

“HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU TASARISI” TASLAĞI’NA DAİR DEĞERLENDİRME

*Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN**

“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı” Taslağının Gerekçe kısmında da ifade edildiği üzere, uzlaşma suretiyle uyuşmazlıkların çözümü son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmektedir. Bunun nedeni, bu ülkelerde yargı yükünün ve yargı giderlerinin giderek artması, bunun sonucunda yargının yavaş işleyişi ve bunların getirdiği olumsuzlukların çözümüne yönelik arayışlardır.

Mahkemelerin iş yükünün azaltılması çerçevesinde kanunlarda var olan mevcut düzenlemelerin işlevsel hale getirilmesinin yanında bir takım yeni araçların da devreye sokulması gerekmektedir. Son zamanlarda gündeme gelen çekişmesiz yargı işlerinin yargılama makamları dışında bir takım kurumlara (noterler gibi) devrinin gerçekleştirilebilmesine yönelik arayışların yanında, uyuşmazlıkların uzlaşma yoluyla çözümlenmesi de yargılama organlarının iş yüklerinin azaltılabilmesi anlamında, diğer ülkelere paralel örnek gelişmeler olarak değerlendirilebilir. Bu tarz çözümlerin, faydalı olması beklenen bir gelişme olmakla birlikte altyapısı iyi hazırlanmamış, iyi kurgulanmamış olması durumunda da yargılama makamlarının işlerini artıracak, kişilerin hukuka olan güvenlerini zedeleyebilecek bir sonuca yol açabilir. Arabuluculuğun avantajlarının çok olmasının yanında, uygulamadan ya da düzenleme eksikliğinden kaynaklanan birtakım olumsuzluklarının da bulunması olasıdır. Bir tarafın arabuluculuk sürecinde aldatılabilmesi, üçüncü kişilerin haklarının tam olarak korunamaması, güçlü olan tarafın isteklerini kabul ettirme anlamında sahip olduğu avantajlar ve uzlaşılan sonucun her zaman için adil olmaması gibi olumsuz uygulama örnekleri bu kuruma olan güveni zedeleyebilse de, bu sorunların zamanla aşılacağına inanıyoruz. Belki de arabuluculuk tarzı düzenlemeler kültürümüze hiç de yabancı olmayan uzlaşma bilincinin yeniden yeşertilmesi noktasında bir adım olarak kabul edilebilir.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı” Taslağı, Adalet Bakanlığı Kanunlar Kararlar Genel Müdürlüğü tarafından gerek Web¹ adresinde gerekse kurumlara görüşe gönderilerek duyurulmuştur. Taslağın yayımlanmış olmasını genel gerekçede bahsedilen hususların gerçekleştirilmesi bakımından faydalı bulduğumuzu baştan belirtmeliyiz.

Taslağa ilişkin önerilerimizi ve bunların gerekçelerini aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

A-Şekil Bakımından

1- Taslağın Tanımlar başlığını taşıyan 2. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde geçen “uzman eğitimi almış” ibaresi, “uzmanlık eğitimi almış” olarak değiştirilebilir.

2- Taslağın 9. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde geçen “Ancak” sözcüğü devam eden cümleye olumsuzluk katan “rağmen” sözcüğünün de kullanılması nedeniyle metnin anlaşılabilirliğini azaltmaktadır. Diğer taraftan “Ancak” sözcüğünün çıkarılmasıyla da anlam nihayetinde değişmemektedir.

3- Taslağın 16. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkraları ayrı bir madde olarak düzenlenebilir.

B- İçerik Bakımından

1- Kanunun 1. maddesinde geçen “Bu Kanun, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır” kuralı temel alınarak, bu kuralın istisnai bazı durumlar için (önerimden dolayı) sayılarak yumuşatılması yoluna gidilebilir. Örnek olarak, Aile Mahkemeleri Kanununun 6 ve 7, Medeni Kanunun 195. maddesiyle aile sorunlarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa gidilmesinin öntü buraya konulacak bir istisna düzenleme ile açılabilir. Eğer taraflar boşanmanın fer’i sonuçlarına ilişkin (eşlerin ortak mallarının paylaşımı; malvarlığının tasfiyesi; maddi ve manevi tazminat miktarı; nafaka miktarı; velayetin kimde kalacağı; velayetin bırakılmadığı eşin çocukla kişisel ilişki kurması; kadının eşinin soyadını taşımasına izin verilmesi gibi) konularda taraflar arabuluculuğa gitme konusunda anlaşılırsa ve sonrasında bir uzlaşmaya varabilirlerse bu geçerli olabilmeli; hakim tarafından onaylanması şartıyla (TMK m.184/5) hakim de bunu hükme esas alabilmelidir. Gerçekte bunu yapmaya bu düzenleme bakımından veya diğer mevcut düzenlemeler bakımından bir engel

¹ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm>.

gözükmese de, kuralda bu hususun belirtilmesi, uygulamada bu yola başvurunun gerçekleşmesi bakımından faydalı olabilir.

2- Taslak gerekçesinin “genel gerekçe” kısmında, değişik sistemlerden bahsedilerek, arabuluculuğun ihtiyari olması üzerinde durulmuş ve buradan yola çıkılarak tarafların hiçbir zorlama olmaksızın kendi iradeleriyle bu yola başvurmaları genel kabul görmüştür. Buna uygun olarak Tasarının 12. maddesi tarafların bu konuda anlaşabileceklerini belirtmektedir. Buna ilave olarak, Tasarının 12. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi de, mahkemenin arabuluculuk konusunda tarafları aydınlatabileceğinden ve ayrıca tarafları arabuluculuğa başvurma noktasında teşvik edebileceğinden bahsetmektedir. Tarafların uyuşmazlık konusunda uzlaşmalarıyla (sulhle) yargılamanın sona erdirilebilmesi amacına yönelik düzenleme HUMK’un 213. maddesinin birinci fıkrasında da bulunmaktadır. Ancak, söz konusu düzenleme hakime bu noktada bir zorunluluk yüklediğinden yargılamanın sulhle sona erdirilebilmesine yönelik anlamlı bir işlevi yerine getiremediği de bilinmektedir.

Tasarının, arabulucuya başvurunun zorunlu olmaması, ancak tarafların istemesiyle başvurulması gibi temel esprisini de zedelememek koşuluyla, hakime tarafların arabulucuya başvurabilme haklarının bulunduğu, bu yol işletildiğinde ve özellikle bir sonuca ulaşıldığında Taslakta söz konusu olabilen bir takım haklara aleni yargılama yapılmaksızın gizlilik içerisinde ulaşılabileceği; bunun ucuzluk ve çabukluk sağlayacağı, ayrıca, bir sonuca ulaşılamaması durumunda da hak kaybının bulunmayacağı noktasında hatırlatma yapma yükümlülüğünün getirilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

Bu amaçla, Taslağın 12. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki “Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir” şeklindeki cümlenin “Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik eder” şeklinde değiştirilmesiyle anılan sonuca ulaşılabilir.

Buna yönelik bir düzenleme ve uygulama hukukumuzda yabancı da değildir. Aile Mahkemeleri Kanunu’nun 7. maddesinin birinci fıkrası da tarafları sulhe teşvik anlamında hâkime yükümlülük yüklemektedir. Yine Hukuk Muhakemeleri Tasarısının Ön İncelemeye yönelik 142. maddesinde de hakim in sulhe veya arabulucuya gitmeye teşvik yükümü düzenlenmiştir.

Belirtilen şekilde yapılacak düzenleme ile, hâkim tarafından arabulucuya gidilmesinin hatırlatılması ve arabuluculuğa yönelik özel düzenlemelerden bahsedilerek bu yolun işletilmesinin teşvik edilmesi yükümü ile yargılaması devam edilen bir takım davaların tarafların iradeleriyle arabulucuya giderek çözümlenmesini sağlayabilir; mahkemelerin iş yükünün azalmasına sebep olabilir.

3- Taslağın 12. maddesinin üçüncü fıkrasında arabulucuya başvurma teklifine olumlu cevap verme süresi 30 gün olarak öngörülmüştür. Belirtilen sürenin sırf teklife olumlu cevap verme bakımından öngörülmüş olması karşısında uzun bir süreyi kapsadığı da gerçektir. Arabuluculuğa gitme yargılama makamlarının iş yükünün hafifletilmesine katkı sağlayacak ise, karşı tarafın düşünme süresinin 15 gün gibi ya da daha az olmasının bir takım yararları da olabilecektir. Zira karşı tarafın kabul etmesi ile yargılama süreci adeta askıya alınacağından mahkemece askı süresinde yapılması gereken bir takım işlemlerin yapılmaması nedeniyle mahkemelerin iş yükünde nisbi azalmalar olabilir. Taraflar arasında uzlaşmaya varılması durumunda da artık mahkemenin bu işlemleri yapmasına gerek kalmaz. Diğer taraftan arabulucuya başvuru teklifinde bulunan tarafın karşı tarafın düşünme süresinin uzun olmasını arzulamaktaysa, işin özelliği gerektirmekteyse 15 günlük süreyi artırabilmesine de imkan verilebilmelidir.

4- Aidat ödeme yükümünü düzenleyen 11. maddesinin üçüncü fıkrasında toplanan aidatlar ile nemalarının “görev alanında” kullanılmak üzere Daire Başkanlığına tahsis edileceği düzenlenmektedir. Gerekçeye Başkanlığın kullanım kalemleriyle ilgili “görev alanı” kavramını açıklayan örnekler konulması, toplanan miktarların efektif harcanmasına katkı sağlayabilir.

5- Önemli bir diğer husus ise, arabuluculuğun daha cazip kılınabilmesinin sağlanabilmesi bakımından, eğer bu süreçte taraflar uzlaşırsa devam eden (ya da askıya alınan) dava bakımından yargılama giderlerinden sorumlu olu(nup)p olunmayacağı noktasındadır. Taslakta buna yönelik bir düzenleme göze çarpmamaktadır. Sadece, arabulucuya ödenecek olan ücretin aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit olarak katlanılacağı belirtilmektedir (m.7,II). Buna karşılık asıl davanın uzlaşma sonrası bitirilmesi neticesinde taraflara yüklenilecek yargılama harçları ve masraflarının nasıl yüklenileceği ve dağıtılacağı noktasında Taslakta bir düzenleme yer almamaktadır. Sulhle (uzlaşmayla) davanın sona erdirilmesi durumunda, taraflar, aralarında yargılama giderlerine yönelik de bir düzenleme yapabilirler. Ancak bunu yapmadıklarında uzlaşma tutanağındaki tutara göre yargılama giderlerinden sorumlu tutulabileceklerdir. İşte bu noktada yargılama makamları önündeki iş yükünün azaltılabilmesinin sağlanması bakımından uzlaşma ile neticelen ve icraya elverişli uzlaşma tutanakları bulunduğu taktirde tarafların yargılama harçlarından (başvurma harcı, karar ve ilam harcı, oturum harcı ve saire) sorumlu tutulamayacakları; diğer yargılama masraflarından (tebligat masrafları, bilirkişi ücretleri, keşif ve delil tespiti masrafları, tanıkların ulaşım giderleri gibi) ve vekalet ücretinden uzlaşma tutanağında aksi kararlaştırılmamışsa mevcut düzenlemeler çerçevesinde sorumlu olacakları kurula bağlanabilir. Bu yönde

yapılacak bir düzenleme, tarafları arabulucuya gitme ve uzlaşma anlamında teşvik edebilir.

6- Arabuluculuğun süresi Taslakta belirli değildir. Tarafların arabulucuya gitme konusunda anlaşmaları ile bu faaliyetin ne kadar bir süre içerisinde belirginleşeceği noktasında belirsizlik yaşanmamalıdır. Kısacası, Arabulucuya gitme noktasında tarafların anlaşmaları üzerine davanın ne kadarlık süreler içerisinde bekleyeceği belirli ya da belirlenebilir olmalıdır. Bu yönde olmak üzere 14. maddenin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenecek bir fıkra ile bu sürenin normal olarak 30 gün olacağı; bu sürenin bitiminden sonra 30 gün uzatılabileceği gibi bir formülle ya da toplamda üç ayı geçemez şeklinde benzer bir formülle düzenleme yapılabilir.

7- Arabuluculuk sonrası düzenlenen tutanağın ilam niteliğinde bir belge olması dolayısıyla, arabulucuların her dört yıllık lisans mezunlarından seçilmesi ilamların icrasında yeni sorunlara da yol açabilecek nitelik taşımaktadır. Bilindiği üzere ilam niteliğinde belge düzenleme yetkisi çok sınırlı şartlarda verilmektedir. Noterlik ve Avukatlık Kanununda buna yönelik düzenleme örnekleri bulunmaktadır. Bu nedenle, Taslağın 19. maddesinin c bendinde yer alan “Dört yıllık lisans eğitimi” almış olmaya yönelik aranılan şart çok geniş; düzenlenen belgenin ilamlı icraya konu olabilmesi bakımından da tehlikeli sonuçlara, yeni sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Gerçi, hukuk mezunu olmayanlar bakımından 100 saatlik bir temel hukuk eğitimi ile bu açığın, eksikliğin kapatılabileceği düşünülebilse de, özellikle hukuk fakültelerinde bile tam anlamıyla verilemediği kabul edilen yargılama usullerine yönelik derslerin kararlaştırılan program içerisinde verilerek, kişiden ilam niteliğinde bir belge düzenlenmesini beklemek olası değildir. Ülkemizde hukukçuların bile bu konuda yeterli donanımına sahip olmadığı düşünüldüğünde (Taslakta bu eksikliğin tamamlanabilmesi için ayrıca iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi gibi ilave derslerin alınması da şart koşulmaktadır) arabuluculuğun belli meslek gruplarıyla sınırlı tutulması, gerekçe kısmındaki amacın gerçekleştirilebilmesi ve tarafların bu usule olan güvenleri bakımından faydalı olabilir. Bu çerçevede dört yıllık lisans mezuniyeti yerine bu kavramın içeriği sınırlandırılarak, arabuluculuğun ülke çapında sorunsuz uygulanabilmesinin sağlanabilmesi bakımından başlangıçta hukuk fakültesi mezunları, noterler, avukatlar; ya da bu kapsam genişletilerek siyasal bilgiler fakültesi mezunları, iktisadi idari bilimler fakültesi mezunları ve belki de sosyologlar ve psikologlar ile sınırlı tutulması yerinde olabilir. Bunun kabul edilmemesi durumunda ise, arabulucunun düzenlediği belgenin ilamlı icraya dayanak belge olarak kabul edilmemesi, ancak mahkeme denetiminden geçtikten sonra ilam niteliğinde belge olarak kabul edilmesi yerinde olabilir.

