

ARABULUCULUK VE TÜRK HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA  
ARABULUCULUK KANUNU TASARISINA  
ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Doç. Dr. Yavuz KAPLAN\*

**I. Genel Olarak**

İlk insandan bu yana, insanlar, geçirdiği çağlar ve kurduğu medeniyetler ne olursa olsun bir çok sebepten dolayı birbirleri ile sürekli çatışmışlardır. Genelde bu çatışmalar adaletsizlik, ihtiyaçlar, duygular, algılar, değişim, gelişim, bilgi eksikliği, kaynakların kıtlığı, hedeflerin farklılığı, değer ve inançların farklılığı temelinde cereyan etmiştir. Sıraladığımız temel nedenlerden doğan bu çatışmalar beraberinde suç ve suçun akabinde de bir çok sosyolojik ve ekonomik külfeti de beraberinde getirmiştir.

Çatışmaların ortaya çıkmasıyla yerinden oynayan taşların tekrar yerine oturabilmesi ve adaletin sağlanabilmesi için devletler ve insanlar bir takım çözüm türleri icat etmişlerdir. Bunların başında doğal olarak hukuk kurallarını koymak ve devlet mahkemeleri tarafından bu kurallar çerçevesinde adaleti temin etmek gelmektedir. İki taraf arasında çıkan herhangi bir anlaşmazlıkta taraflardan birinin ya da her ikisinin de talebi üzerine mahkemelerde açılan davalarda taraflardan biri davayı kazanmakta, diğeri ise kaybetmektedir.

Mahkemelerin dava yükünün giderek artması, yargılama sürecinin uzaması ve adaletin gerçekleştirilmesinin gecikmesi, yargılama masraflarının pahalı olması gibi nedenler, giderek tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları alternatif bazı çözüm yollarına başvurarak sonuca bağ-

---

\* Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

lamaları gereksinimini doğurmuştur<sup>1</sup>. Tarafların bu yöntemleri tercih etmelerindeki en önemli nedenler, uyuşmazlığın bir an önce çözüme kavuşturulması ve daha az masrafla her iki tarafın memnun olacağı şekilde olayın tatlıya bağlanmasıdır. Alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleri içinde en çok bilinenler arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkimdir.

Bu bağlamda, ülkemizde de 2004 yılından beri çalışmaları sürdürülen “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı*” (Tasarı)<sup>2</sup> ve arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleri arasındaki yeri çalışmamızın ana konusunu oluşturacaktır. Bu amaçla arabuluculuğa (*mediasyon, mediation*) odaklanırken, diğer alternatif çözüm yöntemlerinden de kısaca ve karşılaştırmalı olarak söz etmek gerekecektir. Aynı zamanda arabulucunun (*mediatör*) taşıması gereken nitelik ve özelliklere de değineceğiz.

## II. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Anlaşmazlık yaşayan kişiler, sorunlarını çeşitli yollarla çözüme kavuşturabilirler. Bu yöntemler, sürecin ne kadar resmiyet taşıdığı, benimsenen yaklaşımlarda ne ölçüde gizlilik ilkesine bağlı kalındığı, çatışma yaşayan kişilerin kimler olduğu, üçüncü şahısların süreç boyunca ne tür yetkilere sahip oldukları ve alınan kararların nitelikleri bakımından gösterdikleri farklarla birbirlerinden ayrılırlar<sup>3</sup>.

Alternatif Çözüm Yolları (Alternative Dispute Resolution, ADR) incelenmeden önce, ADR'nin tanımı yapılmalıdır. ADR, geleneksel dava yoluna alternatif olarak bulunan uyuşmazlık çözüm yolları şeklinde tanımlanır. Bu yapısıyla ADR, uyuşmazlığa düşmüş olan kişilerin, bu uyuşmazlıklarını dava açmaya gerek kalmadan çözmelerine yardımcı olmak için oluşturulmuş yolları ifade eder<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> KİTE, Deniz: *Mediasyon*, 1. Bası, Kayseri 2007, s. 35; BAŞÖZEN, Ahmet: “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağına Dair Değerlendirme*”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2007, C.II, S.1-2, s. 235.

<sup>2</sup> Metnin bundan sonraki kısmında yer alan “Tasarı” kelimesi kısaca bu Tasarı'ya işaret edecektir.

<sup>3</sup> MOORE, Cristopher W.: *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, Updated and Revised 3rd Edition, California, 2003, s. 2.

<sup>4</sup> ADAMS, George W./ BUSSIN, Naomi L.: *Alternative dispute resolution and the Canadian courts: a time for change*, (Alternative Dispute Resolution Law Journal (ADRLJ) 1995, Vol. 4, ss. 243-262), s. 243.

ADR'nin tanımı incelendiğinde, ADR yollarının neye "alternatif" olduğu sorusu akla gelir. "Alternatif" kelimesi, bu uyuşmazlık çözüm yollarının, geleneksel uyuşmazlık çözüm mercileri olan "mahkemeler" yerine kullanıldığını ifade eder. Ancak, bütün uyuşmazlıkların mahkemelerde çözüldüğü de söylenemez. Doktrinde, uyuşmazlık çözüm yöntemleri hakkındaki görüşler, şikâyet ve taleplerin süreklilik arz eden uyuşmazlıklara dönüşebileceğini ve uyuşmazlıkların dava yolu dışındaki yöntemlerle çözülebileceğini belirtmiştir. Gerçekten, taraflarca kolaylıkla çözülemeyen uyuşmazlıklar, ilk önce hakemler, arabulucular, vakıa tespitçileri veya ombudsmanlar gibi çok sayıda uyuşmazlık çözüm uzmanına sunulabilir. Uyuşmazlıklar son aşamada dava konusu olursa, bu uyuşmazlıkların yaklaşık % 90'ı, yargılama yapılmadan veya ilerlemeden müzakereyle çözülebilir. Bu nedenle "alternatif" iddiası, mahkemece gerçekleştirilen yargılama usulü yerine ikame edilecek ve dava yolunun yerini alacak bir yöntem bulma ihtiyacına dayanmaz. "Alternatif" yollarla kast edilen, bu yolların işleyişinde daha iyi bir anlayışı hâkim kılmaktır<sup>5</sup>. ADR yollarının geliştirilmesiyle, uyuşmazlık çözümünde kullanılabilecek seçeneklerin sayısı arttırılmış ve pek çok uyuşmazlığın çözülmesi için ihtiyaç duyulan yeni yöntemler oluşturulmuştur. Bu bakımdan, doktrinde ADR yolları, dava yoluna "eklenen" çözüm seçenekleri olarak nitelendirilmektedir<sup>6</sup>.

Devlet yargısı dışında uyuşmazlıklara alternatif çözüm yöntemleri arasında en sık başvurulan süreçler müzakere, arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkimdir. Arabuluculuktan bahsetmeden önce uyuşmazlık çözüm yöntemlerine kısaca değinmekte fayda vardır.

## 1. Müzakere

Müzakere, rekabet halinde ya da çatışan çıkarları bulunan, bu konuda anlaşmaya çalışan iki veya daha fazla tarafı içeren bir süreçtir. Adli bir toplantı dahilinde yürütülen müzakere yoluyla, tarafların bakış

<sup>5</sup> SANDER, Frank E. A.: *Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview* (University of Florida Law Review 1985, Vol. 37, s. 1-18), s. 1.

<sup>6</sup> KOVACH, Kimberlee: *Overview of ADR, Introduction* (Handbook of Alternative Dispute Resolution, State Bar of Texas, Austin 1990, s. 1-18), s. 8.

açıları ve isteklerinin açığa çıkması ve tartışma içindeki taraflara en uygun anlaşmanın sunulabilmesi sağlanır. Bu sayede taraflar, içlerinde buldukları herhangi bir ilişkiyi koruyabilir ya da güçlendirebilirler<sup>7</sup>.

Taraflar arasında en çok kullanılan ve en iyi bilinen ADR yolu müzakeredir (*bargaining*)<sup>8</sup>. Müzakere, tarafların ADR sürecini ve çözümü bizzat kontrol etmelerine imkân tanır. Buna karşılık bazen, taraflar uyuşmazlığı çözemezler ve üçüncü bir kişinin yardımına ihtiyaç duyarlar. Müzakerelere üçüncü kişi katılırsa, taraflar, bu kişinin tarafları bağlayıcı bir karar verme yetkisine sahip olup olmadığını veya sadece, tarafların kendi çözümlerini bulabilmeleri için onlara yardım etmekle görevli olup olmadığını kararlaştırmalıdır. İlk halde, bir kurum veya bir hakem mahkemesi tarafından yürütülen, hüküm vermeye dayalı ADR usullerinden, son halde ise, genelde uzlaştırma veya arabuluculuktan söz edilir<sup>9</sup>.

## 2. Arabuluculuk

Arabuluculuk (*mediasyon*), tarafsız bir arabulucunun yardımıyla, taraflar arasındaki ilişkilerin kolaylaştırılmasıdır. Arabuluculuk, arabulucunun sahip olduğu işlev itibarıyla dava ve tahkim yolundan ayrılır. Arabulucu, hâkim veya hakemden farklı olarak, tarafları bağlayıcı bir karar veremez. Arabulucunun yegâne görevi, taraflara, aralarındaki uyuşmazlığı, karşılıklı anlaşmaya varmak suretiyle çözmeleri için yardımcı olmaktır.

Arabulucunun işlevi ve arabuluculuk süreci, uyuşmazlığın yapısına ve taraflar arasındaki ilişkiye bağlı olarak değişebilir. Arabulucu, üzerinde uyuşmazlık bulunan konuları belirleyebilir ve sınırlayabilir, taraflardan her birinin temel menfaatlerini ve endişelerini belirginleştirebilir, taraflar arasında mesaj ve bilgi taşıyabilir, olası bir anlaşmanın temelini ve anlaşma olmazsa karşılaşılabilecek sonuçları tespit edebilir, işbirliğine dayalı ve sorun çözücü bir yaklaşım geliştirebilir. Ara-

<sup>7</sup> KİTE (dn. 1), s. 35.

<sup>8</sup> ADAMS/BUSSIN (dn. 4), s. 243.

<sup>9</sup> GOLDBERG, Stephen B./ SANDER, Frank E.A./ROGERS, Nancy H.: *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York 1999, s. 245.

bulucunun bu görevleri arasında en önemlisi, taraflar arasındaki iletişimi arttırmasıdır<sup>10</sup>.

Arabulucu kavramının bazı düzenlemelerde uzlaştırıcı olarak kullanıldığını ve aslında bu ikisi arasında herhangi bir fark olmadığını ileri süren görüşler olmasına rağmen<sup>11</sup>, kanaatimce arabulucunun görevinin sadece tarafları bir araya getirmek olduğu ve uzlaştırıcının ise buna ilave olarak ortaya somut çözüm önerileri koyma görevinin de olduğu düşünüldüğünde, iki alternatif yöntemden söz etmek gerekir.

### 3. Uzlaştırma

Uzlaştırma, tarafların kendi sonuç listelerini hazırladıkları ve yüz yüze görüşmenin olmadığı bir ortamda, her iki tarafın da bazı ödümler vermesini sağlamaya çalışmaktadır. Ana sonuçların müzakere edilmesi konusunda güvenin oluşmasını sağlayarak ve ikincil endişeler üzerinde hızlı bir biçimde anlaşılması yoluyla, ortak anlaşma adına bir araç olmaktadır<sup>12</sup>.

Uzlaştırıcı, taraflarla görüştüktan ve onların uyuşmazlık hakkındaki görüşlerini de aldıktan sonra, hakkaniyete uygun bir sulh sözleşmesi hazırlayarak taraflara çözüm önerisi olarak sunacaktır. Uzlaştırıcı bunu yaparken tarafları sürekli bilgilendirecek, gizlilik ilkesine bağlı kalacak ve taraflar arasında görüş alışverişinin sağlıklı biçimde yapılmasını temin etmeye çalışacaktır. Genellikle bir arabuluculuk çeşidi olarak gösterilen uzlaştırma, çoğunlukla yazılı, yasal olarak bağlayıcı bir anlaşmanın her iki taraf tarafından da imzalanmasıyla sonuçlanmaktadır<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> ÖZBEK, Mustafa: *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış*, [http://www.arabulucu.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=69:alternatif-uyumazlik-coezuem-yollarina-genel-br-baki-&catid=34:adr-alternatif-uyumazlik-coezuemue&Itemid=58](http://www.arabulucu.com/index.php?option=com_content&view=article&id=69:alternatif-uyumazlik-coezuem-yollarina-genel-br-baki-&catid=34:adr-alternatif-uyumazlik-coezuemue&Itemid=58), Makale, 2008, s. 11.

<sup>11</sup> Örneğin bkz. AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2007, s.34.

<sup>12</sup> KİTE (dn. 1), s. 35-36.

<sup>13</sup> AKINCI (dn. 11), s.34-35.

#### 4. Tahkim

Tahkim, tarafların bu yola başvurmaları ve bunun sonucunda verilecek herhangi bir karara yasal olarak uyulması konusunda önceden anlaşmaları, mahkeme dışında gelişen, mahkeme dışı bir alternatif uyuşmazlık çözme yöntemidir<sup>14</sup>.

Uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki bir hukuki ilişkiden dolayı, mevcut veya ileride doğabilecek bir uyuşmazlığı, belirli bir devlet mahkemesi yerine, alanında uzman şahıslardan oluşan bir hakem mahkemesine götürmeyi ve bu uyuşmazlığın onlar tarafından çözüme kavuşturulmasını kararlaştırabilirler<sup>15</sup>

Tahkim, taraflarca önüne getirilmiş olan, herhangi bir sorun hakkında karar vermek üzere “*tarafsız yabancı otorite*” oluşturma fikrinin bir tür gerçekleşme şeklidir. Hakem mahkemesi özel olarak seçilmekte ve kararını da onu seçen tarafların belirlediği usul kuralları çerçevesinde vermektedir. Esasen tahkim, yargılamanın herkesçe bilinen problemlerinden de bir tür kaçış olmaktadır. Bu özellikleri itibarıyla, uyuşmazlıkların hızla çözüme kavuşturulması, özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklar ile yatırım uyuşmazlıklarında taraflara öngörülebilirlik sağlaması gibi avantajları dolayısıyla giderek daha fazla rağbet görmeye başlamış ve kurumsallaşma sürecini hızlandırmıştır. Geleneksel şekliyle tahkim, genelde “*özel*” ve “*gönüllü*” bir müessese olup, taraflar arasındaki anlaşma ile seçilmiş olan hakem mahkemesinin kararıyla bağlı olduğundan, sonuçta tarafların serbest iradesine bağlı olarak tercih edilmektedir. Bu tercihi yapmak isteyen taraflar yaptıkları ana sözleşmeye bir tahkim kaydı koyacaklar veya müstakil bir tahkim anlaşması ile bunu gerçekleştireceklerdir<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> AKINCI (dn. 11), s.29 vd.; KİTE (dn. 1), s. 37.

<sup>15</sup> KAPLAN, Yavuz: *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, 1. Bası, Ankara 2002, s. 23.

<sup>16</sup> ERDOĞAN, Feyiz: *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, 1. Bası, Ankara 2004, s. 25-26; AKINCI (dn. 11), s.32; KAPLAN (dn. 15), s.23.

### III. Arabuluculuk ve Arabulucu

#### 1. Arabuluculuğun Tanımı

Günümüzde batı toplumlarında, aralarında uyuşmazlık çıkmış olan kişilerin bu uyuşmazlıklarının *üçüncü bir kişinin dostane müdahalesiyle* çözülmesini öngören çabaların, kişiler için en elverişli sonuçları doğuracağı kabul edilmektedir. Bu tür çabalar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri hakları esas alan *özel hukuk uyuşmazlıklarının* çözümünde çok daha faydalı görülmektedir. Dostane uyuşmazlık çözüm yolları, kamusal bir merci (bir mahkeme) veya yetkili özel bir kişi (bir hakem) tarafından gerçekleştirilen otoriter uyuşmazlık çözüm yollarından ayrılmaktadır.

Dostane çözüm yollarında "*hâkim sıfatı taşımayan*" üçüncü kişi, uyuşmazlığa katılmadaki işlevine göre, yargı dışı bir işleve sahip olarak uzlaştırıcı sıfatıyla hareket eden bir hâkim, yargılama esnasında mahkemece atanan bir bilirkişi, belli türdeki uyuşmazlıkların çözümü için kanunî olarak yetkilendirilen bir kurul veya merci veya uyuşmazlığın taraflarını uzlaştırmak maksadıyla taraflarca atanan özel bir kişi olabilir. Üçüncü kişinin katılımıyla gerçekleştirilen uyuşmazlık çözme yöntemleri arasında yapılan sınıflandırmada en önemli ayırt edici kıstas, tarafsız üçüncü kişinin bağlayıcı bir karar verme yetkisine sahip olup olmadığı hususu ile üçüncü kişinin görevinin sadece tarafların kendi çözümlerini bulmaları için onlara yardım etmekten ibaret olması hususudur. Son halde, üçüncü kişinin görev aldığı usullerden en çok kullanılanı arabuluculuktur<sup>17</sup>.

Üçüncü kişinin sıfatı ne olursa olsun (arabulucu veya uzlaştırıcı), dostane bir temele dayanarak uyuşmazlığın çözüm sürecine katılan bu üçüncü kişi sadece, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için ortak bir zeminin bulunmasında taraflara yardım etmekle görevlidir ve yapılacak muhtemel bir anlaşmanın koşullarını belirlemekten öte bir yetkiye sahip değildir<sup>18</sup>.

Literatüre baktığımızda arabuluculuk konusunda sayısız tanımlarla karşılaşırız. Bu tanımlamalardan birkaçı aşağıda sıralanmıştır:

<sup>17</sup> GOLDBERG/SANDER/ROGERS (dn. 9), s. 3.

<sup>18</sup> ÖZBEK, Mustafa: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, (Uyuşmazlık)*, 1. Bası, Ankara 2004, s. 210.

- Tarafsız bir üçüncü tarafın yönetimiyle farklılıkların müzakeresi,
- Alternatif çatışma süreci olarak, üçüncü tarafsız partinin, arabulucunun, iki veya daha fazla tarafın ortak ilgileri yapıcı etkilerle ortaya çıkarması ve anlaşmaya varabilmesi için yürüttüğü müzakere,
- Tarafsız bir üçüncü kişinin, sendikalarla yönetim arasında anlaşma sağlanabilmesini teşvik için her iki tarafla da yürüttüğü müzakere,
- Bir çatışma çözümü olarak, mahkeme dışı gerçekleşen ve üçüncü tarafsız kişi tarafından çatışmaya taraf olanların anlaşma sağlanmasına yönelik süreç,
- Müzakere ve hakemlik,
- Tarafların sorunu tartışarak çözümlenmelerini teşvik eden gizli süreç,
- Gönüllü, gizli, bağlayıcı olmayan, tarafsız bir arabulucu tarafından yürütülen çatışma çözümü süreci,
- Çatışma içinde olan iki veya daha fazla taraf arasında barış, düzen ve anlaşma sağlamak için yürütülen süreç olarak tanımlanabilmektedir.
- Taraflara “arabulucu” adı verilen tarafsız bir üçüncü kişinin, uyuşmazlığın pazarlık yoluyla çözümüne yardımcı olmasıdır<sup>19</sup>.

Bu açıklamalardan ortaya çıkan sonuçlar ise kısaca şöyle özetlenebilir.

“Arabuluculuk, iki veya daha fazla kişi veya grup arasında oluşan farklılık ve çatışmayı mahkeme dışı çözmeye ve taraflar arasında anlaşma sağlamaya yönelik, tarafsız bir üçüncü kişi konumundaki arabulucu tarafından yürütülen gönüllü, kabul edilebilir, bağlayıcılığı anlaşma olmasıyla, icra yeteneği ise tarafların isteği ile belirlenebilen gizli bir müzakere sürecidir”<sup>20</sup>.

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, arabuluculuğun temel ilkeleri arasında arabulucunun taraflarla bağlantılı olarak hareket etmesi,

<sup>19</sup> MACUNCU, Muhsin: “Amerikan Hukuk Sisteminde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri”, [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com) 09/12/2001.

<sup>20</sup> KİTE (dn. 1), s. 41.



bütün tarafların menfaatlerinin tespit edilmesi ve hakkaniyete uygun şekilde korunması, tarafların bilgi ve belgelerini ortaya koyması, taraflar arasında güven tesis edilmesi ve geçmişin mümkün olduğu kadar az değerlendirilmesi hususları yer almaktadır<sup>21</sup>.

## 2. Arabulucunun Nitelikleri ve Özellikleri

Geleneksel arabulucu, kişiliği, adaleti ve içinde yaşadığı toplumda edindiği saygınlığı ile, aslında hakem görevi yaparak, çatışmalara çözüm bulan kişidir. O, kazandığı deneyimlerle, sosyal statü ve normların farkında olarak, tarafların kendilerine ve içlerinde yaşadıkları toplumun genel esenliğine katkı sağlayacak bir çözüm bulmalarına aracı olur. Taraflar bir çözüm bulamazlarsa, çözümü kendisi önerir ve taraflar da genel olarak önerilerini kabul ederler. Geleneksel arabulucu, çözümün uygulanması konusunda genel olarak sosyal yaptırıma sahiptir.

Profesyonel bir arabulucu, yani mediatör de, çatışma çözmeye ilgili bir mesleğe sahiptir. Ancak bu çatışma çözümü, mahkeme süreci veya tahkimden çok daha farklıdır. Çünkü bu süreçte yazılı herhangi bir kanun veya kuralın ötesinde, çözüm anlaşmasına karar verici olanlar çatışma taraflarıdır. Her şeyden önce, bir arabulucunun bu mesleği yaparken insanı olduğu gibi kabul edebilmesi gereklidir. O, felsefi bakış açısıyla mükemmel neden-sonuç ilişkisi kurabilmeli, kendi sahip olduğu çözüm odaklılığı taraflara da yansıtabilmeli ve yaptıklarıyla toplumsal dönüşümü desteklediğini fark ederek, içsel ve çevresel barışı yaşayabilmelidir. Kendi kendisiyle barışık olmayan bir kişinin, iyi ve tarafsız bir arabulucu olabilmesi zordur<sup>22</sup>.

Arabulucuların toplumun her kesiminden seçilmesi gerekmektedir. Genel tavsiye, toplumun her kesiminden arabulucu seçilmesi yönün-

<sup>21</sup> 04 Aralık 2008 tarihinde Kayseri Ticaret Odası ve E.Ü. Hukuk Fakültesi tarafından KTO'da düzenlenmiş olan "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi Toplantısı"nda Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra ve İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Kanun Tasarısı Komisyon Başkanı Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'in "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri" başlıklı sunumunda arabuluculuğa hâkim olan ilkeler bu şekilde gösterilmiştir.

<sup>22</sup> KİTE (dn. 1), s. 127.

dedir. Arabulucuların yerel kültürlere ve topluluklara dair iyi bir anlayışa sahip olması, güçlü yargı ve sosyal ilişki becerilerine sahip olması gereklidir. Farklı ülkelerde, arabulucuların eğitiminde arabulucuların kişisel nitelikleri dikkate alınmaktadır<sup>23</sup>. Arabulucu olabilmek için bir kişinin belirli bir düşünce yapısına sahip olması, kişileri anlamaya açık olması ve peşin hükümlü olmaması gerekir. Arabulucuların giriş eğitiminin yanı sıra hizmet içi eğitim de almaları gerekmektedir. Arabuluculuk herkesin yapabileceği bir şey değildir. Arabuluculuk bir beceridir. Bunu yapabilmek için eğitime ihtiyaç vardır<sup>24</sup>.

Avrupa'da eğitim talepleri çeşitlilik göstermektedir, ancak verilen eğitimler işin sadece başlangıcıdır. Verilen eğitimlerin derinleştirilmesi gerekir. Çünkü çalıştığımız kişiler mağdurlar ve faillerdir ve suç olarak nitelendirilen çatışmaları ele alınmaktadır. Arabuluculuk herhangi bir kişinin yapabileceği bir şey değildir. Arabuluculuk eğitimi yüksek düzeyde yetkinliği hedeflemeli, aynı zamanda anlaşmazlıkların çözülmesi, mağdur ve fail arasında anlaşmaya varılmasına ilişkin özel ve ceza adaleti sistemine ilişkin temel koşulları göz önünde bulundurmalıdır<sup>25</sup>.

Bir arabulucunun özelliklerini, tarafsızlık, objektiflik, sır saklama, sabır, empati, dostça yaklaşma, insan sevgisi, çekimser tavır içinde olmama, hukuki çözümlerden uzak olma, kendi çözüm önerilerini kullanmama, esnek olma, prosedürü sürdürme yeteneği, tarafları anlayabilme, kendi yetki sınırlarını bilme şeklinde sıralayabiliriz<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> YILMAZ, Muzaffer Ercan: "Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk Süreci", [www.aka-der.org](http://www.aka-der.org), Eylül 2006.

<sup>24</sup> Arabulucularda bulunması gereken temel özellikler konusunda bkz., "İşyerinde Arabuluculuğun Temel İlkeleri", [www.baltas.com](http://www.baltas.com), Kaynak Dergisi, Sayı: 23.

<sup>25</sup> JAHİÇ, Galma/ YEŞİLADALI, Burcu: *Onarıcı Adalet, Mağdur – Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı*, 1. Bası, İstanbul 2008, s. 35-36.

<sup>26</sup> 04 Aralık 2008 tarihinde Kayseri Ticaret Odası ve E.Ü. Hukuk Fakültesi tarafından KTO'da düzenlenmiş olan "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi Toplantısı"nda Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra ve İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve Kanun Tasarısı Komisyon Üyesi Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES'in "Arabuluculuk Faaliyeti, Arabuluculuk Merkez Teşkilatı" başlıklı sunumunda da bu hususlardan söz edilmiştir.

### 3. Arabuluculuğun Kullanım Alanları

Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda'da en çok kullanılan ADR yolu olan arabuluculuk, günümüzde gerçek ve tüzel kişiler idari merciler ve mahkemelerce öncelikle tercih edilmektedir. Bu ülkelerin mevzuatında yer alan arabuluculuk ticari ve idari uyuşmazlıklarda, banka, sigorta, sağlık (yanlış tıbbi tedaviden kaynaklanan uyuşmazlıklardır), aile, iş, kiracı-kiralayan ve ceza uyuşmazlıkları ile yerel yönetimlerin taraf oldukları uyuşmazlıklarda giderek daha fazla kullanılır olmuştur<sup>27</sup>.

Arabuluculuk, aile danışmanlığının bir parçasıdır. Boşanmak isteyen eşleri gelecekteki değişen rollerine hazırlamak, gerçekle yüzleşebilmelerine yardımcı olurken duygusal dengelerine ulaşmalarına destek vermektir. Arabuluculuk, pek çok batılı ülke mahkemelerinde alternatif çözüm bulmak ve barışçı yollardan sonuca ulaşmak için kullanılan yöntemlerden biridir<sup>28</sup>.

Arabuluculuk, iş hayatında kişinin çalıştığı firmaya uyumunda, firmaların değişik kademelerinde çalışanlar arasındaki uyuşmazlıkları önlemede, farklı firmaların birleşmeleri sonucunda oluşan firma ilke ve anlayış farklılıklarının doğuracağı çatışmaların aşılmasında; uluslararası boyutta faaliyet gösteren firmalardaki uluslararası kültür çatışmalarını önlemede başvurulan yöntemlerden birisidir.

Arabuluculuk, doğal çevreye verilen zararların önlenmesinde de kullanılan yollardan birisidir<sup>29</sup>.

Arabuluculuk, okul yaşamında öğrenci-öğretmen-veli üçgeninin her kombinasyonunda oluşabilen çatışma ve anlaşmazlıkların çözümlenmesinde de kullanılan bir yöntemdir. Arabuluculuk, özellikle çeşitli organizasyonların gerektirdiği insan ilişkilerinde iletişim eksikliğinden doğan çatışmaları önlemede başvurulan bir yoldur. Arabuluculuk politik anlamda uluslararası ilişkilerde diplomatların sıcak savaş önlemek için de kullandıkları yöntemdir<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> ÖZBEK, Mustafa; "Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi", (Öneri), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl:2007, C.17, S.1, s. 188.

<sup>28</sup> KİTE (dn. 1), s. 84.

<sup>29</sup> ÖZBEK (dn. 27), s.193.

<sup>30</sup> KİTE (dn. 1), s. 85.

#### IV. Alternatif Uyuşmazlık Çözme Yöntemleri ve Arabuluculuğun Diğer Yöntemlerle Karşılaştırılması

##### 1. Genel Olarak

Alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerini kararları kimin verdiği, süreci kimin kontrol ettiği, üçüncü kişinin rolü, tarafların sürece katılımı ve ortaya çıkabilecek sonuçlar gibi hususlar açısından farklı taraflarını da ele alarak şu şekilde karşılaştırmak da mümkündür:

Müzakere sürecinde kararlar taraflarca verilmekte, süreç taraflar tarafından kontrol edilmekte, üçüncü kişinin rolü taraflara bağlı kalmakta, taraflar kendi belirledikleri şartlar altında müzakerelere katılmakta ve tartışmaya düştükleri konu hakkında bir sonuca varmaktadır.

Arabuluculuk sürecinde de anlaşmaya varılması konusundaki kararlar taraflarca verilecek, arabulucu tarafların taleplerine bağlı olarak ama hakkaniyete uygun ve bağımsızlık ve tarafsızlık kuralına uygun olarak süreci yönlendirecek, uyuşmazlık konusu hususları tespit ederek tarafların bu hususları görüşmeleri konusunda uygun zemini hazırlayacaktır. Arabuluculukta kaybeden taraf olmayacak ve her iki tarafın da kazanması ve süreçten memnun olarak ayrılması sağlanacaktır<sup>31</sup>.

Uzlaşmada ise, kararlar taraflar ve uzlaştırıcı tarafından müşterek olarak verilecektir. Süreç uzlaştırıcı tarafından sürekli kontrol edilecek ve uzlaştırıcı somut çözüm önerilerinde bulunmak suretiyle sürece katkıda bulunacaktır. Taraflar sürece doğrudan katılacaklar ve süreçten kazan-kazan anlayışı çerçevesinde her ikisi de kazanmış ve memnun olarak ayrılacaklardır.

Tahkim süreci ise, hakem veya hakemler tarafından yönlendirilecek, bağımsız ve tarafsız olarak hareket edecek olan hakemler alanında uzman olan kişiler arasından seçilecek, tarafların ortaya koydukları bilgi, belge ve diğer deliller hakemler tarafından değerlendirilerek hakemler tarafından karar verilecektir. Ancak süratli çözüm ile taraf

<sup>31</sup> ÖZBEK (dn. 27), s.194.

iradelerine öncelik tanınması tahkimi avantajlı kılan en önemli hususlardır. Hakemler tarafından verilen kararlar taraflar için bağlayıcı olacaktır<sup>32</sup>. Sonuçta taraflardan birinin kazanması diğer tarafın kaybetmesi durumu söz konusudur<sup>33</sup>.

Devlet mahkemelerindeki süreç ise, bilindiği gibi hâkim tarafından yönetilmekte, resmî yargılama sonucunda mahkeme tarafından verilen kararlar herkes için bağlayıcı olmaktadır. Hâkimler açısından bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesi son derece sıkı şekilde uygulanmakta, tarafları temsilen davaya katılan avukatlar ise, müvekkilleri adına hareket etmektedirler. Sonuç itibariyle taraflar arasında kazan-kaybet durumu ortaya çıkmakta ve taraflardan biri memnun diğeri ise üzülmekte ayrılmaktadır<sup>34</sup>.

## 2. Arabuluculuk ile Tahkim Arasındaki Farklar

- Arabulucu veya arabulucular, müzakerelerde ve anlaşma yapılmasında taraflara yardım etmelerine karşılık hakem veya hakemler, tarafları dinler ve vakıalara ve kanuna dayanan bağlayıcı nitelikte bir karar verirler.
- Tarafsız üçüncü kişi konumundaki arabulucu taraflarca; uzlaştırıcı mahkeme veya tarafsız bir kurumca seçilir. Avukat veya hukukçu olmayan bir kişi de olabilir. Hakem mahkemesi ise, tarafsız bir kurum veya taraflarca seçilir ve genellikle uzman olur. Avukat veya hukukçu olmayan bir kişi de hakem olabilir.
- Arabulucunun görevi, üzerinde uyuşmazlık bulunan meselelerin taraflarca anlaşılmasını, çözüm seçeneklerinin üretilmesini ve çözüm müzakerelerinin kolaylaştırılmasını sağlamaktır. Hakem mahkemesi ise, tahkim yargılamasını yaparak bağlayıcı nitelikte bir karar verir.
- Arabuluculuk sürecinde tarafların genellikle doğrudan görüşmesine karşılık, avukatların anlaşma taslağını hazırlamaları ve incele-

<sup>32</sup> AYDIN, Tansu Hasan: "Arabuluculuk", [www.inisiyatif.net](http://www.inisiyatif.net) 25/04/2005.

<sup>33</sup> AKINCI (dn. 11), s.35; KAPLAN (dn. 15), s.25; KİTE (dn. 1), s.37.

<sup>34</sup> Alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinin birbiriyle ve resmî mahkeme süreciyle karşılaştırmalı tablosu için bkz., KİTE (dn. 1), s. 37.

- meleri bakımından herhangi bir engel bulunmamaktadır. Tahkim yargılamasında ise, yargılama mahkemelerdekine benzer usullerle yapıldığından, avukatlar davada müvekkillerini savunur ve karşı tarafın tanığını çapraz sorguyla dinleyebilirler<sup>35</sup>.
- Arabuluculuk, tarafların kişisel veya meslekî bir ilişki içinde olduğu ve uyuşmazlığın taraflarının aralarındaki uyuşmazlığın giderilmesinden sonra da birbiriyle ilişkilerini devam ettirme arzularının bulunduğu hallerde tercih edilmektedir. Tahkimde ise, böyle bir düşünce söz konusu olmayıp bir an önce taraflardan biri lehine karar verilmesi istenmektedir<sup>36</sup>.
  - Arabuluculuk usulü esnektir. Başlatılması da anlaşılması da tarafların inisiyatifine bırakılmıştır. Uyuşmazlığın tamamı veya bir kısmı çözülebilir. Resmî yargılama usulüne benzemez. Bazen belgeler kullanılabilirse de, özel ve gizlidir. Tahkim ise, başlangıçta tarafların tercih etmeleri aşamasında kanundan doğan zorunlu haller dışında iradidir. Taraflar uygulanacak hukuku ve usul kurallarını seçme konusunda serbesttirler. Ancak, bir defa asıl sözleşmeye tahkim kaydı konulması veya müstakil bir tahkim sözleşmesinin yapılması halinde taraflar için bağlayıcılık arz eder. İspat vasıtalarının kullanılması ve yargılama süreci devlet mahkemelerindeki sürece benzer<sup>37</sup>.

### 3. Arabuluculuk ile Mahkeme Süreci Arasındaki Farklar

- Arabuluculuk hem halihazırdaki hem de geleceğe yönelik olarak tarafların anlaşmasını sağlar. Mahkeme süreci ise, geçmişte yaşanan bir uyuşmazlığın giderilmesine yöneliktir.
- Arabuluculuk mahkeme sürecine göre daha kısa süren ve daha az masraflı olan bir yoldur.
- Psikolojik ve sosyolojik açıdan riski daha az olan ve daha az yeni sorun doğuran ve böylece toplum barışına hizmet eden bir yöntemdir. Mahkemenin ise psikolojik, sosyolojik maliyeti yüksek olup, is-

<sup>35</sup> KAPLAN (dn. 15), s.175.

<sup>36</sup> ÖZBEK (dn. 10), s. 19; AKINCI (dn. 11), s.35-36.

<sup>37</sup> Tahkimde yargılama usulü hakkında detaylı bilgi için bkz. KAPLAN (dn. 15), s.24 vd.

ter istemez tarafların birbirine daha da düşman olarak ayrılmalarına neden olur.

- Arabuluculuk tarafların ortak anlaşmasına ve her iki tarafın da kazançlı çıkmasına imkân tanır. Mahkemede ise taraflardan biri kazanırken diğeri kaybeder.
- Arabuluculukta taraflar kendi istek ve iradeleriyle, diledikleri tarih ve yerde bir araya gelirler. Mahkemede ise, zamanı ve mekanı mahkeme belirler.
- Aranın bulunması tarafların belirledikleri esaslar çerçevesinde ve esnek olarak söz konusu olur. Mahkemede ise, esneklik olmayıp hukuk kurallarına uymak zorunludur.
- Arabuluculukta esas olan gizlilik olmasına karşılık, mahkemede esas olan aleniyettir. Gizliliğe ancak gerekli olan hallerde istisnaen mahkeme karar verir<sup>38</sup>.

## V. Türk Hukukunda Uzlaştırma ve Arabuluculuk Uygulamaları

Türk hukukunda “uzlaşma” veya “arabuluculuk” sayılabilecek üç temel örnek verebiliriz. Uzlaşma da bir alternatif uyuşmazlık çözme yöntemi olmakla birlikte, arabuluculukla arasında önemli farklar olduğu unutulmamalıdır. Özellikle uzlaştırıcının taraflar arasında mutabakatı sağlamak amacıyla somut öneriler sunması, arabulucunun ise sadece tarafları bir araya getirmekle yetinmesi bunların başında gelmektedir.

### 1. Avukatlık Yasasının 35/A Maddesi

Bu düzenleme, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında yer alan uzlaştırma yönteminin bir örneğidir. Bu maddeye göre avukatlar, tarafların kendi iradeleri ile sonuçlandırabilecekleri konularda karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilme yetkisine sahiptir. Avukatların bu daveti en geç ilk duruşmaya kadar yapması ve ayrıca tarafların belirle-

<sup>38</sup> Bu karşılaştırma hakkında bilgi için bkz., KİTE (dn. 1), s. 48; AKINCI (dn. 11), s.36.

diği sınırlar içinde hareket etmesi gerekir. Uzlaşma sağlanırsa bu durum avukatlar ve müvekkillerinin birlikte imzaladıkları bir tutanakla saptanır ve bu tutanak İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesi kapsamında "ilâm" niteliğindedir. Bu maddenin Avukatlık Yasası'na 2001 değişikliği ile kazandırılmasına karşın uygulanmasında istenilen yaygınlık sağlanamamıştır<sup>39</sup>.

## 2. Ceza Muhakemeleri Kanununun 253. Maddesi

CMK'da 2006 yılı sonunda yapılan değişiklik ile bazı suçlarda soruşturma ya da kovuşturma aşamasında tarafların uzlaşarak sorunun çözülmesi olanağı getirilmiştir. Uzlaşma kapsamındaki suçlar genel olarak, takibi şikâyete bağlı suçlar ile bazı hafif yaralamalar, taksirle yaralama, konut dokunulmazlığını bozma, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması, ticari sırların açıklanması gibi suçlardır.

Uzlaştırmayı cumhuriyet savcısı ya da yargıç kendisi yapabileceği gibi barodan uzlaştırmacı avukat<sup>40</sup> görevlendirmesini isteyebilir ya da hukuk öğrenimi görmüş kimseler arasından uzlaştırmacı seçebilir.

Uzlaşma sağlanırsa uzlaştırmacının ücret ve giderleri Devlet tarafından ödenir. Uzlaşma gerçekleşmez ise bu ücret ve giderler yargılama giderlerine dahil edilir<sup>41</sup>.

## 3. Aile Mahkemeleri Kanununun 6 ve 7, Medeni Kanunun 195. Maddeleri

Hukukumuzda, 9 Ocak 2003 tarihinde kabul edilen 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanu-

<sup>39</sup> GÜRSELER, Güneş: "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Ön Değerlendirme", (Tasarı), Makale 2008, s. 2 için bkz. [www.arabulucu.com/makaleler](http://www.arabulucu.com/makaleler).

<sup>40</sup> GÜRSELER, Güneş: Avukatlar "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Bağlamında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı" üzerinde bir değerlendirme için bkz. [www.Mediatorler.org](http://www.Mediatorler.org) 03/10/2007.

<sup>41</sup> Türkiye Barolar Birliği (TBB) yasa değişikliğinin hazırlanması sırasında avukat olmayan kişilerin uzlaştırmacı olarak atanmasına ve ücreti savcı ya da hâkimin takdir etmesine karşı olduğunu ısrarla belirtmiş, ancak bu görüş genel kabul görmemiştir. TBB'nin bu konudaki yaklaşımı için bkz. GÜRSELER (dn. 39), s.2-3.



nun<sup>42</sup> 6 ve 7. maddeleri ile Medeni Kanunun 195. maddesi hükümleri gereğince uzlaştırmaya başvurulması mümkündür. Bu bağlamda, boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin hususlarda taraflar serbestçe tasarruf edebilir. Medeni Kanunun 184/5. maddesine göre hâkimin de onayı alınmalıdır.

Kanaatimce, Medeni Kanunun 195. maddesinde hâkimin eşleri uzlaştırmaya çalışacağı belirtilmiş ise de, bu konuda uygulanacak usul tam olarak açıklanmadığından uygulamada başvuru bir yöntem değildir. Aile Mahkemeleri Kanununun 6/(1). maddesinin (a) bendinde, aile mahkemelerinin *“Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak gerektiğinde uzlaştırmaya”* yetkili olduğu ifade edilmiştir<sup>43</sup>. Yine, Aile Mahkemeleri Kanununun 7. maddesinde belirtilen *“Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder”* hükmü vardır<sup>44</sup>. Ancak bu düzenleme, hâkimin uygulamada bu tip olaylarda tam bir arabulucu gibi davrandığı anlamına gelmemektedir. Uygulamada hâkim taraflara davanın esasına girmeden önce, çoğunlukla ilk celsede anlaşma olanağının olup olmadığını usulen sormakta ve derhal davanın esasına geçmektedir. Hâkim çok istisnaî hallerde tarafların isteği üzerine uyuşmazlığı tespit ederek, anlaşmazlığı aralarında halletmeleri için taraflara süre vermekte ve bunların da ancak % 5'i uzlaşarak gelmektedir. Yine uygulamada taraflar aralarında anlaşmaya vardıklarında genelde mahkemeye bir daha gelmemek suretiyle davayı müracaata bırakmakta ve bir süre sonra davanın düşmesine neden olmaktadır.

<sup>42</sup> Bundan sonra kısaca Aile Mahkemeleri Kanunu olarak anılacaktır.

<sup>43</sup> Söz konusu 6. maddeye göre, Aile Mahkemesi bu uzlaştırma işlemini yaparken gerektiğinde konuyla ilgili uzmanlardan da yararlanabilecektir. Alınan kararlara uyulmaması halinde ise, HUMK'un 113/A maddesinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu maddede ihtiyati tedbir kararına uymayan kişinin kanunlarda konuyla ilgili daha ağır bir müeyyide öngörülmemişse, bir aydan altı aya kadar hapisle cezalandırılacağını öngörmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere söz konusu düzenleme, arabuluculuğun özünde bulunan tarafların iradelerine öncelik tanınması ve anlaşmaları konusunda serbest bırakılmaları düşüncesiyle bağdaşmamaktadır. Başka bir deyişle bu düzenlemenin arabuluculuk olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

<sup>44</sup> BAŞÖZEN (dn. 1), s.237.

## VI. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı

### 1. Hazırlık Aşaması

Tasarının<sup>45</sup> hazırlanmasında Uncitral Model Kanunu ve Avrupa Birliği Yönerge Tasarısı<sup>46</sup> dışında, Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Hakkında Yeşil Kitap ile Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun<sup>47</sup>, Almanya'nın 1999 tarihinde yürürlüğe giren Baden Württemberg Uzlaşma Kanunu, 2000 tarihli Bavyera Özel Hukukta Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu, Macaristan Arabuluculuk Kanunu ve son yıllarda kabul edilmeleri nedeniyle Bulgaristan ve Slovakya Arabuluculuk Kanunları dikkate alınmıştır<sup>48</sup>. Bu yazılı kaynaklar yanında, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, İtalya, İspanya, Kanada gibi ülkelerin uzmanlarıyla çeşitli zamanlarda toplantılar yapılmış ve yine Almanya, Hollanda ve Avusturya gibi ülkelerin uzmanları ve uygu-

<sup>45</sup> 14/05/2008 tarihinde Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü tarafından Başbakanlığa gönderilen ve 03/06/2008 tarihinde TBMM'ye sevk edilen ve oluşturulan alt komisyon tarafından son hali verilen Tasarı metni ve Gerekçesi için bkz. [www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/arabuluculuk.pdf](http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/arabuluculuk.pdf).

<sup>46</sup> Avrupa Birliği, ADR'ye ilişkin mevzuatın oluşturulmasında oldukça aktiftir. Üye devletler, ADR yolları hakkında ayrıntılı çerçeve düzenlemelere sahip olmamakla birlikte, bir süredir yargılama usulü kurallarında değişiklikler yapmayı düşünmektedirler. Bu kapsamda 2002 yılında Avrupa Komisyonunca medeni hukuk ve ticaret hukukunda ADR'ye ilişkin bir Yeşil Kitap oluşturulmuş ve 2004 yılında gönüllü nitelikte olan arabulucular için Avrupa etik kuralları uygulamaya konulmuştur. Ardından Komisyon medeni ve ticari konularda arabuluculuğun belirli yönlerine ilişkin bir Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi için öneri hazırlamıştır. AB Arabuluculuk Yönergesi Taslağının amacı, arabuluculuğa başvurulmasını teşvik etmek suretiyle ADR yollarını geliştirmek ve üye devletlerde, zamanaşımı sürelerinin durması, gizlilik ve uzlaşma anlaşmalarının icra edilmesi gibi konulardaki usul kurallarına ilişkin asgari müşterek ilkeleri oluşturmaktır. AB Arabuluculuk Yönergesi Taslağı, hem iç hem de sınır ötesi arabuluculukları kapsamakta ve AB genelinde herkes için geçerli olan ilkeleri belirlemektedir. Aile arabuluculuğu da Yönerge Taslağının kapsamına girmektedir. Taslağın en kısa sürede Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilmesi beklenmektedir. Bkz., ÖZBEK (dn. 27), s.184.

<sup>47</sup> Örnek alınan Avusturya'da bu modele 2004'te geçildi. Avusturya'da arabulucuya danışmanın bir saatlik maliyeti 130-180 Euro civarındadır. Arabulucuların eğitim ücreti 4000-8000 Euro civarındadır. Eğitim süresi 360 saatlik bir süreyi kapsamaktadır. Eğitim veren kırk civarında kuruluş vardır. Toplam arabulucu sayısı ise, 300 civarındadır: Bkz. ARMUTÇU, Oya: "Avusturya Modeli Arabulucular Geliyor", [www.hurriyet.com](http://www.hurriyet.com) 02/09/2007.

<sup>48</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm> 04/12/2007.

lamacılarıyla bir araya gelinerek mukayeseli hukuktaki gelişmeler izlenmiştir<sup>49</sup>.

Tasarının hazırlanmasında ana amaç yargının iş yükünü hafifletmektir. Günümüzde pek çok ülke bakımından açılan davalar her geçen gün daha da artıyor. Örneğin Türkiye’de şu anda açılan davaların sayısı iki buçuk milyonun üzerindedir. Bunun yanı sıra ülkemizdeki hâkim sayısı gelişmiş Avrupa ülkelerine bakıldığında olması gerekenin üçte biri kadardır. Bu nedenle, öncelikle ülkemizde adaletin geçişmesine ilişkin sıkıntıların bugüne kadar çözülemediği gibi bundan sonra da kolay ve kısa sürede çözülebilecek gibi görünmediğini belirtmek gerekir. Çünkü birden bire hâkim sayısını üç katına çıkarmak veya uyuşmazlık sayısını birden bire üçte bir oranına düşürmek mümkün değildir<sup>50</sup>. Bu nedenle birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hukuka kazandırılmasına dair faaliyetlere hız verilmiştir.

## 2. Tasarının Maddeleri Hakkında Değerlendirme

Tasarının tarafımızca önemli görülen ilk 22 maddesi incelenecek ve gerekli görülen konularda çözüm ve düzenleme önerileri yapılacaktır:

Tasarının 1. maddesinde arabuluculuk kurumunun hangi tür uyuşmazlıklarda ve hangi koşullar altında uygulama alanı bulacağı hüküm altına alınmıştır. Her şeyden önce arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanacağı alan hukuk uyuşmazlıklarıdır. Öte yandan, anılan kurum her tür hukuk uyuşmazlıklarında değil; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani “*sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları*” bağlamında uygulanma alanı bulacaktır. Bu durum karşısında kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmasına ola-

<sup>49</sup> Adalet Bakanlığı tarafından bir komisyon kurularak 2004 yılında başlatılan çalışmalar 2008 yılının Ağustos ayında sonuçlanmış ve söz konusu Kanun Tasarısı Adalet Bakanlığı alt komisyonunda görüşülmeye başlanmıştır. Adalet Bakanlığı tarafından söz konusu Kanun Tasarısını hazırlamak üzere görevlendirilen komisyon, tasarının teknik, sosyal ve hukuki boyutlarını anlatmak üzere büyük kentlerde bir dizi bilgilendirme toplantıları yapmıştır.

<sup>50</sup> Bu konuda “*Avukatlık Bitiyor mu?*” başlıklı haber ve yorum yazısı için bkz. [www.rotahaber.com](http://www.rotahaber.com)13/10/2007.

nak vermeyen hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyecektir.

Tasarının bu maddesine getirilen eleştiriler arasında 1. maddede yer alan “*üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden...*” ibaresine açıklık getirilmesi gereği yer almaktadır. Tasarı gerekçesinde, böyle bir düzenlemenin özel hukuk uyuşmazlıklarının giderilmesindeki bir yöntem olarak düşünüldüğü belirtilmektedir. Oysa özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklar içinde de kamu yararı açısından değerlendirilmesi gereken alanlar mevcut olabilmektedir. Örneğin, Medeni Hukuk niteliği itibarıyla bir özel hukuk alanı iken, boşanma, velayet gibi uyuşmazlıkların kamu düzeni ile ilintisi mutlaktır. Yani bu konular tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan değildir. Tasarı gerekçesinde de yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülebileceği belirtildikten sonra, anılan kurumun her tür hukuk uyuşmazlıklarında değil üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek konularda söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek olan hususlar ise, “*sulh olmak suretiyle sona erdirilebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları*” olarak nitelendirilmiştir<sup>51</sup>.

Ayrıca, Aile Hukuku içerisindeki boşanma gibi temel uyuşmazlıklarda arabuluculuk faydalı olabilir. Örneğin Amerika’da Aile Hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda önemli ölçüde arabuluculuk müessesesinin uygulandığını görmekteyiz. Türk hukukunda ise, Aile Hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, üzerinde iki tarafın serbestçe tasarruf edilebileceği işler zümresinden sayılmamıştır. Her ne kadar Aile Mahkemeleri Kanununun 6 ve 7, Medeni Kanununun 195. maddesine<sup>52</sup> göre, arabuluculuğa ol-

<sup>51</sup> Her şeye rağmen “*tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri*” ibaresinin uygulamada yanlış anlaşılabilirliği gözden uzak tutulmamalıdır. Hangi uyuşmazlıkların bu tanım içerisinde değerlendirilebileceğini hukukçu olmayan arabulucuların ve tarafların bilmesine imkân yoktur. Daha anlaşılır olması için arabuluculuğun yapılabileceği konuların Kanunda tek tek sayılması da bir yöntem olarak düşünülebilir. Örneğin, iki tarafın arzularına tâbi olmak ve kamu düzenine de aykırı olmamak koşuluyla Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku ve Aile Hukuku ile ilgili uyuşmazlıklarda arabuluculuğun cereyan edebileceğine ilişkin somut bir düzenlemenin daha anlaşılabilir olacağı düşünülebilir.

<sup>52</sup> Evlilik birliğinin korunması başlığını taşıyan Medeni Kanununun 195. maddesi, “*Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerinde getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler. Hâkim eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır, onları uzlaş-*

masa da uzlaştırmaya başvurulması mümkün olmakla birlikte, buradaki uzlaştırmamanın teknik anlamda bir arabuluculuk olmadığı açıktır<sup>53</sup>. Kaldı ki burada uyuşmazlığın giderilmesindeki uzlaştırma faaliyetinin netice itibarıyla ne şekilde hüküm icra edeceği de belirtilmemiştir. Bu eksikliğin giderilmesi ve uzlaşmanın taraflar için bağlayıcı hale getirilmesi bakımından, bu tip uyuşmazlıklarda uzlaşma tutanağının hâkime onaylatılması suretiyle sürecin işletilmesi düşünülebilir. Nitekim, İcra ve İflas Kanununun 38. maddesi çerçevesinde mahkeme önünde yapılarak onaylatılan bu tutanak ilâm niteliğinde kabul edilecektir<sup>54</sup>. Kanaatimce, Arabuluculuk Yasa Tasarısının 13/(1). maddesi çerçevesinde, mahkemenin tarafları arabulucuya başvurma konusunda aydınlatıp teşvik etmesi sonucunda ortaya çıkabilecek bir anlaşma çerçevesinde, düzenlenecek arabuluculuk tutanağının İcra ve İflas Kanununun 38. maddesi çerçevesinde mahkemeye onaylatılmak suretiyle bağlayıcı bir ilâm niteliğine kavuşturulması konusunda da, tarafların anlaşması şartıyla herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Tasarının 1. maddesi ile ilgili olarak dikkat çeken bir diğer husus, "...yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere..." ifadesidir. Yabancılık unsurunun taraflardan birinin yabancı olması veya arabuluculuk faaliyetinin yurt dışında gerçekleştirilmiş olması gibi halleri içerdiği<sup>55</sup> ve bu gibi hallerde bu Kanunun uygulanacağını belirtildiği göz önüne alındığında, bu düzenlemenin tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğunu söylemek mümkündür. Kanunlar İhtilafı Hukuku açısından, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda sadece ne za-

---

*tırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir*" demektedir. Burada arabulucunun sadece tarafları bir araya getirmekten ibaret olan görevini aşan nitelikte bir uzlaştırmadan söz edilmektedir. Uzlaştırmamanın arabuluculuktan en önemli farkı ise, uzlaştırıcının taraflara ayrıca somut çözüm önerileri sunmasıdır.

<sup>53</sup> Bu açıklığın farkında olan Arabuluculuk Yasa Tasarısının 13/(1). maddesi, "*Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp teşvik edebilir*" demek suretiyle arabuluculuğun da mahkeme tarafından dikkate alınabilecek bir alternatif uyuşmazlık çözme yöntemi olabileceğini ifade etmiştir.

<sup>54</sup> "*İlâm mahiyetini haiz belgeler*" başlığını taşıyan İcra ve İflas Kanununun 38. maddesi, "*Mahkeme huzurunda yapılan sulhler, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tâbidir...*" demektedir.

<sup>55</sup> Devletler Özel Hukuku açısından "*yabancılık unsuru*" kavramının ne şekilde anlaşılması gerektiği ve kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına etkisi konusunda bkz. NÖMER, Ergin/ŞANLI, Cemal: *Devletler Hususi Hukuku*, 16. Bası, İstanbul 2008, s.5; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Bası, İstanbul 2009, s.5-6.

man Türk hukukunun uygulanacağını gösteren kurallara tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralı denmektedir<sup>56</sup>. 27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 1/(1). maddesine baktığımızda, “Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk...bu Kanunla düzenlenmiştir” demektedir. MÖHUK'un bu yaklaşımından hareketle, Arabuluculuk Yasa Tasarısının 1. maddesinin aslında MÖHUK'ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına benzer bir bağlama kuralı olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

Tasarının 2. maddesinde, Kanunun uygulanması bakımından belirleyici olan kavramlara ve kurumlara yüklenen anlam ve içeriğin ne olduğu açıklanmıştır.

Tasarının 3. maddesinde, arabulucunun iradi olma ve eşitlik ilkesi vurgulanmıştır. Bu ilkeler arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözüm yolunun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira, devlet yargısı dışında bu yola başvurmak süreci yürütmek ve sonuçlandırmak bakımından gönüllü olmak bu yolun başarısını sağlamaktadır. Taraflar istedikleri zaman bu süreçten çekilebilirler, onların artık bu yolla uyuşmazlığı çözmek istememelerini de kabul etmek gerekir. Uyuşmazlığı tamamen çözen bir anlaşmaya varılabileceği gibi kısmen çözüme varılabilir veya farklı bir çözümle de arabuluculuk faaliyeti sonuçlandırılabilir. Yani, süreç her zaman anlaşma ile sonuçlandırılmak zorunda değildir. Bu, arabuluculuğun esnek yapısının da bir gereğidir. Ayrıca, taraflar bu yola başvururken ve bu süreci yürütürken, eşit oldukları ve bunu hissettikleri ölçüde sürecin başarılı olması mümkündür. Kendisini diğer tarafla tam olarak eşit hissetmeyen veya kanunen böyle muamele görmeyen tarafın, anlaşmasından değil, mecburen bir sonuca katlanmasından söz edilebilir.

Tasarının 4. maddesinde arabuluculuk konusunda gözetilmesi gereken ilkelere gizliliğe vurgu yapılmıştır. Tarafların devlet yargısı dışında, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığı çözmek istemelerinin en

<sup>56</sup> Bkz., NOMER/ŞANLI (dn. 55), s.97-98; ÇELİKEL, hâkimin kanunlar ihtilafı kuralının yetkili gördüğü hukukun, o konu hakkında yetkisinin bulunması halinde, kendi iç maddi hukukunu uygulamasını “gizli atıf” olarak değerlendirmiştir. Arabuluculuk Yasa Tasarısının 1. maddesinde yer alan “Bu Kanun ... uygulanır” ibaresi de, Türk hukukuna yapılan gizli atıf niteliğindedir; bkz., ÇELİKEL/ERDEM (dn. 55), s.120-121.

önemli sebeplerinden biri aralarındaki uyuşmazlığın üçüncü kişilerce bilinmesini istememeleridir. Bu şekilde, gizli ve sadece taraflar arasında kalan bir uyuşmazlık çözüm sürecinde, tarafların daha dikkatli davranması, birbirlerine zarar vermek yerine, uyuşmazlığı çözmeye odaklanmaları mümkün olacaktır. Gizlilik, tarafların kendi aralarında söz konusu olduğu gibi arabulucu bakımından da dikkat edilmesi gereken bir ilkedir. Ancak, her iki yönüyle de gizlilik tarafların iradelerine bağlıdır. Maddenin birinci fıkrasında gizliliğin arabulucuya ilişkin yönü vurgulanmıştır. Arabulucu, kural olarak kendisine sunulan veya başka türlü elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Ancak, taraflar isterlerse bunun aksini kararlaştırabilirler. Bu yönüyle arabulucu sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişilerden biri sayılacaktır ve kanunların öngördüğü çerçevede bir yargılamada tanıklıktan çekinme ya da kanunî bir zorunluluk olmadıkça sır saklama yükümlülüğü altında olacaktır<sup>57</sup>.

Tasarının 5. maddesi gizlilik ile ilgili maddenin devamı niteliğinde olup, daha özel ve sık karşılaşılabilecek bir durumu açıklığa kavuşturmaktadır. Çözüm için arabuluculuk yoluna başvuru bir uyuşmazlık hakkında, daha sonra doğrudan veya dolaylı bir yargılama yapılabilir. Bu durum, tarafların arabuluculuk faaliyetleri sonunda anlaşamamalarından kaynaklanabileceği gibi, kısmi bir anlaşma sebebiyle de ortaya çıkabilir. Bazen taraflar belirli bir uyuşmazlık konusunda anlaşmış olabilirler; ancak bu uyuşmazlıkla bağlantılı başka uyuşmazlıklar çıkabilir. Arabuluculuk konusundaki temel ilke olan gizlilik, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın kendisinin, içeriğinin ve uyuşmazlık içerisinde kullanılan bilgi ve belgelerin de gizli kalmasını gerektirir. Bu gizliliğin korunacağına olan güven, tarafları arabulucuya başvurma konusunda daha fazla teşvik edecektir. Bu sebeple, maddede, gizlilik ilkesine ilişkin olarak arabuluculuk faaliyeti sırasındaki beyan, bilgi ve belgelerin kullanılmayacağı haller, kapsamı çizilerek belirtilmiş, böylece uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütler engellenmek istenmiştir. Bu madde, gizlilik ile ilgili genel hükümden daha özel bir düzenleme içermekte olup, tarafların gizlilik konusunu özel

---

<sup>57</sup> Tasarının 4/(2). maddesinde, gizlilik yükümlülüğünün aksi kararlaştırılmamışsa hem arabulucu hem de taraflar için söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Arabulucunun gizlilik yükümlülüğüne uymaması durumunda, bu Kanunda belirtilen sicilden silinme veya cezai yaptırımlara muhatap olma sonucu ile karşılaşması söz konusu olabileceği gibi, tarafların ayrıca arabulucunun hukuki sorumluluğu yoluna gitmesi de mümkündür.

olarak kararlaştırmamış olması halinde dahi, maddede belirtilen beyan ve belgelere delil olarak dayanmanın ve delil olarak dikkate alınmasının önüne geçmektedir. Şüphesiz tarafların karşılıklı açık iradeleri ile bu beyan ve belgeler delil olarak kullanılabilir.

Tasarının 5/(4). maddesi, beyan ve belgelerin delil olarak kullanılmaması durumunun hukuk davası ve tahkim yargılaması bakımından da hüküm ifade edeceğini bildirmektedir.

Tasarının 6. maddesinde, arabuluculuk unvanının hangi şartlarda kullanılabileceği belirtilmiştir. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için üzerinde anlaştıkları bir üçüncü kişiyi arabulucu olarak görevlendirebilirler. Ancak, bu kişiler arızı olarak arabuluculuk faaliyetini yerine getiriyorlarsa bu unvanı resmî olarak kullanamazlar. Taraflar sicile kayıtlı olmayan, bu konuda eğitim almamış bir kimse üzerinde de arabulucu olarak anlaşabilirler. Ancak, bu durum o kimseye arabulucu sıfatı kazandırmaz ve bu Kanunda belirtilen yetkileri vermez. Bir kimsenin arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı hak ve yetkileri kullanabilmesi için sicile kayıtlı olması gerekir, arabulucunun sicile kayıtlı arabulucu olduğunun anlaşılabilmesi için, arabuluculuk faaliyeti sırasında bu unvanını açıkça belirtmesi aranmıştır. Zira bu sayede arabulucunun faaliyeti takip ve kontrol edilebilecektir<sup>58</sup>.

Tasarının 7. maddesi, arabulucunun faaliyeti karşılığında ortaya çıkan masrafları ve ayrıca ücretini isteme hakkını düzenlemiş ve aksi belirtilmemişse ücretin taraflarca eşit olarak ödeneceği belirtilmiştir. Arabulucunun ücreti aksi kararlaştırılmamışsa faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenecektir. Ancak, bu düzenleme kanaatimizce yetersizdir. Çünkü maddi durumu iyi olmayan ve arabulucu için gerekli giderleri ödeyemeyecek olan tarafın arabuluculuğa başvurması engellenmekte, arabuluculuğun gelişmesine engel teşkil etmektedir. Bu sebeple arabuluculuğun gelişmesi ve beklenen işlevini yerine getirilebilmesi için adli yardım olanağının tanınması çok önemlidir.

Tasarının 8. maddesi arabulucunun taraflarla iletişiminin genel çerçevesini düzenlemiştir. Arabulucu, taraflardan her biri ile ayrı ayrı ya da her ikisi ile birlikte görüşebilir veya iletişim kurabilir.

<sup>58</sup> Bkz. Tasarı Gerekçesi, m.6.



Kanaatimce, arabulucu taraflarla görüşür ve iletişim kurar cümlesini geniş yorumlamalı, arabulucunun taraflarla fiilen aynı ortamda bulunmasının şart olmadığı vurgulanmalıdır. Bu sebeple, Kanuna eklenecek bir fıkra ile arabuluculuk müzakerelerinin, sadece fiilen bir araya gelerek değil de, internet ortamında veya diğer elektronik haberleşme ve iletişim yöntemlerinin kullanılması suretiyle bir araya gelmek şeklinde de yapılabileceği belirtilmelidir<sup>59</sup>.

Tasarının 9. maddesinde, arabulucunun görevini özenle, tarafsız ve bizzat yerine getirme yükümlülüğü vurgulanmıştır. Arabulucu tarafsızlığından şüpheye düşülmesine neden olabilecek hallerin varlığı halinde bunu derhal taraflara bildirmekle yükümlüdür. Taraflar bu açıklamaya rağmen ilgilinin göreve devam etmesini birlikte talep ederlerse, artık arabulucu görevine devam edebilecektir.

Tasarının 9/(4). maddesi, arabulucunun görevini tam bir tarafsızlıkla yürütmesini sağlama adına, daha önce bir uyuşmazlıkta arabulucu olarak görev yapan kişilerin, daha sonra aynı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılacak davalarda avukat olarak görev yapabilmelerini yasaklamıştır.

Tasarının 10. maddesi, avukatlar için söz konusu olan reklam yasağının bir benzerini arabulucular için de öngörmüştür. Bu çerçevede, arabulucuların iş temin etmek için reklam sayılabilecek her türlü faaliyetlerde bulunması yasaklanmıştır. Arabulucular tabelalarına ve kartvizitlerine, arabulucu unvanı ile akademik unvanlarından başka herhangi bir sıfat yazamazlar.

Tasarının 11. maddesinde, arabulucunun arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları aydınlatma ve sürecin işleyişi ve sonuçları ile ilgili bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmektedir. Faaliyet hakkında yeterince bilgi sahibi olan taraflar bu süreci daha iyi kavrayacak ve bu süreç daha sağlıklı bir biçimde yürütülecektir. Özellikle herhangi bir aksamanın olması halinde arabulucu anlaşma zeminini korumak ve tarafları masada tutmak amacıyla elinden gelen her türlü açıklamayı ve aydınlatmayı yapmakla mükelleftir.

Tasarının 11. maddesinde arabulucuların sicile kayıtlarında giriş aidatı ve her yıl için yıllık aidat ödemesi düzenlenmiş ve bu toplanan ai-

---

<sup>59</sup> Benzer bir hüküm, CMK uzlaştırma yönetmeliğinde de mevcuttur.

datların ceza infaz kurumları ile tutukevleri iş yurtları kurumu hesabında toplanıp burada nemalandırılacağı düzenlenmiştir. Toplanan meblağlar Daire Başkanlığının görev alanında harcanmak üzere her ayın son gününde Genel Müdürlük hesabına aktarılacaktır. Bu düzenleme Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulacak olan Arabuluculuk Daire Başkanlığının lüzumlu işlerinde kullanılabilmesi bakımından son derece yararlıdır.

Tasarının 13. maddesinde, arabuluculuk faaliyetinin nasıl başlayacağı düzenlenmiştir. Taraflar dava açmadan önce veya dava açtıktan sonra anlaşarak doğrudan kendileri bu yola başvurabilirler. Bunun dışında bir dava açıldıktan sonra mahkeme de, tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp teşvik edebilir. Bir uyuşmazlığın arabulucunun yardımıyla çözülebilmesi için, Tasarının 13/(2). maddesi çerçevesinde taraflardan biri teklifte bulunabilir; bu teklif karşı tarafça da kabul edilirse arabuluculuk faaliyeti başlamış olur. Karşı taraf böyle bir teklif karşısında teklifin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde olumlu cevap vermezse teklifi reddetmiş sayılacaktır. Madde gerekçesinde tarafların anlaşarak bu süreyi kısaltabileceği ya da uzatabileceğinden söz edilmekte ise de, kanaatimce tarafların henüz ortada bulunmayan ve öngörülmemiş olan bir arabuluculuk anlaşmasının süresi hakkında anlaşmaları olanağı bulunmamaktadır<sup>60</sup>.

Kanaatimizce, Tasarıda mahkeme aşamasındaki bir uyuşmazlığın arabuluculuk kurumuyla çözülmesinin kararlaştırılması halinde hâkimin dosyada ne gibi bir karar vereceğinin belirtilmemesi bir eksikliklerdir. Mahkemenin dosyadan tamamen el çekip çekmeyeceği veya arabuluculuk talebini bekletici mesele olarak kabul edip etmeyeceği açıkça belirtilmemiştir. Bekletici mesele yapıldığı takdirde mahkemeye sürecin ne kadar bekleneceği ve haklı bir sebep olmadan arabuluculuk müzakerelerine katılmayan ve arabuluculuk sürecini davayı uzatmak maksadıyla uzatan taraf hakkındaki müeyyideler ve giderler konusunda bir hüküm getirilmemiş olması eksiklik olarak göze batmaktadır.

<sup>60</sup> Bu nedenle, Tasarı metninde bulunan otuz günlük sürenin mahkeme sürecini de geciktireceği göz önüne alınarak, on beş güne düşürülmesinin makul olacağı kanaatindeyim. Zira, gerekli olandan fazla verilmiş olan süreler usul adaletinin sağlanmasına hizmet etmeyeceği gibi, süreci engellemek ve uzatmak isteyen kötü niyetli tarafa olanak tanımak olacaktır.

Tasarının 14. maddesinde taraflarca aksi bir usul kararlaştırılmamış ise, arabulucu veya arabulucuları tarafların birlikte seçebilecekleri belirtilmiştir. Ancak taraflar, arabulucunun bir üçüncü kişi veya kurum tarafından seçilmesini de kararlaştırabilirler. Kanaatimizce maddede yer alan “arabulucu veya arabulucular” ifadesinden anlaşılan, arabuluculuğun tek kişi tarafından yürütülebileceği gibi, birden fazla kişi tarafından da yürütülebileceği şeklindedir.

Tasarının 15. maddesinde, arabuluculuk faaliyetinin nasıl ve hangi usulle yürütüleceği belirtilmiştir. Bu çerçevede, arabulucu kendisi seçildikten sonra tarafları mümkün olan en kısa sürede ilk toplantıya davet edecektir. Taraflar arabuluculuk faaliyetinin nasıl yürütüleceğini ve izlenecek usulü serbestçe kararlaştırabilirler. Taraflar, bunu kararlaştırmamışsa, arabulucu öncelikle uyuşmazlığın niteliği ile bir an önce giderilmesi ve tarafların isteklerini dikkate alarak uygun bir yol izleyecektir.

Kanaatimizce, Tasarının bu maddesinde arabuluculuğun süresinin belirli olmaması, ondan beklenen yarar ve menfaatler ile uyuşmaktadır. Bu süreç ucu açık bırakılmamalı ve arabuluculuk faaliyetinin makul ve somut bir süre içinde tamamlanması gerektiği açıkça ifade edilmelidir. Tasarının 15/(5). maddesinde, derdest dava sırasında mahkemenin ara kararı ile davanın arabuluculuğa gönderilmesi halinde, davanın ne kadar süre ile bekletileceğinin açıkça belirtilmiş olması bu yönüyle son derece isabetli olmuştur. Maddede belirtilen üç aylık ve müteakiben üç ay daha uzatılabilecek süreler makul süreler olarak değerlendirilebilir.

Tasarının 16/(1). maddesinde dava açılmadan önce arabulucuya başvurunun hangi anda gerçekleşmiş sayılacağı ve etkisi belirtilmiştir. Arabuluculuk faaliyetlerinin başlamasıyla zamanaşımı ve arabuluculuğun konusu olan hak ve taleplerin ileri sürülmesine ilişkin süreler duracaktır. Sürenin durmasını sağlayan başlangıç anı arabulucunun tarafları ilk toplantıya davet etmesi üzerine, arabulucu ile tarafların bu faaliyeti sürdürme konusunda vardıkları anlaşmayı tutanakla belgeliendirdikleri an olarak belirlenmiştir. Dava açıldıktan sonra ise, bu süreç mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını yazılı olarak bildirmeleri ya da duruşma esnasında bu beyanların tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Tasarının 16/(2). maddesinde ise, arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen sürenin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu fıkra mahkeme içi süreçte cereyan eden arabuluculuk konusunda yersizdir. Zira, BK 133. maddesi gereği uyuşmazlık konusu olan hak ve talepler ile ilgili zamanaşımı süreleri dava açılmakla zaten kesilmektedir. Dolayısıyla bu madde, mahkeme içi arabuluculuğa değil sadece mahkeme dışı arabuluculuğa hasredilmelidir.

Tasarının 17. maddesinde arabuluculuk faaliyetinin hangi hallerde sonuçlanmış sayılacağı, bunun şekli ve sonuçları belirtilmiştir. Birinci fıkroda arabuluculuğun sona erdiği haller olarak, tarafların anlaşmaya varması, taraflara danışılmak suretiyle arabuluculuk faaliyetine devam etmenin sonuç getirmeyeceğinin anlaşılması, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi ve tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmeleri sayılmıştır.

Arabuluculuk faaliyeti sona erdiğinde, bu faaliyetin sona erdiğini belirten bir tutanak hazırlanacak ve tarafların anlaşıp anlaşmadığı, arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı tutanakta belirtilecektir. Düzenlenen tutanak, arabulucu ile taraflar veya vekillerince imzalanacaktır. Nihayet 17/(4). maddede arabulucunun düzenlediği tutanağın beş yıl süre ile saklanmak zorunda olduğu ve düzenlenen belgelerin birer örneğinin arabuluculuğun sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe gönderilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Tasarının 18/(2). maddesi arabuluculuk faaliyetinin sonunda bir anlaşmaya varılması halinde bu anlaşmanın kapsamı, şekli ve sonuçlarını düzenlemiştir. Ayrıca, arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen uzlaşma belgesinin, taraflar veya vekilleri tarafından imzalanmakla ve asıl uyuşmazlığı çözmeye yetkili olan icra mahkemesine ibraz edilip icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh alınması halinde, ilâm niteliğinde belge sayılacağı vurgulanmıştır<sup>61</sup>. Ayrıca, bu belgenin düzenlenmesi ve onaylanması, damga vergisi ve harçtan muaftır. Burada icra mahkemesinin yapacağı iş, Tasarının 18/(3). maddesi çerçevesinde

<sup>61</sup> Tasarının burada İcra ve İflas Kanununun 38. maddesine açıkça atıf yapmamış olması kanaatimizce bir eksikliklerdir. Yukarıda söz konusu 38. madde hakkında yeterli bilgi verildiği için burada tekrar üzerinde durulmayacaktır.

sinde anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği işlerden olup olmadığının ve cebri icraya uygun olup olmadığının tespiti ile sınırlıdır.

Ceza arabuluculuğunda uzlaşma tutanağı ile, ceza hukukunun cezalandırma ile ilgili neticeleri ortadan kalkarken, ceza uzlaşma tutanağının ilâm niteliği bulunmamaktadır. Ancak, arabulucu ve tarafların imzaladığı arabuluculuk tutanağı hukuk uyuşmazlığının çözüldüğü ilâm hükmü taşıyan bir tutanaktır. Ancak, her iki tutanağın ortak özelliği uyuşmazlığı son buldurmasıdır<sup>62</sup>.

Tasarının 19. maddesinde, arabulucular sicilini tutma ve güncelleme görevi Adalet Bakanlığına verilmiştir. Arabuluculuk sicilinin getirilmesi ile hedeflenen amaç, arabuluculuk unvanı ve bu unvandan kaynaklanan yetkilerin kullanımını belli bir düzene bağlamak ve arabulucuların denetlenebilmesini mümkün kılmaktır<sup>63</sup>.

Tasarının 20. maddesinde arabuluculuk yapabilmenin koşulları belirlenmiştir. Ayrıca, arabuluculuk eğitiminin tamamlanması, sicile kayıt şartı olarak düzenlenmiştir. Buna göre sicile kaydedilmek için, Türk vatandaşı olmak, dört yıllık lisans eğitimini tamamlamış olmak, tam ehliyetli olmak, taksirli suçlar dışında herhangi bir sabıkası bulunmamak, arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak gerekmektedir. Arabulucu, sicile kayıtlı olduğu andan itibaren arabuluculuk faaliyetine başlayabilecektir.

Tasarının 21. maddesinde, arabuluculuk için aranan koşulları taşımadığı halde sicile kaydedilen veya daha sonra bu koşulları kaybeden arabulucunun kaydının silinmesi düzenlenmiştir. Buna göre, 20. maddede yazılı koşulların tamamını taşımadığı halde, arabulucular siciline kaydedilmiş olan kişinin bu durumunun anlaşılması üzerine, ilgilinin adı sicilden silinecektir. Ayrıca, arabulucunun Türk vatandaşlığını kaybetmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya kısıtlanması halinde ya da (ç) bendi kapsamında bir suçtan mahkûm olup mahkûmiyet ka-

62 DEMİR, Şamil: "Arabulucu Kimdir, Uzlaştırmacı Kimdir" konulu makale için bkz. [www.Arabulucular.blogcu.com](http://www.Arabulucular.blogcu.com) 14/09/2007.

63 Arabuluculuk Daire Başkanlığı, arabuluculuk yapma yetkisini kazanmış olan kişilerin sicilini ve listesini elektronik ortamda da tutacak ve duyuracaktır. Bakanlık ayrıca arabulucular sicilinin tutulmasıyla ilgili yönetmelik çıkaracaktır.

rarının kesinleşmesi halinde sicil kaydı silinecektir. Ayrıca, arabulucu kendi isteğiyle sicilden kaydını her zaman sildirebilecektir.

Tasarının 22. maddesinde arabulucunun dört yıllık lisans eğitimini tamamlaması ve asgari yüz elli saatlik eğitimi tamamlamış olması şartı aranmaktadır. Hukuk lisans diplomasına sahip olmayan kimse-lerin ayrıca yüz saatlik temel hukuk eğitimini de almış olmaları şart kılınmıştır.

Kanaatimce, Tasarının belki de en çok tartışılan maddesi bu madde- dir. Dört yıllık lisans eğitimi kıstası çok geniştir. Buna göre üniversi- te mezunu olan herkes eğitimini aldıktan sonra arabuluculuk yapabi- lir. Ülkemizde hukukçuların bile bu konuda yeterli donanıma sahip olmadığı düşünülüğünde, en azından arabuluculuğun yerleşmesi için geçecek bir başlangıç döneminde arabuluculuk belli meslek grup- ları ile sınırlandırılabilir. Hukukçu olmayan birine verilecek yüz saat- lik temel hukuk eğitimi ile ilâmlı icraya dayanak olabilecek belge dü- zenleme yetkisi verilmesi sakıncalıdır. Özellikle hukukçu olmayan tek bir arabulucunun görev yaptığı durumlarda bu sakınca daha çok ken- disini gösterecektir. Bu durumda tek kişinin arabuluculuk yapacağı hallerde bu tek kişinin hukukçu olması, birden fazla kişinin arabulu- culuk yapacağı hallerde ise, bunlardan en az birinin hukukçu olması aranmalıdır.

İstanbul Barosu da bu konuyla ilgili bazı kaygıları dile getirmekte- dir<sup>64</sup>. Ancak, özellikle arabulucuların sadece hukukçulardan olması ve diğer meslek gruplarından olanların bu konuda yetersiz kalabile- ceği konusundaki görüşlere bütünüyle katılabilmem mümkün de ğil- dir. Zira, arabuluculuğun faaliyet alanına giren uyuşmazlıklar, daha

<sup>64</sup> Bütün hukuki niteliğine rağmen anılan sistemin diğer lisans eğitimlerine açık hale getirilmiş olması, hukuki bir faaliyetin sair meslek mensupları tarafından yapılmasına yol açacaktır. Bu durum çok ciddi sonuçlar doğuracaktır. En açık deyişle, hukuka ay- kırı olan ve ilâm hükmünü haiz bulunan belgelerin infaz edilmek üzere istihsal edil- mesi kaçınılmazdır. Doğacak sonuçların yüz saatlik bir hukuk eğitimi ile telafi edilmesi beklenemez. Özetle, hukuk formasyonuna sahip bulunmayan ve sertifika programı niteliği taşıyan eğitim ile hukuki uyuşmazlık alanında faaliyet gösteren ve ürettiği bel- ge ilâm hükmünde bulunan bir müessesenin yargının yükünü hafifletmesi yavaş iş- leyişi hızlandırması söz konusu olamayacak, olsa bile bunun ağır bedelleri olacaktır denilmektedir. Bu yöndeki görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. "İstanbul Barosu Başkanlığı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Görüş ve Düşünceler" [www.groups.yahoo.com](http://www.groups.yahoo.com).

farklı hayat deneyimlerini ve farklı meslek gruplarının olaya müdahil olmasını makul ve amaca uygun kılabilir. Ayrıca, arabulucu ve taraflarca imzalanan anlaşmanın ilâm niteliğinde sayılması için Tasarının 18/(3). maddesi çerçevesinde icra mahkemesi tarafından sınırlı da olsa bir incelemenin yapılacağı ve bu çerçevede icra edilebilirlik şerhi verilebileceği hatırdan çıkarılmamalıdır.

Yine Tasarının 22. maddesinde belirtildiği üzere, her isteyen eğitim kuruluşu arabuluculuk eğitimini veremeyecektir. Bir eğitim kurumunun arabuluculuk eğitimini verebilmesi için Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı'ndan izin alması zorunludur.

### Sonuç

Gelişmiş ülkelerin ardından geliştirmekte olan ülkelerin de yavaş yavaş hukuk sistemlerine dahil ettikleri arabuluculuk uygulamalarının toplum barışına katkı sağlayacağına ve alternatif bir uyuşmazlık çözme yöntemi olarak arabuluculuğa elverişli olan konularda mahkemelere gelen dava sayısının azalmasına ve böylece mahkemelerin yükünü hafifleteceğine inanıyoruz. Arabuluculuk, uzlaştırma, tahkim ve mahkeme kavramları arasındaki karışıklık ve birinin diğerinin yerini almak suretiyle özellikle devlet mahkemelerinin devre dışı bırakılmaya çalışıldığına dair yanlış yaklaşımlar, alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerine ve arabuluculuğa getirilen en önemli eleştiriler olmuştur. Aslında arabuluculuğun bunu yaparken de sanıldığı ve korkulduğu gibi yargının yerini almak ve onun güvenilirliğini sarsmak gibi bir misyonu veya amacı bulunmamaktadır.

Arabuluculuk müessesesi konusunda getirilen eleştirilerin temelinde aslında onun işlevini tam olarak anlamamaktan ve bilgi eksikliğinden kaynaklanan nedenler yatmaktadır. Arabulucunun görevinin somut uyuşmazlık hakkında çözüm bulmak veya haklıyı haksızı tespit etmek olmadığı; sadece tarafları bir masa etrafında toplayarak aralarında sağlıklı bir iletişim kurulmasını temin etmek olduğu dikkate alındığında, arabuluculuğa getirilen çekincelerin birçoğunun zaten ortadan kalktığı görülecektir. Arabulucunun ne uzlaştırıcı gibi taraflar arasında müzakere edilecek somut çözüm önerileri getirme ne de hâkim gibi tahkikat yapma ve karar verme gibi yargısal yetkileri bulunmamaktadır. Bu nedenle konuları, amaçları ve yöntemleri farklı

olan bu usullerin birbirinin yerine ikame edileceğinden değil, olsa olsa birinin sonuç vermemesi halinde diğerini kullanma yoluna gidilebileceğinden söz etmek gerekir. Örneğin arabuluculuk yönteminden beklediği yararı elde edemeyen tarafların mahkemede dava açmalarını engelleyen herhangi bir durum söz konusu değildir. Kaldı ki arabuluculuğun uygulanabileceği alanların iki tarafın arzularına tâbi olan özel hukuka ilişkin konularla sınırlı olduğunu da unutmamak gerekir. Bu tür sınırlandırmalar alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinin tamamında var olup, örneğin tahkim yolunda tahkime elverişlilik şeklinde kendini göstermektedir. Yine varılan hüküm ve sonuçların uygulanması, tanınması ve tenfizi gibi aşamaların genellikle devlet mahkemeleri tarafından yapıldığı ve kamu düzenine aykırılığın olup olmadığının da denetlendiği gözden uzak tutulmamalıdır.

Arabuluculuk konusunda gösterilen önemli tepkilerden birisi de avukatlık meslek grubunun ara bulma faaliyetinin kendilerine hasredilmiş olduğuna dair yaklaşımlarıdır. Meslekî alanlarının daralacağını ve uyuşmazlıkların mahkemeye sirayet etmemesi dolayısıyla maddi kazançlarının azalacağını düşünen avukatlarımızın bir kısmı arabuluculuğa özellikle bu iki nedenden dolayı karşı çıkmaktadır. Hâkimlik mesleğini icra edenlerin bir kısmı da toplumda adaleti dağıtma görevinin münhasıran mahkemelere ait olduğu düşüncesiyle alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinin tamamına karşı çıkmaktadırlar. Oysa mahkeme dışında uyuşmazlığın çözülebilmemesine olanak tanıyan bu yöntemlerin tamamı devlet mahkemelerinden önce uyuşmazlıkların dostane biçimde çözülmesine olanak tanıyan müesseselerdir. Yani alternatif mahkemelerin oluşturulması söz konusu değildir. Üstelik mahkemelerin yükünün azaltılmasına katkıda bulunulması da söz konusudur. Bu yöntemlerin işleminde avukatlar da devre dışı bırakılmamıştır; onların da arabulucu uzlaştırıcı veya hakem olması konusunda engelleyici bir durum söz konusu değildir.

Sonuçta, Arabuluculuk Yasa Tasarısının kanunlaşması halinde de toplumun bu konuda aydınlatılması ve bilinçlendirilmesi gerekmektedir. Mahkemeler ve avukatlar da bu bilincin geliştirilmesine yardımcı olmalıdır. Neticede arabuluculuk yönteminden beklediği yararı elde edemeyen kişiler yine mahkemeye geleceklerdir. Yukarıda maddeler üzerinde yaptığım değerlendirmeler çerçevesinde kanunlaştırılacak Yasa Tasarısının Türk hukukuna önemli katkılar sağlayacağını düşünmekteyim.