



Arabuluculuk Çalışma Toplantısı

Arabulucukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler Ve Öneriler¹



Sonuç Raporu

Moderatör:

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES (Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Katılımcılar:

Hakan ÖZTATAR (Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanı)

Prof. Dr. Ufuk AYDIN (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Murat ATALI (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Umut İlhan DURMUŞOĞLU (Arabuluculuk Daire Başkanlığı Tetkik Hakimi)

Yrd. Doç. Dr. Elif KİSMET KEKEÇ (Gediz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Tolga AKKAYA (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Uzman Alper BULUR (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Av. Nihat ŞİMŞEK (Kayseri Barosu, Arabuluculuk Kurulu Üyesi)

Av. Nur ÖZDEN (Ankara Barosu, Arabulucu)

Av. Şamil DEMİR (Ankara Barosu, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Derneği Başkanı)

Ar. Gör. Sümmeyye UYANIK (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Raportör:

Yrd. Doç. Dr. Barış TORAMAN (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

ÖZ:

26 Nisan 2014 tarihinde, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde, Arabuluculuk hakkında bir çalıştay gerçekleştirilmiştir. Çalışmaya, başta Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanı olmak üzere, çeşitli Üniversitelerden öğretim üyeleri ile arabuluculuk üzerine çalışan avukatlar iştirak etmişlerdir. Çalıştay sonucunda varılan sonuçlar, bir rapor halinde aşağıda sunulmaktadır. Rapor, katılımcıların mesleki görüş ve bakış açıları doğrultusunda hazırlanmış olup, herhangi resmi bir nitelik taşımamaktadır.

ABSTRACT:

On April 26th 2014, a workshop concerning legal mediation was held in Anadolu University Law Faculty by the participation of the Head of the Mediation Department (Ministry of Justice), academics from various universities and attorneys who work on mediation. The results of this workshop is presented below as a report. This report includes the professional and academic opinions of the participants and has no official attribution.

İÇİNDEKİLER:

§1. ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİ ALANLAR VE GÜNCEL TARTIŞMALAR; I. Genel Olarak; II. Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri Haller ile Kamu Düzenine İlişkin Hususların Değerlendirilmesi: A. Genel Olarak, B. Tasarruf Edebilmenin Sınırı Olarak, Arabuluculuk Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Etkisi, C. Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebileceği Haller ile Kamu Düzeni Kavramı Arasındaki İlişki ve Bu İkisinin Birbirinden Ayırt Edilmesi, D. Somut Bazı Meselelerde Arabuluculuk Faaliyetinin Elverişliliği; III. İcra Edilebilirlik Şerhi ve Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri Haller Bakımından Önemi; IV. Aile İçi Şiddet İddiasını İçeren Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliğinin Yeniden Değerlendirilmesi Gereği; V. Anayasal Düzenlemeler Karşısında Arabuluculuk Faaliyetinin Zorunlu Hale Getirilmesinin Mümkün Olup Olmadığı; VI. Arabuluculuk Kanununda Kapsamlı Bir Değişikliğe İhtiyaç Duyulup Duyulmadığı; VII. Ceza Hukuku ile Arabuluculuk Faaliyeti Arasındaki İlişki. §2. ARABULUCUNUN STATÜSÜ, ARABULUCULUK SÜRECİNDEKİ ROLÜ VE ARABULUCULUK EĞİTİMİ; I. Genel Olarak; II. Arabulucunun Hukuki Statüsü: A. Genel Olarak, B. Arabulucunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü

Kapsamında Olup Olmadığı; C. Kamu Avukatlarının Arabuluculuk Faaliyetinde Bulunup Bulunamayacakları; III. Arabulucuların Denetimi; IV. Arabuluculukta Gizlilik İlkesi ve Diğer Etik İlkelerin Durumu: A. Arabuluculuk Anlaşma Tutanağının Daire Başkanlığına Gönderilmesi ile Bu Tutanağın Yayımlanmasının Gizlilik İlkesini İhlal Edip Etmeyeceği, B. Üçüncü Kişilerin Arabuluculuk Faaliyetinde Yer Alıp Alamayacağı; V. Hakimın Arabuluculuk Faaliyetini Teşvik Etmesi; VI. Arabuluculuk Eğitimi; VII. Kurumsal Arabuluculuğun Mümkün Olup Olmadığı

Ş1. ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİ ALANLAR VE GÜNCEL TARTIŞMALAR

I. Genel Olarak

Eskişehir Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, 26 Nisan 2014 tarihinde gerçekleştirilen Arabuluculuk Çalıştay'ının birinci konu başlığı, arabuluculuğa elverişli alanlar ve bu konudaki güncel tartışmalar olmuştur. Bu çerçevede ilk olarak, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri alandan ne anlaşılması gerektiği tartışılmış; bu tartışmaya, kamu düzeni kavramından ne anlaşıldığı veya bunun arabuluculukta nasıl yorumlandığına ilişkin tartışmalar eşlik etmiştir.

Tartışmalar sırasında, icra edilebilirlik şerhinin tarafların üzerinde tasarruf edebileceği haller bakımından yeri ve önemi ön plana çıkmış ve bu konuda da çeşitli görüşler dile getirilmiştir. Öte yandan, aile içi şiddeti içeren uyuşmazlıkların arabuluculuk faaliyetine elverişli olup olamayacağının yeniden değerlendirilmesi gerekliliği, zorunlu arabuluculuk faaliyetinin mevcut Anayasal düzenlemeler karşısında mümkün olup olmadığı, Kanunda kapsamlı bir değişikliğe ihtiyaç duyulup duyulmadığı ve nihayet, ceza hukuku ile arabuluculuk arasındaki ilişki de, birinci oturumda ele alınan konular arasında yer almıştır.

Takip eden başlıklar altında, bu hususların Çalıştay'da ele alınış sırası çerçevesinde, tartışmalar sırasında ön plana çıkan hususlar ile bu hususlar hakkında yapılan tespit ve değerlendirmeler yer almaktadır.

II. Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri Haller ile Kamu Düzenine İlişkin Hususların Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak

“Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş veya işlemler” kavramı ile ilgili belirsizlikler söz konusudur. Özellikle:

o Ticaret hukukuna ilişkin tüm alanların bu kapsamda değerlendirilip, de-

ğerlendirilemeyeceği (anonim ortaklık genel kurul kararlarının iptali gibi); o *Taşınmazın aynına ilişkin* hususlar bağlamında, belli bazı konuların (ferag vermeye ilişkin bir anlaşma gibi) arabuluculuğun konusunu oluşturup oluşturamayacağı;

o *Aile hukuku bakımından*, boşanma ve velayetin, mutlaka mahkeme kararını gerektiren birer mesele olması karşısında, bunların hangi yönleriyle arabuluculuğun konusunu oluşturabileceği,

o Nispi emredici hükümlerin öngörüldüğü alanlarda (iş hukuku gibi), arabuluculuk faaliyetinin ne ölçüde mümkün olduğu hususları tartışmaya açılmıştır.

- *Özellikle bu haller bakımından, tarafların bu konudaki iradesinin ortaya koyulabilmesi için, bu konuda son söz mahkemeye ait de olsa, tarafların bundan sonraki ilişkilerinde de önem taşıması bakımından arabuluculuğun mümkün olup olmadığı gündeme getirilmiştir.*

Öte yandan, *üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen işler ile kamu düzeni kavramının birbiri ile karıştırıldığı* görülmektedir. Bu konuda bir kavram kargaşası bulunmaktadır.

Serbestçe tasarruf edebilecek özel hukuk uyumsuzluğunun kamu düzeniyle birlikte değerlendirilerek ele alınması ve bu ikisinin birbirinden ayırt edilmesi, bir sonuca varabilmek adına daha faydalı olacaktır. Taraf iradelerinin etkin olamayacağı alanlardan biri kamu düzenidir. Ancak, kamu düzeni bunlardan sadece birini meydana getirmektedir. Nitekim, tasarruf edebilmenin sınırı, salt kamu otoritesine ilişkin bir sınır değildir. Taraflar, aralarındaki uyumsuzlukla ilgili bir karar verirken, belli hallerde bunun üçüncü kişilere yansımaları da dikkate almalıdırlar. Bu itibarla, mesele ikili bir ayrım altında değerlendirilmiştir:

B. Tasarruf Edebilmenin Sınırı Olarak, Arabuluculuk Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Etkisi:

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edilebileceği işlem, iki tarafı ilgilendirip de serbestçe tasarruf edilebilecek olan bir işlemdir. Üçüncü kişi devreye girdiği zaman, söz konusu kişi arabuluculuk anlaşmasının dışında kalacaktır. Bu yüzden, uyumsuzluk konusu, her ne kadar taraf iradesinin rol oynayacağı bir alan olsa da, anlaşma üçüncü kişiyi bağlamayacaktır. Dolayısıyla, bu ihtimali arabuluculuk anlaşmasının dışında düşünmek gerekmektedir.

Burada, tasarrufun sınırlarını, üçüncü kişiyi etkileyen unsurlar çizmektedir. Bu nedenle bunlar, arabuluculuğun değil, yargılamanın konusunu oluşturmaktadır.

C. Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri Haller ile Kamu Düzeni Kavramı Arasındaki İlişki ve Bu İkinin Birbirinden Ayırt Edilmesi

Kamu düzeni, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri alanın bizatihi kendisi değildir. Daha ziyade, serbestçe tasarruf edilemeyecek alan içinde yer alan bir parçadır. Tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri her iş kamu düzeninden sayılmaz; ancak, kamu düzeninden sayılan her iş serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir alan olarak kabul edilecektir. Öte yandan, kavramı tanımlamak ve sınırlarını belirlemek son derece güçtür. Bununla birlikte, yapılan tartışmalar sonucunda kamu düzenine ilişkin hususlar bakımından şu sonuçlara varılmıştır:

- Kamu düzeni, sulh, kabul ve feragatin kapsamına girmeyen, hukuki anlamda tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği bir alandır.
- Cumhuriyet Savcısının dahil olduğu hukuk davaları, tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir alandır.
- Mutlak mahkeme kararına ihtiyaç

duyulan alanlar, tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri alandır.

- Özel kanun hükümlerine göre, tarafların anlaşmasının mümkün olmadığı açıkça düzenlenmiş veya asgari bir haddin öngörüldüğü haller kamu düzenine ilişkindir.

Ancak burada, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işler ile kamu düzeni kavramını dikkatle ayırmak gerekmektedir. Yani, doğrudan kamu düzeni kavramından yola çıkılmaması gerekmektedir. Aksine bir yaklaşım arabuluculuk faaliyetinin kapsamını önemli ölçüde daraltacaktır. Böyle bir durumda, tüketici veya iş hukuku gibi alanlar içerisinde yer alan pek çok hususu, arabuluculuk kapsamında değerlendirebilmek mümkün olamayacaktır.

Bu belirsizliğin giderilmesi, hakimler bakımından da önem taşımaktadır. Çünkü, hakimlerin arabuluculuğu teşvik edebilmesi için önce o uyumsuzluğun arabuluculuğa elverişli olup olmadığını tespit etmeleri gerekmektedir. Türkiye’de uyumsuzluklara bakışta sınırlandırıcı davranılabildiği gözden kaçırılmamalıdır. Öte yandan, kamu düzeni kapsamında değerlendirilebilecek birçok husus (boşanma, çocuk kaçırma vb.), Avrupa’da arabuluculuğun uygulandığı hususlar arasındadır. Nitekim, Yargıtay uygulamasında, pekala kamu düzenine dahil olduğu kabul

edilen hususlar, arabuluculuğun konusunu oluşturabilecektir.

Aynı şekilde, tahkim ile arabuluculuğun da birbirinden ayrı düşünülmesi gerekmektedir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hallere ilişkin ölçütler bazen tahkime ilişkin ölçütler ile birlikte değerlendirilmektedir. Bu anlamda tahkime elverişli konuların aynı zamanda arabuluculuğa elverişli olduğunu ifade etmek, yanlış olmasa da eksik bir önerme olacaktır.

D. Somut Bazı Meselelerde Arabuluculuk Faaliyetinin Elverişliliği

- Genel kurul kararlarının iptali veya personelle idare arasındaki uyumsuzluklarda, genellikle, taraflar dışında üçüncü kişiler de söz konusudur. Dolayısıyla, yapılacak işlemler o üçüncü kişileri etkilediği oranda geçersiz veya en azından onlar bakımından bir etkisinin olmayacağı kabul edilmelidir.
- İş hukukunda arabuluculuk faaliyeti, nispi emredici hükümlerin çizdiği sınırlar dahilinde mümkün olabilir. İş hukukunda iş barışının korunması, işçinin işine devamındaki yararı gibi hususlar gözetilerek, emredici hükümlere aykırı olmadıkça iş hukukunda mümkün olduğunca arabuluculuğa

imkân tanımak gerekir.

- Taşınmazın aynına ilişkin konularda, örneğin ferağ verilmesine ilişkin bir anlaşma, tartışmalı olmakla birlikte, arabuluculuk faaliyetinin konusunu oluşturabilir. Burada, taşınmazın aynına ilişkin meseleler, tarafların iradesine tabi olmamakla birlikte, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hallerdendir.

III. İcra Edilebilirlik Şerhi ve Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebileceği Haller Bakımından Önemi

Konuya ilişkin görüşlerin dile getirilmesi sırasında, özellikle önem taşıyan ve üzerinde durulması gereken konunun *icra edilebilirlik şerhi* olduğu sonucuna varılmıştır. Bu çerçevede, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hallerin ve kamu düzenine ilişkin olan hususların, arabuluculuğa gidilebilecek olan haller değil, *icra edilebilirlik şerhinin alınabileceği haller* bağlamında tartışılması gerektiği görüşü ağırlık kazanmıştır.

Diğer taraftan, icra edilebilirlik şerhi, somut olarak, mecburi dava arkadaşlığı bakımından, bir dava arkadaşının arabulucuya gitmesi halinde, alınacak şerhin diğer dava arkadaşlarını bağlayacak olup olmadığı çerçevesinde de gündeme getirilmiştir.

Yapılan tartışmalar sonucunda, arabuluculuk faaliyetine elverişlilik bakımından esas meselenin, icra edilebilirlik şerhi alınması noktasında toplandığı sonucuna varılmıştır. Esasen, Kanunun hazırlanması aşamasında, icra edilebilirlik şerhine ihtiyaç dahi duyulmayacağı düşünülmüşken, şimdi, asıl tıkanma noktasının bu olduğu konusunda katılımcılar görüş birliğine varmışlardır.

Arabuluculuk faaliyeti sonucu ortaya çıkan anlaşmanın sonuç doğurması için ve arabuluculuk faaliyetinin konusunu oluşturacak tüm uyuşmazlıklar bakımından icra edilebilirlik şerhinin alınması zorunlu değildir. İcra edilebilirlik şerhinin mutlak bir zorunluluk olmadığı gözden uzak tutulmadan değerlendirmeler yapılmalıdır.

Bu itibarla, tarafların üzerinde tasarruf edilebileceği hallerin veya kamu düzenine ilişkin hususların, icra edilebilirlik şerhinin alınabilmesi bakımından tartışılması yönünde tezahür eden bir yaklaşım, arabuluculuk faaliyetinin konusunu oluşturabilecek hususları da genişletecektir. Böylece, aile hukukuna veya iş hukukuna ilişkin bir mesele, pekala arabuluculuk faaliyetinin konusunu oluşturabilecektir. Zira, tarafların anlaşması ile aradaki uyuşmazlık zaten çözülmüş olacak; böyle bir durumda da, icra edilmeye ihtiyaç duyan bir husus da bulunmayacaktır.

Buna karşılık taraflar, bu konuda bir icra

edilebilirlik şerhi almak istedikleri vakit, işte o zaman, bu icra edilebilirlik şerhinin verilebilmesi için, arabuluculuk anlaşmasının konusunun, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek bir mesele olması gerekecektir.

İcra edilebilirlik şerhi verilirken kanunun amacını ve bu şerhin düzenlenmesi gerekliliğini gözden uzak tutmayarak, işin esasına sürekli bir müdahaleye dönüşmeyecek bir denetim benimsenmelidir.

IV. Aile İçi Şiddet İddiasını İçeren Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliğinin Yeniden Değerlendirilmesi Gereği

Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin ikinci fıkrasında, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenlemenin, Meclis Genel Kurul görüşmeleri sırasında belli hassasiyetlerin gözetilmesi sebebiyle eklendiği dile getirilmiştir. Ancak, aile içi şiddetin gri bir alan yarattığı ve arabuluculuk bakımından sınırları çizilmesi gereken bir kavram olduğu vurgulanmıştır.

Aile içi şiddet, salt fiziksel değil, ekonomik ve psikolojik şiddeti de içermekte olup, kavramın içeriği son derece geniştir. Bunların olmadığı bir aile uyuşmazlığı neredeyse mümkün değildir. Bu durum, aile hukuku-

na ilişkin uyuşmazlıkları büyük ölçüde arabuluculuğun dışında bırakmayla sonuçlanmaktadır.

Gerçekten, Arabuluculuk Kanununun (m. 1, f. 2) ifadesinden çıkan sonuç somut olarak şudur:

Aynı aile çatısı altında torunun dedeyi kasten yaralaması uzlaşma kapsamında bir suç olmasına rağmen torun dedeyi yaraladığı için bu sefer aile içi şiddet kavramına girmektedir. Bu uyuşmazlık, arabuluculuk kapsamında da değerlendirilemeyecektir. Yine, aynı hanede evlilik birliği olmaksızın birlikte yaşayan çiftlerden birinin diğerine veya aynı evde yaşayan öğrencilerin birbirlerine hakaret etmeleri halinde bu durum, uzlaşma kapsamındadır ama mevzuat gereği aile içi şiddet kapsamına girdiği için arabuluculuk kapsamından çıkmıştır.

Aslında, burada kast edilen fiziksel şiddettir. Ne var ki, olması gereken hukuk bakımından amaçlanan, ortada fiziksel yahut psikolojik bir şiddetin olduğu durumlarda, bir dostane çözüm bulma imkanını sağlamaktır. Bu sebeple, kavram üzerinde bir kez daha düşünülmesi gerekmektedir. Bu anlamda, aile içi şiddet iddialarını içeren uyuşmazlıklar da, arabuluculuk kapsamına alınmalıdır. Özellikle, ceza hukukunda bu kapsamdaki haller, uzlaştırmamanın içinde yer alabilirken, burada aksini düşünmek uygun olmayacaktır.

tır.

V. Anayasal Düzenlemeler Karşısında Arabuluculuk Faaliyetinin Zorunlu Hale Getirilmesinin Mümkün Olup Olmadığı

Arabuluculuk faaliyetinin bazı uyuşmazlıklar bakımından zorunlu hale getirilmesinin, Anayasal düzenlemeler bakımından bir sorun teşkil edip etmeyeceği sorusuna tartışmalar sırasında, her iki yönde de yanıt verilmiştir.

Burada, Anayasal düzenlemeler karşısında, zorunlu arabuluculuk yolunun Kanunda düzenlenmesinin bir sorun teşkil etmeyeceği görüşünü savunmak mümkündür. Bunun için, yargı yolunun kapatılmaması, bu anlamda, arabuluculuğun, devamı ve sona erdirilmesi bakımından ihtiyariliğinden vazgeçilmemesi gerekmektedir. Böyle bir durumda, bu tür bir düzenlemenin hak arama hürriyetine aykırı olmayacağı görüşü de dile getirilmiştir.

Bununla birlikte, olası bir sıkıntının önüne geçilmesi adına, bazı katılımcılarca, bu konuda doğrudan bir Anayasal düzenleme yapılmasının uygun olduğu görüşüne ulaşılmıştır. Ayrıca arabuluculuğun belirli alanlarda zorunlu hale getirilmesi isteniyorsa en azından buna imkân tanıyacak bir Anayasal düzenleme gereklidir.

VI. Arabuluculuk Kanununda Kapsamlı Bir Değişikliğe İhtiyaç Duyulup Duyulmadığı

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işler bakımından, bu konudaki belirsizliklerin giderilebilmesi için, Arabuluculuk Kanununun 1. maddesine bir üçüncü fıkranın eklenmesinin veya “Çekişmesiz Yargı” konusunda HMK’unda yer alan düzenlemelere benzer şekilde, örnekseme yoluyla bir sayımda bulunulmasının, pratik bakımdan uygun olup olmayacağı tartışmaya açılmıştır.

Pozitif düzenlemeler, tek başına meseleyi çözebilecek nitelikte değildir. Meselenin tümü bakımından, Kanuna müdahale, arabuluculuk uygulamasını da gördükten sonra, şu an için belli bazı noktalarla sınırlı olmalıdır. Bazı konuların uygulama ve duruma göre yargısal içtihatlarla da gelişebileceği hususunu gözden kaçırmamak gerekmektedir.

Burada, öncelikle, üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebileceği hallerden, tereddüt yaratan bir kısmının, Kanunun 1. maddesine eklenecek bir üçüncü fıkrada düzenlenmesi söz konusu olabilir. Bu anlamda, belli hususları, “serbestçe tasarruf edebilecekleri veya arabuluculuğa uygundur veya değildir” biçiminde bir belirleme yapılabilir. Diğer yandan, Arabuluculuk Kanunu’nun 1. maddesinin ikinci fıkrası hükmü de bir

belirsizlik yaratmakta ve arabulucuları tereddüt içinde bırakmaktadır. Bu çerçevede, aile hukuku ile ilgili arabuluculuk faaliyetleri bakımından Kanuna biraz daha açıklık getirilmesi uygun olacaktır.

Ancak, yukarıda (III) alt başlığı altında da ifade edildiği gibi, aslında arabuluculuk faaliyetine elverişlilik bakımından asıl tıkanma noktası, icra edilebilirlik şerhinin alınması olduğuna göre, bu şerhin alınmasının arzu edildiği durumlar bakımından, bunun hangi hallerde mümkün olabileceğine veya olmayacağına, Arabuluculuk Kanununun 18. maddesinde işaret edilebilir.

Burada, özellikle, olumsuz bir saymanın daha uygun olacağı görüşüne ulaşılmıştır. Yani, hangi hallerde icra edilebilirlik şerhinin alınamayacağı olumsuz şekilde ifade edilerek, arabuluculuğun hangi hallerde mümkün olduğu, olabildiği ölçüde geniş bırakılabilecektir.

Öte yandan üçüncü kişilerin hukuk alanını etkileyecek bir anlaşma mümkün değildir. Bu nedenle, onun bir pozitif düzenlemeye kavuşturulmasına da gerek bulunmamaktadır.

Kanunda değişiklik yapılmadan önce bir süre uygulamanın gözlemlenmesi, mevcut şartlar çerçevesinde uygulamanın önünü açacak ve kolaylaştıracak bilgilendirme süreçlerinin işletilmesi, ancak bunlardan sonra yapıla-

caksa değişiklikler yapılması daha sağlıklı olacaktır. Sık sık kanun değişikliği yapmak müessesenin yerleşmesini kolaylaştırmadığı gibi, henüz bir uygulama olmadan değişikliğe gitmek yeniden değişiklik yapmayı gerekli kılacak bir döngüye dönüşebilir.

VII. Ceza Hukuku ile Arabuluculuk Faaliyeti Arasındaki İlişki

Yapılan tartışmalar sırasında, Arabuluculuk Kanununun 17. maddesinin d bendi, arabuluculuğu sona erdiren hallerden biri olarak, “Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi”ni öngörmektedir.

Bu hükme ilişkin tereddüt, 5271 s. CMK gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen suçlar bakımından, özellikle suçların mali boyutu ile ilgili olarak arabuluculuk yoluyla anlaşma imkanının ortadan kaldırılmasıdır. Bu imkan, Avukatlık Kanunu 35/a’ya göre, aynı çerçevede uzlaştırma yoluna gidilebilmesi çerçevesinde dahi mümkün durumdadır.

Somut olarak, mala zarar verme, silahla kasten yaralama gibi bazı suçlarda, bu suçlar ile ilgili bir maddi tazminat noktasında arabuluculuk faaliyeti mümkün olabilmelidir.

Katılımcıların eğilimi, ağırlıklı olarak, bu maddenin kaldırılması yönünde olmuştur.

Bununla birlikte, CMK gereğince uzlaştırma müessesesi ile birlikte düşünüldüğünde, uygulamada bir sıkıntının yahut tereddütün yaşanmaması adına, bunu çözecek nitelikte bir düzenlemenin yapılması hususunda da mutabık kılınmıştır.

Ş2. ARABULUCUNUN STATÜSÜ, ARABULUCULUK SÜRECİNDEKİ ROLÜ VE ARABULUCULUK EĞİTİMİ

I. Genel Olarak

Arabuluculuk Çalıştay’ının ikinci ana başlığı, arabulucunun statüsü, onun süreç içerisindeki rolü ve arabuluculuk eğitimi olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte, tartışmalar sırasında, arabuluculuk sürecine ilişkin diğer bazı konular da tartışmaya açılmış ve bunlar hakkında çeşitli tespitlerde bulunulmuştur.

Bu itibarla, takip eden başlıklar altında, arabulucunun hukuki statüsü, bu statü çerçevesinde suçu bildirme yükümlülüğü ve kamu avukatlarının durumuna ilişkin meseleler; arabulucuların denetimi; gizlilik ilkesi, bu ilke çerçevesinde, üçüncü kişilerin arabuluculuk faaliyetinde yer alıp alamayacakları; diğer etik ilkelerin durumu; hakimin arabuluculuk faaliyetini teşvik etmesi, ve nihayet, arabuluculuk eğitimi ve kurumsal arabuluculuk konusundaki tartışmalara ve bu tartışmalar neticesinde ulaşılan sonuç ve değer-

lendirmelere yer verilmektedir.

II. Arabulucunun Hukuki Statüsü

A. Genel Olarak

Arabulucunun hukuki statüsü bakımından tartışılan husus, arabulucunun bir kamu görevlisi olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Nitekim, arabulucunun bir kamu görevlisi niteliğinde olduğu, özellikle, Türk Ceza Kanunu kapsamında kamu görevlisi olarak değerlendirilmesi gerektiği noktasında bir tereddüt bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Öte yandan, arabuluculuk faaliyetinin bir meslek sayılıp sayılmayacağı da tartışılmıştır. Ancak, bu noktada farklı hususlar dile getirilmiş olup, bir mutabakata varılamamıştır. Arabuluculuk statüsü bakımından iki hususun ön plana çıktığı görülmektedir. Bunlardan birincisi, TCK kapsamında bir kamu görevlisi olarak kabul edilen arabulucunun, suçu bildirme yükümlülüğü kapsamında olup olmadığı; ikincisi ise, kamu avukatlarının arabuluculuk faaliyetinde bulunup bulunamayacaklarıdır.

B. Arabulucunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü Kapsamında Olup Olmadığı

Konuya ilişkin tartışmalar sırasında, bir tarafta arabulucunun gizlilik ilkesine riayet ödevinin, diğer tarafta ise, bir kamu görevlisi

olarak suçu bildirme yükümlülüğünün karşı karşıya olduğu ifade edilmiştir. Nitekim, burada, avukatın sır saklama yükümlülüğü bakımından söz konusu olan tartışmaların benzeri bulunmaktadır.

Tartışmalar neticesinde varılan sonuç, bu konunun doğrudan mevzuatla çözülebilecek bir nitelikte olmadığıdır. Arabulucunun gerçekleştirdiği faaliyet sırasında suç teşkil eden bir fiilden haberdar olması halinde, bunu bildirmek konusunda, takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. Bu noktada, üstün menfaat kavramından hareket edilmesi, bir diğer söyleyişle, üstün yahut kamusal menfaat gibi kavramların sınır olarak kabul edilmesi uygun olacaktır.

C. Kamu Avukatlarının Arabuluculuk Faaliyetinde Bulunup Bulunamayacakları

Öncelikle, kamu avukatlarının, arabuluculuk eğitimine katılmaları, bu eğitim neticesinde sınavda da başarılı oldukları takdirde arabuluculuk sertifikasını almaları ve arabulucular siciline kayıt olmaları bakımından bir problem bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Çünkü, bu kişiler, Arabuluculuk Kanununun aradığı şartları taşımaktadırlar.

Buna karşılık, kamu avukatlarının arabuluculuk faaliyetinde bulunmaları, yani fiilen bu faaliyeti yürütmeleri, özellikle bu amaçla

bir ofis açabilmeleri noktasında, kendi tabi oldukları mevzuatın esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Burada, doğabilecek problemlerin, özellikle gelir vergisi ile ilgili olacağına dikkat çekilmiştir. Meselenin, ayrıca bir yargı kararına ihtiyaç duyduğu da dile getirilen diğer hususlar arasındadır.

III. Arabulucuların Denetimi

Yapılan tartışmalarda, arabulucuların denetiminin ne şekilde gerçekleştirileceği konusunda açık bir düzenlemenin bulunmadığına işaret edilmiştir.

Arabulucuların denetimi bakımından mevcut yegane yaptırım, Arabuluculuk Kanununun 21. maddesi gereği, arabulucunun yazılı olarak uyarılması ve bu uyarıya uyulmaması halinde, sicilden kaydının silinmesidir. Buna karşılık, diğer yaptırım çeşitlerine Kanunda yer verilmemiştir. Aynı şekilde, arabulucuların denetlenmesi konusunda herhangi bir yönetmelik de mevcut değildir.

Arabulucuların denetimi konusunda ön plana çıkan diğer önemli hususlar ise, denetimin arabulucunun bürosunda gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğidir. Burada, incelemenin dosya üzerinden mi gerçekleştirileceği, öte yandan, denetim yetkisinin sınırlarının ne olduğu soruları ortaya konulmuştur.

Nitekim, Yönetmeliğin 47. maddesi, “Dai-

re Başkanlığı, Kanun ve bu Yönetmelik hükümlerinin yerine getirilip getirilmediğini, yasak uygulama ve davranışların bulunup bulunmadığını ve amaç dışında faaliyet gösterilip gösterilmediğini tespit etmek amacı ile arabulucuları, arabuluculuk bürolarını ve arabuluculuk eğitim izni verilen kuruluşları denetim görevlileri aracılığı ile denetler” hükmüne yer vermektedir.

Burada, katılımcılar tarafından özellikle vurgulanan husus, arabuluculuk faaliyetinin denetlenmesi kapsamında, bu denetimin, avukatlık bürosunun denetimine yol açmayacağıdır.

Bu itibarla, pratikte yapılabilecek olan şey, arabulucunun savunmasını almak, denetim kapsamında üçüncü kişilerin bilgisine başvurmak, ve nihayet, yargı denetimine tabi olacak bir karar vermektir.

IV. Arabuluculukta Gizlilik İlkesi ve Diğer Etik İlkelerin Durumu

Gizlilik ilkesi konusunda ön plana çıkan hususlar, arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen tutanağın Daire Başkanlığına gönderilmesinin bu ilkeyi ihlal edip etmeyeceği, anlaşma tutanaklarının yayımlanmasının mümkün olup olmadığı, üçüncü kişilerin arabuluculuk faaliyetinde yer alıp alamayacakları olmuştur.

Gizlilik dışındaki arabuluculuk etik ilkele-

ri bakımından temel yaklaşım bu ilkelerin, genel itibariyle muhafazası yönündedir. Bununla birlikte, söz konusu ilkelerin, arabuluculuk faaliyeti ile ilgili temel uluslararası metinlerin de esas alınarak, gözden geçirilmesi uygun olacaktır.

A. Arabuluculuk Anlaşma Tutanağının Daire Başkanlığına Gönderilmesi ile Bu Tutanakların Yayınlanmasının Gizlilik İlkesini İhlal Edip Etmeyeceği

Arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma tutanağının Daire Başkanlığına gönderilmesinin gerekçesinin istatistik olduğu ifade edilmiştir.

Buna karşılık katılımcıların önemli bir kısmı, istatistiksel bilgi toplamanın başka yollarının da bulunduğu dikkat çekmişlerdir. Burada, bu tutanakların Daire Başkanlığı'na gönderilmesinin, gizliliği tehdit eden bir husus olduğu belirtilmiştir.

Öte yandan, isimlerin çıkartılması yoluyla dahi, arabuluculuk faaliyetine ilişkin hususların tamamının veya bir kısmının, diğer arabuluculuk faaliyetlerine örnek teşkil etmesi amacıyla dahi yayınlanması, gizlilik ilkesini ihlal edecektir. Ne var ki, bunları her iki tarafın da açık rızası varsa, bunların yayılması söz konusu olabilecektir.

B. Üçüncü kişilerin arabuluculuk faaliyetinde yer alıp alamayacağı

Katılımcıların bir kısmı, arabuluculuk faaliyeti ile ilgili üçüncü kişilerin (sonuçlardan etkilenecek kişiler veya tarafların uzmanları gibi) de arabuluculuk müzakeresinde yer almalarının mümkün olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Buna karşılık, bazı katılımcılar ise, herhangi bir üçüncü kişinin arabuluculuk müzakerelerinde yer almasının, gizlilik ilkesini ihlal edeceğini dile getirmişlerdir.

Ancak ilk görüşü savunan katılımcılar, üçüncü kişilerin katılımına, taraflarca karar verilebileceğine dikkat çekmişlerdir. Çünkü, gizliliğin temel amacı tarafların menfaatidir. Burada kamusal bir menfaat söz konusu değildir. Bu yüzden aksi kararlaştırılabilir.

Sonuç olarak, bazı katılımcılarca, bu konuda arabuluculuk sürecinin taraflarının açık rızası olması halinde, çözümden etkilenebilecek veya çözüme katkı sunabilecek kişilerin, bu anlamda, gerek arabuluculuk sürecinden etkilenecek olan üçüncü kişilerin (örneğin çocuğun) gerek bir psikolog, rehber yahut bilirkişi gibi bir uzmanın, arabuluculuk faaliyetine katılabileceği yönünde olmuştur. Ancak, söz konusu kişiler de, gizlilik kuralına uymak yükümlülüğü altındadırlar.

Bu çerçevede, tartışılan bir diğer husus da, arabulucunun yardımcı bir kişi kullanma

imkanı, örneğin, uyuşmazlık bakımından bir bilirkişiden yararlanması mümkün olup olmadığıdır.

Burada, arabulucu, teknik olarak, bilirkişi görüşüne başvuramayacaktır. Çünkü, hakimın sahip olduğu türden yetkilere sahip değildir. Ancak, her iki tarafın da rızasını almak kaydıyla, teknik bir elemandan yararlanabilir. İki taraf sürece katkı sağlamak amacıyla kendi elde ettikleri raporları sunabilecekleri gibi, tarafların açık rızası olursa, bu kişilerin üzerinde mutabık kaldığı bir kişiden de rapor alınabilir. Ancak, tüm bu faaliyetler bakımından, arabulucunun bilirkişiyi zorlama yetkisi olmadığı gibi, yerine getirilecek inceleme bakımından da keşfe katlanma yükümlülüğüne benzer bir yükümlülüğünden de söz edilemez.

V. Hakimın Arabuluculuk Faaliyetini Teşvik Etmesi

Türk hukuku bakımından, genel olarak hakimın sulha teşviği konusunda önemli sıkıntılar bulunduğu, özellikle, ihsas-ı reyın ciddi bir problem yarattığı dile getirilmiştir. İhsas-ı rey konusunda mevcut anlayışın değişmesi, gerekirse, hakimlerin tarafları arabulucuya teşvik edebilmeleri için, bu konuda esneklik içeren düzenlemelerde bulunulması uygun olacağı ifade edilmiştir.

Burada arabuluculuk yolunu tercih eden ta-

raf bakımından harçta indirim, buna karşılık arabuluculuk yoluna başvurmayı istemeyen taraf bakımından harcı artırmak bir yöntem olabilir. Özellikle bu, hem teşvik edici hem haksız çıkabilecek taraf bakımından caydırıcı olabilir.

İkinci mesele, ön inceleme aşamasına ilişkin hükümlerin daha etkin şekilde kullanılmasıdır. Ön inceleme aşaması, gerek uyuşmazlığın tespiti gerek bu doğrultuda tarafların arabulucuya teşviki bakımından önemli bir enstrümandır.

Son olarak, arabuluculuk yoluna gitmeyen taraf, esas hakkındaki davayı kaybettiği takdirde, onun aleyhine daha yüksek oranda bir yargılama giderine hükmedilmesinin de teşvik edici bir husus olabileceği sonucuna varılmıştır.

VI. Arabuluculuk Eğitimi

Arabuluculuk eğitimi konusunda, Kanunun yürürlüğe girdiği dönemde yaşanan sıkıntıların ana sebepleri, eğitim modüllerinin oluşturulmamış olması; bu eğitimin ilk defa veriliyor olması karşısında, arabuluculuk eğitiminin bazı yerlerde bu konuda yeterli donanıma sahip bulunmayan kurum ve kişiler eliyle yürütülmesidir.

Öte yandan, süreç içerisinde, Arabuluculuk Daire Başkanlığına, doğrudan, hiçbir şikayette bulunulmadığına da dikkat çekilmiştir.

Arabuluculuk eğitimi konusunda yapılması gereken başlıca şeyler, eğitim modüllerinin oluşturulması sürecinin tamamlanması; yapılacak sınavlarda mevcut kalitenin niteliğinin artırılması, eğitim kurumlarının etkin şekilde denetlenmesi gerektiğinde eğitim kuruluşlarının kapatılması; eğitimi verecek kişilerde, Yönetmelikle asgari bir takım standartların aranmasıdır. Özellikle bu standartlar bakımından asıl husus bilgi ve tecrübenin varlığıdır.

Eğitim saatlerinin artırılması, tek başına eğitim kalitesini artıracak bir husus değildir. Bunun yerine, eğitimin profesyonel bir ortamda, profesyoneller eliyle verilmesi çok daha önemlidir.

VII. Kurumsal Arabuluculuğun Mümkün Olup Olmadığı

Kanununun 14. maddesi, başka bir unsur kararlaştırılmamışsa, arabulucu veya arabulucuların taraflarca seçileceğini öngörmektedir. Bu itibarla, kurumsal arabuluculuğun da, yani, TOBB, İstanbul Tahkim Merkezi, İstanbul Ticaret Odası gibi bir kuruluşa başvurmak suretiyle kurumsal arabuluculuğun yürütülmesi de mümkündür. Ancak, kurumsal arabuluculuğun da, arabuluculuk faaliyetinin niteliğine uygun bir çerçevesinin çizilmesi de uygun olacaktır.

Ancak, bu hususun da, kurumsal tahkimin

ve bu yöndeki bilincin de gelişmesine bağlı bir konu olduğuna işaret edilmiştir.

**

Tüm bu tartışmalardan sonra, arabuluculuk faaliyetinin, yargıyı mevcut problemlerden kurtarmanın bir aracı olarak görülmesi gerektiğine işaret edilmiştir. Çünkü, arabuluculuğun böyle bir işlevi bulunmamaktadır. Bu, en erken beş ila on yıl arasında sonuç elde edilebilecek bir süreçtir.