

ARABULUCULUK VE TAHKİM(*)

Tahkim insanları hasım yerine 'hısım' yapar

Arabuluculuk, tarafları uzlaştırmaya yönelik bir işlemken; tahkim, tüm alternatif yollar tüketildikten sonra başvurulacak yargı yoludur

1) Arabuluculuk sisteminin Avrupa’da ve dünyada uygulaması yaygınken Türkiye’de yeni yeni kanunlaştırılıp uygulanmaya konduğunu görüyoruz. Ancak halen arabuluculuk uygulamalarının istenilen seviyede olmadığı söyleniyor ve insanların arabuluculuk sistemine dair yeterli bilgiye sahip olmaması bunun başlıca nedeni olarak gösteriliyor. Basitçe bir tanım yapılacak olursa arabuluculuk nedir, siz arabuluculuğa nasıl yaklaşıyorsunuz?

Kanunun tarifi ile **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, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Arabuluculuk, uyuşmazlıkların çözüm yollarından biridir. Devlet yargısının, soğuk duvarları arasında birbirlerine *hasım* olacak tarafların, birbirleriyle *hısım* olarak devam etmelerinin yolu, devlet yargısı dışında çözüm yollarını benimsemeleri ve uygulamalarıdır. Maalesef, bu çözüm yolları insanımızın zihninden ve pratiğinden uzaklaştırılmış, yalan-yanlış devlet yargısı ile yetinilir olmuştur.

2) Arabuluculuğun tarihine baktığımızda çok farklı coğrafya ve hukuk sistemlerinde uygulandığını görüyoruz. Bu durum, sulhun insanın fitratında var olan bir haslet olduğunu ve buradan hareketle arabuluculuk sisteminin de insandaki sulh temayülünün bir dışavurumu olduğunu söyleyebilir miyiz?

Sulh, ıslah, barış, bunlar insan fitratında var olan önemli bir hasletlerdir. Nitekim Kur’an-ı Kerimde Nisa suresi 35. Ayet, eşler arasında uyuşmazlık halinde her iki taraftan birer hakem seçilip aralarındaki uyuşmazlığın giderilmesi emredilmiştir. Bu bir hakemlik gibi görülse de, hakemlerin boşama yetkisi olmadığından bir arabuluculuk-tahkim karışımı bir çözüm oyludur. Aslanan sulh olmaktır, boşanmak değil. Nisa suresi 128. Ayette de “Sulh daima hayırlıdır” denilmektedir. Halk arasında da, en kötü sulh, en iyi nizadan hayırlıdır” özdeyişi vardır.

* Röportaj, MÜSİAD’ın **CERÇEVE DERGİSİ**’nin 69. Sayısında (Mayıs-Haziran 2015) Kapak Röportajı olarak “Tahkim, insanları **HASİM** yerine **HISİM** yapar başlığı ile yayınlanmıştır.

Bakara suresi 224, Hud-117, Şuara-151, Haşr-123. Ayetleri insandaki sulh yönüne işaret eden ve sulhü öngörüp emreden Allah kelimidir. Yarattığını en iyi bilen Allah, kullarını sulhe yönlendirmiş, insanlar da fitratlarının sesine kulak vermektedirler. Ancak pozitif hukuk sistemleri yakın zamana kadar bu sese kulak tıkamışlar, ancak insan fitratının yöneliminden kendilerini kurtaramamışlardır. Batı'da uyuşmazlıkların çözümünde devlet yargısı dışına taşmanın izahı budur. Sonuçta insanlık fitratının sesine uyarak devlet yargısı dışında uyuşmazlık çözüm yollarına kavuşmuştur.

3) Kendi tarihimize de baktığımızda modern dönemlere kadar uzanan İslam Hukuku uygulamasına şahit olmaktayız. Peki, İslam Hukukunda arabuluculuk bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmiş midir? Bunun Osmanlı'daki yansıması nasıl olmuştur?

İslam Hukuku uygulamalarında uyuşmazlıklarda arabuluculuk çok önemli ve insanlar arasında sulhün yaygınlaşmasını sağlayan uygulamadır.

İslam Hukukunda arabuluculuk sistemi 'Hisbe Teşkilatı' eliyle yürütülürdü. Arabuluculuğun adı da 'İhtisab'tır.

İhtisab, sevabını umarak bir işi yapmak, akıllı ve basiretli bir şekilde yönetmek, çirkin bir iş yapmayı kınamak, hesaba çekmek manasına gelir.

İhtisab mastarından türeyen bir isim olan hisbe kelimesi ise, terim olarak "emr-i bil-ma'ruf nehyi ani'l münker" prensibi uyarınca gerçekleştirilen genel ahlakı ve kamu düzenini koruma faaliyetlerini ve özellikle bununla görevli müesseseyi ifade eder. Bu işle görevli memura tarihsel süreç içinde farklı isimlerle çağrılmakla beraber genel olarak "muhtesib" denir. Hisbe Teşkilatı'nı sadece bir arabuluculuk olarak değil, aynı zamanda kamu denetimini sağlayan, pazarı denetleyen, gerektiğinde yaptırım da uygulayabilen kurum olarak anlamak gerekir.

Hisbe faaliyeti kişi, toplum ve devlet haklarına karşı tecavüz ve ihlalleri önlemeyi, toplumun ortak değerlerini korumayı gaye edinir. Bu yapılırken de, kişilerin özel hayatlarının irdelenmemesi, kişilik haklarının çiğnenmemesi, kötülüğün açık ve herkes tarafından reddedilen bir nitelik taşıması gibi hususlara dikkat edilir.

Hisbe Teşkilatında görevli kişiye 'muhtesib' denir. Muhtesib, kendisine getirilen uyuşmazlıklara baktığı gibi, mahkemelerin kendisine gönderdiği uyuşmazlıkların taraflarını sulh etme görevi de vardır ki günümüzde Arabuluculuk tam da bu işlevsellikle yeniden düzenlenmektedir.

4) Sizin tahkim üzerine detaylı çalışmalarınız mevcut, dolayısıyla bu alanda önemli isimlerden birisiniz. Tahkim ve arabuluculuk özünde sulh temelli çözüm yollarıdır. Peki, tahkim ve arabuluculuğun örtüştüğü ve ayrıştığı noktalar nelerdir? Uyuşmazlığın tahkimle çözülmesi yerine arabulucu aracılığı ile çözülmesi taraflara ne kazandırır?

Tahkim konusuna girmeden önce, uyuşmazlıkların çözümünde devlet yargısı dışındaki çözüm yollarına bakmamız gerekir.

Uyuşmazlıkların çözümünde devlet yargısı dışında çözüm yolları olarak;

- *Müzakere Yolu:* (Tarafların uyuşmazlıkları kendi aralarında görüşerek çözmeye çalışması yoludur)
- *Uzlaştırma (Arabuluculuk) Yolu:* Uzlaştırmada, tarafların iyi niyetinin yanı sıra uzlaştırıcının kimliği de önemli rol oynamaktadır. Uzlaştırma / Arabuluculuk, genellikle hakemlikle karıştırılır. Arabulucunun tarafları getirdiği son durum, -eğer evvelce sözleşmelerinde bunu belirtmişlerse- *kesin delil* mahiyetindedir. Nitekim taraflar mahkemede Arabulucunun kendilerini getirdiği son durumu bir kere daha huzurda ikrar ederek hâkimin kesin karar vermesini sağlamaktadırlar. Uzlaştırma/Arabuluculuk, tahkim veya resmi yargının ön adımı olarak da görülebilir. Taraflar arabuluculukta anlaşamadıkları takdirde uyuşmazlığı tahkime veya mahkemeye götürebileceklerdir. Dolayısıyla uzlaştırma / arabuluculuk bir yargı yolu değildir. Diğer çözüm yolları gibi devlet yargısı ve tahkim öncesi uyuşmazlık giderme yollarıdır. Arabulucunun uyuşmazlığı hükme bağlayacağı taraflarca kabul edilmiş ise tayin edilen üçüncü kişi artık bir uzlaştırıcı değil hakem-bilirkişi'dir.

Türkiye'de TOBB ve İTO gibi meslek kuruluşları uzlaştırma kuralları tespit ederek, uzlaştırma kurumuna katkı sağlamaya çalışmaktadırlar. Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) da ICC İhtiyarî Uzlaşma Kuralları belirlemiş ve yayınlamıştır. MTO dışında da en çok bilinen kurumsal uzlaştırma prosedürleri, Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Uluslararası Merkez (ICSID) ve Uluslararası Mühendisler ve Müşavirler Birliği (FIDIC) tarafından yürütülen uzlaştırmalardır.

- *Hakem-Bilirkişilik Yolu:* Tarafların, aralarındaki sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkacak teknik sorunların çözümlenebilmesi için uzman bir kişiye yetki vermeleridir. Hakem-bilirkişinin incelemeleri sonucunda konu aydınlanmış ve taraflar ikna olmuş iseler ihtilâf resmi yargıya veya tahkime gitmeden çözülmüş olur. Taraflar, hakem-bilirkişinin kararlarına uyacaklarına söz vermişlerse, karara uymadıklarında tahkim veya mahkemede bu karar kesin delil sayılır. Aksi halde hakem-bilirkişinin işlevi *uzlaştırıcı / arabuluculuk olur*. Taraflar, dilediklerinde TOBB ve İTO bünyesinde mevcut hakem-bilirkişi listelerinden uzman kişiler tayin edilebilir veya bu kurumların yönetiminde hakem-bilirkişilik kurumu işletilebilir. Milletlerarası uyuşmazlıklarda da Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tarafından 1976'da Uluslararası Teknik-Bilirkişilik Merkezi kurulmuştur.
- *Sözleşmelere Üçüncü Kişilerin müdahalesi:* Sözleşmede boşluklar bulunması, sözleşmenin yorumlanması ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması hallerinde; taraflar arasında yetkilendirilecek üçüncü kişinin, tarafları *dostane çözüme* ulaştırması mümkün olabilmektedir. Bunun için de tarafların sözleşmelerinde bu üçüncü kişiyi veya bu çözüme ulaştırabilecek kurumu tayin etmeleri gerekir. Sözleşmede, üçüncü kişinin kararlarına uyma şartı konulmuşsa, üçüncü kişinin kararları mahkemede kesin delil

niteliğinde olacaktır. Yani üçüncü kişinin kararı hakem veya mahkeme kararı gibi kesin karar değildir. Uluslararası sözleşmelerin yorumlanması, tamamlanması ve değişen şartlara uyarlanması MTO tarafından 1978’de yürürlüğe giren “Akdî Münasebetleri Düzenleme Komitesi” ve “Akdî Münasebetleri Düzenleme Kuralları” çerçevesinde yürütülebilmektedir.

- *Ön Hakemlik Yolu:* Bu bir *acil müdahale* ve *geçici tedbirler* yoludur. Uyuşmazlık halinde taraflarca seçilecek bir üçüncü kişi bu sorunların çözümünde tarafların hak ve yükümlülüklerini tespit etmekte, zararın büyümesini engellemek için *delilleri koruma altına alarak acil ve geçici tedbirler* alabilmektedir. Ön hakem, hakemden ayrı bir niteliğe sahiptir. Ön hakem, sorunların ortaya çıktığı anda duruma müdahale etmekte ve sorun büyümeden çözüme karar vermektedir. Kararları geçicidir. Ön hakemlik genel itibariyle bir *dostane çözüm* yoludur. Uluslararası ihtilâfların çözümünde kullanılmak üzere MTO tarafından 1 Ocak 1990’da yürürlüğe giren “Ön Hakemlik Usulüne Dair Kurallar”a göre Ön Hakemlik Usulü, “MTO Tahkim Mahkemesi Sekreterliği” tarafından yürütülmektedir.
- *Tahkim:* Anlaşmazlıkların devlet yargısı dışında, özel bir organ aracılığı ile çözümlenmesidir. İhkak-ı hakkın zararlarını görebilen insanlık, henüz devlet otoritesinin tanınmadığı zamanlarda başlamak üzere ilk yargı kuruluşu olarak Tahkim’i geliştirmiş, bilâhare devlet otoritesinin tanınması ile de devlet yargısı oluşmuştur. Yani Tahkim, ilk yargı yoludur. Tahkim kurumunun, hukuk tarihi kadar eski olduğu bilinmektedir. Hatta Kitab-ı Mukaddes’le ilgili kaynaklar, Hz. Süleyman’ın hakem olarak ihtilâfların çözümüne nezaret ettiğini kaydederler. Nisa-35 ve Maide-42, 43. Ayetleri İslâm hukukunda tahkimin en önemli dayanaklarını teşkil ederler. Arabuluculuk bir yargılama değil, adı üstünde tarafları uzlaştıran kurumdur. Uzlaşmazlarsa yapılacak iş tahkim veya devlet yargısına gitmeleridir. Bu önemli ayrımdır. Zaman zaman yanlış uygulamalarla arabuluculuk yapan şahsın kararları hakem kararı gibi algılanmakta, arabuluculuktan da hakemlikten de elde edilecek yarar sağlanamamaktadır. Uyuşmazlık, mümkünse Tahkim’den önceki çözüm yolları denenerek, sonuç alınamazsa Tahkime gitmek gerekir.

5) Türk Yargı Sisteminin içinden çıkamadığı belli başlı sorunlar var. Bunların en başında mahkemelerin yoğun iş yükü, birikmiş dosyalar, yargılamanın çok uzun zaman alması ve uzun bekleyişin sonucunda verilen hükmün tarafları tatmin etmemesi gibi sorunları sayabiliriz. Bütün bunları göz önüne alınca arabuluculuk sadra şifa verebilir mi?

Arabuluculuk bu sorunların tek başına şifası değildir. Mahkemelerin yükünü azaltacak olan yukarıda sayılı çözüm yollarıdır ki içlerinde Tahkim *kesin* çözüm yoludur. Zira Tahkim kararları *kesin karar* niteliğindedir. Hatta devlet yargısına götürülen kararlar *İcra Kabiliyeti*’ kazanır.

6) Arabuluculuğun ve özellikle de Tahkim'in Türkiye'de yaygın bir tercih haline gelmesi için neler yapılabilir ve bu hususta hukuk teorisyenleri ve uygulayıcılarının üstüne düşen görev nedir?

Sorunuzun tam karşılığı *HUKUKUN YAYGINLAŞTIRILMASI*'dir. Yakın zamanlara kadar hukuk belli bir kesimin, tabakanın uğraş alanı sayılıyordu. Batı'da insan haklarında yaşanan gelişmelerle insanların hukukla tanışmaları ve hukuki çözüm yollarında görev almaları ve gerek kendi aralarında gerekse kamu kurumları ile birlikte devlet yargısı dışında uyuşmazlıklarını çözmeye iradeleri göstermeleri ile hukuk yaygınlaşmaya başlamıştır. Bunda insan hakları aktivistlerinin kesin rolü vardır. Nitekim bizde de, dünyadaki örnekleri gibi Tüketici haklarında Tüketici Hakem heyetleri, Reklam Kurulu üyelikleri, Sağlık alanında Hasta Hakları Kurulları ve Etik Kurullar üyelikleri ve faaliyetleri gibi örnekler devlet yargısı dışında çözüm yolları arayışları ve sonuçlarıdır. Şimdi bunu, uyuşmazlıkların çözümünde Tahkim yolunu geliştirmekle güçlendirmeliyiz.

Burada aydınlarımıza büyük görev düşüyor. Öncelikle hukukçularımız ve iş adamlarımız (İş dünyası kuruluşlarımız) uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında çözüm yollarını düşünmeli ve geliştirmeliler. Esasen bu konu bir söyleşinin sınırlarını çokça aşmaktadır. Belki ayrı bir söyleşi konusu olabilecek konudur. Şu kadarını söylemeliyim ki, devlet yargısı dışındaki tüm çözüm yolları insan fitratına en uygun yollardır. İnsanımıza bu yolların iyi anlatılması, kendi yararlarının olduğu ifade edilmesi gerekir. Hukukçularımız ne yazık ki, devlet yargısı dışındaki yollar üzerinde kafa yormamakta, kendilerine okulda öğretilenlerin dışına çıkmamaktadır. Okullarda da ağırlık devlet yargısınaadır. Dünyanın tersine giden bir durumu yaşamaktayız.

Dünyada gelişmiş ülkeler hukuk ve yargı sorunlarını çözmek için, bir başka deyişle *hukuk devleti* olabilmek için öncelikle *iletişim toplumu* olmak, sırasıyla *bilgi toplumu* ve sonrasında da *hukuk toplumu* oluşturarak *hukuk devleti*'ne ulaşabilmişlerdir. (Bu da ayrı bir söyleşi konusu olabilir)

7) Derneklerin tahkim sürecine yaklaşımları hakkında ne düşünüyorsunuz? Tahkimin daha çok prosedüre sahip olduğu dolayısıyla arabuluculuğun yeterli olacağı düşünülmekte. Üye işadamlarımızı hangi çözüm yoluna kanalize etmeliyiz?

Konu dernekler değildir. Konu insanların hukuk bilgilerinin geliştirilmesidir. Dernekler sadece kendi üyelerinin sorunları ile ilgilenmektedir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, arabuluculuk bir yargılama değil, tarafları uzlaştırmaya yönelik bir işlemdir. Tahkim ise, tüm alternatif yollar tüketildikten sonra başvurulacak yargı yoludur. Toplumda öteden beri tahkim uygulamaları arabuluculuk veya hakem-bilirkişilik olarak algılandığı için arabuluculuktan da hakemlikten de istenen sonuçlar alınamamış, uzlaşma da tahkim yargılaması da kadük kalmıştır.

Üye işadamlarınıza devlet yargısı dışında kalan tüm uyuşmazlık çözüm yollarını denemelerini, bunun için her birini kurumlaştırarak uzlaşılamayan durumlarda Tahkime gitmelerini öneriyorum. Tahkim;

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

yargı yoludur.

Devlet yargısı, ticari uyuşmazlıklarda hiç akla gelmeyecek bir yargı yolu olarak kabullenilmedikçe daha çok mahkeme kapılarında hasım olmaya devam edeceğiz. Hâlbuki diğer yollar ve özellikle **Tahkim, insanları hasım yerine hısım yapar.**