

## Türk hukuk sisteminde alternatif bir çözüm yolu olarak arabuluculuk

### *Mediation as an alternative remedy in Turkish legal system*

Ferhat Yıldırım<sup>1</sup>

Received Date: 30 / 10 / 2015

Accepted Date: 26/ 03/ 2016

#### **Öz**

*İnsanların sosyalleşmeleri, iletişim halinde olmaları bazı olumsuzlukları da beraberinde getirmektedir. Fikir çatışmaları, yanlış anlaşılmalarda vb. gibi haller sonuçta çoğunlukla uyuşmazlık, çatışma ile sonuçlanmaktadır. Bu çerçevede bir uyuşmazlığın varlığından bahsedildiğinde ilk akla gelen yargı (mahkeme) yolu olsa da günümüzde bu yol dışında bazı alternatif çözüm yolları arayışına sebep olmaktadır. İlk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) ortaya çıkan ve tüm dünyaya yayılan Alternatif Çözüm Yolları (Alternative Dispute Resolution-ADR) bu arayışın ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmada; öncelikle kısa bir şekilde arabuluculuk sürecinin doğumu ve gelişimi ele alınmış, devamında ise, Türkiye'deki yasal çalışmalar ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun getirdikleri irdelenmiş, Avusturya Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Federal Kanunu (ZivMediatG)'da ele alınarak, Türk Hukuk sistemi ile benzer ve farklı yönleri üzerinde durulmuştur. Netice olarak, sistemin yaygınlaşması ve verimli sonuçlar alınabilmesi için mukayeseli hukuk uygulamaları da nazara alınarak önerilerde bulunulmuştur.*

**Anahtar sözcükler:** Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi, Arabulucu, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, uyuşmazlık, ADR

#### **Abstract**

*Socialization and communication between humans also bring about certain problems. Situations such as conflicts of opinion and misunderstandings eventually result in disputes and conflicts in general. Even though what comes to mind at the first mention of a conflict in this framework is judicial remedy (by means of court action), certain alternative remedies other than this remedy exists at the present time. Indeed, Alternative Dispute Resolution (ADR), which first originated in the United States of America (USA) and then spread all around the world, is a product of this*

*search. In this work, firstly the inception and development of the mediation process was briefly reviewed, followed by an examination of the legal studies in Turkey and what has been brought about by the Law on Mediation in Legal Disputes. While examining the stipulations of the law, Austria Federal Law on Mediation in Legal Disputes (ZivMediatG) was also addressed with a focus on its similar and different aspects compared to the Turkish Legal system. In conclusion, by taking into consideration the comparative legal practices, too, suggestions were offered for the system to spread and to obtain efficient outcomes.*

**Keywords:** Alternative Dispute Resolution, Mediator, Law on Mediation in Legal Disputes, conflict, ADR

<sup>1</sup>Öğr. Gör., İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi/Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Enstitüsü Doktora Öğrencisi (Uni Wien Zivilrecht Institut, Dissertant); [ferhat.yildirim@kemerburgaz.edu.tr](mailto:ferhat.yildirim@kemerburgaz.edu.tr)

## 1. Giriş

### 1.1. Arabuluculuk kavramı -tanımı ve gelişimi

Latince “mediare” sözcüğünden türeyen arabuluculuk, kelime anlamı itibariyle “tam olarak ikiye bölme”, “ortada bulunma” gibi anlamlara gelmektedir. Yabancı literatürde “mediation” olarak adlandırılan arabuluculuk sistemi temel olarak uyuşmazlık çözümünde alternatif bir yol olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu öyle bir uyuşmazlık çözüm yoludur ki, bu sürece uyuşmazlık tarafları tamamen gönüllü olarak katılmakta, tarafların isteği dışında bu çözüm yoluna zorlanmaları söz konusu olamamaktadır.

Arabuluculuk faaliyetinin uygulandığı ülkelerde getirilen yasal düzenlemelerde arabuluculuğun tanımı yapılmış olup, bu tanımlar birbirleri ile örtüşmektedir. Arabuluculuk ile ilgili getirilen önemli tanımlamalara kısaca göz atacak olursak;

*Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi'nde* (Richtlinie 2008/52/EC des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation im Zivil- und Handelssachen) “arabuluculuk adlandırılma ve başvuru şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı iki veya daha fazla kişinin gönüllü bir temelde uyuşmazlıklarını çözmek için bir arabulucunun yardımı ile bizzat çaba gösterdikleri yapılandırılmış bir süreç...” (Kekeç, 2014: 24)

*Avusturya Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu md.1/1*, (Zivilrecht-Mediation-Gesetz, ZivMediatG) “taraflar açısından gönüllülük ilkesi merkezli bir faaliyet olmakla, konusunda uzman, eğitimini almış tarafsız bir arabulucu (aracı) vasıtası ile taraflar arasındaki uyuşmazlığın, iletişim sağlanarak herkes tarafından kabul gören sistem ve metodlar vasıtası ile tüm sorumluluğun taraflarda olması koşuluyla hedefe, çözüme kavuşturulmasıdır” şeklinde tanımlama getirmiştir.

*Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Teşvik Edilmesine Dair Alman Kanunu* (Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der aussergerichtlichen Konfliktbeilegung), düzenlemenin md.1/1’de, “arabuluculuk, güvene dayalı, bir veya birden fazla arabulucu tarafından yürütülen ve tarafların uyuşmazlıklarını çözmeye yarayan bir yoldur”, md.1/2’de ise, “arabulucu tarafsız ve bağımsızdır. Arabulucunun uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi bulunmamaktadır” şeklinde düzenleme getirmektedir.

6325 sayılı *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (md.2/1b) ve Yönetmeliği* (md.4/1b) (22.06.2012 tarih ve 28331 sayılı RG) da arabuluculuğun tanımını yapmıştır. Kanun ve yönetmeliğin getirdiği tanımlama aynı olduğu için burada yalnız kanunun tanımına yer verilmiştir. Buna göre 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 katılımı ile ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi...” şeklinde tanımlanmıştır.

Bahsettiğimiz tanımlamalar birlikte değerlendirildiğinde, farklı düzenlemeler olsalar da, temelde getirilen tanımların birbirlerinden farklı olduğu söylenemez. Bu çerçevede genel olarak arabuluculuk için “...taraflar arasındaki ihtilafın objektif, tarafsız, bağımsız uzman üçüncü kişi yönetiminde çeşitli müzakere yöntemlerinin kullanılması vasıtası ile taraflarca çözüme ulaştırıldığı tamamen iradi olan bir süreç” şeklinde tanımlamak yerinde olabilecektir. (Yıldırım, 2014: 344)

### 1.2. Arabuluculuğun tercih edilme nedenleri nelerdir?

Arabuluculuk, uyuşmazlıkların çözümünde alternatif bir yol olmasından ötürü, bu yolun tercih edilmesine imkan sağlamaktadır (Kekeç, 2014: 87). Arabuluculuğun tercih edilme nedenlerinin iyi bir şekilde ortaya konulabilmesi için, yargı yolu ile karşılaştırmasının yapılması konunun daha iyi anlaşılması açısından gerekli olduğu kanısındayız.

Bu çerçevede arabuluculuğun tercih nedenlerine kısaca göz gezdirecek olursak; arabuluculuk faaliyeti yargı sürecinden çok daha kısa sürede sonuç verebilmektedir. Nitekim Anayasa md. 140 ve HMK md. 30 açık şekilde yargılamanın ivedi şekilde görülmesini, bunun bir yasal hak olduğunu işaret etmektedir. Yine aynı şekilde bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı dahilinde değerlendirilmektedir. Geç sonuçlanan davaların, adalete duyulan güveni azalttığı ve hak arama mücadelesinden vazgeçmeye sebebiyet verdiği görülmektedir (Kekeç 2014: 88). Günümüzde yargı üzerindeki iş yükü, duruşmaların talliki, hem fiziki hem de personel eksiklikleri bilinen gerçeklerdir. Bu eksiklikler doğal olarak, adli işlerin aksamasına sebebiyet vermektedir. Yargısal sürece göre, arabuluculuk faaliyeti hızlı sonuç vermesi sebebi ile tercih nedeni olmaktadır.

Yargı sürecinde prosedür yoğunluğu beraberinde masrafı da getirmektedir. Sadece yargılama prosedüründe değil, yargılama neticesinde doğan harçlar, vekalet ücretleri vs. gibi diğer masraflar da nazara alındığında, arabuluculuk faaliyetinin bu bağlamda daha ekonomik bir yöntem olduğu görülmektedir.

Arabuluculuk sürecinin kazan-kazan ilkesine tabi olması, tercih edilmesinde önemli bir etken-dir. Kazan-kazan ilkesi ile anlatılmak istenen, kaybedeneni olmayan bir çözüm yolu olmasıdır. Taraflar süreç dahilinde tüm sorumlulukları üzerine aldıklarından, karşılıklı olarak bu sorunun çözümüne dair iletişim halinde olmalarından ve en önemlisi de masadan -anlaşmaya varmaları halinde- el sıkışarak ayrıldıklarından ötürü kaybedeni olmayan bir çözüm sağlamış olmaktadır.

Arabuluculuk sürecinin esnek olması ve tarafların süreci kontrol etmesi bir diğer tercih nedeni-dir. Arabuluculuk sürecinde, kontrol tamamen taraflarda olup, geleceklerine dair kararları biz-zat kendilerinin vermesi esas alınmaktadır. Kekeç'in eserinde de dile getirdiği gibi "*arabuluculuk adaleti terk eden değil, kişilerin kendi adaletlerine ulaşmalarına yardımcı olunan bir yöntemdir*" (Kekeç 2014: 92). Arabuluculuk ve yargı sürecindeki durumu "*bir başka ifade ile yargılamada adalet "yukarıdan", arabuluculukta ise, adalet "aşağıdan" gelmektedir*" (Kekeç 2014: 91).

Arabuluculuk faaliyetindeki bir diğer önemli etken ise, geleceğe yönelik kazanımların ele alın-masıdır. Tarafların bu süreç dahilinde geleceğe yönelik barışçıl tutumları, masadan anlaşma ha-linde kalkmaları neticesinde karşılıklı ilişkilerinin kalıcı olmasına imkan vermektedir. Arabulu-culuk faaliyetinin en önemli tercih nedenlerinden biri de bağlayıcı olmamasıdır. Yargı sürecinde varılan hükmün bağlayıcılığı söz konusu iken, arabuluculuk sürecinde böyle bir durum söz ko-nusu değildir. Arabuluculuk faaliyetinin kabul görmesindeki en önemli nedenlerden biri de, giz-liliğin korunmasıdır. Çalışmanın diğer başlıklarında bu konu ayrıntılı olarak ele alınacağından şimdilik sadece ilgili bölüme atıfta bulunmakla yetinmekteyiz.

Arabuluculukla ilgili olarak, daha bir çok olumlu faktör saymak mümkün olabilmektedir. An-cak burada bazı önem arz eden faktörlere kısa değinmeler yapmış bulunmaktayız. Bunun yanında hem doktrinde hem de uygulamada, arabuluculuk süreci ile ilgili olarak etkin bir yol olmadığı ve tam olarak uygulanmadığı yönünde kuruma getirilen eleştiriler de mevcuttur. (Kekeç, 2014: 14 ; Özen, 2015: 30)

## 2. Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ve Avusturya Arabuluculuk Federal Kanununda (ZivMediatG) Arabuluculuk Kurumu

### 2.1. Arabuluculuğun tanımı ve konusu

#### 2.1.1. Arabulucunun tanımı

HUAK md. 2/1 (b)'de ve yönetmeliğin md.4/1 (b)' de arabuluculuk tanımı yapılmıştır. Yasal düzenlemelerdeki bu tanımlarda 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 ve gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini”* şeklinde tanımlanmıştır.

ZivMediatG md 1'de arabuluculuğa ilişkin getirilen tanımlama ise; *“Arabuluculuk, gönüllülük ilkesine dayanan, taraflardan her birinin uyuşmazlığın çözümünde üzerine sorumluluk aldığı, tarafsız ve uzman aracı (arabulucu) tarafından bilinen yöntemlerin uygulanması ile taraflar arasında iletişim sağlamayı hedefleyen, sistematik olarak teşvik eden bir yöntemdir”* şeklinde tanımlanmıştır (Yıldırım, 2015: 17). Benzer düzenlemenin Türk Hukuk sisteminden farklılık ihtiva etmediği görülecektir.

Yasal düzenlemeler sonucunda genel olarak arabuluculuğun tanımını şu şekilde yapmamız mümkündür. Arabuluculuk, arabulucu adı verilen bağımsız, tarafsız, uzmanlık eğitimi almış, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde tarafları bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını amaçlayan ve çözümlerini kendilerinin bulmalarına yardımcı olan, karar verme yetkisi olmayan bir kişinin katılımı ile sürdürülen gönüllülük esasına tabi olan, gizli bir müzakere sürecidir.

#### 2.1.2. Arabuluculuğun konusu

Arabuluculuğun konusu başlığı altında esas olan arabuluculuk faaliyetinin ne tür hukuki meseleler açısından uygulanabilir olduğudur. Hem HUAK ve yönetmeliği hem de ZivMediatG bu konuda yasal düzenleme getirmiştir.

HUAK md.1/2 *“Bu kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil 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”*

Yasal düzenleme ele alındığında, arabuluculuk faaliyetinin öncelikle özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanması esas olmaktadır. Ancak yasal düzenleme tüm hukuk uyuşmazlıkları açısından geçerlilik arz etmekte olmayıp, sınırlama yoluna gitmiştir. Yasa koyucu alan olarak özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yolu ile çözümlenmesine imkan tanırken, tüm özel hukuk uyuşmazlıklarını da yasa kapsamına almamıştır. Özel hukuk alanındaki sınırlamada esas olan kamu düzenine ilişkin hususların özel hukuk alanına girse dahi arabuluculuk kapsamı dışında tutulmasıdır.

HUAK'da da belirtildiği üzere, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri iş veya işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk mümkündür. Buna karşın kamu ölçütü bulunan durumlarda ise arabuluculuk uygulamasından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu durumlara örnek vermek gerekirse, aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklar, hakim'in re'sen araştırma yapması gereken davalar, çekişmesiz yargı işleri, boşanma, velayet davaları, evliliğin feshi, babalık ve evlat edinme davaları,

iflas davaları, hizmet tespit davaları vb. Mevcut listeyi genişletmek mümkün olmakla birlikte burada uygulamada en sık rastlanan türlere yer verilmiştir.

HUAK'nun hazırlanma sürecinde taslakta hangi uyuşmazlıkların arabuluculuk kapsamında kalacağı konusu yürürlükte olan düzenlemeden farklılık ihtiva etmekteydi. Nitekim tasarı metninin "Amaç ve Kapsam" başlığını düzenleyen 1.maddesinde sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesine imkan verilmiş, aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklara ilişkin bir düzenleme tasarıda yer almamıştır. Bu yönde bir düzenleme daha sonradan kabul edilerek yürürlükte olan yasa metni içerisine eklenmiştir.

Konuya ilişkin ZivMediatG incelendiğinde HUAK'ndaki düzenlemeden daha geniş bir düzenleme getirdiği görülmektedir. Md.1/2'de, "Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk ise, hukuk mahkemelerinin hakkında karar verme hususunda yetkili olduğu uyuşmazlıklara uygulanacak arabuluculuk olarak algılanmaktadır" şeklinde düzenleme getirilmiştir. Yasa koyucunun herhangi bir ayrıma gitmeksizin temel olarak hukuk uyuşmazlıklarından kaynaklı olan ve mahkemelerin bunlarla ilgili karar vermesinin söz olduğu her türlü ihtilaf için arabuluculuğun uygulanabileceğini düzenleme altına almıştır. Yasanın düzenlemesinde yer alan "hukuk mahkemelerinin hakkında karar verme..." şeklindeki düzenlemesi bünyesinde bir çok ihtilafı barındırmaktadır. Nitekim babalık davası, boşanma davası, miras davaları, zilyetlik, kira, taşınmaz mülkiyeti, tazminat (trafik kazası ve bedensel zararlar kaynaklı) fesih, işten çıkarma, ücret ödeme, tüccarlar arasındaki uyuşmazlıklar vb. arabuluculuk faaliyeti kapsamında değerlendirilmektedir (Fuchshuber 2004: 5). Burada dikkat edilmesi gereken husus hukuk mahkemelerinin Avusturya'da nasıl kategorize edildiğidir. Avusturya hukuk sistemi dahilinde, ilk derece mahkeme olan yerel mahkeme "Bezirksgericht", ikinci derece mahkeme olan bölge mahkemeleri "Landesgericht", iş ve sosyal güvenlik mahkemeleri "Arbeits-und Sozialgericht" ve ticari mahkemeler "Handelsgericht" düzenli hukuk mahkemeleri (ordentliche Zivilgerichte) olarak adlandırılmaktadır. Bu mahkemelerin bakabilecekleri tüm hukuki uyuşmazlıklar için Avusturya'da arabuluculuk sürecine başvurmak mümkündür (Weckert / Oboth, 2014: 175 vd.).

## 2.2. Arabuluculuğun temel ilkeleri

Arabuluculuğun tanımına ilişkin düzenleme irdelendiğinde, bu tanımın arabuluculuğa dair temel ilkeleri barındırdığı görülmektedir. Tanımdan çıkarılması mümkün olan temel ilkeler ; gizlilik, iradi olma ve eşitliktir.

### 2.2.1. Gizlilik

Gizlilik ilkesi arabuluculuk faaliyetinin en önemli ilkelerinden biridir. Arabuluculuk faaliyeti esasında ya da sonrasında tarafların ve arabulucunun görüşmelerde edindiği, paylaştığı bilgi, belge, ileri sürülen öneri ve teklifler üçüncü kişilerle hiçbir şekilde paylaşılacaktır.

Hem Türk hem de Avusturya yasa koyucusu arabuluculuk faaliyetinde gizliliğe yönelik yasal düzenleme getirmiştir (HUAK md. 4; HUAKY md. 6; ZivMediatG md. 18). Yasal düzenlemeler birlikte irdelendiğinde, HUAK'ndaki düzenlemenin ZivMediatG'den bir fark içerdiği görülmektedir. Avusturya sisteminde yasa koyucu aynen "Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde ya da sonradan öğrendiği sırları saklamakla yükümlüdür..." şeklinde düzenleme getirmektedir. Söz konusu hüküm lafzından da anlaşılacağı üzere emredici mahiyette olup, aksinin kararlaştırılabilmesine yasa koyucu imkan vermemektedir. Buna karşın HUAK md. 4 ve HUAKY md. 6 ele alındığında yasa aynen "Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti

çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutamakla yükümlüdür...” şeklinde bir hüküm tesis etmiştir. Hükümün başında da görüldüğü üzere gizlilik ilkesi ile ilgili olarak yasa koyucu taraflara bu konuda takdir yetkisi bırakmıştır. (Özmumcu, 2013: 304; Yıldırım, 2014: 345; Oboth / Weckert, 2014: 41; Çalışır, 2015: 51; Yazıcı Tıktık, 2013: 51; Özbek, 2013: 1052; Halıcı/Toprak, 2014: 17, 18; Tuğsavul, 2012: 134; Bulur, 2007: 44, 45; Bayraktar, 2015: 157, 158; Yıldırım, 2015: 72, 73 ).

Bu aşamada “gizlilik kapsamına kimler girmektedir?” şeklinde bir soru yöneltilebilir. Bu soruya yönelik hem Avusturya hem de Türk yasa koyucusu açıklama getirmiştir. Her iki düzenleme de birbiri ile benzer olup, gizlilik ilkesinin kapsamına, arabulucu, taraflar ve vekilleri, arabulucunun yanında çalışanlar ile denetim ve gözetiminde ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar, Bakanlık ve Kurul görevlileri girmektedir.

Yasa, genel düzenlemede gizlilik ilkesi ile birlikte değerlendirilecek bir diğer husus olan “beyan ve belgelerin kullanılmaması”na da değinmiştir. Söz konusu düzenleme ile tarafların arabuluculuğa taşıdıkları ihtilafla ilgili olarak hukuk davası açıldığında ya da tahkim yoluna başvurulduğunda bazı beyan ve belgelerin delil olarak sunulmasına ve bunlarla ilgili tanık dinlenmesine cevaz vermemektedir. Bu bağlamda, taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıya veya iddianın kabulü, sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısı ile hazırlanan belgeler, hiç bir şekilde ileri sürülemeyecektir. Bu bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemeyeceği gibi, bu belgeler ilgili makam önündeki uyuşmazlıkta delil olarak ileri sürülmüş olsa dahi, hüküm tesisinde nazara alınmayacaktır. Belgelerin kullanılması açısından yasa koyucu önemli bir ölçüt getirmiştir. Hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebi ile kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.

### 2.2.2. İradi olma

İradi olmak Türk Dil Kurumu kapsamındaki tanımlamaya göre iradi kelime anlamı olarak “istençlilik” olarak tanımlanmaktadır. Arabuluculuk sürecinin en önemli ilkelerinden biri olan iradi olma genel olarak, tarafların arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, süreci sonlandırmak veya süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbest olmalarını ifade etmektedir. Tarafların arabuluculuk sürecine istekleri dışında dahil edilmeleri, süreçte kalmaya zorlanmaları ya da süreci sona erdirmeleri hususunda zorlamada bulunulamaz.

Konuya ilişkin olarak HUAKY md.2/b ve HUAKY md. 4/1(b)’de “...ve ihtiyari olarak yürütülen...” şeklindeki tanımlama ile arabuluculuk faaliyetinin tamamen iradi ve gönüllülük ilkesine dayandığı dile getirilmiştir. Kanun ve yönetmelik dışında, Türkiye Arabuluculuk Kurulu Model Etik ve Uygulama Kuralları kapsamında da “İradilik” kuralına ilişkin düzenleme getirilmiştir. “İradilik ve Eşitlik” başlığı altında 1. ve 2.paragraflarda; “Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbest olup, öncelikle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırma konusunda anlaşmalıdırlar. Bu nedenlerle, taraflar, hiçbir şekilde zorla bu sürecin içine dahil edilemeyecekleri gibi, belirli bir süre sonunda da taraflar uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmekten de vazgeçebilirler.” şeklinde düzenleme getirilmiştir.

Bazı hukuk sistemlerinde ise, taraflar arasındaki ihtilafın yargı yoluna taşınmasından önce arabuluculuk yolu ile çözülmesi gerektiği konusunda yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Mukayese mahiyetinde olan ZivMediatG bağlamında da arabuluculuğun ihtiyari bir süreç olduğu görülmektedir. Türk Hukuk sisteminde hali hazırda gönüllülük esası geçerli olmakla birlikte, arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesine yönelik Arabuluculuk Daire Başkanlığı ve Adalet Bakanlığı tarafından çalışmalar yapılmaktadır. İlerleyen dönemlerde, arabuluculuğun –özellikle yargı üzerindeki iş yükünü azaltmak maksadı ile- hukuki ihtilafların çözümü hususunda zorunlu hale getirilmesi söz konusu olacaktır (Mukayeseli hukuktaki zorunlu arabuluculuğa ilişkin örnek ve açıklamalar için bkz. Yazıcı Tıktık, 2013: 37, dn. 121 ve 122).

### 2.2.3. Eşitlik

Diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında da bulunan hatta yargı yolunda dahi önem arz eden eşitlik ilkesi arabuluculuk için de söz konusudur. HUAK md.3/1, HUAK md. 9/3, HUAKY md. 5, HUAKY md.12/3 ve Türkiye Arabuluculuk Kurulu Model Etik Uygulama Kuralları içerisinde de eşitlik kuralına dair tanımlama getirilmiştir. Eşitlik ilkesine göre, taraflar hem arabulucuya başvururken hem de süreç boyunca eşit haklara sahiptir. Tarafların süreç dışına tutulmaları ya da süreç dışına itilmeleri mümkün değildir. Bayraktar’ın bir makalesinde de bahsettiği üzere, “*Arabulucunun taraflara eşit mesafede bulunması durumu iletişimin sürdürülmesi ve teşviki açısından da geçerli olması gereken bir durumdur...*” (Bayraktar, : 165).

Yasa ile düzenlenen eşitlik ilkesinin olabildiğince geniş şekilde yorumlanması gerekmektedir. Eşitlik ilkesine, taraflara tanınacak eşit sürelerdeki söz hakkı, öncelikle söze kimin başlayacağını taraflarca kararlaştırılması vb. örnek olarak verilebilir.

ZivMediatG kapsamında eşitlik ilkesine dair bir tanımlama yer almamakta, ancak 1.maddede belirtilen “...*neutraler Vermittler (Mediator)...*” –tarafsız- ifadesi ile taraflara eşit yaklaşımı yani eşitlik ilkesine işaret etmiştir (Yıldırım, 2015: 3, 17)

Arabulucunun hem süreç başlangıcında hem de sürecin devamında eşitlik ilkesini yerine getirmekle, taraflarda gerçek bağlamda bağımsız bir sürecin yürütüldüğü duygusunu arttırmakta ve bu uyuşmazlık yolunun tercih edilmesinde de etkin rol oynamaktadır.

### 2.3. Arabuluculuk faaliyeti

#### 2.3.1. Arabulucuya başvuru ve arabulucunun seçimi

Arabuluculuk yoluna başvuru hususunda yasal düzenlemede ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Taraflar ya dava açılmadan önce, ya da davanın açılması sonrasında arabuluculuğa başvurumaktadırlar (HUAK md. 16/1). Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru; taraflar dava açılmadan önce arabulucuya başvurma konusunda her zaman anlaşabilmektedirler. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içerisinde olumlu cevap verilmezse, bu teklif reddedilmiş sayılır. (HUAK md. 13/1; HUAKY md. 17/1).

Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvuru; taraflar davanın her aşamasında arabuluculuğa başvurma konusunda anlaşabilirler. İdeal olan ön inceleme aşamasında arabuluculuğa başvurmalarıdır. Mahkeme ön inceleme aşamasında tarafları arabuluculuğa başvurmaları konusunda teşvik edebilir. Taraflar arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri akabinde mahkeme dosyanın arabulucuya tevdi edilmesi hususunda bir ara karar tesis eder. Bu aşamada yargılamayı üç aydan fazla olmayacak şekilde erteler. Bu süre tarafların birlikte başvurusu üzerine bir defaya

mahsus olmak üzere üç aya kadar uzatılabilmektedir (HUAK md. 15/5; HUAKY md. 19/6). Yasanın getirmiş olduğu üçer aylık süreler üst sınır olup, mahkeme somut olayın özellikleri kapsamında üç aydan daha az süre de verebilecektir. Bu bağlamda duruşmaların taliki toplamda en fazla altı ay olabilmektedir.

Davanın açıldığı süreçte arabuluculuğa başvurunun davaya etkisi ne olacağı sorusu ile karşılaştığımızda, durum ne olacaktır ? Burada dava arabuluculuk görüşmeleri nedeni ile ertelenmiş olup, derdesttir. Yani bu süreç dahilinde talep halinde geçici hukuki koruma taleplerinin (ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz vs gibi) kabulü söz konusu olabilecektir. Ancak arabuluculuk faaliyetlerinin görüşülmesi esnasında taraflardan birinin derdest dava için böyle bir talepte bulunuyor olmasının arabuluculuk sürecine tesiri de somut olaya göre taraflar açısından farklı neticeler doğurabilecektir.

Tarafların arabulucuya başvuru konusunda hem fikir olmaları akabinde arabulucunun seçilmesi söz konusu olacaktır. Başkaca bir usul kararlaştırılmamışsa arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilecektir. Arabulucu seçilmesi akabinde de en kısa sürede tarafları toplantıya çağırır. Taraflar bu toplantılara, oturumlara bizzat kendileri katılabileceği gibi, vekaletnamesinde özel yetkisi olan vekilleri de katılabilmektedir. Ancak sürecin sağlıklı ve verimli ilerleyebilmesi için oturumlara asillerin bizzat katılmaları tercih sebebi olmalıdır.

### 2.3.2. Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi

Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesine ilişkin düzenleme yasanın 15. maddesinde ve yine yönetmeliğin 19. maddesinde kaleme alınmıştır. Her iki düzenleme de temel olarak, yürütülecek olan arabuluculuk faaliyetinin unsur ve özelliklerini belirtmiş bulunmaktadır. Arabuluculuk sürecinde, arabuluculuğun özelliklerinden olan süreç ve yöntemin esnekliği hususu özelliğini burada göstermektedir. Arabuluculuk faaliyetinde taraflar emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydı ile arabuluculuk usulünü serbestçe belirleyebilme imkanına sahiptirler (HUAK md. 15/2, HUAKY md. 19/2).

Arabulucu, arabuluculuk sürecinin yürütülmesi sırasında, taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz; bir çözüm önerisi ya da öneriler kataloğu geliştirip, bunları taraflara empoze edemez. Tarafları müzakerelerin devam ettiği sırada ortaya çıkan bir çözüm önerisi üzerinde anlaşma sağlamaları için zorlayamaz. (HUAK md. 15/5; HUAKY md. 19/5)

Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesinde önem arz eden bir diğer husus ise, arabulucunun bu faaliyet çerçevesinde yapamayacağı işlemlerin neler olduğudur. Bu bağlamda, arabulucu, sadece hakim tarafından yapılabilecek, niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olan işlemleri yapamayacaktır. Bu işlemlerin neler olduğuna bakacak olursak; keşif, bilirkişiye başvurma ve tanık dinleme sayılabilir (HUAK md. 15/4; HUAKY md. 19/4).

### 2.3.3. Arabuluculuk sürecinin başlaması ve sürelere etkisi

Arabuluculuk sürecinin başlamasına dair yasa koyucunun ikili bir ayrım yaptığını görmek mümkündür. Taraflar ya dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurular ya da hali hazırda görülmekte olan bir davada tarafların arabuluculuk yoluna başvurusu nedeni ile arabuluculuk sürecinin başlaması söz konusu olur.

Arabuluculuk sürecinin başlangıcının tespiti faaliyet açısından önem arz etmektedir. Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bu çerçevede arabuluculuk faaliyetinin ne zaman



başladığının tespiti önem arz etmektedir. Arabuluculuk sürecinin başlaması konusunu iki alt başlık altında ele alacak olursak;

- Dava açılmadan önce arabulucuya başvuru halinde; HUAK md. 16/1 ve HUAKY md. 20/1 “*Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru halinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi hususunda anlaşmaya varılıp, bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar...*” şeklindeki düzenleme davanın açılmasından önceki duruma ilişkin düzenleme getirmekte olup, bu durumun sürece ne gibi etkisi olduğunu düzenlemektedir. Nitekim yasal düzenlemede de belirtildiği üzere, dava açılmasından önce taraflar arabuluculuğa başvurma hususunda hem fikir olmuşlar ise, arabulucu bu fikir birliği akabinde tarafları en kısa sürede toplantıya çağırır. Arabulucunun toplantıya çağrı usulüne dair yasada özel bir tür belirtilmemiştir. Dava açılmadan önceki süreçte arabulucunun tarafları davet etmesi neticesinde, ilk toplantıya katılan tarafların arabuluculuk sürecini devam ettirme hususunda anlaşıp, bu durumu belgeleyen bir tutanağı düzenleyip, imzaladıkları tarihten itibaren, arabuluculuk sürecinin dava öncesindeki aşama için başladığından bahsetmek mümkün olabilmektedir.

- Davanın açılmasından sonra arabulucuya başvuru halinde: HUAK md. 16/1 ve HUAKY md. 20/1’de getirilen düzenleme “*...dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru halinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabuluculuğa başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren...*” şeklindedir. Burada prosedürün dava açılmasından önceki süreçten farklı olduğu görülmektedir. Nitekim yasa koyucunun da belirttiği üzere davanın açılması akabinde sürecin başlamasına ilişkin farklı durumların varlığından bahsetmek mümkün olabilir. Bu durumları ele aldığımızda;

- Mahkemenin tarafları arabulucuya teşvik davetinin kabul edilmesi durumu: Mahkemenin davanın açılmasından sonra tarafları arabuluculuk hususundaki teşvikine ilişkin düzenleme hem HUAK md. 13 son cümle hem de HMK md. 137 hakimın tarafları arabuluculuğa teşvikinden bahsetmektedir. Taraflar uyuşmazlığın arabuluculuğa taşınması hususunda anlaşılırsa, bu beyanları mahkeme tarafından nazara alınarak, duruşma zaptına geçirilir. Mahkeme bunun akabinde duruşmayı üç ayı geçmemek üzere erteler (HUAK md. 15/5). Üç aylık süre maksimum süre olup, mahkeme somut olaya göre üç aydan daha az süre de verebilmektedir. Taraflar üç aylık süre neticesinde bir anlaşma sağlayamamışlarsa, tekrar birlikte mahkemeye başvurarak yeni bir süre talebinde bulunabilirler ve mahkeme yeniden üç ayı geçmemek üzere son defa bir süre verebilir. Nihayetinde taraflar, dava açıldıktan sonraki süreçte arabuluculuk görüşmeleri nedeni ile duruşmaların talikini en fazla altı aylık (3 ay + 3 ay) süre için isteyebilirler.

- Dava sırasında tarafların arabulucuya başvurmak konusunda anlaşmaları : Tarafların dava sırasında –herhangi bir aşamada- arabulucuya başvurma konusunda karşılıklı anlaşmaları halinde, mahkeme tarafların bu taleplerini duruşma tutanağına geçirir ve dosyanın arabulucuya tevdiine ilişkin bir ara karar tesis eder. Yine bu aşamada bir üst başlıkta ele aldığımız üzere mahkeme taraflara uyuşmazlığı çözmeleri hususunda süre vermektedir. Bu noktada arabuluculuk faaliyetinin başlangıç anı, tarafların arabulucuya gitme hususunda anlaşmalarını mahkeme huzurunda dile getirdikleri ve bu taleplerinin duruşma tutanağına işlendiği tarih olacaktır.

- Celse arasında tarafların kendi aralarında arabulucuya gitme hususunda anlaşma sağlamaları: Taraflar yargılamanın devam ettiği süreçte, arabulucuya gitme konusunda karşılıklı olarak celse arasında anlaşabilirler. Tarafların bu yönde iradeleri söz konusu ise, arabuluculuğa başvurma konusunda anlaşmaya vardıkları irade beyanlarını yazılı olarak mahkemeye beyan ettikleri tarih arabuluculuk sürecinin başlangıcı olarak kabul edilmektedir.

Dolayısı ile arabuluculuk faaliyetinin başladığı bu andan sona ermesine kadar geçecek süre içerisinde hak düşürücü ve zamanaşımı süreleri işlemeyecektir. Esas olan ilke hak düşürücü sürelerin durmaması olup, düzenlemeler açısından arabuluculuk dışında başka bir düzenlemede de hak düşürücü sürelerin durması söz konusu olmadığından, arabuluculuk bu bağlamda ayrı bir öneme haizdir.

#### 2.3.4. Arabuluculuk sürecinin sona ermesi

HUAK md. 17 ; HUAKY md. 21 arabuluculuk faaliyetinin sona ermesine ilişkin düzenleme getirmektedir. Düzenlemeye göre arabuluculuk faaliyeti şu hallerde sona ermektedir;

- Tarafların anlaşması; tarafların anlaşması arabuluculuk faaliyeti sonucunda herkes tarafından istenilen, umulan bir sona erme şeklidir. Taraflar uyuşmazlık hususunda karşılıklı olarak anlaşmışlarsa, arabuluculuk faaliyeti tarafların anlaşması ile sonlandırılmış olmaktadır.

- Arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi: burada önemli olan husus, bu yönde kanaat getiren arabulucunun, faaliyete devam etmesinin bir fayda sağlamayacağı kanaatine vararak bunu uyuşmazlık taraflarına danışarak belirtmesi gerekmektedir.

- Taraflardan birinin karşı tarafa ya da arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi; bu sona erme şekli, arabuluculuğun temel ilkelerinden olan gönüllülük-iradilik ilkesinin sonucudur. Taraflardan her biri arabuluculuk sürecinin her aşamasında müzakere masasından kalkma serbestisine sahip olduğundan, arabuluculuk faaliyetinin olumlu sonuç vermeyeceğini düşünen ya da farklı bir kanaate varan taraf karşı tarafa ya da arabulucuya bu yöndeki düşüncesini ilterek süreci tek taraflı olarak sona erdirebilmektedir.

- Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmeleri; taraflar yürütülen oturumlarda, kendileri açısından bir sonuç alınmayacağı kanaatine vardıkları takdirde, karşılıklı bir karar alarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirebilirler.

- Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı CMK gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi; Türk hukukunda 5271 sayılı CMK 'nun uzlaşma başlığını taşıyan 253. maddesi ceza hukuku alanında hangi hallerde uzlaşma yoluna başvurulacağını düzenlemektedir. Bu bağlamda CMK 253. maddede sayılan haller kapsamına girmeyen suç kaynaklı iş veya işlemler için arabuluculuk yolu kapatılmıştır. CMK md.253 uyarınca, uzlaşmanın sağlanması halinde soruşturma konusu suç nedeni ile tazminat davası açılmayacağı, açılmış olan davadan da feragat edilmiş sayılacağı belirtilmiştir. Ancak uzlaşmaya tabi suçlarda uzlaşmaya varılamamışsa, tazminat davası açıldığında bu tazminat davasının konusunun arabuluculuğa elverişli olduğu kabul edilmektedir. (Özmumcu, 2013: 373 vd)

- Taraflardan birinin ölümü; arabuluculuk faaliyetinde uyuşmazlık yaşayan taraflardan birinin ölümü durumunda arabuluculuk sona erecektir. Arabulucunun ölümü halinde süreç sona

ermez. Taraflar yeni bir arabulucu üzerinde anlaşarak, uyuşmazlığı arabuluculuk yolu ile çözmeye yoluna devam edebilirler.

### 2.3.5 arabuluculuk sürecinin sona ermesinin sonuçları

Arbuluculuk faaliyetinin sona ermesi bazı sonuçları da beraberinde getirmektedir. Bu süreç sonunda öncelikle taraflar anlaşmış oldukları hususları kaleme aldıkları bir anlaşma metni tesis etmişlerdir. Arabuluculuk faaliyetinin önemli bir özelliği, söz konusu anlaşma metninin ilam mahiyeti kazanabilmesidir. Nitekim bu özellik anlaşma sonrasında tarafların söz konusu anlaşma metnine icra edilebilirlik şerhi alması ile mümkün olabilecektir. Ayrıca, faaliyetin sona ermesi ile birlikte arabulucu, faaliyet sebebi ile elinde bulunan belge ve kaleme alınan anlaşma metnini yasal yükümlülük gereği belirli bir süre muhafaza etmek ve yine belirli bir sürede Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na göndermek durumundadır. Bu hususlar dahilinde arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu başlık altında, faaliyetin sonucu olarak önemli sonuç doğurmaya neden olan anlaşma metni, arabulucunun belgeleri saklama ve gönderim yükümlülüğü ve icra edilebilirlik şerhi konuları ele alınacaktır.

#### 2.3.5.1 Anlaşma belgesi

Arbuluculuk faaliyetinin sona ermesi ile birlikte tarafların anlaşmaya vardıkları hususları kaleme aldıkları bir anlaşma belgesi düzenlemeleri söz konusudur. Nitekim bu konuya ilişkin düzenleme HUK md. 18/1, HUKY md. 22/1'de ele alınmıştır. Yasanın düzenlemesi "*Arbuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır*" şeklindedir. Yasanın düzenlemesinde de bahsettiği üzere, taraflar arasındaki arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi ile, durumu belgeleyen bir belge oluşturulmaktadır. Bu çerçevede anlaşma belgesinin asıl fonksiyonu, sürecin sona erdiğini belgelemesidir.

Anlaşma belgesi tarafların karşılıklı irade beyanlarını içeren bir sözleşme olup, sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin genel sebeplerle (örneğin, hata, hile, ikrah gibi) anlaşmanın hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi mümkün olabilmektedir. Taraflardan birinin sözleşmeye uymaması halinde, diğer tarafın sözleşme hükümlerine aykırılık nedeni ile mahkemeye başvurması mümkün olabilmektedir. Yine sözleşmeye aykırı davranış neticesinde cebri icra yoluna başvuru imkanı da söz konusu olabilecektir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın mahkeme yolu ile giderilmesi durumu söz konusu olursa, bu durumda anlaşma belgesi kesin delil kuvvetinde olacaktır (Tuğsavul, 2012: 183).

Anlaşma belgesine yazılacak olan hususlar nelerdir? Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen belgeye, tarafların anlaşmış oldukları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı yazılır. Bunun dışında hangi hususların belgeye yazılacağına taraflar bizzat kendileri karar verecektir (HUK md. 17/3 ; HUKY md. 21/2). Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, anlaşma belgesine yazılacak hususların, icrasının talep edilmesi (icra edilebilirlik şerhi alınması) durumunda, icra edilebilir mahiyette olması, emredici kurallara, ahlak ve adaba aykırı olmaması gerekir. Bu çerçevede anlaşma belgesinde tüm ifadelerin şüphe ve yoruma mahal vermeyecek şekilde açık, net şekilde kaleme alınması gerekmektedir.

Yasa koyucunun düzenlenmesinde, anlaşma belgesinin düzenlenmesi ile bu belgenin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanmasından bahsetmektedir. Söz konusu anlaşma metni, taraflar, varsa vekilleri ve arabulucu tarafından imzalanmalıdır. Tarafların anlaşma belgesini imzalamaları bu çerçevede anlaşma metni için zaruri bir şekil şartı olarak görülmektedir. Taraflardan biri ya da

vekili söz konusu metni imzalamaktan imtina ederse ne olacaktır? Konuya ilişkin yönetmelikte düzenleme yer almaktadır. HUAKY md. 21/2’de de bahsedildiği üzere, anlaşma metni taraflar ve vekillerince imzalanmazsa, sebebi belirtilmek sureti ile sadece arabulucu tarafından imza altına alınır.

### 2.3.5.2 Belgelerin saklanması ve gönderimi

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde arabulucu bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, arabuluculuk anlaşma metnini beş yıl süre ile saklamak zorundadır (HUAK md. 17/4; HUAKY md. 15/1). Böylesi bir düzenlemenin mukayeseli hukuk açısından da getirildiğini görmekteyiz. Nitekim ZivMediatG md. 17/3 “*Arabulucu, tuttuğu kayıtları arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren en az yedi yıl saklamalıdır...*” şeklinde düzenleme getirmiş ve belgelerin muhafaza edilmesi hususunda Türk hukuk sisteminden daha uzun bir süre tesis etmiştir. Arabuluculuğa ilişkin belge saklama yükümlülüğünün Avukatlık Kanunu’nun 39.maddesinde yer alan “*Avukatın Dosya Saklaması ve Hapis Hakkı*” başlıklı yasal düzenleme ile benzerlik taşıdığından bahsetmek mümkündür. Av. K. md. 39 “*Avukat kendisine tevdi olunan evrakı, vekaletin sona ermesinden itibaren üç yıl süre ile saklamakla yükümlüdür...*” şeklinde düzenleme getirmektedir. HUAK yasa tasarısı incelendiğinde belgelerin saklanmasına ilişkin düzenlemenin tasarının 17.maddesinin 4.fıkrasında düzenlenmiştir.. Bu düzenlemede de belgelerin beş yıl boyunca saklanması gerektiğinden bahsedilmiş olup, tasarının bu düzenlemesi aynen yasalaşmıştır.

Arabulucunun belgeleri saklama yükümlülüğünün yanında, arabulucu söz konusu belge ve dokümanları arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içerisinde Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü’ne gönderir.

### 2.3.5.3 İcra edilebilirlik şerhi ve etkileri

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinin sonucu olan anlaşma metni açısından önem arz eden hususlardan biri, icra edilebilirlik şerhidir. İcra edilebilirliğe ilişkin düzenleme HUAK md. 18/2 ve 3; HUAKY md. 22/2 ve 3 kapsamında ele alınmaktadır. Buna göre “(2) *Taraflar arabuluculuk faaliyetinin sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş ise, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kuralına göre belirlenecek olan mahkemeden talep edilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma ilam niteliğinde belge sayılır. (3) İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılmaktadır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılmaktadır. Bu incelemenin kapsamı; anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususları ile sınırlıdır...*” şeklinde düzenleme söz konusudur.

Bahse konu yasal düzenlemeler tetkik edildiğinde, icra edilebilirlik şerhinin anlaşma metni üzerindeki etkisinin ne olduğunu görmek mümkündür. İş bu şerh ile, taraflar anlaşma metninde yer alan edimlerin yerine getirilmelerini icra zoru ile sağlayabilme imkanına sahip olmaktadırlar. Yasal düzenleme incelendiğinde, icra edilebilirlik şerhi vermeye yetkili makamın mahkemeler olduğu görülmektedir. Oysa ki, mukayeseli hukukta uygulamaya bakıldığında, Avusturya’da

mahkemelerin yanında noterlerin de anlaşma metnine icra edilebilirlik şerhi verdiği görülmektedir. Türk hukukunda, dava öncesi arabuluculukta; söz konusu şerhin alınacağı mahkeme, bahse konu uyuşmazlık yargı yoluna taşınmış olsaydı hangi mahkeme yetkili ve görevli olacaksa, şerhin o mahkemeden talep edilmesi söz konusu iken, dava açıldıktan sonraki süreçte ise; dava hangi mahkemede açılmış, ise, o mahkemenin şerh vermesi söz konusu olmaktadır. Yasanın getirdiği bu düzenleme, tasarı metni ile karşılaştırıldığında farklılık içermektedir. Nitekim yasanın tasarısında “ *taraflar arabuluculuk sürecinin sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşmaya asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre yetkisi belirlenecek olan icra mahkemesine ibraz edip, icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh verilmesini talep edebilirler...*” şeklinde hüküm yer almakta ve şerhi verecek makam icra mahkemeleri olarak gösterilmekteydi. Ancak bu düzenleme doktrin tarafından da eleştirilere maruz kalmış, eleştiriler nazara alınarak düzenleme bugünkü hali ile yasalaşmıştır. Doktrinde haklı eleştiriler genellikle, icra mahkemesinin icra takibine konu olmayan bir durumla ilgili olarak faaliyette bulunmasının, mahkemenin görev tanımı dahilinde yer almadığını, bu bağlamda da böylesi bir düzenlemenin isabetli olmadığı şeklindedir (Özmumcu, 2013: 377). Kanımızca, doktrinin bu yöndeki eleştirileri yerinde ve isabetlidir.

Yasal düzenlemede de yer verildiği üzere, şerh talebi işlemi çekişmesiz yargı işidir ve inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak yasa aile hukukundan kaynaklı ve arabuluculuğa uygun olan ihtilaflarda, icra edilebilirlik şerhine ilişkin taleplerin mutlaka duruşmalı olarak görülmesi gerektiğini düzenlemektedir. Mahkeme icra edilebilirlik şerhi açısından inceleme yaparken; uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olup olmadığı, anlaşmanın içeriğinin icra edilebilir mahiyette olup olmadığı, arabulucunun sicile kayıtlı olup olmadığı ve nihayetinde de anlaşmanın taraflar ve arabulucu tarafından imzalanıp imzalanmadığını kontrol edecektir.

İcra edilebilirlik şerhinin alınması önemini, İİK md.38 bağlamında ilam niteliğinde bir belge sayılması ve icra takibine konu olması noktasında göstermektedir. Ancak anlaşmanın icra takibine konu olabilmesi için, içeriğinin cebri icraya elverişli olması gerekir. Şayet anlaşma konusu bir edimin ifası dışında başka bir şey ise, örneğin bir durum tespiti gibi, bu durumda söz konusu metnin icra edilebilirliğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

İcra edilebilirlik şerhi alınması başvurusuna dair verilecek olan kararların ilgili tarafından istinaf yoluna (hali hazırda temyiz) başvurulabileceğini ele almaktadır. Böylesi bir başvurunun söz konusu olması halinde de, başvuran maktu harçtan sorumludur. Ayrıca, taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi olmaksızın resmi bir işlemde kullanmak isterlerse, bu noktada alınacak damga vergisi de maktu olarak alınır. Yasa tasarısının harçlara yönelik getirdiği gerekçe incelendiğinde, bahse konu düzenlemenin getirilmesindeki temel amaç; arabuluculuk faaliyetinin kolay ve ucuz bir şekilde yürütülmesinin asıl olmasıdır (Yıldırım, 2015: 113).

### 3. Sonuç: Öneri ve eleştiriler

Arbuluculuk kurumu gereği gibi uygulandığında ve toplumda bu yönde bilinç oluşturulduğunda bir çok olumlu etkisini görebilmek mümkün olmaktadır. Öncelikle yargı üzerindeki iş yükü azalacak, adalete hızlı erişim gerçekleşecek, masraf ve zamandan tasarruf sağlanacak, toplumsal barış ve huzur tesis edilecektir. Hedefler bu olmakla birlikte, sistemin geliştirilmesi adına kanımızca bazı hususlar üzerinde dikkatlice durulması gerekir. Şöyle ki,

- İlk olarak arabulucuların seçilmesi hususunda daha fazla önem sarf edilmelidir. Mukayeseli hukukta bu sisteme baktığımızda Türkiye’den farklılık içerdiğini görmek mümkündür. Örne-

ğin Avusturya’da iki yıllık bir eğitimle neredeyse yüksek lisans derecesine haiz bir bilgi ve donanım ile mezun arabulucu olması söz konusu iken, Türkiye’de bu sürenin 48 saat ile sınırlı olması yetersiz kalmaktadır.

- Bilinçlendirme de arabuluculuğun yaygınlaşması bakımından önemli bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Sistem ve işleyişi ile ilgili bilgi sahibi olmayan hem hukukçu hem de vatandaşların hali hazırda var olduğu bilinmektedir. Bu çerçevede arabuluculuğun yaygınlaştırılması adına hem Bakanlık hem de baroların destek verici çeşitli çalışmalar yürütmeleri gerekmektedir.

- Türkiye’de maalesef çok fazla uygulama alanı olmayan, genelde ihtiyari olarak uygulanan mesleki sorumluluk sigortalarının, mukayeseli hukukta olduğu gibi arabulucu açısından zorunlu hale getirilmelidir. Arabulucunun yasal hak ve yükümlülükleri ihlal etmesi durumunda, zarara uğrayan tarafların, sorumluluk sigortasının varlığını bilmesi, onlar açısından arabuluculuğa gönül rahatlığı ile başvurmaları için bir etken olacaktır.

- Mukayeseli hukukta olduğu gibi (özellikle Almanya) okul arabuluculuğu (Schulmediation) , akran arabuluculuğu gibi kurumlar okullarda uygulanmalı, uzlaşma, müzakere, sorunlarla başa çıkabilme, bir ihtilafın şiddet kullanmadan giderilmesini sağlama gibi yetiler küçük yaşta öğretilmelidir.

### Kaynakça

- Bayraktar, M. (2015), Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış, İstanbul Barosu Dergisi, cilt: 89, sayı: 4, 151-172
- Bulur, A. (2007), Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemleri, Ankara Barosu Dergisi, cilt: 65, sayı: 4, 30-46
- Çalışır, K.T. (2015), Arabuluculuk, Adalet Yayınları
- Fuchshuber, C. (2004), Mediation im Zivilrecht Neue Wege der Konfliktlösung, LexisNexis Verlag
- Halıcı, A. / Toprak, M. (2014), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Yayınları
- Kekeç Kısmet, E. (2014), Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınları
- Knapp, D. (2012), Grundzüge des Mediationsrechts, Linde Verlag
- Özbek, M.S. (2013), Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayıncılık
- Özen, A. (2015), Yargıda Alternatif Çözümler Neden Başarılı Olmuyor?, İstanbul Barosu Dergisi, cilt: 80, sayı: 4, 30-38
- Özmumcu, S. (2013), Uzakdoğu’da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bakış, XII Levha Yayıncılık
- Tıktık Yazıcı, Ç. (2013), Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, XII Levha Yayıncılık
- Tuğsavul Taşpolat, M. (2012), Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Yetkin Yayıncılık
- Weckert, A. / Oboth, M. (2014), Mediation für Dummes, Wiley-VCH Verlag
- Yıldırım, F. (2014), Arabuluculuk Faaliyetinde Sorumluluk Sigortasının Önemi, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: 3, sayı: 2, 339-359
- Yıldırım, F. (2015), Avusturya ve Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu, XII Levha Yayıncılık

### **Extended abstract in English**

Socialization and communication between humans also bring about certain problems. Situations such as conflicts of opinion and misunderstandings eventually result in disputes and conflicts in general. This naturally leads to cases damaging relations between parties and causing negative outcomes. Even though what comes to mind at the first mention of a conflict in this framework is judicial remedy (by means of court action), certain alternative remedies other than this remedy exist at the present time.

While many factors are effective in the genesis of alternative remedies, the most significant main factor is the workload of the matter on the jurisdiction and the adverse effects caused by such workload. Naturally, this adversity rendered it necessary to search for alternative remedies besides the judicial remedy. Indeed, Alternative Dispute Resolution (ADR), which first originated in the United States of America (USA) and then spread all around the world, is a product of this search.

When the methodological types of alternative dispute resolution are considered, it is possible to see that mediation, which is one of these methods, has a different status compared to other methods. Mediation, which is one of the methods of alternative dispute resolution, is the method which was recognized and adopted most quickly in its process of spreading to countries other than the USA. Indeed, this is clearly seen when the opportunities brought about by mediation are taken into consideration.

When the term mediation is considered, it will be seen that it is not a very new term. Indeed, formerly in the 13th century, the Ahi Order, hadith discourse present in views generating resolution and even in religious context, hint that that mediation existed in the past, as well.

In the legal system, prevention of current bottlenecks, significant increase in the value of time, ensuring social peace and relaying it on to parties, raising awareness, ensuring the acquiring of the ability to create empathy, and works of harmonization with the laws of the European Union, which is one of the most significant factors, have made it essential to include mediation within the scope of our legal system.

Due to the reasons we have mentioned, studies on mediation, which is one of the methods of Alternative Dispute Resolution, have been initiated, and systems in comparative law have been examined, various reports and drafts were prepared and eventually the Law on Mediation in Legal Disputes was accepted on 6/7/2012 and took effect with the number 6325.