

HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABUCULUK KANUN TASARISININ GETİRDİKLERİ, İCRA EDİLEBİLİRLİK BELGESİ VE ARABULUCULUĞUN AVUKATIN TEKEL HAKKINA AYKIRILIK OLUŞTURUP OLUŞTURMADIĞI SORUNU

*Yrd. Doç. Dr. M. Serhat SARISÖZEN**

I- UYUŞMAZLIĞIN ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCU VE ARABULUCULUK

Uyuşmazlıkların mahkeme dışında alternatif yöntemlerle çözülmesi daha az maliyetle uyuşmazlığı çözeceğinden ve daha az zaman alacağından ülkemiz dışında pek çok Avrupa ülkesinde etkin şekilde kullanılmaktadır. Ülkemizde de bu yöntemleri yerleştirmek için çeşitli adımlar atılmakta olup yine de uyuşmazlıkların alternatif yöntemlerle çözümü istenen seviyeye ulaşmamıştır. Uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerini ülkemizde de yerleştirmek için atılan bu adımlardan en büyüğü Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'dır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için uygulanan ve normal olan yol dava yoludur¹. Bununla

* Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ *Özbek*, M.: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir? ABD 1999/2-3, s. 187; Hukuki ilişkinin tarafları arasında bir uyuşmazlık çıktığında seçilen asıl yol devlet mahkemelerine başvurmaktır. Buna "yargısal veya geleneksel usul" denir (*Özbay*, İ.: Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği, AÜEHFD 2004, C.VIII, S.3-4, s. 387); *Özbay*, İ.: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, EÜHFD 2006, C.X, S.3-4, s.459-475; Dava, bir başkası tarafından hakkı ihlal edilen, ihlal edilmek üzere bırakılan ya da kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin mahkemeden hukuki koruma istemesidir (*Şen*, M.: Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı, Şartları ve Nisabı, AÜEHFD 2007, C.II, S.1, s. 283; Bkz. *Pekcanitez*, H./*Atalay*, O./ *Özkes*, M.: Medeni Usul Hukuku, B.10, İstanbul 2011, s. 284; *Kuru*, B./*Arslan*, R. /*Yılmaz*, E.: Medeni Usul Hukuku, B.13, Ankara 2001, s. 322 vd; *Alangoya*, Y. /*Yıldırım*, K./ *Deren Yıldırım*, N.: Medeni Usul Hukuku, B.5, Ankara 2005, s. 221 vd);

birlikte devlet yargısının kazan ya da kaybetçiliğine karşı, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleriyle, uyuşmazlık çözüldüğünde her iki taraf da kazançlı çıkmaktadır².

Pek çok yöntem olmakla birlikte, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinden en yaygını arabuluculuktur. Bu yöntem, ülkemiz dışında günden güne uyuşmazlığa düşmüş çok daha fazla taraf arasında yaygın bir biçimde kullanılmaktadır³.

Arabuluculuk, arabulucu adı verilen tarafsız üçüncü kişinin iki ya da daha fazla taraf arasındaki uyuşmazlığı çözerek işbirliği içinde çözüme ulaşmalarını sağlayan bir alternatif çözüm yöntemidir⁴. Arabuluculuk, tarafların bir uyuşmazlığa çözüm bulmalarına yardımcı olmak üzere tarafsız üçüncü kişiden yardım almaları anlamına gelir⁵. Arabulucu, uyuşmazlığın taraflarına yardım eder, onların birbirleriyle iletişim kurmalarını sağlar, uyuşmazlığın çözümünde onları yöreklendirir⁶.

Ercan, İ.: Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 79.

- 2 *Menkel Meadow, C. / Scheider, A. K./ Love, L. P.*: Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005, s. 89; *Morris, C.*: Definition In the Field of Dispute Resolution and Conflict Transformation, www.peacemakers.ca/publication/ADR_definitions.html (E.T: 8.10.2008), s. 2.
- 3 *Lott, L./ Fletcher, A.*: Alternative Frameworks For Dispute Resolution, ifiplaw.com/articles/adr.htm (E.T:10.10.2008), s. 2; *Morris*, s. 3; *Özbay*, Alternatif, s. 465.
- 4 *Shulman C.*, PA For Full- Service Dispute Resolution, Adreservices.biz/4.html (E.T: 10.10.2008). s. 1; *Morris*, s. 3; *Honeymoon, C./ Yavanarajah, N.*: What Mediation Is?, beyondintractability.org/essay/mediation/ (E.T: 16.10.2008), s. 1; *Lundberg, D.*: Trust In Mediation, [latrobe.edu.au/cr/research/elib/The%20most%20important%20personal%20qualities%20a%20mediator%20needs_Collins%20H%20\(2005\).pdf](http://latrobe.edu.au/cr/research/elib/The%20most%20important%20personal%20qualities%20a%20mediator%20needs_Collins%20H%20(2005).pdf) (E.T: 18.10.2008), s. 2; *Carnavale, P./Leatherwood, M.*: Mediation And The “Chilling” Effect of Med-Arb in a Simulated Labor-Management Dispute, Paper Presented at the Annual Convention of The American Psychological Association, Los Angeles 1985, s. 4.
- 5 *Menkel Meadow/ Scheider/ Love*, s. 618; *Ildır*, Alternatif, s. 88; *Özbek*, s. 201; *Akıncı*, Milletlerarası Tahkim, s. 29; *Özbay*, Uzlaştırma, s. 390; *Akıncı, Z.*, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, BATİDER 1995-1996, C.18, S.4, s. 103; *Ercan*, Sulh, s. 95; *Tanrıver, S.*; Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB 2006/64, s. 1; *Tanrıver*, Arabuluculuk, s. 66; *Özbek*, Temel Çözüm Türleri, s. 198; *Raymond*, s. 1; *Lott/ Fletcher*, s. 2.
- 6 *Menkel Meadow/ Scheider/ Love*, s. 618; *Riskin, L.*: Mediator, Orientations, Strategies and Techniques, Negotiation Processes for Problem Solving, New York 2005, s. 630; *Sillbey, S. / Merry, S.*: Mediator Settlement Strategies, Negotiation Processes for Prob-

Arabulucu ilişkinin çıkmaza giren noktalarını belirler, tarafların esaslı menfaatlerini açığa çıkarır, taraflar arasında ince ve önemli mesajlar taşır⁷. Arabulucunun esas görevi, taraflar arasındaki görüşmeleri kolaylaştırmak anlaşma zemini sağlamaktır⁸.

Uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmenin amaçlarını şu şekilde sıralayabiliriz: Masrafların ve giderlerin azaltılması⁹, harcanan zamanın azaltılması¹⁰, toplumdaki düzenin hızlı bir şekilde kurulmasını sağlaması, kamu yararını adaletli bir şekilde sağlaması, uyuşmazlıkların uygun şekilde çözülmesi konusunda teşvik edici olması, uyuşmazlıkların gönüllü bir şekilde çözülmesini sağlaması, toplumsal barışın yeniden kurulması konusunda yardımcı olması, kabul edilebilir çözümler bulması, dava ya da cebir olmaksızın daha etkili yöntemlerle olayların çözülebileceğini topluma öğretmesi¹¹.

Uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözümünde, taraflar arasındaki ilişkinin dürüstlüğü, tarafların karşılıklı anlayışı ve birbiriyle dostça ilişki kurmaları son derece önemlidir¹². Bu sayede çözümün tesisinden önce taraflar arasında kurulması gereken iletişim de kurulmuş olacaktır. Bunlar olma-

lem Solving, New York 2005, s. 635; *Friedman, G./Himmelstein, J.*: The Understanding Based Model of Mediation, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005, s. 636; *Bush, R. B. / Folger, J.*: The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict, Negotiation Processes for Problem Solving, New York 2005, s. 638; *Alfini, J.*: Trashing, Bashing, And Hashing It Out Is This The End Of Good Mediation, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005, s. 641; *Peppet, S.*: Contract Formation In Imperfect Markets: Should We Use Mediators In Deals, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005, s. 643; *Moore*, Theory and Strategy, s. 366; *Korobkin*, s. 311; *Lott/ Fletcher*, s. 1.

⁷ *Özbek*, Temel Çözüm Türleri, s. 198.

⁸ *Honeymoon/ Yavanarajah*, s. 1.

⁹ *Menkel Meadow/ Scheider/ Love*, s. 619; *Goldberg, S. / Sander, F. / Rogers, N. / Cole, S. R.*: Dispute Resolution Negotiation, Mediation and Other Processes, New York 2003, s. 8; *Lang*, s. 1.

¹⁰ *Ruvolo, I.*: Mandatory Mediation In The First Appellate District of the Court of Appeal Report And Recommendations, Canada 2001, s. 11. *Goldberg/ Sander/ Rogers/ Cole*, s. 8.

¹¹ *Goldberg/ Sander/ Rogers/ Cole*, s. 10.

¹² *Lundberg, D.*: Trust in Mediation, latrobe.edu.au/ cr/ research/ elib/ The%20most%20important%20personal%20qualities%20a%20mediator%20needs_Collins%20H%20(2005).pdf (E.T: 18.10.2008), s. 1.

dan uyumsuzluk taraflarının sonuca ulaşması da zaten mümkün olmayacaktır¹³.

Arabulucu, iletişim sürecinden görüşmelerin yürütülmesine kadar görevlidir¹⁴. Arabulucu taraf değil, ev sahibi ya da başkan gibi davranır; bir rehber, eğitmen gibi hareket eder, yıkıcı davranışlardan kaçınır¹⁵. Arabulucu tek bir yönleme bağlı kalmaksızın çeşitli yöntemler geliştirerek uyumsuzluğu nasıl çözeceğini, tarafları uygun anlaşma zeminine nasıl sevk edeceğini belirler¹⁶.

Arabulucunun uyguladığı belli başlı yöntemler şunlardır: Taraflara sorular sorma¹⁷, tarafları aktif olarak dinleme¹⁸ (sözlü olmayan iletişim), empati yapma¹⁹, her bir tarafın kendi önerisini geliştirmesine yardım etme ve tarafların geliştirdikleri önerileri karşılıklı olarak birbirlerine iletmesinin zemini hazırlama, tarafların bu önerileri değerlendirmesine yardım etme²⁰, karar analizi ve risk yönetimi yapma²¹, tarafların kendi durumlarını zayıf ve güçlü oldukları noktaları anlamalarına yardım etme²², devlet yargılaması ve baş-

¹³ Lundberg, s. 2.

¹⁴ Menkel Meadow/ Scheider/ Love, s. 618; Yıldırım, K.: İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 339-353, s. 341; Moore, Theory and Strategy, s. 366; Korobkin, s. 311.

¹⁵ Menkel Meadow/ Scheider/ Love, s. 618.

¹⁶ Korobkin, s. 356; Riskin, L.: Understanding Mediators: A Grid for the Perplexed, Negotiation Theory And Strategy, New York 2002, s. 357; Moore, C.: The Caucus: Private Meetings That Promote Settlement, Negotiation Theory And Strategy, New York 2002, s. 365.

¹⁷ Riskin, Understanding Mediators, 361.

¹⁸ Özbek, s. 266; Moore, Theory and Strategy, s. 366; Korobkin, s. 311; Özbek, Temel Çözüm Türleri, s. 199; Özbek, Avukatlık Kanunu 35/A, s. 124; Collins, s. 3.

¹⁹ Collins, s. 3; Lundberg, s. 4; Arabulucu, empati yaparak tarafları daha iyi anlayabilir. Empati son derece hayatidir. Çünkü arabulucu ancak empati yaparak olaya taraflar açısından bakabilir (Collins, s. 3). Bunun için arabulucu taraflarla yakın ilişki kurmalıdır. (Collins, s. 3). Arabulucu empati sayesinde tarafların hislerini, ihtiyaçlarını, korkularını anlar. (Lundberg, s. 4).

²⁰ Riskin, Understanding Mediators, 362.

²¹ Özbek, s. 267; Collins, s. 4.

²² Riskin, Understanding Mediators, 360.

kaca yöntemlere başvurmanın maliyetini öngörüp bunu taraflarla paylaşma²³.

Arabulucu işini yaparken önyargılarını askıya almalı²⁴, samimi olmalıdır²⁵. Aksi takdirde olayın çözümüne katkıda bulunamayacağı gibi iyi bir arabulucu da olamaz. Zaten böyle bir durumda taraflar sonuca da ulaşamaz.

II- ARABULUCULUK KANUN TASARISI'NIN GETİRDİKLERİ

Avusturya Federal Kanunu model alınarak hazırlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına göre taraflar isterlerse hâkim önüne gitmeden veya davanın görülmesi sırasında arabulucu önünde uzlaşabilecektir²⁶.

Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın genel gerekçesi: uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleriyle, uyuşmazlıkların çözümünün son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmekte olduğu, uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine, tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermelerinin, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılacağı, bu yolların geniş kapsamlı ve etkin bir biçimde işlerlik kazanmasının mahkemelerin iş yükünün azalmasına katkı sağlayacağı, devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümünün gerekliliği olarak ifade edilmiştir.

Tasarı'da, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yönteminin uygulanacağı (HUAKT m.1) ve tarafların arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahip olduğu vurgulanmıştır (HUAKT m. 3).

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında arabulucuya başvuracakları yönündeki

23 Riskin, Understanding Mediators, 361; Moore, s. 4.

24 Tekelioğlu, s. 17.

25 Collins, s. 6.

26 Bkz. Şipka, Ş.: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, İTÜSBD 2007, Y.6, S.12, s. 163-175.

düzenleme hukukumuzda gerek ihtiyari tahkimle gerekse de Avukatlık Kanunu m. 35/A'daki uzlaştırma tutanağıyla paraleldir.

Tasarı'da arabuluculuk: "Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek veya müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzman eğitimi almış, tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen faaliyet" olarak tanımlanmıştır (HUAKT m. 2). Aynı maddede arabulucu ise "Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi" olarak tanımlanmıştır.

Arabuluculukla, uyuşmazlığı karar vermek suretiyle çözmek değil, taraflar arasında anlaşma sağlamaya yönelik bir ortam oluşturmak hedeflenmekte, bu hedefe de taraflar arasındaki iletişimin kurulması kolaylaştırılarak ulaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinin olumlu özelliklerinden gizlilik ilkesi Tasarının 4. maddesinde kendine yer bulmuş olup, "taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgelerle tuttuğu kayıtları gizli tutmakla yükümlü olduğu, tarafların da aksi kararlaştırılmamışsa bu konudaki gizliliğe uymak zorunda oldukları" ifade edilmiştir.

Tasarı'nın 4. maddesi "sır saklama yükümlülüğü"yle yakından ilgilidir. Sır, sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen husus olarak tanımlanmıştır²⁷. Meslek sırrı ise, bir mesleğin icrası sırasında öğrenilen, sır sahibi tarafından açıklanmaması öngörülen ve objektif olarak başkaları tarafından bilinmeyen, bireyin özel yaşamına ilişkin bilgi ve olaylardır²⁸. Meslek sırrının konusu, doğrudan doğruya kişiye ait olan sırlar olduğundan, mesleğin icrası sırasında kişiye ait ol-

²⁷ Donay, S.: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1976 (Doçentlik Tezi), s. 4; Bu tanımdan yola çıkarak sırrın sübjektif ve objektif olmak üzere iki unsuru olduğu söylenmiştir. Sübjektif unsur, bir hususun sır olarak kabul edilebilmesi için sır sahibinin onun sır olarak saklanması konusunda sübjektif bir iradesi olmasına işaret eder. (Donay, s. 5); Objektif unursa, kişinin saklanmasını istediği hususun daha önce üçüncü kişiler tarafından bilinmiyor olmasıdır. (Donay, s. 6); Ayrıca bkz. Uşan, M. F.: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003, s. 10 vd.

²⁸ Donay, s. 10; Sungurtekin Özkan, Hak ve Yükümlülükler, s. 386; Bir kişinin kendisine söylenen sırları açıklaması, toplumda her şeyden önce ahlaka aykırı bir davranış olarak kabul edilir (Donay, s. 4).

mayan sırların öğrenilmesi ve açıklanması, meslek sırrının açıklanması suçunu meydana getirmeyecektir²⁹. Sır, mesleğin icrası sırasında bizzat iş sahibi tarafından verilmiş olacağı gibi, meslek sahibinin kişisel bulguları sonucu da öğrenilmiş olunabilir³⁰. İkinci halde dahi sırrı tutmak zorunda olan meslek sahibinin sorumluluğunda bir hafifleme olmaz. Çünkü, taraflar arasında güven ilişkisi kanundan doğmaktadır ve mesleğini icra eden bu sırrı mesleğin icrası sırasında öğrenmişse, bu sırla onun mesleği arasında nedensellik bağı kurulacaktır ve bu yüzden açıklanmaması gerekecektir³¹.

Yukarıda anlatılanlarla paralel şekilde Tasarı'nın 5. maddesi "beyan ve belgelerin kullanılmaması" başlığına yer vermiştir. Buna göre: "Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.

b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.

c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakta veya iddianın kabulü.

ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler".

Yukarıda belirtilen bilgilerin açıklanması, mahkeme, hakem veya herhangi bir idarî makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

²⁹ *Donay*, s. 7.

³⁰ *Donay*, s. 9.

³¹ *Donay*, s. 10; Uzlaştırma görüşmeleri sırasında avukatın uyuşmazlık konusunda beyan edilen hususları açıklaması durumunda TCK m. 258'de düzenlenen "göreve ilişkin sırrın açıklanması" suçu oluşur (*Özbay*, Uzlaştırma, s. 409; *Şenocak, Z.*, Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları, ABD 1998/2, s. 26; Avukata bu yükümlülüğün yüklenmesinde sadece sır sahibinin yararı değil kamu yararı da gözetilmiştir (*Aday*, s. 72; *Güner*, s. 347; *Donay*, s. 51).

Bununla birlikte belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülen caiz deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.

Tasarı'nın 7. maddesine göre, arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir. Aksi kararlaştırılmadığı sürece arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgarî Ücret Tarifesine göre belirlenir; aksi kararlaştırılmadıkça ücret ve masraf taraflarca eşit olarak karşılanır. Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret alamaz. Bu yasağa aykırı işlemler batıldır.

Arabuluculuk ücreti, arabulucunun yaptığı avukatlık hizmetine karşılık olarak ödenen meblağdır. Her meslekte olduğu gibi arabulucular da yaptıkları işin karşılığını isterler. Arabulucunun vermiş olduğu yardımın karşılığı olan ücreti, taraflar arasında serbestçe belirlenmekle birlikte bu ilkeye sınırlamalar getirilerek hem kamu yararının korunması hem de mesleki dayanışmanın korunması hedeflenmiştir³².

Tasarı'nın 8. maddesine göre, Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya her ikisiyle aynı anda görüşebilir veya iletişim kurabilir. Arabuluculuk süreci, tarafların uyuşmazlığı gözden geçirip analiz etmesini ve tarafların birbiriyle iletişim kurmasını sağlar³³. Yetenekli bir arabulucu, tarafların birleştiği ve üzerinde uzlaştığı konulara odaklanması için iletişim zemini oluturur. Bütün bu söylenenlerin sağlanabilmesi için ise, arabulucunun tarafların her biri ile ayrı ayrı veya aynı anda görüşmesi gerekir.

Tasarı'nın 9. maddesine göre arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirecektir. Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan görevine devam etmesini birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir. Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez.

³² Karş. Güner, s. 243; Özbay, Uzlaştırma, s. 417; Aydın, s. 51 vd.

³³ Korobkin, s. 345.

Taraflarla görüşme sürecini savaşaklayan, tarafları sebepsiz yere dava yoluna iten, tarafların tasarrufunda olmayan bir konuda uzlaşırma sürecini sürdüren arabulucu özen yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılacaktır.

Reklam, günümüzde alıcıyı etkilemek için başvuru en etkili yollardan biridir³⁴. Bu etki Tasarı'da da gözden uzak tutulmamış, arabulucuya yüklenen olumsuz bir yükümlülük olarak kendine yer bulmuştur. Arabulucunun uyması gereken yükümlülüklerden biri de reklam yapma yasağıdır³⁵. HUKUKT. m. 10'a göre, "Arabulucuların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında arabulucu unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır".

Tasarı'nın 11. maddesi tarafların aydınlatılmasına ilişkindir. Buna göre arabulucu, "arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür." Uyuşmazlık eğer uzlaşıyla değil de mahkemeye aksettirilerek çözülecekse arabulucu, iş sahibini açılacak davanın riskleri ve avantajları hakkında mümkün olduğunca aydınlatmalıdır³⁶. Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğünün amacı, soruna dair sağlıklı bilgi verilmesini sağlamaktır, bilginin kapsamı tarafların eğitim düzeyine göre değişmekte olup arabulucunun her yönü kapsayacak bir aydınlatma yükümlülüğü yoktur³⁷.

III- ARABULUCUYA BAŞVURU VE İCRA EDİLEBİLİRLİK BELGESİ

Arabuluculuğa başvuru kenar başlıklı 13. maddeye göre: Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, taraflardan

34 Karş. Akcan, R. / Ercan, İ., Avukatlıkta Reklam Yasağı, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 83.

35 Karş. Akcan/Ercan, s. 84; Deliduman, S.: İnternet Üzerinden Avukatlık ve Reklam Yasağı, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003; Uçar, s. 18; Güner, s. 379.

36 Karş. Özbay, Uzlaşırma, s. 400; Şenocak, s. 15; Aday, s. 59; Sunar, G., Avukatlık Sözleşmesi, Argumentum, MÜAD 2005, Y.7-8, S.53, s. 338; Güner, s. 328; İldr, Alternatif, s. 143; Mısıır, s. 310.

37 Karş. Sungurtekin Özkan, s. 286.

birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır.

Başkaca bir usul kararlaştırılmamışsa, arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir (HUAKT m. 14). Arabulucu seçildikten sonra, tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder. Taraflar, arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler. Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür. Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz. Dava açıldıktan sonra, tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde, yargılama mahkemece üç ay süre ile ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç ay daha uzatılabilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, taraflardan her biri arabuluculuk müzakerelerine bizzat katılır (HUAKT m. 15).

Dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, arabulucunun tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren arabuluculuk süreci işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz (HUAKT m. 16).

Aşağıda belirtilen hâllerde arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği kabul edilir:

- a) Tarafların anlaşmaya varması.
- b) Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi.
- c) Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi.
- d) Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmışları, anlaşmadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı, bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar. Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, ikinci fıkraya göre düzenlenen tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk hizmetlerinin sonucunda düzenlediği belgelerin birer örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü) gönderir (HUAKT m. 17).

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Taraflar, arabuluculuk sürecinin sonunda bir anlaşmaya varırlarsa bu anlaşmayı, asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre yetkisi belirlenecek olan icra mahkemesine ibraz edip, icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerhi içeren anlaşma, ilâm niteliğinde belge sayılır. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, niteliği itibarıyla bir çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Bu incelemenin kapsamı, anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığı ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bu başvurunun reddi üzerine ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harç alınır. Taraflar, anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi vermede bir başka resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır (HUAKT m. 18).

Görülebileceği üzere, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda tarafların ve arabulucunun imzaladığı belgenin tek başına icra edilebilme vasfı bulunmamaktadır. Bu belgenin icra edilebilmesi için icra mahkemesinden bir nevi onay almaları gerekmektedir. İcra mahkemesinin onaydan kaçınması son derece sınırlı hallerde olabilecektir. İcra mahkemesi incelemesini sadece

- Anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığı ve

- Cebri icraya elverişli olup olmadığı, hususlarında yapabilecektir. Bunun dışında icra mahkemesinin başkaca bir incelemeye girişme tarafları dinleme ve bu iki hal dışında onaydan (şerh vermekten) kaçınma gibi bir yetkisi bulunmamaktadır.

İcra mahkemesinin bu iki durum dışında bir sebebe dayanarak ya da bu iki durumu yanlış yorumlayarak yapacakları red kararına karşı istinaf yoluna başvuru yolu açık bırakılmıştır.

IV- ARABULUCLULUĞUN AVUKATIN TEKEL HAKKINA ETKİSİ

Şüphesiz, bireyin haklarının korunmasında en büyük güvencelerden birini oluşturan avukatların, tekel hakkıyla sağlanan güven ortamında görev yapmaları gerekmektedir³⁸. “Avukatlık meslek tekeli” temelini, hukuki yardıma gereksinim duyanların, işin uzmanına danışması ve çıkarlarının onun tarafından korunması oluşturacağı gibi, kaliteli yargılama kamu çıkarına da uygun olacaktır³⁹. Avukatın tekel hakkı kapsamında olan konular arasında şunlar sayılmıştır⁴⁰ (Av.K m.11):

- Hukuki konularda görüş bildirmek
- Mahkeme, hakem veya yargı yetkisi bulunan diğer organlar huzurunda kişilere ait hakları dava etmek, savunmak, dava evrakını düzenlemek
- İcra işlemlerini yapmak, takip etmek
- Adli işlemleri takip etmek
- Resmi dairelerdeki bütün işleri takip etmek
- Avukatlara ait diğer yetkileri kullanmak

Arabulucu, yukarıda örnek olarak sayılan başlıklara ilişkin olarak herhangi bir işe kalkışamaz. Zaten taraflar arasında iletişim kurmaya çalışan ve taraflara sonuca ilişkin öneri getiremeyen arabulucu aynı şekilde –eğer avukat değilse- hukuki konularda görüş de bildiremez.

Bununla birlikte, arabulucunun sadece taraflar arasındaki bozuk iletişim sürecini düzeltme görevini yerine getirmesi de tek başına avukatın tekel

38 Güner, s. 114.

39 Sungurtekin Özkan, s. 22.

40 Bkz. Güner, s. 120.

hakkına müdahale sayılmaz. Nitekim taraflar arasındaki iletişimi düzeltmek sadece avukatların tekelinde olan bir iş değildir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının son şeklinde, arabuluculuk faaliyeti sonucunda ortaya çıkan belgenin ilam mahiyetinde belge sayılabilmesi için icra mahkemesinin incelemesinden geçmesi gerektiği ifade edilmiştir. Oysa Tasarı'nın önceki şeklinde "arbuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların uzlaşmaya varmaları hâlinde, bir uzlaşma belgesi düzenlenir ve bu belge arabulucu, taraflar veya vekilleri tarafından imzalanmakla, ilâm niteliğinde belge sayılır" denmekteydi.

Kanaatimizce, hukukçu olmayan arabulucular tarafından hazırlanan böyle bir belgenin ilâm niteliğinde olması hatalı olmuştur. Arabulucu olmak için, hukukçu olmak gerekmemekle birlikte, ilâm mahiyetinde bir belgeyi oluşturabilmek için mutlaka hukukçu olmak gerekmektedir. Bu sebeple her ne kadar taraflar arasındaki uzlaşımın sağlanmasında arabulucular görev alabilecek olsa da arabulucuların ilâm mahiyetinde belge hazırlayamamalarını dolayısıyla Tasarı'nın bu kısmının değiştirilmesi son derece isabetli olmuştur. Nitekim şu haliyle Tasarı avukatların tekel hakkına aykırı bir nitelik taşımaktadır.

SONUÇ

Uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi, mahkemede çözülmesinden çok daha taraf menfaatindedir. Ülkemizde de bu yöntemleri yerleştirmek için çeşitli adımlar atılmakta olup, bu adımlardan en büyüğü Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'dır.

"Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı"nda yer alan, hukuk lisans eğitimi almamış olanların 100 saatlik temel hukuk eğitimi almalarından sonra arabulucu olma imkânı tanınması eleştirilmiş; arabuluculuk çalışmalarının avukatlar aracılığıyla kurumsallaştırılmasının sağlanması gerektiği ifade edilerek, düzenlemenin avukatların tekel hakkına açık bir saldırı olduğu vurgulanmıştır⁴¹.

Kanaatimizce, taraflar arasındaki uyuşmazlığın mahkeme dışında birtakım yöntemlerle çözülmesi avukatın tekel hakkına saldırı sayılmaz, uyuşmazlığın çözümünde "ara bulmak" için illa avukat olmaya gerek de yoktur. Bu sebeple yukarıdaki eleştirilere katılamıyoruz.

⁴¹ *Mısır*, s. 482.

Tasarı'nın önceki şeklinde "arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların uzlaşmaya varmaları hâlinde, bir uzlaşma belgesi düzenlenir ve bu belge arabulucu, taraflar veya vekilleri tarafından imzalanmakla, ilâm niteliğinde belge sayılır" denmekte olduğundan, biz de başta bu eleştirilere katılıyorduk. Fakat Tasarı'nın son şeklinde, arabuluculuk faaliyeti sonucunda ortaya çıkan belgenin ilâm mahiyetinde belge sayılabilmesi için icra mahkemesinin incelemesinden geçmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanaatimizce, Tasarı'nın yeni şekli hukukçu olmayan arabuluculara ilâm mahiyetinde belge oluşturabilme hakkı vermediğinden şu anki düzenleme avukatların tekel hakkına aykırı mahiyette bulunmamaktadır.

Bununla birlikte icra mahkemelerinin "icra edilebilir" şerhi (onayı) vermeden önce anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığı ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarında dikkatli inceleme yapmaları, bunun dışında icra mahkemesinin başkaca bir incelemeye girişmemesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Aday, Nejat**, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, B.2, İstanbul 1997.
- Akcan, Recep/Ercan, İbrahim**, Avukatlıkta Reklam Yasağı, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003.
- Akıncı, Ziya**, Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003.
- Akıncı, Ziya**, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, BATİDER 1995-1996, C.18, S.4, s.101-110. (Akıncı, Alternatif).
- Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis**, Medeni Usul Hukuku, B.5, Ankara 2005.
- Alfini, James**, Trashing, Bashing, And Hashing It Out Is This The End Of Good Mediation, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005.
- Bush, Robert Baruch/Folger, Joseph**, The Promise Of Mediation: The Transformative Approach To Conflict, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005.
- Carnavale, Peter/Leatherwood, Marya**, Mediation And The "Chilling" Effect Of Med-Arb In A Simulated Labor-Management Dispute, Paper Presented At The Annual Convention Of The American Psychological Association, Los Angeles 1985.
- Deliduman, Seyithan**, İnternet Üzerinden Avukatlık ve Reklam Yasağı, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003.
- Donay, Süheyl**, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1976.
- Ercan, İbrahim**, Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007.
- Friedman, Garry/Himmelstein, Jack**, The Understanding Based Model Of Mediation, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005.
- Goldberg, Stephen/Sander, Frank/Rogers, Nancy/Cole, Sarah Rudolph**, Dispute Resolution Negotiation, Mediation and Other Processes, New York 2003.
- Güner Semih**, Avukatlık Hukuku, B.3, Ankara 2007.
- Honeymoon, Christopher/Yavunarajah, Nita**, What Mediation Is?, beyonddintractability.org/essay/mediation/ (E.T: 16.10.2008).

Ildır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder , Medeni Usul Hukuku, B.13, Ankara 2001.

Lott, Leslie/Fletcher, Anthony, Alternative Frameworks For Dispute Resolution, lfiplaw.com/articles/adr.htm (E.T:10.10.2008).

Lundberg, Danielle, Trust In Mediation, [latrobe.edu.au/cr/research/elib/The%20most%20important%20personal%20qualities%20a%20mediator%20needs%20Collins%20H%20\(2005\).pdf](http://latrobe.edu.au/cr/research/elib/The%20most%20important%20personal%20qualities%20a%20mediator%20needs%20Collins%20H%20(2005).pdf) (E.T: 18.10.2008).

Menkel, Meadow Carrie/Scheider, Andrea Kupfer/Love, Lela Porter, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005.

Mısır, Haşim, Avukatlık Disiplin Hukuku, Ankara 2008.

Moore, Christopher, The Caucus: Private Meetings That Promote Settlement, Negotiation Theory And Strategy, New York 2002.

Morris, Catherine, Definition In The Field Of Dispute Resolution And Conflict Transformation, www.peacemakers.ca/publication/ADRdefinitions.html (E.T: 8.10.2008).

Özbay, İbrahim, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, EÜHFD 2006, C.X, S.3-4, s.459-475. (**Özbay**, Alternatif).

Özbay, İbrahim, Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlâm Niteliği, AÜEHFD 2004, C.VIII, S.3-4. (**Özbay**, Uzlaştırma).

Özbek, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir? ABD 1999/2-3.

Özbek Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, B.10, İstanbul 2011.

Peppet, Scott, Contract Formation In Imperfect Markets: Should We Use Mediators In Deals, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005.

Riskin, Leonard, Mediator, Orientations, Strategies And Techniques, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005.

Riskin, Leonard, Understanding Mediators: A Grid for the Perplexed, Negotiation Theory And Strategy, New York 2002. (**Riskin**, Understanding Mediators).

Ruvolo, Ignazio, Mandatory Mediation In The First Appellate District Of The Court Of Appeal Report And Recommendations, Canada 2001.

Sillbey, Susan/Merry, Sally, Mediator Settlement Strategies, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005.

Shulman, Christopher, PA For Full- Service Dispute Resolution, adreservices.biz/4.html (E.T: 10.10.2008).

Sunar, Gülcan, Avukatlık Sözleşmesi, Argumentum, MÜAD 2005, Y.7-8, S.53, s. 325-347.

Sungurtekin Özkan, Meral, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, B.2, İzmir 1999.

Şen, Murat, Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı, Şartları ve Nisabı, AÜEHFD 2007, C.II, S.1.

Şenocak, Zarife, Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları, ABD 1998/2, s. 4-31.

Şıpka, Şükran, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, İTÜSBD 2007 Y.6, S.12, s. 163-175.

Tanrıver, Süha, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006. (**Tanrıver**, Arabuluculuk).

Tanrıver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD 2006/64, s. 1-12.

Uşan, M. Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasası), Ankara 2003.

Yıldırım, Kamil, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 339-353.