancak bunun da bir sınırı vardır. Korunması gereken üstün bir menfaat varsa örneğin tüketicinin veya işçinin korunması halleri ya da kamu düzenine aykırı bir durum varsa uyuşmazlıklar tahkime elverişli olmayacaktır¹⁷⁸. Bunlar dışında başka kanunlarda da tahkime elverişliliğe ilişkin yasaklar düzenlenmiştir (örneğin TBK m. 262, m. 263; TTK m. 1271/2 vb.).

Tahkime elverişliliğe itiraz hakem kurulu oluştuktan sonra hakemlere yapılacak, itirazın reddi halinde hakem kararının iptali davasında ileri sürülebilecektir. Tahkim yargılaması başlamadan önce veya tahkim yargılaması sırasında tahkime elverişliliğe ilişkin itiraz mahkemeye yapılırsa mahkeme bu itirazı yetkisizlik sebebiyle reddedecektir¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Akıncı, a.g.e., s. 93.

¹⁷⁸ Pekcanitez, a.g.e., s. 2632.

¹⁷⁹ Pekcanitez, a.g.e., s. 2645.

b) Tahkim Sözleşmesi

Yukarıda belirtildiği üzere, tahkim yolunun işletilmesi için uyuşmazlık taraflarının mutlaka bir tahkim anlaşması yapması gerekmektedir. Bu, tahkim yolunun olmazsa olmaz (*conditio sine qua non*)¹⁸⁰ unsurudur. Tahkime elverişli olan her konuda herkes tahkim sözleşmesi yapabilir. Tahkim sözleşmesinin konusu sözleşmesel ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar olabileceği gibi haksız fiil, sebepsiz zenginleşme vekaletsiz iş görmeden doğan uyuşmazlıklar da tahkim sözleşmesine konu olabilmektedir.

MTK m. 4'te tahkim sözleşmesinin tanımı yapılmıştır: “*Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır.*” Tanımda yer alan ifadede, tahkim anlaşması yapıldığı sırada taraflar arasında henüz bir hukuki uyuşmazlık olmasa dahi tahkim anlaşması yapılabileceği anlaşılmaktadır.¹⁸¹ Yine tahkim anlaşmasıyla uyuşmazlığın tümünün tahkim yoluyla çözülebileceği kararlaştırılabildiği gibi, sadece belli uyuşmazlık kalemleri için de tahkimin kararlaştırılabileceğinin mümkün olduğu belirtilmiştir.

Anılan maddenin devamında, tahkim anlaşmasının bağımsız(ayrı) bir sözleşmeyle veya asıl sözleşmeye eklenen bir madde ile yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Asıl sözleşmeye tahkim yolunun kararlaştırılması ile ilgili koyulan hüküm, tahkim şartı olarak ifade edilmektedir.

Tahkim sözleşmesi ile taraflar arasındaki uyuşmazlık çözümü, genel yargılama olan devlet mahkemeleri dışına çıkarılarak, ihtiyari niteliği bulunan tahkim yargılaması kapsamına sokulmaktadır¹⁸². Bu sebeple geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedilebilmek için, tarafların tahkim iradeleri, yazılı olarak yaptıkları sözleşmede karışıklığa yer vermeyecek şekilde, açıkça belirtilmelidirler¹⁸³. Yargıtay kararlarında da uyuşmazlığın mutlak olarak tahkim ile çözüleceğinin kararlaştırılması gerektiği aksi

¹⁸⁰ Akıncı, a.g.e., s. 126.

¹⁸¹ MTK m.5/2'e göre, taraflar arasında tahkim anlaşması bulunmamasına karşılık taraflar, uyuşmazlık hakkında dava açılmasından sonra da tahkim yoluna başvuracaklarını kararlaştırabilirler. Bu durumda dosya, mahkeme tarafından ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir.

¹⁸² Pekcanitez, a.g.e., s. 2653.

¹⁸³ Akıncı, a.g.e., s. 133.

halde tahkim sözleşmesinin/şartının geçersiz sayılacağı vurgulanmıştır¹⁸⁴. Örneğin sözleşmede geçen “hakemlerin karar verememesi durumunda ihtilaf mahkemelerce çözülecektir”, “sonuçta uyuşmazlık mahkemelerce çözülecektir”, “uyuşmazlığın çözümünde İstanbul Tahkim Kurumu veya İstanbul Mahkemeleri yetkilidir” benzeri ibarelere yer verilmesi tahkim iradesini tereddüde yer vermeksizin ortaya koymadığından bu tahkim şartları geçersizdir.

Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır (MTK m.4/2, HMK m. 412/3). Kanuni düzenlemelere göre yazılı şekil şartının geçerli olması için:

- 1) “Tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da
- 2) Dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir.
- 3) Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.”

Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz¹⁸⁵. Tahkim şartı, asıl sözleşmenin bir parçası olarak düzenlenmiş olsa da ayırılabilirlik teorisine göre geçerlilik açısından tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsız düşünülmesi kabul edilmiştir¹⁸⁶. Diğer yandan bahsedildiği gibi tahkim henüz doğmamış bir uyuşmazlığa ilişkin olabilirse de tarafların uyuşmazlığa ilişkin hukuki münasebeti belirtmeleri, ilişkinin belirli olması gereklidir.

Tahkim anlaşması kural olarak sadece tahkim şartının bulunduğu sözleşmenin taraflarını bağlar. Sözgelimi aralarında mecburi dava arkadaşlığı bulunan tarafların hepsinin tahkim sözleşmesine taraf olması gerekir. Özellikle tüzel kişiler açısından tahkim sözleşmesinin hazırlanmasında yetkili kişilerin katılması ilerde doğabilecek yetki sorunu ve tahkim şartının geçersiz kılınmaması açısından önem arz eder. Ayrıca tahkim

¹⁸⁴ HGK, 776/198, T. 5.5.1965 15. HD, 722/4938, T. 15.9.1994; 15. HD, 3004/3710, T. 8.7.1992 15. HD, 4446/3473, T. 23.10.1986; 15.HD, 4943/1218, T. 13.3.1989; 15. HD, 361/1677, T. 9. 4. 1990 Y15HD, 1822/2105, T. 11.4.1996. (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

¹⁸⁵ Göksu, a.g.e., s. 125.

¹⁸⁶ Bkz. Akıncı, a.g.e., ss. 163-166; Pekcanitez, a.g.e., ss. 2675-2678.

sözleşmesinin bazı durumlarda üçüncü kişiler bakımından da sonuç doğuracağı kabul edilmektedir. Halefiyet durumlarında bu durum gündeme gelmektedir.

Tahkim sözleşmesinin yapılmasında irade fesadı mevcut olduğu iddia edilirse bu iddia hakem tarafından değerlendirilecektir (ayrılabilirlik ve hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesi ilkeleri gereği). İç tahkim açısından bu değerlendirme TBK ve usul hukukunun genel ilkelerine göre yapılacaktır.

Tahkim sözleşmesi kural olarak amacına ulaşması ile yani uyuşmazlık hakkında karar verilmesi ile sona erer (MTK m.13B/1; HMK m. 435/2). Bunun dışında taraflar anlaşarak sözleşmeyi sona erdirebilir veya belirli süreye bağlı olarak kararlaştırmış olabilirler. Ancak tahkim sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesi(feshi) mümkün değildir.

Tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen Türk mahkemelerinde dava açılmasının sonucu HMK m.116 uyarınca ilk itiraz olarak düzenlenmiştir. Davalının, tahkim ilk itirazı ileri sürmesi üzerine mahkeme tarafından görevsizlik kararı verilecektir. Ancak tahkim sözleşmesinin önleyici etkisi, sadece dava açılması bakımındandır. Tarafların tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre ilamsız icra takibi yapabilecekleri kabul edilmektedir.¹⁸⁷ Hatta genel hükümlere görülen davalar (itirazın iptali davası, menfi tespit davası, istirdat davası vb.) dışında itirazın kaldırılması gibi yollara başvurulması mümkündür.

c) Tahkimde Geçici Hukuki Koruma¹⁸⁸

Tahkimde yargılamanın her aşamasında, esasa ve usule ilişkin verilecek her karar için de taraflarca hakeme verilmiş doğal bir yetkinin varlığı kabul edilir. Bunun getirisi olarak uygulamada çoğunlukla; devlet yargılamasının, tahkim yargılaması ve kararı sürecine dahil olmasına gerek duyulmadığı görülmektedir. Ancak yine de bazı hallerde tahkimin belli aşamalarında mahkemelerin yardım ve desteğine ihtiyaç duyulabilmektedir. Tarafların tahkim öncesi geçici hukuki koruma önlemlerini mahkemelerden talep etmesi, tahkim iradesinin ortadan kalktığı anlamına gelmez.

¹⁸⁷ Göksu, a.g.e., s. 128.

¹⁸⁸ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Beyza SAYGIN, “Uluslararası Ticari Tahkimde Geçici Hukuki Koruma”, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Dergisi*, C.1, S.1, 2021, ss. 111-144.

https://dergiler.akademikorum.com/Makaleler/299212043_8.%20111-%20144.pdf (20.09.2021)

Türk hukukunda geçici hukuki korumaya dair düzenlemelerin MTK ve HMK’da yer aldığı görülmektedir. İki kanunda da ilgili maddeler incelendiğinde devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesinin en aza indirgenmek istendiği görülmektedir.¹⁸⁹

MTK m.6/II “*Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze karar verebilir...*” şeklindedir. Yine MTK m.3, “*Milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler sadece bu Kanun’un hükümlerine göre müdahalede bulunabilirler*” olarak düzenlenmiştir. Benzer şekilde HMK m. 414/I “*Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Yine HMK’da 411. madde, “*Tahkim yargılamasına mahkemelerin yardımı, bu Kısımda açıkça izin verilmiş olan hallerde mümkündür*” demektedir.

MTK m. 6/I düzenlemesine göre; “*Taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez*” denilmektedir.

d) Hakem Seçimi ve Hakem Sözleşmesi

Tahkim yargılaması, hakem seçiminden sonra başlar. Bu sebeple hakem seçimi tahkim prosedürünün işlemesi için büyük önem taşımaktadır. Hakem seçiminde söz konusu olacak hukuka aykırılıklar, hakem kararının iptal edilmesine neden (Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 15/A/1/b) veya hakem kararının tenfizine (New York Sözleşmesinin V. maddesi) engel olabilecektir.¹⁹⁰

Hakem/hakem kurulu, tıpkı devlet yargısındaki mahkemeler gibi, tarafların iddia ve savunmalarını dinler, delilleri inceler, davayı aydınlatır ve sonunda tarafları ve kendini bağlayıcı bir hüküm vererek yargılamayı sona erdirir. Tahkimde irade serbestisinin bir sonucu olarak çok istisnai sınırlamalar dışında taraflar diledikleri kişiyi hakem olarak

¹⁸⁹ Akıncı, 2020, s. 131; Pekcanitez, a.g.m., 2005, s. 67

¹⁹⁰ Akıncı, a.g.e., s. 202.

seçebilirler, hakem seçilmesi usulünü ve sayısını da diledikleri gibi kararlaştırabilirler. Bu durumun tahkim sözleşmesinde ayrıntılı düzenlenmiş olması gerekir.

Kanuni düzenlemelere göre taraflar hakem sayısını belirlemekte serbesttir; ancak sayı tek olmalıdır (m. 415/1, MTK m.7A/1). Hakem sayısı taraflarca kararlaştırılmamış ise üç hakem seçilir (m. 415/2, MTK m.7A/2). HMK ve MTK’da hakem seçimi ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemeler yedek hukuk kuralı niteliğindedir, çünkü taraflar hakem seçim usulünde serbesttirler. Bu durumda aksi kararlaştırılmamışsa (MTK ve HMK uyarınca):

- “Ancak gerçek kişiler hakem seçilebilir.
- Tek hakem seçilecek ise ve taraflar hakem seçiminde anlaşamazlarsa hakem, taraflardan birinin istemi üzerine mahkeme tarafından seçilir.
- Üç hakem seçilecek ise, taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki isteminin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından hakem seçimi yapılır. Üçüncü hakem, başkan olarak görev yapar.
- Üçten fazla hakem seçilecek ise, son hakemi seçecek olan hakemler yukarıdaki bentte belirtilen usule göre taraflarca eşit sayıda belirlenir.”
- Son olarak sadece HMK’da bulunan hükme göre hakemin birden fazla kişiden oluşması hâlinde en az birinin kendi alanında beş yıl ve daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması şarttır.

Aşağıda hakemlerin belirlenebileceği farklı ihtimallere dair bir tabloya yer verilmiştir:

Tablo 11: Hakemlerin Seçilmesi

Hakem(ler)in isimlerinin tahkim anlaşmasında kararlaştırılması	Hakemlerin taraflarca seçilmesi	Hakem seçiminin bir kurum veya üçüncü kişiye bırakılması	Tahkim anlaşmasında hakem seçimine ve sayısına ilişkin açıklık bulunmaması	Hakem seçimine ilişkin mahkeme kararı
Uyuşmazlık çıkıp tahkim yoluna başvurulmadan önce taraflar belirli bir hakem üzerinde anlaşıp tahkim şartına ekleyebilirler	Tahkim şartında tarafların hakemi seçeceği yer olabilir. Taraflar eşit yetkiye sahip olacak şekilde bir veya birden fazla hakem seçebilirler	Tahkim anlaşmasında veya sonrasında hakemlerin 3. kişi tarafından seçileceği kararlaştırılabilir. Örneğin, bu yetki bir tahkim kurumuna (divana) verilmiş olabilir.	Bu durumda kanuni düzenlemelere göre, yukarıda açıklanan usul uyarınca hakem heyeti için üç kişi seçilecektir.	Davalı tarafın hakemini seçmemesi veya tarafların 3. hakem üzerinde anlaşmalarında mahkeme hakem atar.

Tahkim anlaşmasında ismi belirtilen hakemlerin hukuki ve fiili olarak görevi yapması mümkün olmalıdır aksi halde tarafların tahkim iradelerinin kalktığı ve uyuşmazlığın devlet yargısında çözümleneceği kabul edilir¹⁹¹(HMK m. 421/3, MTK m.7G/3). Tahkim şartında bir uyuşmazlık çıktığında hakemlerin taraflarca seçileceği kararlaştırılmışsa, seçilen hakem taraf menfaatleri için değil uyuşmazlığa en adil çözümün bulunması için görev yapacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanununa m. 7/B'ye göre, "taraflar hakemlerin seçimi usulünü kararlaştırmış olmalarına rağmen; (1) Taraflardan biri anlaşmaya uymazsa, (2) Kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem

¹⁹¹ Bkz. Akıncı, a.g.e., s. 206.

seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği hâlde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşamazlarsa, (3) Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse; hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından yapılır. Asliye hukuk mahkemesinin gerektiğinde tarafları dinledikten sonra verdiği kararlar kesindir. Asliye hukuk mahkemesi, hakem seçiminde tarafların anlaşmalarını, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması, tarafların farklı tâbiyette olmaları hâlinde tek hakem seçilecek ise bu hakemin tarafların tâbiyetinden olmaması, üç hakem seçilecek ise bunlardan ikisinin bir tarafın tâbiyetinden olmaması ilkelerini göz önünde bulundurur” (aynı paralelde HMK m. 416/2).

Hakem seçildikten sonra taraflar ve hakem/ler arasında vekalet sözleşmesi niteliğinde¹⁹² ve usul hukuku sözleşmesi olan bir hakem sözleşmesi kurulur. Bu sözleşmede hakemin taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmeyi; tarafların ise bunun karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Hakemler mahkeme tarafından seçilse dahi hakemler ve taraflar arasında hakem sözleşmesi kurulmuş olur. Hakemin, hakem sözleşmesi çerçevesinde iki temel hakkı vardır: Masrafları isteme hakkı ve ücret hakkı. Hakemin ayrıca avans istemesi de mümkündür. Ücret ile ilgili düzenlemeler MTK m. 16 ve HMK m. 440’ta yer almaktadır. “Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim yargılamasında görevi kabul eden hakem, haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, tarafların bu nedenle uğradığı zararı ödemekle yükümlüdür” (MTK m. 7/E; HMK m. 419).

Hakem, hakem sözleşmesi ve tahkim kuralları gereği bazı yükümlülükler taşır.¹⁹³

1. Hakem, taraflar arasındaki uyuşmazlığı taraflarının belirlediği ilkeler ve Kanuni düzenlemelere göre ve ayrıca özenle yürütmelidir.
2. Hakem, uyuşmazlığın şahsen yürütmeli, görevi başkasına tevdi etmemelidir.
3. Hakem, kendisini taraflardan birisi seçmiş dahi olsa tarafsız ve bağımsız kalmalı, tüm karar ve işlemlerini bu ölçüye uygun olarak gerçekleştirmelidir.
4. Hakem, yargılamanın yürütülmesi ve yapılan masraflarla ilgili olarak taraflara bilgi ve hesap vermelidir.

¹⁹² Pekcanitez, a.g.e., s. 2690.

¹⁹³ Göksu, a.g.e., s.132.

5. Hakem, yapılan yargılamaya ilişkin olarak tarafların sırlarını saklamalı, tahkimde yargılamanın gizliliği ilkesini ihlal etmemelidir.

Taraflar hakemin reddi usulünü serbestçe belirleyebilirler (MTK m. 7D/1, HMK m.418/1). Hakemin reddi usulü MTK m. 7D ve HMK m. 418’de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

“Bir hakem hukukî veya fiilî sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getiremediği takdirde hakemlik yetkisi, hakemin çekilmesi veya tarafların bu yönde anlaşmaları ile sona erer. Taraflardan her biri, aralarında hakemin çekilmesini gerektiren sebeplerin varlığı konusunda uyuşmazlık olursa, asliye hukuk mahkemesinden hakemin yetkisinin sona erdirilmesi konusunda karar verilmesini isteyebilir. Mahkemenin vereceği karar kesindir. Hakemin görevinden çekilmesi veya diğer tarafın hakemin yetkisinin sona ermesine muvafakat etmesi, hakemin ret sebeplerinin varlığının kabulü anlamına gelmez” (MTK m. 7F, HMK m. 420)

“Hakemlerden birinin görevi herhangi bir sebeple sona ererse, onun yerine seçimindeki usul uygulanarak yeni bir hakem seçilir. Tahkim süresinin işlemesi, bir veya birden çok hakemin değiştirilmesi nedeniyle durmaz.” (HMK m. 421, MTK m.7G)

“Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz.” (HMK m. 422, MTK m.7H).

e) Tahkimde Yargılama

(1) Tahkim Yeri, Usul İlkeleri ve Uygulanacak Kurallar

Tahkimin temel özelliği ve niteliği gereği taraflar süreci serbestçe yürütürler. Bunun kapsamında hakemlerin seçilmesi olduğu gibi, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kuralların belirlenmesi de mevcuttur.

Taraflar, tahkime ilişkin emredici hükümlere uymak kaydıyla hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, serbestçe kararlaştırabilir ya

da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler.¹⁹⁴ Taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasının, tahkime ilişkin Kanun hükümlerini gözeterek uygun bulduğu bir şekilde yürütür (m. 424; MTK m. 8A).

Taraflar, usul kurallarını kendileri belirleyebilecekleri gibi, bu konuda hakemlere tam bir serbesti de verebilirler. Ancak taraflar hangi usulde karar verirse versinler belirli ilkelere aykırı hükümler getiremezler ve hakemler bu ilkelere uymak durumundadır.

Tahkimde uygulanacak ilkeler, hukuk yargılamasında uygulanacak ilkeler ile birebir aynı değildir.¹⁹⁵ Örneğin aleni yargılama, yargılamanın Türkçe olması¹⁹⁶, teksif ilkesi tahkim yargılamalarında uygulanmamaktadır. Bunun dışında tasarruf ilkesi, taleple bağlılık ilkesi, delillerin serbestçe takdir edilmesi, doğrudanlık ilkesi vb. ilkeler kural olarak geçerlidir. Ancak HMK'da ve MTK'da özellikle temel iki yargılama ilkesi belirtilmiştir: Tarafların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkı (MTK m. 8B, HMK m.423). Bu iki ilke tahkim yargılamalarında mutlak şekilde uygulanmalıdır. Taraflar aksine bir anlaşma yapmış olsalar dahi hakem/ler, taraflar arasındaki eşitliği gözetmek ve onlara eşit hukuki dinlenilme hakkı tanımak zorundadır; bu hakemin kanuni görevidir.

Tahkim yeri tahkimin hukuken bağlı olduğu yeri ifade eder.¹⁹⁷ Tahkim yeri taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurulunca serbestçe kararlaştırılır (MTK m. 9/1, HMK m. 425). Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem tarafından olayın özelliklerine göre belirlenir. Tahkim yeri tahkimin hukuken bağlı olduğu yer (şehir) olmakla birlikte duruşmalar veya toplantılar tahkim yeri dışında yapılabilir.

(2) Davanın Açılması ve Tahkim Süresi

Daha önce belirttiğimiz gibi, tahkim yargılaması devlet yargısından farklı olarak dava dilekçesinin verilmesinden önce, hakemlerin belirlenmesi ile başlar. Mevzuatımızda tahkim davasının açılma anı şu şekilde düzenlenmiştir: “Taraflar aksini kararlaştırmadıkça tahkim davası, hakemlerin seçimi için mahkemeye veya tarafların sözleşmesine göre hakem seçecek olan kişi, kurum veya kuruluşa başvurulduğu ve eğer

¹⁹⁴ Pekcanitez, a.g.e., s. 2703.

¹⁹⁵ Göksu, a.g.e., s. 147.

¹⁹⁶ MTK m.10/C “Tahkim yargılaması, Türkçe veya Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan devletlerden birinin resmî dilinde yapılabilir. Yargılamada kullanılacak dil veya diller, taraflar arasında kararlaştırılmamışsa, hakem veya hakem kurulu tarafından belirlenir(...)”

¹⁹⁷ Pekcanitez, a.g.e., s. 148.

sözleşmeye göre hakemlerin seçimi iki tarafa ait ise davacının hakemini seçip kendi hakemini seçmesini diğer tarafa bildirdiği; sözleşmede hakem veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi talebinin karşı tarafça alındığı tarihte açılmış sayılır” (MTK m. 10/A/1; HMK m. 426/1). Davanın açılma tarihi faiz, zamanaşımı, geçici hukuki koruma tedbirleri, derdestlik, tahkim süresi gibi hususlar açısından önemlidir.

Tahkimin devlet yargısına kıyasla avantajlı olduğu durumlardan birinin yargılamaların daha kısa sürmesi olduğunu belirtmiştik. Bazı tahkim kurumları kurallarında tahkim süresine yer vermiştir. Örneğin, ICC tahkiminde 6 ay içinde kararın verilmesi kuralı bulunmakla beraber genellikle esnek süre uzatımlarıyla birlikte 1-2 yıl arasında bir sürede nihai hakem kararına ulaşılmaktadır.¹⁹⁸

Mevzuatımız açısından da tahkimde devlet yargılamalarından farklı olarak azami süre öngörülmüştür. “Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir. Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları halinde taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece uzatılabilir. Mahkemenin kararı kesindir” (MTK m.10/B, HMK m 427). Ancak bu husus kamu düzeninden değildir, taraflar diledikleri zaman süreyi uzatma konusunda anlaşma yapabilirler. Tahkim süresi dolduktan sonra hakem kararı verilmişse bu durum iptal sebebidir. Tahkim süresi mahkeme tarafından uzatılmazsa veya tahkim süresi geçirilmiş olup da mahkemeye bu konuda bir başvuru yapılmamışsa tahkim yargılaması sona erer (MTK m. 13B/1/4; HMK m.435/1/ç).

Tahkim süresinin uzatımı konusunda taraflar arasında bir yol öngörülmemiş olması mahkemenin müdahalesini gerektireceğinden, bu konuda tarafların önceden anlaşmış olmalarında yarar vardır.

(3) Dilekçeler ve Deliller

Hakem veya hakem kurulunun atanmasından sonra, tarafların uyuşmazlıkla ilgili iddia, karşı iddia ve savunmalarını içeren dilekçelerini ve bunları destekleyen delillerini

¹⁹⁸ Bkz. Pekcanitez, a.g.e., s. 2709.

uyuşmazlığı çözmek için görevlendirilmiş hakeme veya hakem kuruluna bildirmeleri gerekmektedir¹⁹⁹.

MTK ve HMK’da dilekçelerin sunulması için belirli bir süre öngörülmemiş; “*tarafarca kararlaştırılan ya da hakem veya hakem kurulunca belirlenen süre içinde*” ifadesi kullanılmıştır. Dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar ise MTK m.10/D ve HMK m. 428’de hüküm altına alınmıştır.

Dava dilekçesinin kendine ulaştırılması sonrası davacı cevap dilekçesini hakem/hakem kuruluna sunar. Dilekçelerin nasıl tebliğ edileceği taraflarca kararlaştırılabilir veya hakemlerce karar verilebilir. Hakemlerin milletlerarası adli tebligat hükümlerine uyma zorunlulukları yoktur; özel kuryeler ile devlet yargısında günlerce beklenen tebligat bir günde yapılabilir.²⁰⁰

“Taraflar dilekçelerine yazılı delillerini ekleyebilir ve ileride sunacakları delilleri gösterebilirler” (MTK m. 10D/1; HMK m. 428/2).

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda ve Hukuk Muhakemeleri Kanununda iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı neredeyse söz konusu değildir. Zira ilgili düzenlemeler uyarınca, “*taraf, aksini kararlaştırmış olmadıkça, tahkim yargılaması sırasında iddia veya savunmalarını değiştirebilir veya genişletebilirler*”. Görüldüğü üzere, taraflar iddia ve savunmalarını sunarken herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmamıştır. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, iddia ve savunmaların tahkim anlaşması kapsamında kalmasıdır.

Uluslararası uyuşmazlıkların tahkim ile çözülmesinin doğal bir sonucu, farklı hukuk sistemlerinden ve geleneklerinden gelen kişilerin aynı tahkim yargılamasında buluşmasıdır. Bu sebeple taraflar mümkün olan en makul ve ortak beklentilerin karşılanmasını amaçlamaktadırlar. Buna çözüm olarak milletlerarası arenada usule yönelik birtakım uluslararası standart kurallar yapılmıştır. Prensip olarak taraflar delillerin toplanması ile ilgili konular üzerinde serbestçe anlaşabilirler. Delillerin toplanması ile ilgili konularda HMK hükümlerinin uygulanması zorunlu değildir.

¹⁹⁹ Akıncı, a.g.e., s. 258.

²⁰⁰ Akıncı, a.g.e., s. 259.

Nitekim MTK m. 17 de bu paralelde düzenlenmiştir. Öyleyse taraflar delillere yönelik uluslararası standart kuralların uygulanmasını kararlaştırabilirler.

Uluslararası Barolar Birliği, milletlerarası tahkimde belge ibrazı ile ilgili olarak 1999 yılında “Milletlerarası Ticari Tahkimde Delillerin İkamesi Hakkında Uluslararası Barolar Birliği Kuralları”nı (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*)²⁰¹ kabul etmiştir. Söz konusu kurallar, 2010 tarihinde gözden geçirilmiş ve son olarak 17 Aralık 2020’de revize edilerek bugünkü halini almıştır. Kuralların önsözünde, kuralların “milletlerarası tahkimde delil ikamesi konusunda verimli, ekonomik ve adil bir usul izlenmesini hedeflediği ve tahkime uygulanacak hukuk ile kurumsal, ad hoc veya diğer uygulanabilir kuralları desteklemek üzere tasarlandığı belirtilmiştir. IBA delil kuralları, tarafların ve hakem kurulunun kısmen veya bir bütün olarak tahkim sürecinde uygulanmasını kabul ettiği durumlarda uygulama alanı bulur. Taraflar, kurallarda değişiklik yapabilir veya bunları kılavuz olarak kullanabilirler.”

IBA kuralları tahkimin bazı hukuk sistemlerinde bulunmayan ve milletlerarası tahkim uygulamasında yaygın olarak kullanılan bazı yöntemleri, tahkimi daha pahalı, daha yavaş ve çok ayrıntılı kurallara tabi olan bir yargılama haline getirdiği söylenerek eleştirilmiştir.²⁰² Örneğin Türk hukukunda da prensip olarak uygulanmayan yazılı tanık ifadeleri, çapraz sorgulama, taraf uzman raporları veya belge ibrazı gibi uygulamalar her dava için uygun olmayabilir. Bu sebeple bu tür davalar için farklı kurallar hazırlanması gereksinimi doğurmuştur.

Bu gereksinimin bir sonucu olarak Prag Kuralları²⁰³ (*The Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*) hazırlanmıştır. Prag Kurallarında “özellikle yargılamanın daha işlevsel olmasını sağlamak amacıyla delillerin ibrazı, dava yönetimi teknikleri ve uzlaşma ile ilgili hükümlere yer verilmiştir” (Prag Kuralları madde 3-7). Hakemler ve taraflar ilk ara kararda uygulanacak kuralları belirlerken Prag Kurallarına atıf yapabilirler. Taraflar isterlerse Prag Kurallarının kısmen uygulanmasını da kararlaştırabilirler veya tahkim şartında bu kurallara atıf yapabilirler.

²⁰¹ Orijinal metin için bkz. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b> (01.10.2021)

²⁰² Ziya Akıncı, "Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 40, S.1., 2020, s. 485.

²⁰³ Orijinal metin <https://praguerules.com/upload/iblock/a00/a00568c6787a8bc955f4fdfe93db5a10.pdf> (10.10.2021)

Prag Kuralları, Uluslararası Barolar Birliği'nin yine aynı şekilde tahkim usulünde kullanılmak üzere düzenlemiş olduğu kuralların (IBA Kuralları) yerine geçen bir düzenleme değildir; hatta istenirse her iki düzenlemenin de birlikte kullanılması dahi mümkündür.²⁰⁴

(4) Görev Belgesi ve Usuli Zaman Çizelgesi

Görev belgesi (*Term of Reference*), ICC Tahkim uygulamasında gelişmiş olan bir kavramdır. Bu uygulamanın başarılı olması bazı diğer tahkim kurumlarının da sözkonusu belgeyi kullanmasında etkili olmuştur. Hatta ad hoc tahkimde dahi bu uygulamanın tercih edildiği görülmektedir.

Mevzuatımızda ise görev belgesi Milletlerarası Tahkim Kanununun 10/E maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “*Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakem veya hakem kurulu, dava ve cevap dilekçesi verildikten sonra bir görev belgesi hazırlar. Görev belgesinde tarafların adları, unvanları ve sıfatları, tahkim sırasında bildirim için geçerli adresleri, iddia ve savunmalarının özeti, istemleri, uyuşmazlığın açıklanması, hakemlerin ad ve soyadları, sıfatları ve adresleri, tahkim yeri, tahkim süresi, sürenin başlangıcı, uyuşmazlığa uygulanacak usul hükümleriyle ilgili açıklamalar ile hakemlere dostane aracılık yapma yetkisinin verilmiş olup olmadığı gibi konular yer alır. Görev belgesi hakemler ve taraflarca imza edilir.*” Düzenlemede görev belgesinde yer alacak konular sınırlı şekilde sayılmamıştır. Hakemler görev belgesine kanunda belirtilmeyen diğer bazı konuların yazılmasına karar verebilirler.²⁰⁵ Buna göre genel anlamda görev belgesinde yer alan hususlar şöyle sayılabilir: Taraflara ilişkin bilgiler, iddia ve savunmaların özetleri, istemler, uyuşmazlığın açıklanması, hakemlere ilişkin bilgiler, tahkim yeri, tahkim süresinin başlangıcı, usule uygulanacak kurallar, dostane aracılık yapma yetkisi²⁰⁶.

Hakemlerin görev belgesi hazırlamaları, yargılamanın başında tarafların ve hakemlerin usule ilişkin konuları aralarında görüşüp bunlar hakkında anlaşmaya varmalarına imkan sağlar. Bunun yanında bir diğer faydası, hakemlerin yetkisinin

²⁰⁴ Prag kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, ss. 481-495.

²⁰⁵ Akıncı, a.g.e., s. 265.

²⁰⁶ Dostane arabuluculuk (*amicable compositeur*), tarafların hakemlere hukuk kurallarına sıkıca bağlı kalmaksızın hakkaniyet prensibinden hareketle karar verme yetkisi tanıdığı, niteliği açısından bir tahkim yoludur. Bkz. Akıncı, a.g.e., s. 276.

çerçevesini çizip tahkimin bu çerçevesinde gerçekleşmesini sağlamasıdır. Aynı şekilde tarafların tüm iddialarının bu belge kapsamında olması açıklık sağlar. Görev belgesinin hazırlanmasındaki amaç, hakemlerin tarafları ve uyuşmazlığı doğru anlayarak hakem kararlarının geçerliliği ile ilgili tüm itirazları en aza indirmek ve tenfiz şansını arttırmaktır.

Usuli zaman çizelgesi ise bazı tahkim kurumlarınca tercih edilen, tahkim yargılamasının hızlı, gereksiz masraflardan uzak, düzenli ve disiplinli şekilde ilerlemesi amaçlanarak getirilen, deyim yerindeyse bir yargılama planıdır. Örneğin; İstanbul Tahkim Merkezi uygulamasında (ISTAC Tahkim Kuralları m. 27), hakemlerin görev belgesini hazırlamasının ardından hakemler tarafların görüşlerini aldıktan sonra bir zaman çizelgesi oluşturur. Bu çizelgede dilekçelerin verilme tarihi, duruşma tarihleri, önemli usuli işlemlerin tarihi yargılamanın en başında belirlenecek ve tarafların bu çizelge dışında işlem yapmaları sözkonusu olmayacaktır.

(5) Duruşma

Dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra hakem/hakem kurulu duruşma yapılmasına gerek olup olmadığına ilişkin karar verir. Hakem veya hakem kurulu dosyaya sunulan dilekçe ve belgeleri incelemenin yanı sıra, tarafların sözlü beyanlarını almak, taraflardan veya bilirkişilerden açıklama istemek, tanık dinlemek gibi nedenlerle bir duruşma yapmayı gerekli ve yararlı bulabilir.²⁰⁷

Tahkim yargılamalarında tanık ve bilirkişi dinlenmesi önemli olmakla birlikte devlet yargısından farklı olarak duruşma yapılması zorunluluğu yoktur. Hakem, dosyaya sunulan belgeler uyuşmazlığın çözümü için yeterli ise duruşma yapmamayı tercih edebilir. Taraflar da duruşma yapılmaması konusunda anlaşabilirler. Ancak böyle bir anlaşma yoksa taraflardan birinin istemi üzerine hakem uygun aşamada duruşma yapar. HMK m. 429 ve MTK m. 11A düzenlemeleri de buna paraleldir.

“Hakem veya hakem kurulu, dava ile ilgili her türlü keşif tarihini, bilirkişi incelemesini veya diğer delillerin incelenmesi için yapacağı toplantı ve duruşmaları ve tarafların gelmemeleri halinde bunun sonuçlarını uygun bir süre önceden taraflara bildirir.

²⁰⁷ Akıncı, a.g.e., s. 283.

Hakem veya hakem kuruluna sunulan dilekçeler, bilgiler ve diğer belgeler taraflara bildirilir” (MTK m. 11A/2-3; HMK m.429/2-3).

Mevzuatımızda dava dilekçesinin verilmemesi, cevap dilekçesinin verilmemesi ve taraflardan birinin geçerli nedene dayanmaksızın duruşmaya katılmaması veya delillerini göstermemesi durumlarına yönelik farklı sonuçlar bağlanmıştır. Buna göre;

- Taraflardan birinin yargılamaya katılmaması hâlinde aşağıdaki hükümler uygulanır :

“(1) Davacı, geçerli bir neden göstermeksizin dava dilekçesini süresi içinde vermezse; hakem veya hakem kurulu tahkim yargılamasına son verir.

(2) Dava dilekçesi, şekle uygun değilse ve eksiklik hakem veya hakem kurulunca belirlenecek süre içinde giderilmezse, hakem veya hakem kurulu tahkim yargılamasına son verir.

(3) Davalı, cevap dilekçesini vermezse; bu durum davacının iddialarının kabulü olarak değerlendirilmeyip yargılamaya devam edilir.

(4) Taraflardan biri, geçerli bir neden göstermeksizin duruşmaya gelmez veya delillerini sunmaktan kaçınırsa; hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasına devam ederek mevcut delillere göre karar verebilir” (MTK m.11C, paralel düzenleme HMK m. 430).

Buna göre prensip olarak davalının yargılamaya katılmaması durumunda tahkim prosedürü işleme devam eder. Diğer yandan davacının dilekçe vermemesi ve yargılamaya katılmaması durumunda fiilen yargılamaya devam etmek mümkün olmayacaktır²⁰⁸.

f) Hakem Kararı ve Yargılama Giderleri

Tahkim yargılaması çeşitli şekillerde sona erebilir:

- Tahkim yargılamasının beklenen sonucu, hakem veya hakem kurulunun esas hakkında karar (hakem kararı) vermesidir.
- Taraflar sulh olurlarsa da tahkim yargılaması sona erer. Tarafların talebi, ahlâka veya kamu düzenine aykırı değilse ya da tahkime elverişli olan bir konuya ilişkin, ise sulh, hakem kararı olarak tespit edilir

²⁰⁸“... taraflardan birinin yargılamaya katılmaması durumunda, tahkim yargılamasının sona ermesi veya durması söz konusu olmayacaktır.” Akıncı, a.g.e., ss. 289-291.

- Tahkim sözleşmesinde hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde de tahkim yargılaması sona erer.
- “Davalının itirazı üzerine hakem veya hakem kurulunun bulunduğunu kabul etmesi hâli hariç, davacı davasını geri alırsa, (MTK m. 13B/1, HMK m.435/1-a)
- Taraflar, yargılamanın sona erdirilmesi konusunda anlaşılırsa” (MTK m. 13B/2, HMK m.435/1-b)
- “Hakem veya hakem kurulu, başka bir sebeple yargılamanın sürdürülmesini gereksiz veya imkansız bulursa (MTK m. 13B/3, HMK m.435/1-c)
- Tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talep mahkemece reddedilirse, (MTK m. 13B/4, HMK m.435/1-ç)
- Taraflarca oybirliğiyle karar verilmesi öngörülmesine karşılık hakem kurulu oybirliği ile karar veremezse(MTK m. 13B/5, HMK m.435/1-d)
- Yargılama giderleri avans yatırılmazsa, tahkim sona erer.” (MTK m. 13B/7, HMK m.435/1-e)

Hakem kararı usuli ve nihai karar olmak üzere ikiye ayrılır²⁰⁹. Usuli kararlar nihai hakem kararları dışında verilen emir ve talimatlardır(*order*). Bu tür kararların kural olarak mahkeme yoluyla icrası mümkün değildir. Esasa dair olan, uyuşmazlığı tamamen veya kısmi olarak sona erdiren kesin ve bağlayıcı olan kararlar nihai hakem kararlarıdır. Bu kararlar, devlet mahkemelerince verilen kesinleşmiş hükümlerle eşitir; icra edilebilir.

Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakem kurulu oy çokluğuyla karar verir (MTK m. 13A/1; HMK m. 433/1). Taraflar veya hakem kurulunun diğer üyeleri yetki vermişlerse, hakem kurulu başkanı, yargılama usulü ile ilgili belirli konularda tek başına karar verebilir (MTK m. 13A/2; HMK m. 433/2). Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılınmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar verebilir (MTK m. 12C/3; HMK m. 433/3).

Nihai hakem kararında bulunması gereken hususlar MTK m. 14A/1 ve HMK m. 426’da hüküm altına alınmıştır. Bu hükümler emredicidir. Buna göre hakem kararında:

²⁰⁹ Pekcanitez, a.g.e., s. 2726.

1. “Kararı veren hakem veya hakem kurulu üyelerinin ad ve soyadları,
2. Tarafların ve varsa temsilcileri ile vekillerinin ad ve soyadları, unvanları ve adresleri,
3. Kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi,
4. Bir sıra numarası altında açık ve kesin bir biçimde taraflara yüklenen hak ve borçlar ile yargılama giderleri,
5. Karara karşı iptal davası açılabilmesi ve süresi,
6. Tahkim yeri ve kararın tarihi,
7. Karar veren hakem veya hakem kurulu üyelerinin tamamı veya çoğunluğunun imzaları ve karara eklenmiş ise karşı oy yazısı yer almalıdır.”

Uygulanacak tahkim kurallarında yukarıda belirtilenler dışında başka hususların hakem kararında yer alması isteniyorsa ise o hususlar hakem kararında belirtilebilir.

Hakem veya hakem kurulu taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Belirli bir devletin hukukun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar itilafı veya usul kurallarının değil doğrudan doğruya maddi hukukun seçilmiş olduğu anlamına gelir.²¹⁰ Şayet taraflarca esasa uygulanacak hukuk seçilmemişse hakem/hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantıda olduğuna karar verdiği devletin maddi hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı çözer.

Taraflar, giderini ödemek koşuluyla hakem kararının asliye hukuk mahkemesine gönderilmesini isteyebilir. Bu durumda karar ve dava dosyası, hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından asliye hukuk mahkemesine sunulur ve mahkemece kalemde saklanır (MTK m. 14A/4). HMK'daki son değişiklikle 436/3. madde “*Hakem kararı; hakem, hakem kurulu başkanı veya ilgili tahkim kurumu tarafından taraflara bildirilir. Ayrıca kararın aslı dosya ile birlikte mahkemeye gönderilir ve mahkemece saklanır.*” şeklindedir.

²¹⁰ Göksu, a.g.e., s. 182.

g) Hakem Kararı Verilmesinden Sonra Gündeme Gelebilecek Durumlar

(1) Hakem Kararına Karşı Kanun Yolları ve Hakem Kararının İcrası

Türk hukuku uygulamasında hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. Hakem kararı iptal sebepleri MTK m. 15/A ve HMK m. 439’da düzenlenmiştir. Bu iki kanunda verilen iptal sebepleri neredeyse aynıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre hakem kararlarının iptali sebepleri şöyledir:

- “Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının geçersiz olması
- Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya kanunda öngörülen usule uyulmaması
- Kararın, tahkim süresi içinde verilmemesi
- Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi
- Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermesi veya istemin tamamı hakkında karar vermemesi ya da yetkisini aşması
- Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması
- Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi
- Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması
- Kararın kamu düzenine aykırı olması”

Milletlerarası Tahkim Kanuna göre hakem kararlarının iptali sebepleri şöyledir:

- > “Mahkeme tarafından res’en dikkate alınacak iptal sebepleri
 - Uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması
 - Kararın kamu düzenine aykırı olması
- > İptal davası açan tarafça kanıtlanacak iptal sebepleri
 - Taraflardan birinin ehliyetsiz olması veya tahkim anlaşmasının geçersiz olması

- Hakem seçiminin usule aykırı olması
- Kararın tahkim süresi içinde verilmemesi
- Hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin verdikleri kararların yanlış olması
- Hakemlerin tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermesi veya istemin tamamı hakkında karar vermemesi ya da yetkisini aşması”

Yukarıda görüldüğü gibi, iki düzenleme arasındaki en büyük fark MTK’da iptal davasında davacı ileri süremese dahi hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınabilecek durumlar son derece sınırlı olarak belirtilmişken HMK’da böyle bir ayrıma gidilmemiştir.²¹¹

MTK’da olduğu gibi HMK’da da hakem kararının kısmen iptali mümkün kılınmıştır. İki kanunu düzenlemede de iptal davası hakem kararının veya tavzih/düzeltilme/tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren bir ay içinde açılabilir.

Tahkim yolunun en önemli özelliklerinden biri hakem kararlarının bağlayıcı ve kesin olmasıdır. Aksi takdirde hakem karardan memnun olmayan taraf, tekrar mahkeme yolunu tutacak bu da büyük zaman kaybına neden olmasının yanı sıra tarafların tahkimi tercih etmelerindeki tüm sebepleri ortadan kaldıracaktır. Hakem kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulamaz; ancak hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.

İki düzenleme arasındaki bir fark MTK 15/A uyarınca hakem kararının iptali davasının açılması dava sonuçlanıncaya kadar hakem kararının icrasını durdururken HMK’daki hükme göre temyiz hakem kararının icrasını durdurmaz.

HMK’ya göre iç tahkimde verilen bir hakem kararının icra edilebilirlik açısından mahkeme ilamlarından hiçbir farkı yoktur. Ancak milletlerarası tahkim açısından MTK madde 15/B uyarınca, “iptal davası için öngörülen sürenin geçmesi veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hâllerde, hakem kararının icra edilebilmesi için, mahkemece hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge verilmesi gerekmektedir. Mahkeme, bu belgenin verilip verilmeyeceğini incelerken hakem kararının Türk hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığını ve kararın kamu

²¹¹ Akıncı, a.g.e., s. 330.

düzenine aykırı olup olmadığını re'sen dikkate alır.” Bu işlemler sonrası karar lehine olan taraf icra edilebilirlik belgesi ile birlikte eda hükmü içeren milletlerarası hakem kararı ile İİK ilgili hükümlerine göre ilamlı icra takibi başlatabilir.

(2) Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Yabancı kararların (mahkeme veya tahkim kararları) Türkiye’de hüküm ve sonuç doğurabilmesi o kararın tanınması veya tenfiz edilmesine bağlıdır. Tanıma, yabancı bir mahkeme veya hakem kararının kesin hüküm kuvvetinin, icra kabiliyetinden bağımsız olarak, tanıma işleminin yapıldığı devlet tarafından kabul edilmesi anlamına gelir²¹². Tenfiz, yabancı mahkeme veya hakem kararının tenfiz işlemi yapıldığı ülkede icra kabiliyeti kazanmasını ifade etmektedir.

Bir kararın tanınması veya tenfiz edilebilmesi için öncelikle hakem kararı olması gerekmektedir. Bir kararın hakem kararı niteliğinde olup olmadığı kararın verildiği ülkenin hukukuna göre belirlenir.

Türk hukukunda tanıma ve tenfizde karar verilirken mahkemece maddi hukuka ilişkin bir değerlendirme yapılmadan yalnızca tanıma veya tenfiz koşullarının oluşup oluşmadığı incelenerek karar verilir. Kısaca hakem kararının doğruluğunu inceleme yasağı(*revision au fond*) mevcuttur. Yargıtay da bu konuda net bir tutum sergilememektedir.

Türk hukukunda yabancı mahkeme kararları açısından tanıma ve tenfiz farklı hükümlerle düzenlenmiştir. Çünkü bir mahkemenin verdiği kararın kesin hüküm etkisi ile icrai etkisi aynı anlamı taşımamaktadır. Mahkeme kararının tanınması, varlığının hukuk düzeni tarafından kabul edilerek kazanılmış olan hakların tanınması anlamındadır. Buna karşılık tenfizde yabancı ilama bir icra kabiliyeti kazandırılmaktadır. Bu da icra organlarını harekete geçirir. Tüm bunlar sebebiyle tenfiz koşulları tanımayı da içine alacak şekilde kapsamlı düzenlenmiştir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi ile ilgili mevzuatımızda uygulanacak hükümler Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun(MÖHUK) 60.-62. madde hükümleridir. Bununla beraber bu konu hakkında Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler de uygulama alanı bulur. Bu doğrultuda Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi alanındaki 1958 tarihli New York Sözleşmesi özel

²¹² Akıncı, a.g.e., s. 447; Nomer, a.g.e., s. 507.

düzenleme olarak öncelikle uygulanacaktır. Yabancı bir hakem kararı, New York Sözleşmesinin kapsamına giriyorsa bu durumda artık MÖHUK değil, New York Sözleşmesi hükümlerine göre tenfiz edilir. Öyleyse yalnızca New York Sözleşmesi kapsamı dışında kalan hakem kararları için MÖHUK hükümleri uygulanacağını söyleyebiliriz.

New York Sözleşmesine göre²¹³: sözleşme hükümleri, ancak Türkiye dışında verilmiş hakem kararları için uygulama alanı bulur. Yabancı bir ülkede verilmesine karşılık Türk usul hukukuna tabi olarak verilen hakem kararları dahi tereddütsüz New York Sözleşmesi uyarınca tenfize tabi olacaktır²¹⁴. Sözgelimi Türkiye’de verilip ancak MTO Tahkim Kuralları uygulanan bir hakem kararı olduğunu farz edelim; bu karar Türkiye’de verilmiş olması sebebiyle tanıma ve tenfize gerek olmadan HMK veya MTK’nın ilgili hükümlerine göre kesinleşmiş ve icra edilebilir olacağından yerli hakem kararıdır ve bu durumda NY Sözleşmesi sözkonusu olmayacaktır.

Gerek MÖHUK’da gerekse New York Sözleşmesinde hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin koşulları açısından bir ayırım yapılmamasından hareketle, yabancı hakem kararlarının tanınmasının ve tenfizinin aynı koşullara tabi olduğu sonucuna varılması gerekir²¹⁵. Buna dayanarak yabancı hakem kararlarının tanıma şartlarının tenfiz için aranan koşulları taşıması gerektiğini söyleyebiliriz.

5. Türkiye’de Tahkime İlişkin Kurumsal Yapılanmada Tarihsel Süreç

Yukarıda açıklandığı gibi, Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yanı sıra Türkiye, tahkim alanındaki milletlerarası sözleşmelerin hemen tümüne taraftır.²¹⁶ Modern tahkim bilincine ulaşmak amacıyla mevzuata dair halen geliştirilmesi gereken düzenlemeler olduğunu kabul etsek de bu şekilde Türkiye’nin, hukuki açıdan Avrupa ülkeleriyle aynı düzeyde olduğunu ve dünya çapında tanınan bir tahkim merkezi olması için bir eksikliği bulunmadığını söyleyebiliriz.

²¹³ <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c060/tbmm18060114ss0500.pdf> (17.11.2021)

²¹⁴ Bkz. Akıncı, a.g.e., ss.452-456.

²¹⁵ Akıncı, a.g.e., s. 461.

²¹⁶ Ziya Akıncı, “Neden İstanbul Tahkim Merkezi? Why Center for Arbitration in İstanbul?”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, C. 8, S. Özel, 2013, s. 87.

Türkiye; coğrafi, ekonomik, kültürel konumu itibariyle uluslararası rağbet görecektir bir tahkim yeri olabilecek niteliğe sahiptir. Konumu yanında gerek gelişen ticaret gerekse vize, ulaşım kolaylığı ve Türk hava taşımacılığına dair gerçekleştirilen atılımlar, uluslararası alanda Türkiye'yi cazip bir tahkim merkezi haline getirmeye devam etmektedir. Herkesçe bilindiği şekliyle Asya ve Avrupa'nın birbirine bağlandığı nokta olan Türkiye'nin, uluslararası nitelikteki uyuşmazlıkların ADR ile çözüme bağlandığı bir konum olarak da akıllarda yer edinebilmesinin önü açıktır.

Bir ülkede tahkim bilincinin oturmasında ve tahkim hukukunun gelişmesinde en önemli unsurlardan biri tahkim merkezlerinin bulunmasıdır. Kurumsal tahkim merkezlerinin var olması tahkim yargılamasına dair tüm öğelerin o ülkede buluşması anlamına gelir. Yabancılaşma unsuru içeren uyuşmazlıkların, ülkemiz topraklarındaki tarafsız merkezlerde çözüme kavuşturulması, ülkemize tahkim dünyasında prestij kazandıracaktır. Zamanla artan sirkülasyon, tahkime dair hem teoride hem de uygulamada deneyim sağlayacaktır. Elbette bu sonuçların doğması için, ülkemizde yer edinecek tahkim merkezlerinin dünyada rekabet halinde olan kurumsal tahkim merkezleri arasında olması hedeflenmelidir. Böyle bir kurumun ülkemizde yer edinmesi için pek çok açıdan avantajın var olduğundan bahsetmiştik. Sayılan avantajlı durumlar tek başına yeterli olmayıp, ülkemizde kurulacak tahkim merkezlerinin tahkim dünyasında tanınmış hakemlere sahip olması, taraf iradelerine üstünlük tanıyan usuli kurallar içermesi, süreçte kolaylık sağlayan, çarpıcı, özgün çalışmalar yapması, nitelikli reklam ve tanıtım faaliyetlerinde bulunması bunların dünya çapında tanınmasına yardımcı olacaktır. Örneğin; çalışmamızın konusunu oluşturan med-arb yoluna dair kurallar, dünyada ilk kez İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) tarafından çıkarılmıştır. Bu da ISTAC'ın küresel tahkim arenasında bilinmesi açısından önemli bir adım olarak gösterilebilir.

Kurumsal tahkim merkezleri sadece milletlerarası tahkim değil, iç tahkim açısından da önem arz eder. Akademik ve yasal çalışmaların devlet yargısı ile ilgili argümanlara kanalize olması, zaten toplumda beklenen ölçüde benimsenmemiş olan alternatif uyuşmazlık çözümlerini devlet yargısından geri plana atmaya devam etmektedir. Bu da sadece toplumun değil, uygulamacıların da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yabancı kalmasına sebep olmaktadır.

Günden güne gelişmesine rağmen, Türkiye Cumhuriyeti içerisinde tahkim kültürü ve uyuşmazlıkların dostane olarak çözümlenmesi konusunda henüz oturmuş bir kültür mevcut değildir.²¹⁷ Ne yazık ki mevzuat alanında gösterilen başarı, uygulamaya yansıtılamamış ve Türkiye, tahkim cenneti sayılan ülkeler arasına girememiştir.²¹⁸ Toplumumuzda geç gelişmeye başlayan tahkim kültürü, tahkime dair kavram ve kurumların da geç oluşmasına sebep olmuştur. Dünya çapında rekabet içerisinde bulunan kurumsal tahkim merkezlerinin bir örneğinin, uzun yıllar boyunca ülkemizde yer almamış olması da aynı sebepten ileri gelmektedir. Geçmiş yıllarda ülkemiz sınırlarında tahkim çok fazla bilinmiyor olsa da özellikle uluslararası nitelikteki ticari uyuşmazlıklarda Türk Hukukunun uygulanacağı tahkim yargılamaları, -kurumsal tahkim seçilmişse- ancak yurtdışındaki tahkim merkezlerinde yapılabilmekteydi. Bu da savunmanın aktif yapılamaması, yabancı hakemlerin Türk Hukukuna hakim olmaması, süre konusunda ve yargılamaya dair belgelerde çıkan aksaklıklar, dil ile ilgili sorunlar, kararların tenfizi ve icrası ile ilgili çekinceler vb. zorluklarla karşılaşılmasına sebep olmaktaydı. Tahkim yargılamalarında, elbette diğer her milletten insan için geçerli olduğu gibi, söz gelimi taraflardan en az birinin Türk olduğu uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklarda taraflar bir tahkim yeri seçerken, alternatiflerde Türkiye'deki bir merkezin bulunması, gelişen tahkim dünyasında artık lüks değil bir gerekliliktir.

Daha önce kurumsal tahkimin zorunlu ve ihtiyari olarak ikiye ayrıldığını açıklanmıştı. Tez konumuza yararlı olması açısından²¹⁹ bu bölümde ülkemizde ihtiyari tahkime dair kurumsallaşma sürecine yer verilecektir.

İhtiyari tahkim hizmeti sunmak için bir şirket kurulabileceği gibi, dernek veya vakıfların da bu hizmeti verebileceği ifade edilmişti. Ülkemizde dört vakıf üniversitesinde²²⁰ tahkime dair araştırma ve uygulama merkezi mevcutsa da aktif olarak

²¹⁷ Pekcanitez, a.g.e., s. 640.

²¹⁸ Ekşi, a.g.m., s. 74.

²¹⁹ Zorunlu tahkimde (diğer adli yolların kapatılması ve yalnızca tahkim yoluna başvurulabileceğinin kanundan kaynaklanıyor olması sebebiyle) bu kurumlar bünyesinde med-arb yoluna cevaz veren düzenlemeler bulunmamaktadır.

²²⁰ İstanbul Bilgi Üniversitesi Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Maltepe Üniversitesi Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi, İbn Haldun Üniversitesi Uygulama ve Araştırma Merkezi vd.

tahkim yargılaması yapmaya yönelik kurumsal bir merkez bulunmamaktadır.²²¹ Şirket, dernek ve vakıfların yanında, meslek kuruluşlarının da kuruluş kanunlarının cevaz verdiği ölçüde tahkim merkezi kurmaları mümkündür. Örneğin barolar, ticaret ve sanayi odaları, tabipler birliği vb. birlikler bünyelerinde tahkim merkezi oluşturabilir. Türkiye’de henüz kurumsal tahkim hizmeti veren dernek veya vakıf örneği bulunmamakla birlikte bunu gerçekleştiren mesleki birlikler mevcuttur.

Önceleri, ülkemizde gerçek anlamıyla bağımsız ve efektif bir kurumsal tahkim merkezi yer almasa da tarihsel süreç içinde birtakım kurumlar, bünyelerinde kurumsal tahkim mekanizmasının işletilmesine yönelik çalışmalar yapmıştır²²²:

- Yürürlükten kalkan 1950 kabul tarihli "Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Kanunu"²²³ ile sonrasında bu Kanuna dayanan ve 1988 yılında yayımlanan ilgili Tüzük²²⁴, kurumsal tahkime dair düzenlemeler içermemekteydi. 1960’lı yıllarda Prof. Dr. Rabi Koral ve Prof. Dr. Turgut Kalpsüz tarafından, Odalar Birliği bünyesinde yapılan çalışmalar olmuş; ancak bir tahkim merkezi kurulamamıştır.
- 1970-1971 yıllarında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü tarafından ilk kez kurumsal tahkime ilişkin bir çalışma yapılmış ancak bu çalışmadan da bir sonuç alınamamıştır.
- Türkiye Seyahat Acentaları Birliği, kısa adıyla TÜRSAB, 1972 tarihinde, 1618 sayılı Kanun²²⁵ ile kurulmuş, seyahat acentelerinin kuruluş işlemlerinden itibaren tüm işlemlerinde yetkili kurumdur. Seyahat Acentaları Birliği Yönetmeliğinin 12. maddesine dayanılarak hazırlanmış olan TÜRSAB İç Tüzüğü’nün, 100.-102. maddeleri arasında **TÜRSAB Tahkim Kurulu** düzenlenmişti. Bu tahkim kurulu,

²²¹ TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği’nde tahkim yargılaması yapabileceğine dair açık düzenleme bulunmamakla beraber; Uyuşmazlık Çözüm Divanı kurulabileceği ve Divan’ın tahkim ve arabuluculuk kurallarını yerine getirebileceği ile ilgili düzenlemeler karşısında, merkezin yargılama yetkisi bulunduğu söylenebilir.

²²² İlerde açıklanacak konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, *Türkiye’de Kurumsal Tahkim*, 1. B, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020; Hakan Pekcanitez, “İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, Özel S., 2010, ss. 635-636.

²²³ <https://www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi/Documents/Mevzuat/5590.pdf> (27.12.2020)

²²⁴ <https://www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi/Documents/Mevzuat/tuzuk.pdf> (27.12.2020)

²²⁵ Bkz. ilgili Kanunun 32.-35. maddeleri

tüzükte yer alan ilgili düzenlemeye göre hem TÜRSAB üyelerinin kendi aralarındaki uyuşmazlıkları hem de TÜRSAB üyeleriyle tüketiciler arasındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmayı hedefliyordu. Kurul, TÜRSAB'ın hazırladığı Tahkim Kurulu Yönetmeliği (esasen tahkim kuralları niteliğindedir) hükümleri çerçevesinde faaliyet göstermekteydi. 30.11.2019 tarihli 24. Olağan Genel Kurul'da Türkiye Seyahat Acentaları Birliği İçtüzüğü²²⁶ ve TÜRSAB Tahkim Kurulu Yönergesi²²⁷ kabul edilmesiyle TÜRSAB Tahkim Kurulu yeniden yapılandırılmıştır.

- İstanbul Ticaret Odası, ticari ve sınaî anlaşmazlıkların uzlaştırma veya tahkim usullerine göre sona erdirilmesi amacıyla 1978 yılında, 5174 sayılı Kanunun 12/2 maddesinin c bendine dayanılarak bir uyuşmazlık çözüm sistemi oluşturmuştur. Bu çerçevede Oda bünyesinde(özerk olmayan) Uzlaştırma, Tahkim ve Hakem-Bilirkişilik olmak üzere kendine özgü kurallar içeren üç kurum oluşturulmuştur. Söz konusu tahkim merkezi, İstanbul Ticaret Odası Tahkim Bürosu olarak adlandırılıyordu. Son olarak İTO Tahkim Bürosu yeniden şekillendirilerek 16.10.2014 yılında, halihazırda faaliyet gösteren, **İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi**²²⁸ (İTOTAM) kurulmuştur.
- 2001 yılında Adalet Bakanlığı tarafından “İstanbul’da Milletlerarası Tahkim Merkezi” ve “Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği” kanun tasarıları hazırlanmıştır. Bu tasarılar yine Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü tarafından tartışılmıştır. Bilirkişi ve hakem odalarının birlikte düzenlenmek istenmesi taraftar bulamamış ve eleştirilmiştir. Bu eleştirilerden sonra her iki tasarı da gündemden çekilmiştir.
- Eski Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununda iç tahkime ilişkin düzenlemeler olmasına karşılık, eski 5590 sayılı "Ticaret ve Sanayi Odaları", "Ticaret Odaları", "Sanayi Odaları", "Deniz Ticaret Odaları", "Ticaret Borsaları" ve "Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği" Kanununda tahkime ilişkin hükümlerin yer almadığını söylemiştik. **TOBB tahkimiyle** ilgili tüzük, yönetmelik gibi alt düzenlemeler ve diğer çalışmalar ilk kez 1990 yılında gündeme gelmiştir.

²²⁶ <https://www.tursab.org.tr/tuzukler/tursab-i-tuzugu> (27.12.2020)

²²⁷ <https://www.tursab.org.tr/e-dergi?pdf=/assets/assets/uploads/yorence/tursab-tahkim-kurulu-yonergesi.doc> (27.12.2020)

²²⁸ Merkez, arabuluculuk kurallarının kabulü sonrası 2017 yılında bu adı almıştır.

TOBB Tahkim Örgütü'nün kurulması zaman almış ve ancak 2004 yılında kurulabilmiştir.

- **İzmir Ticaret Odası Tahkim Bürosu**, çıkan uyuşmazlıkların ayrı ayrı tahkim ve uzlaştırma yolları ile çözülmesine imkân sağlamaktadır. Bu hizmetler, 1996 yılında yürürlüğe giren İzmir Ticaret Odası Tahkim-Uzlaştırma-Hakem Bilirkişilik Yönetmeliği çerçevesinde yürütülüyorken; günümüzde, ilgili mevzuatlara paralel olarak 2009 yılında yeniden düzenlenmiş olan “İzmir Ticaret Odası Ticari Uzlaştırma ve Ticari Tahkim Esasları” çerçevesinde yürütülmektedir. İTOTAM ile benzer şekilde, Odanın tahkim hizmetinden yararlanabilmek için taraflardan en az birinin Oda üyesi olması gerekmektedir.
- **Kuşadası Ticaret Odası Tahkim Yönetmeliği** uyarınca Kuşadası Ticaret Odası nezdinde, 5174 sayılı Kanunun 12. maddesine dayanılarak “ticari ve sınai anlaşmazlıkların uzlaştırma veya tahkim usullerine göre sona erdirilmesi amacı ile Yönetmelik hükümleri uyarınca, Uzlaştırma, Tahkim ve Hakem Bilirkişilik olmak üzere üç müessese kurulmuştur.”

Kurumsal tahkime dair bu çalışmalar hedeflenen başarıya ulaşılmasını sağlayamamıştı. Tahkim kurulları oluşturulmuşsa da ne yazık ki birtakım sebeplerden dolayı bu kurumlar işlerlik kazanamamıştı. 2014 yılına kadar İTO'ya altı tahkim başvurusu yapılmış olup İZTO'ya ise hiç başvuru yapılmamıştır. Anlaşılacağı üzere bu kurumlar, milletlerarası bir tahkim kurumu olmaktan ziyade, kendi üyelerinin taraf oldukları uyuşmazlıkların etkin şekilde çözüme kavuşturulması amacını taşımaktadır. Ayrıca, sayılan tahkim merkezlerine başvurabilmek için uyuşmazlığın ancak ticari nitelikte olması gerekmektedir.

Ülkemizde tahkim adına atılan en önemli adımlardan birisi de İstanbul Uluslararası Finans Merkezi Stratejisi ve Eylem Planı (İFM) kapsamında gerçekleşmiştir. İstanbul'u öncelikle bölgesel, sonuç olarak küresel bir finans merkezine dönüştürme vizyonu doğrultusunda, Devlet Planlama Teşkilatı koordinasyonunda hazırlanan ve 29.09.2009 tarihinde Yüksek Planlama Kurulu kararı ile onaylanan planda, “İstanbul'da bağımsız ve özerk yapıya sahip uluslararası alanda rekabet edebilecek düzeyde kurumsal

bir tahkim merkezinin oluşturulması ve arabuluculuk sisteminin etkin bir şekilde kullanılmasının sağlanması” öncelikler arasında ilk sıralarda yer edinmiştir.²²⁹

Kurumsal tahkime dair son yıllardaki en önemli gelişme; İstanbul Finans Merkezi (İFM) projesinin bir parçası olarak “uluslararası ve ulusal finans kuruluşlarının ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte, bağımsız ve özerk yapıya sahip bir tahkim merkezi kurulması” öngörüsü doğrultusunda ve milletlerarası tahkim kurumu olma hedefiyle İstanbul’da 2015 yılında **İstanbul Tahkim Merkezi**’nin (*Istanbul Arbitration Centre, ISTAC*) kurulmasıdır. 20.11.2014 tarihli 6570 sayılı Kanun ile kurulan İstanbul Tahkim Merkezi, 26 Ekim 2015 tarihinde ISTAC Tahkim Kuralları ve ISTAC Arabuluculuk Kuralları’nın yürürlüğe girmesiyle faaliyete başlamıştır.

ISTAC, bağımsız ve özerk yapıda, modern tahkim ve arabuluculuk kurallarına sahip, dünya standartlarına uygun, üyelik gibi önkoşullar aranmaksızın kamu kurumları dahil tüm taraflara yargılama hizmeti sunan, milletlerarası tahkimde dünya çapında rekabette bulunan ICC, SCAI, LCIA, LMAA, HKIAC benzeri bir kurumsal tahkim merkezidir.

Merkez, günümüz itibariyle fiilen faaliyette olup; ulusal ve yabancılık unsuru içeren uluslararası nitelikteki uyuşmazlıkların, tahkim veya diğer alternatif uyuşmazlık yöntemleriyle çözümü için hizmet sunmaktadır. Bununla beraber 2016/95 Sayılı genelgede²³⁰ de yer aldığı gibi ISTAC, kamu kurum ve kuruluşlarının yanı sıra tüm taraflara tahkim uygulamaları hakkında eğitim hizmeti sunmak gibi önemli bir görevi de üstlenmektedir. ISTAC ile ilgili detaylı bilgiye çalışmanın üçüncü bölümünde yer verilecektir.

ISTAC’tan sonra ticaret sanayi odaları veya meslek kuruluşları bünyesindeki kurumsal tahkim birimleri her geçen gün artmakla beraber,²³¹ çalışmamızda bunlardan biri olan Türkiye Barolar Birliği Tahkim Merkezine yer vermenin, avukatların bizatihi dahil olduğu uyuşmazlıklarda tahkime yönelmesiyle müvekkillerine de bu yolu

²²⁹ Bkz. İstanbul Uluslararası Finans Merkezi Programı Eylem Planı, Ekim 2009, s. 6.

https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/10/4Istanbul_Uluslararası_Finans_Merkezi_Programi.pdf (29.01.2021)

²³⁰ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/11/20161119-5.pdf> 19.01.2021

²³¹ Örneğin; Konya, Bursa, Gaziantep, Kahramanmaraş, Mersin, Kayseri Ticaret ve Sanayi Odalarının Tahkim ve Arabuluculuk Merkezleri vd.

önerebileceği ve nihayetinde avukatların toplumdaki tahkim bilincinin gelişmesindeki konumları açısından önemli olduğunu düşünmekteyiz:

2001-2004 yılları arasında zorunlu tahkim merkezi olarak faaliyette bulunan Baro Hakem Kurulları, Anayasa Mahkemesince 2004 yılında iptal edilen 4667 sayılı Kanunun 167. Maddesine göre avukatlık sözleşmesinden ve vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlığı çözümede yetkili tek merciiydi. Hükmün iptalinden sonra avukatlık sözleşmesinden ve vekalet ücretinden doğan uyuşmazlıklar için Barolar bünyesinde zorunlu veya ihtiyari bir tahkim merkezi 2019 yılına kadar kurulmamıştı. “Türkiye Barolar Birliği Tahkim Merkezi, avukat ile müvekkil veya avukat ile bir diğer avukat arasında avukatlık sözleşmelerinden veya hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların, tarafsız ve bağımsız hakem veya hakem heyeti tarafından, Türkiye Barolar Birliği Tahkim Merkezi Yönergesine uygun olarak çözülmesinde ihtiyaç duyulan idari görevleri üstlenmek üzere, Türkiye Barolar Birliği bünyesinde kurulmuştur.”²³² İhtiyari kurumsal tahkim yürüten TBB Tahkim Merkezi, 05.02.2022 kabul tarihli son güncel Yönergeyle²³³, avukatlık sözleşmesinden ve avukatların diğer hukuki ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda kurumsal tahkime başvurulurken seçilebilecek kurumlardan biri olarak varlığını sürdürmektedir.

²³² <http://tahkim.barobirlik.org.tr/Hakkimizda> (30.01.2021)

²³³ <http://tahkim.barobirlik.org.tr/Yonergemiz> (10.12.2022)

İKİNCİ BÖLÜM

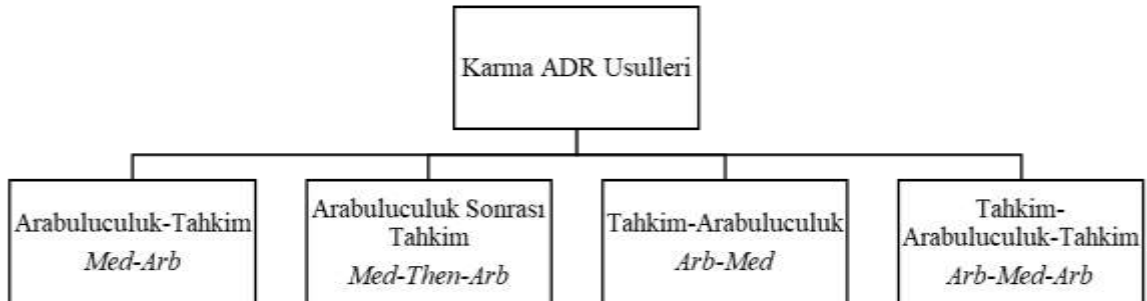
ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU OLARAK MED-ARB

I. ARABULUCULUK VE TAHKİMİN BİRLİKTE İŞLETİLMESİ

Günden güne gelişen ticari hayat, ticari ilişkileri yoğunlaştırmakta ve bu da uyuşmazlık çözümlerinde tarafları yeni yollar arayışına itmektedir. Klasik alternatif uyuşmazlık çözümlerinin taraflara esneklik, zaman, gizlilik gibi hususlarda devlet yargısına kıyasla pek çok avantaj sunduğu bilinmektedir. İşte bu noktada artan talebe cevap vermek ve uyuşmazlık çeşitliliğine yeni alternatif çözümler sunmak amacıyla klasik yöntemlerin olumlu yönlerinin bir araya getirilerek yeni yöntemler oluşturulduğunu görmekteyiz.

Arabuluculuk, farklı ADR yollarıyla birleştirilerek uygulanabilmektedir. Birleşik (karma) ADR yollarına hakim olan ve onlara baskın karakterini veren yöntem arabuluculuktur²³⁴. Çalışmamızın konusu olan ve karma ADR yöntemleri içinde en çok uygulanmakta olan “med-arb” yoluna geçmeden önce arabuluculuk ve tahkimin yer aldığı diğer çözüm yollarına değinilecektir. Aşağıdaki tabloda tahkimi bünyesinde barındıran arabuluculuk temelli başlıca karma alternatif çözüm yollarına yer verilmiştir:

Tablo 12: Tahkimin Yer Aldığı Karma ADR Yolları



²³⁴ Özbek, a.g.e., s. 931.

- Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb): Bu süreç, kural olarak önce uyuşmazlığa arabuluculuk yapan ve daha sonra arabuluculuk sırasında taraflarca çözülmemiş konuyu tahkime götüren tek bir tarafsız üçüncü kişiyi içerir. Farklı med-arb usullerine ilerleyen başlıklarda yer verilecektir.
- Arabuluculuk Sonrası Tahkim (Med-Then-Arb): Bu yöntemde terditli olarak önce arabuluculuk sonra tahkim uygulanır. Ancak arabuluculuk sonrasında tahkim uygulanacağı önceden kararlaştırılmıştır ve ancak süreçler tamamen bağımsız iki yol olarak, birbirinin içinde erimeksizin varlık sürdürür.
- Tahkim-Arabuluculuk (Arb-Med): Taraflarca atanmış bir hakemin tahkim sürecinin bir noktasında esasa ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk rolünü üstlendiği rızaya dayalı bir uyuşmazlık çözüm sürecini ifade eder. Bu yöntem, med-arb usulünün tersidir. İlk etapta hakem rolündeki tarafsız üçüncü kişi uyuşmazlık hakkında bir karar verir. Ancak hakemin kararı mühürlüdür ve hakem arabuluculuk yapmaya devam ederken bu karar açıklanmaz. Arabuluculuk başarılı olursa, uyuşmazlık taraflar arasındaki arabuluculuk sözleşmesine göre sona ermiş olur ve hakem kararının mührü asla açılmaz. Arabuluculuk anlaşma belgesinin hakem kararı olarak verilmesi mümkündür. Buraya kadar olan süreçte ilerde bahsedeceğimiz med-arb yoluna dair endişelerin kalkacağını söyleyebiliriz. Fakat, arabuluculuk tüm sorunları çözemezse, hakem-arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için hakem kararının mührünü kaldırır ve taraflara teslim eder²³⁵. Arabuluculuk uyuşmazlığı tam olarak çözmede başarısız olursa, sonraki adımlarla ilgili bir sorun olacaktır.
- Tahkim-Arabuluculuk-Tahkim (Arb-Med-Arb): Tarafsız üçüncü kişinin, tahkimle başlayan süreci, tarafların anlaşmazlığı üzerine arabuluculuk yoluyla çözüme girişiminde bulunmak için yargılamayı duraklatabileceği, tahkim sürecine arabuluculuğu dahil etmenin bir yolu olarak ortaya çıkmıştır. Arabuluculuk başarısız olursa, taraflar tahkime devam edeceklerdir. Taraflar, hakeme dönüşen arabulucunun bağlayıcı bir karar vermek için tekrar hakem rolüne geri döneceğini kabul ederse bu kez med-arb ile benzer endişeler ortaya çıkabilir.

²³⁵ Alan Limbury, “Med-Arb, Arb-Med, Neg-Arb and ODR”, *Institute of Arbitrators and Mediators Australia Forum*, 2005, s. 5. http://cedires.com/index_files/Limbury_Alan_hybrids_Med-Arb_Arb-Med_Neg-Arb_ODR.pdf (02.02.2021)

II. MED-ARB

A. TANIM

Arabuluculuk-tahkim, dünyada bilinen adıyla *med-arb(mediation-arbitration)*, uyuşmazlık arabuluculukta çözülemediği takdirde arabulucunun işlev değiştirerek nihai ve bağlayıcı karar verme görevini üstlendiği hakem statüsüne girdiği bir arabuluculuk türüdür²³⁶. Arabuluculuk-tahkim yolunda taraflar, uyuşmazlığın çözümü amacıyla ilk aşama olarak arabuluculuğa başvurmayı, önceden belirlenen bir süre veya arabulucunun takdir ettiği bir zamanda arabuluculukta(tamamen veya kısmen) müşterek bir anlaşmaya varılamazsa, uyuşmazlığın tamamını veya sadece çözülemeyen kısımlarının ikinci aşama olarak tahkimle çözmeyi kararlaştırırlar.²³⁷ Arabuluculuk; uyuşmazlığı kesin ve bağlayıcı şekilde çözen değil, mahiyeti itibariyle anlaşmaya dayalı(*consensual*)²³⁸ bir usul olduğu için daha esnek prosedürlere sahiptir. Diğer yandan bir yargılama olan tahkim ise bağlayıcı ve kesin bir çözüm ortaya koyar. İşte bu iki sürecin bir araya gelmesi sonucu, arabuluculuğun esneklik(*flexibility*) ve tahkimin nihailik(*finality*) özellikleri sayesinde med-arb seçen taraflar hem arabuluculuk hem de tahkimin en iyi yönlerini birleştiren, bir yandan esnek çözüm fırsatları içeren ve bir yandan da nihai çözüm sağlayan bir süreç elde ederler.²³⁹ Her iki uyuşmazlık çözüm yolunun bir arada kullanılması uyuşmazlık çözümünü daha etkin hale getirmektedir.

Med-arb yolunun iki farklı uygulama şekli vardır: İlk uygulama şeklinde uyuşmazlık konuları en baştan arabuluculukta çözülecekler ve tahkime sunulacaklar diye ikiye ayrılır. Diğer uygulama şeklinde ise arabuluculuk ve tahkim arka arkaya uygulanır. İlk önce arabuluculuğa başvuran taraflar burada çözüme kavuşturulamayan konuları tahkim ile nihai çözüme vardırırlar. Ancak “med-arb” süreci ile karıştırılmaması gereken

²³⁶ Özbek, 2022, s. 931.

²³⁷ Mustafa Serdar Özbek, “Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim”, *Yargıtay Dergisi*, C. 43, S. 1, 2017, s. 18.

²³⁸ Detaylı bilgi için bkz. Özbek, a.g.e, s. 492.

²³⁹ Detaylı bilgi için bkz. Brian Papas, “Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution”, *Harvard Negotiation Law Review*, C. 20, S. 1, 2015 s. 157.

bir hususa değinmekte fayda vardır. Yukarıda bahsedilen, terditli uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuk sonrasında tahkimin uygulanacak olması (*med-then-arb*), süreci bildiğimiz anlamda med-*arb* haline getirmez. Burada arabuluculuk ve tahkim bir yöntem içinde eritilmemiş ve bağımsız olarak (farklı tarafsız üçüncü kişiler, farklı süreçler) varlığını sürdürmektedir ancak art arda uygulanması kararlaştırılmıştır²⁴⁰.

Arabuluculuk ve tahkimin var olan kombinasyonlarından en sık görüleni tahkim öncesi arabuluculuk (*pre-arbitral mediation, med-*arb**) olup bu süreç farklı tarafsız üçüncü kişi nezdinde (*med-*arb* diff*) gerçekleşen veya aynı tarafsız üçüncü kişinin arabulucu olduktan sonra hakem görevi yaptığı (*med-*arb* same*) usuller olarak karşımıza çıkar. İlerde med-*arb* varyasyonları açıklanacaktır.

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 sağlamıştır.²⁴¹ Uzakdoğu’da, örneğin Çin’de Chinese International Economic and Trade Arbitration Center, yani CIETAC Tahkim Merkezi’nin 2016 yılındaki 2183 davasının % 20-30’luk (450-650) kısmı med-*arb* ile sonuçlanmıştır²⁴².

Karma bir yol olan med-*arb* yolunun temelinde birleşik tipli karma bir sözleşme (şart/kloz) bulunur. Bu sözleşme, arabulucu sözleşmesi ve hakem sözleşmesini birlikte barındırmaktadır. Ulusal hukukumuzda kabul edildiği şekilde, taraflar arasındaki sözleşmede uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceği kararlaştırılmış olmasına rağmen, ayrıca hakeme başvurulmadan önce müzakere, uzlaştırma ya da diğer bir uyuşmazlık çözme yoluna başvurulacağına dair bir kayıt olması, taraflar bu yola başvursun ya da vurmasın sonuçta uyuşmazlık tahkimle çözüleceğinden, tahkim şartının geçerliliğini etkilemeyecektir.²⁴³ Başlı başına bir sözleşme (ya da şart) düzenlenmesinin yanı sıra

²⁴⁰ Bkz. Özbek, 2022, s. 935.

²⁴¹ Özbek, 2022, s. 932.

²⁴² Ali Yeşilirmak, “Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (Med-Arb)”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2018, s.1.

²⁴³ Mine Tan Dehmen, "Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S. 25, 2006, s. 458; Konuyla ilgili Yargıtay kararları için bkz. Y 15. HD E. 1987/3643 K. 1987/4505 T. 17.12.1987; Y 15. HD E. 1995/295 K.1995/578 T. 07.02.1995

uyuşmazlık çözüm usulüne dair ilerde bahsedeceğimiz birkaç ihtimal de med-arb klozunu meydana getirebilir.

Uyuşmazlığın nihai olarak tahkim ile çözüleceği olasılığı, bağlayıcı karar verileceğinin farkında olan taraflara arabuluculuk aşamasında çözüme varmaları için daha iyi bir motivasyon sağlayabilir. Ek olarak, arabuluculuk aşamasında ihtilaf daraltılabilir ve bu da tahkim aşamasını kolaylaştırır. Açıkladığımız gibi, saf tahkim, usule ilişkin olarak kanunlara/kurallara dayanan yargılayıcı bir süreçtir. Tahkimde usul kuralları devlet mahkemelerine göre daha esnek olsa da sürecin niteliği gereği uyulması gereklidir. Bu da tahkimin med-arb sürecine göre daha şekli olduğunu ortaya koyar. Örneğin saf tahkimde ön taraf teması yasaktır çünkü taraflarca üzerinde tartışılmamış delil veya argümanlar hakemi etkileyebilecek potansiyel yaratır. Hakemle yapılan her iletişim, karşı tarafla paylaşılmalıdır. Ancak med-arb sayesinde tarafların arabuluculuk sürecinde paylaştıkları nazara alınarak hakem rolü alan arabulucu hem uyuşmazlığı daha iyi kavrar hem de tarafların gerçek arzularını daha iyi saptar. Böylece süreç daha kısa sürede ve makul masraflarla sonlandırılır.

Tek başına arabuluculuk ve tek başına tahkimden farklı olarak, med-arb, hem tarafların kendi anlaşması ile çözüm olasılığını ortaya koyma hem de böyle bir anlaşmanın olmaması halinde, hakemin bağlayıcı kararıyla çözümün kesinliğini sunma avantajına sahiptir. Tarafsız üçüncü kişi, her iki süreci de yürütmek için gerekli becerilere sahip olduğunda hem zamandan hem de paradan tasarruf sağlanır, çünkü tarafsız üçüncü kişi bir rolden diğerine geçerken zaten hızlı hareket eder ve arabuluculuk sırasında daha cazip bir hakem kararına katkıda bulunabilecek iç görüşler kazanabilir²⁴⁴.

Arabuluculuk-tahkim, anlaşmazlığın tamamı karşılıklı anlaşmayla çözülsün bile, anlaşmanın hakem kararı şekline büründürülerek maddi anlamda kesin hüküm gücünü haiz ve doğrudan ilamlı icra yoluyla icra edilebilir bir belge elde edilmesine de imkan tanımaktadır²⁴⁵. Bu şekilde New York sözleşmesi gereğince bu hakem kararının icra edilebilirlik/tenfiz sorunu olmayacak ve arabuluculuk sonunda yapılan anlaşma belgesinde olduğu gibi icra edilebilirlik şerhi alınması gerekmeyecektir. Nihai olarak

²⁴⁴ Alan L. Limbury, “Hybrid Dispute Resolution Processes – Getting the Best while Avoiding the Worst of Both Worlds?”, s.5. https://www.cedr.com/about_usarbitration_commission/Hybrids (17.02.2021)

²⁴⁵ Özbek, a.g.e., s. 939.

med-arb sonunda arabuluculuk anlaşma belgesinden daha üstün bir belge elde edilmiş olacaktır.

Çalışmanın bundan sonraki bölümünde med-arb varyasyonlarına, med-arb klozlarına ve sürecine, med-arb yolunun faydalarına ve muhtemel sakıncalarına dair detaylı açıklamalara yer verilecektir.

B. VARYASYONLAR

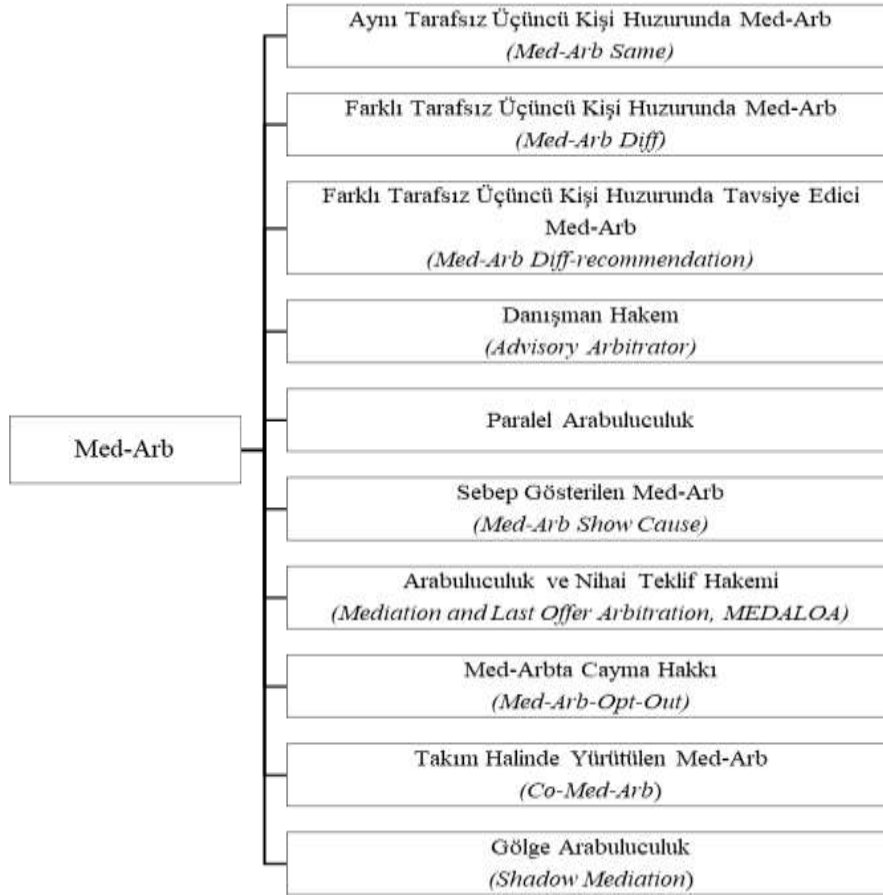
Med-arb, iki klasik uyuşmazlık çözüm yolunun hibrit halidir. Med-arb'a nasıl baktığımız, uyuşmazlık çözümüne nasıl baktığımızın bir yansımasıdır.²⁴⁶ “Belirli bir uyuşmazlığın çözümünde ihtiyaçları en iyi şekilde karşılamak için farklı alternatif uyuşmazlık çözüm prosedürleri uyarlanabilir veya mevcut sistemler bu amaçla birleştirilebilir mi; yoksa her uyuşmazlığın çözümünde içine sığılması gereken değiştirilemez süreçler mi mevcuttur?” sorusuna verilen cevap, aslında med-arb'ın nasıl değerlendirildiğini ortaya koyar.

Ticari uyuşmazlıkların sayısında ve çeşitliliğindeki artış, daha kısa sürede sonuçlanabilecek daha az maliyetli ve daha etkili çözüm arayışlarına gidilmesine yol açmaktadır. Sadece klasik/geleneksel çözümlere bağlı kalmak, uyuşmazlığı farklı uyuşmazlık çözüm yollarının olumlu yönlerini bir araya getirerek çözmeyi imkansız görmek; bugünün ticari ve iş hayatı için dar bir tutum olacaktır. Temeli, taraf iradesine dayanan alternatif çözümlere esnek kombinasyonlar tanımak, tarafların ihtiyacı veya uyuşmazlığın niteliğiyle en örtüşecek yolun belirlenmesi, uzlaşma ortamını daha hızlı ve etkili şekilde ortaya koyacak ve bu da en nihayetinde ticari hayatın akışına olumlu katkı sağlayacaktır. Bu bağlamda arabuluculuk ve tahkim karması olmasının yanında med-arb; kendi içinde de uygulanma usulü ve sürecin tarafsız üçüncü kişinin üstlendiği görevler nezdinde, doktrinde tartışılan çeşitli varyasyonlara sahiptir. Çalışmamızda, literatürde

²⁴⁶ John T. Blankenship, “Developing your ADR Attitude: Med-Arb, a Template for Adaptive ADR”, *Tennessee Bar Journal*, S. 42, C.11, 2006, s. 30. <https://studylib.net/doc/10021840/med-arb--a-template-for-adaptive-adr> (22.02.2021)

genel kabul gören tanımlara göre başlıca med-arb varyasyonları açıklanacaktır.²⁴⁷
Aşağıda bununla alakalı bir tabloya da yer verilmiştir:

Tablo 13: Med-Arb Modelleri



1. Aynı Tarafsız Üçüncü Kişi Huzurunda Med-Arb²⁴⁸ (*Med-Arb Same, Same-Neutral Med-Arb*)

Med-arb sürecinin arabuluculuk ve tahkim aşamalarında görev yapacak olan tarafsız üçüncü kişinin kimliği bağlamında farklı ayrımlara gidilmiştir. Tarafların süreçleri nasıl yapılandırdıklarına bağlı olarak; aynı tarafsız üçüncü kişi, her iki işleve de

²⁴⁷ Farklı açıdan ayrıma tabi tutulmuş med-arb varyasyonları için bkz. Richard Fullerton, “The Ethics of Mediation-Arbitration”, *The Colorado Lawyer*, S. 38, 2009. https://richardfullerton.com/ethics_article.pdf (28.02.2021)

²⁴⁸ Çalışmada “med-arb same” olarak anılacaktır.

hizmet edebilir veya farklı tarafsız kişiler arabulucu ve hakem olarak görev yapabilir.²⁴⁹ *Med-arb same*, dünyada kabul gören med-arb tanımına en yakın olan ve çalışmamızın sonraki başlıklarında odaklanılacak olan med-arb formudur. Diğer varyasyonlar, med-arb kavramının ve prosedürünün şekillendirilebilirliğinin ortaya koyulması açısından hala tartışmaya açıktır.

Med-arb sürecinde aynı tarafsız üçüncü kişinin hem arabuluculukta hem de tahkimde görev aldığı temel form *med-arb same* olarak ifade edilmiştir. Med-arb'ın bu en yaygın çeşidi olan *same neutral med-arb*, tarafların karma bir arabulucu-hakem kullandığı ve yalnızca arabuluculuk yoluyla bir çözüme varamadıkları takdirde tahkime geçtikleri durumdur.²⁵⁰ Bu yöntem aynı zamanda med-arbın "saf formu" ve "orijinal med-arb süreci" olarak da adlandırılmıştır.²⁵¹ Bu varyasyonda arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılamaması halinde, aynı sürece arabulucunun hakem sıfatıyla devam edebilmesine dair yetkinin, uzlaşmanın sağlanması için gönülsüz olan tarafların ikna edilme şansını arttırdığı düşünülmektedir. Dahası, sözkonusu med-arb formunda tarafların; farklı tarafsız üçüncü kişi huzurundaki med-arb'a (*med-arb diff*) nazaran, daha iş birliğine yanaşan tavır sergiledikleri, uzlaşmaya varma konusunda daha gayretli ve birbirlerine daha saygılı oldukları ve anlaşma oranının daha fazla olduğu görülmüştür.

Med-arb same modelinin olumlu ve olumsuz yönlerine dair detaylı açıklamalara çalışmamızın sonraki başlıklarında yer verilecektir.

2. Farklı Tarafsız Üçüncü Kişi Huzurunda Med-Arb

(*Med-Arb Diff*)

Med-arb sürecinin arabuluculuk aşamasının farklı, tahkim aşamasının farklı bir tarafsız üçüncü kişinin huzurunda gerçekleştiği med-arb formu *med-arb diff* olarak adlandırılmaktadır. Tarafsız üçüncü kişiler, med-arb sürecinden önce taraflarca kararlaştırılır. Arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılamaması üzerine arabulucu,

²⁴⁹ Bkz. Barry C. Bartel, "Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis and Potential", *Willamette L. Rev.* S. 661, 1991, ss. 665-666; Sherry Landry, "Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model", *Defense Counsel Journal*, S. 63, 1996, s. 264

²⁵⁰ Papas, a.g.m., s. 159

²⁵¹ Blankenship, a.g.m, s. 4.

arabuluculukta varılan tutanağı hakeme ileticek, ancak arabuluculuk görüşmelerinde elde edilen gizli bilgileri vermeyecektir. Arabulucu, esasen, arabuluculukta anlaşmaya varılan konulardan sonra dosyadan elini çekecek, çözümlenememiş konuları dinlemesi ve nihai kararı vermesi için dosyayı hakeme teslim edecektir. Bazen bu süreçte hakemin, arabuluculuğun ortak açılış oturumlarına ve hatta belki de diğer ortak oturumlara katılabileceği kabul edilmiştir.²⁵² Ayrıca med-arb-diff formunda arabulucunun süreci tamamlayıp varsa anlaşmaya varılamayan kısımları hakeme ulaştırmasından sonra tahkim sürecinde tekrar arabuluculuk girişimlerinde bulunulamaz.

Med-arb same formu, aynı tarafsız üçüncü kişiye çok yetki verilmesi ve arabulucu-hakemin tek çözümden yana tavır takınarak tarafsızlığını bozması sebepleriyle eleştirilmiştir. Bu sorunların med-arb diff modeliyle çözüme kavuşturulabileceği ifade edilmiştir. Ancak bu model med-arb same ile karşılaştırıldığında ise tarafların daha az üretici ve daha az ilgili oldukları, sürecin daha masraflı olduğu ve daha uzun sürdüğü ileri sürülmüştür.²⁵³

Arabulucu-hakemin (med-arb same modelinde yer alan tarafsız üçüncü kişinin) doğası gereği var olan gücüyle alakalı yapılan bir saha araştırmasında²⁵⁴ arabuluculuğun ardından farklı bir kişi tarafından yürütülen tahkimde, arabulucunun daha az aktif olduğu ve gerek klasik arabuluculuk gerekse med-arb(*same*) sürecinde olduğundan daha az ilgili olduğu ortaya koyulmuştur. Çalışma iki olası sebep sunmuştur: Arabulucular sonuçtan daha az sorumlu hissetmektedir (çünkü uyuşmazlık, uzlaşuya varılamayacağına karar verdikten sonra nihai çözüm için başka birine devredilmiştir) ve arabulucuların, potansiyel hakeme kıyasla daha az yetkiye sahip olması motivasyonlarını bozulmuş olabilir.

Bazı yorumcular med-arb diff formunu med-arb olarak adlandırmaya itiraz etmektedir. Bu görüşe göre, sadece aynı kişinin her iki işlevi de gerçekleştirdiği yerde süreç med-arb olarak adlandırılırken farklı kişilerin farklı işlevleri yerine getirdiği yerlerde arabuluculuk ve tahkim ayrı süreçler olarak kabul edilmelidir.²⁵⁵ Yukarda da açıkladığımız gibi, tarafların tercihleri doğrultusunda belirli bir uyuşmazlığa en uygun

²⁵² Blankenship, a.g.m., s. 5.

²⁵³ Özbek, a.g.e, s. 61; Blankenship, a.g.m., s. 5.

²⁵⁴ Detaylı bilgi için Bartel, a.g.m., s. 681.

²⁵⁵ Bartel, a.g.m., s. 681.

süreci şekillendirmede özgür olmaları gerektiğine inanıyor ve med-arb diff formunu da bu şekilde görüyoruz. Zira süreç isimleri ve etiketlerindense, uyuşmazlık çözümünde tarafların kendi kaderini tayin etme hakkı çok daha önem arz etmektedir.

Med-arb diff modelinin, med-arb same modeline göre daha iyi bir seçenek olarak kabul edilebileceği bir husus, arabulucu-hakemin tarafsızlığı ile ilgili şüphelerin farklı tarafsız üçüncü kişiler kullanılarak giderilmesidir. Bir diğer husus ise aynı tarafsız üçüncü kişinin arabuluculukta öğrendiği bilgi ve belgelerden hakem olduğu süreçte etkilenip etkilenmeyeceğine dair çekincenin, artık med-arb diff modelinde gündeme gelmeyecek olmasıdır. İleride açıklanacağı üzere, Türkiye’de med-arb kavramının, med-arb diff modeline daha uygun olarak düzenlemeye alındığını görmekteyiz.

3. Farklı Tarafsız Üçüncü Kişi Huzurunda Tavsiye Edici Med-Arb (*Med-Arb Diff-recommendation*)

Med-arb diff-recommendation modeli, büyük ölçüde med-arb diff ile benzerdir; ancak tek farkı bu modelde arabulucunun tavsiyede bulunmasıdır. Taraflar arabuluculuk aşamasında gönüllü bir anlaşmaya varamazlarsa, arabulucu farklı bir kişi olan hakeme tavsiyede bulunur. Hakem, arabulucunun tavsiyesini hükme esas alıp almamakta serbest olmasına rağmen, genellikle tavsiyeye uyulur.²⁵⁶ Böylece arabuluculukta süreci yöneten arabulucunun öngörülerini tahkime aktarılmış olacaktır. Hakemin, arabulucunun tavsiyesini göz önünde bulundurarak karar vermesi, kararı daha garanti kılabilecektir. Ancak bu modelde, arabulucunun hakeme aktardığı tavsiye kararları arabuluculuk sürecindeki gizliliğin ihlal edilebileceği şüphesi ve arabulucunun tüm sürece etkisi hakkında çekinceler söz konusu olabilmektedir.

Sonuç olarak, farklı tarafsız üçüncü kişi huzurunda yürütülen tavsiye edici med-arb, pratik sonuçları bakımından med-arb same modelinden farklı olmakta, üstelik hakem için ilave masraf yapılmasını gerektirmektedir.²⁵⁷

²⁵⁶ Blankenship, a.g.m., s. 5; Özbek, a.g.m., *Yargıtay dergisi*, s. 61,

²⁵⁷ Özbek, a.g.e., s. 62.

4. Takım Halinde Yürütülen Med-Arb (Co-Med-Arb)

Yukarda her bir med-arb formu için ayrı ayrı bahsedilen ve sonraki başlıklarda med-arb same formu için bahsedilecek olan, med-arb yoluna özgü sakıncaların bertaraf edilmesi amacıyla bu farklı modeller oluşturulmuştur. Genel itibariyle med-arb(same) yolunun sakıncalarını bertaraf etmenin en kolay yolu, arabuluculuk ve tahkim süreçlerinde farklı tarafsız üçüncü kişilerin görevlendirilmesidir. Ancak bu yol da tatmin edici bir çare olmamış, arabuluculuk aşamasının başarısız olması halinde sürecin tekrar tekrar gerçekleştirilmesi sebebiyle zaman kaybına ve masrafa yol açabileceği görülmüştür. Bu sebeple son yıllarda, Harvard Müzakere Projesinin²⁵⁸ öncülüğünde “co-med-arb” olarak adlandırılan yeni bir model geliştirilmiştir.²⁵⁹

Eleştirilere karşı arabuluculuk ve tahkimin faydalarını birlikte sunmayı amaçlayan bu formatta, süreç gizli ve gizli olmayan üzere bölümlere ayrılır. Tarafsız üçüncü kişilerin (arabulucu ve hakemin) birlikte anlaşmazlığın başlangıcında -gizli olmayan oturumda- ortaklaşa bir durum tespit duruşması yürütmesine izin verir. Her ikisi de gizli olmayan oturumlarda hazır bulunur, ancak bundan sonra gizli olan oturumlara yalnızca arabulucu katılır. Gizli olmayan oturumlarda arabulucu ve hakem tarafları aynı anda dinler ve sonrasında arabulucu, hakemin yokluğundaki gizli oturumlarda taraflarla arabuluculuk sürecini yürütür. Arabuluculukta tüm sorunlar çözülemezse, daha sonra dosyayı hakem devralır ve ihtilafı konular hakkında nihai bir karar verir.²⁶⁰

Bu form büyük ölçüde med-arb diff modeline benzese de co-med-arb sürecinin en başında hakem (arabulucu ile birlikte), tarafların iddialarını ortaya koydukları müzakere aşamasına dahil olmakta ve ardından arabulucu, taraflarla arabuluculuk yapmak amacıyla bir nevi bu aşamaya ara vermektedir. Daha sonra çözümlenemeyen hususlar için hakem tekrar sürece dahil olmakta ve bunlar için bir karar vermektedir. Bunun yanında tahkim

²⁵⁸Projenin detayları için bkz. <https://www.pon.harvard.edu/tag/the-harvard-negotiation-project/> (03.03.2021)

²⁵⁹ David C. Elliott, “Med/Arb: Fraught With Danger or Ripe With Opportunity?”, *Alberta Law Review*, S. 34, 1995, s. 178. Detaylı bilgi için bkz. Bruce Patton, Roger Fisher, William Ury, “*EVET*”: *Boyun Eğmeden Anlaşmaya Varmak*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3.B, 2016

²⁶⁰ Blankenship, a.g.m., s. 5.; “Co-med-arb sürecinde, hakem, tarafların anlaşmasına bağlı olarak bağlayıcı karar verebilir veya tavsiye niteliğinde bir görüş bildirebilir.” Elliot, a.g.m. s. 178.

yargılamasında arabulucu tekrar devreye girebilir ve hakem kararı verilmeden, taraflar karşılıklı mutabık kalacakları bir uzlaşma seçeneğini yeniden bulmaya çalışabilirler.²⁶¹

Co-med-arb, bir tahkim sürecinin tarafsızlığı ile daha objektif bakış açısıyla bir arabuluculuk sürecinin verimlilik kazanımlarını bir araya getirmeye çalışır. Ancak *co-med-arb* modelinin sakıncaları yoktur denilemez. Sürecin bazı oturumlarında iki tarafsız üçüncü kişi birlikte yer aldığından, yargılamada kullanılacak bilgi ve belgeler ile gizlilik hususlarındaki çekinceler devam edebilmektedir.

5. Arabuluculuk-Tahkimden Cayma Hakkı (Med-Arb-Opt-Out)

Orijinal *med-arb*(same) süreci; arabuluculuk aşaması tamamlandıktan sonra ve tahkim aşaması başlamadan önce, her bir taraf yargılamanın kalan tahkim kısmı için başka bir kişinin atanmasını talep etme hakkına sahip olacak şekilde değiştirilebilir.²⁶² Yani taraflara, arabulucu olan tarafsız üçüncü kişinin sonrasında hakemlik yapmasına dair verdikleri karardan cayma hakkı tanınır. İşte bu model *med-arb-opt-out* olarak anılmaktadır.

Cayma hakkı için, *med-arb* sürecinin başlamasından sonra ve sürecin tahkim aşaması başlamasından önce olacak şekilde bir zaman limiti konulmuştur. Böylece taraflara arabulucu-hakemin tarafsızlığı ve yargılamayı sürebilmesine dair yeteneği hakkında fikir edinilmesine dair zaman tanınmış da olmaktadır.

Bu modelde, arabuluculuk süreci sonrası arabulucu, taraflara, bu aşamadan sonra hakem sıfatını üstlenip sürece devam etmesini isteyip istemediklerini sorar. Taraflardan biri arabulucunun hakem olarak görev üstlenmesini istemezse, sürecin başında verdiği karardan cayarak sürecin dışında kalma hakkına sahiptir ve bu hakkı kullandığı takdirde *med-arb* süreci hakem seçilene kadar ertelenir.²⁶³ Bu model; arabulucunun taraflara kendisinin hakem olarak sürece devam etmesine ilişkin kapalı uçlu bir sormasıyla sınırlı olmayıp, taraflara tahkim sürecini yönetecek hakemi seçme şansını tanır. Gerçekten de tarafların yetkin, güvendikleri, arabuluculuk sürecine herhangi bir şekilde dahil olmamış bir tarafsız üçüncü kişi atama hakkına sahip olmaları önem arz eder.

²⁶¹ Özbek, a.g.e., s. 73.

²⁶² James T. Peter, "Med-Arb in International Arbitration", *American Review of International Arbitration*, S. 8, 1997, s. 98.

²⁶³ Özbek, a.g.e., s. 71.

Arabulucu-hakemin arabuluculuk aşamasında baskıcı tutum sergilemesiyle ilgili şikayetler, med-arb-opt-out modelinde arabulucu-hakemin, hakem olarak devam edip etmeyeceği belli olmadığından gündeme gelmeyecektir. Bunun yanında bir çıkmaz durumunda başka birinin hakem olarak atanabileceği şansına sahip olmanın verdiği rahatlıkla, arabuluculuk aşamasında taraflar, gerçek menfaatleri ve sundukları teklifler hakkında daha rahat ve samimi olabilirler. Benzer şekilde, bu modelde tarafların çekinme hakkı olduğundan, tahkim sürecinin usuli bütünlüğü hakkındaki endişeler de ortadan kalmış olacaktır. Bu sayede, örneğin taraflar arabulucunun tarafsızlığından şüphe ediyorlarsa veya özel toplantılarda arabulucuya aleyhlerinde kullanılabilecek çok gizli bilgiler vermişlerse süreçten çekinmeleri sayesinde arabulucunun ilerde bağlayıcı karar vermesinden sakınmış olurlar.²⁶⁴

Med-arb-opt-out modelinde taraflardan birinin hakem olarak başka birini tercih etmesi durumunda modelin, med-arb diff modelinden pek de bir farkı yoktur. Bu halde para ve zaman açısından orijinal med-arb(same) süreci ile kıyaslatıldığında bu form, potansiyel faydalarını kaybeder.²⁶⁵

6. Bağlayıcı Olmayan Med-Arb (Non-Binding Med-Arb, Danışman Hakem, Advisory Arbitrator)

Bağlayıcı olmayan med-arb modelinde tarafsız üçüncü kişi, önce arabuluculuk görevini üstlenir; ancak taraflar bir çıkmaza girerse aynı tarafsız üçüncü kişi, bu kez arabulucu-hakem olarak onlara bağlayıcı olmayan bir görüş sunar. Bu modelde taraflar, bu kişiden bağlayıcı bir karar alamazlar; şayet bağlayıcı bir karar almak isterlerse hakemlik yapacak başka birini atamaları gerekir. Bu model, arabuluculuğun geleneksel "değerlendirici-dar (*evaluative-narrow*)" tanımına yani bir arabulucunun taraflara bağlayıcı olmayan bir çözüm önerisi sunduğu "Riskin's Grid"²⁶⁶in kuzeybatı köşesine oldukça benzemektedir.

²⁶⁴ Bkz. Özbek, a.g.e., s. 72.

²⁶⁵ "ancak her ikisinin de önce bu konuda anlaşması gerekeceğinden burada tarafların her iki aşama için aynı tarafsız üçüncü kişiyi muhafaza etme olasılığı daha yüksektir." Peter, a.g.m., s. 99.

²⁶⁶ Arabulucunun rolü ve Riskin Grid (tablosu) için bkz. Leonard Riskin, "Mediator Orientations", *Strategies and Techniques, Alternatives* C.12, S. 111, 1994, s. 25.

Danışman hakem veya bağlayıcı olmayan med-arb olarak çevirdiğimiz bu model, esasen geleneksel arabuluculuğa benzemektedir. Sözkonusu model orijinal med-arb sürecindeki gibi gerçek anlamda bir tahkim yargılamasını içermez. Arabuluculuk ve istişari hakemlik²⁶⁷ yollarının birleşmesinden oluşan bu yöntemde, tarafsız üçüncü kişi huzurunda olağan şekilde devam eden arabuluculuk aşaması sonrası, aynı üçüncü kişi, arabuluculuğun tıkanıdığı noktada taraflara bağlayıcı olmayan görüş bildirebilecek bir rehber statüsüne geçer. Bu görüş, tahkim yargılamasının muhtemel sonucu hakkında tavsiyede veya tahminde bulunma şeklindedir. Daha önce bahsettiğimiz gibi, arabuluculuk sürecinde görev alan ve görüş bildiren tarafsız üçüncü kişi hakemlik yapamaz. Taraflar bağlayıcı nihai bir karar almak istiyorsa tahkim yargılamasını yürütecek bir hakem atmalıdır.

Bağlayıcı olmayan med-arb, geleneksel tahkimin gizlilik, esneklik gibi bazı faydalarını içermesinin yanı sıra kendine özgü faydalara da sahiptir. Uzman bir tarafsız üçüncü kişinin vakanın nasıl bir kararla sonuçlandırılacağı hakkında taraflara önemli bilgiler vermesi sayesinde, bu durum, taraflar için uyuşmazlığı çözmeye daha fazla istek sağlayabilir. İkincisi, karar tavsiye niteliğinde olduğu için, hakemin uygun prosedürü takip etmediğini veya esasa dair yanlış yargılama yaptığını iddia etmeye gerek yoktur. Bu nedenle, bağlayıcı olmayan tahkim, olumsuz karara itiraz etme olasılığını ortadan kaldırır; böylece zaman, para ve hayal kırıklığı açısından süreci daha az maliyetli hale getirir.²⁶⁸ Bağlayıcı olmayan bir hükümden memnun olmayan ve arabuluculukta uzlaşmamayı seçen bir taraf, uyuşmazlığı -taraflar kabul ederse- bağlayıcı tahkime götürebilir. Ancak bu ihtimalde sözkonusu modelin sunduğu zaman ve masraf tasarrufunun tam aksine, farklı bir tarafsız üçüncü kişi atanacağından, standart bir med-arb yoluna göre daha fazla zaman ve masraf kaybı meydana gelecektir. Dolayısıyla

²⁶⁷ İş uyuşmazlıklarında bu husus şikayet arabuluculuğu (grievance mediation) olarak bilinir. Arabuluculuğun işletilmesi, arabuluculuğun başarısız olması durumunda bir tarafın şikayet prosedürünü (veya tahkim gibi diğer prosedürlerin) kullanmasını engellemez. Her bir taraf herhangi bir zamanda arabuluculuk ve diğer bir süreç arasında geçiş yapabilir. Detaylı bilgi için bkz. Stephen B. Goldberg, “Grievance mediation: A successful alternative to labor arbitration”, *Negotiation Journal*, S. 5, 1989, ss. 9–15.

²⁶⁸ Detaylı bilgi için Steven C. Bennett, “Non-Binding Arbitration: An Introduction”, *Dispute Resolution Journal*, C. 61, S. 2, 2006. <https://www.jonesday.com/files/Publication/266ff349-03e1-4610-a7c1-6cd0f951e8bb/Presentation/PublicationAttachment/1d047cae-3d31-4b6b-b280-71ed96efa8e5/Bennett,%20Steven%5B2%5D.pdf> (09.03.2021)

standart med-arb ile karşılaştırıldığında bu yöntemin katma değerini belirleyen temel mesele, tahkime başvurmadan tarafların uzlaşmasını sağlamadaki başarısıdır.²⁶⁹

7. Sebep Gösterilen Med-Arb (*Med-Arb Show Cause*)

Bu modelde, med-arb same modelinde olduğu gibi, arabulucu ve hakem olarak aynı tarafsız üçüncü kişi atanır. Ancak bu kişi, nihai bir karar vermez. Neden kesin olmaması gerektiğini gösteren bir gerekçeyle²⁷⁰ yalnızca kesin olmayan -geçici- bir karar verir. Taraflar kararda hata olduğunu ortaya koyarsa, arabulucu-hakem kararı düzeltir.

Bu modelin dezavantajları; karmaşık uyuşmazlıklar için uygun olmaması ve bir dizi ön(geçici) kararlar verilmesine ihtiyaç duyulması, kesin olmayan kararın doğurduğu beklenti sebebiyle tarafların arabulucu-hakem ile iş birliği yapma konusunda direnç veya isteksizliğe yol açabilmesi ve tüm bunlar sebebiyle nihayetinde kesin kararda bozulmalar olabilesidir.²⁷¹

Bazı görüşlere göre, birçok hukuk sisteminde tahkim kararlarına ancak tahkimde yetkinin kötüye kullanılması, hakemin yetkisi aşması veya tarafsızlığı gibi katı gerekçelerle itiraz edilebileceği ve her zaman hukuka erişimin kolay olmadığı göz önüne alındığında, böyle bir prosedürde hem karar verilirken tarafların dinlenilme şansı olması hem de bu sayede hakemin süreç sonunda eksiksiz bir karar vermiş olma kanaatine sahip olması son derece yararlı görülmüştür. Konuyu şu örnekle netleştirebiliriz: Bir tahıl çiftçisi ile bir tohum ithalatçısı arasındaki bir çatışma hipotezinde, sözgelimi dava konusu tohum kalite eksikliği olan bir uyuşmazlıkta, arabulucu-hakemin karar taslağı(kesin olmayan kararı) taraflarca değiştirilebilir; böylece tohumlar konusunda Avrupa mevzuatındaki teknik hususlara kesin tahkim kararının yürürlüğe girme şartlarında yer verilerek, nihai kararın içeriğindeki belirsizlik ortadan kaldırılmaktadır.²⁷²

²⁶⁹ Özbek, a.g.e, s. 66.

²⁷⁰ Bu kararın kesin karar olmaması gerektiğine dair haklı neden ortaya koyulması (*ing.*: “to show cause”)

²⁷¹ Bkz. Özbek, a.g.e., s. 67.

²⁷² Detaylı bilgi ve ilgili çatışma hipotezi örneği için bkz. Felix Dimitrie Ciocan, Ioan Niculae Alecu, Ion Dona ve diğerleri, “Med-arb and arb-med procedures in conflicts among professionals in agriculture”, *Agricultural Economics and Rural Development - Realities and Perspectives for Romania*, S. 6, 2015, ss. 95-103.

8. Arabuluculuk ve Nihai Teklif Tahkimi (Mediation and Last Offer Arbitration, MEDALOA)

MEDALOA, arabuluculuk ve son teklif tahkiminin bir kombinasyonudur. Arabuluculuk görüşmelerinde anlaşmaya varılamazsa arabulucu-hakem, iki tarafın nihai tekliflerinden birine karşılık gelen bir karar seçer ve bunu hakem kararı olarak verir. Bu, orijinal med-arb yoluna çok benzeyen karma bir süreçtir. Görüldüğü gibi aradaki fark tahkim aşamasındadır. Taraflar arabuluculuk yoluyla gönüllü bir çözüme ulaşamazlarsa, taraflar, birini nihai hakem kararı olarak seçmesi için arabulucu-hakeme birer “son teklif” (*last offer*) sunar. Bu süreç, hakemin karar verirken iki tekliften birini seçmek zorunda olması nedeniyle, tahkimin en ayırt edici özelliklerinden biri olan, hakemin en uygun çözüme karar verme takdirini sınırlar.²⁷³

MEDALOA modeli, tarafları iyi niyetle müzakere etmeye teşvik eder ve taraflar, karşılıklı olarak kabul edilebilir bir çözüm üzerinde anlaşamazlarsa hakem tarafından seçilmesi umulan adil ve makul bir nihai teklifte bulunurlar. Bu süreç, kaybeden tarafın hakem kararına itiraz etme riskini azaltır. Sonuçta hakem, müzakere edilen miktar ve talepler doğrultusunda taraflardan birinin teklifini seçecektir. Böylece hakem kararı tarafların beklentileriyle fazla ters düşmez ve sürpriz etki doğurmaz.²⁷⁴ Yukarda da bahsedildiği gibi MEDALOA'nın tam olarak arabulucunun kararının sunulan nihai tekliflerle sınırlı olduğu için esnek olmadığını savunan görüşler mevcuttur. Ancak katıldığımız görüşe göre, taraflar uzlaşamadıysa ve bağlayıcı bir karar verilmesi gerekiyorsa, kaçınılmaz olarak en az bir taraf sonuçtan tam anlamıyla memnun olmayacaktır. Zaten basit mantıkla bir uyuşmazlık çözümü sonrası varılan sonucun, iki tarafı da memnun etmesi için her iki tarafın da bunu gönüllü olarak kabul etmiş olması gerekir ki bu durumda tahkime başvurmaya gerek kalmamıştır. Belirttiğimiz gibi, bu modelde hakemin taraflarca sunulan tekliflerden birini seçmesi gerektiği gerçeği, herhangi bir kararın müzakere edilen aralığın dışında olma riskini azaltır ve bu da aksine sıradan bir tahkim kararına kıyasla tarafların karardan memnuniyetini artırır. Aynı

²⁷³ Kristen M. Blankley, “Keeping a Secret From Yourself? Confidentiality When the Same Neutral Serves Both as Mediator and as Arbitrator in the Same Case”, 63 *Baylor Law Review*, S. 317, 2011, s. 7.

²⁷⁴ Özbek, a.g.e., s. 68.

zamanda bu varyasyon, psikolojik olarak tarafları makul nihai teklifler vermeye zorlar.²⁷⁵ Bu da önyargı veya koalisyon riskini sınırlar ve taraflara, en makul nihai teklif olarak algılanacağını düşündükleri teklifi sunmaları için bir teşvik oluşturur. Hem arabuluculuk aşamasında tartışmalı konuların neler olduğunun ortaya çıkmış olması hem de hakemin uç noktadaki bir teklifi seçmeyecek olmasından dolayı sunulan teklifler genellikle birbirine yakın olacaktır.

Bu modelde, arabulucu-hakem, sunulan iki tekliften sapamaz ve tekliflerin belli kısımlarını birleştiremez veya başka bir sonuç öneremez. Nihai bağlayıcı tekliflerden yalnızca birini seçebilir, böylece kendi takdir yetkisini sınırlamış olur. Hakem hangi teklifin saf dışı bırakıldığına dair nihai bir karar vermeden önce saf dışı bırakılan teklifi çürütmek isteyecektir. Arabulucu-hakem nihai tekliflerden hangisini kabul edeceğine karar verirken, özel taraf toplantıları sırasında duyulan bilgileri dikkate alıp almayacağını ve eğer alınacaksa, bu bilgilerin diğer tarafa verilip verilmeyeceğini açıklığa kavuşturmalıdır.

Tarafların nihai bağlayıcı tekliflerden birini seçmeden önce son tekliflerini birbirlerine mi yoksa yalnızca tarafsız kişiye mi yapacaklarına veya göstermek isteyip istemediklerine bağlı olarak MEDALOA süreçlerinin bir dizi olası varyantı vardır.²⁷⁶ "Karanlık beyzbol tahkimi(*dark baseball arbitration*)" veya "kör beyzbol tahkimi(*blind baseball arbitration*)" olarak adlandırılan ve MEDALOA modeline oldukça benzeyen tahkimi modeli, nihai tekliflerin ilk başta hakeme açıklanmadığı bir varyasyondur.²⁷⁷ Prosedürler büyük ölçüde benzerdir ancak MEDALOA modelinden farklı olarak taraflar tekliflerini tarafsız üçüncü kişiye açıklamadan zarf içinde sunarlar. Hakem öncelikle, taraflarca kabul edilen veya kendi belirlediği ölçütlerle ihtilaflı hususlar için bir çözüm belirler. Daha sonra bunu taraflarca verilen son iki teklifle karşılaştırır ve hakemin kendi belirlediği çözüme en yakın olan teklifi seçer²⁷⁸ ve bu artık taraflar için bağlayıcı nihai

²⁷⁵ Taraflar, nihai tekliflerini formüle ederken arabuluculuk sürecinde yaptıkları tavizler ve kendi davranışları açısından arabulucu tarafından en makul teklif olarak algılanacağını umdukları bir teklifi sunmak için özen gösterirler.

²⁷⁶ Detaylı bilgi için bkz. Jeremy Lack, "Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties", Ed. .Arnold Ingen-Housz, *ADR in Business Practice and Issues across Countries and Cultures*, Kluwer Law International, C. 2, 2011, s. 367.

²⁷⁷ Ayrıca bkz. Özbek, a.g.e., s. 68.

²⁷⁸ Sunulan iki tekliften hangisinin arabulucu-hakemin görüşüne en yakın olduğunu seçecek kişi açısından getirilen eleştiriler, örneğin tıbbi hakemin bu kararı kendisinin yapmasını sağlayarak kolayca aşılabilir.

hakem kararı olur. Ayrıca hakemin, toplantıda elde ettiği, dikkate alınacak veya muhakemesini etkilemiş olabilecek herhangi bir bilgiyi kullanmak ve açıklamak için taraflardan açık izin alması ve her iki tarafın da tarafından verilen gerekçeleri deyim yerindeyse çürütmesine izin vermesi tavsiye edilir.

Bahsedildiği gibi MEDALOA süreci hibrit bir süreçtir; çünkü taraflar sürecin başlarında arabuluculukta anlaşamazlarsa arabulucunun “değerlendirici” konuma geçeceğini bilirler. Ayrıca nihai teklifleri kontrol ettiklerini de bilirler, bu nedenle arabulucu diğer tarafın nihai teklifinin bilgisi olmadan rekabetçi bir şekilde kullanamaz.²⁷⁹ Nihayetinde tarafsız üçüncü kişi, eşzamanlı verilen iki bağlayıcı nihai tekliften sapma konusunda herhangi bir takdir yetkisine sahip değildir. Bu sürecin arkasındaki önemli bir gerekçe, standart tahkimde hakemlerin uzlaşma ve "bebeği bölme(*split the baby*)²⁸⁰" eğiliminde olmasıdır.²⁸¹ Taraflar, hakemin "bebeği bölme" varsayarlarsa, hakemin nihayetinde "bebeği böldüğünde" en fazlasını kendileri elde etme gayesiyle müzakere sırasında taviz vermekten çekinebilirler. MEDALOA ise tam tersi bir etkiye sahiptir: Hakemin daha makul gördüğü son teklifi seçme olasılığı daha yüksektir, bu da tarafları makul tavizler vermeye zorlar. Bu modelde arabulucu-hakemin görevi (genel anlamda hakemlerin sahip olduğu kararı şekillendirmedeki takdir yetkisini kenara koyup) yalnızca tarafların tavizler vererek asgari birleşenlerde anlaşmayı umduğu iki olasılık arasında seçim yapmaktır.

MEDALOA tahkim tarafı baskın olan bir karma ADR yöntemidir. Tahkim perspektifinden MEDALOA modeline bakıldığında,²⁸² son teklif yöntemi, 1958’te yürürlüğe giren Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New

Bkz. Renate Dendorfer-Ditges, Jeremy Lack, “The Interaction Between Arbitration and Mediation: Vision v Reality”, *Dispute Resolution International*, S. 1. 1, 2007, s. 93

²⁷⁹ Arnold Ingen-Housz, a.g.e., s. 368.

²⁸⁰ “Split the baby” ifadesi, İncil’de geçen Kral Süleyman hikayesinden ileri gelmektedir. Kral Süleyman her ikisinin de çocuğun annesi olduğunu iddia eden iki kadının uyumsuzluğunda, bebeğin ikiye kesilmesini ve her kadının yarısını almasını önererek kadınların çocuğa karşı gerçek duygularını ve onunla ilişkilerini ortaya çıkarmayı hedeflemişti. Hukuki anlaşmazlıklar genellikle “*split the baby*” müzakere yaklaşımıyla çözümlenir. Bu bağlamda, bir anlaşmazlık makul bir çözüme ulaşma aralığı içindeyse ve ancak her iki taraf da hala kendi pozisyonlarından taviz vermiyorsa, biri anlaşmazlığı müzakere etmek veya dava açmayla daha fazla maliyete neden olmaktan kaçınmak için tam orta bir noktada ihtilafı bölmeyi önerebilir. Aslında bu bir çözüm değil, mantığa en uygun kararı vermek için bir olayın doğruluğunu ortaya çıkarmaya çalışan bir tehdittir. Detaylı bilgi için bkz: <https://www.krauselawkc.com/blog/split-the-baby-negotiations/> (10.11.2021)

²⁸¹ Bu çıkarımla alakalı olarak bkz James T. Peter, a.g.m., s. 100.

²⁸² MEDALOA modelinin eleştirileri için bkz. Dendorfer, a.g.m., s. 93, Özbek, a.g.e., s. 69.

York Sözleşmesinin V. bölümüne aykırı olabilmesi sebebiyle eleştirilmiştir.²⁸³ Örnek olarak; arabulucu-hakemin nihai karar vermek için gerçek bir yetkisinin olmadığı ve iki kusurlu/eksik teklif arasında seçim yapmak zorunda kalması hususları verilebilir.

Model, arabuluculuk açısından değerlendirildiğinde ise birkaç yönden eleştiriye açıktır. Birincisi, yukarıda belirtildiği gibi, bir arabulucunun birdenbire rol değiştirip bir karar verici haline gelip gelemeyeceği veya bunun onun davranışını veya tarafların şeffaf olmasına dair istekliliğini etkileyip etkileyemeyeceğidir. İkinci olarak, arabulucunun nihai bir teklifi seçme süreci hukuki olarak sorgulanabilir: Hangi teklifi kabul edeceğini makul gerekçelere dayanarak verebilir, şansa bırakabilir veya kendini öznel düşüncelere dayandırabilir. Son iki ihtimal, kararının nihailiğini ve bağlayıcılığını tartışmalı hale getirebilir ve iptal davasına konu olmasına yol açabilir. Bu riskin giderilmesi için arabulucu-hakem, tekliflerden hangisini seçeceğine dair kararını belirlerken tarafların sunum yapmasını isteyebilir. Sonrasında en adil sonucun ne olacağına dair kendi kararını verirken düşüncesini yazılı olarak açıklayabilir. Ancak tüm bu prosedür dışı aşama MEDALOA modelinin çerçeve yapısını ve hızını olumsuz etkileyebilir.²⁸⁴

9. Paralel Arabuluculuk

(Mediation Window in Arbitration, Consent Award)

Bu model, devam eden bir tahkim yargılaması sırasında arabuluculuk penceresinin açıldığı bir süreçten ibarettir.²⁸⁵ Tahkim yargılamasının herhangi bir aşamasında taraflar, uzlaşmayı kolaylaştırmak için arabuluculuk görüşmesine geçmeyi kararlaştırabilirler. Arabuluculuk, devam eden tahkim sürecinin herhangi bir zamanında bir veya birden fazla kere gerçekleşebilir. Farklı zamanlarda arabuluculuk yapabilme imkanı -özellikle aynı tarafsız üçüncü kişi huzurunda gerçekleşirse- bu med-arb formatını son derece esnek ve yaratıcı kılar. Ancak taraflar elbette arabuluculuk yapmak için ayrı bir tarafsız üçüncü kişi seçmekte özgürdür. Arabuluculuk evresi arabulucu-hakem veya ayrı bir arabulucu tarafından yürütülebilir. Açıktır ki arabuluculuğu hakem yürütürse,

²⁸³ Yakından incelendiğinde, son teklif prosedürünün son adımı, tahkim kararından ziyade sözleşmeye dayalı bir adım olarak yorumlanabilir.

²⁸⁴ Bkz. Dendorfer, a.g.m., s. 93.

²⁸⁵ Paralel arabuluculuk benzeri, tahkimdeki diğer arabuluculuk ve uzlaşma pencereleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Jeremy Lack, a.g.m., ss. 359-363.

orijinal med-arb süreci için daha önce tartışılan sorunların aynıları ortaya çıkacaktır; ancak arabuluculuk penceresi bağımsız bir kişi tarafından yürütülürse bu sorunlar engellenir.²⁸⁶

Paralel arabuluculuk prosedürü sonunda arabuluculuk anlaşmalarına nasıl icra kabiliyeti kazandırılacağı konusunda akıllara soru işaretleri gelebilmektedir. İşte bu noktada, literatürde tahkim yargılaması içinde geçilen arabuluculukta anlaşmaya varılması halinde verilecek kararların tam güç ve etki sağlaması için bunların, Anlaşılan Koşullarda Hakem Kararı(*Arbitral Award on Agreed Terms*) veya Rızai Karar(*Consent Award*) olarak verilebileceği tanımlanmıştır.²⁸⁷ Rızai karar, taraflarca hakeme ortaklaşa sunulup önerilen bir çözüme dayalı olarak hakem tarafından verilen bir tahkim kararıdır. Buradaki esas mesele, tahkim ilerledikçe tarafların davalarının görece güçlü ve zayıf yönlerini yeniden değerlendirebilmeleri, kendi aralarında müzakere edebilmeleri ve üzerinde uzlaşabilmeleridir. Bu karar, hakemlerin yanında arabulucunun da görev aldığı(bazen aynı kişidir) bir tahkim sürecine paralel olarak yapılan arabuluculuk penceresi sonucunda verilebilir. Taraflar anlaşmaya varırsa tahkimi sürecini sona erdirmek yerine, anlaşmalarını (imzasız bir taslak formatta) kabul edilebilir bir karar olarak vermesi için tahkim mahkemesine sunarlar ve böylelikle, hakem kararının verilmesiyle taraflar arasındaki arabuluculuk anlaşmasına New York Sözleşmesi kapsamında otomatik olarak etkinlik kazandırılmış olur.²⁸⁸

Amerikan Tahkim Birliğinin(AAA) güncel tarihli Ticari Tahkim Kuralları ve Arabuluculuk Prosedürlerinin(*Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*)²⁸⁹ “Anlaşma Üzerine Karar-Rızai Karar(*Award Upon Settlement—Consent Award*)” başlıklı R-48. maddesi, rızai karar ile ilgili olarak şöyle bir hükme sahiptir:²⁹⁰

²⁸⁶ James T. Peter, a.g.m., s. 102.

²⁸⁷ Bkz. Özbek, a.g.e., s. 62; ayrıca yakın zamanda uygulamaya koyulan, arabuluculukta varılan sulh anlaşmalarının icrasına yönelik olarak, Singapur Sözleşmesi bu konudaki eksikleri ve tereddütleri gidermiştir.

²⁸⁸ Bkz. Jeremy Lack, a.g.m., s. 362.

²⁸⁹ Kuralların orijinal tam metni için <https://www.adr.org/sites/default/files/Commercial-Rules-Web.pdf>

²⁹⁰ Aynı konuda 2009 yılı AAA Ticari Tahkim Kuralları ve Arabuluculuk Prosedürlerinin 8. maddesi şu şekildeydi: “Yargılamanın herhangi bir aşamasında taraflar, anlaşmayı kolaylaştırmak için Ticari Arabuluculuk Usulleri kapsamında bir arabuluculuk görüşmesi düzenlemeyi kabul edebilirler. Arabulucu, davaya atanan hakem olmayacaktır. Derdest tahkim davasının tarafları AAA kuralları uyarınca arabuluculuğa gitmeyi kabul ettiği durumlarda, arabuluculuğu başlatmak için ek bir idari ücret ödemesi gerekmez.”

“(a) Taraflar, tahkim sırasında ihtilaflarını çözerler ve talepte bulunurlarsa hakem, uzlaşmanın hükümlerini bir "rızaî kararla" belirleyebilir. Bir rızaî karar, idari ücretler ve masrafların yanı sıra hakem ücretleri ve masrafları da dahil olmak üzere tahkim masraflarının tahsisini içermelidir.

(b) Tüm idari ücretler ve tüm hakem tazminatları tam olarak ödenene kadar rızaî karar taraflara verilmeyecektir.”

Arbuluculuğun tahkime dahil edilmesi, tarafların sosyal yönünü de destekleyebilir. Bu süreç sayesinde taraflar, iş birliğine dayalı müzakere teknikleri ve yaratıcı çözümler hakkında düşünmeye zorlanacaklardır. Ayrıca, tarafların kendi çıkarlarıyla birlikte karşı tarafın çıkarlarını göz önünde bulundurarak geleceğe ve olası ilişkileriyle ilgili sorunlara odaklanmaları teşvik edilecektir. Empati yapmak; karşı tarafın konumunu daha iyi anlamak ve üçüncü tarafın pazarlık ile karar verme standardından daha fazla, menfaat temelli çözümleri keşfetmek için birlikte beyin fırtınası yapmaya yardımcı olur. Özellikle devam eden bir ilişki içerisinde olan taraflar için, her uyuşmazlıkta davalaşmak/yargılama sürecine girmek yerine, karşılıklı olarak kabul edilebilir çözümlere nasıl varılacağını ve gelecekte doğabilecek bir uyuşmazlığın daha iyi veya daha hızlı bir şekilde çözülmesi için emsale veya usule nasıl ulaşılabileceğini öğrenmek daha önemlidir.²⁹¹

Bahsettiğimiz gibi, tahkimin yasal çerçevesinin esnekliği, prosedürün herhangi bir anında açıkça bir arbuluculuk aşaması oluşturulmasını mümkün kılar.²⁹² Tahkim süreci içinde arbuluculuğun ne zaman yapılacağını esnek olması da bu formatın bir avantajıdır. Ayrıca, arbuluculuk penceresinin tahkim duruşmalarının arasında açılması mümkün olduğundan, tahkim yargılaması sürecinde herhangi bir kesinti olmayacaktır ve böylelikle süreci uzatma çabası içinde arbuluculuk kötüye kullanılamaz.²⁹³ Paralel arbuluculuk formatı, aynı zamanda tarafların uzlaşma sürecine iyi hazırlanmış olması ve ortaya koyulan gerçeklerden haberdar olması avantajına da sahiptir; çünkü yargılama

<https://www.adr.org/sites/default/files/Commercial%20Arbitration%20Rules%20and%20Mediation%20Procedures%20Jun.%202001%2C%202009%20Fee%20schedule%20Jun.%20201%2C%202010.pdf>
(22.12.2022)

²⁹¹ Bkz. Dendorfer, a.g.m., s. 89.

²⁹² Christian Bouhring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, International Arbitration Law Library Series Set, Kluwer Law International, B. 2, 2006, s. 259.

²⁹³ Peter, a.g.m., s.102

süreci tahkimle çoktan başlamıştır. Bu formatta arabuluculuk aşaması, duruşmalar vb. için programda mutlaka herhangi bir değişiklik gerektirmez ve ancak arabuluculuğun planlanmış duruşma günlerine göre ayarlanarak yürütülmesi ve böylece başta planlanan prosedüre devam edilmesi, masraf ve gecikmelerden kaçınmak ve uzlaşi için bir teşvik yaratmak adına faydalı olabilir.²⁹⁴

Bu formatın bir dezavantajı tahkim evresinin ön plana çıkmasıdır. Süreçte arabuluculuk yoluna geçilme imkanının olmasıyla birlikte, tahkim niteliği ağır basmaktadır. Hatta diğer med-arb formatlarının aksine, arabuluculuk teşvik edilir ancak mutlaka girilmesi gerekmez. Hatta orijinal med-arb sürecinden farklı olarak arabuluculuk yoluna girilmeden tahkim başlamış olsa bile, kesintisiz bir şekilde ilerlemek zorunda değildir.²⁹⁵ Tahkim ve arabuluculuk arasındaki bu etkileşim sayesinde, paralel şekilde(aynı anda) yürütülen usullerle, arabuluculuk anlaşmasının sonradan ihlal edilmesi tehlikesine karşı mahkemeye başvurma ihtimali de ortadan kaldırılmış olur.²⁹⁶

Tahkim süreci başladıktan sonra taraflar, arabuluculuk söz konusu olduğunda bu konuda ilk adımı atmakta tereddüt edebileceklerinden, süreci başlatmaya ilişkin bir sorun doğabilir. Çünkü taraflar genellikle dostane bir çözüm ararken zayıf görünmekten korkarlar. Bu formatta diğer med-arb formatlarından farklı olarak, tarafların arabuluculuk yolu için ön taahhütleri de yoktur. Bu nedenle, rutin olarak tahkim kurumunu veya hakemini, belirli bir noktada taraflara arabuluculuk önermeye mecbur eden bir tahkim kuralının uygulanması öngörülmelidir.²⁹⁷

Bir diğer sakınca; tahkim süreci devam ederken arabuluculuğa başvurulmasının sadece tahkim sürecinin bir parçası olarak görülmesi ve/veya arabulucunun sadece hakem heyetinin vereceği karar ekseninde tarafları uzlaştıran kişi olarak kabul edilmesi sebebiyle, saf arabuluculuğun kendine özgü tüm özelliklerinden yararlanılamaması ihtimalidir.²⁹⁸ Ayrıca, paralel arabuluculuk formatında hakem olarak görev yapan kişi bir

²⁹⁴ Bouhring-Uhle, a.g.e., s. 260

²⁹⁵ Blankenship, a.g.m., s. 7.

²⁹⁶ Özbek, a.g.e., s. 62.

²⁹⁷ Peter, a.g.m., s. 102.

²⁹⁸ Bkz. Özbek, a.g.e., s. 63.

de arabulucu olarak görev yaptığında sürecin bütünlüğü riske girebilir. Örneğin, bununla ilişkili olarak UNCITRAL Model Kanununun 13. maddesi aşağıdaki kurala sahiptir:²⁹⁹

“Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucu, arabuluculuk yargılamasına konu olan veya aynı sözleşmeden veya yasal ilişkiden veya ilgili herhangi bir sözleşmeden veya yasal ilişkiden kaynaklanan başka bir ihtilafta hakem olarak hareket etmeyecektir.”

Benzer şekilde Milletlerarası Ticaret Odası Arabuluculuk Kurallarının Genel Hükümler başlıklı 10. maddesinin üçüncü fıkrası, aynı kişinin hem arabulucu hem hakemlik yapması durumunda muhafazakar bir tutum takınmış³⁰⁰ ve bu konuda şu hükmü içermiştir:

“Tüm taraflarca aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça, bir Arabulucu, Kurallar uyarınca yürütülen Sürecin konusu olan veya konusu olmuş uyuşmazlığa ilişkin olarak herhangi bir adli yargılama, tahkim yargılaması veya benzer yollarda hakim, hakem, uzman veya taraf temsilcisi veya danışmanı olarak hareket edemez veya etmiş olmamalıdır.”³⁰¹

Paralel arabuluculuk modelinde görev alan bir hakem, tahkim sürecini tehlikeye atmadan tarafların çözüme yönelik çabalarının artırılması konusunda ikilem yaşayabilir. Bu durum, özellikle taraflardan birinin arabulucu-hakem ile özel toplantıda neler olabileceğinden veya taraflardan birinin ölçüsüz bir gerçeklik testi yapılacağına dair endişe duymasından ileri gelebilir.³⁰² Bu sebeple hakem, henüz kararını yazılı olarak vermedikçe taraflarla özel oturumlarda görüşmez.

10. Gölge Arabuluculuk (*Shadow Mediation*)

Gölge arabuluculuk, isminden de anlaşılacağı gibi bir tahkim yargısı devam ederken arka planda arabuluculuğun da yer aldığı bir modeldir. Bu varyasyonda paralel

²⁹⁹ Orijinal tam metin için bkz. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf (25.01.2022)

³⁰⁰ Özbek, a.g.e., s. 64.

³⁰¹ Orijinal tam metin <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/> (25.01.2022)

³⁰² Dendorfer, a.g.m., s. 91.

olarak ayrı ayrı arabuluculuk ve tahkim yargılaması yürütülür. Bu metot özellikle karmaşık, çok taraflı davalarda etkili olabilmektedir.

Arabuluculuk ve tahkim aşamaları için farklı tarafsız üçüncü kişiler görevlidir. Süreçler bu kişiler nezdinde birbirinden bağımsız ancak aynı anda yürütülür. Hakemlerin ve arabulucuların bir araya gelmelerine veya birbirlerinin prosedürlerinden haberdar olmalarına izin verilmeyen eşzamanlı ancak tamamen bağımsız arabuluculuk ve tahkim yargılamalarının aksine; arabulucu, tahkim aşamasında yargılamalara katılabilir, gözlemleyebilir ve taraflardan birinin tahkim sürecini askıya almak istemesi durumunda arabuluculuk sürecini yürütmeye hazır durumda bekleyebilir, arka planda çalışabilir veya tahkim davasının nasıl ilerlediğine (veya maliyetlerin ve zamanın nasıl arttığına) bağlı olarak yeni alternatifler keşfedebilir.³⁰³

Gölge arabuluculuk, iki tarafsız üçüncü kişinin kullanılması bakımından pahalı olabilir; fakat bu yöntem, hükmün verilmesi için gereken süreyi kısaltır veya geçmişteki haklar yanında geleceğe yönelik bir sonuç elde edilmesine yardım ederse, büyük ticari davalarda masraflardan yapılan tasarruf, tarafsız kişiler(her halükarda taraflarca eşit şekilde) ödenen ilave ücreti karşılar.³⁰⁴ Diğer yandan ticari tahkim yargılamalarında genellikle bir hakem yerine hakem heyeti tercih edildiğinden, paralel arabuluculuk formatında birden fazla tarafsız üçüncü kişinin görev yapmasına dair masrafı da bu minvalde değerlendirebiliriz.

III. UYUŞMAZLIĞIN MED-ARB YOLUYLA ÇÖZÜLECEĞİNİN KARARLAŞTIRILMASI (ARABULUCULUK-TAHKİM ANLAŞMALARI / KLOZLARI)

Taraflar, doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar için kendi aralarında bir çözüm yöntemi belirleyebilirler. Ancak bunun mümkün olması için öncelikle uyuşmazlığın belirlenen çözüm yoluna elverişli olması gerekmektedir. Med-arb bir karma yöntem olduğundan önceki bölümlerde arabuluculuğa elverişlilik ve tahkime elverişlilik

³⁰³ Hakem heyeti ayrıca, arabulucuyu, heyetin basit bir somutlaştırmayla etkin çözemeyebileceği veya çözülmesi için ölçsüz maliyetler veya zaman gerektirebilecek özellikle zor bir konuyu ele almaya dahil etmek isteyebilir. Dendorfer, a.g.m., s. 91.

³⁰⁴ Özbek, a.g.e., s. 74.

hakkındaki açıklamalarımız bu yöntemde de aynı şekilde varlık kazanır. Aynı zamanda bu anlaşmalar, aşağıda bahsedileceği gibi, birer tahkim anlaşması niteliğinde olduğundan tahkim anlaşmasındaki yetkiye ilişkin hususlar burada da geçerlidir.

Tanımında da yer aldığı gibi, med-arb, taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın önce arabuluculuk yöntemiyle çözülmeye çalışılması, eğer bu süreçte başarılı olunamazsa sonrasında uzlaşılamayan kısımlar için uyuşmazlığın tahkim ile nihai ve bağlayıcı olarak çözülmesi konusunda tarafların anlaşmasıdır. İşte bu anlaşmaya “med-arb klozu” denilmektedir. Bu anlaşmalar esasen basamaklı (çok aşamalı) olarak ifade edilen tahkim anlaşmalarıdır. Çok basamaklı tahkim anlaşmaları, uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenememesi hâlinde tahkim yoluyla çözüleceğine dair taraf iradelerini herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde yansıtabiliyorsa geçerlidir.³⁰⁵ Ortaya koyulması gereken irade, arabuluculuktan sonra tahkime başvurulacağı (mahkeme yoluna başvurulmayacağı) konusunda netleşmeli; yalnızca öncelikle arabuluculuğa gidilmesini zorunlu kılan tahkim anlaşmaları geçerlidir şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü bir med-arb anlaşmasında tahkime gidilmeden önceki arabuluculuk süreci zorunlu olabileceği gibi ihtiyari olarak da kararlaştırılmış olabilir.

Uluslararası Barolar Birliği'nin Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Kaleme Alınmasına İlişkin Kılavuzunda,³⁰⁶ çok aşamalı tahkim anlaşmaları hazırlanırken dikkat edilmesi gereken üç husus ifade edilmiştir.³⁰⁷

1. “Çok aşamalı tahkim anlaşması, tahkim öncesi aşamada başvurulacak müzakerelerin veya arabuluculuğun ne kadar süreceğine ve tahkimin hangi vakıanın gerçekleşmesi üzerine başlatılacağına ilişkin (örneğin yazılı bir talep) açık bir düzenleme içermelidir.

³⁰⁵ Cemile Demir Gökyayla, "Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, S. 77, 2019, s. 584. Ayrıca çok aşamalı tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin olarak bir ABD mahkeme kararı bkz. Lindsay v. Lewandowski kararı <https://casetext.com/case/lindsay-v-lewandowski> (27.12.2022)

³⁰⁶ Tam metin için <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC> (27.12.2022)

³⁰⁷ Gökyayla, a.g.m., s. 585.

2. Tahkim öncesi uyuşmazlık çözümü aşamasının başarısız olması hâlinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi, ihtiyari değil bağlayıcı olarak anlaşılacak şekilde kaleme alınmalıdır.

3. Hakkında tahkim öncesi çözüm yöntemlerine ve akabinde tahkime başvurulacak uyuşmazlık konularının aynı olmasına dikkat edilmelidir.”

Taraflar, aralarında med-arb anlaşması düzenlemeleri veya med-arb klozunu hukuki ilişkilerini düzenleyen sözleşmeye derç etmeleri sayesinde med-arb yoluna başvurabilir. Ancak med-arb yolunun işletilmesi için mutlaka klasik bir med-arb klozu bulunması şart değildir. Örneğin, bilindiği gibi taraflar arasında sadece tahkim anlaşması varsa uyuşmazlık tahkim yoluyla çözmelidir. Ancak yine de bu halde uyuşmazlık çıktıktan sonra tahkime başvurmak yerine veya tahkim yargılaması devam ederken arabuluculuk yoluna başvurulması³⁰⁸ mümkündür. Amacı, davanın en iyi şekilde çözülmesinde taraflara yardım etmek olan arabuluculuğa, davanın her aşamasında başvurulabilir.³⁰⁹

Aralarında yalnızca bir tahkim şartı mevcut olmasına rağmen taraflarca med-arb yolunun işletilmesi kararlaştırılacaksa; böyle bir anlaşma, sözleşmedeki tahkim şartı değiştirilerek (ve bu kloz med-arb klozu haline getirilerek) yapılabileceği gibi, tahkim şartının içinde yer almayan, şeklen ayrı bir anlaşma imiş gibi yapılan arabuluculuk anlaşmasının kurulmasıyla da mümkün kılınabilir.³¹⁰ Çünkü aynı metin üzerinde olmasa bile sonuç itibariyle uyuşmazlık, tahkim şartı gereği nihai olarak tahkimle çözüleceğinden, uyuşmazlık süreci önce arabuluculuk sonra tahkim olarak ilerleyecektir ki bu da fiiliyatta med-arb anlamına gelir.

Dahası, med-arb anlaşması yoksa, bu yola başvurulması için taraflar arasında mutlaka bir tahkim anlaşması bulunması da gerekmez. Sözleşme kurulurken mahkemeyi yetkili kılan bir yetki anlaşması düzenlenmesine rağmen, uyuşmazlık çıktığında taraflar bir med-arb anlaşması pekala yapabilirler.³¹¹ Bundan ziyade, taraflar arasında önceden herhangi bir ADR anlaşması yoksa dahi şartlar uygunsa tarafların zorunlu veya ihtiyari

³⁰⁸ Bkz. Dehmen; a.g.m., s. 456.

³⁰⁹ Özbek, a.g.e., s. 355.

³¹⁰ Berk Demirkol, Ural Aküzüm, *Türkiye'de Med-Arb (Arbuluculuk - Tahkim)*, 1.B, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020, s. 59.

³¹¹ Demirkol, a.g.e., s. 59.

arabuluculuğa başvurabilmesi mümkündür. İşte bu arabuluculuk sürecinde sulh olamayan taraflar, arabuluculuk devam ederken veya sonrasında anlaşmaya varılamayan konular için tahkime gidilmesini kararlaştırabilirler. Bu kararın verilmesinde arabulucunun tavsiyesi büyük rol oynamaktadır. Sözgelimi, ülkemizde zorunlu arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlıkta devlet mahkemesinde dava açılabilmesi için öncelikle arabuluculuk aşamasının gerçekleşmesi ve anlaşamamaya dair tutanağın mahkemeye sunulması gerekir. Arabulucular, tarafların uzlaşmaması durumunda, taraflara hala mahkemeye gitmeden uyuşmazlıklarını çözmeleri için bir imkan olduğunu anlatarak, tarafları tahkim anlaşması yapmaya teşvik edebilirler.³¹² Bu sayede tüm süreç sonunda uyuşmazlık, med-arb yoluyla çözümlendirilmiş olacaktır.

Yukarıda açıklandığı gibi;

- a. tarafların en başından bir med-arb anlaşması düzenlemeleri,
- b. aralarında bir tahkim şartı varsa tahkim yargılaması başlamadan ya da en geç hakem kararı verilmeden arabuluculuk anlaşması yapmaları (arb-med-arb şartına dönüşecektir) veya
- c. bir tahkim şartı bulunmamasına rağmen tarafların arabuluculuk sürecinde tahkim anlaşması yapmaları, birçok açıdan farksızdır. Tüm bu ihtimalleri med-arb olarak değerlendirip meydana gelen sürecin tamamına ve med-arb usulüne özgü sorunlara bu usule uygulanan kurallar uygulanmalıdır.

Aşağıda bazı kurumlar nezdinde kararlaştırılabilecek örnek med-arb klozlarına yer verilmiştir.

- İstanbul Tahkim Merkezi (Istanbul Arbitration Centre, ISTAC)

“Bu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıklar, İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk-Tahkim Kuralları uyarınca arabuluculuk-tahkim yöntemiyle çözümlenecektir.”

Taraflar dilerlerse Med-Arb klozunu daha açık şekilde belirlemek için kloza şöyle devam edebilirler:

³¹² Akıncı, a.g.e, s. 19.

“...Uyuşmazlık çıktığında, taraflar önce İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk Kuralları uyarınca arabuluculuk yöntemine başvuracaktır. Taraflar arabuluculuk sonucunda anlaşmaya varamazsa, uyuşmazlık İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir.”³¹³

- İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM)

*“İşbu sözleşmeye ilişkin her türlü uyuşmazlık İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi'nin Arabuluculuk - Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak çözülecektir. * Aşağıdaki hükümler taraflarca yukarıdaki arabuluculuk-tahkim şartına eklenebilir: a. Arabuluculuk dili olacaktır. b. Tahkim dili..... olacaktır. c. Uyuşmazlığın esasına..... hukuku uygulanacaktır. d. Tahkim yeridır. e. Hakem sayısı dir.”³¹⁴*

- Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce, ICC)

“In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties shall first refer the dispute to proceedings under the ICC Mediation Rules. If the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within [45] days following the filing of a Request for Mediation or within such other period as the parties may agree in writing, such dispute shall thereafter be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules of Arbitration.”^{315 316}

³¹³ Örnek med arb klozu için bkz. Demirkol, a.g.e., s. 112.

³¹⁴ https://www.itotam.com/Dosyalar/2021/YENI_BASLIK_MED-ARB%20KURALLARI.pdf (27.12.2022)

³¹⁵ <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2014/12/Suggested-ICC-Mediation-clause-in-ENGLISH-1.pdf> (27.12.2022)

³¹⁶ Diğer kurumsal merkezlerin örnek tahkim klozları için bkz.

Amerikan Tahkim Derneği:

https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Drafting%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20A%20Practical%20Guide.pdf (27.12.2022)

CIARB: <https://www.ciarb.org/media/2612/contract-clause.pdf> (27.12.2022)

IV. MED-ARB YOLUNUN OLUMLU YÖNLERİ

A. Genel Olarak

Bilhassa ticari uyuşmazlıkların daha etkin ve verimli çözümünde devlet yargısına kıyasla alternatif uyuşmazlık çözümleri, pek çok açıdan daha avantajlıdır. Med-arb³¹⁷, alternatif uyuşmazlık çözümlerinden arabuluculuğun ve tahkimin oluşturduğu karma bir çözümdür. Buna dayanarak med-arb yolunun, arabuluculuk ve tahkimin olumlu yönlerini bünyesinde barındırdığını söyleyebiliriz ki karma alternatif uyuşmazlık çözümleri bu amaçla meydana getirilmektedir.

Med-arb, özellikle çözümü teknik bilgi gerektiren veya çok taraflı karmaşık uyuşmazlıklar bakımından elverişli bir yoldur. Devlet yargısı dışı, dostane bir uyuşmazlık çözümü olan med-arb, dostane çözümlere dair avantajlı hususlara niteliği gereği sahiptir. Bununla birlikte, med-arbın olumlu yönlerini şu başlıklar altında toplamamız mümkündür: Esneklik, zaman ve masraf açısından verimlilik, uzlaşmaya teşvik, tarafların sürece olumlu yaklaşımı (samimi ve iyiniyetli uzlaşma ortamı) ve kesinlik. Genel olarak,³¹⁸

- Med-arb sürecinin arabuluculuk aşaması, sürecin kontrolünü kaybetmeksizin uyuşmazlığı çözerken, diğer yandan direkt hasmane bir sürece girilmediğinden iş ve ilişkilere devam etmek için bir şans sunar.
- Med-arb sürecinin tahkim aşaması, arabuluculukta anlaşmazlık çözülemediğinde uyuşmazlığa düşen taraflarca ve tarafsız bir karar verici ile birlikte yürütülen bir süreçtir ve makul bir zaman sonunda net bir son nokta sağlanacağı konusunda belirlilik ve güven sağlar.
- Arabuluculukta geçirilen süre, arabulucunun hakem statüsüne geçtiğinde karar verebilmesi için dava konusu hakkında yeterli bilgiye sahip olmasını sağlar ve böylece tahkim yargılamasında boşa zaman harcanmamış olur. Hakem, davanın gerçeklerine aşina olduğundan uyuşmazlık daha hızlı çözülebilir. Bazen hakemlerin yine de daha fazla tanık veya belge niteliğinde delil toplamaya ihtiyacı olabilir ancak bu durumda tahkimde ekstra duruşma yapılmaması tercih edilebilir. Arabulucu olarak görev alan tarafsız üçüncü kişi, arabuluculuk sonunda ve tahkimin başında ihtiyaç duyacağı tüm bilgilere

³¹⁷ Bu bölüm içinde, bu ve bundan sonraki başlıklarda ele alacağımız med-arb modeli, med-arbın orijinal(saf) hali olarak kabul edilen *med-arb same* modeli olacaktır.

³¹⁸ Bkz. Elliot, a.g.m., s. 164; Özbek, a.g.m., s. 22.

direkt sahip olmasa bile oldukça çok şey bilmektedir ve keza karar vermek için tarafların çıkarlarını göz önünde bulundurulacağı geniş seçeneklere sahip olacaktır. Hatta arabulucu, taraflardan, resmi tahkim duruşmalarıyla elde edilecek olandan daha iyi bilgiler elde etmiş olabilir.³¹⁹ Bu sebeple taraflar kabul ederse, hakem, arabuluculukta halihazırda aydınlanmış bulunan vakıalara dayanarak bir hüküm verebilir.

- Tahkim aşamasında hakemlik yapacak olan arabulucunun tarafların güvenini sağlaması, sürecin tahkim aşamasında uyuşmazlık hakkında karar verebilecek nitelikte iyi bir aday olduğunun teminatıdır. Arabuluculukta herhangi bir anlaşmaya varılmazsa, tarafların potansiyel hakemlerin niteliklerini gözden geçirmesine gerek yoktur, çünkü aynı taraf uyuşmazlığa hakemlik edecektir. Taraflar hem arabuluculuk hem de tahkimde aynı tarafsız üçüncü kişiyi kullandıkları için, tahkim gerekli olursa, muhtemelen zaman kazanacaklardır çünkü tüm süreç genelinde iki yerine yalnızca bir tarafsız üçüncü kişi aramış olacaktır.

- Med-arb süreci nispeten daha az resmi ve şeklidir, genelde daha hızlıdır ve maliyetler makul masraflarla kontrol edilebilir.

- Med-arb, tüm ADR süreçleri arasında en esnek olanıdır.³²⁰ Bunun nedeni, sürecin arabuluculuktan tahkime, oradan da arabuluculuğa geri dönme fırsatı sunmasıdır.³²¹ Tahkim aşamasında bile hakem veya taraflar, kararının ayrı bir bölümü için arabuluculuğa (fiilen veya iletişim kurma anlamında) geri dönebilir.³²² Arabuluculuğun tüm sorunları çözemeyeceğinin tespiti halinde, taraflar, çözülen konular için kısmi bir anlaşma belgesi imzalayabilir ve uyuşmazlığın geri kalanını tahkime bırakabilir. Bu halde tahkim yolunda çözüme kavuşturulması beklenen konular daraltılmış olur. Kısmi anlaşma, tahkim sürecinden bağımsız olarak bağlayıcı olacaktır ve rızai(*consent*) karar olarak da nihai kararın bir parçası olabilir.³²³

³¹⁹ Bkz Dendorfer, a.g.m, s. 84.

³²⁰ Bkz. Blankenship, a.g.m., s. 12.

³²¹ Türk mevzuatında da bunun mümkün olduğunu söyleyebiliriz: TAEK m.5(6) “(...) arabulucu, gerekli ve uygun gördüğünde, taraflara uyuşmazlıklarını tahkim, tarafsız değerlendirme, danışmanlık veya diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözmeyi düşünmelerini önerebilir.”

³²² Ayrıca, arabulucu-hakem, olası veya adil bir çözüm olabileceğini düşündüğü veya tahkimin olası sonucuna dayalı olarak önerdiği geçici bir tavsiye görüşü verebilir. Bunun üzerine, taraflar son bir müzakere turu sırasında bir anlaşmaya varmaya daha yatkın olabilirler. Dendorfer, a.g.m., s. 85.

³²³ Dendorfer, a.g.m., s. 83.

Med-arb yolu, arabuluculuk aşamasında tam olarak anlaşmaya varıldığı takdirde veya sadece uzlaşmaya varılamayan az sayıdaki çekişmeli konular tahkim aşamasına bırakıldığı ölçüde verimli olur.³²⁴ Tarafların tahkim aşamasına geçmeden, ilk aşama olan arabuluculukta anlaşmaları büyük ölçüde verimlilik sağlarken, tahkime geçmiş olsalar bile bu sürecin tamamlanmasının daha masraflı ve uzun zaman alacağını ön gördüklerinde şanslarını tekrardan arabuluculukta deneyebilirler. Bu da tarafların arabuluculuk aşamasında anlaşmaya varmalarına yönelik önemli bir teşviktir.

Med-arb yolunda uzlaşmaya eğilimli bir atmosfer mevcuttur. Arabuluculuk yoluyla çözüme ulaşamayan taraflara bağlayıcı bir kararın dayatılacak olması ihtimali, tarafların arabuluculuk safında çözüme ulaşmalarına yardımcı olur. Farklı tarafsız üçüncü kişi huzurunda med-arb modellerindeyse tahkim daha uzak görüldüğü için aynı şekilde bir atmosfer mevcut olmayabilir. Öyle ki aynı arabulucu hakem olduğunda bağlayıcı bir kararın verileceği ve bu kararı da arabuluculuğu yürüten şahsın vereceği ortadadır. Bu da tarafları arabuluculuk aşamasında daha fazla uzlaşmaya teşvik sağlar çünkü taraflar, kabul edilebilir buldukları bir çözüm bulamazlarsa kendileri için bağlayıcı bir karar verileceğini bilirler. İlerde bağlayıcı karar verileceği ihtimali, gönüllü bir anlaşmaya varmaları için taraflar üzerinde hafif bir baskı da oluşturabilir. Daha önce de bahsettiğimiz gibi, tarafların uzlaşmaya varma yolundaki süreçte artı ve eksilerinin ortaya koyulması şeklinde belli ölçüde olan bu baskı, uzlaşmaya teşvik sağladığı için faydalıdır. Bazı görüşlere göre, “tahkim, arabuluculuğu çalıştıran motordur”; çünkü yargılama tehdidi, tarafları uzlaşmaya sevk eder. Tarafların, geleneksel tahkimde olduğu gibi arabulucu-hakemin kararının bağlayıcılığını kabul ettikleri bu etkiye "zorlayıcı arabuluculuk(*mediation with muscle*)" denir.³²⁵

Uyuşmazlığın tamamen veya kısmen arabuluculuk yoluyla çözülmesi muhtemel olduğundan, tarafların ticari ilişkilerinin med-arb süreci tamamlandıktan sonra devam etmesi daha olasıdır. Arabuluculuk sonunda varılan anlaşma, ilişkinin kısa süre içinde kaldığı yerden devam etmesini temin eder. Tarafların örneğin talep edilen tazminat konusunda karşılıklı olarak biraz fedakarlık yapmalarına ikna olup ticari ilişkilerini

³²⁴ Özbek, a.g.m., *Keşişim*, s. 21

³²⁵ Bkz. Jeremy Lack, a.g.m., s. 85; Karen L. Henry, “Med-Arb: An Alternative to Interest Arbitration in the Resolution of Contract Negotiation Disputes.”, *Ohio State Journal on Dispute Resolutions*, S.3, 1988, s. 390; Özbek, a.g.m.; s. 23.

koruyacakları ve böylece ticari olarak lehe olacak bir sonuç elde edebilecekleri bir çözümün benimsenmesini sağlayacaktır.³²⁶

Sürece katılanların med-arb sırasında birbirlerine klasik arabuluculuktan daha iyi davrandığı savunulmaktadır.³²⁷ Bunun bir nedeni muhtemelen potansiyel hakem ile ters düşmek istememeleridir. Diğer sebepler ise yukarda bahsedilen, ilerde verilme ihtimali olan bağlayıcı bir kararın hissettirdiği olumlu baskıdır. En nihayetinde taraflar için masadan kalktıklarında kazan-kazan ilişkisi sonucu verilmiş karar, bir tarafsız kişi tarafından verilmiş karara göre daha tatmin edicidir. Samimi ve iyiniyetli uzlaşma ortamı, tarafları uzlaşmak için daha çok çalışmaya motive etmektedir çünkü taraflar mümkün olduğunca tahkim yapmaktan kaçınma eğilimindedirler.³²⁸

Med-Arb, iki prosedürün birleştirilmesi sebebiyle arabuluculuğun çözüm üretme olasılığını artırır ve bunun yanında arabuluculukta herhangi bir anlaşmaya varılamasa bile tahkimde daha erken ve daha tatmin edici sonuçlara sebebiyet verir. Bu süreç, kısaca, tarafların hem arabuluculuk hem de tahkimin avantajlarından yararlanmasını sağlar ve ekstradan her iki sürecin de tek başına sunmadığı faydalar sunar. Kanaatimizce Med-Arb'ın temel avantajları, maliyet ve zaman açısından verimlilik ile birlikte hakemin, kararını, tarafların ilerdeki kişisel çıkarları ile objektif uygulanabilir hukuku birlikte dikkate aldıktan sonra vermesi konusunda tarafların büyük ölçüde psikolojik olarak tatmin olmasıdır.

Tahkimden önceki süreç sayesinde, taraflara, bağlayıcı bir kararla sonuçlanacak hasmane bir sürece girmeden önce sulhe³²⁹ varabilme imkanı tanınmıştır. Böylece, hem ortaya çıkan sonuç her iki tarafın kabul edebileceği bir sonuç olacaktır, hem kazan-kazan anlayışı ile bir çözüm bulunmuş olacak, hem bu çözüm her iki tarafın benimseyebileceği etkin bir çözüm olacak hem de taraflar tahkime gitmeden ve dolayısıyla tahkim yargılaması boyunca ortaya çıkacak gecikme ve masraflara katlanmadan sonuca ulaşmış

³²⁶ Demirkol, a.g.e., s. 72.

³²⁷ Gerald F. Phillips, “*Same-Neutral Med-Arb: What Does the Future Hold?*”, *Dispute Resolution Journal*, S. 60, 2005, s. 28.

³²⁸ Bu durumun en başından beri med-arb yolunu benimsemiş taraflar için daha uygun olduğunu söyleyebiliriz. Tarafların anlaşması sadece tahkim içeriyorsa, taraflar veya vekilleri hakeme med-arb önerebilir ve böylece daha verimli bir sürecin kapıları açabilir.

³²⁹ Arabuluculukta varılan sulh anlaşmalarının uygulanabilirliği hususundaki eksiklikler, Anlaşılın Şartlara İlişkin Tahkim Kararı (*Arbitral Award on Agreed Terms*) veya Rızai Karar (*Consent Award*) sayesinde giderilmeye çalışılmaktaysa da artık Singapur Sözleşmesi ile büyük ölçüde aşılmıştır.

olacaklardır.³³⁰ Med-Arb ayrıca, arabuluculuğun yaygın olarak sağladığı tüm avantajlara kendi başına sahiptir. Daha erken bir çözüm, daha az formalite, taraflara dinlenmiş hissi vermesi ve ilgili tüm taraflar için daha kabul edilebilir çözümlere ulaşma kapasitesine sahiptir. Böylelikle taraflar, mevcut sorunlara odaklanır ve yalnızca geçmiş olayları tartışmak yerine geleceğe yönelik menfaat temelli çözümler arayışına girerler.

Med-Arb ayrıca, taraflarca çözüme ulaşılamasa dahi anlaşmazlığın daha hızlı çözülmesi için birtakım araçlar sağlayacak bir yoldur. Kısacası, anlaşmazlık şu ya da bu şekilde çözülecektir. Uyuşmazlık tahkim aşamasına taşınmış olsa bile arabulucu-hakem, davayı ayrıntılı olarak bildiğinden kararını verirken tarafların konumlarını, dayandıkları argümanların gücünü daha iyi değerlendirebilir. Bu da hem uyuşmazlığın çabuk çözülmesi hem de etkin bir çözüme kavuşturulmasını sağlar. Ayrıca uyuşmazlık tahkim fazında çözülmüş olsa da doğrudan uygulanabilir bir karar olan hakem kararı verilecek olması bu yolun bir diğer artısı olarak sayılabilir.

B. Arabuluculuğa Göre Avantajları

Med-arbta uyuşmazlığa aşına olan bir tarafsız üçüncü kişi tarafından yürütülecek bağlayıcı ve nispeten daha kısa olan bir tahkim yargılaması, uzlaşma sağlanamayan bir arabuluculuğu takip edeceğinden, taraflar genellikle uyuşmazlığı çözenin ne kadar süreceği veya arabuluculuğun başarılı olmaması durumunda ne kadara mal olacağı konusunda endişelenmeyeceklerdir. Bu durum, med-arbı saf arabuluculuktan ayırır. Hatta burada arabulucu, arabuluculuk sırasında tarafları uzlaşmaya teşvik etmek için, uyuşmazlığın dava veya tahkim yoluyla çözülmesinin ne kadar süreceğini ve bu süreçlerde masraf hususunda doğabilecek sıkıntıları ortaya koyabilir.

Singapur Sözleşmesiyle büyük ölçüde aşılmış olmakla birlikte, arabuluculuğun en belirgin zafiyeti, bağlayıcı ve belirleyici nihai karar verme gücünden mahrum olmasıdır.³³¹ Med-Arb, arabulucunun nihai ve bağlayıcı bir çözüm oluşturma konusundaki resmi otoritesinin eksikliğini gidermeye yönelik bir süreç olarak tanımlandı.³³² Kesinlik(nihai ve bağlayıcı bir karar alınması), diğer birçok avantajının varlığına zemin

³³⁰ Demirkol, a.g.e., s. 72.

³³¹ Özbek, a.g.m., s. 22.

³³² Papas, a.g.m., s. 168.

oluşturan, belki de med-arbın en cezbedici özelliğidir. Bilindiği gibi arabulucu tarafları uzlaşmaya teşvik eder, uzlaşmayı kolaylaştırıcı bir rol üstlenir ancak tarafları zorlama veya bağlayıcı bir karar verme yetkisi yoktur. Buna karşılık med-arbta arabulucu-hakem, arabuluculukta anlaşmaya varılamayan her konu hakkında süreç sonunda bağlayıcı bir karar verme yetkisine sahiptir. Nitekim yukarıda bahsedildiği gibi buna gerek kalmamakta; çünkü taraflar, bağlayıcı kararın geleceği düşüncesiyle arabuluculukta anlaşmaya varmaya daha motive olmuş durumdadır. Bu da med-arbın arabuluculuk aşamasının saf arabuluculuğa kıyasla başka bir önemli artısıdır.

Nihai sonuç, med-arb yolunun ister arabuluculuk aşamasında ister tahkim aşamasında ortaya çıksın, varılan anlaşma veya karar her türlü bağlayıcı, kesin ve icra edilebilir olacağından; med-arb, arabuluculuğun temel bir zayıflığını etkili şekilde bertaraf etmektedir.³³³ Bu husus bazen sulh anlaşmasının hakem kararı olarak veya hakemlerce rızai karar şeklinde verilmesi, bazen de arabuluculuk sonunda varılan sulh anlaşmasının Singapur Sözleşmesi uyarınca icra edilebilirlik kazanmasıyla mümkün hale gelir.

Med-arbın saf arabuluculuktan bir diğer farkı, uyuşmazlık çözümünü terk etme hususundadır. Bilindiği gibi taraflar istediği zaman arabuluculuktan çekilebilirken, med-arb kararlaştırılmış taraflar, arabuluculuk aşamasından vazgeçtiklerinde uyuşmazlığa konu hususları tahkime taşımak zorundadır. Ancak burada dahi med-arb yolunun masraf ve zamandan tasarruf sağladığını görmekteyiz. Çünkü tahkime yönlendirilmiş konular, arabuluculukta çözüme kavuşturulamasa bile arabulucu-hakem tarafından önceden müzakere edilmiş olacağından daraltılabilecek ve daha hızlı karar alınabilecektir.

C. Tahkime Göre Avantajları

Med-arb yolunun tahkim aşaması, saf tahkimin eleştirildiği bazı konulardan sıyrılmıştır. Örneğin; tahkimin genelde yavaş işlemesi, daha masraflı ve daha şekilci olması. Tahkimin yargısal karakterini taşımayan med-arbta; masraflar azaltıldığı gibi, çekişmeli konunun sayısına bağlı olarak uyuşmazlıklar genellikle bir ila yedi gün arasında

³³³ Dendorfer, a.g.m., s. 85.

değişen bir sürede çözülmektedir.³³⁴ Tahmin edileceği üzere, tahkime başvuru ile başlayan normal bir tahkim süreci, dava ve savunmanın ilk kez ortaya koyulacak olması sebebiyle, önceden müzakere edilmiş konular üzerinden devam eden med-arbın tahkim fazından daha uzun zamana yayılır.

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, prosedür olarak med-arb yolu tahkimden daha az formal ve daha az şeklidir. Med-arbı savunan görüşler, bu süreçteki arabuluculuğun daha az resmi ve daha az şekli olmasının artısını çoğunlukla tahkimi aşılamanın bir yolu olarak hibrit sürecin kullanımıyla teşvik etmektedir. Örneğin, bu süreçteki arabuluculukta taraflar, dava ve çözüm olanakları hakkında daha az şekle bağlı(planlanmış) ve daha az resmi görüşmeler yapabilirler.³³⁵ Med-arb yolunda kayıt ve tutanak tutulmaz, tarafların ilgili gördüğü tüm meseleler müzakereye ve gerektiğinde hüküm altına alınmaya açıktır.³³⁶ Böylece arabuluculuk süreci, yalnızca resmi şekilde kanıt olarak sunulan sorunları ele alan tahkim kararlarının aksine, temeldeki sorunların çözümüne izin verir.

Tahkim, med-arb yoluna göre daha mücadelecidir. Med-arbta bu tutum oldukça azaltılmıştır ve görüşmeler daha samimi ve dostane bir uzlaşma ortamında gerçekleşir. Med-arb görüşmeleri sırasında, teklifler ve karşı teklifler aracılığıyla taraflar birbirine yaklaştırılır; böylece bir uyuşmazlık tahkime giderse, davaya konu talepler arasındaki fark genelde minimum düzeye indirilmiş durumdadır. Böylece bu kapsamda, tahkimin çekişmeli doğasının önemli ölçüde azaldığı ve duruşmaların geleneksel müzakerelere daha çok benzediği söylenebilir.³³⁷

Son olarak, arabulucu-hakem taraflardan birinin delillerini, (tahkime gitmeleri durumunda hazırladığı) incelemek ve taleplerinin isabetini değerlendirmek için kenara çekebilir. Şayet taraflardan birinin davasını ve taleplerini dürüst ortaya koymadığını tespit ederse, dava konusu hakkında hakem olarak karar verebilir ve muhtemelen karşı tarafın talebini geçerli görecektir. Sonuç olarak taraflar dürüst davranmak durumdadırlar ve bu da müzakerelerde talepleri neredeyse aynı seviyeye getirir. Böylece, arabulucu-hakem iki tarafın çıkarlarını gözeterek buna uygun bir karara hükmedecektir.³³⁸

³³⁴ Henry, a.g.m., s. 393.

³³⁵ Bkz. Papas, a.g.m., s. 168.

³³⁶ Özbek, a.g.m., s. 29.

³³⁷ Henry, a.g.m., s. 394.

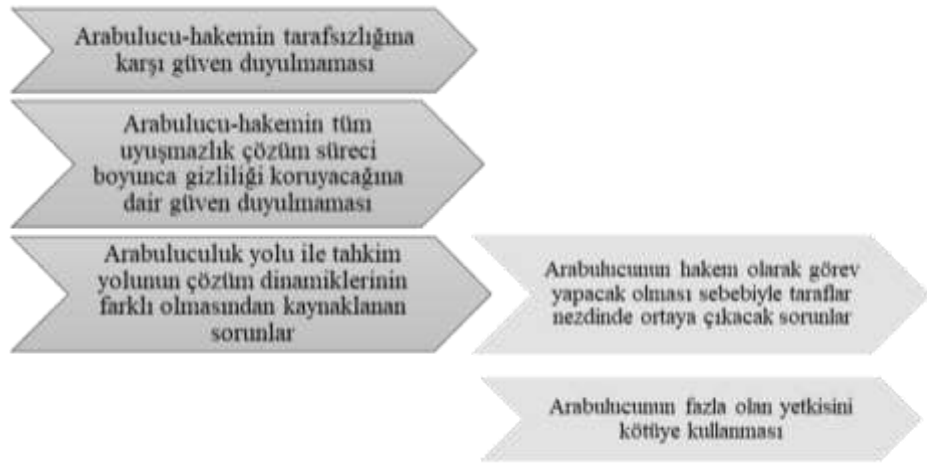
³³⁸ Konu hakkında detaylı bilgi için Henry, a.g.m., 394, Özbek, a.g.m., s. 29.

V. MED-ARB YOLUNUN SAKINCALARI

Med-arb konusunun en önemli noktası şüphesiz bu yol için yapılan eleştirilerdir. Öyle ki öne sürülen olumsuz eleştirilere karşı getirilecek olan çözümler eleştirileri giderdiği ölçüde med-arb, dünya toplumunda bilinecek ve kabul görecektir. Alternatif uyuşmazlık çözümleri ve bunlar içinde med-arb, var olan bu tartışmalar sayesinde geliştirilmekte ve nihayetinde uygulaması da yaygınlaşmaya devam etmektedir.

Med-arb yoluna karşı ileri sürülen eleştiriler, aynı kişinin hem müzakereleri kolaylaştırıcı rol oynayıp hem de uyuşmazlığın esası hakkında hüküm verici işlev üstlenmesinde toplanmaktadır.³³⁹ Arabulucunun, hakem olarak görev yapmasının sebep olduğu bu riskler aşağıda üç ana başlık altında verilecektir. Ancak bu risklerin esasen birbirleriyle oldukça bağlantılı olduğunu söyleyebiliriz.

Tablo 14: Med-Arb Yolunun Sakıncaları



Aşağıda bu sorunlar ele alınacak ve bunlara yönelik çözüm önerilerine yer verilecektir.

³³⁹ Özbek, a.g.m., s. 33.

A. Arabulucunun Hakem Olarak Görev Yapması

Bir kişinin hakem ve arabulucu rolleri arasında geçiş yapması, tahkim ve ADR camiasında devam eden bir tartışmaya mahal vermektedir. Med-arba dair yukarıda gösterilen riskler, temelde üç büyük tarafsızlık sorununa yol açar. Birincisi med-arbta tarafsız üçüncü kişinin, arabulucu-hakem olarak hareket etmesinin arabuluculuk yapmasını zorlaştırarak arabulucunun tarafsızlığına zarar vermesidir. İkincisi, tarafsız üçüncü kişinin arabulucu olarak hareket etmesi hakemin tarafsızlığına zarar verir; çünkü arabuluculuk sırasında öğrenilen bilgiler tarafsız üçüncü kişinin tahkim kararı verilmesindeki tarafsızlığını olumsuz etkileyebilir ve gizlilik konusunda endişeler doğabilir. Üçüncü tarafsızlık sorunu ise tarafların tüm bu sorunlardan kaçınmaya çalıştıklarında ortaya çıkar ki bu da arabulucu-hakemin taraflara tahkimden önce uzlaşmaları için baskı yapmasına sebep olabilir.³⁴⁰

Arabulucu-hakem aynı zamanda bir karar verici olduğu için, taraflar, menfaatlerinin nasıl etkileneceğinden şüphe duymaları sebebiyle, arabuluculuk aşamasında yeterince açık davranmayabilirler.³⁴¹ Yukarıda bahsedildiği gibi, bunun temelindeki sebeplerden biri olarak tarafların, arabulucunun tarafsızlığından endişe ediyor olmaları yatar. Çünkü ileride hakemlik yapacak olan arabulucunun sahip olacağı bilgiler ve izlenimler arabulucunun tarafsız bir hakem olarak yargılama yapmasını engelleyebilir.³⁴² Taraflar potansiyel olarak kendilerini haksız gösterebilecek bilgileri veya altta yatan sorunları paylaşmak yerine, her bir taraf kendisinin ne kadar iyi ve haklı olduğunu kanıtlamaya veya karşı tarafın kötü yönlerini göstermeye odaklanabilirler. Bu durum da tarafları anlaşma zemininden uzaklaştırır.

Bunun dışında bir arabuluculuk sürecinde söz gelimi taraflar talep ettiklerinden daha az bir sonuca razı olmuşlar ise bunu arabuluculuk aşamasında arabulucu-hakem ile paylaşmaktan imtina edebilirler. Çünkü taraflar, saf arabuluculukta sulhe varabilmek için taleplerinden belli ölçülerde fedakarlık yapıp ortak bir noktada buluşmayı seçerler. Bu da arabuluculuk aşamasında tarafların sonuç itibariyle daha aza kanaat getirmesi anlamına gelebilir. İşte bu noktada hakemin(eski arabulucunun), esas hakkında karar verirken

³⁴⁰ Bkz. Papas, a.g.m., s. 178.

³⁴¹ Özbek, a.g.m., s. 30; Telford, a.g.m., s. 4.

³⁴² Gökyayla, a.g.m., s. 595; Papas, a.g.m. s. 179.

tarafkların anlaşmaya varılamayan arabuluculuk aşamasında son razı olduğu talepleri bilmesi, kararını bu yönde etkileyebilir. Örneğın; halihazırda tahkim yargılamasında talep ettiğı tazminat miktarının yarısında anlaşmayı kabul ettiğini daha önceden arabuluculukta söylemiş olan davacı, dosya kapsamında davasını hukuki olarak temellendirip ispatlamış ve tazminatın tamamına hak kazanmış olsa bile hakem, tazminatın tamamına hükmederken çekimser davranabilir. Hatta bazen hakem önyargılı veya çekimser davranmasa dahi, taraflar nezdinde bazı soru işaretleri doğabilir. Örneğın yukarda verilen örnekte hakemin objektif kanaati gereğı (ve dosyanın imkan vermesi halinde) tazminatın yarısına hükmettiğı bir durumda, bu kez de kararın adilliğı konusunda endişeler doğabilecektir.

Med-arb sürecindeki arabulucu-hakem de tıpkı hakemler veya hakimler gibi tarafsız olmalıdır.³⁴³ Ancak belirtmelidir ki bu durum tarafsız üçüncü kişi(arabulucu-hakem) açısından o kadar kolay değildir. Zira vakıf olduğu bilgilerden psikolojik olarak etkilenmesinin yanı sıra tarafsız üçüncü kişinin tarafsızlığı, arabuluculuk aşamasında baskı altındadır; çünkü taraflar hem olası kararı etkileme hem de bu kararın ne olabileceğini belirleme ve anlaşmanın ne kadar çözüm sağlayıp sağlamayacağını test etme fırsatını yakalarlar.³⁴⁴ Örneğın arabuluculuk aşamasında ileride hakem olacak arabulucunun, tarafın tazminat talebindeki tutarı fahiş bulması, tahkim yargılamasında vereceğı karar için bir ipucu oluşturacak ve taraf da buna göre hareket edebilecektir. Aynı zamanda hakemin yaptığı bu yorumun hakem kararının tarafsızlığına da gölge düşürdüğünü söyleyebiliriz.

Her ne kadar birtakım zorlukları olsa da mümkün olduğunca, arabulucu-hakem, tarafları uzlaşmaya teşvik ve ikna ederken tarafsızlığını, tarafların kendisine olan saygısını ve güvenini sürdürmeye devam etmelidir.³⁴⁵ Hakemin tarafsızlığını koruması ile alakalı olarak, çalışmanın bu bölümünde, uyuşmazlık çözüm sürecine katılmış bir üçüncü kişinin tarafsızlığı ile ilgili düzenlenmelere bakmakta fayda vardır. Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkelerinin³⁴⁶ 2(a), 4(a) ve 4(d) maddeleri şu şekildedir:

³⁴³ Bkz. TAEK madde 3

³⁴⁴ Papas, a.g.m., s. 179.

³⁴⁵ Bartel, a.g.m., s. 688.

³⁴⁶ <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=c3bc124c-52c8-4e2e-8145-07f7aca7b135> (29.12.2022)

“(2) Menfaat Çatışması

(a) Hakem, tarafsızlığını veya bağımsızlığını şüpheye düşürecek bir durumun mevcut olması halinde, kendisine teklif edilen hakemlik görevini reddetmeli ya da tahkim yargılaması başlamışsa görevinden çekilmelidir.”

“(4) Tarafların Feragati

(a) Hakem tarafından yapılan beyanın kendisine ulaştığı andan itibaren ya da hakem hakkında muhtemel menfaat çatışması oluşturabilecek hal veya koşulları haricen öğrenmesinden itibaren, 30 gün içerisinde hakem aleyhinde açık bir itirazda bulunmayan taraf, işbu Genel Standardın (b) ve (c) fıkraları hariç olmak üzere, ilgili hal veya koşullardan kaynaklanan muhtemel menfaat çatışmasına itiraz hakkından feragat etmiş sayılır ve daha sonraki süreçte aynı hal veya koşullara dayalı herhangi bir itirazda bulunamaz.

(...)

(d) Hakem, yargılamanın herhangi bir aşamasında uzlaşma, arabuluculuk veya başka yollarla, taraflara uyumsuzluğun çözüme ulaşması hususunda yardımcı olabilir. Ancak hakem, bu yollardan birine başvurmadan önce, bu şekilde davranmasının hakemlik yetkisini ortadan kaldırmayacağına dair taraflardan açık muvafakat almış olmalıdır. Bu muvafakatname, hakemin ilgili sürece katılmasından veya hakemin bu süreçte öğreneceği bilgilerden kaynaklı muhtemel menfaat çatışmalarını kapsayan geçerli bir feragat olarak kabul edilir. Hakemin süreçteki yardımının uyumsuzluğun nihai olarak sulh yoluyla sonuçlanmasını sağlayamaması halinde, taraflar feragat beyanı ile bağlıdır. Bununla birlikte, Genel Standart 2(a) uyarınca ve söz konusu anlaşmaya rağmen hakem, uyumsuzluk çözüm sürecine katılması nedeniyle tahkimin ilerleyen aşamalarında tarafsız veya bağımsız davranamayacağından şüphe ediyorsa, görevden çekilmelidir.”

Amerikan Tahkim Birliği, Amerikan Barolar Birliği ve Uyuşmazlık Çözüm Birliğinin ortaklaşa düzenlediği ilkeler³⁴⁷ de bu konuda arabulucu için paralel hükümler içermektedir.³⁴⁸

“Standart II. Tarafsızlık

- A. Arabulucu, eğer tarafsız bir şekilde yürütemediği takdirde, arabuluculuğu reddetmelidir. Tarafsızlık, ayrıcalık gözetmekten, önyargı veya peşin hükümden bağımsızlık anlamına gelmektedir.
- B. Arabulucu, arabuluculuğu tarafsız bir şekilde yürütecek ve tarafgirlik görüntüsü veren davranışlardan kaçınacaktır.
- (...)
- C. Bir arabulucu tarafsız bir şekilde arabuluculuk yapamazsa, arabulucu geri çekilecektir.”

“Standart IV Sürecin Niteliği

- (...)
8. Bir arabulucu, tarafların rızası olmadan aynı konuda ek bir uyuşmazlık çözümü rolü üstlenemez. Bir arabulucu, bu tür bir hizmeti sunmadan önce, tarafları süreçteki değişikliğin sonuçları hakkında bilgilendirecek ve değişiklik için onaylarını alacaktır.”

Son olarak Türkiye Arabulucular Etik Kurallarının ilgili hükümlerinin de uluslararası kurullarla paralel olduğunu görmekteyiz:

“Eşitliği Gözetme Yükümlülüğu

Madde 1- (1) Arabulucu, süreç boyunca taraflara eşit davranma ve onların gereksinimleri doğrultusunda adil olma ilkelerini gözetmekle yükümlüdür.”

³⁴⁷ Arabulucular için Model Etik Kurallar (*Model Standards of Conduct for Mediators*) orijinal tam metni için https://adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA-Mediators-Model-Standards-of-Conduct-10-14-2010.pdf (29.12.2022)

³⁴⁸ Türkçeye çevrilmiştir.

“Tarafsızlık

Madde 3- (1) Tarafsızlık, arabulucunun taraf tutmamasını ve taraflar hakkında önyargılı olmamasını kapsar.

(...)

(4) Arabulucu, arabuluculuğu tarafsız bir şekilde yönetemeyecek ise arabulucu olma teklifini reddetmeli ve hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir.”

“Menfaat İlişkisi veya Çatışması

Madde 4- (1) Arabulucu ile taraflar arasında herhangi bir menfaat ilişkisi veya çatışması bulunmamalıdır. Arabulucu, taraflar ile arasında menfaat ilişkisi veya çatışması bulunduğu görünümü vermekten kaçınmalıdır.

(...)

(5) Arabulucu ile taraflar arasındaki doğmuş veya doğabilecek menfaat ilişkisi veya çatışması, arabulucunun tarafsızlığına ve arabuluculuk sürecine açıkça zarar verecek nitelikteyse; arabulucu, tarafların aksi yöndeki talepleri ve anlaşmasına bakılmaksızın, arabuluculuk teklifini reddetmeli ve hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir.”

Hemen hemen verilen tüm kurallarda yer aldığı gibi tarafsızlığın korunamayacağı endişesi olan durumlarda, üçüncü kişinin çekilmesinden önce yapılacak olan bilgilendirilmiş onay veya taraflarca feragat, sürecin düzgün şekilde işlenmesi adına güvenilir yollar olabilir. Elbette bu, hakemin tarafsızlık ilkesinin ihlaline karşı yüzde yüz koruma sağlayacağı anlamına gelmez. Med-arbın niteliği gereği arabulucunun hakem olmasının yarattığı sakıncalar varlığını sürdürmeye devam edebilir. Ancak tarafların, arabulucunun hakem olmasına rıza göstermeleri, tarafların arabulucunun hakem olmasının yarattığı risklerin farkında olmalarını gerektirmektedir ki tarafların bu konuda yeterince bilgili ve bilinçli olmaları her zaman mümkün olmayabilir.³⁴⁹ Öyleyse tarafların birtakım çözümlerle tehlikelerinin en aza indirildiği ve kendi kaderini tayin hakkını kullanabildikleri med-arb yolunu seçmelerinin, anılan risklere rağmen önemli avantajların daha ağır basıyor olmasından ileri geldiğini söyleyebiliriz.

³⁴⁹ Gökyayla, a.g.m., s. 597.

Diğer bir sorun da bir arabulucunun sonradan hakem olarak atanacak olmasının, arabulucuyu, tarafları kendi önerisinin makul olduğuna ikna etmek ve deyim yerindeyse tarafların sempatisini kazanmak için önemli bir zaman harcamaya zorlayacak olmasıdır. Çünkü bu ihtimalde taraflar, arabuluculuğu olası tahkim için adeta bir hazırlık olarak kullanabilmektedir ki bu sebeple arabuluculukta anlaşılabilirliği tahkime varması daha olası hale gelmektedir.

Belirttiğimiz gibi farklı başlıklar altında açıklanacak olsa da med-arb ile ilgili sorunların temeli, arabulucunun hakem olarak görev yapmasından ileri geldiğinden bundan sonra yapacağımız açıklamalar da bu başlıkla yakın bağlantı içerisindedir.

B. Gizlilik ve Belgeler

Tarafların arabuluculuk aşamasında bilgi paylaşımında yeterince açık sözlü ve samimi davranmamasının bir diğer sebebi gizliliğin korunmayacağından duyulan endişedir. Yani bilgi paylaşımı konusundaki sorun, sadece geniş anlamda arabulucu ile açıkça iletişim kurma anlamında değil, tarafların birtakım özel bilgi ve belgeleri vermekten kaçınmaları için de söylenebilir. Tarafların sadece arabulucunun tarafsızlığına güvenmesi yeterli olmayıp hem müşterek hem de ayrı ayrı gerçekleştirilen özel toplantılarda arabulucu-hakeme yaptıkları açıklamaların gizli kalacağından ve uyuşmazlık tahkim yargılamasına havale edildiğinde delil olarak kullanılamayacağından emin olmaları gerekir.³⁵⁰ Saf arabuluculuk, tarafları işbirlikçi olmaya ve tahkim veya dava sürecinde nasıl kullanılabileceğinden korkmadan bilgi paylaşmaya teşvik ederken, med-arb tarafları açıklamaları konusunda pozisyon odaklı, rekabetçi ve stratejik olmaya teşvik edebilir. Bu sebeple med-arb'ın arabuluculuk aşamasında taraflar; aleyhlerine delil olabilecek, karşı tarafın bilmesini istemedikleri, verdikleri bilginin nihayetinde davalarını zayıflatabileceği veya en azından tahkim yargılaması için hakem nezdinde olumsuz etki bırakabilecek bilgi ve belgeleri paylaşmamayı tercih edebilirler.

Ancak yine de taraflardan birinin, gizli bir bilgiyi karşı tarafla değilse de arabulucu-hakemle paylaşması söz konusu olabilir. Hatta birebir görüşmede bir taraf, arabulucuyla daha sonraki bir yargılamada kabulü mümkün olmayan (*admissible*) veya

³⁵⁰ Özbek, a.g.m., s. 32.

tarafsız üçüncü kişinin kararını etkilemeye yönelik gerçeğe aykırı olan şeyler de paylaşabilir. Sözkonusu durumlarda bu kez de arabulucuya verilen bilgilerden bihaber olan karşı taraf açısından birtakım sorunlar doğabilmektedir. Arabulucu, özel toplantılarda tarafların gizli bilgilerini öğrenecek ve hasım taraf, diğer tarafın verdiği gizli bilgiyi bilmeyeceğinden tahkim yargılamasında bunu çürütme imkanına sahip olmayacaktır.³⁵¹ Bilindiği üzere saf tahkimde hakem ile *ex parte* bir iletişim olmayacaktır, ancak med-arb usulünde arabulucu-hakem ile taraflardan biri arasında gizli ve taraf kabul etmedikçe karşı tarafla paylaşılabilen özel görüşmeler mümkün olabilir.³⁵² Bu durumun adil yargılanma hakkını zedelediğini savunan görüşler mevcuttur. İşte bu noktada, sıkıntının önüne geçilmesi adına med-arb sürecinde arabulucu-hakemin tarafla birebir görüşmeler yapmasını yasaklayan usul kuralları benimsenebilir. Böylece karşı tarafın bilmediği ve çürütemeyeceği bir bilgiye arabulucu-hakem de sahip olmayacaktır.

Bunlara karşılık özel görüşmeleri bir risk olarak görmeyip deneyimli arabulucu-hakemlerce sürecin sorunsuz ve adil yürütülebileceğini savunan görüşler de mevcuttur.³⁵³ Bu görüşe göre, arabulucu-hakem, hiç arabuluculuk süreci yaşanmamışçasına tahkim yargılamasını sürdürürse (ki yapılması gerekenin bu olduğu savunulur) gizli bilgilerin öğrenilmesi herhangi bir risk yaratmaz. Görüşe dayanak olarak ABD’de hakimlerin bilgi sahibi olduğu bir delilin davada taraflarca delil olarak kullanılmasına izin verilmediğinde hakimlerin delili öğrenmelerine rağmen göz ardı edebildikleri gösterilmiştir.³⁵⁴

Arabulucu-hakemin taraflarla özel görüşmeler yaptığı med-arb süreçlerinde doğabilecek sorunlara başka bir çözüm, yukarıda bahsedilen Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkelerine göre getirilebilir. Buna göre sürecin en başında hakem, tarafsızlığını veya bağımsızlığını şüpheye düşürecek bir durumun mevcut olması halinde, kendisine teklif edilen hakemlik görevini reddetmeli ya da tahkim yargılaması başlamışsa görevinden çekilmelidir. Süreç devam ederken ise hakemler, gelecekteki tahkim yargılamasında tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda şüpheler

³⁵¹ Özbeke, a.g.m., s. 35; Telford, a.g.m., s. 4.

³⁵² Bkz. Phillips, a.g.m., s. 60.

³⁵³ Gökyayla, a.g.m., s. 597. Ayrıca bkz. Mark Batson Baril and Donald Dickey, “MED-ARB: The Best of Both Worlds or Just A Limited ADR Option?”, <https://www2.mediate.com/pdf/V2%20MED-ARB%20The%20Best%20of%20Both%20Worlds%20or%20Just%20a%20Limited%20ADR%20Option.pdf> (Erişim Tarihi 09/09/2021); Martin C. Weisman, “Med –Arb: The Best of Both Worlds”, *Dispute Resolution Magazine*, S.19, 2013, ss. 40-41.

³⁵⁴ Gökyayla, a.g.m., s. 597. Ayrıca bkz. Weisman, a.g.m., s. 41; Telford, a.g.m., s. 4.

oluşursa istifa etmelidir.³⁵⁵ Bu durumda ya arabulucu, hakemlik görevini almayacak ya da almışsa sonradan arabulucu-hakemin tarafsızlığından şüphelenen taraf, itiraz edebilecek veya onu istifaya davet edebilecektir.³⁵⁶

Belgeler ve beyanlar dışında yargılamadaki diğer delillere dair birtakım hususlar da med-arb süreci açısından önem taşımaktadır. Arabuluculuk sürecindeki ikrarların tahkim yargılamasında delil olarak kullanılamaması güvencesinin yanında, med-arb sürecine farklı bir hakemle devam edilse dahi (aynı kişinin hakem olması durumunda zaten o kişi tahkimde tanıklık yapamayacaktır), önceki sürecin arabulucusunun tanıklıktan çekinme hakkını haiz olmasından tarafların emin olmaları gerekir.³⁵⁷ Anlaşılacağı üzere burada da taraflar, gizlilik ve tarafsızlık adına böyle bir haklı beklentiye girmektedirler. Aksi takdirde bu durum hem arabuluculuk sürecinin hem de sonrasında tahkimin verimliliğini ve dinamiğini bütünüyle değiştirebilir.

Görüldüğü gibi, aynı tarafsız üçüncü kişinin iki ayrı çözüm sürecinde rol alması pek çok açıdan avantajlı olduğu gibi, etik olarak bazı sorunları da gündeme getirebilmektedir. Çünkü önceki bölümlerde bahsedildiği gibi arabuluculuk ile tahkim yolunun süreçleri ve çözüm dinamikleri birbirinden farklıdır. Şöyle ki; hakemler çekişmeli konular için belli kurallar çerçevesinde duruşmalar yürütür, delilleri inceler ve bağlayıcı bir karara varır. Öte yandan, bir arabulucu, tarafların temel menfaatlerini ve ihtiyaçlarını ortaya çıkarmak için taraflarla kendine özgü bir iletişim kurar. Med-arb sürecindeki en önemli sakıncalardan biri olan belgelerin paylaşımındaki tereddüdü giderecek olan çözümlerden biri hem arabuluculuk hem de hakemliği layığıyla yapabilecek bir tarafsız üçüncü kişi seçimidir. Hassas davranacak olan arabulucu-hakemin, tıpkı devlet yargısındaki “hukuka uygun (caiz) deliller” hususu gibi, arabuluculuk sürecinde öğrendiği bilgileri bu şekilde ayıklaması ve lekelenmemiş bir karar vermesi mümkündür.

³⁵⁵ Genel Standart 4(d) maddesi. Tüm metin için bkz. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=c3bc124c-52c8-4e2e-8145-07f7aca7b135> (22.10.2021)

³⁵⁶ Bunun yanında, sadece gizlilik ve belgeler konusunda değil, aynı zamanda med-arb (same) yolunun tüm sakıncaları açısından; arabuluculuk ve tahkim aşamalarında farklı tarafsız üçüncü kişilerin görev almasını veya arb-med usulü gibi diğer yolların benimsenmesini de çözüm olarak ekleyebiliriz.

³⁵⁷ Bkz Özbek, a.g.e., 2009, ss. 611-622.

C. Tarafların İstemedikleri Sulhe Zorlanmaları

Med-arb sürecine giren taraflar hasmane bir sürece gireceklerinin verdiği gerginlikle uyuşmazlığı sonlandırma endişesi yaşayabilirler. Med-arb'ın arabuluculuk aşamasında tarafların karar verme gücünü ellerinde tutmaları beklenirken, bir anlaşmaya varamazlarsa arabulucu-hakemin karar verecek olması sebebiyle tarafların kendi kaderini tayin hakları sınırlanabilir. Bu da tarafların gerçek anlamda arzu etmedikleri bir çözümü kabul etmek zorunda kalmaları riskini doğurur. Arabulucu-hakem kasıtlı veya kasıtsız olarak tarafların anlaşmaya varması için bu baskıyı kullanabilir.³⁵⁸ Med-arb ile arabuluculuğun karşılaştırıldığı araştırmalarda, araştırmacılar bazı arabulucu-hakemlerin sadece birkaç dakikalık arabuluculuktan sonra belirli bir çözüm için baskı yaptığını ve tarafların arabulucunun önerilerine uyma konusunda endişeli göründüklerini bulmuşlardır.³⁵⁹

Örneğin; taraflardan biri bir med-arb sürecinin arabuluculuk aşamasında karşı taraftan 100 bin TL talep ediyor olsun. Bunun üzerine, diğer taraf ancak 80 bin ödemeye hazır olduğunu belirtsin. Arabulucu ise tarafları 90 bin TL üzerinde anlaşmaya teşvik etsin. Bu durumda taraf, kendi menfaatiyle tam olarak örtüşmese de arabulucu-hakemin bu teklifini veya bu miktardan daha fazlasını daha sonra yapılacak tahkim davasında hakem kararı olarak verebileceğinden bahisle teklifi kabul etmek durumunda kalabilir.

Açıklanan hususun bir diğer boyutu şu şekilde karşımıza çıkabilir. Bu, tarafların süreçten memnun olmadıklarında süreci kolayca sonlandıramamaları riskidir. Med-arb'ta taraflar, kendi anlaşmalarına varılamazlarsa sürecin sonraki aşamasında arabulucu-hakemin kendileri hakkında bir karar empoze edebileceğini kabul etmiş durumdadırlar. Saf arabuluculukta, başka herhangi bir sürece halel getirmeksizin süreci sonlandırma iktidarı, bir emniyet supabı görevi görür.³⁶⁰ Taraflar, arabulucunun önyargılı, yetersiz veya profesyonel olmadığını düşünürlerse arabuluculuğu kolayca sonlandırabilirler. Ancak med-arb'ta, örneğin taraflar arabulucu hakkında tarafsızlık iddiası sebebiyle arabuluculuk aşamasını sona erdirmek isterler ve ancak bunu kanıtlayamazlarsa, arabulucu-hakemin tahkim aşamasında taraflara karşı önyargılı olabileceğini

³⁵⁸ Blankenship, a.g.m., s. 20.

³⁵⁹ Telford, a.g.m., s.11.

³⁶⁰ Alan Barsky, "Med-Arb": Behind the Closed Doors of a Hybrid Process", *Family Court Review*, S. 51, C. 4, 2013, s. 644

düşünebilirler. Diğer yandan bu tarafsızlık iddiasını arabulucunun hakemlik görevi aldığından sonra ileri sürerlerse bu durum hakem kararının iptali davasına kadar sonuç doğurabilir. Nihayet bu eylemlerin maliyeti ve belirsiz sonuçları göz önüne alındığında, taraflar, sorunları dile getirmenin sessiz kalmaktan daha riskli olacağı konusunda endişe duyabilirler.

VI. MED-ARBA ÖZGÜ SORUNLARA GETİRİLEN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Med-arb'a özgü sorunlar büyük çoğunlukla aynı tarafsız üçüncü kişinin süreçte iki ayrı rol almasından kaynaklanmaktadır. Arabuluculuk ve tahkim dostane çözümler olsa da süreçlerin işleyişi birbirlerinden tamamen farklıdır. Bu sebeple öncelikle arabulucu-hakemler, potansiyel faydalar ve riskleri de dahil olmak üzere, süreçlerin doğasını taraflara en şeffaf şekilde açıklayabilmelidir. Med-arb farklı şekillerde uygulanabileceğinden, arabulucu-hakemlerin kendilerine özgü arabuluculuk ve tahkim modellerini, iki süreci nasıl harmanladıklarını ve rollerinin ne zaman değişebileceğini netleştirmeleri gerekir. Sürecin adilliğinden kuşku duyulmasını önlemek için, taraflar arabuluculuk-tahkim yoluna başlamadan önce, aynı uyumsuzlukta aynı tarafsız üçüncü kişinin hem arabulucu hem de hakem olarak görev yapmasına aydınlatılmış iradeleriyle rıza göstermelidirler³⁶¹. Fikrimizce bu rızanın arabuluculuk sonrasında tahkim aşamasına geçmeden önce de devam etmesi gerekir.

Taraflar, arabulucu-hakemin tarafsızlığına güven duymalıdır. Bunu sağlayacak olan, süreçte arabulucu-hakemlik yapacak olan üçüncü kişidir. Taraflar öncelikle arabuluculuk sürecinde arabulucuya kuvvetli güven duyarlarsa kendilerince gizlenmesi gereken bilgi ve delilleri arabulucu ile paylaşmış olmalarına rağmen arabuluculukta çözülemeyen hususların tahkimde aynı uzman kişi tarafından nihai karara bağlanacak olmasından da endişe duymazlar. Arabulucu-hakemin tarafsızlığına duyulan güvenin yanında; ikrarların, gizli açıklamaların ve belgelerin tahkim yargılamasında kullanılmayacağından emin olmaları gerekir. Yukarıda bahsedildiği gibi kurumsal tahkim merkezleri bu güvenceyi sağlamaktadır. Öyleyse tarafların açıklanan hususlara ilişkin

³⁶¹ Özbek, 2022, a.g.e, s. 953.

çekinceleri, arabulucu-hakem olarak görev yapacak kişinin (ve/veya tahkim merkezinin) her iki görevi de yapabilecek bilgi ve yetkinliğe sahip olan kişilerden seçilmesi ile giderilebilecektir.

Doktrinde med-arb'a özgü sorunlara getirilen bir olası alternatif, süreci tersine çevirmek olarak yer alır. Bu yöntem, önceki bölümlerde açıkladığımız arb-med (tahkim-arabuluculuk) olarak anılmaktadır. Burada ilk önce hakem olarak görev yapan tarafsız üçüncü kişi bir karar yazar; ancak bunu taraflara açıklamaz, kararı mühürler. Sonra arabuluculukta anlaşmazlığa aracılık etmeye çalışır. Taraflar bir anlaşmaya varamazsa, kararını açıklar. Taraflar, yine de karar hakkında bilgi toplamak için tarafsız üçüncü kişinin müteakip açıklamalarını dikkatle izleyeceklerdir. Bu, bir arb-med'deki arabulucunun BATNA'yı,³⁶² gerçeklik testi yapmasını ve görüşlerini çekinmeden belirtmesini çok zorlaştırır. Arb-med, arabuluculuk sırasında gizli bilgilerin kullanılması konusundaki endişeleri ortadan kaldırır; ancak tarafsızlık sorununu çözmez.³⁶³

Diğer bir çözüm, yukarıda "med-arb diff" olarak açıkladığımız, med-arb sürecinin her aşaması için farklı bir tarafsız üçüncü kişi kullanmaktır. Bu, elbette maliyeti arttırır ve genel verimliliğini azaltır. O halde ortaya çıkabilecek sorunlar ile sağlanan fayda arasındaki dengede aynı tarafsız üçüncü kişinin tüm süreci devam ettirmesinin faydası daha ağır basar. Başarılı arabulucu-hakemlerin, sanki hiçbir arabuluculuk yokmuş gibi tahkim aşamasına başlayan, bu şekilde kendi kendine empoze ettiği bir etik ayırım çizgisi oluşturan tarafsız üçüncü kişiler olması gerektiği kabul görülmektedir.³⁶⁴

Aynı üçüncü kişinin arabulucu ve hakem olarak görev aldığı med-arb süreçlerinde, yukarıda sayılan endişelerin uygulamada nasıl tezahür ettiğini saptamak amacıyla karşılaştırmalı hukukta psikologlarca çeşitli araştırmalar yapılmıştır.³⁶⁵ Bu araştırmalar neticesinde, arabulucu ve hakemin aynı kişi olduğu med-arb usulünün diğer yöntemlerden daha başarılı olduğu ortaya konulmuştur. Bu sonuç esasen beklenenin tam tersidir. Araştırmacılar, arabulucu ve hakemin aynı kişi olduğu arabuluculuk-tahkim

³⁶² BATNA: *Best Alternative To a Negotiated Agreement*. Müzakere edilen anlaşmaya en iyi alternatif.

³⁶³ Papas, a.g.m., s. 186.

³⁶⁴ Megan E. Telford, *Med-Arb: Uygulanabilir Bir Anlaşmazlık Çözüm Alternatifi*, Endüstriyel İlişkiler Merkezi, Queens University Press, 2000, s.12.

³⁶⁵ 1987 yılında *Psychology Today* dergisinde yayınlanan bulgular, bir psikolog topluluğunun New York'taki bir arabuluculuk merkezinde yaptıkları araştırma, Buffalo Daha İyi İşletmecilik Bürosu Uyuşmazlık Çözüm Merkezi bünyesinde yapılan çalışma vb. Detaylı bilgi için bkz. Özbek, a.g.e., 2022, ss. 946-948.

uygulamalarında ihtilafli tarafların daha fazla sorun çözücü 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 ve sorunun çözümü için birbirlerine çok daha fazla yeni öneriler sunduklarını tespit etmiştir.³⁶⁶ Taraflar, aynı tarafsız üçüncü kişi huzurunda med-arb'a göre daha gayretli olmuş; süreç med-arb diff ve saf arabuluculuğa göre daha fazla anlaşma ile sonuçlanmıştır. Diğer bir çalışma, arabulucu-hakemlerin arabulucu olarak rollerinin sınırlarını aşmamaya dikkat ettiklerini ve arabulucu-hakemlerin uygun zamanlarda sonuca atıfta bulunmalarına rağmen, arabuluculuk sırasında tahkim olasılığının bir tehdit olarak kullanılmadığını bildirmiştir.

Yapılan bu çalışmaların sonuçlarına ilişkin eleştiriler, sonuçların arabulucu-hakemin yetkinliğine bağlı olarak değişebileceği noktasında yoğunlaşmıştır. Katıldığımız görüşe göre med-arb yolunun başarılı bir şekilde devam etmesi için dikkat edilmesi gereken husus, arabulucunun her iki görevi de yapabilecek bilgi ve kabiliyette olmasıdır. Kamuoyunda pek bilinmeyen med-arb yolunun doğru anlaşılması ve arabulucu-hakemlere iyi eğitimler verilmesiyle bu sağlanabilir.

Tüm bunlar yanında Psychology Today dergisinde yayımlanan bir araştırmada med-arb modelinin temel sakıncası olarak, arabulucu-hakemlerin toplantıyı bitirerek tahkim yoluna geçip hüküm verme konusunda taraflar üzerinde baskı kurma taktiğini kullanması ortaya koyulmuştur.³⁶⁷ Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre; med-arb sürecinde taraflar arasında nihai uzlaşmaya varılması amacıyla bir dereceye kadar zorlama, med-arb yolunu kullanmak için herhangi bir zorlama olmadığı sürece (tarafların med-arb iradesini etkilemediği sürece) kazançlıdır. Diğer bir deyişle, taraflar med-arb sürecini ve özelliklerini anladıkları ve de arabulucu-hakeme bu pozisyonla ilişkili yetkileri isteyerek vermeyi seçtikleri sürece, sürecin potansiyel dezavantajları artık tehdit değil, güçlü yanlarıdır.³⁶⁸ Esasen bahsedilen “zorlama”, arabulucu-hakemin şahsından kaynaklanmayıp, med-arb sürecinin doğası gereği mevcuttur. Zira med-arb yoluna kendi isteğiyle giren taraflar, tarafsız üçüncü kişiye tanınan gücün ve arabuluculuk sürecinde anlaşamazlarsa yaklaşmakta olan nihai hakem kararının farkındalığı içindedirler. Bu da

³⁶⁶ Özbek, a.g.e, 2022, s. 948.

³⁶⁷ Detaylı bilgi için bkz. Özbek, a.g.m., *Yargıtay Dergisi*, s.60.

³⁶⁸ Bkz. Bartel, a.g.m., s. 690.

bazı görüşlere göre dezavantajdan ziyade uzlaşya giden yolda bir avantaj olarak görülmüştür. Ancak her etik ve tarafsız yetki sahibi kimse; kabul edilebilir baskı ile kabul edilemez baskı arasındaki çizgiye duyarlı olmalıdır. Elbette bu çizgi, tarafların yetersizliği veya aşırı istekli olmaları nedeniyle, tarafsız üçüncü kişi takdirinde klasik arabuluculuk sürecinde aşılabılır.³⁶⁹

Son olarak tarafların, arabulucunun tarafsızlığı, yetkinliği veya diğer süreç meseleleriyle ilgili endişeleri olması durumunda, arabuluculuk başladıktan sonra tüm süreci sonlandırıp sonlandıramayacaklarını da bilmeleri gerekir.

VII. MED-ARB DÜNYA UYGULAMALARI VE BİR ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLU OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Med-arb yolunun ilk olarak ne zaman uygulandığına dair kesin bir bilgi bulunmamakla beraber; 1940'ların başlarında, bazı hakemler, tarafların ve bir üçüncü tarafın tarafsız bir şekilde arabuluculuk yoluyla gönüllü bir anlaşmaya varmaya çalıştıkları ve ardından başarısız olurlarsa aynı üçüncü kişi ile tahkime geçtiği bir anlaşmazlık çözme mekanizması olan arabuluculuk-tahkim (med-arb) kullanımını savunuyorlardı.³⁷⁰ Sam Kagel, bu alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmasını ilk icat eden kişiydi; 1970'lerde tartışmalı bir San Francisco hemşire grevini halletmek için iki yöntemi (arabuluculuk ve tahkim) tek bir yöntemde melezleştiren ilk kişi oydu³⁷¹. Daha sonra med-arb, Amerika Birleşik Devletleri'nde Federal Hizmet Çıkmazları Paneli tarafından aktif olarak teşvik edildi. Panelin kayıtları, 1970 ile 1975 yılları arasında yaklaşık yirmi vakada kullanıldığını göstermektedir. Med-arb'ın yaygınlığı, Wisconsin'in Amerika Birleşik Devletleri'nde 1 Ocak 1978'de bir uyuşmazlık çözümü prosedürü olarak med-arb'ı resmen benimseyen ilk eyalet olmasından sonra artmaya devam etti. 1960'ların sonlarında ve 1970'lerin başlarında, Quebec Çalışma Bakanlığı ve Federal Çalışma Bakanlığı süreçle ilgilenmeye başladı ve med-arb kullanımını Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada'da artmaya devam etti. 1992'deki AFL-CIO hakem raporlama sistemi ve veri

³⁶⁹ Blankenship, a.g.m., s. 18.

³⁷⁰ Telford, a.g.m., s. 1. https://irc.queensu.ca/wp-content/uploads/articles/articles_med-arb-a-viable-dispute-resolution-alternative.pdf (18.11.2022)

³⁷¹ Goel, Shivam, "Med-Arb: A Novel Approach, 2016. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2800693 (20.11.2022)

tabanından elde edilen istatistikler, med-arbın hemşirelik, gazetecilik gibi farklı alanlardaki anlaşmazlıkları çözmek için kullanıldığını, kamu hizmetleri, eğitim ve ticaret arabuluculuk anlaşmalarında önemli bir büyüme olduğunu gösterdi. Ayrıca, 1994 tarihli bir çalışma yüksek profilli ticari uyuşmazlıklardan çevresel ihtilaflara kadar çok çeşitli uyuşmazlıkların çözümünde med-arb kullanımının arttığını göstermiştir.³⁷²

Med-arb'ın Amerika Birleşik Devletleri'nde yaygınlaşmasına karşılık bazı uygulayıcılar ve akademisyenler şunu iddia etmiştir: Bazı Asya ve Arap kültürleri gibi daha uzlaşmacı olduğu varsayılan kültürlerden olan taraflar med-arb'a daha yatkındır; Batı Avrupa ve Kuzey Amerika kültürleri gibi daha çatışmacı olarak görülen kültürlerden olan taraflar ise med-arb'a karşı daha mesafeli olacaktır.³⁷³

Elbette ki taraflar, kültürel ve hukuki geçmişlerine bağlı olarak uyuşmazlıklarının çözümlenmesi gereken süreçler hakkında genellikle farklı beklentilere sahiptir. Ancak sayılan bu genellemeler tehlikelidir. Pek çok şirketin ulusötesi doğası göz önüne alındığında, uluslararası bir ticari anlaşmazlıkta bir tarafın bir kültürden veya diğerinden geldiğini anlamlı bir şekilde nitelendirmek çoğu zaman imkansızdır. Eğitim ve istihdamın giderek küreselleşen doğası göz önüne alındığında, bir şirketin çalışanları, müdürleri ve genel danışmanları yurtdışında eğitim almış ve farklı ülkelerde çalışmış olabilir. Bir şirketin kültürü hakkındaki genellemeler, küresel kozmopolit bir tabakanın parçası olabilecek şirket çalışanlarının/yetkililerinin kültürler arası geçmişlerini değerlendirmede yetersiz kalabilir. Örneğin; genel merkezi Asya'da yer alan, dünya çapında bilinen ticari bir markanın CEO'su batı ülkelerinden bir kişi olabilir. Bu durumda o şirketin veya genel merkezi dışındaki bir işletmesinin med-arb'a yatkın olup olmayacağı hakkında yapılan değerlendirmeler isabetli olmayacaktır. Med-arb'ı tercih edip etmeme konusu değerlendirirken daha faydalı bir yaklaşım, belirli bir başvuru tarafın ve avukatının

³⁷² Daha detaylı bilgi için bkz. Telford, a.g.m., s. 1.

³⁷³ Arap dünyasının daha toplulukçu olduğuna dair bir anlayış bulunmaktadır. Akademisyenler, toplulukçu toplumların bireyci batı medeniyetlerine göre daha az çatışmacı ve daha az dava meraklısı olduğunu belirtmişlerdir. Bu görüşün savunucuları, Arapların ve Müslümanların günümüzdeki modern alternatif uyuşmazlık yolları ile birlikte gayri resmi uzlaşma veya arabuluculuğa tabi olduklarını iddia etmişlerdir. Benzer bir kinaye, Asya kültürlerine çatışmadan kaçınma önyargılarını atfeder. Asya kültürlerinin uyumu korumaya, yeniden tesis etmeye odaklandığı ve sosyal olarak daha uyumlu bir sonuca ulaşmak için arabuluculuğu tahkime entegre etmeye açık olduğu söylenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Tai-Heng Cheng, "Reflections on Culture in Med-Arb", *NYLS Legal Studies Research*, S. 34(09/10), 2010, s.424. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1574814 (14.11.2022)

tutumlarını şahsa indirgemenen, buldukları ulusal yargı alanı göz önüne alarak değerlendirmek olabilir.

Med-arb süreci Singapur, Japonya ve Çin dahil olmak üzere çeşitli ülke ve kurumlar tarafından desteklenmiş, bu karşılık Avrupa'da ise fazla kullanılmamıştır. Bu nedenle med-arb, Asya'da nispeten tanıdık bir uygulama olmasına rağmen, Avrupa'dan bazı tarafların (özellikle *common law* yargı alanlarından olanların) med-arb kavramı ve paralelinde tahkim davaları hakkında bazı çekinceleri olması muhtemeldir. Bu tür çekinceleri engellemek adına ve med-arb sürecinden memnun olmayan bir tarafın itiraz etme olasılığını azaltarak etkili bir süreç sağlamak için; arabuluculuk ve tahkim aşamalarının formatı, gizlilik ve tarafsızlık gibi konularda tarafların aydınlatıldıktan sonra başvurma konusunda bir anlaşmaya varması çok önemlidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRKİYE’DE MED-ARB UYGULAMALARI

I. GİRİŞ

Arabuluculuk ve tahkimle benzer şekilde özellikle ticari uyuşmazlıkların çözülmesinde önemli rol oynamakta olan med-arb, dünya çapında giderek kabul görmektedir. Türkiye’de, doğrudan bu usule yer veren kanuni düzenlemeler bulunmasa dahi salt arabuluculuğa ve tahkime dair yapılan çalışmalar ve kanuni düzenlemeler, karma bir yol olması sebebiyle med-arba da işlerlik kazandırabilecektir.

Dünyada med-arba ilişkin akademik çalışmalar, uygulanmasına dair görüşler ve tartışmalar devam ederken, Türkiye’de bu usulün uygulamaya konulmasına yönelik somut adımlar yakın geçmişte vuku bulmuştur. Aslında, temelde yalın bir med-arb sürecinin işletilmesi için tarafların üzerinde anlaşması gerekli ve yeterliyken, sürecin kurullarla yapılandırılması bu yönetime yeknesaklık ve kurumsallık kazandırır. Dünya’da ilk kez İstanbul Tahkim Merkezi tarafından 15 Kasım 2019 tarihinde “ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları”³⁷⁴ ilan edilmiştir. ISTAC, böylece ilk defa, bir tahkim merkezi olarak arabuluculuk-tahkim sürecinin nasıl gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin kuralları yayınlamış olmaktadır.³⁷⁵

ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının yayınlanması sonrası, dünyada ve ülkemizde bazı kurumsal tahkim merkezleri tarafından da med-arba özgü kurulların yayımlandığına şahit olmaktayız. Örneğin; Kanada Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Enstitüsünün (ADRIC) bir süredir devam eden çalışmalar sonucu, 2020 yılının haziran ayında “ADRIC Med-Arb Kuralları”nı³⁷⁶ yayınlaması, med-arb yolunun bilinirliğinin hem global hem de ulusal platformlarda artmaya devam ettiğine bir ispat olarak gösterilebilir. Bunun yanında Slovenya’da yer alan bir kurumsal tahkim merkezi olan

³⁷⁴<https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2020/01/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kurallar%C4%B1-vson.pdf> (04.02.2021)

³⁷⁵ Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, 4. B, Vedat Yayıncılık: İstanbul, 2020, s.18.

³⁷⁶https://adric.ca/wp-content/uploads/2020/08/ADRIC_Med_Arb_Rules_2020_8_5-X-11.pdf (04.02.2021)

Avrupa Uyuşmazlık Çözüm Merkezi(ECDR) de, “Med-Arb Prosedürüne İlişkin ECDR Kuralları”nı³⁷⁷ yayınlamıştır.

Son olarak ülkemizde med-arbın yaygınlaşmasına ve gelişimine katkı sağlayacak son gelişme, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi tarafından, 11 Mart 2021 tarihinde “İTOTAM Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb) Kuralları”nın³⁷⁸ yayınlanması olmuştur. Ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözümünde önemli bir yer tutan İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezinin med-arb usulü ile ilgili kurallar yayınlaması, ülkemizde med-arbın aşama kaydettiğini ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına gerçek bir alternatif olarak bilinmeye başladığını ortaya koyar. Yayımlanan kuralların, büyük ölçüde ileride bahsedilecek olan ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarıyla örtüştüğünü; ancak daha sade ve çerçeve şekilde düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz.

Bu bölümde Türkiye’de med-arbın kapsamı, mevzuata göre değerlendirilmesi, Türkiye’deki kurumsal nitelikteki tahkim merkezleri bünyesinde işletilen med-arb yolu ile özellikle Türkiye’de küresel anlamda “kurumsal tahkim merkezi” niteliğinde kurulmuş olan ve aynı şekilde dünyada med-arb usulüne yönelik kuralları yayımlayan ilk kurum olması sebebiyle İstanbul Tahkim Merkezi bünyesinde med-arb yolunun işletilmesine dair detaylı açıklamalara yer verilecektir.

II. TÜRK HUKUKU MEVZUATINDA MED-ARB

Türk kanunlarında med-arb yoluna dair doğrudan açık bir düzenleme yer almamasına rağmen, daha önce belirttiğimiz gibi Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda bu yolu mümkün kılan bir düzenlemenin yer aldığını görmekteyiz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 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 beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz*” hükmü, arabuluculuk sonrası tahkime başvurulabileceğini

³⁷⁷ <http://www.ecdr.si/index.php?id=119> (04.02.2021)

³⁷⁸ https://www.itotam.com/Dosyalar/2021/YENI_BASLIK_MED-ARB%20KURALLARI.pdf (04.02.2021)

ortaya koymuştur. Zira hükümde, arabuluculuğa başvuru bir uyuşmazlığa ilişkin olarak arabuluculuk sürecinde kısmen veya tamamen anlaşma sağlanamazsa, anlaşma sağlanamayan diğer ihtilafli konularda tahkim yargılaması yapılabileceğinin açıkça belirtilmiştir. Benzer şekilde Arabuluculuk Etik Kurallarının 5/6. maddesi “(...)arabulucu, gerekli ve uygun gördüğünde, taraflara uyuşmazlıklarını tahkim, tarafsız değerlendirme, danışmanlık veya diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözmeyi düşüncelerini önerebilir.” diyerek arabuluculuk sonrası tahkimin mümkün olabileceğini ve bunun da etik kurallara uygun olduğunu ortaya koymuştur.

Aşağıdaki başlıklarda Türk mevzuatında arabuluculuğa ve tahkime dair yer alan hükümlere göre Türkiye’de med-arbın mevcudiyeti ve uygulaması çizilecektir.

A. MED-ARB YOLUNA ELVERİŞLİ UYUŞMAZLIKLARIN KAPSAMI

Med-arbta uyuşmazlık öncelikle arabuluculukla, arabuluculukta anlaşılabilirse nihai olarak tahkimle çözüleceğinden; med-arb yoluna elverişli uyuşmazlıkları saptamak için ayrı ayrı arabuluculuğa elverişliliği ve tahkime elverişliliği ortaya koymak isabetli olacaktır. Türk hukuku mevzuatında arabuluculuğa ve tahkime elverişli uyuşmazlıklara³⁷⁹ ilişkin genel hükümlere aşağıdaki tabloda yer verilmiştir:

Tablo 15: Arabuluculuğa ve Tahkime Elverişlilik

Arabuluculuğa Elverişlilik	Tahkime Elverişlilik
<u>Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Madde 1 (2)</u> <i>“Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde</i>	<u>Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 408</u> <i>“Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.”</i> <u>Madde 439</u>

³⁷⁹ Önceki bölümlerde açıklandığı gibi tahkime elverişlilik ile ilgili uluslararası düzenlemelere örnek olarak UNCITRAL Model Kanunu’nun 1(5). maddesi, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu’nun II(1) ve V(2)(a) maddeleri ve 1923 tarihli Cenevre Protokolü’nün 1. maddesini verebiliriz.

<p><i>uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.”</i></p>	<p><i>“(1) Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir.(...)</i></p> <p><i>(2) (...)</i></p> <p><i>g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı”</i></p> <hr/> <p><u>Milletlerarası Tahkim Kanunu</u></p> <p><u>Madde 1/4</u></p> <p><i>“Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz.”³⁸⁰</i></p> <p><u>Madde 15/A/2</u></p> <p><i>“Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir:(...)</i></p> <p><i>a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,(...)”</i></p>
---	---

Görüldüğü gibi verilen düzenlemelerde arabuluculuğa veya tahkime hangi uyuşmazlıkların elverişli olduğu tek tek sayılmamış, genel bir çerçeve çizilmiştir. Verilen hükümlerden yola çıkılarak arabuluculuğa elverişlilik ve tahkime elverişlilik incelenecek ve med-arb yoluna elverişlilik sonucuna ulaşılmaya çalışılacaktır.

Bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması için; a) özel hukuka dair bir uyuşmazlık olması, b) tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği iş veya işlemlerden doğması, c) aile içi şiddet iddiası içermemesi koşullarını sağlıyorsa arabuluculuğa uygundur diyebiliriz. Özel hukuk uyuşmazlıklarından kastedilen; bilindiği üzere genel anlamda, eşit şekilde hareket edilebilen, bir tarafın üstün kamu gücüne

³⁸⁰ Madde lafzında “Bu kanun... uygulanmaz” denilse de burada kastedilen MTK’nın kapsamı değil, Türk hukukuna göre tahkime elverişliliğidir. Bkz. Akıncı, a.g.e, s. 92.

dayanmadığı, kural olarak serbestliğe ve irade özgürlüğüne dayanan ilişkilerden doğan uyuşmazlıklardır. Ancak bu uyuşmazlıklarda da kişilere tanınan alan, mutlak ve sınırsız olmayıp kişilerin serbestçe tasarruf edemeyeceği konular mevcuttur. Tarafların serbestçe tasarruf edebileceği işler, Yargıtay kararlarında çoğunlukla kamu düzenine³⁸¹ dahil olmayan işler olarak kabul edilmektedir.³⁸² Böylelikle kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak vermeyen hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulamaz.³⁸³ Bu şartlar, birazdan açıklanacak olan tahkime elverişlilik konusu ile öngörülen kıstaslara benziyor olsa da bu iki çözüm yolu birbirinden farklı olduğundan (örneğin arabuluculuk dava yolunu kapatmamaktadır) arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar belirlenirken daha geniş yorum yapmak yerinde olacaktır.³⁸⁴

Tahkime elverişlilik³⁸⁵ konusu, diğer bir deyişle bazı uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin engellenmesi, hakem kararlarının iptali ile birlikte devletlerin tahkim yargılamasına müdahalesinin bir tezahürüdür.³⁸⁶ Tahkime elverişlilik, kısaca, bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmeye elverişli olup olmadığıdır.³⁸⁷ Bazı görüşlere göre tahkime elverişlilik ile tahkim anlaşmasının geçerliliğine özdeş anlamlar yüklense veya tahkime elverişlilik, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin bir şartı olarak görülse de HMK ve MTK'nın ilgili hükümlerinde bu iki kavramın, ayrı ayrı iki durum olarak sayıldığını görmekteyiz. Öyle ki HMK'nın 439. maddesinde, tahkim sözleşmesinin geçerliliği ve

³⁸¹ Kamu düzeni için bkz.; Anayasa Mahkemesi kararı (E.1963-128/ K. 1964-8 T. 28.01 1964) “*Bir memlekette amme hizmetlerinin iyi yapılmasını; Devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzuru ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin hepsi*” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı (E.1990/3-527 K.1990/627 T.12.12.1990) “*Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun az önce sözü edilen kararında belirtildiği üzere, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir.*” (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

³⁸² Özekes, a.g.e., 49.

³⁸³ Özbek, a.g.e., s. 804.

³⁸⁴ “Bu kapsamda aile uyuşmazlıkları, taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklar, işçi-işveren arasındaki uyuşmazlıklar veya Kat Mülkiyeti Kanunundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulabilmelidir.” Özbek, a.g.e., s. 805.

³⁸⁵ Açıklayacağımız tahkime elverişlilik kavramı objektif (konu yönünden) tahkime elverişliliğidir.

³⁸⁶ Tahkim yargılamasının temelinde tarafların karşılıklı iradesi bulunduğundan sözleşme serbestisinin hâkim olduğu modern hukuk sistemlerinde dahi, tahkim anlaşmasına ilişkin taraf iradelerinin hem konu (objektif tahkime elverişlilik) hem de kişi bakımından (sübjektif tahkime elverişlilik/ehliyet) kısıtlandığı görülmektedir. Bkz. Gökçe Kurtulan, “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, *TBB Dergisi*, S. 131, 2017, s. 240.

³⁸⁷ Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliği*, 1.B., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 12; Akıncı, a.g.e., s. 352.

tahkime elverişliliği iki ayrı iptal nedeni olarak sayılmış; keza MTK'nın hakem kararlarının iptalini düzenleyen 15. maddesinde de tahkim anlaşmasının geçerliliği ve tahkime elverişlilik iki ayrı koşul olarak yer almıştır. Buradan da tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlığın hakem kararının iptaline sebep olabileceğini³⁸⁸ söyleyebiliriz. Ancak elbette ki tahkime elverişlilik konusu, hakem kararının iptali davasını düzenleyen bu maddelerle sınırlı değil; genel itibariyle bir uyuşmazlığın iki tarafın iradelerine tabi(serbestçe tasarruf edilebilir) olup olmaması ile açıklanacak bir konudur.

Bakıldığında kanun koyucu hem MTK'da hem HMK'da tahkime elverişliliğe aykırı olarak iki ayrı konuyu düzenlemektedir: Taşınmazlar ve sadece tarafların iradesine tabi olmayan konular.³⁸⁹ Öyleyse bir uyuşmazlığın, tarafların iradelerine tabi olması ve o uyuşmazlığın Türkiye'deki taşınmaz malların aynına ilişkin olmaması tahkime elverişliliği için yeterli ölçüttür. Ne var ki hangi uyuşmazlıkların tarafların iradesine tabi olduğu konusunda soru işaretleri doğabilir. Bu noktada Türk hukukunda hangi tür uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunun belirlenmesi konusunda ölçü olarak "tarafların üzerinde sulh olabilecekleri" uyuşmazlıkların esas alınması gerektiği savunulmuştur.³⁹⁰ İki tarafın iradesine tabi olmayan yani tarafların tasarrufunda olmayan uyuşmazlıklar aslında davanın kabul edilmesinin mümkün olmadığı, tarafların üzerinde sulh olamayacağı ve kamu düzenini yakından ilgilendiren uyuşmazlıklardır. Tarafların üzerinde sulh olabilecekleri uyuşmazlıklar usul hukuku penceresinden incelendiğinde; re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar ve çekişmesiz yargı işleri ile HMK m. 70/3 gereği Cumhuriyet savcısının taraf olarak yer aldığı davalar üzerinde tarafların serbestçe tasarrufta bulunmasının mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Bununla ilgili olarak Yargıtay 15. HD nin 05.03.2019 tarihli 2018/2228 E. ve 2019/950 K. sayılı kararı³⁹¹ şu şekildedir: "*Tahkim sözleşmesi, tarafların iradesine tabi olan uyuşmazlıklar için mümkündür (m.408). Başka bir deyişle, tarafların dava konusu üzerinde kabul veya sulh yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde, tahkim mümkün değildir. Mesela,*

³⁸⁸ Tahkime elverişlilik, MTK'da sayılan diğer iptal sebeplerinden farklı olarak hakim tarafından re'sen incelenmesi gereken bir husustur ve aynı şekilde HMK'da tahkime elverişlilik dahil tüm sebepler hakimce re'sen incelemeye tabidir. Ancak bu sebeple tahkime elverişlilik mutlak bir iptal sebebi olarak algılanmamalıdır. Bkz. "*Başka bir deyişle mahkeme bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığını tespit etse dahi bu uyuşmazlığı çözüme kavuşturan hakem kararı hakkında iptal kararı vermek zorunda değildir.*" Huysal, a.g.e., s. 344; Kurtulan, a.g.m., s. 247.

³⁸⁹ Akıncı, a.g.e., s. 352.

³⁹⁰ Pekcanitez, a.g.e., s. 2632.

³⁹¹ <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hd-e-2018-2228-k-2019-950-t-5-3-2019> (15.11.2022)

boşanma ve ayrılık davaları, iflas davaları ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim sözleşmesi yapılamaz.”

Bazı özel hukuk uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği konusunda çeşitli tartışmalar mevcuttur. Özellikle iş, tüketici ve kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda Yargıtay’ın yerleşik uygulamaları olduğunu görmekteyiz.³⁹² Örneğin, MTK’da (benzer şekilde HMK’da da) taşınmazlarla ilgili sınırlama taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili olsa da Yargıtay, taşınmaz kiralarına ilişkin bazı konularda tahkime başvurmanın mümkün olmadığına karar vermiştir.³⁹³ Bu hususu, tahkim ile çözülmesi mümkün olmayan uyuşmazlıkları iki kategoriye ayırarak açıklayabiliriz. Birinci kategori, kamu düzenini yakından ilgilendiren³⁹⁴ ve bu nedenle devlet mahkemeleri yerine hakemler tarafından çözülmesi uygun görülmeyen uyuşmazlıklardır. Devletin yargı yetkisi gereği(A.Y. m.9) TCK kapsamındaki suçlar, idare hukuku uyuşmazlıkları, boşanma veya evlat edinme vb. uyuşmazlıkların tarafların belirleyeceği hakem tarafından çözümlenmesi kabul edilmeyecektir. İkinci kategori ise, Yargıtay içtihatlarıyla ileri sürülen ve taraflardan birinin daha zayıf durumda olduğu düşünülen uyuşmazlıklardır. Bu durumlarda, zayıf tarafın tahkim iradesinin tamamen kendi rızasına dayanmadığı varsayılır. Açıklanan sebebe dayanılarak bir kira veya iş sözleşmesinde tahkim şartı bulunsa dahi bu şart geçersiz sayılacaktır.

İş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda Yargıtay kararlarında işçi ile işveren arasında iş sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında yapılan sözleşmelerde bulunan tahkim şartının işçinin zayıf durumda olması sebebi (eşit müzakere gücüne sahip olmaması) ve işçilerin korunması amacıyla geçerli olmadığı belirtilmiştir.³⁹⁵ Bilindiği üzere İş Kanununun 20. maddesi³⁹⁶ “*İş sözleşmesi*

³⁹² Detaylı açıklama için bkz. Akıncı, a.g.e., ss. 92-121; Pekcanitez, a.g.e., ss. 2636-2661.

³⁹³ Bkz. Yargıtay 4. HD E. 7792/ K. 5764 T. 11.11.1965, Yargıtay 4. HD E. 9910/ K. 9554 T. 05.11.1966, Yargıtay 6. HD E. 375/ K. 5196 T. 03.11.1964, Yargıtay 6. HD E. 3032/ K. 3170 T. 10.07.1970 vb. (Akıncı, a.g.e., s. 93)

³⁹⁴ Yargıtay İBK 2010/1 E. 2012/1 K. 10.02.2012

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/09/20120920-8.htm> (15.11.2020)

³⁹⁵ Serkan Kaya, “Uyuşmazlıkların Çözümünde Hibrit Yöntem: Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb)”, *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C. 17, S. 48, 2021, s. 235.

³⁹⁶ İlgili madde 12/10/2017 değişikliği öncesinde (iş uyuşmazlıklarına zorunlu arabuluculuk şartı getirilmesinden önce) “*İş sözleşmesi feshedilen işçi(...) bir ay içerisinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.*”

feshedilen işçi, (...) fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşarlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir.(...)” şeklindedir. Ancak Yargıtay, hakeme başvurunun mümkün olabilmesi için tarafların anlaşmasını (veya toplu iş sözleşmesiyle kabul edilmiş olmasını) yeterli görmeyip tahkim sözleşmesinin, iş sözleşmesinin feshinden sonra yapılması gerektiğini belirtmiştir.³⁹⁷

Tüketici uyuşmazlıkları için ise³⁹⁸ bu uyuşmazlıkların kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edildiğinden³⁹⁹ ve yine benzer şekilde sözleşmenin bir tarafının daha güçlü konumda olduğundan yola çıkılarak⁴⁰⁰, tüketicinin doğrudan müzakere etmeden kabul ettiği tahkim şartı geçerli olmayacaktır.⁴⁰¹ Buradaki motivasyon, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık, güvenlik ve ekonomik çıkarlarının korunması ile kamu düzeninin korunmasının mahkemeler tarafından daha iyi yapılabileceğidir. Ancak Tüketici Hakem Heyetine başvuru ile ilgili TKHK 68. maddesinin son fıkrasında tüketicilerin ilgili mevzuata göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmalarının mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Zira arabuluculuk ve tahkim, birer alternatif uyuşmazlık çözümü olmasına karşılık; tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk mümkün kılınmışken, tahkimin zımnen kapatılmış olmasının izahı fikrimizce tatmin edici değildir.⁴⁰²

İş ve tüketici sözleşmeleri için tahkim açısından getirilen kısıtlamayı, sözleşmenin zayıf tarafının korunmasının sağlanması amacıyla getirildiğini makul görmekle beraber,

şeklindeydi. Yapılan değişiklikte Yargıtay’ın kararlarıyla da paralel olacak şekilde tahkim şartının toplu iş sözleşmesiyle getirilebileceğine ilişkin hükmün kaldırıldığını görmekteyiz.

³⁹⁷ Bkz. Akıncı, a.g.e., s. 107.; Alakalı kararlar Yargıtay 9 HD E. 2008/ K. 29774 03.11.2008, 9 HD E. 10997/ K. 12660 T. 26.05.2008, Yargıtay 11. HD E. 1595/ K. 1780 T. 07-04.1983 vb. (www.kazanci.com.tr)

³⁹⁸ Tüketici hakem heyetlerinin zorunlu tahkim olarak kabul edilmesinden bahisle konu, ihtiyari tahkim açısından incelenmiştir.

³⁹⁹ Bkz. TKHK m. 1: “*Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu...önlemleri almak...*”

⁴⁰⁰ Bkz. 13 HD E. 7789/ K. 12275 25.09.2006, 13. HD E. 2008/ K. 11120 25.09.2008, 13 HD. E. 2008/ K. 12026 20.10.2008 (Lexpera Hukuk Otomasyonu)

⁴⁰¹ Akıncı, a.g.e., s. 114.

⁴⁰² Aynı yönde bkz. Kurtulan, a.g.m., s. 253; Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 1. B, İzmir: Güncel Yayınevi, 2008, s. 118.

tüketici hakem heyetlerinin ve ilgili görevli mahkemelerin bu amacı ne oranda gerçekleştireceğinin de tartışmaya açık olduğunu söyleyebiliriz. Diğer yandan bu uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda, tarafların sulh olmasının ya da davalının davayı kabul etmesinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda anılan işlemlerde tahkime tam açıklık tanınmamasını, üst mahkemenin tahkim kurumuna dair güveninin az olmasıyla ilişkilendirilebileceğini düşünmekteyiz.

Son olarak, doktrinde Genel Kurul kararlarının tahkime elverişliliği konusunda farklı görüşler mevcut iken; Yargıtay, şirket ana sözleşmesinde uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülebileceğine ilişkin hüküm olsa dahi Genel Kurul kararının iptali davalarının tahkime elverişli olmaması sebebiyle tahkimde görülemeyeceği ve Genel Kurul kararının iptali davasının mahkemede açılması gerektiğine karar vermiştir.⁴⁰³ Buradan yola çıkılarak, anonim şirket genel kurulu iptali, şirketin feshinden doğan uyuşmazlıklar⁴⁰⁴ gibi tarafların anlaşmasıyla sonuçlandırılması mümkün olmayan nitelikte olanlar dışındaki uyuşmazlıklar için tahkime gidilebilecektir.

Tahkime elverişlilik konusunda tartışmalı olan uyuşmazlıklardan iş ve tüketici uyuşmazlıkları, diğer yandan zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu için bu konuda ayrı bir pencere açmakta yarar vardır. Zorunlu arabuluculuğa tabi tüketici uyuşmazlıklarında, yukarıda yapılan açıklamalara binaen tarafların arabuluculukta sulhe varmamaları halinde tahkime gitmenin hukuki sonuçları hakkında bilgilendirilen ve bu yolu kendi iradesiyle kabul eden⁴⁰⁵ tüketicinin, sonrasında uyuşmazlığı tahkimle çözmesi konusunda bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde zorunlu arabuluculuğa tabi iş uyuşmazlıkları açısından da arabuluculukta anlaşmaya varılmazsa işçinin tahkim konusunda bilgilendirilmesi ve tarafların anlaşmasıyla arabuluculuk sonrası tahkime gidilmesi mümkün olmalıdır.

Yapılan tüm bu açıklamalara dayanarak söylenebilir ki med-arb yoluna başvurulacak bir uyuşmazlığın hem arabuluculuğa hem de tahkime elverişliliği önceden ele alınmalıdır. Arabuluculuk ve tahkime ilişkin elverişlilik koşulları benzer olmakla beraber açıkladığımız gibi arabuluculuğa dair koşulların geniş yorumlanması

⁴⁰³ Akıncı, a.g.e., 116; Bkz. Yargıtay 11. HD E. 13485/ K. 19915 T. 05.10.2012 (Lexpera Hukuk Otomasyonu)

⁴⁰⁴ Bkz. Yargıtay 11. HD E. 141/ K. 6951 T. 14.02.2013 (Lexpera Hukuk Otomasyonu)

⁴⁰⁵ Kaya, a.g.m., s. 234.

arabuluculuğun ruhu ve yapısı açısından daha isabetli olacaktır. Öyleyse bir uyuşmazlık için arabuluculuk yapılması mümkün ise de bu uyuşmazlık her zaman tahkime elverişli olmayabilir. Bunlar ışığında elverişlilik konusunun med-arb açısından oldukça önem arz ettiğini düşünmekteyiz. Elverişlilik yeterince irdelenmediği takdirde uyuşmazlık konusu -arabuluculuk açısından uygun olsa dahi- nihayetinde tahkim aşaması için hakem kararının iptali sonucuna kadar gidebilecektir.

B. MED-ARB ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİNİN DAYANAĞI

Uyuşmazlık taraflarının, aralarındaki hukuki uyuşmazlıktan doğan haklarını, birbirlerine karşı dava açmak yerine aralarında anlaşarak tarafsız üçüncü kişinin dahil olduğu çözüm mekanizmalarına bırakmalarının mümkün olduğunu belirtmiştik. Bu çözüm yolları taraf iradelerine bağlı olarak varlık kazanır. O halde tahkim ve diğer ADR yollarında olduğu gibi med-arb anlaşmasının geçerliliğinin dayanağı öncelikle tarafların birbirlerine uygun irade açıklamalarıdır.

Med-arb anlaşması esasen basamaklı(çok aşamalı) tahkim anlaşmasıdır. Bilindiği üzere, tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklı veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları yazılı anlaşmadır (MTK m. 4). Önceki bölümlerde de açıklandığı gibi bu anlaşmada tahkim iradesinin açık, anlaşılır ve tereddütsüz ortaya koyulması gerekir. Bu temelde, med-arb anlaşması için de uyuşmazlığın arabuluculuk sonucunda çözülememesi durumunda uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümleneceğine dair taraf iradeleri tereddüde yer vermeyecek kadar açık olmalıdır. Nitekim Yargıtay da uyuşmazlığın arabuluculuktan sonra tahkimle çözüleceğini net bir ifade ile kaleme alınmayan tahkim anlaşmalarını geçersiz saymıştır⁴⁰⁶. Örneğin, uyuşmazlıkların arabuluculuk aşamasında çözümlenememesi hâlinde tahkime başvurulabileceğini belirten bir düzenleme, tahkime başvurunun tarafların tercihinin bırakıldığı, bu durumda uyuşmazlığın tarafların tercihlerine göre çözümleneceği şeklinde yorumlanabilir. Bu halde geçerli bir med-arb

⁴⁰⁶ Yargıtay 15. HD., 13.11.2017 T. 5313/3922; Yargıtay 15. HD., 13.11.2017 t. 10552/256; Yargıtay 23. HD. 26.05.2014 t., 887/4043; Yargıtay 15. HD., 09.02.2017 t., 5600/512 (Bkz. Lexpera Hukuk Otomasyonu) Özbek, a.g.m, s. 584.

anlaşmasından bahsedilemez. Arabuluculuktan sonra ancak tahkime başvurulacağı net bir şekilde ortaya koyulmamıştır. Gerçekten taraflar tahkim yerine devlet yargısı yolunu da seçebilir.

Uluslararası Barolar Birliği'nin Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Kaleme Alınmasına İlişkin Kılavuzunda⁴⁰⁷, çok aşamalı tahkim anlaşmaları hazırlanırken dikkat edilmesi gereken üç husus ifade edilmiştir: Bunlardan ilki uyarınca, çok aşamalı tahkim anlaşması, tahkim öncesi aşamada başvurulacak müzakerelerin veya arabuluculuğun ne kadar süreceğine ve tahkimin hangi vakıanın gerçekleşmesi üzerine başlatılacağına ilişkin (örneğin yazılı bir talep) açık bir düzenleme içermelidir. İkinci olarak, tahkim öncesi uyuşmazlık çözümü aşamasının başarısız olması hâlinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi, ihtiyari değil bağlayıcı olarak anlaşılacak şekilde kaleme alınmalıdır. Son olarak, hakkında tahkim öncesi çözüm yöntemlerine ve akabinde tahkime başvurulacak uyuşmazlık konularının aynı olmasına dikkat edilmelidir.⁴⁰⁸

C. AYNI TARAFSIZ ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HEM ARABULUCU HEM HAKEM OLMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Türkiye’de kurumsal tahkim merkezlerinin med-arb uygulamalarında benimsenen sistemin, med-arb diff modeline doğru bir yaklaşım sergilediğini görmekteyiz: ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları madde 5’e göre, “*Arabuluculuk-tahkim veya arabuluculuk süreçlerinde arabulucu olarak görev yapan kişi, tarafların açık ve yazılı onayı olmaksızın, aynı uyuşmazlık hakkındaki tahkim yargılamasında hakem olarak görev yapamaz.*” Benzer şekilde ITOTAM Med-Arb Kuralları Kural 9, “*Taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise, arabulucu, hakem olarak atanamaz*” şeklindedir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Uluslararası Barolar Birliği'nin Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Kaleme Alınmasına İlişkin Kılavuz, https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (15.09.2021)

⁴⁰⁸ Özbek, a.g.m., s. 585.

⁴⁰⁹ UNCITRAL Model Kanun (madde 12) ve CPR Arabuluculuk Usulü (bölüm 3/k) emsal düzenlemeler içermektedir. Bir arabulucunun sonradan aynı uyuşmazlık hakkında hakem olarak yasaklanmasına ilişkin bir hükme Paris Arabuluculuk ve Tahkim Merkezinin (CMAP) Arabuluculuk kurallarında yer verilmişti. Kuralların güncellenen hali için bkz. madde 8.8 <https://www.cmap.fr/reglement-de-mediation/> (06.10.2022)

Buna karşılık; MTK, HMK ve HUAK'ta arabulucunun aynı uyuşmazlık hakkındaki tahkim yargılamasında hakem olarak görev yapmasını yasaklayan bir düzenleme de yoktur. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda arabuluculuk sonrası tahkimi mümkün kılan açık bir hüküm (HUAK m. 5) bulunmaktadır. *“Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda(...)”* şeklinde devam eden hükümden arabuluculuk sonrası tahkime başvurulabileceği anlaşılmaktadır. HUAK'ta arabuluculuk sürecinde görev yapan arabulucunun daha sonra başlatılan tahkim yargılamasında hakemlik yapmasını engelleyen bir hüküm bulunmamakla birlikte, arabuluculuk sonrası başlatılan tahkim yargılamasında, hakemin kim olacağına dair herhangi bir yasak da yoktur

Ayrıca Arabuluculuk Etik Kurallarındaki madde 4(6) *“Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada, daha sonra avukat olarak görev üstlenemez. Ancak, taraflar açık ve yazılı onayları ile birlikte talep ederlerse, açılan tahkim yargılamasında hakemlik yapabilir”* hükmüyle arabulucunun hakem olarak görev yapabilmesinin önü açılmıştır.

Mevzuatta yer alan düzenlemelerden med-arb yoluna ilişkin belirli bir modelin dayatılmadığı ortaya çıkmaktadır. Aynı kişinin hem arabulucu hem de hakem olması genel olarak tavsiye edilmese de sadece ulusal düzenlemelerde değil, çoğu uluslararası kurum kurallarında da taraf iradelerine saygı göstererek aynı kişiyi arabulucu-hakem olarak tayin etmelerine izin vermektedir. Sahiden bu, iradeye dayalı bir süreç olan med-arb yolunun ruhuyla da örtüşmektedir. Taraflar med-arb sürecinin tahkim aşamasını aynı veya farklı üçüncü kişinin yürütmesini serbestçe kararlaştırabilirler.

D. ARABULUCULUK FAALİYETLERİ SIRASINDA ELDE EDİLEN BİLGİ VE BELGELERİN TAHKİM AŞAMASINDA KULLANILMASINA DAİR DÜZENLEMELER

Türkiye Arabuluculuk Etik Kurallarının 6. maddesinde tarafların aksini kararlaştırmamaları halinde arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan bilgi, belgeler ve kayıtların gizli tutulmasının zorunluluk olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme,

Arabulucular için Avrupa Davranış Kuralları⁴¹⁰ madde 4 ile de paraleldir. Taraflardan birinin arabulucuyla gizli olarak paylaştığı bilgiler, kanuni zorunluluk olmadıkça, izinsiz olarak diğer tarafa açık edilemez.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 5. maddesi arabuluculukta elde edilen belge ve bilgilerin kullanmaması ile ilgili bir düzenleme içermektedir: *“Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:*

- a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.*
- b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.*
- c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü.*
- ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlana belgeler.”*

Arabulucu ve arabuluculuğa katılan herkes, yukarıda sayılan belgeleri daha sonra açılan davada delil olarak sunamaz ve bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemeyecektir. Şayet bunlar delil olarak sunulmuşsa hükme esas alınamayacaktır.

Ancak aynı maddenin (5.5) devamında hukuk davası ve tahkimde ileri sunulabilen delillerin sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmeyeceği düzenlenmiştir. Yasak olan deliller, sadece arabuluculuk faaliyeti sırasında ortaya çıkmış veya elde edilmiş olanlardır. Arabuluculuk aşamasından önce var olan veya arabuluculuktan bağımsız elde edilmiş, bilinen bir bilgi/belge, sonradan arabuluculukta da kullanılırsa yasak hale gelmez. Sonradan delil olarak kullanılması yasak olan bilgi ve belgeler, arabuluculuk yoluna başvurulmasa ortaya çıkması mümkün olmayanlardır.

⁴¹⁰ <https://www.kearns.co.uk/wp-content/uploads/2017/06/European-code-of-conduct-for-mediators.pdf> (20.11.2021)

HUAK'taki bu düzenleme ile paralel düzenleme ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının 6. maddesinde yer alır. İlgili maddede yukarıda açıklanan şekilde delil olarak kullanılması yasak olan haller ve bu belgeler sayılmıştır. Bunlar dışında, hükme esas alınmayacak olan sözkonusu belgelerin sunulması üzerine hakem kurulunun, karşı tarafın talep etmesi üzerine, bu bilgi ve belgeleri sunan tarafı tahkim yargılamasının tüm giderlerini ödemeye mahkum edebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan bir delilin tahkimde ileri sürülebilen bir delil olup olmadığı konusunda herhangi bir tereddüt veya taraflar arasında bir uyuşmazlık varsa, hakem kurulu ilgili delilin içeriğini incelemeyen bu delilin kabul edilip edilemeyeceği konusunda karar vereceği hüküm altına alınmıştır.

Önceki bölümlerde açıkladığımız gibi arabuluculuk sürecinden sonra hakemlik yapacak kişinin, arabuluculuk esnasında elde edilen bilgilerden hiç etkilenmeyeceği ihtimalini bir kenara bırakıp üstelik bu bilgilere göre karar vermesi, hem tarafsız ve adil bir yargılamadan uzak olacaktır hem de hakem kararı iptaline sebebiyet verebilecektir. Saf tahkim sürecinde dahi hakemin doğal şartlarda çevreden dava malzemesi olarak sunulmamış ancak öğrenmiş olabileceği gizli bilgiler olabilir. Bu üst sınır noktası kabul edilerek med-arb sürecinde bunun ötesine geçecek şekilde hakemin önceden öğrendiği bilgileri kullanmasının yasalarla yasaklanması doğru ve yerindedir.

III. TÜRKİYE'DEKİ KURUMSAL TAHKİM UYGULAMALARINDA MED-ARB

A. GİRİŞ

Çalışmanın önceki bölümlerinde Türkiye'de yer alan belli başlı kurumsal tahkim merkezlerine değinilmişti. Bu merkezlerden İstanbul Tahkim Merkezi(ISTAC) ve İTOTAM, kurumları bünyesinde med-arb uygulamasını mümkün kılmıştır. Her iki merkezin de kendi med-arb kuralları⁴¹¹ mevcuttur.

Sayılan kurumlar dışında taraflar, med-arb yolunu seçerek bu yolun bir arabuluculuk veya tahkim merkezinde sürdürülmesini de pekala kararlaştırabilirler.

⁴¹¹ İTOTAM Med-Arb Kuralları https://www.itotam.com/Dosyalar/2021/YENI_BASLIK_MED-ARB%20KURALLARI.pdf 20.11.2021

Aşağıda, konuya örnek olması açısından İstanbul Tahkim Merkezi bünyesinde gerçekleştirilen med-arb sürecine yer verilecektir.

B. İSTANBUL TAHKİM MERKEZİNİN ARABULUCULUK-TAHKİM KURALLARINA GÖRE MED-ARB

1. İSTANBUL TAHKİM MERKEZİNE GENEL BAKIŞ

Türkiye’de arabuluculuk, tahkim ve uzlaştırma ile alakalı mevzuat çalışmaları, eğitimler ve uygulamadaki gelişmeler, tahkim yargılamasının ticaret odaları gibi birtakım kurumlar nezdinde gerçekleştirilmesine dair atılımlar geç de olsa ADR ve onun özelinde tahkim hukukunun gelişmesi ve yargılamasının yaygınlaşması açısından önemli adımlar olmuştur. Ancak; özellikle uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklar, Türkiye’de bir kurumsal tahkim merkezi bulunmasını gerekli kılıyordu. Bu konuya dair çabalar devlet tarafından desteklenmişse de özel sektörden bir sonuç alınamamıştı. Bunun üzerine bizzat devlet tarafından desteklenen bir tahkim merkezi kurulması fikri ortaya atılmıştır.

Bununla alakalı olarak Adalet Bakanlığı bünyesinde, alternatif uyuşmazlık çözümü ve tahkim alanlarında çalışan, çoğu akademisyen ve hâkimlerden oluşan bir Çalışma Grubu kurulmuştu. Çalışma Grubu, dünya çapındaki kurumsal tahkim merkezlerinin kuruluş, yapılanma ve işleyişleri hakkında incelemelerde bulunmuştu. Sonuç olarak ülkemizde kurulacak tahkim merkezi için model alınacak iki kurumdan ilki Alman Tahkim Derneği, diğeri ise Çek Cumhuriyeti Ticaret ve Tarım Odası Tahkim Mahkemesi’ydi.⁴¹² Her iki kurum da tahkim kültürünün ilgili ülkelerde yerleşmesi için itici güç olmuştur.⁴¹³

Türkiye’de, önceki bölümlerde açıkladığımız gibi, kurumsal tahkim merkezi niteliğinde oluşumlar bulunmasına karşılık hem milletlerarası tahkim hem de iç tahkime dair bağımsız ve efektif bir kurumsal tahkim merkezinin bulunmaması eksikliği, yasama organı tarafından kanunla, tüzel kişiliğe haiz ve özel hukuk hükümlerine tabi bir tahkim merkezi kurulmasıyla giderilmiştir. İstanbul Tahkim Merkezi, 20.11.2014 tarihli ve 6570

⁴¹² Alman Tahkim Derneği, dernek statüsünde kurulan bir kurum olduğu hâlde, Çek Cumhuriyeti Ticaret ve Tarım Odası Tahkim Mahkemesi, kanunla kurulmuş bir merkezdir.

⁴¹³ Hakan Pekcanitez, “İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.12, Özel S., 2010, s. 642.

sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu'nun, 29.11.2014 tarihli ve 29190 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle kurulmuştur. İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu'nun 1 Ocak 2015'te yürürlüğe girmesinin ardından 26 Ekim 2015'te toplanan 2. Genel Kurul sonrası "ISTAC Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları" kabul edilip onaylanmış ve böylece Merkez dava kabulüne hazır hale gelmiştir.⁴¹⁴ Yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere uyuşmazlıkların tahkim veya alternatif uyuşmazlık yöntemleriyle çözümünü sağlamak üzere kurulan İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC), fiilen faaliyette olup ulusal ve uluslararası davaları çözümlenmektedir.⁴¹⁵ ISTAC gerek Türkiye'deki gerekse yurtdışındaki ticari aktörler arasındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesi için tahkim ve arabuluculuk hizmeti sunan, bağımsız, tarafsız ve özerk bir kurumdur.

İstanbul Tahkim Merkezi, ticari hayatın ihtiyaçlarına cevap veren, hızlı, uzmanlaşmış, esnek, devlet mahkemelerine göre çok daha az masraflı bir yargılama hizmeti sunmaktadır.⁴¹⁶ İstanbul Tahkim Merkezi'nden alınan bilgilere göre,⁴¹⁷ 2015 Ekim'inde kurulan ve Kurallarını 2016'da yayımlayan ISTAC'a 2018'de 18, 2019 yılında 27 ve 2020 yılında ise 45 tahkim başvurusu yapılmıştır.⁴¹⁸ Görüldüğü üzere, ISTAC'a başvuru sayısı yıldan yıla artış göstermiştir. Birçok kurumun ve şirketin, sözleşmelerine İstanbul Tahkim Merkezi tahkim şartını ekliyor olması bu sayıları arttırmaya devam edecektir. Bunun yanında dava şartı arabuluculukta çözülemeyen uyuşmazlıklarda tarafların tahkime yönlendirilmesi ile ilgili çalışmaların, tahkime başvuru sayılarını daha da artıracığı düşünülmektedir.⁴¹⁹

ISTAC ihtiyari tahkim merkezi olduğundan, taraflar arasında yapılan sözleşmede ISTAC'ın yetkilendirilmesi gerekir.⁴²⁰ ISTAC'a başvurulmuş ve tahkim anlaşmasında

⁴¹⁴ Rakamlarla ISTAC s.2. Tam metin için https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2018/05/rakamlarla_istac_tr.pdf (03.04.2021)

⁴¹⁵ Başbakanlık genelge 2016/25 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/11/20161119-5.pdf> (03.04.2021)

⁴¹⁶ <https://istac.org.tr/uyusmazlik-cozumu/tahkim/> (30.01.2021)

⁴¹⁷ 27.01.2020 tarihinde ISTAC Genel Sekreterliğinden tahkime başvuru sayıları e-mail yoluyla istenilmiş olup Genel Sekreterlikçe 06.01.2021 tarihinde tahkime başvuru sayıları e-maile bildirilmiştir. Son olarak güncel dava istatistikleri için bkz. <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2022/06/ISTAC-2021-Dava-%C4%B0statistikleri-G%C3%BCncel.pdf> (20.12.2022)

⁴¹⁸ Daha detaylı bilgi için https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2018/05/rakamlarla_istac_tr.pdf (05.04.2021)

⁴¹⁹ EKŞİ, a.g.e., s. 124.

⁴²⁰ Ya da ad hoc tahkimde taraflar hakemlerin ISTAC tarafından seçilmesini kararlaştırılabilir. Detaylı bilgi için Akıncı, a.g.e., s. 437.

başkaca bir tahkim kuralı benimsenmemişse yukarıda sayılan kurallar uygulama alanı bulacaktır. Acil durum hakemi ve seri tahkimin uygulanacağı haller dışında ISTAC Tahkim Kuralları (veya arabuluculuk yolu seçilmişse ISTAC Arabuluculuk Kuralları) uygulanacaktır.

İstanbul Tahkim Merkezi'nin özel usullerinden bir diğeri arabuluculuk-tahkim (med-arb, ara-tahkim) yoludur. ISTAC, Arabuluculuk-Tahkim Kurallarını 15 Kasım 2019 tarihinde kurumsal web sitesinde yayınlarken ilan etmiş ve 2 Aralık 2019 tarihinde de basın toplantısı ile Med-Arb projesinin duyurusunu gerçekleştirmiştir. ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının⁴²¹ uygulanması için taraflar öncelikle uyuşmazlığın çözümünde med-arb yoluna başvuracaklarını ve bu yola başvurulduğunda ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının uygulanacağını kararlaştırmalıdır.

İlk maddesinde arabuluculuk-tahkim(med-arb) yolunun tanımlandığı Kurallarda; kuralların uygulama alanı, med-arb sözleşmesinin kararlaştırılabileceği aşamalar, tahkim sürecinde med-arb usulünün seçilmesi, acil durum hakemiyle ilgili hususlar, gizlilik ve arabulucunun hakem olarak atanmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

C. ISTAC ARABULUCULUK-TAHKİM KURALLARI AMAÇ VE UYGULAMA ALANI

İstanbul Tahkim Merkezi, dünyada arabulucu-hakem kurallarını düzenleyen ilk kurumdur.⁴²² Med-arbın hayata geçirilmesi Merkezin dünya çapında tanınması ve kurumsal tahkim merkezleri listesinde üst sıralara taşınması için önemli bir gelişmedir. Merkez, yakın gelecekte İstanbul Uluslararası Arabuluculuk- Tahkim Sözleşmesini (İstanbul Konvansiyonu) dünyaya ihraç edip (UNCITRAL – Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu aracılığıyla üye ülkelerce imzalanmasıyla) bu alanda ilk adımı atan merkez kimliğiyle etkinlik alanını genişletmeyi hedeflemektedir. Med-arb çözüm yolunu

⁴²¹ <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kurallar%C4%B1-Med-Arb.pdf> (02.01.2021)

⁴²² Akıncı, a.g.e., s. 18.

getirmekle kurumun asıl hedefinin, arabuluculukta anlaşma sağlanamayan dosyalar için yeni bir çözüm sunmak olduğu ileri sürülmüştür.⁴²³

ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının amacı, m. 1'e göre, *arabuluculuk veya tahkime konu olabilecek uyuşmazlıkların İstanbul Tahkim Merkezi nezdinde çözümünde, uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuk ve tahkime beraber yer verilmesi durumunda, takip edilecek usul ve uygulama kurallarının belirlenmesidir*. Buna göre uyuşmazlık, niteliği gereği hem arabuluculuğa hem de tahkime elverişli olmalıdır ki ISTAC Med-Arb kurallarınca çözümlenebilsin. ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları, arabuluculuk veya tahkim sürecinin başlatılması, hakem veya arabulucu tayini gibi yargılama sürecine yönelik hükümler içermediğinden aslında bu yola başvuran taraflar için Kurallar⁴²⁴, ISTAC Arabuluculuk Kuralları ve ISTAC Tahkim Kuralları ile beraber yürütülecektir.

Bu haliyle klasik bir Med-Arb süreci, ISTAC Arabuluculuk Kurallarına uygun olarak yapılacak olan arabuluculuk başvurusu ile başlayacak, genel kapsamda Tahkim Kuralları ile son bulacaktır. Demek oluyor ki, tarafların başvurusuyla birlikte önce ISTAC arabuluculuk sürecine dair kurallar ve sonrasında (arabuluculukta anlaşmaya varılamamışsa) ISTAC tahkim sürecine ilişkin kurallar uygulanacak ve bu iki kuralın uygulanmasıyla süregelen yargılama, ISTAC Arabuluculuk- Tahkim Kurallarına⁴²⁵ göre yönetilecektir.

ISTAC med-arb, Kurallarda madde 2'nin ilk iki fıkrasından anlaşılacağı gibi- iki aşama sonunda vukuu bulur. İlk ve mutlak şart, tarafların uyuşmazlığı önce arabuluculuk, anlaşamazlarsa tahkimle nihai çözüme kavuşturulacağı (med-arb yönteminin tercih edildiği) konusunda iradelerinin bulunmasıdır.⁴²⁶ Diğerisi ise ISTAC Arabuluculuk-

⁴²³Detaylı bilgi için <https://istac.org.tr/arabulucuda-cozulemeyen-ticari-davalar-istac-tahkiminde-sonuclanacak/>; <https://istac.org.tr/istanbul-tahkim-merkezi-arabuluculuk-merkezleri-ile-bulusarak-is-birligi-cagrisi-yapti/> 06.02.2020

⁴²⁴ Bundan sonra ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarından kısaca "Kurallar" olarak bahsedilecektir.

⁴²⁵<https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2020/01/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kurallar%C4%B1-vson.pdf> (12.08.2022)

⁴²⁶ Uyuşmazlığın arabuluculuk faaliyeti sonucunda çözümlenememesi hâlinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümleneceğine dair taraf iradeleri tereddüde yer vermeyecek kadar açık olmalıdır. Zira Yargıtay'ın müstakar kararlarına göre, geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edebilmek için tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine ilişkin taraf iradelerinin herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça anlaşılabilir olması gerekir. Aksi halde, tahkim anlaşması geçersiz kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için Gökyayla, a.g.m., s. 584.

Tahkim Kurallarının uygulanacağını (med-arb klozu) açıkça kararlaştırmaları veya taraf iradeleri doğrultusunda sürecin niteliği gereği Kuralların kendiliğinden uygulama alanı bulmasıdır.

İkinci şart olan, uyuşmazlığın ISTAC Arabuluculuk-Tahkim kurallarına tabi kılınması dört durumda mümkün olabilir:⁴²⁷

1. Taraflar aralarındaki sözleşmede açıkça uyuşmazlığın ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarına göre çözüleceğine yer verebilirler. Madde 2'nin 3. fıkrasında, tarafların atıf yaparken "ISTAC" veya "İTM" gibi "İstanbul Tahkim Merkezini ifade eden bir belirleme ile "med-arb" veya "ara-tahkim" gibi "arabuluculuk-tahkim" mekanizmasını ifade eden kısaltma terim veya farklı dildeki karşılıklarını kullanabilmeleri mümkün kılınmıştır.
2. Tarafların aralarında doğan veya doğacak bir uyuşmazlık için med-arb yöntemini tercih etmiş ancak ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarına açıkça atıf yapmış olmamalarına rağmen, arabuluculuk veya tahkim yöntemlerinden en az birinin ISTAC nezdinde yapılacak olduğunu kararlaştırmaları ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının uygulanması için yeterlidir. Buradaki amaç, arabuluculuk ile tahkim arasındaki ilişkinin düzenlenmesi ve sürecinin devamlılığının sağlanmasıdır. Örneğin; taraflar aralarındaki sözleşmeye med-arb klozu koymuş ve sadece tahkim için ISTAC Tahkim Kurallarını, *"Bu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıklar, ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları uyarınca arabuluculuk-tahkim yöntemiyle çözümlenecektir. İlk aşamada uyuşmazlık ... süre içinde arabulucu olarak sicil numaralı X ile çözüme ulaştırılamazsa ISTAC Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir."* şeklinde bir ibareyle kabul etmişlerse, tahkimin ISTAC nezdinde yapılacak olmasından dolayı ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları otomatikman uygulama alanı bulacaktır. Elbette bu, arabuluculuğun da ISTAC Arabuluculuk Kurallarına tabi kılınacağı anlamına gelmez. Arabuluculuk süreci tarafların kararlaştırdığı şekliyle gerçekleşip son bulacaktır.

⁴²⁷ Bkz. Demirkol, a.g.e., ss. 79-82.

3. Bir başka ihtimal; taraflar arasında öncesinde herhangi bir med-arb veya bir tahkim şartı yer almamakta ancak arabuluculuk sürecinde tarafların uyuşmazlığın nihai çözümü için arabuluculuk sonrasında ISTAC nezdinde tahkime sunulacağını kararlaştırmaları (arabuluculuk sürecindeyken tahkim şartı kurmaları) durumunda, tahkim aşaması yürütülürken ISTAC Tahkim Kurallarına ek ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının uygulama alanı bulmasıdır. Yani bazen, med-arb şartı ve ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının uygulanacağına açıkça atıf yapan bir anlaşmanın yapılmış olması dahi gerekmez. Sözgelimi taraflar bir arabuluculuk süreci içindeyken uyuşmazlığın sonrasında ISTAC Tahkimiyle nihai çözümleneceğini kararlaştırırlarsa, ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarına dair ayrıca bir anlaşma yapmaları gerekmeyecek, mevcut med-arb iradeleri ve ISTAC Tahkim şartı ortaya koyulması Kuralların uygulanması için yeterli olacaktır. Kurallar özellikle gizlilik ve arabuluculuk sürecinde elde edilen bilgi ve belgelerin tahkim yargılamasında kullanımı⁴²⁸ açısından önem arz etmektedir (ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m. 6). İlerde açıklanacak olan zorunlu arabuluculuk sonrası tahkim müessesesi de bu kapsamdadır.⁴²⁹
4. Son ihtimal olarak “arb-med-arb” uygulamasını verebiliriz. Başta taraflar arasında bir med-arb şartı bulunmamakta ancak tahkim şartı bulunmaktadır. Buna dayanılarak açılmış, ISTAC bünyesinde yürütülen bir tahkim davası sırasında taraflar bu kez uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümleneceği kanaatine varabilirler. Bu anlaşmayla tahkim yargılaması bertaraf edildikten sonra geçilen arabuluculuk aşamasında varılan sulh anlaşması, hakem kararı olarak yazılabilecek (ISTAC Arabuluculuk Kuralları m. 12/3); şayet taraflar anlaşamazlarsa devam edilecek tahkim yargılaması ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının (m. 3/4, m. 2/3) uygulanmasını gündeme getirecektir. Yine burada da Kuralların 6. maddesi önem arz eder.

⁴²⁸ ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m.6

⁴²⁹ Ya da taraflar zorunlu arabuluculuk sürecinde direkt ISTAC med-arb anlaşması yapabilirler.

1. İSTANBUL TAHKİM MERKEZİ UYGULAMASINDA MED-ARB SÜRECİ

a) Arabuluculuk-Tahkim Anlaşmasının Yapılma Zamanı

Yukarıda med-arb klozuyla veya bazı durumlarda buna gerek kalmadan, ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının nasıl uygulama alanı bulacağına yer verdik. Bu başlıkta ise tarafların ISTAC nezdinde med-arb anlaşması yapabileceğinin mümkün olduğu hâller ortaya koyulacaktır.

Tarafların med-arb yöntemini bir anlaşmayla öngörebileceği zamanlar şu şekilde ifade edilebilir: Aralarında belirlenebilir bir hukuki ilişkiden doğabilecek veya doğmuş bir uyuşmazlık nihai olarak çözülene kadar herhangi bir aşamada med-arb anlaşması yapabilirler (*ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m.3/1*); daha önce med-arb öngörülmemesine karşılık arabuluculuk süreci devam ederken tüm süreci med-arb sürecine çevirmek için med-arb anlaşması yapabilirler (*ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m.3/3*); veya ISTAC nezdinde devam eden bir tahkim yargılaması sırasında med-arb anlaşması yapabilirler (*ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m.3/4*). Bu hususlar aşağıda sırasınca açıklanacaktır.

ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının uygulanabilmesi için -diğer tüm ihtiyari alternatif uyuşmazlık çözümlerinde olduğu gibi- taraflar açıkça Med-Arb çözüm yolunun ISTAC nezdinde sürdürüleceğini kararlaştırabilirler. *Taraflar, arabuluculuk-tahkim anlaşmasını, aralarında belirlenebilir bir hukukî ilişkiden doğabilecek veya doğmuş bir uyuşmazlığın çözümü için uyuşmazlığın nihaî olarak çözümlenmesine kadar herhangi bir aşamada yapabilirler (ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m. 3/1)*. Bu Med-Arb anlaşması, ayrıca oluşturulacak bir sözleşmeyle kabul edilebilir veya şu şekliyle sözleşmeye eklenebilir:

“Bu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıklar, İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk-Tahkim Kuralları uyarınca arabuluculuk-tahkim yöntemiyle çözümlenecektir.”

Taraflar dilerlerse Med-Arb klozunu daha açık şekilde belirlemek için kloza şöyle devam edebilirler:

“...Uyuşmazlık çıktığında, taraflar önce İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk Kuralları uyarınca arabuluculuk yöntemine başvuracaktır. Taraflar arabuluculuk sonucunda anlaşmaya varamazsa, uyuşmazlık İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir.”⁴³⁰

Yukarıda verilen örnek şarta tahkim yeri, tahkim dili, hakem sayısı, uygulanacak hukuk vb. hususlar pekala eklenebilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus; tarafların, arabuluculuk sonrası tahkime gidileceğini mutlak olarak kararlaştırmaları, tahkime başvurmak ihtiyari bir yolmuş gibi anlaşılabilir bir tahkim şartı düzenlemeleridir.⁴³¹

ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının 3/2. maddesinde “*Bu uyuşmazlığın çözümü için daha önce müzakere edilmiş olması, arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması veya tahkim yargılamasının başlatılmış olması, tarafların arabuluculuk-tahkim anlaşması yapmasına engel olmaz.*” denilerek, öncesinde med-arbitan başka bir uyuşmazlık çözüm süreci başlatılmış olmasına rağmen; uyuşmazlığın nihai olarak çözümlenmesine kadar tarafların anlaşarak med-arbit anlaşması yapmaları -ISTAC Med-Arb yolunu işletebilmeleri- mümkün kılınmıştır. Düzenlemede sayılan haller sınırlı olmayıp arabuluculuk, tahkim yargılaması ve dahi devlet yargısına başvurulmasının ardından uyuşmazlık nihai sonuçlanana kadar her zaman med-arbit anlaşması yapılabilecektir. Açıkladığı gibi, herhangi bir çözüm yoluna girilmiş olması ISTAC med-arbit ve buna dair Kurallarının uygulanmasını engellemeyecektir. Herhangi bir yöntemde nihai çözümden önce med-arbit usulünün seçildiğini ve bunun ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarınca uygulanacağını ortaya koyan bir anlaşma yapılması yeterlidir.

Arabuluculuk sürecine başvurmuş ve sürecin içerisinde bulunan taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk-Tahkim Kuralları uyarınca arabuluculuk-tahkim anlaşması yaparlarsa arabuluculuk sürecine Arabuluculuk-Tahkim Kuralları uyarınca devam edilir (m. 3/3). Bir diğer olanak; taraflar, ilk olarak tahkim yargılaması başlattıktan sonra arabuluculuk-tahkim anlaşması

⁴³⁰ Örnek med arbit klozu için bkz. Demirkol, a.g.e., s. 112.

⁴³¹ “...taraflar arabuluculuk sonucunda anlaşmaya varamazlarsa, tahkim yoluna başvurabilirler.” ifadesi med-arbit iradesini ortaya koymayacaktır.

yaparlarsa bu durumda ISTAC Arabuluculuk-Tahkim kuralları uygulanacak, ISTAC nezdinde arabuluculukta anlaşamayan taraflar için nihai karar ISTAC Tahkiminde verilecektir (m. 3/4). Örneğin, herhangi bir tahkim yargılaması görülmekte ve taraflar bunu bertaraf ederek ISTAC med-arb anlaşması yapmışlar. Bu uyuşmazlık ISTAC nezdinde Arabuluculuk Kurallarına göre çözülecektir. Şayet arabuluculukta çözülemezse nihai çözüm olarak ISTAC Tahkimine geçilir.

ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının arabuluculuk-tahkim anlaşmasının yapılma zamanı başlıklı 3. maddesinin son fıkrasında, yukarıda açıklanan tahkim sonrası med-arb hususuna ilişkin ayrıntı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Klasik bir arb-med-arb usulünde uyuşmazlık, ikinci aşama olan arabuluculuk yöntemi ile çözümlenemezse; durmuş olan önceki tahkim yargılamasına, uygun düştüğü ölçüde aynı hakem kurulu ile kaldığı yerden devam edilebilir. ISTAC bünyesinde arb-med-arb usulünü, ISTAC tahkime başvuru ve devam ederken bunun bertaraf edilip med-arb anlaşmasıyla med-arb sürecine geçilmesi olarak kabul edebiliriz. Peki bu durumda birinden vazgeçilmiş iki farklı tahkim sürecinin nasıl cereyan edeceği Arabuluculuk-Tahkim Kuralları madde 3'ün son fıkrasındaki düzenlemeyle anlaşılacaktır: Daha önce durmuş olan ISTAC tahkim yargılamasına devam edilmesi tahkim yeri hukuku kuralları, Arabuluculuk-Tahkim Kuralları, Tahkim Kuralları veya hakkaniyet ile çelişkili durumlar yaratmakta ve taraflardan birinin yazılı talebi varsa Divan, durmuş olan tahkim yargılamasına devam edilmemesine ve Arabuluculuk-Tahkim Kuralları uyarınca yeni bir tahkim davası açılmasına karar verebilir (m. 3/4). Bu da demek oluyor ki tarafların, arabuluculuk-tahkim yolunu seçmeden önce başvurdukları tahkim yargılaması bertaraf edildikten sonra med-arb sürecinin tahkim aşamasına ilk tahkim davasındaki hakem veya hakemlerce⁴³² devam edilebilmesi, taraflardan birinin itirazı varsa bunun ancak mevzuat veya hakkaniyete uygunluğu hakkında Divan'ın olumlu karar vermesiyle mümkün olacaktır. Aksi halde taraflar med-arb usulünün ilk aşaması (taraflar içinse tüm süreçte ikinci aşaması) olan arabuluculuk safhasında anlaşamazlarsa, önceki bertaraf ettikleri tahkim davasına devam edilemeyecek ve med-arb yolunun ikinci aşaması niteliğinde olacak ayrı bir tahkim

⁴³² Örneğin önceki tahkim sürecinde üç hakem görevliyse engel sebebi şahsında oluşan tek hakem için itiraz edilebilir.

davası açılacaktır. Elbette taraflardan gelen yazılı itirazın kabul görmesi için, kötüniyetle veya yargılamayı uzatmak gayesiyle yapılmamış olması gerekir.

Aşağıda ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının uygulama alanının net ortaya konulması amacıyla bir tabloya yer verilmiştir.

Tablo 16 Med-Arb Anlaşmasının Yapılması ve ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının Uygulama Alanı Bulması

İlerde doğabilecek uyuşmazlıklar için öngörülmuş bir med-arb anlaşması var ise;	İlerde doğabilecek uyuşmazlıklar için öngörülmuş bir med-arb anlaşması yok ise;
<p>a. Taraflar, açıkça “ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları”nın uygulanacağını med-arb anlaşmalarına ekleyebilirler.</p> <p>b. Tarafların;</p> <ul style="list-style-type: none">• med-arb sürecinin sadece tahkim aşamasında ISTAC Tahkim Kuralları uygulanacağını,• med-arb sürecinin sadece arabuluculuk aşamasında ISTAC Arabuluculuk Kurallarının uygulanacağını• veya ayrı ayrı arabuluculuk aşamasında ISTAC Arabuluculuk Kuralları ve tahkim aşamasının ISTAC Tahkim kurallarını uygulanacağını kararlaştırmalarıyla bunlara ek olarak ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları kendiliğinden uygulamaya koyulur.	<p><u>a. Sonradan yapılacak ISTAC med-arb anlaşmasıyla Kurallar uygulama alanı bulur:</u></p> <p>Taraflar;</p> <ul style="list-style-type: none">• doğmuş uyuşmazlık nihai olarak çözülene kadar her zaman ISTAC Med-Arb anlaşması yapabilirler,• bir arabuluculuk süreci devam ederken ISTAC Med-Arb anlaşması yapabilirler,• veya ISTAC nezdinde devam eden tahkim yargılaması sürecinde ISTAC Med-Arb anlaşması yapabilirler. <p><u>b. Med-arb anlaşması yapılmasına gerek kalmadan Kurallar uygulama alanı bulur:</u></p> <p>Taraflar;</p> <ul style="list-style-type: none">• Arabuluculuk süreci devam ederken uyuşmazlığın ISTAC Tahkimine sunacağını kararlaştırırlarsa veya

	<ul style="list-style-type: none">• ISTAC nezdinde devam eden bir tahkim yargılamasında arabuluculuk anlaşması yaparlarsa (arb-med-arb) bu süreçlerde ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları kendiliğinden uygulama alanı bulur.
--	---

b) Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi ve Tahkim Yargılamasının Başlatılması (ISTAC Med-Arb'ta Arabuluculuk ve Tahkim Süreçleri)

ISTAC Med-Arb sürecinde, arabuluculuk adımı -ISTAC bünyesinde yapılmışsa- ISTAC Arabuluculuk Kurallarına ve tahkim ise ISTAC Tahkim Kurallarına göre yürütülür.

Taraflar arasındaki anlaşmanın niteliğinin sadece arabuluculuk veya med-arb olup olmadığına bakılmaksızın; ISTAC'ta arabuluculuk süreci nasıl başlıyor ve yürütülüyorsa aynı şekilde ilerleyecektir. Bununla alakalı olarak ISTAC Arabuluculuk- Tahkim Kurallarında; arabuluculuk talebinde bulunulması, arabulucu atanması (m. 4/1) ve anlaşamama tutanağının imzalanması hakkında ISTAC Arabuluculuk Kurallarına atıf yapıldığı görülmektedir. Örneğin madde 4'ün 3. Fıkrasında “*İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk Kuralları'nın 12. maddesi uyarınca arabuluculuğun sona erdiği ve tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümü konusunda anlaşmaya varamadıkları durumda, arabulucu ve taraflar tarafından imzalanan anlaşamama son tutanağı ile bu durum tespit edilir. Taraflardan biri tutanağı imzalamak istemediği takdirde, arabulucu bunun sebebini belirterek tutanağı imzalar.*” hükmü yer almaktadır. Anlaşılacağı üzere; sadece arabuluculuk mekanizmasının yürütülmesi veya arabuluculuğun med-arb sürecindeki arabuluculuk aşaması olması, bahsedilen hususlar hakkında uygulanacak kurallar için bir fark oluşturmayacaktır.

Verilenler ışığında, şayet ISTAC'ta bir med-arb süreci başlatmak istiyorsanız; öncelikle ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları madde 4/1 atfıyla ISTAC Arabuluculuk Kurallarının 4. maddesi⁴³³ uyarınca arabuluculuk talebinde bulunmalısınız.

⁴³³ ISTAC Arabuluculuk Kuralları tüm metin için bkz. <https://istac.org.tr/ISTAC-ARABULUCULUK-KURALLARI-20151026.pdf> (21.02.2021)

Yine aynı maddeye göre arabulucu, İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk Kurallarının 7. maddesi uyarınca atanacak ve İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk Kurallarına göre görev yapacaktır. Nihayet tüm arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varamazsanız, anlaşamama tutanağı yukarıda verilen ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları madde 4/3 atfıyla ISTAC Arabuluculuk Kurallarının 12. maddesiyle paralel şekilde imzalanacaktır.

Arabuluculuğun sona ermesi sonrası, genel anlamıyla tahkim süreci de klasik bir ISTAC tahkimi olarak ilgili kurallar nezdinde benzer şekilde başlar ve yürütülür. Ancak tüm bunların yanında med-arbta arabuluculuk ve tahkim süreçlerine beraber yer verilmesinin yarattığı özel durumlar mevcuttur. Bu durumlar ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarında düzenlenmiştir.

c) Med-Arb Yolunun Kendine Özgü Yapısına İlişkin Kurallar

(1) Sulh Anlaşmasının Hakem Kararı Olarak Tespit Edilebilmesi

Med-arb karma ve kendine özgü bir süreç olduğundan, tek başına arabuluculuk veya tek başına tahkim süreçleri kapsamında olanlar dışında, yarattığı bir takım özel durumlar meydana gelebilmektedir. Bunlar, ISTAC Arabuluculuk Kuralları veya ISTAC Tahkim Kurallarında yer almayıp ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarında düzenleme alanı bulmaktadır. Örneğin med-arb süreci içerisinde başlattığınız arabuluculuk aşamasında anlaşmaya vardıysanız; ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları madde 5/3 atfıyla ISTAC Arabuluculuk Kuralları madde 12/3'e göre arabuluculuk sonucu karşı tarafla ulaştığınız sulh anlaşması hakem kararı olarak tespit edilebilecektir⁴³⁴. Bu kuralın med-arb yoluna özgü bir kural olduğunu söyleyebiliriz; çünkü ISTAC Arabuluculuk Kurallarının ilgili 12. maddesi metninde “(...)tarafaların talebi ve taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının bulunması koşuluyla...” ibaresi yer almaktadır ve bu, taraflar arasında bir arabuluculuk-tahkim iradesinin bulunduğunu⁴³⁵ ortaya koyar. Hükümde yer

⁴³⁴ Benzer şekilde ISTAC Tahkim yargılamasında dosyanın, tek hakem veya hakem kuruluna havalesinden sonra taraflar sulh oldukları takdirde tahkim yargılamasına son verileceği ve bu sulh anlaşmasının hakem kararı olarak tespit edilebileceğine dair hüküm için bkz. ISTAC Tahkim Kuralları madde 38. <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/01/%c4%b0STANBUL-TAHK%c4%b0M-MERKEZ%c4%b0-TAHK%c4%b0M-KURALLARI.pdf> (21.02.2021)

⁴³⁵ Önceki bölümlerde de açıklandığı gibi taraflar, arabuluculuk süreci devam ederken ISTAC Tahkim anlaşması yapabilirler ve bu durum ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının uygulanmasını kendiliğinden doğurur.

aldığı gibi sulh anlaşmasının hakem kararı olarak tespit edilebilmesinin iki koşulu bulunmaktadır. Bunlar; tarafların arasında tahkim anlaşması bulunması ve tarafların sulh anlaşmasının hakem kararı olarak tespit edilmesine yönelik iradesidir. Pekala tarafların sulh anlaşmasını hakem kararı olarak tespit etmesindeki amaç tenfiz (uygulanma) kolaylığı bakımındandır. Bilindiği üzere hakem kararlarının 166 ülkenin taraf olduğu 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Konvansiyon (NY Konvansiyonu) uyarınca geniş bir coğrafyada tanınması ve tenfizi mümkündür. İlgili maddenin düzenlenme amacının NY Konvansiyonunun sağladığı tanıma-tenfiz kolaylığı olması bir tarafa; NY Konvansiyonu benzeri, arabuluculuk anlaşma tutanağına dair bir sözleşmenin daha dünya gündeminde olduğunu bilmekteyiz. Önceki bölümlerde değindiğimiz, Türkiye'nin de taraf olduğu ve Eylül 2020'den beri yürürlükte bulunan Singapur Sözleşmesi, arabuluculuk sonucunda elde edilen sulh anlaşmalarının sınır ötesi icrasına yönelik hükümler öngörmektedir. Henüz etki alanı NY Sözleşmesi kadar geniş olmasa da yakın gelecekte taraflar, bu sayede sulh anlaşmalarını hakem kararı olarak tespit ettirmek zorunda kalmayabileceklerdir.

(2) Med-Arb Süreci Başlatılırken veya Arabuluculuk Aşaması Sırasında Acil Durum Hakemi Talebinde Bulunulabilmesi

Devlet yargısında olduğu gibi tahkimde, uyuşmazlığın ortaya çıkmasıyla yargılamanın başlaması arasındaki süreç için tedbire ihtiyaç duyulabilir. Geçici hukuki koruma tedbirleri; yargılama sürecinin sağlıklı bir biçimde ortaya koyulmasının, yargılama süresince hak kaybına uğranılmasının önüne geçilmesinin ve maddi gerçeğe ulaşmanın güvencesidir. Acil Durum Hakemi, hakem veya hakemlerin göreve başlamasının beklenemeyeceği kadar acil durumların varlığı halinde taraflara ihtiyaç duydukları geçici hukuki korumayı sağlayan, ticari hayatın gereklerine uygun ve etkin bir koruma mekanizmasıdır.⁴³⁶

ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarında acil durum hakemine ilişkin olarak 4. maddenin 2. fıkrasında bir düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre “*Taraflar, arabuluculuk tahkim süreci başlatırken veya arabuluculuk sırasında İstanbul Tahkim Merkezi Acil*

⁴³⁶ <https://istac.org.tr/uyusmazlik-cozumu/acil-durum-hakemi/> (09.03.2021)

Durum Hakemi Kuralları uyarınca acil durum hakemi tayini için başvuruda bulunabilirler.” Bu düzenlemeye ayrıca yer verilmiş olmasına rağmen, esasen acil durum hakemine başvurabilme hususu tarafların ISTAC Tahkimi konusunda anlaşmalarının bir sonucudur.⁴³⁷ Bu paralelde ISTAC Tahkim Kuralları m. 31 yer verildiği şekilde “Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, Tek Hakem veya Hakem Kurulu’nun göreve başlamasının beklenemeyeceği ölçüde acil bir durumun varlığı halinde, geçici hukuki korumaya ihtiyaç duyan taraf, İstanbul Tahkim Merkezi Acil Durum Hakemi Kuralları (Ek-1) uyarınca Sekreteryaya’ya başvurabilir.”

Med-arb yolunda hakem/hakem kurulu oluşması, ilk aşama olan arabuluculuğun tamamlanması(sonuçsuz kalması) sonrası tahkime başvurulduktan sonra gündeme gelecek bir süreçtir. Yani Tahkim Kuralları madde 31’de “*tek hakem veya hakem kurulunun göreve başlaması*” ibaresinde bahsedilen ana kadar geçen süreç, med-arb usulünde arabuluculuk aşamasını da doğal olarak kapsamaktadır. Nitekim ilerde bahsedileceği gibi med-arb anlaşmasının bulunduğu bazı hallerde arabuluculuğa başvurulmadan tahkime başvurulamayacaktır. Bahsedilen zaman diliminde tarafların aciliyet arz eden, telafisi imkânsız, ağır ya da fiili zarara uğraması veya hak kayıpları yaşanması muhtemel olabilir. Bu sebeple tarafların -çoğunlukla davacının- bir an önce geçici hukuki koruma tedbirlerine başvurması hasıl olabilir. Geçici bir tedbire hükmedilmesinin, taraflar arasında dostane yollarla kurulacak olan çözüm ilişkisine zeval verebilecek olması ile ilgili çekinceler bulunmasına karşılık; tarafların süreç içerisinde hak kaybına uğramamalarının sağlanması ve med-arb sürecinin ilerlemesini garantilemeye yönelik olarak, ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarında geçici tedbirlere ilişkin hüküm bulunması yerindedir. Bu hüküm, Kuralların 4. maddesinin 2. fıkrasında karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, arabuluculuk süreci başlatırken veya sırasında geçici hukuki korumaya ihtiyaç duyan taraflar için bu karar, başvuru Acil Durum Hakemi tarafınca verilecektir.

Acil Durum Hakemine başvuru için, ISTAC Acil Durum Hakemi Kurallarının 2. maddesinde *Acil Durum Hakemi tayini için başvuran tarafın, Tahkim Talebi, Dava Dilekçesi ya da Tahkim Talebine Cevap veya Cevap Dilekçesi sunmuş olması şartı*

⁴³⁷ Tarafların, acil durum hakemi usulünün uygulanması için tahkim anlaşmalarında ISTAC Acil Durum Hakemi Kurallarının uygulanacağına ayrıca yer vermeleri gerekli ve yeterlidir.

aranmaz, denilmiştir. Ancak acil durum hakemine başvurulduktan sonra, acil durum hakemi sürecinin devamının sağlanması için bir koşul öngörülmüştür. Yukarıda geçen maddenin son fıkrasındaki (m. 2/5) “*Başvurunun Sekreteryaya tarafından alınmasından itibaren 15 gün içinde başvuruda bulunan tarafın, Tahkim Talebi veya Dava Dilekçesi sunmaması halinde Divan Başkanı, Acil Durum Hakemi’nin görevine son verir*” şeklindeki düzenlemeden anlaşılacağı üzere, acil durum hakemine başvuran tarafın davacı taraf olması halinde tahkim talebi/dava dilekçesinin verilmesi için 15 günlük bir süre gündeme gelecektir.

Açıkladığımız gibi ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının 4(2) maddesine göre; med-arb süreci başlatılırken veya sürecin arabuluculuk aşamasında acil durum hakemine başvurulabilir. Bu başvurudan sonra arabuluculuk süreci durmayacak, devam edecektir. Ancak bu şartlarda acil durum hakemliğine başvuran tarafın yukarıda da bahsedilen ilgili maddedeki⁴³⁸ 15 günlük sürede tahkim talebi veya dava dilekçesi sunma imkanı olmayabilir. Buna çözüm olarak ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının yine aynı maddesinin devamında, acil durum hakemine başvurulduktan sonra tahkim talebi/dava dilekçesinin verilmesine ilişkin sürenin duracağı belirtilmiştir. Dahası, sürenin arabuluculuk sürecinin sona ermesinden sonra işlemeye başlayacağı yer almaktadır. Öyleyse bu süre, eğer acil durum hakemine arabuluculuktan önce başvurulduysa arabuluculuk süreci sona erdiğinde işlemeye devam edecek veya acil durum hakemine arabuluculuk sırasında başvurulduysa arabuluculuğun bitmesiyle işlemeye başlayacaktır.⁴³⁹

(3) Doğrudan Tahkim Davası Açılmaması

Med-Arb, niteliği gereği kural olarak önce arabuluculuk sürecinden ve bu sürecin tamamlanmasının ardından geçilecek tahkim sürecinden oluşur. Hakem/ hakem heyeti, med-arb’ın yürütmesinde kararlaştırılan arabuluculuğun tahkime başvurmanın ön şartı olarak öngörüldüğü kanaatine varırsa, arabuluculuk olmaksızın açılan tahkim davasını reddedebilir, tahkimin sona ermesine karar verebilir veya arabuluculuk aşamasını tahkim

⁴³⁸ ISTAC Acil Durum Hakemi Kuralları m. 2/5 “*Başvurunun Sekreteryaya tarafından alınmasından itibaren 15 gün içinde başvuruda bulunan tarafın, Tahkim Talebi veya Dava Dilekçesi sunmaması halinde Divan Başkanı, Acil Durum Hakemi’nin görevine son verir.*”

⁴³⁹ Demirkol, a.g.e., s. 89.

davası için bekletici mesele yapabilir. Fikrimizce bu gerekliliğe uyulmaması, bir kabul edilebilirlik sorunu olup tahkim kararının iptaline veya uluslararası alanda tenfize ilişkin soruna yol açabilir.

Taraflar arasında bir med-arb klozu bulunmasına karşılık tarafların arabuluculuk sürecini atlayıp doğrudan tahkim davası açmalarına olanak var mıdır sorusuna ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları madde 4'ün son fıkralarında cevap verilmiştir:

ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m. 4(4)'e göre, *“Taraflarca aksi kararlaştırılmadıysa, arabuluculuk süreci sona ermeden ve her halükarda arabuluculuk süreci başladıktan sonra sekiz hafta geçmeden önce tahkim davası açılmaz.”*

Düzenlemeden çıkarılacak ilk kural, arabuluculuk sona ermeden tahkim davasının açılmayacağıdır. Doğrudan tahkim davası açmak isteyen taraf için bu kural, asıl hedefe ulaşmak için formalite bir adım olarak görünebilir. Sırf arabuluculuk sürecini işletme şartını karşılamak amacıyla arabuluculuğa başvurulup, sonlandırılıp hemen ardından tahkim sürecine geçilmesi düşünülebilir. İşte bu noktaya karşılık gelecek şekilde maddenin devamında özel bir düzenlemeye yer verilmiştir: *“(...) her halükarda arabuluculuk süreci başladıktan sonra sekiz hafta geçmeden önce tahkim davası açılmaz.”* Arabuluculuk süreci ne kadar kısa sürmüş olursa olsun, başlatıldığı tarihten⁴⁴⁰ itibaren en az sekiz hafta geçmiş olmalıdır ki tahkime başvurulabilsin. Sözgelimi taraflar arabuluculuk sürecini başlattıktan iki hafta sonunda sonuca varmışlarsa bile kalan altı haftalık, toplamda sekiz haftalık süre dolmadan kural olarak tahkim davası açılmaz.

Maddede yer alan asgari sekiz haftalık süre, TTK 5/A maddesinin 2. fıkrasında⁴⁴¹ düzenlenen zorunlu arabuluculuk sürecinin azami sona erme süresiyle örtüşmektedir. İlerde bahsedeceğimiz gibi taraflar zorunlu arabuluculuk süresi zarfında med-arb yolunu kararlaştırıp, -ihtiyari olarak kabul etmiş oldukları- arabuluculukta anlaşmaya varamadıktan hemen sonra uyuşmazlığı -mahkeme yerine- doğrudan ISTAC Tahkimine getirebilirler. Bu husus, iş uyuşmazlıkları kapsamındaki zorunlu arabuluculuk süreci

⁴⁴⁰ ISTAC Arabuluculuk Kuralları Madde 4(3): *“Arabuluculuk talebine ilişkin gerekli başvuru evraklarının ve idari masrafin ödendiğini gösteren belgenin eksiksiz olarak teslim edildiği tarih, arabuluculuk sürecinin başlangıcı olarak kabul edilir.”*

⁴⁴¹ *“Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.”*

açısından değerlendirildiğinde⁴⁴² ise farklı bir durumla karşılaşılabılır. Zorunlu arabuluculuğun tamamlanması gereken sürenin sekiz haftadan daha kısa olduğu sözkonusu durumda tarafların, zorunlu arabuluculuk sürecini ve beraberinde devlet yargısını bir kenara bırakıp arabuluculuk sürecini ihtiyari olarak işleterek bu aşamada veya en başından med-arb yolunu benimsemeleri mümkündür. Esasen Kurallarda verilen sekiz haftalık sürenin, TTK'daki toplam sekiz haftalık ilgili süreye yönelik bir uygulaması yoktur. Ancak bunu bir çıkış noktası olarak değerlendirebiliriz.

Med-Arb şartı olan sözleşmelerde arabuluculuk sürecine gidilmemesi hususunda temelde iki yaklaşım bulunmaktadır.⁴⁴³ İlki; arabuluculuğa gidilmesini taraflar için bir zorunluluk değil, tüm çözüm sürecinde faydalı bir adım olarak görmektedir. Bu görüşe göre arabuluculuk süreci sonunda bağlayıcı bir çözüm sunulmadığından, tahkim davası açmak isteyen taraflar için arabuluculuk adımı vakit kaybından ileri gidemeyecektir. Dolayısıyla tahkim davası açma iradesinde olan veya doğrudan tahkim davası açmış olan tarafı, arabuluculuk sürecine devam etmeye zorlamak yarar ve anlam ifade etmeyecektir. Görüldüğü gibi tüm sürecin arabuluculuk ayağı, uyuşmazlığın bir şekilde nihai çözüme kavuşmasının ön plana koyulması sebebiyle görmezden gelinmektedir.

İkinci görüş ise med-arb sürecinin arabuluculuk safhasını bağlayıcı ve zorunlu bir adım olarak görür. Bu görüşe göre sözleşmede şayet taraflar arasında arabuluculuk safhası isteğe bağlı olarak düzenlenmemişse bu durum sözleşmesel şart olarak ele alınmalı ve taraf iradesine etki tanınmalıdır. Böylelikle taraflar kural olarak arabuluculuğa başvurmadan tahkime başvuramayacak; zaten aksi durumda tarafların med-arb klozu öngörmüş olmasının bir manası da kalmayacaktır. Demek oluyor ki, ortada nihai olarak tahkimle çözülmesi mümkün bir hukuki uyuşmazlık olmasına rağmen tarafların med-arb usulü öngörmesinin bir anlamı olmalıdır. Yine bu görüşe göre, tarafların iyiniyetle başladıkları arabuluculuk safhasında anlaşabilecek olmalarına binaen, tahkime gidilmeksizin uyuşmazlık çözüme kavuşturulacak ve bu sayede yüksek tahkim masraflarından da kaçınılmış olacaktır.

⁴⁴² İş uyuşmazlıklarında arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren 3 hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hallerde en fazla 1 hafta daha uzatılabilir.

⁴⁴³ Detaylı bilgi için Demirkol, a.g.e., s. 90.

Tüm bu verilenler ışığında, ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarında benimsenen yaklaşımın ikinci görüşe daha yakın olduğunu görmekteyiz. Öyle ki arabuluculuk sürecinin formalite bir adımdan ileri götürmek maksadıyla ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarında arabuluculuk sürecinin tamamlanma süresine dair özel bir hüküm, madde 4(4) getirilmiştir. Açıklandığı gibi bu maddeye göre; uyuşmazlık çözümüne dair sözleşmede, taraf, arabuluculuğa gitmeyi (med-arb sürecinin kapsamında dahi olsa) kabul ettiyse uyuşmazlık çıktıktan sonra sekiz haftayı bu arabuluculuk sürecine ayırmak durumundadır. Aksi halde kural olarak tahkim davası açılmaz.

Dahası, ikinci görüş olarak açıkladığımız; tahkim davası açılması için arabuluculuk sürecinin mutlaka işletilmesine yönelik sert ve şekilci tutumun, ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları madde 4(5)'te yumuşatıldığı görülmektedir. Buna göre arabuluculuk süreci işletilmeden açılacak olan tahkim davası direkt olarak usulden reddedilmeyecektir: *“Taraflardan biri arabuluculuk süreci başlamadan, arabuluculuk süreci sona ermeden ve her halükarda arabuluculuk süreci başladıktan sonra sekiz hafta geçmeden önce tahkim davası açarsa, karşı taraf en geç cevap dilekçesinde tahkim yargılamasının durdurulmasını ve arabuluculuk sürecinin başlatılmasını veya kaldığı yerden devam etmesini talep edebilir. Hakem kurulunun tahkim yargılamasını durdurmaya karar vermesi üzerine arabuluculuk süreci başlar. Arabuluculuk süreci tarafların anlaşamaması nedeniyle sona ererse taraflardan birinin talebi üzerine tahkim yargılaması kaldığı yerden devam eder. Hakem kurulu, karşı tarafın talebi üzerine arabuluculuk-tahkim sözleşmesinin ihlalden doğan zararın karşılanması için için uygun bir tazminata hükmedebilir.”* Görüldüğü gibi ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları madde 4(4) kuralına uyulmamasının yaptırımı, tahkim davasının usulden reddedilmesi yerine pratikte daha makul bir çözüm sağlayacak şekilde; talep üzerine tahkim davasının durdurulup arabuluculuk sürecine başlanması veya -sekiz haftadan kalan süre kadar- devam edilmesi⁴⁴⁴ ve zararın karşılanması için tazminata hükmedilmesi olarak kabul edilmiştir.

⁴⁴⁴ Tahkim sürecinin bırakılıp arabuluculuğa devam edildikten sonra tekrar tahkim davasına devam edilmesi, görünüşte akıllara arb-med-arb sürecini getirir de; bu durum aynı tahkim davasına usuli sebeplerden dolayı devam edilememesinden kaynaklanmaktadır. Gerçek anlamda bir arb-med-arb yönteminden bahsedilmemektedir.

Getirilen çözüm, med-arb şartı olan sözleşmelerde bir yandan arabuluculuğun görmezden gelinebilecek bir mekanizma olmadığını vurgulamaktadır, bir yandan da, arabuluculuğa başvurmadan dava açan tarafın davasının davanın ön koşulları yerine gelmemesi nedeniyle reddedilmesini engellemektedir.⁴⁴⁵ Her ne kadar, arabuluculuk aşamasını tahkim davasının şekli anlamda mutlak ön koşulu kabul etmeyip davanın usulden ret ihtimalinin kaldırması pratikte avantaj sağlayabilirse de; bunun dışında ilgili hükümlerin getirdiği dezavantaj sayılabilecek durumlar da mevcuttur. Örneğin arabuluculuk sürecinin sekiz haftadan daha kısa sürede tüm yönleriyle tamamlandığı durumlarda taraflar, yüksek ihtimalle dostane çözüm sürecine yönelik herhangi bir adım atmadan sadece tahkim davası açmak için kalan sürenin dolmasını bekleyeceklerdir. Bekleme süresinin makul sayılabilecek düzeyde olduğunu kabul etsek dahi; şayet bu süre beklenmeden tahkim davası açılırsa, bu kez de cevap dilekçesiyle arabuluculuk aşamasının usulünce yerine getirilmediğine itiraz edilebilir. Bunun üzerine hakem heyeti yargılamayı durduracaktır ve nihayetinde arabuluculuk aşamasının atlanması beklenen şekilde zaman ve masraf açısından bir fayda getirmeyecektir. Dolayısıyla Kurallarda arabuluculuk sürecinin atlanmamasını sağlamaya yönelik bir tutum benimsenmiştir diyebiliriz.

Özellikle bir hafta gibi kısa süreler beklenmeden açılan tahkim davalarının itiraz üzerine durdurulması ve bu kısa süreler için tarafların tekrar arabuluculuk sürecine dönmeye zorlanması anlamsız olmakta ve pratikte fayda sağlamamaktadır. Ancak taraflar, arabuluculuk sürecinde atladıkları süreyi ve hatta daha fazlasını tahkim sürecinde veya arabuluculuk sürecine geri dönmek zorunda kaldıklarında haliyle kat edeceklerdir. Med-arb çözüm sürecine bir bütün olarak bakıldığında, arabuluculuk aşamasından alınan zaman, her zaman nihai çözüme erken ulaşılmasını garantilemez. Sonuç hep aynı yere vardığından, kanımızca her açıdan en makul ve tarafların lehine olan çözüm, ilgili maddedeki sekiz haftalık sürenin dolmasını beklemek ve ardından tahkim davasını açmak olacaktır.

ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarınının 4. maddesinin 5. fıkrasında geçen bir diğer yaptırım tazminattır. Hakem kurulu, med-arb şartını ihlal eden taraf lehine bu ihlalden doğan zararın tazminine hükmeder. Bu tazminat, bazen sekiz haftalık süre

⁴⁴⁵ Demirkol, a.g.e., s. 90.

beklenmeden açılan tahkim davası sonucu yargılamanın durdurulması sonrası ortaya çıkan arabuluculuk sürecine dair masraflara bazen de anılan durumda avukatlık masraflarının giderilmesine ilişkin olabilir.

Son olarak, ilgili kuralda yer verilen sekiz haftalık süre dolmadan açılmış tahkim davasının durdurulmasının, bu yargılama devam ederken verilmiş olan geçici hukuki koruma tedbirlerine etkisinin ne olacağı konusu, ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının 4. maddesinin 6. fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Kurala göre “*Tahkim yargılamasının durdurulması, bu yargılama çerçevesinde daha önce verilen ihtiyati tedbirlerin kalkmasına sebep olmaz. Ancak taraflar arasındaki uyuşmazlık anlaşma yoluyla çözümlenirse veya arabuluculuk sürecinin ardından tahkim yargılamasına devam edilmezse, aleyhine tedbir kararı verilen tarafın talep etmesi üzerine, verilen ihtiyati tedbir kararı kaldırılır.*” Önceki bölümde açıkladığımız acil durum hakeminin veya tahkim yargılamasını devam ettiren hakem heyetinin verdiği ihtiyati tedbir kararları, sırf tahkim yargılamasının durdurulmasıyla ortadan kalkmayacak, geçerliliğini ve etkisini koruyacaktır. Ya duran tahkim yargılamasından sonra geçilen arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varıldıktan sonra ya da arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılamamasına rağmen tahkim yargılamasına da devam edilmezse; ihtiyati tedbir kararı, aleyhine bu karar verilen kişinin talebiyle kaldırılacaktır.

ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarına göre; med-arb öngörülen uyuşmazlıklar için arabuluculuk süreci tüketilmeden tahkim davasının açılmayacağını, aksi durumda açılan tahkim davasının durdurularak arabuluculuk sürecine devam edileceği ve tazminat yaptırımlarıyla karşılaşılacağını belirtmiştik. Ancak dört ihtimal vardır ki bunlarda; doğrudan tahkim davası açılabilir veya sekiz haftalık süre dolmadan açılmış olan tahkim davasının durdurulması talep edilemeyecek, med-arb şartı ihlal edilmiş sayılmayacak ve herhangi bir tazminat yaptırımıyla da karşılaşılmayacaktır. Tarafların artık arabuluculuk yöntemine başvurmasının kendilerinden beklenmediği bu istisnai hususlar, ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m.4(7)’de dört bent halinde sayılmıştır:

- a. *Taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesinin olanaksız olduğunu gösteren hâllerin bulunması;*

Bu istisnanın varlığından bahsedilebilmek için, tarafların arabuluculuk aşamasında anlaşma ihtimallerinin “olanaksız” olması gerekmektedir. Dolayısıyla ortaya konan sebepler bu konuda bir kesinlik belirtmelidir diyebiliriz. Örneğin; taraflar arasında uzlaşma ortamını sağlayacak iletişimin kurulamayacak ölçüde kopmuş olması (hakaret, tehdit, fiziksel olgular vb. sebeplerle) veya anlaşamama ile sonuçlanmış başka bir arabuluculuğa (veya herhangi bir uyuşmazlık çözümüne) konu olayın tarafların dahil olduğu aynı hukuki ilişkiden doğmuş olması.

b. Taraflardan en az birisinin uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesinde açık sebeplerden ötürü haklı bir beklentisinin kalmamış olması;

Düzenlemede yer alan “açık sebepler” ifadesi, tarafların ilişkileri ve/veya somut olayın şartları sebebiyle artık uyuşmazlığın arabuluculukla çözülebileceğine dair haklı beklentinin kalmadığının objektif bir değerlendirmeyle ortaya koyulması gerektiğini vurgulamaktadır. Karşı tarafla tekraren iyiniyetle müzakere etmeye, çözüm bulmaya çalışmasına rağmen çabalarının başarısızlıkla sonuçlandığı durumlarda taraf, uyuşmazlığın çözümünden haklı beklentisi kalmadığını savunabilir.

c. Taraflardan birinin iflâsı gibi karşı tarafı zor duruma sokabilecek hâllerde, taraflardan birinin doğrudan tahkim sürecini başlatıp ivedî bir karara ulaşmak istemesi;

Bu bentte iflas örneklemesinden yola çıkılarak, objektif aciliyet arz eden durumlar için arabuluculuğa başvurmadan doğrudan tahkim davasının açılması haklı kılınmıştır. Aciliyet hususunun varlığının kabul edilmesi, bu istisnayı ileri süren tarafça sekiz haftalık süreyi beklemenin tahkim yargılaması sonunda hak kaybına sebebiyet vereceğini ispatlamasına bağlıdır. Böyle bir durumda somut olayın şartlarından dolayı karşı taraf aleyhine nihai ve bağlayıcı bir kararın bir an önce alınması gerekmektedir. Örneğin; taraflardan biri iflas etmeden hakem kararının alınıp icraya koyulmasının istenmesi, karşı tarafın iflas etmesi halinde alacağın iflas masasına yazdırılması adına hızlı hareket edilmesinin istenmesi.

d. Taraflardan birinin arabuluculuk talebine karşı tarafın İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk Kuralları'nın 7. maddesi uyarınca süresi içinde cevap vermemesi veya taraflardan birinin geçerli bir mazereti olmaksızın arabuluculuk toplantılarına üst üste iki defa katılmaması

Düzenlemeden anlaşılacağı üzere; taraflardan biri usulüne uygun olarak med-arb sürecinin arabuluculuk aşamasına başvurmakta, buna karşılık diğer taraf kayıtsız kalmaktadır. Arabuluculuk sürecinin ISTAC nezdinde gerçekleştiriliyor olduğunu kabul edersek; bununla alakalı olarak öncelikle ISTAC Arabuluculuk Kuralları m. 5'e bakmakta fayda vardır. ISTAC Arabuluculuk Kuralları m.5(1)'e göre "*Karşı taraf, Sekretarya tarafından arabuluculuk talebine ilişkin dilekçe ve eklerin kendisine tebliğinden itibaren 15 gün içinde cevap dilekçesini Sekretarya'ya yazılı olarak şahsen veya posta yolu ile ya da elektronik ortamda sunabilir(...)*" Dahası, düzenlemede yer aldığı gibi karşı taraf 15 günlük sürede cevap dilekçesini yazılı olarak sunmazsa; aynı maddenin ikinci fıkrasına göre bu 15 günlük sürede Sekretarya'ya başvurması şartıyla, 15 günü aşmayacak bir ek süre verilebilecektir. ISTAC Arabuluculukta cevap dilekçesinin verilmesine ilişkin anılan bu düzenlemelere uygun olarak cevap dilekçesi vermeyen tarafa yönelik artık, karşı tarafın, sekiz haftalık süreyi beklemezsizin doğrudan tahkim davası açması mümkündür.

(4) Arabulucunun Hakem Olarak Görev Yapması

Med-Arb'ta sürecin içindeki üçüncü kişinin çözüm sürecinin bütününde aldığı roller, Med-Arb yönteminin kendine özgü tartışmalı hususlarından biridir. Geçmiş bölümlerde açıkladığımız gibi; arabuluculuk sürecinde görev yapan kişinin, arabuluculukta anlaşma sağlanamaması üzerine sürecin devamında hakem kimliğine bürünmesinin bazı olumlu ve olumsuz yönleri bulunmaktadır.

Arabulucunun hakem sıfatıyla çözüm sürecine devam etmesi konusunda dünya çapında farklı görüşler mevcut olduğundan bahsetmiştik. ISTAC Med-Arb süreci için kabul edilen yaklaşım ise arabulucunun, arabuluculuk süreci sonrası aynı dosyada hakem olarak görev yapmasının hem arabuluculuk hem de tahkim aşamasını olumsuz etkileyeceğidir. Benimsenen yaklaşıma göre, hakem sıfatını edinecek arabulucunun dosyaya hakim olması artı olarak kabul edilebilirse de; tarafların arabuluculukta müzakere aşamalarında açıkladıkları bir meselenin, sürecin arabulucusu veya hakemince bilinmesi muhtelif sonuçlar doğuracağından, bu durum menfi kabul görür. Çünkü taraflar arabuluculuk sürecinde kendi aleyhlerine olabilecek bir hususu da sürecin başarıya ulaşması açısından arabulucuyla paylaşıp açık iletişim kurabileceklerken, tahkimde

sürecin karar vericisi konumundaki hakemle aleyhe olan durumun paylaşılması istenmeyecektir. Zira arabuluculuk faaliyeti sırasında tarafların yaptığı ikrarlardan etkilenmemesi gereken hakem, insan psikolojisi sonucu, arabuluculuk süreci içinde öğrendiği bilgilerden etkilenebilecektir.⁴⁴⁶ İlerde hakem rolünü üstlenecek olan arabulucuya karşı taraflar, tahkim davasında hakemin nezdinde haklarında aleyhe bir kanaat oluşmaması gayesiyle arabuluculuk aşamasında yeterince açık olmayabilirler. Bu da haliyle arabuluculuk sürecinin başarı oranını düşürecektir.

Tüm bu zikredilen sebeplerle ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m. 5(1) şöyle düzenlenmiştir: “*Arabuluculuk-tahkim veya arabuluculuk süreçlerinde arabulucu olarak görev yapan kişi, tarafların açık ve yazılı onayı olmaksızın, aynı uyuşmazlık hakkındaki tahkim yargılamasında hakem olarak görev yapamaz.*”⁴⁴⁷ Öncelikle, düzenlemede ifade edildiği gibi, arabuluculukta görev yapan kişinin hakem olarak atanamayacağı kuralına karşılık tarafların açık ve yazılı onayı saklı tutulmuştur. Her ADR yönteminin temelinde olduğu gibi Med-Arb süreci de tarafların iradesine bağlıdır. Tarafların anlaşması sonucu arabulucu olan şahıs hakem olarak pekala atanabilecektir. Bununla paralel olarak madde 5’in 3. fıkrasındaki şu düzenlemeye bakmakta fayda vardır: “*Arabuluculuk sürecinin tarafların anlaşmasıyla sona ermesi durumunda, tarafların sulh anlaşmasının hakem kararı olarak tespit edilmesine ilişkin İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk Kuralları’nın 12. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü saklıdır.*” ISTAC Arabuluculuk Kurallarının anılan maddesinde, taraflar arabuluculuk sonucu sulh olurlarsa, ulaşılan sulh anlaşmasının hakem kararı olarak tespit ettirilmesi amacıyla arabulucuyu hakem olarak atayabilirler. Esasen bu düzenleme ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının 5. maddesindeki ilk fıkranın bir istisnası teşkil etmez. Çünkü bu durumda zaten taraflar, birinci fıkrada saklı tutulduğu şekilde, arabulucunun hakem olarak atanması konusunda anlaşmaktadırlar.

ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının 5. maddesinin ilk fıkrasında “*Arabuluculuk-tahkim veya arabuluculuk süreçlerinde*” ibaresine yer verilmesinin sebebi önceki bölümlerde açıkladığımız med-arb iradesinin ortaya koyulması, ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının uygulama alanı bulduğu durumlarla ilgilidir.

⁴⁴⁶ Demirkol, a.g.e., s. 98.

⁴⁴⁷ Benzer şekilde UNCITRAL model kanunu m. 13

Bilindiği üzere; arabuluculuğa med-arb şartı nedeniyle başvurulmuş olabilir, tahkim şartı varken arabuluculuğa başvurulmuş olabilir veya arabuluculuk sürecinde iken tahkim şartı kurulmuş olabilir. Tüm bu ihtimallerdeki arabuluculara ilişkin olarak sözkonusu kural geçerlidir yani arabulucu, hakem olarak görev yapamayacaktır. Arabulucunun hakem olarak görev yapamaması sadece med-arb şartının olduğu durumlara hasredilmemiş, arabuluculuk sonrası tahkimin meydana geldiği tüm ihtimaller gözetilerek genel kapsamda ele alınmıştır. Burada eklenmesi gereken bir diğer husus şudur ki arabuluculuk yapan kişinin hakem olarak görev yapamamasındaki “hakem” kavramı hem hakem hem baş hakem hem de tarafın atayacağı hakem olarak geniş tutulmuştur. Sözgelimi, taraflardan biri arabulucuyu ilerde hakem olarak atamak istediği şahıs olarak seçemez.

Arabulucunun hakem olarak görev yapabileceğine ilişkin anlaşma yapmak isteyen tarafların, açık ve yazılı onay vermeleri gereken zaman ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple taraflar arabuluculuk sonuçlandıktan sonra, tahkim davası açmadan veya hakemleri atamadan önce bu yönde rıza gösterebilecekleri gibi, arabuluculuk aşaması çerçevesinde arabulucuyu atarken de bu yönde anlaşılabilir⁴⁴⁸ ya da med-arb şartında bu konuyu önceden düzenleyebilirler.

Son olarak şayet taraflar arabulucunun hakem olarak görev yapması konusunda anlaşmışlar ve bu kişi hakem olarak atanmışsa, uyulması gereken birtakım hususlar olacaktır. Bu hususlar ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları 5. maddenin 2. fıkrasındaki atıfla -çalışmamızın bir sonraki başlığında yer vereceğimiz- madde 6’da düzenlenmiştir.

(5) Gizlilik ve Belgelerin Kullanımı

Med-Arb yolunun kendine özgü meselelerinden en kritik olanı, arabuluculuk sürecinde tarafların getirdiği ya da bu süreçte ortaya çıkan belgelerin tahkim yargılamasında kullanımınıdır. Önceki bölümlerde yer verdiğimiz şekilde, bu konudaki genel ilke; hem karşı tarafa ait olan bilgileri öğrenen tarafın hem de uyuşmazlığın tarafı olmayıp sürece dahil olan başkaca kişilerin, arabuluculuk sürecinde elde ettikleri bilgi ve belgelere tahkim sürecinde dayanamayacağıdır. Aşağıda arabuluculuk aşamasında elde

⁴⁴⁸ Demirkol, a.g.e., s. 100.

edilen belgelerin tahkim yargılamasında kullanımı ve gizliliği konusunda üç ayrı düzenlemenin karşılaştırılmasına yer verilmiştir:

Tablo 17: Elde Edilen Belgelerin Tahkim Yargılamasında Kullanılması

<p>Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında UNCITRAL Model Kanunu^{449 450} Madde 11</p>	<p>Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Madde 5</p>	<p>ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları Madde 6</p>
<p><i>“1. Model Kanun’un 11. maddesine göre; arabuluculuk sürecinin yanı olan taraflardan biri, arabulucu ve arabuluculuk sürecinin yönetimiyle ilgili olanlar dahil herhangi bir üçüncü kişi, herhangi bir tahkim yargılamasında, mahkeme yargılaması veya benzeri yargılamalarda aşağıda hususlara dayanamaz, bunları delil olarak sunamaz veya tanık olarak dinlenemez:</i></p> <p><i>(a) bir tarafça, bir kimseye arabuluculuk süreciyle ilgilenmesi için bir davetin yapılması veya bir tarafın bir arabuluculuk sürecine katılma isteğinde olması halinde;</i></p>	<p><i>“(1) Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:</i></p> <p><i>a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk</i></p>	<p><i>“1. Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dahil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak tahkim yoluna başvurulduğunda aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:</i></p> <p><i>a. Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler;</i></p> <p><i>b. Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya</i></p>

⁴⁴⁹ https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf

⁴⁵⁰ İlerleyen sayfalarda kısaca “UNCITRAL Model Kanunu” olarak anılacaktır.

<p>(b) bir uyuşmazlığın sulh yoluyla olası bir çözüme bağlanması hususunda arabuluculuk sürecindeki taraflardan birinin görüşler açıklaması ya da tavsiyelerde bulunması halinde;</p> <p>(c) arabuluculuk sürecinde bir tarafça beyanlarda ya da kabul beyanlarında bulunulması halinde;</p> <p>(d) arabulucunun önerilerde bulunması halinde;</p> <p>(e) bir tarafın, arabulucu tarafından uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümü için yapılmış bir öneriyi kabul konusunda istekli olduğunu belirtmiş olması halinde;</p> <p>(f) sadece arabuluculuk sürecinin amaçları bakımından bir belgenin hazırlanmış olduğu durumlarda</p> <p>2. Model Kanun, 11. maddenin 1. paragrafında belirtilen bilgi veya delil hangi şekilde olursa olsun, bu paragraf hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir.</p> <p>3. Ayrıca, 11. Maddenin 3. paragrafına göre, bir hakem mahkemesi veya devlet mahkemesi ya da başkaca bir yetkili hükümet</p>	<p>faaliyetine katılma isteği.</p> <p>b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.</p> <p>c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakia veya iddianın kabulü.</p> <p>ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.</p> <p>(2) Birinci fıkra hükmü, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır.</p> <p>(3) Birinci fıkrafta belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez.</p>	<p>herhangi bir vakia veya iddianın kabulü;</p> <p>c. Arabulucunun çözüm önerisi;</p> <p>d. Taraflardan herhangi birinin arabulucunun çözüm önerisini kabul ettiğini veya edebileceğini belirten beyanı;</p> <p>e. Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.</p> <p>2. Birinci fıkrafta belirtilen bilgilerin açıklanması ve belgelerin sunulması hakem kurulu tarafından istenemez. Bu bilgi ve belgeler, birinci fıkrafta öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Hakem kurulu, karşı tarafın talep etmesi üzerine, bu bilgi ve belgeleri sunan tarafı tahkim yargılamasının tüm giderlerini ödemeye mahkum edebilir.</p> <p>3. Birinci fıkrafta belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, tahkimde ileri</p>
---	--	---

<p><i>makamı (otoritesi) tarafından bu maddenin 1. paragrafında yollamada bulunulan bilginin açıklanması da emredilemez. Bu maddenin 1. paragrafına aykırı olarak söz konusu nitelikte bir bilgi delil olarak önerildiği takdirde, bu öneri kabul edilemez. Bununla beraber, istisna olarak, kanun tarafından öngörüldüğü ya da sulh anlaşmasının yerine getirilmesi veya icrası amaçlarıyla gerekli olduğu takdirde, söz konusu bilgiler açıklanabilir ya da delil olarak kabul edilebilir.</i></p> <p>4. Model Kanunla öngörülen önemli çözümlerden biri de şudur:</p> <p>Model</p> <p><i>Kanun'a göre, tahkim yargılaması, devlet yargılaması veya benzeri yargılamalar, uyuşmazlıkla ilgiliyse veya arabuluculuk sürecinin konusu olmuş bulunuyorsa, 11. maddenin 1, 2 ve 3. paragrafları hükümleri uygulanır.</i></p> <p>5. Model Kanun, 11. maddenin 1. paragrafındaki sınırlamalara tabi olarak, tahkimde, mahkeme yargılamasında veya benzer</p>	<p><i>Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.</i></p> <p>(4) Yukarıdaki</p> <p><i>fıkralar, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tahkimde uygulanır.</i></p> <p>(5) Birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla,</p>	<p><i>sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.</i></p> <p>4. Arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan bir delilin tahkimde ileri sürülebilen bir delil olup olmadığı konusunda herhangi bir tereddüt veya taraflar arasında bir uyuşmazlık varsa, hakem kurulu ilgili delilin içeriğini incelemeden bu delilin kabul edilip edilemeyeceği konusunda karar verir. Hakem kurulunun delili incelemeden bu konuda karar verememesi durumunda, hakem kurulu, delilin kabul edilebilirliği konusunda bir bilirkişiyi beş işgünü içinde görüşünü sunmak üzere görevlendirebilir.</p> <p>5. Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, birinci fıkrada belirtilen bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları</p>
---	--	---

<p>yargılamalarda “kabul edilebilir” (admissible) sayılan delillerin arabuluculukta kullanılmış olmasının sonucu olarak, “kabul edilemez” (inadmissible) deliller haline gelmeyeceğini de belirtmektedir”⁴⁵¹</p>	<p>hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.”</p>	<p>gizli tutmakla yükümlüdür. Söz konusu yükümlülük, arabuluculuk sürecinin ve tahkim yargılamasının tamamlanmasından sonra da devam eder.”</p>
---	---	---

Verilen tabloda ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının arabuluculuk aşamasında elde edilen belgelerin tahkim yargılamasında kullanılmasına ilişkin ilgili maddesinin, büyük ölçüde UNCITRAL Model Kanunundan esinlendiğini görmekteyiz. Yine Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda da konuya ilişkin madde küçük nüanslarla Model Kanuna paralel düzenlenmiştir. Çalışmanın içeriğinin ISTAC Med-Arb olmasından hareketle ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının 6. maddesi kapsamında konu ele alınacaktır.

ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının 6. maddesinde, -tabloda yer verilen diğer iki düzenlemeyle de örtüşecek şekilde- beş bent halinde tahkim yolunda delil olarak ileri sürülemeyecek ve tanıklık yapılamayacak durumlar sayılmıştır:

- Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler
- Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü
- Arabulucunun çözüm önerisi
- Taraflardan herhangi birinin arabulucunun çözüm önerisini kabul ettiğini veya edebileceğini belirten beyanı

⁴⁵¹ Metnin açıklamalı çevirisi için bkz. Ergun Özsunay, “Uluslararası Ticari Uzlaştırma Hakkında UNCITRAL Model Kanunu, 2002’yi Revize Ederek Onun Yerine Geçen Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında UNCITRAL Model Kanunu, 2018 (Türk Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme)”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 93, S. 6, 2019, ss. 22-23.

- Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları için yukarıda sayılan bilgi ve belgeler, UNCITRAL Model Kanununda ise altı bent olarak sayılmıştır. Model Kanunda geçen “*bir tarafça, bir kimseye arabuluculuk süreciyle ilgilenmesi için bir davetin yapılması veya bir tarafın bir arabuluculuk sürecine katılma isteğinde olması*” bendi, med-arb yolunun niteliğine uygun olmadığından Kurallar kapsamına alınmamıştır. Çünkü med-arb şartı olan bir durumda veya arabuluculuk devam ederken yapılan tahkim anlaşmasında taraflar, arabuluculuk aşamasını halihazırda kabul etmiş durumdadır. Med-arb sürecinin arabuluculuk aşaması kural olarak zorunlu olduğundan, aksi halde (arabuluculuk adımının gerçekleştirilmemesi halinde) med-arb yolu işletilmiş olmayacaktır. Bu nedenle bu bilginin saklı tutulması değil, tam tersine ifşa edilmesi gerekebilecektir.⁴⁵²

Sayılan belgeleri gizli tutmakla sorumlu kişiler ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları madde 6’nın son fıkrasında verilmiştir. Buna göre; taraflar, arabulucu⁴⁵³ veya arabuluculuğa katılanlar da dahil üçüncü bir kişi bilgi, belge ve kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.

UNCITRAL Model Kanunu m.11(3)’ten esinlenerek, tahkim yargılamasında delil olarak sunulamayacak belgelerin sunulması veya tanıklık yapamayacak kişilerin dinlenmesi durumunda hakem heyetinin alabileceği tedbir ve yaptırımlara ilişkin olarak ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m.6(2) düzenlenmiştir. Buna göre, “*Birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması ve belgelerin sunulması hakem kurulu tarafından istenemez. Bu bilgi ve belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Hakem kurulu, karşı tarafın talep etmesi üzerine, bu bilgi ve belgeleri sunan tarafı tahkim yargılamasının tüm giderlerini ödemeye mahkum edebilir.*” Düzenleme çerçevesinde üç aşamaları bir durum karşımıza çıkmaktadır: Söz konusu bilgi ve belgelerin hakem heyetince sunulmasının istenemeyeceği, sunulmuşsa hükme esas alınamayacağı ve son olarak bu bilgileri sunan tarafın talep

⁴⁵² Demirkol, a.g.e, s. 104.

⁴⁵³ Önceki başlıkta arabulucunun hakem olarak görev yapmasına ilişkin olarak açıkladığımız hususlara ek olarak; arabulucunun tarafların anlaşması sonucu hakem olarak atanması durumunda, hakem olarak atanan kişi de haliyle bilgi, belge ve kayıtlardan sorumlu olacaktır ve ilgili maddedeki atıfla söz konusu 6. maddeye tabidir.

üzerine tazminata hükmedilmesi. Taraflardan biri, bilgi ve belgeleri kendisi sunamamasına karşılık hakem heyetinden de bu bilgi ve belgelerin sunulmasını talep edemeyecektir. Söz konusu bilgi ve belgeler bir şekilde hakem heyetinin önüne gelmişse, bu kez hakem heyeti bunları hükme esas alamayacaktır. Ancak her ne kadar hükme esas alınmasa da bu delillerin, hakemlerin düşüncelerini etkileyebilmesi ve kanaat oluşturması ihtimalinin önüne geçilemeyecektir. Gerçekten de, bu şekilde kritik bir bilginin açıklanmış olması, örneğin taraflardan birinin sorumluluğunu, hatta bir konuda yaptığı hileyi kabul etmesi, hakemler üzerinde ciddi bir etki doğurabilecektir.⁴⁵⁴ Bu nedenle caydırıcılığın artırılması amacıyla ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarında, UNCITRAL Model Kanununda olmayan, spesifik bir düzenlemeye daha yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, hakem kurulu karşı tarafın talebi üzerine bu bilgi ve belgeleri sunan tarafı⁴⁵⁵ tahkim yargılamasının tüm giderlerini ödemeye mahkum edebilir. Tahkim yargılamasının tüm giderleri idari masrafları, hakem ve vekil ücretlerini kapsadığından caydırıcı bir önlem olarak kabul edilebilir.

Arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan bilgilerin gizli kalmasına dair genel ilkenin yol açabileceği iki problem meydana gelebilir: Taraflardan biri, arabuluculuk sürecinde elde edilen bilgi ve belgelere tahkim yargılamasında dayanmayan taraf, bu bilgi ve belgeleri başka yöntemle elde etmiş veya elde edebilecek olduğundan veya haberdar olduğundan karşı tarafa bunları açıklattırma yoluna gidebilir.

Arabuluculuk sürecinde elde edilen bilgi ve belgelere tahkim yargılamasında dayanmayan taraf, bu bilgi ve belgeleri başka yöntemle elde etmiş veya elde edebilecek olabilir. Bu durumda tarafın genel ilkeyi ihlal edip etmediği tartışması gündeme gelecektir. Yani, arabuluculuk yargılamasında kullanılmış olan belgeleri herhangi bir şekilde çok kolay yoldan elde etmiş/edebilecek olan taraf, sırf arabuluculuk aşamasında kullanıldığı için bu belgelere dayanmaktan mahrum bırakılabilir ve hatta yaptırımla karşılaşabilir. Bu şekilde bir delile dayanmak isteyen tarafın delilleri başka kaynaktan elde ettiğini ispatlamasının hakem heyetinde ne derece kanaat oluşturacağı konusundaki

⁴⁵⁴ Demirkol, a.g.e, s. 105.

⁴⁵⁵ Kuralda “tarafların” giderleri ödemeye hükmedeceği yer almaktadır. Ancak ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m.6(1)’de taraflar dışında sürece dahil olan üçüncü kişilerin de bu yasak kapsamında olduğu belirtilmiştir. Şayet yasağı ihlal eden üçüncü kişi ise; hakemler üçüncü kişiyi bağlayıcı karar veremeyeceklerinden, kanımızca, ancak hakkaniyet ve durumun şartları uygunsa lehine işlem yapılan tarafa yönelik sözkonusu yaptırım uygulanabilir.

çekincesi, tahkim yargılamasında sözkonusu delillere dayanmaktan vazgeçmesi sonucunu doğurur. Görüldüğü üzere, arabuluculuk yolunda elde edilen bilgi ve belgelerin tahkimde delil olarak sunulamayacağı kuralının kelimesi kelimesine uygulanması, bazı hallerde hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Ancak ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m. 6(1), arabuluculuk sürecinde kullanılan her türlü bilgi ve belgenin tahkimde ileri sürülemeyeceği şeklinde geniş yorumlanmamalıdır. Madde 6(1) uyarınca, delil olarak sunulması veya hakkında tanıklık yapılması yasaklanan bilgi ve belgelerin başka yöntemle elde edilmesi⁴⁵⁶ mümkün ise, bu bilgi veya belgelerin tahkimde ileri sürülmesi ve delil olarak dikkate alınması da mümkün olabilecektir.⁴⁵⁷

Bir başka ihtimal, arabuluculuk sürecinde karşı tarafa ait olan bilgi ve belgelerden haberdar olan tarafın, bir şekilde usuli yollarla bunları tahkim yargılamasında ortaya çıkarmak istemesidir. *Discovery* veya çarpaz sorgu usullerinin uygulandığı tahkim yargılamasında, sözgelimi taraflardan biri bir belgenin varlığından tahkim yargılaması süreci dışında bilgi sahibiyse, bu sebeple, spesifik olarak bu konuya ilişkin talepler ve sorular sıralayabilir. Sonuç olarak, delil olarak sunulması yasak olan bilgi ve belgeler tahkim yargılamasında başka yollardan ifşa olmuş olacaktır. Tahkimde yargılamanın yürütülmesinin doğal bir sonucu olan bu hususun, yargılamanın süjelerinin subjektif yönünü ortaya koyduğundan, önüne geçilmesinin kesin bir yolu yoktur.

Ancak sayılan problemlere genel bir çözüm olması bağlamında, ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarında açıkça düzenlemeye de gidilmiştir. ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının 6(3). ve 6(4). maddeleri, arabuluculuk yolunda elde edilmiş belgelerin tahkim yolunda delil olarak sunulamamasının istisnalarını içerir. Madde 6(3)'e göre, *birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.* Daha önce bahsettiğimiz gibi, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca ileri sürülemeyecek bilgi ve belgeler başka şekilde elde edilebiliyorsa, münhasıran arabuluculukta sunulmaları bunları yasak hale getirmeyecektir. Bu düzenlemenin UNCITRAL Model Kanunu m.11(5) ile paralel olduğu görülmektedir.

⁴⁵⁶ Örneğin; arabuluculukta ortaya çıkmış olan belge tahkim aşamasında keşif(discovery) sonucu çıkabilecek bir belgeyse veya bir tarafın dayandığı belge diğerinin de de elinde bulunuyorsa, bunların sırf arabuluculukta kullanılmış olması yasak delil olarak kabul edilmesini sağlamaz.

⁴⁵⁷ Demirkol, a.g.e., s. 106.

Tahkim yargılamasında dayanılmak istenen delilin, madde 6(3) uyarınca “tahkimde ileri sürülebilen delil” mi yoksa madde 6(1) uyarınca “tahkimde ileri sürülemeyecek veya hakkında tanıklık yapılamayacak bilgi veya belge” mi olduğu konusunda tereddüt olduğu noktada iki aşamalı bir durum ortaya çıkar. Öncelikle böyle bir düşünceye sahip olan taraf, karşı tarafa sözkonusu delili ileri sürmesine bir itirazı olup olmadığını sorabilir. Karşı tarafın bir itirazı yoksa pekala delile dayanılabilir. Tahkim sürecindeki taraf, ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının 6(1) maddesine dayanarak diğer tarafın bu delili ileri sürmesine karşı çıkarsa, bu durumda taraflar arasında bu delilin ileri sürülüp konulamayacağı konusunda bir ihtilaf doğacaktır. İşte bu uyuşmazlık ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m.6(4)’e göre çözüme kavuşturulacaktır. UNCITRAL Model Kanununda benzeri yer almayan bu özel düzenlemeye göre, “(...) hakem kurulu ilgili delilin içeriğini incelemeyen bu delilin kabul edilip edilemeyeceği konusunda karar verir. Hakem kurulunun delili incelemeyen bu konuda karar vermemesi durumunda, hakem kurulu, delilin kabul edilebilirliği konusunda bir bilirkişiyi beş işgünü içinde görüşünü sunmak üzere görevlendirebilir.” Görüldüğü gibi taraflar arasında delilin ileri sürülüp sürülemeyeceğine ilişkin uyuşmazlık, şayet delilin içeriği incelenmeden karar verilemiyorsa, hakem heyeti tarafından çözüme kavuşturulmayacaktır. Bunun sebebi, hakemlerin bu bilgi ve belgelerin içeriğinden etkilenmesini engellemektir. Bu amaçla, kuralda yer aldığı gibi, delillerin ileri sürülüp sürülemeyeceğine ilişkin bir uyuşmazlık çıktığında diğer aşama uyuşmazlığın bilirkişi görüşüne sunulmasıdır. Delilin kabul edilebilir olup olmadığı konusundaki görüş hakem heyetine bildirilirken; elbette eğer bu bilgi veya belge kabul edilemez bir belge ise, bilirkişi raporunda hakem heyetine gizli tutulması gereken bilgi ve belgelerle ilgili, bu gizliliği zedeleyecek açıklamalar yapılmaması gerekecektir.⁴⁵⁸

Son olarak, ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının 6. maddesinin son fıkrasında; aynı maddenin ilk fıkrasında belirtilen bilgi ve belgeler ile diğer kayıtların gizli tutulmasından tarafların, arabulucunun veya arabuluculuğa katılanlar da dahil üçüncü kişilerin sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Dahası, fıkranın devamına göre bu gizlilik yükümlüğü arabuluculuk sürecinin ve tahkim yargılamasının tamamlanmasından sonra da devam edecektir.

⁴⁵⁸ Demirkol, a.g.e, s. 107.

2. ZORUNLU ARABULUCULUK VE ISTAC MED-ARB

Geçmiş bölümlerde açıklandığı gibi; ilgili kanunlarda düzenlenmiş, dava şartı arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlık olduğunda taraflar, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve ilgili yönetmelikler uyarınca arabuluculuk bürosu aracılığıyla arabuluculuk sürecini başlatacaklardır. Bu süreçte dilerlerse taraflar ve/veya vekilleri aralarında anlaşarak birlikte, arabuluculuk siciline kayıtlı belirli bir arabulucuya (veya arabuluculuk merkezine) başvurabilir.⁴⁵⁹ Sürecin sonunda taraflar anlaşamazlarsa, son tutanakla beraber uyuşmazlığın esasında görevli mahkemeye başvuracaklardır.

Kanaatimizce arabuluculuğun zorunlu olması yerine toplumda alternatif uyuşmazlık çözümünün bilinirliğini arttırmaya yönelik çalışmalar, belirli bir aşama sonunda daha olumlu sonuçlar verecektir. Ancak mevcut duruma yönelik bir öneri olarak; zorunlu da olsa dostane bir çözüm yoluyla başlayan süreci yine dostane bir çözümle nihai şekilde bitirmek hem hedeflenen amaca uygun hem de daha başarılı sonuçlar alınabilecek bir yol olabilir. İşte bu noktada ISTAC da zorunlu arabuluculuk sonrası tahkim projesiyle dikkat çeken bir atılımda bulunmuştur.

Zorunlu arabuluculuk sürecinin işletilmesi konusuna önceki bölümlerde yer verilmiş ve bunun yanı sıra sonrasındaki bölümlerde med-arb klozunun düzenlenmesine dair hususlar ve ISTAC med-arb anlaşmasının yapılabileceğinin mümkün olduğu zamanlar ile ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının uygulama alanı bulması incelenmişti. Bilindiği üzere med-arb süreci sadece med-arb klozunun düzenlendiği durumlarda değil, zorunlu veya ihtiyari bir arabuluculuk sırasında veya sonrasında tahkime başvurulacağına kararlaştırılmasıyla da mümkün olur. Bununla paralel şekilde ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları tarafların arabuluculuğa başvurduktan sonra ayrı bir tahkim anlaşması yapması ihtimalinde de uygulanabileceği söylenmiştir.

İster zorunlu ister ihtiyari arabuluculuk olsun arabulucu, bu aşamada tarafların tahkim anlaşması akdetmesi için tavsiye ve teşvikte bulunabilir. Arabulucular, tarafların uzlaşmaması durumunda, taraflara hala mahkemeye gitmeden uyuşmazlıklarını çözmeleri için bir imkan olduğunu anlatarak, tarafları tahkim anlaşması yapmaya teşvik

⁴⁵⁹ Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı, Türkiye Barolar Birliği, s. 14. <https://d.barobirlik.org.tr/2019/ticariuyusmazliklardaarabuluculukelkitabi/14/> (09.06.2021)

edebilirler.⁴⁶⁰ Nitekim Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları m.5(6)'a göre⁴⁶¹ “(...) arabulucu, gerekli ve uygun gördüğünde, taraflara uyuşmazlıklarını tahkim, tarafsız değerlendirme, danışmanlık veya diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözmeyi düşüncelerini önerebilir.”

Şayet taraflar ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının uygulanacağını bizzat kararlaştıracaksa; bu, madde 2(2)'e göre iki yöntemle mümkündür: Taraflar ya öngördükleri med-arb yolunun ISTAC nezdinde sürdürüleceğini kararlaştırırlar ya da arabuluculuk ve tahkim süreçlerinin ayrı ayrı İstanbul Tahkim Merkezi'nin ilgili kuralları uyarınca yürütüleceğini kararlaştırırlar. Zorunlu arabuluculuk ve med-arb ilişkisi bu çerçevede değerlendirildiğinde; ikinci olarak verilen ihtimalle örtüştüğü görülecektir. Çünkü tarafların zorunlu olarak arabuluculuğa başvurduktan sonra tahkim yolunu öngörmesi, med-arb sürecini meydana getirir. Bu noktada tarafların zorunlu arabuluculuktan sonraki tahkim sürecinin ISTAC Tahkim Kurallarına göre yürütüleceğinin kararlaştırılması, ISTAC Arabuluculuk Tahkim Kurallarının uygulama alanı bulması için yeterlidir. Med-arb anlaşması bakımından incelendiğinde ise; ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m. 3(1) uyarınca tarafların zorunlu arabuluculuk süreci sırasında veya sonrasında yapacakları bir tahkim anlaşmasının, med-arb anlaşması niteliğinde olduğu kabul edilir. Buna ek olarak aynı maddenin ikinci fıkrasında daha spesifik bir düzenleme getirilmiş ve tarafların arabuluculuk yöntemine başvurulduktan sonra da arabuluculuk-tahkim anlaşması yapabilmesini mümkün kılmıştır. Sonuç olarak ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları, tarafların sadece med-arb şartı düzenlediği durumlarda değil; zorunlu arabuluculuk sırasında veya sona erdikten sonra, tarafların İstanbul Tahkim Merkezini yetkilendiren bir tahkim anlaşması yapmaları halinde de uygulanır. Diğer med-arb süreçlerinde olduğu gibi, zorunlu arabuluculuğu barındıran med-arb sürecinde, ISTAC Tahkim Kurallarına ek olarak ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının uygulanacak olması, özellikle arabulucunun hakem olarak görev yapıp yapamayacağı düzenlemesi ile arabuluculuk sürecinde elde edilen bazı bilgi ve belgelerin tahkim yargılamasında kullanılmayacağı düzenlemesi, zorunlu

⁴⁶⁰ Akıncı, a.g.e., s. 19.

⁴⁶¹ Tam metin için

<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021075717T%C3%BCrkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallar%C4%B1.pdf> (09.06.2021)

arabuluculuk sırasında veya sonrasında akdedilen tahkim anlaşması uyarınca açılan tahkim davaları açısından oldukça geçerli ve kritik kurallardır.⁴⁶²

24.06.2020 tarihinde ISTAC ile arabuluculuk merkezleri işbirliği imza seremonisinde, ISTAC Yönetim Kurulu Başkanı Prof. Dr. Ziya Akıncı, zorunlu arabuluculuk sonrası ISTAC med-arb sürecini ve katkısını şu cümlelere ifade etmiştir.⁴⁶³

“Ticari davalarda arabuluculuğun zorunlu olmasıyla birlikte taraflar uyuşmazlıklarına çözümü için önce arabulucuya gidiyor, arabulucu nezdinde yaptıkları görüşmeler sonucunda uzlaşma sağlanamazsa, uyuşmazlık için bağlayıcı bir karar olmadığı için tekrar mahkemeye başvurmak gerekiyordu. İşte Arabuluculuk& Tahkim (Med-Arb) projemizde taraflar, bir yandan arabuluculuğun hızlı, ekonomik ve dostane çözüm yolu bulma ihtimalini deneyimlerken; uzlaşma olmazsa mahkemeye gitmeksizin, uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla ISTAC’ta çözebilecekler. Böylece arabuluculuk süreci uzlaşma ile sonuçlanmasa dahi, hemen arkasından başlayacak tahkim süreci sayesinde, taraflar uyuşmazlıklarını bağlayıcı ve kesin bir şekilde çözecek olan bir hakem kararı elde edecekler. Taraflar sözleşmelerine ‘ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Şartı’ nı yazarsa, önce arabulucuda ve anlaşma sağlanamazsa sonra ISTAC’ta tahkim yolu ile uyuşmazlık çözümlenecektir. Arabulucuda uzlaşma olmazsa, tarafların sözleşmelerinde ISTAC tahkim şartı olmasa bile sonradan bu şartı kabul etmek suretiyle uyuşmazlıklarını İstanbul Tahkim Merkezi’nde çözümlenmeleri mümkündür.”

Zorunlu arabuluculuk sonrası tahkime başvurulması ile birlikte uyuşmazlık mahkemeye gitmeksizin çözülmüş olacak ve gün sonunda zorunlu arabuluculuk kurumu hedeflenen amaca ulaşabilecektir. ISTAC ile halihazırda ülke çapındaki arabuluculuk merkezleri arasında mevcut iş birliği sayesinde, zorunlu arabuluculuk sürecinde görev alan arabulucuların, son tutanağı (anlaşamama tutanağı) hazırlarken taraflara nihai çözüm adresi olarak ISTAC med-arbı önermesi beklenmektedir.

Zorunlu arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varamamış olan taraflar, nihai karar almak için mahkeme yerine yine bir dostane çözüm yolu olan ISTAC tahkimine gideceklerdir. Böylelikle arabuluculuğun zorunlu olmasıyla amaçlanan iş yükünün azaltılması, zaman ve paradan tasarruf edilmesi gibi hususlar tahkimle başarıya

⁴⁶² Demirkol, a.g.e., s. 111.

⁴⁶³ <https://istac.org.tr/istanbul-tahkim-merkei-arabuluculuk-merkezleri-med-arb-is-birligi/> (06.02.2020)

ulaşacaktır. Nihayetinde, ISTAC tahkimine başvurulması ve sözkonusu uyuşmazlıkların nihai çözümüyle, zorunlu arabuluculuk mekanizmasında sürecin sonunda başarı oranı artacakken; diğer yandan ISTAC hem Türkiye’de hem de tahkim dünyasında kazanım elde edecektir.

D. DEĞERLENDİRMELER

Ülkemizde bağımsız ve uluslararası kabul gören nitelikte ilk kurumsal tahkim merkezi olan ISTAC’ın; med-arb yöntemini kurumsallaştırması uluslararası alandaki ihtiyacı karşılayan yenilikçi bir girişim olmuştur.

Dostane çözüm yöntemlerinin, devlet yargısına alternatif ve istisnai yollar olması sebebiyle -günümüzde Türk mahkemelerinde ADR anlayışına uygun kararların nispeten artmasına rağmen- genel anlamda Türkiye'deki mahkemeler, taraflar arasındaki uyuşmazlık çözümüne dair maddeleri katı bir şekilde yorumlama eğilimindedir. Bu sebeple, şayet tarafların iradesi muğlaksa mahkemelerin uyuşmazlık çözüm maddelerinin geçersizliğine karar verebilme ihtimali doğmaktadır. Örneğin; ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları m.2’de yer aldığı gibi, ISTAC nezdinde gerçekleşecek olan bir med-arb klozu öngörülürken, "ISTAC", "ITM" veya "İstanbul Tahkim Merkezi" şeklinde bir ifade ile birlikte önce arabuluculuğa ve sonrasında tahkime başvurulması niyetini belirten bir tanımın açıkça yer alması, med-arb iradesinin ortaya koyulması bakımından önemlidir. Meğerki med-arb yönteminin uygulanacağına karar veren tarafların iradesi bir koşula bağlı ise ya da “arabuluculuk veya tahkim uygulanacaktır” şeklinde düzenlenmiş ise; Yargıtay’ın köklü içtihadı gereği, bu şart(anlaşma) patolojik veya geçersiz olarak değerlendirilebilir. Doğrusu bu içtihat, tahkim klozları bakımından geçerli olduğundan med-arb yöntemi için tam anlamıyla işlerlik kazanması fikrimizce pek mümkün değildir. Şöyle ki; med-arb kapsamında olan arabuluculuk, dostane bir çözüm yolu olmasına karşılık tahkimdeki gibi bir yargılama yapılmadığından, Yargıtay’ın tahkim şartının geçersizliğine ilişkin yaklaşımının med-arb için de geçerli olduğunu iddia etmek isabetli olmayacaktır. Diğer yandan, belli koşullar veya kalemler için de olsa taraflar açıkça med-arb üzerinde anlaşmışlarsa bu zaten devlet yargısını bir kenara bırakıp sözkonusu ihtilafların dostane çözümlerle ve en nihayetinde tahkimle çözüme kavuşturulacağını kabul ettikleri anlamına gelir.

Bahsettiğimiz gibi med-arb, tamamen yeni bir kavram değil, klasik alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuk ve tahkimin bir kombinasyonudur. Bu nedenle ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları, ISTAC Tahkim Kuralları ve ISTAC Arabuluculuk Kurallarından ayrı olarak değerlendirilmemelidir. ISTAC Arabuluculuk Kuralları ve ISTAC Tahkim Kurallarına; ayrı ayrı arabuluculuk ve sonrasında tahkimin işletilmesi sürecinde başvuruluyorken; ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları tüm sürecin başından beri devamına ve süreçlerin koordinasyonuna dair hükümleri içerir. ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kurallarının med-arb yöntemine başvuran taraflar için med-arbın etkinliğini en üst düzeye çıkaracak en kapsamlı korumayı sağlamak amacıyla düzenlendiğini görmekteyiz. ISTAC med-arb için gizlilik, arabulucu-hakem hususu ve yargılamada kullanılacak belgeler için getirilmiş olan maddelerin hem yasal mevzuata paralel hem de med-arb yolunun işleyişini sağlam ve başarılı kılacak şekilde ölçülü düzenlenmiş olduğunu düşünüyoruz.

SONUÇ

Türkiye’de arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkime ek olarak, ulusal ve uluslararası nitelikteki bir uyuşmazlığın tarafları için başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, med-arb(arabuluculuk-tahkim) kendine yer edinmiştir.

Med-arb, bünyesinde arabuluculuk sonrasında tahkimi barındıran karma bir çözüm yoludur. Ancak bu süreçte bir araya gelmiş olsalar da arabuluculuk ve tahkim birbirinden farklı iki yoldur. Bunun doğal bir sonucu olarak, arabuluculuk veya tahkimde ilgili süreci devam ettirmek farklı beceriler gerektirir. Tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini uygulamadaki temel motivasyonlarından birinin uzmanlaşmış bir şahsın süreci yönetecek olduğu düşünüldüğünde, bir kişinin hem arabulucu hem de hakem olmak için tüm nitelikleri taşıdığını iddia etmek inandırıcı olmayacaktır. Dahası, arabuluculukta taraflar müzakereler sırasında gizli veya haklılığını zedeleyebilecek bilgi ve belgeleri arabulucuyla paylaşabilmektedir. Böylelikle ileride hakemlik yapacak olan üçüncü kişinin tahkim yargılamasında tarafsızlığını koruyabilmesi ile ilgili endişeler ortaya çıkmaktadır. Örneğin; ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları kural olarak arabulucunun sonrasında aynı uyuşmazlıkta hakem olamayacağı hakkında ve tahkim yargılaması sırasında belirli bilgi ve belgelerin açıklanmasını yasaklayan özel hükümler içermesine rağmen; tarafların anlaşmasıyla arabulucunun hakem olarak atandığı durumlarda, hakem(eski arabulucu) bu bilgi ve belgelerden kaçılmaz olarak bilgi sahibi olabilecek ve insani olarak etkilenebilecektir.

Çalışmada açıklanan nedenlerle ve de arabuluculuk ile tahkimin farklı uzmanlık gerektirebilmesi sebebiyle, aynı uyuşmazlık için aynı kişiyi hem arabulucu hem hakem olarak atamanın taraflar için iyi bir seçenek olmayacağına, dünya çapında kabul gören şekilde *med-arb diff* modelinin daha etkili olduğuna inanıyoruz. Kurumsal tahkim merkezinin kural olarak benimseyebileceği med-arb modelleri olmasını uygun görmekle beraber, ADR yöntemleri taraf iradelerini temel alması sebebiyle, kurumsal tahkim merkezlerinin çokça taraf iradesini kısıtlayan, her alana dair sert kurallar düzenlemesi ADR ruhuyla örtüşmeyecektir. Taraflar dünyada orijinal med-arb modeli olarak kabul gören *med-arb same* veya diğer modellerden birini seçmek isteyebilirler. Bu sebeple kanımızca, ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları ve benzer şekilde ITOTAM Med-Arb

Kurallarında arabulucunun hakem olarak görev yapmasına ilişkin kural yerindedir. Aynı kişinin hem arabulucu hem hakem olacağı benimsenmiş bir med-arb süreci devam ederken, anılan sorunların meydana gelmemesinin yolunun ise hakemin(eski arabulucunun) davayı devam ettirirken takındığı profesyonellik ile doğru orantılı olduğunu söyleyebiliriz.

Başka bir çekte med-arb sonucu varılacak kararların uygulanması hususunda olabilmektedir. Çalışmamızda yapılan açıklamalara dayanarak günümüzde artık sulh anlaşmalarının veya hakem kararlarının uygulanmasının mahkeme kararları kadar kolay olduğunu söyleyebiliriz. Bilindiği gibi, sözleşmede belirtilen koşulların yerine getirilmesi şartıyla, New York Sözleşmesi uyarınca hakem kararları kolaylıkla tenfiz de edilebilir. Arabuluculuk süreci sonunda imzalanacak sulh anlaşmalarının uygulanması ise yeni kabul edilen Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi(Singapur Konvansiyonu) sayesinde kolaylaşmıştır. Bunun dışında, mevzuatımıza göre tarafların avukatları ve kendilerinin imzaladığı bir uzlaşma tutanağı, 585 sayılı Yasanın 35/A maddesi uyarınca ilam hükmüne sahiptir. Tüm bunlardan varılacak sonuç; med-arb sürecinin arabuluculuk ve tahkim yolunu kapsıyor olması bağlamında ister arabuluculuk sonucu varılan anlaşma belgesinin ister tahkim sonucu varılan hakem kararının icrasında, mevzuat ve uygulama açısından bir eksiklik olmadığıdır.

Yaklaşık son elli yıl içinde uluslararası toplum giderek artan bir şekilde arabuluculuk ve tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözümlerine yönelmiş olup örneğin; "tahkim dostu" olarak bilinen bir devlet için tahkim, ulus ötesi karmaşık ihtilafları çözümlenmenin birincil yolu olarak kabul edilmektedir. Uluslararası alanda alternatif uyuşmazlık çözümlerini kabul eden ve tahkim dostu ülke olarak bilinmek, öncelikle ulusal düzeyde ADR'ye dair bilincin ve kurumların oturmuş olmasından geçer. Bu, bir ülkede; fiziki ve nicel imkanların yanı sıra, amaca uygun yasal düzenlemeler bulunması, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına dair gerekli eğitim ve bilgilendirmelerin yapılması, etkin kurumsal tahkim merkezlerinin var olması ve bunların iyi tanıtılması, savunma makamlarının donanımlı olması, işinde iyi arabulucu ve hakemler yetiştirilmesi vb. ile mümkün kılınabilir. En az bunlar kadar önemli olan bir diğer husus, devlet mahkemelerinin alternatif çözümlere yaklaşımı ve bu özelde hakem kararlarının tanınması ve tenfizi açısından karşımıza çıkmaktadır. Hakem kararlarının tenfizi

davalarında Yargıtay tarafından verilen ilk kararlar, Türkiye'nin tahkim yanlısı bir ülke olmadığı izlenimini vermiştir. Yargıtay, zamanla önceki kararlarındaki görüşlerinden dönmesine rağmen bu kararların yabancı doktrin ve mahkemeler üzerindeki menfi izlerini henüz silememiştir. Türk mahkemelerinin tahkime ilişkin uyuşmazlıklara tahkim penceresinden ve daha liberal bakması, diğer devletlerin ve vatandaşlarının Türkiye'de milletlerarası tahkime bakış açılarını olumlu yönde değiştirecek; tercih edilirliliğinin artması ülkemizde tahkim uygulamasının yaygınlaşmasını ve tahkim tecrübesinin de artmasını sağlayacaktır. Tüm bunlar Türkiye'de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına dair hukuki birikimi ve bilinci oluşturacaktır.

Kimi zamansa yeterli bilgiye sahip olmamanın sonucu olarak, yanlış ve eksik duyular nedeniyle; toplumda arabuluculuk, tahkim ve diğer dostane çözümlerin, devlet yargısının karşısında olduğu algısı oluşmaktadır. Halbuki devlet yargısı ile diğer dostane çözümlerin birbirine rakip yolları gibi işlenmesi yerine; dostane çözümlerin devlet yargısına alternatif bir yol olduğu, doğru bilgilendirmelerle temellendirilerek, "alternatif" kelimesi ezbere bir tanım olmaktan çıkarılmalıdır. İşte burada, ülkede yer alan kurumsal tahkim ve arabuluculuk merkezlerinin, yargılama faaliyetleri dışında alternatif uyuşmazlık çözümleri ve tahkim ile alakalı eğitim çalışmalarında bulunması doğru bilgiye erişimi kolaylaştıracaktır. Yine bu paralelde, televizyon gibi kitle iletişim araçları veya çağımızda daha büyük önem arz eden sosyal medya kanallarının adliyeler yerine tahkim, arabuluculuk vb. merkezlerinin varlığını ve başarısını ön plana çıkaran yayınlar yapması bunların kamuoyu nezdinde bilinirliğinin artmasını sağlayacaktır. Hatta zamanla bu bilinirlik toplum bilincine dönüşebilecektir. Misal olarak; bir uyuşmazlık gündeme geldiğinde bireyler, "seni mahkemeye vereceğim" demek yerine tarafsız bir uzlaşma ortamı arama yoluna gidebileceklerdir.

Son olarak gerçekleştirilen atılımlar sayesinde Türkiye'de med-arb giderek bilinir hale gelmekteyse de sistem tam olarak oturup benimsenene kadar toplumun med-arb yoluna dair çekinceleri sürebilir. Çalışmamızda yer verdiğimiz gizlilik ve med-arb yolunun kendine özgü diğer sorunlarının dışında, taraflar med-arb yolunun kararlaştırılması sürecinde -kanaatimizce çoğunlukla bilgi eksikliğinden kaynaklanan- olumsuz yaklaşım sergileyebilirler. Örnek olarak bu çekincelerden biri, tarafların, aralarında doğabilecek/doğmuş uyuşmazlığın tümüyle hem arabuluculuğa hem de tahkime tabi olmasını istememelerinden kaynaklanabilir. Her uyuşmazlık med-arba

uygun olmadığı gibi şüphesiz, ticari uyuşmazlıklardan bazıları tarafların etkin iletişimi ile çözülebilecekken bazıları ise teknik konularla ilgili olarak bilirkişi görüşüne ihtiyaç duyulacak derinlemesine inceleme gerektirebilir. Bu nedenle uyuşmazlığın bütünü içinde kompleks ihtilafların arabuluculuk yoluyla çözülmesi tercih edilmeyebilir. Bu noktada taraflar, med-arba konu olacak uyuşmazlıkların kapsamını belirlemekte özgür olduklarını da bilmelidirler.

Med-arb her zaman her koşulda mükemmel bir çözüm olmayabilirse de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının üstün yönlerini bilen ve tecrübe eden bir toplum için med-arb, araştırılmaya ve gelişmeye açık iyi bir seçenektir. Bu çözüm yolunun ülkemizde yetkili kurum kuruluşların desteği, uygulamacıların teşviği ve akademisyenlerin çalışmalarıyla toplumda yaygınlaştırılmasının, ilerleyen süreçte hem ulusal hem de uluslararası alanda olumlu katkıları olacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- AKINCI Ziya, "Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 40, S.1., ss. 481-495, 2020
- AKINCI Ziya, "Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, S. 18(4), ss. 102-104, 1996
- AKINCI Ziya, "Neden İstanbul Tahkim Merkezi? Why Center for Arbitration in İstanbul?", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, C. 8, S. Özel, ss. 79-96, 2013
- AKINCI Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, . 5.B, Vedat Yayıncılık: İstanbul, 2020.
- AKINCI Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, 4.B, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- AKKAN Mine, "Arbuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.20, S.2, ss. 27-28, 2018
- AKMAN Ahmet, "İslâm-Osmanlı ve Modern Türk Hukuku'nda Sulh Sözleşmesi ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Mukayeseli Bir Bakış", *Hitit İlahiyat Dergisi*, C.20, S.2, ss. 1030-1056, 2021
- ALANGOYA Yavuz, Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2006
- ALANGOYA Yavuz, "Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, ss. 237-246, 1973
- AŞÇI Mehmet Saim, "Zorunlu Arbuluculuk Uygulamasının Olumlu ve Olumsuz Yönleri", *Uluslararası Hukuk ve Sosyal Bilim Araştırmaları Dergisi*, C. 1, S. 2, ss. 80- 91, 2019
- BARIL, Mark Batson and Donald Dickey, "MED-ARB: The Best of Both Worlds or Just A Limited ADR Option?", <https://www2.mediate.com/pdf/V2%20MED-ARB%20The%20Best%20of%20Both%20Worlds%20or%20Just%20a%20Limited%20ADR%20Option.pdf> (Erişim Tarihi 09/09/2021);
- BARSKY Alan, "Med-Arb": Behind the Closed Doors of a Hybrid Process", *Family Court Review*, S. 51, C. 4, ss.637-650, 2013
<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/fcre.12057>
- BARTEL, Barry C., "Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis and Potential", *Willamette L. Rev.*, S. 661, 1991, ss. 665-666, 1991
- BENNETT Steven C., "Non-Binding Arbitration: An Introduction", *Dispute Resolution Journal*, C. 61, S. 2, 2006.

- BLANKENSHIP John T. ,“Developing your ADR Attitude: Med-Arb, a Template for Adaptive ADR”, *Tennessee Bar Journal*, S. 42, 2006.
- BLANKEY Kristen M., “Keeping a Secret From Yourself? Confidentiality When the Same Neutral Serves Both as Mediator and as Arbitrator in the Same Case”, *63 Baylor Law Review*, S. 317, 2011.
- BOUHRNG-UHLE Christian, *Arbitration and Mediation in International Business*, International Arbitration Law Library Series Set, Kluwer Law International, B. 2, 2006
- BULUR Alper, İlker Koçyiğit, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2019.
- CHENG Tai-Heng, “Reflections on Culture in Med-Arb”, *NYLS Legal Studies Research*, S. 34(09/10), 2010
- CIOCAN, Felix Dimitrie, Ioan Niculae Alecu, Ion Dona ve diğerleri, “Med-arb and arb-med procedures in conflicts among professionals in agriculture”, *Agricultural Economics and Rural Development - Realities and Perspectives for Romania* , S. 6, ss. 95-103, 2015
- ÇETİNTÜRK, Ekrem, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, 1. B., Ankara: Adalet Yayınları, 2017
- DEHMEN Mine Tan, "Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S. 25, 2006
- DEMİR Şamil, "Online Uyuşmazlık Çözümü (ODR) - Elektronik İmzalı İlam Hükmünde Anlaşmalar" *Ankara Barosu Bilişim ve Hukuk Dergisi*, 2007
- DEMİRKOL, Berk, Ural Aküzüm, *Türkiye'de Med-Arb (Arabuluculuk - Tahkim)*, 1.B, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020
- DENDORFER- DITGES, Renate , Jeremy Lack, “The Interaction Between Arbitration and Mediation: Vision v Reality”, *Dispute Resolution International*, S. 1. 1, 2007
- EKŞİ Nuray, “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler (Singapur) Konvansiyonu’nun Türkçe Tercümesi”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C. 9, S.1, 2020
- EKŞİ Nuray, “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C.1, S.1, ss. 54-74, 2009
- EKŞİ Nuray, *Türkiye’de Kurumsal Tahkim*, 1. B, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020
- ELLIOT, David C., “Med/Arb: Fraught With Danger or Ripe With Opportunity?”, *Alberta Law Review*, S. 34, ss. 163-179,1995
- ERCAN Melis, “Uyuşmazlıkların Online Çözüm Yöntemleri” (Yüksek Lisans Tezi) Gazi Üniversitesi, 2017

- FOLBERG, H. Jay and Rosenberg, Joshua D., “Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis”, *Stanford Law Review*, S. 46, 1994
- FULLERTON, Richard, “The Ethics of Mediation-Arbitration”, *The Colorado Lawyer*, S. 38(5), ss. 31-38, 2009
- GOLDBERG Stephen B., “Grievance mediation: A successful alternative to labor arbitration”, *Negotiation Journal*, S. 5, ss. 9–15, 1989
- GÖKSU Mustafa, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Tahkim*, 2. B., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- GÖKYAYLA, Cemile Demir, "Arbuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, S. 77, ss. 575-616, 2019
- GÖRGÜN, L. Şanal, Levent Börü, Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 11. B., 2022
- GÜNEŞ Derya Belgin, “Türk Hukukunda Yüksek Yargı Kararları Işığında Zorunlu Arbuluculuk”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.2., ss. 514-526, 2020
- HENRY, Karen L., “Med-Arb: An Alternative to Interest Arbitration in the Resolution of Contract Negotiation Disputes.”, *Ohio State Journal on Dispute Resolutions*, S.3, 1988
- HUYSAL, Burak, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 1.B., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010
- ILDIR Gülgün, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, İstanbul: Seçkin Yayınları, 2003
- İYİLİKLİ Ahmet Cahit, “Arbuluculuk Sistemi ve Kanunu Üzerine Düşünceler ve Tahliller”, Ed. Ali Yeşilirmak ve diğerleri, *Arbuluculuğun Geleceği Sempozyumu*, İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, ss. 419-421, 2020
- KADIOĞLU Cemre Çise, “Bricks And Clicks: Online Dispute Resolution Mechanisms And Implementation Of Online Arbitration In Turkey For Cross-Border Business To Consumer E-Commerce Disputes”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, S.1, ss. 113-146, 2019
- KALKAN Onur, *Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları*, 1.B, Ankara: Onikilevha Yayınları, 2019
- KALPSÜZ Turgut, “İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları”, *İnşaat Sözleşmeleri-Seminer (Ankara, 1996)*, B. 2, Ankara, 2001
- KAPANCI K. Berk: “Tahkimde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Meseleler”, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1, ss. 521-540, Ankara, 2012

- KARAARSLAN Mehmet, “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, S. 140, ss. 71-113, 2019
- KARADEMİR Ebru, “Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 32, S. 2, 2013
- KAYA İslam Safa, Huzeyfe KARABAY, *Ceza Hukuku Sistemlerinde Uzlaştırma*, 1. B., Ankara: Adalet Yayınevi, 2019
- KAYA Serkan , “Uyuşmazlıkların Çözümünde Hibrit Yöntem: Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb)”, *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, C. 17, S. 48, 2021
- KEKEÇ Elif Kısmet, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3. B., Ankara: Adalet Yayınevi, 2016
- KILINÇ Ahmet, “Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun: Osmanlı Arabuluculuğu”, C.2, *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Ed. Fehti Gedikli, İstanbul: Oniki Levha, ss. 15-82, 2016
- KOCAOĞLU, A. Mehmet, *Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu İngiltere Fransa,Almanya, İsveç ve Özellikle A.B.D. Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Olarak*, Ankara:TÜHİS, 1999
- KURT Resul, “İş Yargısında “Arabuluculuk”“Mediation” In Labour Judgement”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 135, ss. 405-444, 2018
- KURTULAN, Gökçe, “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, *TBB Dergisi*, S. 131, 2017
- KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul: Demir Yayıncılık, 6. B., C. 6, 2001
- LACK, Jeremy, “Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties” , Düzenleyen.Arnold Ingen-Housz, *ADR in Business Practice and Issues across Countries and Cultures*, *Kluwer Law International*, C. 2, 2011
- LANDRY Sherry, “Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model”, *Defense Counsel Journal*, S. 63, 1996
- LIMBURY Alan, “Med-Arb, Arb-Med, Neg-Arb and ODR”, Institute of Arbitrators and Mediators Australia Forum, 2005
http://cedires.com/index_files/Limbury_Alan_hybrids_Med-Arb_Arb-Med_Neg-Arb_ODR.pdf (23.09.2021)
- LIMBURY, Alan L., “Hybrid Dispute Resolution Processes – Getting the Best while Avoiding the Worst of Both Worlds?”, 2. Chartered institute of Arbitrators Mediation Symposium, London, 5-9, 2009

- LOHVINENKO, Mykola Lohvinenko, Mykola Starynskyi, Lyudmila Rudenko, Iryna Kordunian, "Models of Mediation: Theoretical and Legal Analysis", *Conflict Resolution*, C.1, S. 39, ss. 51-65, 2021
- NOMER Ergin, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, İstanbul : Beta Yayıncılık, 2016
- ÖZBEK Mustafa Serdar, "Arbuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arbuluculuk-Tahkim", *Yargıtay Dergisi*, C. 43, S. 1, 2017
- ÖZBEK Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2 B., Ankara: Yetkin, 2009
- ÖZBEK Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 5. B., Ankara: Yetkin, 2022
- ÖZBEK Mustafa, "Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 51, 2002
- ÖZDEMİR Semih Sırrı, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Tasarısı: İngiltere'deki Düzenlemeler ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *Hacettepe Hukuk Fak. Dergisi*, S.2(1), 2012
- ÖZEKES Muhammet, Murat Atalı, Vural Seven vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk*, 2.B, Onikilevha Yayıncılık, 2019
- ÖZMUMCU, Seda, "Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 2, ss. 431-454, 2020
- ÖZSUNAY, Ergun, "Uluslararası Ticari Uzlaştırma Hakkında UNCITRAL Model Kanunu, 2002'yi Revize Ederek Onun Yerine Geçen Uluslararası Ticari Arbuluculuk ve Arbuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında UNCITRAL Model Kanunu, 2018 (Türk Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme)", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 93, S. 6, ss. 22-23, 2019
- PAPAS Brian, "Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution", *Harvard Negotiation Law Review*, C. 20, S. 1, 2015
- PATTON, Bruce, Roger Fisher, William Ury, "EVET": *Boyun Eğmeden Anlaşmaya Varmak*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3.B, 2016
- PEKCANITEZ Hakan, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.5, 2005
- PEKCANITEZ Hakan, "İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, Özel S., ss. 635-655, 2010
- PEKCANITEZ Hakan, Hülya Taş Korkmaz, Mine Akkan, Muhammet Özkes, *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku*, 15. B., C.3, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017

- PETER, James T., “Med-Arb in International Arbitration”, *American Review of International Arbitration*, S. 8, 1997
- PHILLIPS, Gerald F., “Same-Neutral Med-Arb: What Does the Future Hold?”, *Dispute Resolution Journal*, S. 60, 2005
- RISKIN Leonard, “Mediator Orientations”, *Strategies and Techniques, Alternatives*, C.12, S. 111, 1994
- SARIKAYA Ahmet Selim, “Türk Hukukunda Alternatif Çözüm Yollarından Arabuluculuk”, *Yaklaşım Dergisi*, S.173, 2007
- SAYGIN Beyza, “Uluslararası Ticari Tahkimde Geçici Hukuki Koruma”, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Dergisi*, C.1, S.1, 2021, ss. 111-144. https://dergiler.akademikyorum.com/Makaleler/299212043_8,%20111-%20144.pdf (20.09.2021)
- SOYSAL Tamer, “Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma”, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*, ed. Feridun Yenisey, İstanbul: Arıkan Yayınları, 2005
- STIPANOWICH, Thomas J., “Arbitration, Mediation, and Mixed Modes: Seeking Workable Solutions and Common Ground on MedArb, Arb-Med, and Settlement-Oriented Activities by Arbitrators”, *Hukuki Araştırmalar Serisi (No. 2020/25)*, *Harvard Negotiation Law Review*, S. 265, 2020
- ŞANLI Cemal, Emre ESEN, İnci Ataman FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 5. B., 2016
- ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözümü*, 7. B, Ankara: Beta Basım, 2019
- ŞEN Yusuf, “İslam Hukukunda Arabuluculuk”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2012/2, C. 11, Sayı: 22, ss. 105-135, 2012
- TANRIVER Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *TBB Dergisi*, S. 64, 2006
- TANRIVER Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *TBB Dergisi*, Sayı 64, 2006.
- TANRIVER Süha, “Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarında Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara, ss. 2025-2036, 2010
- TANRIVER Süha, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 2.B., Yetkin Yayınları, 2022
- TELFORD M.E. , *Med-Arb: Uygulanabilir Bir Anlaşmazlık Çözüm Alternatifi*, *Endüstriyel İlişkiler Merkezi*, Kanada: Queens University Press, ss. 1-17, 2000

https://irc.queensu.ca/wp-content/uploads/articles/articles_med-arb-a-viable-dispute-resolution-alternative.pdf (18.11.2022)

- TUĞSAVUL Melis Taşpolat, “Türk Hukukunda Arabuluculuk”, Ankara: Yetkin, 2012
- ULUÇ İnan, Online Uyuşmazlık Çözümü, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, 1.B., C.2, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015
- WEISMAN Martin C., “Med –Arb: The Best of Both Worlds”, *Dispute Resolution Magazine*, S.19, 2013
- YERDELEN Erdal, “Uzlaştırmanın Şartları, Usulü ve Sonuçları”, Ceza Muhakemesi Uzlaştırma Eğitim Kitabı, Adalet Bakanlığı, Ed. Mustafa Serdar Özbek, 2018
- YEŞİLİRMAK Ali, “Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (Med-Arb)”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2018
- YEŞİLOVA Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, 1. B, İzmir: Güncel Yayınevi, 2008
- YILDIRIM, M. Kamil, “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan”, İstanbul: Beta Yayınları, ss. 337-360, 2007
- ZİYALAR Neylan, Umut Hakan Ahtıhan, “Eğitim seviyesi, Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine İlişkin Bilgi Düzeyi ve Türk Hukuk Sistemine Yönelik Tutumlar Arasındaki İlişkinin İncelenmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.12, ss.39-52, 2017

İNTERNET KAYNAKLARI

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Genel Gereğesi <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> (21.12.2021)

Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2712202116532521.11.pdf> (Erişim Tarihi 03.11.2022)

WIPO Arabuluculuk Kuralları <https://www.wipo.int/amc/en/mediation/rules/> (Erişim Tarihi 17.06.2021)

LAW ON MEDIATION IN CIVIL DISPUTES NO 63251 WITH COMPARISONS
Translated by Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK s. 20
<http://www.ankaratahkim.com/LAW%20ON%20MEDIATION%20IN%20CIVIL%20DISPUTES%20NO%206325.pdf>

Singapur Konvansiyonu Dibace

<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/612021141924Singapur%20Konvansiyonu%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf> (19.02.2021)

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu(UNCITRAL) Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Model Kanun (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (03.03.2021)

UNCITRAL Tahkim Kuralları <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf> (03.03.2021)

IBA Kuralları bkz. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b> (01.10.2021)

Prag Kuralları

<https://praguerules.com/upload/iblock/a00/a00568c6787a8bc955f4fdfe93db5a10.pdf> (10.10.2021)

Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı, Türkiye Barolar Birliği,

<https://d.barobirlik.org.tr/2019/ticariuyusmazliklardaarabuluculukelkitabi> (09.06.2021)

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/>

ITOTAM Med-Arb Kuralları

https://www.itotam.com/Dosyalar/2021/YENI_BASLIK_MED-ARB%20KURALLARI.pdf (04.02.2021)

ISTAC Med-Arb Kuralları <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2020/01/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kurallar%C4%B1-vson.pdf> (04.02.2021)

Arabulucu Etik Kuralları

<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021075717T%C3%BCrkiye%20%20Arabulucular%20%20Etik%20Kurallar%C4%B1.pdf> (09.06.2021)

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://www.lexpera.com.tr/>

<https://www.mevzuat.gov.tr/>

<https://www.resmigazete.gov.tr/>

<https://www.tbmm.gov.tr/>

<https://kgm.adalet.gov.tr>

ÖZGEÇMİŞ			
Adı, Soyadı	Beyza		SAYGIN
Doğum Yeri ve Yılı			
Bildiği Yabancı Diller ve Düzeyi	İngilizce		
Eğitim Durumu	Başlama-Bitirme Yılı		Kurum Adı
Lise	2009	2011	Özel Altınyıldız Fen Lisesi
Lise	2011	2013	Özel Final Fen Lisesi
Lisans	2013	2017	Dokuz Eylül Üniversitesi-Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans	2019	2023	Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü – Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Disiplinler Arası Tezli Yüksek Lisans ABD
Mesleği	Başlama – Ayrılma Yılı		Çalışılan Kurumun Adı
1.	2019		Avukat (Bursa Barosu)
2.			
Katıldığı Proje ve Toplantılar			
Yayımlar			
Diğer			
İletişim (e-posta):			
	Tarih	20.02.2023	
	İmza		
	Adı Soyadı	Beyza Saygın	