

AVRUPA KONSEYİ ARABULUCULUK YÖNERGESİ ÖNERİSİ

Proposal of the European Council for a Mediation Directive

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK*

§1. GENEL OLARAK ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ,
§2. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI İÇİNDE
ARABULUCULUK, A) Arabuluculuk Nedir?, B) Arabuluculuğa Hangi
Durumlarda Başvurulmalıdır?, C) Arabuluculuğa Başvurulurken Dikkate
Alınacak Hususlar Nelerdir?, D) Arabulucunun İşlevleri Nelerdir?,
E) Arabuluculuğa Başvurulması Hangi Durumlarda Uygun Değildir?,
§3. AVRUPA KONSEYİ ARABULUCULUK YÖNERGESİ ÖNERİSİ VE
YÖNERGE ÖNERİSİNİN AMACI, A) Adalete Erişim ve Alternatif
Uyuşmazlık Çözüm Yolları, B) Arabuluculukla Dava Yolu Arasında Uygun
İlişki Kurulması, C) Arabuluculuğa Başvurulmasının Teşvik Edilmesi,
D) Arabuluculukla Üye Devletlerin Yargı Sistemleri Arasındaki İlişki,
E) Arabuluculuk Yönergesinin Etkisi, F) Yasal Temel, G) İkincilik ve
Ölçülülük, §4. ARABULUCULUK YÖNERGESİ ÖNERİSİNİN
İNCELENMESİ, A) Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümüyle
İlgili Düzenlemeler, B) Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Konusunda İlgili
Çevrelerle Yapılan İstişareler, C) Yeşil Kitap Sonrasında Ortaya Çıkan
Gelişmeler ve Avrupa Etik Kuralları, D) Hukuk Uyuşmazlıklarında ve Ticarî
Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa
Parlamentosu ve Konseyi Yönerge Önerisi, E) Arabuluculuk Yönergesi

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk (Medenî Usûl, İcra ve İflâs Hukuku)
Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (mozbe77@hotmail.com).

Önerisinin Maddelerinin İncelenmesi, **SONUÇ**, EK: Arabuluculuk Yönergesi Doğrultusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Yapılabilecek Düzenlemeler

ÖZET

Medenî yargı bazı ülkelerde uzun sürdür krizdedir. Artan giderler ve aşırı kalabalık mahkemeler yüzünden adalet herkes için erişilebilir değildir. Bu adli tıkanıklık, adalete eşit erişimin reddedilmesine yol açmıştır. Adalete daha iyi erişimin sağlanması, Üye Devletler arasında medenî yargı alanında işbirliğini artırmak amacıyla oluşturulan Avrupa Birliği genelindeki plânların yapı taşlarındandır. Bu ilkenin, yargı sistemine erişim kadar, uygun uyuşmazlık çözüm yollarına erişimin teşvik edilmesini de kapsadığı kabul edilir. Avrupa Birliği genelinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına (ADR) başvurulabilir olması, adalete erişimin genel olarak iyileştirilmesi ve sınır ötesi davaların bünyesinde bulunan sorunların çözülmesinde büyük öneme sahiptir. Aslında hukuk sisteminde ADR'nin kullanılması hukukçular için yeni değildir. Bugün kullanılan ADR yöntemlerinin bir çoğu, çeşitli hukuk sistemlerinde yüzyıllardır mevcut bulunmaktadır. En çok bilenen ADR yolları, müzakere, arabuluculuk ve tahkimdir. Bununla beraber ADR yöntemleri, 1970'li yıllara kadar yaygınlaşmamıştır. ADR bu yıllarda, Anglo-Sakson ülkelerinde başarıyla yayılmıştır. Mahkemelerdeki tıkanıklığın, aşırı masraflar ve gecikmenin ortadan kaldırılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve daha etkili bir uyuşmazlık çözümü oluşturmak amacıyla ADR'nin kullanılması hızla gelişmiştir. Avrupa Birliği de ADR'ye ilişkin mevzuatın oluşturulmasında çok aktiftir. Üye Devletlerin bazıları, bir süredir hukuk yargılama usûlü kurallarında değişiklikler yapmayı düşünmektedirler. Buna karşılık Üye Devletler, ADR yolları hakkında ayrıntılı çerçeve düzenlemelere sahip değildir. Bu kapsamda 2002 yılında, Avrupa Komisyonunca, medenî hukuk ve ticaret hukukunda ADR'ye ilişkin bir Yeşil Kitap sunulmuş ve 2004 yılında, gönüllü nitelikte olan, Arabulucular için Avrupa Etik Kuralları uygulamaya koyulmuştur. Ardından Komisyon, medenî ve ticarî 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 usûl 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. Arabuluculuk Yönergesi Taslağının, 2007 yılında Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilmesi beklenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Adalete Erişim, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Avrupa Birliği Arabuluculuk Yönergesi Taslağı, Sınır Ötesi Unsur, Tek Tip Arabuluculuk Kanunu.

ABSTRACT

Civil justice has been in crisis in some countries for a long time. Justice is not accessible to everyone because of rising costs and overcrowded courts. This judicial congestion led to claims that equal access to justice had been denied. Ensuring better access to justice is one of the cornerstones of initiatives, at the European Union level, which aim to increase co-operation between Member States in the field of Civil Justice. This principle is deemed to include the promotion of access to adequate dispute resolution measures as well as access to the judicial system. The availability of alternative dispute resolution (ADR) processes at European level has got a paramount importance to improve general access to justice and resolve the problems inherent in cross-border litigation. Indeed the use of ADR in the legal system is not new for lawyers. Many of the ADR methods in current use have existed for hundred years in various legal systems. Most common forms of ADR are negotiation, mediation, and arbitration. ADR methods, however, did not become widespread until 1970's. ADR has spread successfully throughout the Anglo-Saxon countries in these years. The use of ADR has developed rapidly in order to relieve court congestion and undue costs and delay, to facilitate access to justice, and to provide more effective dispute resolution. Also the European Union has been very active in adopting legislative measures on ADR. Some of the Member States have been considering changes in their rules of civil procedure for quite a while. However the Member States do not have detailed framework regulations on ADR processes. In this context a Green Paper on ADR in civil and commercial law presented by the European Commission in 2002 and a voluntary European Code of Conduct for Mediators was launched in 2004. Then the Commission prepared the proposal for a directive of the European Parliament and of the council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. The objective of the draft EU Mediation Directive is to promote ADR processes by encouraging the use of mediation and to establish minimum common principles on procedural rules such as suspension of limitation periods, confidentiality, and enforcement of settlement agreements, in each Member States. The draft EU Mediation Directive covers both domestic and "cross-border" mediations and set EU-level standards across the board. Family mediation is also within the scope of the draft Directive. It has been waiting that the draft Mediation Directive will be adopted by the European Parliament in 2007.

Keywords: Access to justice, alternative dispute resolution, the European Union draft mediation directive, Cross border element, Uniform Mediation Act.

§ 1. GENEL OLARAK ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ

Maddî hukukun kişilere tanıdığı haklar¹, kişilerin davranışları ve birbirleriyle olan ilişkilerinde ortaya çıkar. Bir hukukî ilişkide, kişilerin haklarının ne olduğunun tespit edilebilmesi için, öncelikle fiili durumun anlaşılması gerekir. Hukukî ilişkideki vakıalar araştırıldığında, tarafların haklarının belirlenmesi için hukuk kurallarının uygulanması gerekir. Kuşkusuz ideal olanı, ilgili vakıaların doğru bir şekilde belirlenmesi ve uygun hukuk kurallarının vakıalara kolaylıkla uygulanmasıdır. Ancak, günlük hayatta bu iş hiç de kolay olamamakta; tarafların mevcut vakıalar, bu vakıalara uygulanacak hukuk kuralları veya hukuk kurallarının vakıalara uygulanma şekli üzerinde anlaşamaması yüzünden², bu işi yapacak resmî usûller oluşturulmaktadır³. “Adalet yönetimi” başlığı altında toplanan bu usûller dava yolu ve tahkimdir. Böylece adalet, bazı görüşlerce “kişilerin haklarını esas alarak ilişkilerinin düzenlemesi” şeklinde ifade edilmektedir⁴.

Yasal haklardan ve bu hakların uygulanması ve icrasından oluşan bir hukuk düzeninde kişiler, hukukî ilişkilerini düzenlerken, bu ilişkilerin sonuçlarını da tahmin edebilmeli ve kişilerin makul beklentileri korunmalıdır. Ancak günümüzde kişiler, fiillerinin sonuçlarının öngörülebilir olmadığından giderek daha çok yakınır hâle gelmişlerdir. Bu yakınlık, söz konusu hukukî fiil ve işlemlerden kaynaklanan hakları koruyan dava yolu ve tahkimi de kapsamaktadır.

Bunlara ilave olarak, dava yolu ve tahkim gibi hüküm vermeye dayalı usûller, aşırı gecikmeye yol açmaları ve çok miktarda masraf yapılmasını gerektirmeleri sebebiyle, gerek ortak hukuk gerek kıta Avrupası hukuku sisteminde eleştirilmektedir. Bu usûllerin aşırı masraflı olması, taraflardan ve yargı sisteminin aksaklıklarından kaynaklanan sebepler yanında, hüküm verecek kişinin, uyuşmazlık konusunu bütün yönleriyle aydınlatmak ve

¹ Hak, hukuk tarafından kişilere tanınmış ve gerçekleşmesi, genellikle hak sahibinin iradesine bağlı olan menfaatler olup, sahibine bir çok yetkiler tanır (Edis, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997, s. 358; Akıntürk, Turgut: Medenî Hukuk, İstanbul 2003, s. 29).

² Daha genel bir ifadeyle, başkasının hakkına engel olunması veya borçlunun borcunu yerine getirmemesi sık görülmekte; bu durumda hak sahibi, hakkını korumak için “talep hakkını” kullanmaktadır (Edis s. 359).

³ Bu usûller, hak sahibinin, hukukun kendisine tanıdığı menfaatlerin ihlâli durumunda, hakkını korumak için başvurduğu yollardır. Hak sahibinin talebi diğer tarafça yerine getirilmezse uyuşmazlık doğar ve dava hakkı kullanılır (Brown, Henry/Marriott, Arthur: ADR Principles and Practice, London 1999, s. 2; Ware, Stephen J.: Alternative Dispute Resolution, St Paul 2001, s. 3; Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004, s. 53; Edis s. 360). Dava hakkı, asıl hakkın bir parçasıdır; ancak giderek bağılı olduğu esas haktan mücerret bir nitelik kazanmaktadır (Üstündağ, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000, s. 268).

⁴ Raftesath, Gerald I.: Solutions-not rights: the objective of alternative dispute resolution (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1996/June, s. 91-99), s. 91.

tarafra hukukî dinlenilme hakkını⁵ (*audi et alteram partem*) tam olarak tanımak zorunda olmasından kaynaklanmaktadır. Gecikme sorunu da, kısmen bu detaylı ve uzun tahkikat sürecinden, kısmen de olsa, adlî hizmetlerden yararlanmak üzere mahkemelere yöneltilen taleplerin çokluğundan doğmaktadır.

Toplumlar, uzun süredir bu uyuşmazlık çözüm usûllerini düzeltmenin yollarını aramış; fakat, yargısal veya yarı yargısal karar verme yollarının tek çözüm yolu olmadığını, ancak son zamanlarda anlamışlardır. Bunun sebebi ise, kişilerin, günlük hayatta uyuşmazlıklarının büyük bir kısmını dava yoluyla değil, aslında uzlaşmayla çözdüklerinin bilincine varmalarındır. Bu bilincin yerleşmesinin önemi, uygulamada uzlaşmayla çözülen uyuşmazlıkların, dava yoluyla çözülenlerden farklı şekilde sonuçlanmasıdır. Böylece kişiler, kanunların kendilerine tanıdığı hakları elde etmekte ısrar ederek uyuşmazlığı gerçek anlamda çözemeyeceklerini kabul etmişlerdir. Yasal haklarından ziyade uyuşmazlıktaki asıl menfaatleri üzerinde yoğunlaşan kişiler, menfaatlerini daha iyi korumak için, gerektiğinde haklarının bir kısmını talep etmekten vazgeçebilmişlerdir⁶. İstatistikler, Amerika Birleşik Devletleri veya Avustralya gibi ülkelerde, dava konusu yapılmış da olsa, uyuşmazlıkların arabuluculukla çözülme oranının %90'ı aştığını göstermektedir⁷. Bu nedenle, bağlayıcı bir karar vererek kişilerin sahip olduğu hakları hüküm altına alan mücadeleci uyuşmazlık çözüm usûlleri yerine, anlaşmaya dayalı usûllerin arayışına girilmesi şaşırtıcı olmamıştır.

Bu arayış neticesinde, ortak hukuk ülkelerinde geleneksel uyuşmazlık çözüm yollarından farklı olan bazı uyuşmazlık çözüm yolları ortaya çıkmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (*Alternative Dispute Resolution*, ADR) olarak bilinen bu yolların ortak özelliği, tarafların yasal haklarının belirlenmesi üzerinde değil, sorunlarının çözümü üzerinde yoğunlaşmasıdır⁸. Bu yolların uygulanmasıyla, tarafların, karşılıklı

⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Özekes, Muhammet: Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 19 vd.; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2006, s. 238-244.

⁶ Arabuluculuğa dayalı çözümler, tarafların menfaatleri temelinde dayanırken, dava yolu veya tahkim gibi hüküm vermeye dayalı usûllerde haklılık arayışı esastır (Özekes, Muhammet: Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, HPD 2006/7, s. 40-45, s. 42; Özbek s. 169, 276).

⁷ James, Fleming/Hazard, Geoffrey C./ Leubsdorf, John: Civil Procedure, New York 2001, s. 344.

⁸ Goldberg, Stephen B./Sander, Frank E.A./Rogers, Nancy H./Cole, Sarah Rudolph: Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes, New York 2003, s. 6; Nolan-Haley, Jacqueline M.: Alternative Dispute Resolution in a Nutshell, St. Paul 2001, s. 4; Kovach, Kimberlee K.: Mediation, Principles and Practice, St. Paul 2004, s. 4; İldr, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003, s. 31 vd.; Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış (GSÜHFD, Prof.Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1, s.261-292), s. 262;

anlaşmaya varmak (uzlaşmak) suretiyle, uyuşmazlığı bizzat çözmelerine yardımcı olunur. Bu usûllerde, tarafların haklarını esas alarak, bağlayıcı karar veren bir hâkim bulunmaz. Başka bir deyişle ADR, yasal hakların belirlenmesine dayalı bir çözümü değil, taraflar arasında anlaşmaya dayalı bir uyuşmazlık çözümünü ifade eder⁹.

Böylece mücadelecî sistem, yerini işbirliğine ve karşılıklı anlaşmaya dayalı bir uyuşmazlık çözümüne bırakır. Bunun anlamı, ADR'nin yargı sistemini yok etmesi değil, aksine tamamlamasıdır¹⁰. Devletler, mahkemeler, hukukçular ve kişiler, mücadelecî uyuşmazlık çözüm sisteminin uyuşmazlık çözümünde her zaman uygun olmadığına; sadece, tarafların uyuşmazlıklarını müzakere ederek bizzat çözmeye muktedir olmadıkları durumlarda uygun olduğuna inandıklarından ADR'ye güvenmektedirler¹¹.

§ 2. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI İÇİNDE ARABULUCULUK

ADR yolları temelde müzakere yolu üzerine kurulduğu için, her zaman uyuşmazlığın tarafları dışında kişilerin katılımını gerektirmezler. Doğrudan müzakere, öncelikli ve en sık başvuru olan uyuşmazlık çözüm yoludur¹². Bundan başka, taraflar arasındaki müzakereleri kolaylaştırmak için üçüncü kişiler tarafından çeşitli düzeylerde müdahale edilebilir¹³. Örneğin taraflardan bağımsız bir avukatın, müzakerelerin usûlî yönlerini yöneterek tarafları, uyuşmazlığın esası hakkında çözüm bulmaları için özgür bıraktığı arabuluculuk (veya uzlaştırma, *conciliation*) gibi çeşitli yöntemlere başvurulabilir. Bunun gibi, uyuşmazlık konusu hakkında görüş bildirmekle görevlendirilmiş tarafsız bir uzmanın katıldığı ve tarafların yasal haklarını esas alarak haklı ve haksız oldukları hususların ön değerlendirmesinin yapıldığı yöntemler de mevcuttur¹⁴. Bütün yöntemlerin ortak özelliği, taraflara, uyuşmazlık çözüm müzakerelerinde yardımcı olabilmektedir.

A) Arabuluculuk Nedir?

Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda'da en çok kullanılan ADR yolu olan arabuluculuk, günümüzde gerçek ve tüzel kişiler, idarî merciler ve mahkemelerce öncelikle tercih edilmektedir. Bu ülkelerin mevzuatında yer alan arabuluculuk, ticarî ve idarî,

Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 666; Pekcanitez, Hakan: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (HPD 2005/12-16), s. 14.

⁹ Ware s. 6, 173 vd.; Özekes-Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk s. 42.

¹⁰ Özbek s. 91; Tanrıver, Süha: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış (Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 821-842), s. 822.

¹¹ Raftesath s. 92.

¹² Brown/Marriott s. 103; Nolan-Haley s. 15.

¹³ Kovach s. 7.

¹⁴ Bu yöntemler için bkz. Goldberg/Sander/Rogers/Cole s. 4-5; Kovach s. 10 vd.

uyuşmazlıklarda, banka, sigorta¹⁵, sağlık (yanlış tıbbî tedaviden kaynaklanan uyuşmazlıklarda), aile, iş, kiracı-kiralayan ve ceza uyuşmazlıkları ile yerel yönetimlerin taraf oldukları uyuşmazlıklarda giderek daha fazla kullanılır olmuştur¹⁶.

Müzakere ve tahkimden farklı olarak cebir, kendi kendine sorun çözme ve dava yolunun bir alternatifi olan arabuluculuk (*mediation*), “katılımcıların, tarafsız bir ya da daha fazla kişinin yardımıyla, gereksinimlerine uygun seçenekler geliştirmek, alternatifler üretmek ve karşılıklı mutabakata dayalı bir anlaşmaya varmak amacıyla, ihtilafli konuları sistematik olarak birbirinden ayırdıkları bir usûl” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁷. Arabuluculuk bazen “özel müzakerelerin yönetilmesi” olarak da adlandırılır¹⁸. Arabuluculuğun genel kabul gören bu tanımından, bu yöntemin, katılımcıların hayatlarını etkileyecek kararları vermede kendi sorumluluklarını öne çıkardığı ve bu nedenle kontrol yetkisini taraflara bıraktığı anlaşılmaktadır¹⁹. Arabuluculukta, tahkim ve dava yolundan farklı olarak, taraflar nihaî anlaşma yapıncaya kadar süreç üzerindeki hâkimiyetlerini sürdürürler.

Arabuluculuk süreci gizlidir²⁰. Amerika Birleşik Devletleri’ndeki bir çok eyaletin yasalarında, arabuluculuk sürecinin içeriğinin, sonradan tahkim veya dava sürecinde kullanılamayacağı veya tahkikata konu olamayacağı öngörülmüştür²¹.

¹⁵ Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri: Sigorta Konusunda Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Alternatif Yöntemlerle Çözümü (ADR) (Haz. Suna Oksay/Tolga Ceylantepe), İstanbul 2006, s. 54 vd.

¹⁶ Kovach s. 30; Ware s. 200; Nolan-Haley s. 60.

¹⁷ Folberg, Jay/Taylor, Alison: *Mediation, A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, San Francisco 1984, s. 95. Arabuluculuğun benzer tanımları için ayrıca bkz. Kovach s. 27; Kovach, Kimberlee K.: *Mediation (The Handbook of Dispute Resolution)*, San Francisco 2005, s. 304-317), s. 304; Ware s. 201; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 668; Sungurtekin-Özkan, Meral: *Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (MİHDER 2005/2, s. 353-369)*, s. 358; Özbay, İbrahim: *Avukatlık Hukukunda Arabuluculuk ve Arabuluculuk Tutanağının İlâm Niteliği (AÜEHFD 2004/3-4, s. 387-418)*, s. 390; Çulha, Rifat: *Uzlaşma (Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, İstanbul 2005, s. 41-59)*, s. 45; Soysal, Tamer: *Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma (Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, İstanbul 2005, s. 203-246)*, s. 215; Tanrıver, Süha: *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk (TBBD 2006/64, s. 151-177)*, s. 166; Tanrıver-Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış s. 828; Biçkin, İnci: *Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (HPD 2006/7, s. 34-39)*, s. 37.

¹⁸ Costello J., Edward: *To mediate or not to mediate...(The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1998, vol. 7, s. 25-30)*, s. 25.

¹⁹ Folberg/Taylor s. 96; Ware s. 230.

²⁰ Kovach-Mediation s. 313.

²¹ Amerika Birleşik Devletleri federal bölge mahkemelerinde uygulanan mahkeme kökenli arabuluculuk programlarındaki gizlilik kuralları hakkında geniş bilgi için bkz. Plapinger,

Arabuluculuk çoğunlukla, tarafların doğrudan müzakerelerinin artık verimli olmadığına veya tıkanıp karar vermeleriyle başlar. Taraflardan biri arabuluculuğu ve hatta belirli bir arabulucuyu önerir. Her iki taraf da kabul ederse, arabulucu seçilir ve ilk arabuluculuk toplantısı yapılır. Genelde bu organizasyon, bağımsız bir kurum (örneğin Amerika Tahkim Birliği veya Milletlerarası Ticaret Odası gibi) tarafından yapılır²².

Arabuluculuk genellikle, ilki bir ön görüşme ve ikincisi asıl arabuluculuk oturumu olan iki toplantıdan oluşur. Buna ilave olarak tarafların, mevcut uyuşmazlığı çözmek için arabuluculuğun uygun bir girişim olup olmadığını ve tercih ettikleri arabulucuyu belirlemek üzere, ön görüşme öncesinde bizzat veya avukatlarının yardımıyla bir görüşme yapmaları mümkündür²³.

Arabuluculuk usûlünün belirlendiği ön görüşme toplantısına, tarafların avukatlarıyla birlikte katılmasında yarar vardır. Ön görüşmenin temel özellikleri şunlardır²⁴:

1) Arabulucu, arabuluculuğun temel özelliklerini ve amaçlarını belirterek tarafların sorularını cevaplandırır. Bazı mahkeme kökenli ADR programları dışında arabuluculuk tamamen gönüllü olduğu için, taraflar arabuluculuğun ve arabulucunun kendilerine uygun olup olmadığına karar verirler.

2) Arabulucu, taraflarla arabuluculukta uyulacak kuralları kararlaştırır ve bir arabuluculuk anlaşması imzalanır veya anlaşmanın arabuluculuk başlamadan önce imzalanması kararlaştırılır.

3) Taraflar veya avukatları, uyuşmazlığı kısaca anlatırlar.

4) Üzerinde uyuşmazlık bulunan hususları özet olarak açıklayan yazılı metinlerin, uyuşmazlığın çözümü için önem taşıyan belgelerin ve uzman raporlarının taraflar arasında değişimi için bir takvim belirlenir. Böylece, taraflar için gerekli olan ve hızla geçilmesi gereken ilk aşama tamamlanmış olur.

5) Arabulucu, tarafların arabuluculuk sürecine tamamen katılmak isteyip istemedikleri konusunda taraflarla görüşür ve onları arabuluculuğun

Elizabeth/Stienstra, Donna: ADR and Settlement in the Federal District Courts, a sourcebook for judges & lawyers, Federal Judicial Center and CPR Institute for Dispute Resolution 1996, s. 72 vd.; Niemic, Robert J./Stienstra, Donna/Ravitz, Randall E.: Guide to Judicial Management of Cases in ADR, Federal Judicial Center 2001, s. 93 vd.

²² Costello s. 25; Kurumsal tahkim hakkında bkz. Buhning-Uhle, Christian: Arbitration and Mediation in International Business, Designing Procedures for Effective Conflict Management, The Hague 1996, s. 45 vd.

²³ Brown/Marriott s. 155; Kovach s. 154.

²⁴ Scanlon, Kathleen M.: Mediator's Deskbook, CPR Institute for Dispute Resolution, New York 1999, s. 43; Raftesath s. 95; Brown/Marriott s. 163; Nolan-Haley s. 67.

açılış oturumuna davet eder. Arabuluculuk, tarafların avukatlarından ziyade kendilerini esas alan bir yöntem olduğu için, tarafların sürece mümkün olduğu kadar çok ve samimiyetle²⁵ katılması önem taşır.

6) Arabulucu, arabuluculuğa kimin katılacağını ve uzlaşma yetkisine sahip olarak tarafları kimin temsil edeceğini belirler.

7) Arabulucu, arabuluculuk müzakerelerinin yerini ve tarihini, taraflara uygun olacak şekilde belirler.

Arabulucu, tarafların ve avukatların katıldığı ilk resmî oturumda arabuluculuk sürecini izah eder ve tarafları, durumları hakkında genel bir açıklama yapmaya davet eder. Taraflar bu açıklamalarıyla arabulucuyu aydınlattıkları gibi, belki de ilk defa, diğer tarafın taleplerini tam olarak dinleme fırsatını bulurlar. Arabulucu tarafları dikkatle dinler, uzlaşmayı kolaylaştıracak bir ortam oluşturmaya çalışır ve kendisinin ya da diğer tarafın daha fazla bilgilenmesini sağlayacak bazı sorular sorar. Tarafların da soru sorması, ilave açıklamalar istemesi mümkündür. Böylece, ortak oturumda müzakereler başlar. Arabulucu, özellikle taraflar arasında bir gerginlik olmamasına dikkat ederek süreci izler ve yönetir. Ancak, arabuluculuğun ilk oturumunda anlaşmaya varılması nadir görülür²⁶.

Arabulucu, arabuluculuğun başında kısa bir giriş yaparak tarafları karşılar ve tarafların arabuluculuk sürecinden neler bekleyebileceğini özetler. Arabulucu, açılışın ardından sırayla, taraflara arabuluculuğa neden başvurduklarını sorar. Amerika Birleşik Devletleri'nde buna "hikâyenin anlatılması" (*story-telling*) denir. Arabulucu bu açıklamalarla, tarafların müzakere edecekleri hususları belirler. Bundan sonra, üzerinde uyuşmazlık bulunan hususlar ve bunların çözüm seçenekleri taraflarca ortaya çıkarılacaktır. Arabuluculuğun amacı, tarafların kendi uyuşmazlıklarını kendilerinin çözmelerine yardımcı olmak olduğundan, müzakereler verimli olduğu sürece arabulucu tarafları bir araya getirecek ve onlar arasındaki müzakereleri kolaylaştırmaya gayret edecektir²⁷.

Arabulucu bazen, taraflarla özel oturum yapmak için ortak oturumlara ara verebilir. Ortak oturumda belirli çözüm seçenekleri ortaya çıkarsa, arabulucu taraflarla yalnız gerçekleştireceği özel oturumları (*caucuses*) başlatır. ADR ile geleneksel hak temelli çözüm yolları arasındaki temel farklılıklardan bir olan özel oturumlar, taraflardan birinin diğer tarafın bilmesini istemediği konuları arabulucuya anlatmasına, ortaya çıkarılması gereken meseleler veya gizli hususlar varsa bunların açıklanmasına ve tarafların, önerilen çözüm seçeneklerine olan tepkilerinin ölçülmesine imkân tanır²⁸.

²⁵ Arabuluculuk sürecine iyi niyetle katılımın önemi için bkz. Kovach s. 97 vd.

²⁶ Costello s. 25.

²⁷ Brown/Marriott s. 166; Scanlon s. 52; Ware s. 209.

²⁸ Brown/Marriott s. 174; Scanlon s. 59-60; Ware s. 210.

Bu oturumlar ilerlerken, arabulucuyla toplantı yapmayan taraf, ortak oturumdan çıkan sonuçları değerlendirir ve arabulucunun kendisinden istediği hususlar üzerinde çalışır²⁹. Arabuluculuğun başarılı olmasının temel nedenlerinden biri de³⁰, arabulucunun, özel oturumlarda ikinci düzeyde bir gizlilik oluşturmasıdır. Bu gizlilik, arabulucunun, kendisine gizli olarak verilen bilgileri, açıkça izin almadan açıklamayacağını taraflara taahhüt etmesiyle ortaya çıkar³¹. Tarafların samimiyeti ve dürüstlüğü, gizli oturumlarda, ortak oturumdan çok daha açık ve kolay anlaşılır. Sonuçta, tarafların ihtiyaçlarını, zayıf ve güçlü yönlerini hızla belirleyen arabulucu, öğrendiği gizli bilgileri açıklamadan taraflar arasındaki anlaşmazlıkları giderebilecek ve her iki tarafça da kabul edilebilecek çözümleri önerme imkânına sahip olur.

Arabulucu çok geçmeden, tarafların daha anlayışlı, açık ve esnek olduğu bir dönemde, diğer tarafla özel bir oturum yapar. Duruma göre özel oturumlar devam ettirilebilir veya tekrar ortak oturuma geçilebilir. Kural olarak arabuluculuk, anlaşmaya varmak için gerektiği kadar sürdürülür. Sorunların karmaşık ve çözümü zor olması sebebiyle bir günlük arabuluculuk oturumu sıkıcı hâle geldiğinde, birden fazla güne yayılan oturumların yapılması gerekir. Arabuluculuk süreci gönüllü olduğundan, taraflar ve arabulucu ilerleme kaydettiklerini görmelidirler; aksi halde arabuluculuk bitirilebilir.

Taraflar, anlaşmaya varıldığında, anlaşmanın koşullarının gözden geçirilmesi ve yazılı hâle getirilmesi için çoğunlukla tekrar bir araya gelirler. Bazen, arabuluculuk toplantıları tamamlandıktan sonra, taraflar ve avukatlarca daha kapsamlı bir anlaşma metni hazırlanır. Her halükârda, anlaşmanın temel koşulları mutlaka yazılmalı ve anlaşma arabuluculuk toplantıları bitmeden önce imzalanmalıdır³². Böylece taraflar, arabuluculuğu, uygulanabilecek bir anlaşmayla sonuçlandırmış ve bundan da önemlisi, kendileri için üçüncü kişinin (hâkim veya hakemin) vereceği karardan daha uygun bir karar vermiş olurlar. Arabuluculukta çözümü bulan taraflardır; arabulucu sadece onlara yardım etmiştir. Taraflar, arabuluculuk gönüllü olduğu ve müzakere masasında bizzat müzakere ettikleri için, uyuşmazlık mahkemede çözülsüydi görüşme konusu olmayacak bir çok çözüm seçeneğini değerlendirme fırsatı bulmuş olurlar.

Arabuluculuk sonunda tamamen anlaşmaya varılamasa bile, faydalı sonuçlar elde edilebilir. Örneğin, taraflar durumlarını, taleplerini ve menfaatlerini açıklığa kavuşturur, kısmî anlaşmalar sağlanır, genellikle dava

²⁹ Örneğin, bilgi ve belge toplar, önerilen çözümlerin malî etkilerini değerlendirir veya teknik soruları cevaplar.

³⁰ Amerika Birleşik Devletleri istatistiklerine göre, arabuluculukta başarı oranı %75'in üzerindedir (Costello s. 25).

³¹ Ware s. 253.

³² Brown/Marriott s. 185; Scanlon s. 71; Ware s. 232.

ve tahkim sürecinde görülen gergin hava dağıtılır veya hiç olmazsa taraflar birbirleriyle konuşmuş olur ve muhtemelen birbirleriyle olan iletişimi koparmamayı isterler.

B) Arabuluculuğa Hangi Durumlarda Başvurulmalıdır?

Arabuluculuk şu hâllerde uygun bir uyuşmazlık çözüm yolu olabilir³³:

1) Uyuşmazlığın kısa sürede çözülmesi isteniyorsa (böylece müzakereler çabuk bitirilir ve iş ilişkileri sürdürülür);

2) Uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki anlaşmazlıkları çözmek ve ilişkileri sürdürmek istiyorlarsa;

3) Dava açılması ve alenî bir yargılama yapılması taraflara zarar verebilecekse;

4) Taraflar arasında bir husumet veya güvensizlik varsa;

5) Tahkim veya dava süreci sonunda aleyhe bir kararla karşılaşma olasılığı yüksekse;

6) Diğer uyuşmazlık çözüm yolları uygun bir çözüm üretemeyecekse;

7) Resmî dava veya tahkim süreci diğer bir nedenle (örneğin çok masraflı olması veya uzun sürmesi gibi) istenmiyorsa;

8) Taraflar, uyuşmazlık konusunun değeri üzerinde anlaşamıyorlarsa;

9) Uyuşmazlığın konusu karmaşık sorunlar ve hukukî meselelerden ibaretse ve olası çözüm seçenekleri mevcutsa;

10) Taraflar birbirleriyle mücadele etmekten ve bu yüzden masraf yapmaktan bıkmışlarsa;

11) Müzakereler ilerlemekte ve eğitimli bir arabulucunun müzakerelere katılımı yararlı olacaksa.

C) Arabuluculuğa Başvurulurken Dikkate Alınacak Hususlar Nelerdir?

1) Ekonomiklik: Arabuluculuk, zamandan³⁴ ve masraflardan³⁵ tasarruf sağlar. Arabuluculuğun uzaması ve bu yüzden masrafların artması, tarafların anlaşma konusunda ilerleme kaydetmesinden kaynaklanır. Arabuluculuk süreci ne kadar uzun sürerse sürsün, dava ve tahkim yolundan her zaman daha ucuzdur.

³³ Costello s. 27; Kovach s. 75-76; Özbek s. 155 vd.; Tanrıver-Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları s. 158; Tanrıver-Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış s. 837; Özekes-Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk s. 44.

³⁴ Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuk için küçük bir miktar yönetim gideri ve arabuluculara 200-400 USD arasında değişen bir ücret ödenmektedir.

³⁵ Arabuluculuk genelde 5 saatten kısa sürmektedir.

2) Zamanlama: Arabuluculuğa başvurulması her zaman uygun olsa da, çoğunlukla en uygun zaman, müzakerelerin tıkanmasından sonra arabuluculuğun başlatılmasıdır. Ancak bu durum, dava ve tahkim yoluna başvurmadan arabuluculuğun başlatılmasına da engel değildir.

3) Gizlilik: Müzakereyle çözülen uyuşmazlıklar, tarafların anlaşmasıyla gizli tutulmaktayken, arabuluculukla hem uyuşmazlığın varlığı hem de anlaşma koşulları gizli tutulabilir. Arabuluculuğa yeterince erken başvurulursa, uyuşmazlığı başkalarının öğrenmesi önlenir. Ayrıca, arabuluculuk sürecinin içeriğinin, sonradan açılacak davalarda delil olarak kullanılması genellikle kanunen engellenir. Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşma, tarafların anlaşmasıyla gizli tutulabilir³⁶. Arabuluculuğun bu özelliği, özel uyuşmazlıkların çözümünde avantaj sağlarken, kamu kurumlarının taraf olduğu veya kamu menfaatini ilgilendiren uyuşmazlıklarda bir dezavantaj olarak görülmektedir.

4) Tarafların isteği: Arabuluculuğun işlemesi için tarafların mutlaka “yapıcı bir düşünce tarzına” sahip olması gerektiği yönündeki kanı aslında bir yanıldır. Doğru görüş, arabulucunun görevinin, tarafları, uzlaşmaya dayalı çözümün cazibesi konusunda (en azından fikir olarak) ikna etmek olduğudur. Tecrübeli arabulucular, taraflardan birinin (veya avukatının) uzlaşma konusundaki inadının, uyuşmazlığın arabuluculuk için olgunlaştığının iyi bir göstergesi olduğunda hemfikirdir. Tarafların, önlerinde daha iyi bir seçenek varken, yıpratıcı, masraflı ve zaman alan bir uyuşmazlığı sürdürmek istemesi nadiren görülür.

5) Tarafların temsili: Taraflar, arabuluculukta başarılı olabilmek için, anlaşma yetkisine sahip bir temsilci aracılığıyla müzakerelere katılmalıdırlar. Arabuluculuk, dava veya tahkime nazaran daha az şekli ve daha fazla esnek olmakla beraber, belli bir usûle göre yürütülür. Taraflar (veya avukatları), başlangıçta, birbirlerinin huzurunda, uyuşmazlığı kendi açılarından arabulucuya anlatırlar. Bu anlatım sakin ve samimi bir şekilde yapılmalıdır.

6) İlişkiler: Taraflar, uyuşmazlıktan sonra ticarî, meslekî veya kişisel ilişkilerini sürdürmek istiyorlarsa, uyuşmazlığın çözümünde en dostane yolu tercih etmelidirler. Arabuluculuğun, taraflarca belirlenen bir çözüm şekliyle bitirilmesi, süreklilik gösteren ilişkileri koruyacaktır. Örneğin arabuluculukta, henüz uyuşmazlık konusu olmayan uzun vadeli hususların kolayca çözülmesi mümkündür³⁷. Oysa dava ve tahkim yolunda bu yapılamaz³⁸.

7) Kaybedilen fırsatlar: Genellikle dış etkenler (örneğin, faiz oranındaki değişiklikler, çevre veya bölge düzenlemeleri, idarî değişiklikler

³⁶ Scanlon s. 97 vd.; Ware s. 257.

³⁷ Özbek s. 174.

³⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 670.

ya da hükûmet değişiklikleri), mantıklı bir çözüme varılması için çeşitli fırsatlar sunarlar. Oysa, dava yolu veya tahkimin sırf başlatılması bile, bazen tarafların durumlarına zarar vererek, aslında ekonomik olan bir uyuşmazlığı kişiselleştirebilir.

8) Serbestlik ve kontrol: Taraflar, sadece cüz'î bir masrafa katlanmak suretiyle istedikleri zaman arabuluculuktan vazgeçebilirler. Arabulucunun tarafları ikna etmekten başka bir gücü yoktur. Müzakereler verimsiz gidiyorsa, katılımcılardan biri ısrarla mantıksız taleplerde bulunuyorsa, diğer tarafın yapması gereken, sadece müzakereden çekilmektir. Arabulucu iyimser olmakla beraber, kendisinin zamanını ve tarafların parasını boşa harcamayı istemez. Arabulucu, makul bir süre geçtikten sonra, ilerleme kaydedilmediğini belirterek, taraflara bunun sebebini açıklar ve toplantıyı bitirmeden önce son bir şans daha tanır. Bu adım, genellikle tarafların beyanlarını yumuşatmalarını ve karşı tarafın isteklerini gerçekten dinlemelerini sağlar. Arabuluculukta, yalnızca her iki tarafın da kabul etmesi hâlinde anlaşmaya varılabileceği unutulmamalıdır³⁹.

9) Organizasyon: Arabuluculuk normalde, arabuluculuğu yöneten kuruluşun (örneğin Amerika Tahkim Birliğinin) bürosunda veya taraflarla arabulucunun seçeceği tarafsız bir mekânda (örneğin arabulucunun bürosunda) gerçekleştirilir. Arabuluculuk oturumları için en az iki (uyuşmazlıkta ikiden fazla taraf varsa daha fazla) büro veya toplantı odası bulunmalıdır. Zira, arabulucuyla taraflar arasındaki özel oturumlar, bu sürecin özünü oluşturur. Deneyimli arabulucular genellikle, arabuluculuğun kendi bürolarında yapılması için tarafları ikna ederler. Bunun sebebi, sadece “ziyaretçi takımın” kendini dezavantajlı hissetmesini önlemek değil, fakat aynı zamanda, “ev sahibi takımın” çoğunlukla arabuluculuk oturumunun kesintisiz yapılmasını sağlayamamasıdır⁴⁰. Bu nedenle, arabuluculuğun tarafsız bir mekânda yapılması için makul düzeyde ek bir masraf yapılması gerekse bile buna değer.

D) Arabulucunun İşlevleri Nelerdir?

Arabulucunun işlevleri şu şekilde özetlenebilir⁴¹:

1) Uyuşmazlık konusu olan hususları ayıklamak (arabuluculuk başarısız olsa bile bu hususlar, taraflara, daha sonra başvuracakları uyuşmazlık çözüm yolunda yardımcı olacak; örneğin dava aşamasında, üzerinde uyuşmazlık bulunmayan hususlarda tahkikat yapılmayacak, bu da boşa emek ve zaman harcanmasını önleyecek ve davayı, sadece üzerinde uyuşmazlık bulunan hususlara yoğunlaştıracaktır);

³⁹ Costello s. 28; Pekcanitez/Atalay/Özkes s. 670.

⁴⁰ Zira, tarafların bürolarına gelen telefonları, ziyaretçileri ve meslektaşlarını engellemeleri genellikle çok zordur.

⁴¹ Raftesath s. 96; Costello s. 29; Goldberg/Sander/Rogers/Cole s. 111; Scanlon s. 10; Nolan-Haley s. 76; Kovach-Mediation s. 308; Pekcanitez/Atalay/Özkes s. 672.

2) Tarafların gerçekten neyi istedikleri ve neye ihtiyaç duydukları konusundaki kaygılarını açıklamak;

3) Tarafları dikkatle dinlemek ve tarafların birbirlerini anladıklarından emin olmak;

4) Tarafların güvenini kazanmak;

5) Çözümün önündeki sun'î engelleri⁴² kaldırmak;

6) Görüşmeleri, tarafların herhangi bir taahhütte bulunmasına gerek kalmadan sürdürmek;

7) Tarafların, özel oturularda görüşlerini açıklamalarına izin vererek kişisel düşmanlıkları ortadan kaldırmak veya azaltmak;

8) Tarafları, uyuşmazlığı çözemedikleri takdirde uğrayacakları maddî ve manevî zararlar hakkında bilgilendirmek;

9) Tarafların karar verme sürecinde etkin ve anlaşma koşulları üzerinde kontrole sahip olmalarını sağlayacak şekilde, uyuşmazlık konusu olan hususların çözümü için seçenekler geliştirmek;

10) Tarafların durumları değil, meşru ihtiyaç ve menfaatleri üzerinde yoğunlaşmak ve bunlara uygun bir anlaşmaya varmalarını sağlamak;

11) Taraflara ve avukatlarına, aralarında ne kadar büyük bir ayrılık olduğu hakkında fikir vermek ve arabulucu tecrübeliyse, uyuşmazlığın dava konusu olması hâlinde sonucun ne olacağına dair doğru bir değerlendirmede bulunmak;

12) Gerekirse ilave arabuluculuk oturumlarıyla, tarafların sonradan anlaşmaya varabilmeleri için yapıcı bir ortam oluşturmak;

13) Mahkemede veya hakemde elde edilemeyecek çözümler geliştirmek.

Arabulucu bu işlevleri yerine getirirken, taraflara belli bir çözümü dikte edemez; sadece gerektiğinde çözüm önerilerinde bulunabilir. Arabulucu, tarafları anlaşmaları için zorlayamaz veya onlar adına karar veremez. Arabulucu, taraflara hukukî görüş bildirmekten veya onları kendisinin hukukî kanaati doğrultusunda bir karar almaya yönlendirmekten kaçınmalıdır. Arabulucunun temel özelliklerinden biri, bilgili ve yetenekli olan tarafların, kanun hükümlerine veya toplumun genel ilkelerine sıkı sıkıya uygun bir anlaşma yapmaları yerine, kendi ihtiyaç ve menfaatlerine (mahkemece verilen bir hükme nazaran) daha uygun bir anlaşma yapmalarını sağlamaktır.

Avustralya'nın New South Wales eyaleti Adalet Bakanı bu hususu şu şekilde dile getirmiştir: "*Şu husus vurgulanmalıdır ki avukatlar, en iyi sonucun, müvekkillerinin haklarını mutlaka kanuna uygun olarak*

⁴² Örneğin gereksiz saplantılar, küskünlükler ve inatçılıklar.

*gerçekleştirmek olduğunu düşünmemelidirler. Ticarî gerçeklikte, bir müvekkilin, yasal haklarını asgari ölçüde esas alarak uyuşmazlığın tamamen farklı bir çözümünü benimsemesi kendisi için daha yararlı olabilir*⁴³.

E) Arabuluculuğa Başvurulması Hangi Durumlarda Uygun Değildir?

Arabuluculuğa şu hâllerde başvurulması genellikle yararlı olmaz⁴⁴:

1) Sonradan ortaya çıkacak aynı türdeki uyuşmazlıklarda emsal teşkil edecek bir mahkeme hükmüne (veya hakem kararına) ihtiyaç olması hâlinde. Arabuluculuk sonunda ulaşılan çözümler sadece mevcut uyuşmazlığın taraflarını bağlar; bu yüzden diğer uyuşmazlıklarda emsal (veya kesin hüküm-*rej judiciata*-) oluşturmaz.

2) Arabuluculuk sürecindeki gizliliğin, sonuçta yapılan anlaşmanın adillğine ve isabetine bakılmaksızın olumsuz bir kamu tepkisi doğurabilecek olması;

3) Uyuşmazlık çözüm sürecinde ve belki de uyuşmazlıkta geniş bir açıklığın (aleniyyetin) istenmesi.

Arabuluculuk bu istisnalar dışında, her uyuşmazlıkta denenmesi gereken faydalı bir ADR yoludur.

Sonuç olarak, arabuluculukla erişilebilecek çözümler sınırlı olmayıp, tarafların üretkenliğine bağlı olarak çeşitlilik gösterirler. Uyuşmazlığa gerçekten işlevsel bir çözüm bulmak, maddî, usûlî ve psikolojik yönden tarafları tatmin eder. Sonuçta bir anlaşmaya varılana kadar arabuluculuk bağlayıcı olmaz. Taraflar, arabuluculukla ulaşılan çözümlere, mahkemece dikte edilenlere nazaran daha sadık kalmakta ve bu çözümlere uyumakta daha istekli olmaktadır. Yapılan anlaşmalar, diğer sözleşmelerin sahip olduğu hukukî bağlayıcılığa sahiptir⁴⁵.

Arabuluculuk, tarafların yasal haklarına zarar vermeden, gizlilik içinde yürütülür. Böylece, arabuluculuk başarısız olursa, diğer ADR yollarına veya dava yoluna başvurulabilir.

Arabuluculuk yeni bir yöntem olmamakla beraber, mücadelecî uyuşmazlık çözüm yöntemlerini benimseyen ülkelerde, uyuşmazlıkların anlaşmaya dayalı çözümünün kurumsallaşması nispeten yenidir⁴⁶. Batı ülkelerinde geleneksel uyuşmazlık çözüm yolu “dava” iken, uzak doğu ülkelerinde aslî ve geleneksel çözüm yolu “anlaşmaya dayalı uyuşmazlık

⁴³ Raftesath s. 96.

⁴⁴ Costello s. 30; Özbek s. 180 vd.; Pekcanitez s. 14; Tanrıver-Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış s. 838.

⁴⁵ Ware s. 233.

⁴⁶ Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış s. 262; Özekes-Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk s. 41.

çözümü"dür⁴⁷. Bu ülkelerde sadece istisnâî uyuşmazlıklar tarafların elinden alınarak, bağlayıcı bir karar verme sürecine konu olur.

Arabuluculuk, gerek Anglo-Amerikan hukukunda gerek kıta Avrupası hukukunda teknik bir düzenlemeye sahip kılınarak giderek kurumsallaşmaktadır. Uyuşmazlık çözümündeki bu yeni müdahale yöntemi, tarafların ortak bir zemin bulma olasılığını artırmıştır. Arabulucu ne taraflar için bir karar verir, ne de hâkimin vereceği kararı bulmaya çalışır. Taraflar, kendi anlaşmalarını yapabilmek için, arabulucunun yardımıyla müzakere ederler. Geleneksel uyuşmazlık çözüm yollarından farklı olarak, arabuluculuğun sonunda kazanan ve kaybedenler değil, işlevsel çözümler ortaya çıkar. Taraflar arasındaki iletişim kanallarının açılmasıyla, mevcut ilişkiler korunur ve daha geniş çözüm seçeneklerinin tartışılması sağlanır⁴⁸.

Arabuluculuğun genel özellikleri bu şekilde tespit edildikten sonra, Avrupa Birliği müktesebatında konuyla ilgili düzenlemelerin incelenmesi gerekir.

§ 3. AVRUPA KONSEYİ ARABULUCULUK YÖNERGESİ ÖNERİSİ VE YÖNERGE ÖNERİSİNİN AMACI

A) Adalete Erişim ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Avrupa genelinde bir özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi oluşturma politikasıyla hareket eden Avrupa Birliğinin temel amaçlarından biri de, kişilerin adalete daha kolay erişimini (*access to justice*), sağlamaktır. Buna göre gerçek ve tüzel kişiler, Üye Devletlerin adli ve idari sistemlerinin çatışması ve karmaşıklığı yüzünden haklarını aramaktan mahrum kalmamalıdır. Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Anlaşma Taslağının III-269. maddesinde bu amaçla, "hukukî konularda adli işbirliği" düzenlenmiş ve Birliğin, sınır ötesi unsur taşıyan özel hukuk konularında adli işbirliğini geliştireceği öngörülmüştür. Taslağın III-269. maddesinin ikinci fıkrasında, alınacak tedbirler arasında "adalete etkin bir erişimin sağlanması" ve "alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi" sayılmıştır⁴⁹. Bu kapsamda adalete erişim, kişilerin sadece mahkemelere ve yargı yoluna değil, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına da erişimini içermektedir⁵⁰.

⁴⁷ Buhring-Uhle s. 276.

⁴⁸ Raftesath s. 97; Pekcanitez s. 14; Tanrıver-Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları s. 165; Tanrıver-Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış s. 828; Özekes-Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk s. 43.

⁴⁹ European Communities: Treaty Establishing a Constitution for Europe, Belgium 2005, s. 123; Ankara Barosu: Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma, Ankara 2004, s. 219.

⁵⁰ Adalete erişim akımı ve ADR'nin bu akım içindeki yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant G.: International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 1, Introduction-Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, Boston 1987, s. 65 vd; Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant: Access to Justice: The Newest Wave in the World-Wide Movement to Make Rights Effective (Buffalo Law

Bu amaçla hareket eden Avrupa Komisyonu, özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuğa ilişkin bir yönerge önerisi hazırlayarak Avrupa Parlamentosuna sunmuştur⁵¹. Bu yönerge önerisi, adalete erişimin kolaylaştırılması amacına iki şekilde hizmet etmektedir. Bunlardan birincisi, yönerge önerisinin, hukuk yargılamasında geçerli olacak asgari ortak kuralları oluşturarak, Topluluk müktesebatında (*acquis communautaire*) arabuluculuk ile dava süreci arasında doğrudan ilişki kuran hükümleridir. İkinci olarak yönerge, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılmadan veya belirli yaptırımlara bağlamadan, Üye Devletlerin mahkemelerinin, arabuluculuğu teşvik etmelerini sağlayacak yöntemler oluşturmalarını öngörmektedir.

Arbuluculuğun işleyiş şekli (usûlü), arabulucuların atanması ve nitelikleri, yönergenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Zira, 2002 yılında hazırlanan Yeşil Kitaba⁵² yönelik tepkiler ve Üye Devletlerin ulusal mevzuatındaki gelişmeler dikkate alındığında, bu hususlara ilişkin ortak bir düzenleme yapmak mümkün olmamıştır. Avrupa Komisyonu yönerge önerisinde, arabuluculuğun işleyişine yönelik hükümlere yer vermezken, bu konuya ilişkin düzenlemelerin yapılmasını teşvik etmiştir⁵³.

B) Arabuluculukla Dava Yolu Arasında Uygun İlişki Kurulması

Hukuk yargılaması kuralları, arabuluculuğa başvurulması ve arabuluculuğun işlevselliği üzerinde doğrudan etkilidir. Arabuluculuk ile dava süreci arasında çeşitli yönlerden ilişki vardır. Bu ilişkiye örnek olarak şu olasılıklar gösterilebilir:

1) Taraflar, uyuşmazlık doğduktan hemen sonra, dava açmanın alternatifini arabuluculuğa başvurabilirler. Taraflar arabuluculuk yolunu seçer ve fakat anlaşmaya varamazlarsa, arabuluculuğun sona ermesinin ardından dava açılır.

2) Arabuluculuk sonunda anlaşmaya varılmasına rağmen, taraflardan biri dava sürecini başlatarak anlaşmaya uymayabilir.

Review 1978, Vol. 27, s. 181-292); Cappelletti, Mauro: Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement (The Modern Law Review 1993/May, Vol. 56, s. 282-296); Özbek, Mustafa: Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketinin Ortaya Çıkardığı Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AÜHFD 2002/2, s. 121-162); Özbek, Mustafa: Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim (MİHDER 2006/2, s. 907-927).

⁵¹ Commission of the European Communities: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters {SEC (2004) 1314}, Brussels, 22.10.2004, s. 7-12.

⁵² Commission of the European Communities: Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, Brussels 2002, s. 5 vd.; Özbek, Mustafa: Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (TBBD 2007/68, s. 265-320), s. 266 vd.

⁵³ Commission of the European Communities- Directive s. 2.

3) Taraflar, uyuşmazlık çıkmasından sonra, uzlaşma olasılığını düşünmeden hemen dava açmış olabilir.

Günümüzde, Avrupa ülkelerinin hukuk sistemlerinde, arabuluculuk ile hukuk yargılaması arasındaki ilişkide bazı belirsizlikler bulunmakta ve özellikle sınır ötesi uyuşmazlıklarda, ulusal yargılama hukuku kuralları arasındaki farklılıklar önemli bir sorun teşkil etmektedir. Arabuluculuk, mevcut uyuşmazlığın çözümünde en uygun yol olsa bile, taraflar çoğu zaman, bu belirsizlikler yüzünden dava yolunu tercih etmektedirler. Tarafların, başvuracakları uyuşmazlık çözüm yoluna ilişkin tercihlerinin belirlenmesinde uyuşmazlığın türünün önemli rol oynadığı durumlarda, belirli ve öngörülebilir bir usûl süreci, arabuluculuk yolunun dava yolu yanında cazip bir seçenek olmasını sağlayacaktır. Böyle bir usûl süreci aynı zamanda, arabuluculuğa başvurulmuş dahi olsa, tarafların dava açma hakkını koruyacaktır.

C) Arabuluculuğa Başvurulmasının Teşvik Edilmesi

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından arabuluculuğun giderek daha fazla tercih edilmesinin nedeni, kuşkusuz sunduğu faydalardır. Gerçekten arabuluculuk, dava yoluna nazaran daha hızlı, basit ve ucuzdur. Arabuluculuk, tarafların menfaatlerinin daha çok dikkate alınmasını sağlar. Arabuluculukta, tarafların karşılıklı anlaşmaya varma olasılığı daha yüksektir. Bu anlaşma, tarafların ortak iradesiyle yapıldığı için, çoğunlukla taraflarca ihlâl edilmez ve taraflar arasındaki dostane ve süreklilik gösteren ilişkilerin korunmasını sağlar⁵⁴. Arabuluculuk, hem bir uyuşmazlık çözüm yolu hem de kişilerin adalete erişimini sağlayan bir yöntem olarak büyük potansiyele sahiptir⁵⁵.

Avrupa Komisyonunca hazırlanan yönerge önerisinde, Avrupa Birliğinde arabuluculuğu doğrudan özendirilen hükümlere duyulan ihtiyaç nedeniyle, Üye Devletlerde mahkemelerin taraflara arabuluculuğu önermesi zorunlu tutularak, arabuluculuğun teşvik edilmesi hususunda somut bir adım atılmıştır. Bunun yanında, hukuk yargılamasında arabuluculukla dava yolu arasında doğru bir ilişki kurulması da, arabuluculuğun yaygınlaştırılmasını destekleyecektir.

Yönerge önerisinde, sınır ötesi uyuşmazlıklarda, Üye Devletler arasında arabuluculuk hizmetlerinin kalitesinin artırılması için gerekli düzenlemelerin yapılması gerektiğine de işaret edilmiştir⁵⁶.

⁵⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 670.

⁵⁵ Commission of the European Communities-Green Paper s. 7; Özbek-Avrupa Birliği s. 271.

⁵⁶ Commission of the European Communities- Directive s. 3.

D) Arabuluculukla Üye Devletlerin Yargı Sistemleri Arasındaki İlişki

Arabuluculuğun faydalarından biri de, mahkemelerin iş yükünü hafifleterek yargı sistemi üzerindeki baskıyı azaltmasıdır. Bu sayede davaların uzaması önlenir ve adalet sistemine tahsis edilen kamu kaynaklarından tasarruf edilir. Bununla beraber, arabuluculuğun teşvik edilmesinin yegâne sebebi, sunduğu faydalar değildir. Zira temel amaç, Üye Devletlerde yargı örgütünün düzenli işlemesine katkıda bulunmaktır. Bundan da önemlisi arabuluculuk, kişilerin kolayca erişebilmesi ve sırf iş yükünü azalttığı için teşvik edilmesi gereken bir uyuşmazlık çözüm yoludur⁵⁷. Avrupa Komisyonu, arabuluculuğu dava yoluna bir “alternatif” olarak görmemekte; bunun yerine, çağdaş bir toplumda erişilebilecek çeşitli uyuşmazlık çözüm yollarından biri ve hatta bazı uyuşmazlıklar için en uygunu olarak kabul etmektedir⁵⁸. Ancak, bu noktada önemle vurgulanması gereken husus, genel olarak ADR yollarına erişilebilir olmasının, Üye Devletleri, demokratik bir toplumun temel koşullarından ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde öngörülen ilkelerden biri olan, etkin ve adil bir hukuk sistemi oluşturma yükümlülüğünden kurtarmayacağıdır.

E) Arabuluculuk Yönergesinin Etkisi

Arabuluculuk yönergesi önerisi, Avrupa Komisyonunca ilk defa 2004 yılı politik stratejisinde değerlendirilmiştir. Bu yönerge ile, uyuşmazlıkların hızlı ve ucuz bir şekilde çözülmesini ve bu sayede kişilerin yargılama giderlerinden tasarruf etmesini sağlayacak arabuluculuk yolunun, Avrupa Birliğinde yaygınlaştırılması amaçlanmaktadır. Arabuluculuk, dava yolunda olduğu gibi taraflar arasındaki ilişkileri zedelemek yerine, bu ilişkileri bozmayarak, uyuşmazlığın çözülmesinden sonra da taraflar arasındaki ekonomik ve sosyal ilişkilerin devam etmesine katkıda bulunur⁵⁹. Bu maksatla yönerge önerisinde, esas olarak hukuk yargılama usûlü kuralları üzerinde durulmuştur.

F) Yasal Temel

Arabuluculuk yönergesi önerisi, kapsamı ve amacı itibarıyla, hukuk yargılama usûlü kurallarıyla ilgili olan Avrupa Topluluğu Anlaşmasınının 65. maddesi içinde değerlendirilmelidir. Arabuluculuk yönergesi, Avrupa Birliğinde kişilerin uyuşmazlık çözüm yollarına erişebilmesi ve arabuluculuk hizmetlerinden yararlanabilmesi için gereklidir.

⁵⁷ European Committee on Legal Co-Operation: 23rd Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken by States to Increase the Efficiency of Justice, London 2000, s. 28; Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler (AÜHFD 2006/1, s. 207-292), s. 249.

⁵⁸ ADR yollarının yargı yoluna bir alternatif oluşturmak yerine, yargı yolunu tamamlayan bir seçenek olduğu konusundaki görüşler için bkz. Özbek s. 89 vd.

⁵⁹ European Committee on Legal Co-Operation s. 28.

Avrupa Birliğinin temel ihtiyaçlarından biri de, sınır ötesi uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere, bütün uyuşmazlıkların çözüm sürecinde hukukî belirliliğin hâkim kılınmasıdır. Hukuk sistemleri arasında uyum sağlanabilmesi için, bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra başvurulabilecek her aşamanın ve seçeneğin (örneğin arabuluculuğun başarılı veya başarısız olması, tarafların uzlaşma anlaşmasına uyması veya uymaması gibi) tespit edilmesi zorunludur.

ADR yollarında, sınır ötesi (yabancı unsur taşıyan) uyuşmazlıklara daha çok dikkat edilmelidir. Zira, tıpkı hukuk yargılamasında olduğu gibi, arabuluculuk sürecinde de sınır ötesi uyuşmazlıkların önemli etkileri vardır⁶⁰. Sınır ötesi unsur taşıyan uyuşmazlıklar örneğin, taraflardan birinin yerleşim yerinin, arabuluculuğun gerçekleştirileceği yerin veya yetkili mahkemenin farklı olması gibi nedenlerle önem taşır. Taraflar arasındaki sözleşmeye veya hukukî ilişkiye uygulanacak kanun ile uzlaşma anlaşmasına uygulanacak kanun farklı bir ülkenin hukukuna tâbi olabilir ve hatta uzlaşma anlaşmasının icra edilmesi üçüncü bir ülkenin hukukuna tâbi olabilir. Örneğin, uzlaşma anlaşmasının icrasının talep edildiği tarihte borçlunun malvarlığının başka bir Üye Devlette bulunması nedeniyle, anlaşmanın bu devlette icra edilmesi gerekebilir.

Bununla beraber, arabuluculuk yönergesi önerisi, sadece sınır ötesi uyuşmazlıklardan doğan sorunların aşılması veya sınır ötesi unsur taşıyan uyuşmazlıkların çözülmesine hasredilmiş değildir.

Bir uyuşmazlığın sınır ötesi unsur taşıması, arabuluculuğun, bu uyuşmazlığın çözümü için uygun bir uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınacak hususlardan sadece biridir. Bu değerlendirme yapılırken uyuşmazlığın yapısı, dava konusunun değeri, masraflar, gecikme ve başarı olasılığı gibi başka etkenler de göz önünde bulundurulur⁶¹. Mahkemeler bazı davalarda, sadece tarafların yerleşim yerini esas alarak arabuluculuğa başvurulmasını önerebileceğinden, sınır ötesi unsur taşıyan uyuşmazlıklarda arabuluculuğun teşvik edilmesi keyfî ve hatta aleyhe uygulamalara yol açabilir. Ancak, arabuluculuk yönergesinin kapsamının bu uyuşmazlıklarla sınırlı tutulması da, kuşkusuz yönerge önerisinin uygulanma kabiliyetini önemli ölçüde sınırlandıracaktır. Bu konuda mevcut olan yasal belirsizliği artırmaktansa, yönerge önerisindeki hukuk yargılama usûlü kurallarının sınırı ötesi unsur taşıyan uyuşmazlıklara da uygulanması tercih edilmelidir. Yönerge kapsamının daraltılarak sadece sınır ötesi uyuşmazlıklara hasredilmesi, yönergenin uygulanmasını, uyuşmazlığın çözümünde yönergede öngörülen kurallardan yararlanmak için, arabulucu veya mahkeme seçimi yoluyla sınır ötesi unsur oluşturabilecek olan tarafların iradesine bağlı kılabilir.

⁶⁰ Commission of the European Communities-Green Paper s. 7; Özbek-Avrupa Birliği s. 269.

⁶¹ Bkz. yuk. § 2. B.

Yönerge önerisi, Üye Devletlerde gerek arabuluculuk hizmetlerinin serbestçe sunulması gerek bu hizmetlerden serbestçe yararlanılması bakımından Avrupa Birliğinde önemli bir yasal çerçeve oluşturacaktır. Yönerge kapsamının sınır ötesi uyuşmazlıklarla sınırlı tutulması, farklı hukukî uygulamalara yol açacak ve arabuluculuk hizmetlerinde uyum ve düzen sağlanamayacaktır. Bu durum, tek pazara hâkim olan ilkeler yanında, Avrupa Birliğinin gerçek ve tüzel kişiler için basit bir hukuk sistemi oluşturma çabalarına da ters düşecektir.

Bu mülâhazalarla hareket eden Avrupa Komisyonu, Yönergede sınır ötesi uyuşmazlıkların açıkça zikredilmesinin, yönerge önerisinin amaçlarına ve iç pazarın verimli işemesine aykırı olacağına karar vermiştir. Bu nedenle yönerge, arabuluculuk veya dava sürecinde sınır ötesi unsur taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın bütün uyuşmazlıklarda uygulanmalıdır⁶².

G) İkincilik ve Ölçülülük

Üye Devletlerin münferiden hareket ederek, sınır ötesi unsur taşıyan uyuşmazlıklarda arabuluculuk ile dava yolu arasında hukukî yeknesaklık ve belirliliği sağlayabilmeleri ve arabuluculuk hizmetlerinin iç pazarda etkinliğini koruyabilmeleri mümkün değildir. Avrupa Birliği genelinde tedbirler alınması, millî uyuşmazlıklar yanında sınır ötesi uyuşmazlıklarda da uygulanacak bazı temel kurallarda yeknesaklığın ve uyumun sağlanmasında daha etkili olacaktır.

Arabuluculuk yönergesiyle belirli amaçlar öngörülürken, bu amaçlara hangi yollarla ulaşılabileceğini belirleme yetkisi Üye Devletlere bırakılmıştır. Ayrıca, yönerge önerisi sadece yasal düzenleme yapılabilecek konulara hasredilerek, Avrupa Birliği genelinde çözüm bulunması daha doğru olacak diğer konular kapsam dışında bırakılmıştır.

§ 4. ARABULUCULUK YÖNERGESİ ÖNERİSİNİN İNCELENMESİ

Avrupa Birliği, Amsterdam Anlaşmasının yürürlüğe girmesiyle, kişilerin serbest dolaşımına imkân veren bir özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi oluşturmayı amaç edinmiştir. Avrupa Konseyi, 1999 yılında Tampere’de, Avrupa’da adalete erişimin iyileştirilmesi amacıyla, Üye Devletlerce alternatif, yargı dışı usûllerin oluşturulması çağrısında bulunmuştur⁶³.

Avrupa Konseyi 2000 yılında, “medenî hukuk ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde alternatif yöntemler” konusunda kararlar almıştır. Konsey, adalete erişimin kolaylaştırılması ve iyileştirilmesi için

⁶² Commission of the European Communities- Directive s. 5.

⁶³ Commission of the European Communities-Green Paper s. 9; Özbek-Avrupa Birliği s. 269, dn. 33.

yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesi ve uygulanmasının gerekli olduğunu ve bunun için, bu alandaki temel ilkelerin belirlenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Avrupa Konseyi, Avrupa Birliğindeki durumu dikkate alarak, alınabilecek tedbirleri belirlemek üzere geniş çaplı bir istişare süreci başlatmış ve Avrupa Komisyonunu bir Yeşil Kitap hazırlamaya davet etmiştir.

A) Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümüyle İlgili Düzenlemeler

Avrupa Birliği, Amsterdam Anlaşmasının yürürlüğe girmesinden bu yana, Avrupa'da karşılıklı tanıma ilkesinin hâkim olduğu bir hukuk yargısı oluşturmak için, bazı yasal düzenlemeler kabul etmiştir. Arabuluculuk yönergesinde, yargı dışı usûllerle ilgili olarak aynı amaç güdüldükçe, Avrupa Birliğinin, adalete erişimin iyileştirilmesi politikası da desteklenmiştir⁶⁴.

Müktesebatta yer alan çeşitli belgelerde, ADR yollarının geliştirilmesi önerilmektedir. Aile hukukunda, mal rejiminden ve velayetten doğan uyuşmazlıkların çözümünde ADR yollarını öneren Brüksel II Tüzüğü buna örnek olarak gösterilebilir⁶⁵. Aynı şekilde Avrupa Komisyonunca, tüketici hukuku alanında kabul edilen iki ayrı tavsiye de ADR yollarıyla ilgilidir⁶⁶. Ancak Komisyon, arabuluculuk yönergesi önerisinden önce, arabuluculuğun genel olarak gelişimiyle, arabuluculuk ve dava yolu arasındaki bağlantıyı düzenleyen bir çalışma yapmamıştır. Bu yönerge önerisiyle, ADR yollarını teşvik eden diğer Avrupa Birliği düzenlemeleri desteklenecek ve ADR yollarının Avrupa Birliğindeki yasal çerçevesi daha sağlıklı çizilecektir⁶⁷.

⁶⁴ Commission of the European Communities: Commission Staff Working Paper, Annex to the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, SEC (2004) 1314, Brussels, 22.10.2004, s. 2.

⁶⁵ Söz konusu Tüzüğün 53. maddesine göre, Üye Devletler bu Tüzüğün uygulanmasına yardımcı olmak amacıyla bir veya daha fazla merkezî merci atayacak ve her bir merciinin yargı çevresini tespit edecektir. Tüzüğün 25. paragrafına göre, Üye Devletlerdeki merkezi merciler, aile uyuşmazlıklarının dostane çözümünü teşvik etmek amacıyla işbirliği yapmalıdırlar. Bkz. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 (Official Journal of the European Communities L 338, 23.12. 2003, s. 3) (http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2003/l_33820031223en.html).

⁶⁶ Bu Tavsiyeler için bkz. Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes, 98/257/EC (Official Journal of the European Communities L 115, 17. 4. 1998, s. 31-34). Commission Recommendation of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes (2001/310/EC) (Official Journal of the European Communities L 109, 19.4.2001, s. 56-61).

⁶⁷ Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri s. 48.

B) Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Konusunda İlgili Çevrelerle Yapılan İstişareler

Avrupa Komisyonu, 19 Nisan 2002'de ADR'ye ilişkin olarak bir Yeşil Kitap hazırlayarak, Avrupa Konseyinin 2000 yılında yaptığı davete cevap vermiştir⁶⁸. Yeşil Kitap, ulusal, uluslararası ve Avrupa düzeyinde mevcut durumu inceleyerek ve Avrupa Birliği genelinde alınabilecek tedbirlere ilişkin geniş bir istişare başlatarak, Avrupa Konseyinin önerdiği hedefleri izlemiştir. Yeşil Kitap, Üye Devletler, diğer ülkeler, arabuluculuk kuruluşları, barolar, meslek odaları ve araştırmacılardan büyük ilgi görmüştür. 2003 yılının Şubat ayında, yapılan istişare süreci sonunda ortaya çıkan konuların tartışılması için bir toplantı düzenlenmiştir.

Araştırma sonunda alınan yanıtlardan su sonuçlar çıkarılmıştır:

1) Bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak ADR yollarının önemi ve sahip olduğu gelişme potansiyeli üzerinde ittifak sağlanmıştır.

2) ADR yollarının, hükümetlerin ve uluslararası kuruluşların kararları ve uygulamalarıyla, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde büyük gelişme kaydettiği görülmüştür.

3) Topluluğun, Avrupa Birliğinde ADR yollarının gelişmesi için gerekli tedbirleri alması gerektiği belirtilmiş; fakat, bu tedbirlerin neler olabileceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

ADR ile ilgili olarak tartışılan son konu, arabuluculuk süreci ve arabulucuların işlevi hakkında Avrupa Birliği genelinde yapılacak yasal düzenlemeler olmuştur. Bazı görüşler, bu konularda yapılacak bir yasal düzenlemenin, arabuluculuğun esnek ve özerk yapısı gibi ayırt edici özelliklerine zarar verebileceği endişesiyle, bu fikre ihtiyatlı yaklaşmışlardır. Diğer görüşler, birbiriyle uyumlu bir Avrupa arabuluculuk usûlünün, özellikle sınır ötesi uyuşmazlıklarda arabuluculuğa duyulan güveni artırmak açısından, arabuluculuğun gelişmesine yararlı olacağını savunmuşlardır⁶⁹.

Avrupa Parlamentosu, ADR yollarının önemini ve faydalarını vurgulayan Yeşil Kitabı olumlu karşılayarak desteklemiştir. Parlamento, Avrupa Komisyonuna, dikkatli bir yaklaşım benimseyerek yasal düzenlemeleri hassasiyetle hazırlamasını, ülkelerin kendi yasal düzenlemelerini yapma hakkını korumasını ve ADR sürecinin esnekliğine ve özerk yapısına (tarafların kendi kararlarını verebilme hakkına) zarar vermekten kaçınmasını tavsiye etmiştir.

⁶⁸ Commission of the European Communities-Green Paper s. 5; Özbek-Avrupa Birliği s. 266.

⁶⁹ Commission of the European Communities-Commission Staff Working Paper s. 3.

Arabuluculuk yönergesinin ön taslağı, 2004 yılında internette yayınlanarak ikinci bir istişare süreci başlatılmıştır. Yeşil kitaba katkıda bulunan kuruluşlar bu taslak hakkında da görüşlerini bildirmiş ve taslak, Mayıs ayında uzmanların katıldığı bir toplantıda tartışılmıştır.

C) Yeşil Kitap Sonrasında Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Avrupa Etik Kuralları

Avrupa Komisyonu, bir yandan arabuluculuk yönergesini hazırlarken, diğer yandan, Avrupa'da arabuluculuğa ilişkin ulusal düzenlemelerin yapılmasını teşvik etmiştir. Böylece, Avrupa Birliğinde ilk kez arabuluculuğa yönelik etik kurallar oluşturulmuştur. Etik kurallar üzerindeki çalışma 2004 yılının Eylül ayında tamamlanmış ve bu kuralların uygulanmasını yaygınlaştırmak amacıyla Komisyonun internet sayfasında kurallar yayınlanmıştır⁷⁰. Etik kurallar, arabuluculuğun Üye Devletlerde en doğru şekilde uygulanması kadar, Avrupa Birliğinde kalitesinin yükseltilmesini de amaçlamaktadır. Etik kurallar, sadece uygulamanın kendi kendini kontrol etmesi için hazırlanmış olup, Komisyona herhangi bir sorumluluk yüklememiştir. Komisyonun, etik kurallarda belirtilen ilkelere uyulduğunu gözlemlene görevi yoktur.

Avrupa Komisyonu 2001 yılında, tüketici uyuşmazlıklarının anlaşmaya dayalı çözümünü için çalışan yargı dışı kuruluşlara yönelik asgari nitelikleri içeren resmî bir tavsiye kabul ederek, tüketicilerin ADR yollarına yönlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷¹. Bu tavsiye kapsamındaki arabulucu ve kuruluşların, tavsiyede yer alan ilkelere uymaları gerekir⁷².

D) Hukuk Uyuşmazlıklarında ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönerge Önerisi

Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan arabuluculuk yönergesi önerisinin tercümesi şu şekildedir⁷³:

Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi,

Avrupa Topluluğunu kuran anlaşmayı ve öncelikle bu anlaşmanın 61 (c) maddesini ve 67 (5) maddesinin ikinci paragrafını dikkate alarak,

Komisyonun önerisini göz önünde tutarak,

⁷⁰ Arabuluculara yönelik Avrupa etik kuralları için bkz. European Code of Conduct on Mediation (http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm).

⁷¹ Commission Recommendation of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes s. 59 vd.

⁷² Commission of the European Communities-Commission Staff Working Paper s. 4.

⁷³ Commission of the European Communities-Directive s. 7-12. Ayrıca bkz. Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine Dair 2004/0251 (COD) ve 2004/0718 (COM) Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi Önerisi (Çev. Ceren Tekin) (MİHDER 2006/5 s. 1343-1348).

Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesinin görüşünü dikkate alarak,
Anlaşmanın 251. maddesinde yer alan usûle uygun davranarak,
Aşağıdaki koşullarla bu Yönergeyi kabul etmiştir:

(1) Topluluk, kişilerin serbest dolaşımının sağlandığı bir özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi oluşturma ve geliştirmeyi kendisine amaç edinmiştir. Topluluk bu maksatla, diğerleri arasında, iç pazarın uygun işleyişi için gerekli olan, hukukî konularda adli işbirliği alanında tedbirler kabul etmiştir.

(2) Avrupa Konseyinin, 15 ve 16 Ekim 1999'da Tampere'deki toplantısında, Avrupa'da adalete daha iyi erişimle ilgili olarak, Üye Devletlerce alternatif, yargı dışı usûllerin oluşturulması istenmiştir.

(3) Konsey 2000 yılında, medenî hukuk ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarının alternatif çözüm yöntemleri konusunda temel ilkelerin oluşturulmasının, adalete erişimi kolaylaştırmak ve düzeltmek amacıyla, medenî hukuk ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde yargı dışı usûllerin gelişmesi ve uygulanması için önemli bir adım olduğunu belirterek bu yöntemler hakkında kararlar almıştır.

(4) Avrupa Komisyonu 2002 yılında, ADR ile ilgili Avrupa'daki mevcut durumu inceleyerek ve arabuluculuğun kullanılmasını yaygınlaştırmak için alınabilecek tedbirler hakkında Üye Devletler ve ilgili taraflarla geniş istişareler başlatarak bir Yeşil Kitap sunmuştur.

(5) Avrupa Birliğinin özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi oluşturma politikasının bir parçası olarak, adalete daha iyi erişimi sağlama amacı, yargı yolu kadar yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarına erişimi de kapsmalıdır. Bu yönerge, özellikle arabuluculuk hizmetlerinin sunulması ve alınması konularında, iç pazarın uygun işleyişine katkıda bulunmalıdır.

(6) Arabuluculuk, tarafların ihtiyaçlarına uygun olarak şekillenmiş usûllerle, hukukî ve ticarî konularda uyuşmazlıkların ekonomik ve hızlı bir şekilde yargı dışı çözümünü sağlayabilir. Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların gönüllü olarak yerine getirilme ve taraflar arasındaki dostane ve sürekli ilişkileri koruma olasılığı daha yüksektir. Bu faydalar, sınır ötesi unsur taşıyan durumlarda daha belirgindir.

(7) Arabuluculuğun daha fazla kullanılmasını özendirmek ve arabuluculuğa başvuran tarafların öngörülebilir bir yasal temele dayanmasını sağlamak için, özellikle hukuk usûlünün kilit yönlerini belirleyen bir yasal çerçeve gerekmektedir.

(8) Bu yönerge, bir arabulucunun, uyuşmazlığın çözümünde dostane bir anlaşmaya varmaları için, uyuşmazlığın tarafı olan iki ya da daha fazla kişiye yardım ettiği usûlleri kapsamakta; fakat tahkim, ombudsman

programları, tüketici şikâyeti programları, uzman kararı veya uyuşmazlığın çözümünde yasal olarak bağlayıcı olan veya olmayan resmî bir tavsiyede bulunan kuruluşlarca yönetilen usûlleri hariç bırakmaktadır.

(9) Arabuluculuğun zamanaşımı sürelerine olan etkisi ve daha sonraki bir dava sürecinde arabulucunun gizliliğinin nasıl korunacağı hususlarında hukuk usûlü kurallarının asgari ölçüde uygunluğunun sağlanması gereklidir. Arabuluculuğun gönüllü bir süreç olması ilkesi korunurken, mahkemenin tarafları arabuluculuğa yönlendirmesi imkânı da düzenlenmelidir.

(10) Uzlaşma anlaşmalarının icrası tarafların iyi niyetine bağlı olduğundan, arabuluculuk, dava yolunun yegâne alternatifi olarak görülmemelidir. Bu nedenle, bütün Üye Devletlerin, uzlaşma anlaşmasının bir mahkeme veya resmî makamın hükmü, kararı veya resmî belgesiyle onaylanabileceği bir usûl oluşturmaları gerekir.

(11) Böyle bir olasılık, bir uzlaşma anlaşmasının, hüküm ve kararların karşılıklı tanınması ve tenfizine ilişkin Topluluk belgelerinde öngörülen koşullara göre, Birlik genelinde tanınması ve tenfizine imkân tanıyacaktır.

(12) Gizlilik, zamanaşımı sürelerinin durması ve uzlaşma anlaşmalarının tanınması ve tenfizi konularında Üye Devletler arasında gerekli güvenin sağlanması için, arabuluculuk hizmetleri ve arabulucuların eğitimiyle ilgili etkin kalite kontrol yöntemleri uygulanmalıdır.

(13) Üye Devletlerce belirlenecek ve ortak pazar düzeyinde çözümlere başvurulmasını içerebilecek bu yöntem ve tedbirler, arabuluculuk sürecinin esnekliğini ve tarafların özerkliğini korumayı amaçlamalıdır. Komisyon, örneğin arabuluculuk sürecinin kilit yönlerini belirten Avrupa Etik Kurallarının geliştirilmesi yoluyla, Topluluk düzeyinde kendiliğinden oluşan tedbirleri teşvik edecektir.

(14) Komisyon 2001 yılında, tüketicinin korunması konusunda, tüketici uyuşmazlıklarının anlaşmaya dayalı çözümüyle uğraşan mahkeme dışı kuruluşların, kendilerine başvuran kişilere sunmaları gereken asgari kalite kriterlerini belirleyen resmî bir tavsiye kabul etmiştir. Bu tavsiyenin konusuna giren arabulucuların veya örgütlerin, tavsiyedeki ilkelere riayet etmesi uygun olur. Komisyon, bu kuruluşlarla ilgili bilgilerin yayılmasını sağlamak için, Üye Devletlerin, tavsiyenin ilkelerini uygularken dikkate alacakları mahkeme dışı programlara ilişkin bir veri tabanı oluşturmuştur.

(15) Bu yönerge temel haklara saygılıdır ve özellikle, Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesinde tanınan ilkeleri gözetir. Yönerge bilhassa, Bildirgenin 47. maddesinde tanınan adil yargılanma hakkına tam olarak saygı duyulmasını sağlamaya çabalar.

(16) Bu yönergenin amaçlarına Üye Devletlerce yeterli ölçüde ulaşılması mümkün olmadığı için ve uygulamanın etkilerinin kapsamı nedeniyle bu amaçların Topluluk düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebilecek

olması sebebiyle, Topluluk, Anlaşmanın 5. maddesinde belirtilen ikincilik ilkesine (*the principle of subsidiarity*) uygun olarak tedbirler alabilir. Bu maddede belirtilen ölçülülük ilkesine (*the principle of proportionality*) göre Yönerge, amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olanı aşmayacaktır.

(17) [Avrupa Birliği Anlaşmasının ve Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın eki olan, Birleşik Krallık ve İrlanda'nın durumuna ilişkin Protokolün üçüncü maddesine göre, Birleşik Krallık ve İrlanda, bu Yönergenin kabulü ve uygulanmasına katılmak istediklerini bildirmişlerdir. / Avrupa Birliği Anlaşmasının ve Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın eki olan, Birleşik Krallık ve İrlanda'nın durumuna ilişkin Protokolün 1 ve 2. maddelerine göre, Birleşik Krallık ve İrlanda, bu Yönergenin kabulüne katılmamakta, bu nedenle Yönerge bu Üye Devletleri bağlamamaktadır.]

(18) Avrupa Birliği Anlaşmasının ve Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın eki olan, Danimarka'nın durumuna ilişkin Protokolün 1 ve 2. maddelerine göre, Danimarka bu Yönergenin kabulüne katılmamaktadır ve bu nedenle Yönerge veya onun uygulanma konusuyla bağlı değildir.

YÖNERGE

Madde 1- Amaç ve kapsam

1. Bu Yönergenin amacı, arabuluculuğa başvurulmasını özendirme ve arabuluculukla yargılama usûlleri arasında doğru bir ilişki kurmak suretiyle, uyuşmazlık çözümüne erişimi kolaylaştırmaktır.

2. Bu Yönerge medenî ve ticarî uyuşmazlıklarda uygulanacaktır.

3. Bu yönergede “Üye Devlet”, Danimarka dışındaki Üye Devletleri ifade etmektedir.

Madde 2- Tanımlar

Bu yönergenin amaçları bakımından aşağıdaki tanımlar esas alınır:

(a) “Arabuluculuk”, ne şekilde adlandırılırsa adlandırılınsın ve sürecin taraflarca başlatıldığına, bir mahkemece önerildiğine veya emredildiğine ya da bir Üye Devletin ulusal hukukunda öngörüldüğüne bakılmaksızın, üçüncü bir kişi tarafından, uyuşmazlığın tarafı olan iki veya daha fazla kişinin, uyuşmazlığın çözümünde bir anlaşmaya varmalarına yardım edildiği bir usûldür.

Arabuluculuk, bu uyuşmazlıkla ilgili dava sürecinde, uyuşmazlığın çözümü için hâkimce yapılan girişimleri kapsamaz.

(b) “Arabulucu”, bu kişinin ilgili Üye Devletteki sıfatına veya mesleğine ve üçüncü kişinin arabuluculuğu yönetmek için atanma veya görevlendirilme şekline bakılmaksızın, arabuluculuğu yöneten herhangi bir üçüncü kişiyi ifade eder.

Madde 3- Uyuşmazlığın arabuluculuğa havale edilmesi

1. Davayı görmekte olan mahkeme, uygun olduğunda ve davanın bütün koşullarını dikkate alarak, tarafları, uyuşmazlığı çözmek için arabuluculuğa başvurmaya davet edebilir. Mahkeme her halükârda, tarafların, arabuluculuğa başvurulmasına ilişkin bir bilgilendirme toplantısına katılmalarına karar verebilir.

2. Bu Yönerge, dava açılmasından önce veya sonra arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan millî mevzuatı, özellikle bu mevzuatın, taraflardan birinin, mahkemenin bulunduğu devletten başka bir Üye Devlette ikamet etmesi hâlinde, yargı sistemine erişme hakkını engellemesi şartıyla etkilemez.

Madde 4- Arabuluculuğun kalitesinin sağlanması

1. Komisyon ve Üye Devletler, arabuluculuk hizmetlerinin koşullarıyla ilgili etkin kalite kontrol yöntemleri yanında, gerek ulusal düzeyde gerek topluluk düzeyinde, arabulucular ve arabuluculuk hizmeti sunan kuruluşlar aracılığıyla gönüllü etik kuralların gelişmesini ve bu kurallara uyulmasını destekler ve teşvik ederler.

2. Üye Devletler, tarafların, arabuluculuğu kendi beklentilerine uygun olarak yönetebilecek bir arabulucuyu seçebilmeleri için, arabulucuların eğitimini destekler ve teşvik ederler.

Madde 5- Anlaşmaların icra edilmesi

1. Üye Devletler, tarafların talebi üzerine, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmanın, millî hukuka göre bir hükme benzer şekilde icra edilebilecek bir hüküm, karar, resmî belge veya mahkeme ya da resmî makam kararıyla onaylanabilmesini sağlarlar. Şu kadar ki anlaşmanın, Avrupa hukukuna veya talebin yapıldığı Üye Devletin millî hukukuna aykırı olmaması şarttır.

2. Üye Devletler, birinci paragrafa göre yapılacak bir talebi kabule yetkili olacak mahkeme veya kamu makamlarını Komisyona bildireceklerdir.

Madde 6- Hukuk yargılama usûllerinde delilin kabul edilebilirliği

1. Arabuluculuk hizmetlerinin uygulamasına katılan kişiler yanında arabulucular, aşağıdaki konularda hukuk davalarında tanıklık yapamaz ve delil gösteremezler:

(a) Arabuluculuğa başvurmak için taraflardan birince yapılan bir davet veya taraflardan birinin arabuluculuğa katılmayı istemiş olması;

(b) Arabuluculukta, uyuşmazlığın olası çözümü hakkında taraflardan birince açıklanan görüş veya öneriler;

(c) Arabuluculuk esnasında taraflardan birince yapılan beyanlar veya kabuller;

(d) Arabulucu tarafından yapılan öneriler;

(e) Taraflardan birinin, arabulucu tarafından çözüm için yapılan bir öneriyi kabul etmek istediğini belirtmiş olması;

(f) Sadece arabuluculuk amaçları için hazırlanan bir belge.

2. Bu maddenin birinci paragrafı, maddede belirtilen bilginin veya delilin türüne bakılmaksızın uygulanır.

3. Birinci paragrafta belirtilen bilginin açıklanması, mahkeme veya diğer bir adli makamca emredilemez ve bu tür bir bilgi, birinci paragrafta aykırı şekilde delil olarak sunulursa, bu delil kabul edilemez. Buna karşılık böyle bir bilgi,

(a) Arabuluculuğun doğrudan sonucu olarak yapılan anlaşmanın yerine getirilmesi veya icra edilmesi için gerekli olduğu ölçüde,

(b) Kamu düzeni düşünceleri üstün geldiğinde, özellikle çocukların korunmasını sağlamak veya bir kişinin fiziksel ya da psikolojik bütünlüğüne zarar gelmesini önlemek gerektiğinde, veya

(c) Arabulucu ve taraflar rıza gösterirse,

açıklanabilir veya delil olarak kabul edilebilir.

4. 1, 2 ve 3. paragraflardaki hükümler, davalar arabuluculuk konusu olan uyuşmazlıkla ilgili olsun veya olmasın uygulanırlar.

5. Birinci paragrafın kapsamına giren, davalarda başka şekilde kabul edilebilen delil, arabuluculukta kullanılmış olmasından dolayı kabul edilemez sayılmaz.

Madde 7- Zamaşımı sürelerinin durması

1. Arabuluculuğun konusu olan taleple ilgili zamaşımı süresinin işleyişi, uyuşmazlığın ortaya çıkmasının ardından,

(a) Tarafların arabuluculuğa başvurmaya karar vermesi,

(b) Arabuluculuğa başvurulmasına mahkemece karar verilmesi, veya

(c) Bir Üye Devletin millî hukukuna göre arabuluculuğa başvurma yükümlülüğünün ortaya çıkmasından itibaren durur.

2. Arabuluculuğun bir anlaşma yapılmadan sona ermesi hâlinde zamaşımı süresi, arabuluculuğun anlaşma olmadan bittiği tarihten itibaren, taraflardan birinin veya her ikisinin ya da arabulucunun, arabuluculuğun bitirildiğini veya arabuluculuktan fiilen geri çekildiğini beyan ettiği günden hesaplanarak işlemeye devam eder. Zamaşımı süresi, bu süre içinde geçici

veya benzer bir tedbirin etkisini kaybetmesini veya kaldırılmasını önlemek için dava açılmasının gerekli olması hariç, işlemeye başladığı tarihten itibaren en az bir ay uzayacaktır.

Madde 8- Uygulama hükümleri

Komisyon, Üye Devletlerce madde 5(2)'ye göre bildirilen yetkili mahkemeler ve makamlarla ilgili olarak bilgi verir.

Madde 9- Yürütme

1. Üye Devletler, bu Yönerge hükümlerine uymak için gereken kanunları, yönetmelikleri ve idari kuralları en geç 1 Eylül 2007 tarihine kadar yürürlüğe koyacaklardır. Üye Devletler, bunları derhal Komisyon'a bildireceklerdir.

2. Üye Devletler bu mevzuatı çıkarttıklarında, mevzuatta bu Yönergeye atıf yapacaklar veya bunların resmî gazetede yayınında bu Yönergeye atıfta bulunacaklardır. Bu atfın nasıl yapılacağına Üye Devletler karar verecektir.

Madde 10-Yürürlüğe girme

Bu Yönerge, Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayımlanmasını takip eden yirminci günde yürürlüğe girecektir.

Madde 11-Muhataplar

Bu Yönerge Üye Devletlere yöneliktir.

Brüksel'de düzenlenmiştir.

Avrupa Parlamentosu adına Konsey adına

Başkan Başkan

E) Arabuluculuk Yönergesi Önerisinin Maddelerinin İncelenmesi

Yönerge önerisinin maddeleri incelenirken kıyas yapılabilecek en önemli kaynak⁷⁴, Amerika Birleşik Devletleri Tek Tip Eyalet Kanunları Hakkında Ulusal Komiserler Konferansı⁷⁵ (*The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) tarafından hazırlanan ve Ulusal Komiserler Konferansının 10-17 Ağustos 2001 Tarihindeki yıllık toplantısında onaylanarak bütün eyaletlere tavsiye edilen Tek Tip Arabuluculuk Kanunudur⁷⁶ (*Uniform Mediation Act,UMA*). Amerika

⁷⁴ Kıta Avrupası Hukukunda kıyas yapmaya elverişli bir kaynak olarak "Avusturya Arabuluculuk Kanunu" gösterilebilir. Bu Kanun için bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (Avusturya) (Çev. Osman İsfen) (MİHDER 2006/5 s. 1325-1334).

⁷⁵ <http://www.nccusl.org/>

⁷⁶ Tek Tip Arabuluculuk Kanunu hakkında geniş bilgi için bkz. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws: Uniform Mediation Act (Northern Illinois

Birleşik Devletleri'nde son otuz yılda arabuluculuğun uygulanmasında görülen büyük artış, arabuluculuğun bütünlüğünü korurken, etkin bir şekilde kullanılmasını kolaylaştıracak ve arabuluculukla adalet sistemi arasında uygun bir ilişki kuracak kuralların benimsenmesini gerekli kılmıştır. Birleşik Devletler'de arabuluculuğu düzenleyen hukuk kuralları arasında bir yeknesaklık yoktur. Ülke çapında arabuluculuğa ilişkin maddî hukuk ve usûl hukuku kurallarını düzenleyen eyalet kanunları, federal kanunlar veya mahkeme kurallarının sayısı 2.000'den fazladır. Tek Tip Eyalet Kanunları Hakkında Ulusal Komiserler Konferansı ve Amerika Barolar Birliği Uyuşmazlık Çözüm Bölümü, bu sorunu çözecek bir model Tek Tip Arabuluculuk Kanunu hazırlamak üzere ortak bir komite kurmuştur⁷⁷. Özellikle katılımcıların, arabuluculuk sürecinin gizliliğine yönelik haklı beklentilerine cevap veren bir kanun, kuşkusuz arabuluculuğa olan ilgiyi arttıracaktır. Bu nedenle Tek Tip Arabuluculuk Kanunu, arabuluculuğun gizliliğinin korunmasına büyük önem vermiştir⁷⁸.

Yönerge önerisinin birinci maddesi incelendiğinde, hazırlanma amaçlarının UMA ile benzer olduğu görülmektedir. Gerçekten UMA'nın öncelikli amacı, arabuluculuk alanında yeknesaklığı sağlamaktır. UMA, arabuluculukla ilgili kanunlardaki karmaşıklığı gidermek üzere hazırlanmıştır. Hâlen Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuğa ilişkin hükümler içeren 2500'den fazla kanun bulunmaktadır. UMA bu kanunların bir çoğunun yerini alacaktır. Tıpkı Avrupa Birliğine üye olan devletlerde olduğu gibi Amerika Birleşik Devletleri'nde de, mevcut kanun hükümleri eyaletten eyalete farklılık göstermekte, arabuluculuğun tanımı, arabuluculuğa konu olacak uyuşmazlıklar, gizlilik ve arabuluculuğun içeriği (örneğin arabuluculuğun mahkemede mi, topluluk programında mı yoksa özel bir kuruluştaki mi gerçekleştirileceği) gibi konularda değişik düzenlemeler bulunmaktadır. Bu durum da yeknesaklığa zarar vermektedir. Oysa yeknesaklık, eyaletler arasında bir düzen ve uyum oluşturulması, arabuluculuğa başvurulmasının özendirilmesi, istikrarlı uygulamalar yapılması, sınır ötesi (eyaletler arası) arabuluculuklarda uygulanacak kuralların öngörülebilir olması ve sürecin sadeliği açısından çok yararlıdır⁷⁹. Bu nedenle, gerek UMA gerek arabuluculuk yönergesi önerisi aynı amaçlara hizmet etmektedir.

University Law Review 2002/2, s. 165-249); National Conference of Commissioners on Uniform State Laws: Uniform Mediation Act, Chicago 2001; Rausch, Monica: The Uniform Mediation Act (Ohio State Journal on Dispute Resolution 2003, Vol. 18, s. 603-618); Hughes, Scott H.: The Uniform Mediation Act: To The Spoiled Go The Privileges (Marquette Law Review 2001, Vol. 85, s. 9-77); Deason, Ellen E.: The Quest For Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability? (Marquette Law Review 2001, Vol. 85, s. 79-111).

⁷⁷ Scanlon s. 4.

⁷⁸ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws s. 166.

⁷⁹ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws s. 173.

Yönerge önerisinin ikinci maddesi, bu yönergenin amaçları doğrultusunda, “arabuluculuk” ve “arabulucu” kavramlarını tanımlamaktadır. Öncelikle maddede, yönergenin mümkün olduğu kadar geniş bir uygulamaya sahip olması için tanımlar oldukça genel yapılmıştır. İkinci olarak, mevcut bir uyuşmazlıkta yönergenin çözüm sürecinin yapısına göre şekillenmesi amaçlandığından, sübjektif unsurlar belirlenmesinden kaçınılmış; bu nedenle, arabulucunun bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi kıstaslara yer verilmemiştir⁸⁰. Sonuçta, bir hüküm verilmesini esas alan usûllerle, tarafsız kişinin, uyuşmazlığın çözümü hakkında bağlayıcı olsun veya olmasın bir görüş bildirdiği usûller yönerge önerisinin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bunun gibi, hukuk yargılaması sürecinde hâkimin tarafları uzlaştırmak için yaptığı girişimler de yönergeye dâhil edilmemiştir. Zira, yargısal arabuluculuk (*judicial mediation*) olarak bilinen bu tür girişimler, hâkimce dava yönetimi kapsamında kullanılan yöntemler olup⁸¹, yönerge hükümlerinin bir çoğu bu durumla ilgili değildir. Buna karşılık, arabuluculuğun davaya bakan hâkimden başka bir hâkim (veya arabulucu) tarafından yönetildiği mahkeme kökenli arabuluculuk programları yönergenin kapsamına girmektedir.

UMA'nın “Tanımlar” başlıklı ikinci maddesinde arabuluculuğun benzer şekilde tanımlandığı görülmektedir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre arabuluculuk, “bir arabulucunun, tarafların uyuşmazlıkları hakkında gönüllü bir anlaşmaya varmalarında onlara yardımcı olmak amacıyla, taraflar arasındaki iletişim ve müzakereyi kolaylaştırdığı bir süreçtir”. Bu tanımda, “müzakere” üzerinde durulmasının amacı, tahkim, vakıa tespiti ve istişare gibi hüküm vermeye dayalı usûllerin kapsam dışı tutulmasıdır. Arabulucunun taraflara “yardımcı olması”, onun bir hakemden farklı olarak karar verme yetkisine sahip olmadığını gösterir. Arabulucunun müzakereyi “kolaylaştırmasıyla”, arabuluculuk yöntemleri içinden birinin tercih edilmesi amaçlanmamıştır⁸².

UMA'nın ikinci maddesinin üçüncü fıkrasına göre arabulucu, “arabuluculuğu yöneten bir kişidir”. Yönerge önerisine benzer olarak bu tanımda, arabulucunun belli bir meslekten olması veya belli niteliklere ve tecrübeye sahip olması zorunlu tutulmamıştır. Ancak, arabulucunun olası menfaat çatışmalarıyla ilgili bilgi verme yükümlülüğü, UMA'nın dokuzuncu maddesinde mevcuttur⁸³.

⁸⁰ Arabulucunun temel özelliklerinden olan tarafsızlık ve bağımsızlık, çoğu zaman eş anlamlı olarak kullanılmakta olup, taraflara eşit şekilde yaklaşılmasını ifade eder ve genellikle arabuluculara ilişkin etik kurallar içinde düzenlenir (Kovach-Mediation s. 311).

⁸¹ Otis, Louise: Alternative dispute resolution: judicial mediation (The Early Settlement of Disputes and the Role of Judges, 1st European Conference of Judges, 24 and 25 November 2003, Strasbourg, Council of Europe 2005, s. 67-75), s. 71.

⁸² National Conference of Commissioners on Uniform State Laws s. 181.

⁸³ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws s. 184.

UMA'nın tanımları düzenleyen ikinci maddesinde, arabuluculuk müzakereleri, arabuluculuğun tarafları, uyuşmazlığa taraf olmayan katılımcılar, süreç, kayıt ve imza gibi kavramlar da tanımlanmıştır. Bu açıdan, tanımların daha geniş olduğu UMA'nın esas alınarak yönerge önerisinde de ilgili kavramların tanımlanmasında yarar vardır.

Yönerge önerisinin üçüncü maddesinin amacı, genel bir kural olarak tarafların, mevcut uyuşmazlığın çözümünde arabuluculuğa başvurmayı düşünmelerini sağlamaktır. Bu madde arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu tutmadığı için, taraflar bu konuda karar verme hakkına sahiptirler. Bununla beraber mahkeme, tarafları, arabuluculuğu tanıtan bir bilgilendirme toplantısına katılmaya zorlayabilir. Örneğin mahkemenin, uyuşmazlığın arabuluculukla çözülmeye uygun olduğu kanaatine varması; fakat tarafların, arabuluculuk konusundaki bilgi eksiklikleri yüzünden arabuluculuğa başvurmayı reddetme ihtimalinin bulunması hâlinde, bu tür bir bilgilendirme toplantısına katılmaları çok yararlı olabilir⁸⁴. Bilgilendirme toplantısını düzenleyen kanun hükümleri Üye Devletlerce oluşturulacaktır. Yönerge önerisinde, arabuluculuğa başvurulmasında zorunluluk esası benimsenmemiş, ADR yollarının genel özelliği olan gönüllük ilkesi muhafaza edilmiştir. Ancak bu durum, Üye Devletlerin, belirli uyuşmazlıklarda (örneğin miktar veya değeri belli bir tutarın altında kalan uyuşmazlıklarda) arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu tutmalarına engel değildir⁸⁵. Hiç kuşkusuz, böyle bir kural kabul edilirse, bireylerin adalete erişim hakkı (mahkemeler önünde hak arama hürriyeti) kısıtlanmamalıdır. Bu durum, bilhassa sınır ötesi uyuşmazlıklarda büyük önem taşır.

Yönerge önerisinin diğer maddeleri incelendiğinde, Avrupa Birliğinde sunulan arabuluculuk hizmetlerinin kalitesi konusunda başka tedbirlere gerek duyulduğu görülmektedir. Yönerge önerisinde, alınabilecek tedbirler konusunda Üye Devletlere büyük bir serbesti tanınmıştır. Avrupa Komisyonu bu aşamada, Üye Devletleri kendi düzenlemelerini yapmaları konusunda serbest bırakmanın daha uygun olacağını düşünerek, dördüncü maddede bunu teşvik etmiştir. Komisyon, arabuluculara yönelik Avrupa etik kurallarının gelişimini desteklemektedir.

⁸⁴ Arabuluculuğa başvurmadan önce tarafların bilgilendirme amacıyla bir arabulucu avukatla ön görüşme yapması, uygulamada çoğu zaman başvuru aşamasıdır. Bkz. yuk. § 1.

⁸⁵ Almanya'nın bazı eyaletlerinde, miktar veya değeri belli bir tutarın altında kalan uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunlu tutularak, bu husus özel bir dava şartı hâline getirilmiştir. Örneğin Bavyera Eyaleti Uzlaşma Kanununun 1. maddesine göre Bavyera eyaletinde bu tutar 750 Euro'dur. Bkz. 25 Nisan 2000 Tarihli Hukuk Davalarında Mahkeme Dışı Mecburî Uzlaşmaya ve Mahkemeler Teşkilatına Dair Hükümlerin Değiştirilmesine İlişkin Bavyera Eyaleti Kanunu (Bavyera Eyaleti Uzlaşma Kanunu) (Çev. Osman İsfen) (MİHDER 2006/5 s. 1335-1341), s. 1336; Tanrıver-Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış s. 832.

Yönerge önerisinde, etik kuralların açıkça desteklenmesine karşılık, arabuluculara yönelik bazı temel yükümlülükler değinilmemiştir. Oysa, UMA'nın dokuzuncu maddesinde olduğu gibi, arabulucuların taraflardan biriyle olan menfaat çatışmalarını ve tarafsızlığını etkileyebilecek hâlleri açıklama yükümlülüğünün yönerge önerisinde de yer alması gereklidir. Özellikle, arabulucuların belli bir mesleğe mensup olması şart kılınmadığı takdirde⁸⁶, uymaları gereken temel etik kuralların açıkça belirlenmesi, uygulamanın doğru gelişmesine hizmet edecektir⁸⁷.

Yönerge önerisinin beşinci maddesinde düzenlenen, uzlaşma anlaşmalarının icra edilmesi imkânı, başta Brüksel I Tüzüğü'nün müzakerelerinde olmak üzere, Yeşil Kitabın çalışmaları başlatılmadan önce de tartışılmıştır⁸⁸. Buradaki tartışma, uzlaşma anlaşmasının, mahkeme dışı bağlayıcı bir sözleşme olarak icra edilmesiyle değil, icranın istendiği Üye Devlette yürürlükte olan icra usûlüne göre doğrudan icra edilmesiyle ilgilidir.

Uzlaşma anlaşmasının icra edilebilmesi bazı Üye Devletlerde mümkündür. Buna göre, anlaşma bir notere veya mahkemeye sunularak onaylanmakta ve resmî belge niteliğini kazanmakta; böylece mahkeme ilâmlarıyla aynı şekilde icra edilebilmektedir. Bazı üye devletlerde aile uyuşmazlıklarında, diğer kamu mercilerinin veya mahkemelerin katıldığı benzer olanaklar da bulunmaktadır.

Bu usûller sonunda, uzlaşma anlaşmasının, topluluk müktesebatına uygun olarak başka bir Üye Devlette tanınması ve tenfizi mümkün olmaktadır. Uzlaşma anlaşmaları, Üye Devletlerde benzer bir onay sürecini müteakip, tenfizin yapılacağı Üye Devlette ilave bir işlem yapmaya gerek kalmadan, bir Avrupa Tenfiz Düzeni oluşturan Tüzüğe göre icra edilmektedir. Aynı süreç, Brüksel I Tüzüğüne göre tenfiz edilebilecek olan resmî belgeler hakkında da geçerlidir. Brüksel II Tüzüğü, bu Tüzüğü'nün kapsamına giren uzlaşma anlaşmalarının tanınması ve tenfizini açıkça mümkün kılmıştır. Üstelik bu Tüzüğe göre, uzlaşma anlaşmaları, bir kamu mercisi veya mahkeme tarafından onaylanmamış dahi olsa ulusal hukuka göre tenfiz edilebilir⁸⁹.

Uzlaşma anlaşmalarına tenfiz kabiliyetinin tanınması, özellikle sınır ötesi uyuşmazlıklarda önem taşır. Zira, bu uyuşmazlıklarda anlaşma koşullarına uyulmaması, tarafları başka bir Üye Devlette dava açmak

⁸⁶ Arabulucuların sadece avukatlar arasından seçilmesi hâlinde bu eksiklik, avukatlık meslek kuralları sayesinde bir ölçüde giderilebilir; ama bu durumda bile avukatlık meslek kuralları yeterli olmayacağından, arabuluculara yönelik etik kuralların özel olarak belirlenmesi gereklidir.

⁸⁷ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws s. 231.

⁸⁸ Commission of the European Communities-Green Paper s. 31; Özbek-Avrupa Birliği s. 307.

⁸⁹ Commission of the European Communities-Commission Staff Working Paper s. 5.

zorunda bırakabilir. Uzlaşma anlaşmalarının doğrudan icra edilmesine olanak tanımak suretiyle bu tehlikenin önlenmesi, tarafların menfaatini önemli ölçüde koruyacak ve arabuluculuk yolunun etkin bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak dava yoluyla aynı düzeye gelmesini sağlayacaktır. Bu nedenle, yönerge önerisinde bu imkânın bütün Üye Devletlerde tanınması öngörülmüştür. Uzlaşma anlaşmalarına icra edilebilirlik vasfının belli bir süre sonunda kendiliğinden değil, daima resmî bir makamın onayıyla tanınması nedeniyle bu çözüm tarzı tercih edilmiştir.

Üye Devletler, bütün mahkemeleri veya sadece belli mahkemeleri bu tür talepler için görevlendirebilirler. Böyle bir onay süreci, halen Üye Devletlerin bir çoğunda noterler vasıtasıyla gerçekleştirildiği veya noterlere benzer şekilde mahkemelerin görev aldığı bir sistem benimsendiği için, Üye Devletlerde ilave tedbirler almaya gerek yoktur.

Yönerge önerisinin altıncı maddesinde gizlilik ilkesi vurgulanmıştır. Taraflara, arabuluculuk sürecinin gizliliği konusunda anlaşma imkânının tanınması, arabuluculuğun en önemli faydalarından biridir ve arabuluculuğun etkinliği için hayati önem taşır⁹⁰. Ancak, tarafların gizliliği korumak amacıyla yaptıkları anlaşmalar veya arabulucunun taahhüdü bazen yetersiz kalabilir. Özellikle, mahkemenin daha sonraki bir dava sürecinde, gizlilik anlaşmasını bağlayıcı kabul etmeyerek arabulucunun tanık olarak dinlenmesine karar vermesi hâlinde ciddi bir sorunla karşılaşılır. Bunun nedeni, Üye Devletlerin bir çoğunun hukuk yargılama usûlü kanunlarında, delillerin, davayla ilgili olmak şartıyla taraflarca mahkeme önüne getirileceğini⁹¹ ve tanık olarak çağrılan kişilerin kanunen tanıklık yapmak zorunda olduklarını öngören temel bir kuralın benimsenmiş olmasıdır⁹².

Her ne kadar, taraflardan birinin arabuluculuğun gizliliğini ihlâl etmesi hâlinde, diğer tarafın sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurması mümkün olsa da, taraflardan birinin görülmekte olan bir davada arabulucuyu tanık olarak göstermesi hâlinde bu müeyyide yetersiz kalacaktır. Gizliliği düzenleyen hükümlere olan ihtiyacın diğer bir göstergesi de, arabulucular

⁹⁰ Commission of the European Communities-Green Paper s. 28-29; Özbek-Avrupa Birliği s. 303.

⁹¹ Hukukumuzda, yargılamaya egemen olan ilkelerden “taraflarca hazırlama ilkesi” benimsenmiş ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzun 75, I. maddesinde bu kural ifade edilmiştir. Bu ilke için bkz. Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. 2, İstanbul 2001, s. 1919; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2006, s. 401; Üstündağ s. 239; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 217-223; Alangoya, Yavuz: Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 7 vd.; Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2004, s. 201; Becker-Eberhard, Ekkehard: Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilme İlkesinin Esasları ve Sınırları (Çev. M. Kâmil Yıldırım) (İlkeler İşığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2002, s. 17-42).

⁹² Örneğin, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 253, I. maddesine göre, hukukumuzda tanıklık yapmak zorunludur.

arasında teminat yönünden eşitliği sağlamaktır. Bazı arabulucular (örneğin arabulucu avukatlar), mensup oldukları meslekleri sebebiyle, meslek sırrına dayanarak, öğrendikleri bilgileri açıklamaktan ve tanıklık yapmaktan kaçınma hakkına sahipken⁹³, diğerleri bu haktan yoksundurlar. Bu durum, arabulucular arasında haksız rekabete yol açabilir. Bu nedenle, arabulucuların mesleğine bakılmaksızın, arabuluculuk sürecinin gizliliğini koruyan özel kanun hükümlerinin hukuk yargılama usûlü kanunlarında düzenlenmesi zorunludur.

Gizliliğin dava süreci dışında korunması için yasal bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur. Zira bu husus, sözleşme serbestisi gereği tamamen taraflar arasında yapılacak bir sözleşmenin konusudur ve kanunun izin vermesi hâlinde, bu tür bir gizlilik anlaşması taraflar için bağlayıcı olacaktır. Gizlilik konusunda tarafların aksine bir anlaşma yapma hakları saklıdır⁹⁴. Bu nedenle, bu konunun müktesebatta düzenlenmesinde bir kamu yararı görülmemiştir⁹⁵.

Altıncı madde hazırlanırken, UNCITRAL ticarî arabuluculuk kurallarının onördüncü maddesi örnek alınmıştır⁹⁶. Zira bu madde, hem iyi bir örnek oluşturmakta hem de arabuluculuğa ilişkin farklı kuralları birbiriyle bağdaştırmaktadır. Altıncı maddede, genel bir kural koymak yerine, gizliliğin kapsamına giren hususlar sayma yoluyla (*numerus clauses*) özel olarak belirlenmiştir. Arabuluculuğun ve arabulucuların yapısı ve niteliklerinin yönergede ayrıntılı olarak düzenlenmemiş olması nedeniyle, altıncı maddenin bu şekilde hazırlanması daha uygun görülmüştür. Bu noktada, arabuluculuk yönergesinin ve dolayısıyla gizliliği düzenleyen bu maddesinin sadece hukuk uyuşmazlıklarında uygulanacağı; bu nedenle arabulucudan elde edilebilecek delillerin ceza davalarında kullanılabileceği unutulmamalıdır. Ceza uyuşmazlıklarında arabuluculuğun gizliliği, Ceza Yargılama Usulü Kanunlarında özel olarak düzenlenmelidir⁹⁷. Gizliliğe ilişkin bir istisna, uzlaşma anlaşmasının yorumu ve icra edilmesinde öngörülmüştür. Uzlaşma anlaşmasının icra edilmesi istendiğinde, anlaşmanın geçerliliği veya iç hukuka uygunluğu konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, bu hususta karar verecek olan mahkeme, davada doğru bir karar verebilmek için arabulucudan elde edeceği delilleri esas alabilmelidir.

⁹³ Örneğin hukukumuzda, arabulucu avukatlar için Avukatlık Kanununun 36. maddesinde, arabulucu noterler için Noterlik Kanununun 54. maddesinde öngörülen sır saklama yükümlülüğü ve meslek sırrı dolayısıyla tanıklıktan çekinme hakkı bu güvenceyi sağlamaktadır.

⁹⁴ Commission of the European Communities-Green Paper s. 29; Özbek-Avrupa Birliği s. 304.

⁹⁵ Commission of the European Communities-Commission Staff Working Paper s. 6.

⁹⁶ Dayınlarlı, Kemal: UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Ankara 2000, s. 34.

⁹⁷ Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 253. maddesinin 6. fıkrasında, uzlaşma müzakerelerinin gizli olarak yürütüleceği belirtilerek, gizlilik ilkesi özel olarak düzenlenmiştir.

Maddede öngörülen diğer istisnalar, kamu düzeninin ihlâli düşüncesiyle kabul edilmiş ve bunun en önemli örnekleri maddede sayılmıştır.

Gizliliğe ilişkin düzenlemeler, UMA'nın dördüncü ve devamındaki maddelerinde ayrıntılı olarak yer almaktadır. Yönerge önerisindeki benzer hükümler içeren UMA'da, gizlilikten feragat edilmesi (UMA m.5), gizliliğin istisnaları (UMA m.6) ve arabulucunun raporunun içeriği (UMA m.7) ayrı maddelerle düzenlemiştir. Yönerge önerisinde de bu hususların özel olarak düzenlenmesi, gizliliğin tam olarak koruması bakımından yararlı olacaktır.

Yönerge önerisinin yedinci maddesiyle amaçlanan, arabuluculuğun başarısız olması veya görülmekte olan davada uygun bir çözüm yolu olmadığı fark edilmesi hâlinde, tarafların arabuluculuğa başvurmasının dava açma imkânlarını kısıtlamamasıdır. Dava açma imkânının tam olarak korunması için, arabuluculuk sürecinde zamanaşımı süresinin işlememesi gerekir⁹⁸. Bu sayede, arabuluculuğa başvuran kişilerin, sırf zamanaşımının işlemlerini durdurmak için, aynı anda dava açmak zorunda kalmaları da önlenecektir. Arabuluculuğa başvurulurken aynı zamanda dava da açılması, dostane uyuşmazlık çözüm sürecine zarar vermekle kalmayacak, davanın esası hakkında belki de hiçbir karar vermesi gerekmeyecek olan mahkemenin boş zaman ve emek harcamasına da yol açacaktır⁹⁹.

Bu maddenin işlerlik kazanması için, tarafların arabuluculuğa başvurmaya birlikte karar vermeleri gerekir; zira, arabuluculuğun başlaması için her iki tarafın da rızası şarttır. Diğer taraftan, arabuluculuğun gönüllü bir süreç olması sebebiyle, taraflardan biri tek taraflı olarak arabuluculuğu bitirebilir. Bu hâlde zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlamalıdır. Böylece arabuluculuk sürecinin, dava sürecini sürüncemede bırakmak amacıyla kötüye kullanılması tehlikesi de önlenir¹⁰⁰.

SONUÇ

Avrupa Birliğinde malların, hizmetlerin ve kişilerin serbest dolaşımı, Avrupalıların hareket kabiliyetini artırmış ve sınır ötesi ticarî faaliyetleri geliştirmiştir. Buna karşılık, Üye Devletlerin hukuk sistemleri, yargılama usûlleri ve idarî uygulamaları arasındaki doğal farklılıklar, ticarî işletmelerin haklarını kullanmalarını engellemektedir. Bu nedenle, özel hukuk alanında Üye Devletler arasında daha geniş bir işbirliği yapılarak, hukuk yargılama

⁹⁸ Commission of the European Communities-Green Paper s. 26; Özbek-Avrupa Birliği s. 300.

⁹⁹ Dava açılmasının maddî hukuka ilişkin sonuçlarından biri de, zamanaşımı süresinin kesilmesidir (BK m. 133). Bu nedenle, hukukumuzda dava sürecinde arabuluculuğa başvurulması hâlinde (yani mahkeme kökenli arabuluculukta) bu hükme gerek yoktur. Ancak, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması hâlinde zamanaşımının kesilmesini sağlamak için, Borçlar Kanunu veya Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda ya da Avukatların uzlaşma sağlama yetkisini düzenleyen Avukatlık Kanununun 35/A maddesinde bu kuralı içeren bir hükme yer vermek gerekir.

¹⁰⁰ Commission of the European Communities-Commission Staff Working Paper s. 7.

usûllerinin uyumlaştırılması büyük bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır.

Özel hukuk alanında müktesebatta yapılan öneriler, Üye Devletlerin adlî ve idarî rejimlerindeki karmaşıklığı gidererek, bu rejimleri sadeleştirmeyi amaçlamaktadır. Bu öneriler, Avrupa Topluluğu Anlaşmasında teminat altına alınan ilkelerin hayata geçirilebilmesi için, çatışan sistemler arasındaki uyumsuzluğu gidermek üzere ileri sürülmüştür. Amsterdam Anlaşmasınının 65. maddesi, hukuk uyumsuzluklarında adlî işbirliği alanında önerilen tedbirlerin yasal temeli olup, “Avrupa Birliği Hukuk Adaleti” olarak adlandırılmaktadır.

Sınır ötesi unsur taşıyan konularda iç pazarın etkin işlemesi için adlî işbirliği kaçınılmazdır. Amsterdam Anlaşması bu amaçla şu tedbirleri öngörmüştür¹⁰¹:

- 1) Adlî ve gayri adlî belgelerin sınır ötesi dolaşımı için doğru ve sade bir sistem oluşturmak ve delillerin toplanmasında işbirliği yapmak;
- 2) Yargı dışı çözümlerde verilen kararlar da dâhil olmak üzere, hukuk davalarında ve ticarî davalarda verilen mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini olanaklı kılmak;
- 3) Üye Devletlerdeki kanunlar ihtilafı ve mahkemelerin yargı yetkisini düzenleyen kurallar arasında uyum sağlamak;
- 4) Hukuk yargılamasının iyi işlemesini önleyen engelleri kaldırmak ve gerekirse Üye Devletlerin hukuk yargılama usûlü kurallarını uyumlu hâle getirmek.

Bu mülâhazalarla, günümüzde Avrupa Birliği müktesebatında yeni tüzük ve yönerge önerileri üzerinde çalışılmaktadır. Avrupa Birliği yasama sürecinde görüşülen öneriler, Avrupa Parlamentosu ile Avrupa Konseyinin mutabakatını gerektiren ortak bir karar alma sürecinin ardından müktesebata girmektedir.

Üye Devletlerde hukuk adaleti alanında işbirliğinin artırılmasını gerektiren bir başka husus, Avrupa Birliği hukukunun “olmaz ise olmaz” önceliklerinden biri olarak kabul edilen “adalete erişim” ilkesidir. Bu ilkenin, yargı sistemi kadar, etkili yargı dışı uyumsuzluk çözüm yollarına erişimi de kapsadığı kabul edilmektedir.

Avrupa genelinde ADR yöntemlerine erişilebilmesi, sınır ötesi uyumsuzluklardan kaynaklanan sorunların çözülmesinde önemli bir etkiye sahiptir. Bu nedenle, 2004 yılının Temmuz ayında uygulamaya koyulan “Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları”nın hemen ardından, ADR’ye ilişkin asgari ortak kuralları içeren bir yönerge önerisinde bulunulmuştur.

¹⁰¹ The Law Societies Joint Brussels Office: The Brussels Office Law Reform Update Series: EU Civil Law, January 2006, s. 4.

Yönerge önerisi üzerindeki tartışmalar, yönergenin bütün arabuluculuk alanlarını kapsayıp kapsamayacağı ve sadece sınır ötesi arabuluculuklarda mı, yoksa Avrupa Birliği genelindeki bütün arabuluculuklarda mı uygulanacağı konularında yoğunlaşmaktadır. Bu tartışmalar sonuçlandıktan sonra, yönerge müktesebata girecektir. Avrupa Komisyonu, yönergenin kapsamının geniş olmasını savunmakta ve Komisyonun görüşü ADR kuruluşlarınca desteklenmektedir. Buna karşılık Avrupa Konseyinin Hukuk Servisi, sınır ötesi uyuşmazlıklardan daha kapsamlı olacak bir yönergenin, Anlaşmalarla verilen yetkiyi aşacağını belirtmiştir¹⁰². Birleşik Krallık, yönergenin kapsamının sınır ötesi uyuşmazlıklarla sınırlı kalması hâlinde, yönergeyle bağlı olup olmayacağına karar verme hakkına sahiptir. Nihayet diğer bir tartışma, yönergenin aile hukukunu kapsayıp kapsamayacağı konusunda yapılmış ve aile arabuluculuğunun Yönergenin kapsamına girdiği kabul edilmiştir¹⁰³.

Arbuluculuğun Avrupa Birliğinde yayılmasını ve Üye Devletlerin hukuk yargılama usûlü kurallarının arbuluculuğa ilişkin hükümlerinin birbiriyle uyumlu olmasını sağlamak bakımından, arbuluculuk yönergesinin kapsamı geniş tutulmalıdır. Ayrıca, aile arabuluculuğunun farklılık gösteren yönlerinin özel olarak düzenlenmesi kaydıyla, yönergenin aile hukukunu da kapsamaması yararlı olmuştur. Zira aile arabuluculuğu, arbuluculuğun genel ilkelerine ilaveten kendine has bazı özelliklere sahip bulunmaktadır¹⁰⁴. Böylece, Üye Devletlerin hukuk yargılama usûlü kurallarında arbuluculuğu düzenleyen hükümler arasında uyum sağlanabilir ve ADR'nin asgari güvencelerini içeren, etkin ve basit düzenlemeler yapılabilir. Bu da kuşkusuz, ADR'ye başvuran kişilerin ADR'den daha fazla yararlanmasına hizmet edecektir.

Avrupa Konseyi, 15-16 Eylül 2005'te, arabuluculuk yönergesi önerisi üzerinde kapsamlı görüşmeler yapmış ve bu konu, 1-2 Aralık 2005'te Adalet ve İç İşleri Konseyinde tartışılmıştır. Konsey, sınır ötesi uyuşmazlıklar ve ikincillik ilkesinin uygulanması konularında yönerge önerisinin metni üzerinde ortak bir anlayışın tesis edildiğini belirtmiştir. Avrupa Komisyonu, yönerge önerisinin geniş kapsamlı olması ve sınır ötesi arabuluculuklar da dâhil olmak üzere bütün arabuluculukları içermesi gerektiğini ısrarla savunmuş; Komisyonun bu görüşü Avrupa'daki ADR kuruluşları tarafından

¹⁰² The Law Societies Joint Brussels Office- January 2006 s. 7.

¹⁰³ The Law Societies Joint Brussels Office: The Brussels Office Law Reform Update Series: EU Civil Law, March 2007, s. 6.

¹⁰⁴ Aile arabuluculuğunun özellikleri için bkz. Council of Europe: Family Mediation in Europe, Proceedings, 4th European Conference on Family Law, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1-2 October 1998, Germany 2000; Council of Europe: Family Mediation, Recommendation No. R (98) 1, and explanatory memorandum, Strasbourg 1998; Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arbuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı (DEÜHFD 2005/2, s. 71-102); Stintzing, Heike: Meditation-A Necessary Element in Family Dispute Resolution?, Frankfurt 1994.

da desteklenmiştir¹⁰⁵. Hukuk İşleri Komitesi, arabuluculuk yönergesi önerisiyle ilgili olarak yaptığı çalışma ve araştırmalar kapsamında, 20 Nisan 2006 tarihinde Avrupalı uzmanların katıldığı bir açık oturum düzenlemiştir¹⁰⁶. Yönerge önerisinin, 2007 yılında Avrupa Parlamentosunda kabul edilmesi ve bu alanda kaynak teşkil edecek önemli bir hukukî metin olması beklenmektedir. Yönerge önerisi Avrupa Parlamentosunda kabul edildiğinde, üye devletler üzerinde bağlayıcılık kazanacak ve üye devletler, Yönergenin amacına ulaşmak için, Yönerge kapsamında gerekli düzenlemeleri yapacaklardır¹⁰⁷.

Ülkemizde adalet reformu çalışmaları kapsamında, adalet hizmetlerinin etkinliğinin artırılması için alınacak tedbirler içinde ADR önemli bir yer işgal etmektedir. Adalet hizmetlerinin etkinliğinin artırılması için, mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi zorunludur. Bu konuda başvurulacak en etkili yöntemlerden biri de ADR'dir¹⁰⁸. Bu nedenle, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda gerekli değişikliklerin yapılarak mahkeme kökenli ADR'ye etkinlik kazandırılması büyük önem taşımaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 142. maddesinde, mahkemenin ön inceleme aşamasında, dava şartlarını ve ilk itirazları incelemesi; uyuşmazlık konularını tam olarak belirlemesi; hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapması; tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe (uzlaşmaya) yahut arabulucuya (arabuluculuğa) gitmeye teşvik etmesi öngörülerek, mahkeme kökenli arabuluculuğun düzenlenmesi için uygun bir yasal temel oluşturulmuştur¹⁰⁹. Medenî yargılama hukukumuzda yeni kabul edilen bir yargılama kesiti olan "ön inceleme", Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Üçüncü Kısım Dördüncü Bölümünde düzenlenmiştir¹¹⁰. Hâkim, ön inceleme oturumunda, uyuşmazlık konularının tespitinden sonra, tarafları sulhe (uzlaşmaya) teşvik eder, bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, sulh olmaları (uzlaşmaları) için bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir oturum günü tayin eder (Tasarı m. 145,2). Ön inceleme aşamasında

¹⁰⁵ The Law Societies Joint Brussels Office- January 2006 s. 8; The Law Societies Joint Brussels Office- March 2007, s. 6.

¹⁰⁶ The Law Societies Joint Brussels Office: The Brussels Office Law Reform Update Series: EU Civil Law, March 2006, s. 8; The Law Societies Joint Brussels Office- March 2007, s. 6.

¹⁰⁷ Pekcanitez s. 13; Tanrıver-Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları s. 156; Tanrıver- Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış s. 824 vd.

¹⁰⁸ European Committee on Legal Co-operation s. 23; Özbek-Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler s. 232.

¹⁰⁹ Adalet Bakanlığı: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Ankara 2006, s. 39.

¹¹⁰ Pekcanitez, Hakan: Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı (HPD 2006/8, 69-78), s. 75; Özkes, Muhammet: Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama; HMK Tasarısı'nda Ön İnceleme (HPD 2006/8, 101-110), s. 107.

hâkime, tarafları uzlaşmaya teşvik etme ve arabuluculuğa başvurma yetkisi verilmesine karşılık, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları veya arabuluculuk Tasarıda özel olarak düzenlenmemiş; bunun gerekçesi olarak da, “Avrupa Birliğine dâhil olan ülkelerdeki gibi, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hakkında ayrı bir kanun hazırlanmasının daha uygun olacağını Komisyonca kabul edildiği” belirtilmiştir¹¹¹. Kanımca, mahkeme kökenli ADR dava sürecinin bir parçası olduğundan, ön inceleme aşaması içinde mütalâa edilerek, ADR'nin (veya arabuluculuğun) usûl ve esaslarının Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenmesi gerekir. Arabuluculuk yönergelerinin kapsamı dikkate alınarak Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki hükümler aile arabuluculuğuna da uygulanmalı; Aile Mahkemeleri Kanununda (m. 7) aile arabuluculuğunun özel hükümlerine yer verilmeli, aile arabuluculuğunun genel usûl ve esasları, Hukuk Muhakemeleri Kanununa atıf yapılmak suretiyle düzenlenmelidir. Bu sayede, halen hukukumuzda gerektiği gibi uygulanamayan aile arabuluculuğu da düzenlenmiş olacak ve önemli bir eksiklik giderilecektir. Arabuluculuk yönergesi önerisi, bu kapsamda yapılacak çalışmalara şüphesiz ışık tutacaktır.

EK:

Arabuluculuk Yönergesi Doğrultusunda

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Yapılabilecek Düzenlemeler¹¹²

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Ön İnceleme

Arabuluculuk

Arabuluculuk

Madde 1- (1) Arabuluculuk, davanın tarafları arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesine ve tarafların anlaşmaya varmalarına yardımcı olan tarafsız bir kişinin arabulucu sıfatıyla katıldığı uyuşmazlık çözüm sürecidir.

¹¹¹ Adalet Bakanlığı s. 141.

¹¹² Bu maddeler, öncelikle Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R (2002) 10 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk” konulu tavsiye kararında yer alan ilkeler dikkate alınarak hazırlanmıştır. Bu tavsiye kararı için bkz. Council of Europe: Mediation in Civil Matters, Recommendation Rec (2002) 10 and explanatory memorandum, Legal Issues, Strasbourg 2003, s. 5-9; Özbek, Mustafa: Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması (Prof.Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502), s. 484 vd. Ayrıca diğer bir düzenleme önerisi için bkz. Özekes-Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk s. 45.

Arabuluculuğa başvurulması

Madde 2- (1) Mahkeme, kanunen aksi öngörülmedikçe, taraflar arasındaki uyuşmazlığın özelliklerini de dikkate alarak, kendiliğinden veya taraflardan birinin talebiyle, hüküm verilinceye kadar tarafları arabuluculuğa başvurmaya davet edebilir. Mahkeme, tarafları arabuluculuğa davet etmeden önce, tarafların, arabuluculuk usûlüne ilişkin bir bilgilendirme toplantısına katılmasına karar verir.

(2) Tarafların, bilgilendirme toplantısı sonunda arabuluculuğa başvurmayı kabul etmesi hâlinde mahkeme, uyuşmazlığın arabuluculuğa gönderilmesi kararını taraflara bildirir.

(3) Mahkeme, arabuluculuk müzakerelerinin başlamasından sonra, haklı bir sebep olmadan müzakerelere katılmayan veya arabuluculuk sürecini davayı uzatmak maksadıyla kullanan tarafın, o zamana kadar yapılmış yargılama giderlerini ve karşı tarafın avukatlık ücretini ödemesine karar verebilir.

(4) Taraflar, arabuluculuk sürecinin her aşamasında arabuluculuktan vazgeçerek yargılamaya devam edilmesini isteyebilirler.

Arabulucunun atanması

Madde 3- (1) Mahkeme, arabuluculuğa başvurulmasına karar verirse, arabuluculuk müzakerelerini yönetmek üzere bir veya daha fazla arabulucu atar.

(2) Mahkeme, taraflarca kararlaştırılan bir kişiyi de arabulucu olarak atayabilir.

(3) Arabulucunun görevi, mahkemenin atama kararının kendisine tebliğ edilmesinden itibaren başlar.

(4) Uyuşmazlık konusu özel ve teknik bilgiyi gerektiriyorsa, arabulucu, bilirkişi incelemesi yaptırabileceği gibi, içinde bilirkişinin yer alacağı bir arabuluculuk heyetinin oluşturulmasına da karar verebilir. Bu hâlde, arabulucu avukatın başkanlığında, en az iki kişiden oluşan bir arabuluculuk heyeti oluşturulur. Teknik ve özel bilginin niteliğine göre bir veya daha fazla teknik arabulucu heyete seçilir. Toplantı ve görüşmeler arabulucu avukatın yönetiminde yapılır. Arabulucu avukat, gerektiğinde teknik arabulucunun görüş ve tavsiyelerini alır. Taraflar, teknik arabulucunun bulunması yerine, müzakerelere kendi teknik uzmanlarının katılmasına da karar verebilirler.

Arabulucunun nitelikleri

Madde 4- (1) Arabulucunun, avukatlık mesleğinde en az beş yıllık tecrübeye sahip, tercihan uyuşmazlık çözüm usûlleri üzerinde eğitim almış olması ve Devlet memuru olmasını engelleyecek mahkûmiyetinin bulunmaması gerekir.

(2) Arabulucuların isimleri, buldukları ilin Barosunda tutulan listelere kaydedilir ve arabulucular bunlar arasından seçilir.

(3) Arabulucuların eğitimi, çalışmaları, müzakerelerin şekli ve listelerin düzenlenmesine ilişkin usûl ve esaslar Türkiye Barolar Birliği tarafından çıkarılacak yönetmelikte gösterilir.

Arabulucunun yükümlülükleri

Madde 5- (1) Arabulucu, arabuluculuk sürecini yöneten kişi olup, tarafların anlaşmaya varmalarında onlara yardımcı olur ve tarafları belli bir anlaşmaya varmaları için zorlayamaz.

(2) Arabulucu, arabuluculuk müzakereleri süresince taraflara eşit mesafede ve saygılı davranır, arabuluculuk müzakereleri için güvenli ve rahat bir ortam oluşturur.

(3) Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı davada daha sonra taraflardan birinin avukatı veya bilirkişi olarak görev üstlenemez.

Arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı

Madde 6- (1) Arabulucu, tarafsız ve bağımsız hareket etmek zorundadır.

(2) Arabulucu, bağımsızlığını zedeleyebilecek veya taraflarla arasında menfaat çatışması doğurabilecek veya bu izlenimi verebilecek durumları önceden taraflara açıklamalı, gerekirse görevi kabul etmemeli veya başladıysa bırakmalıdır. Arabulucu, taraflardan biriyle herhangi bir kişisel veya iş ilişkisinin, arabuluculuk görüşmelerinin sonucuna yönelik olarak doğrudan veya dolaylı herhangi maddi veya diğer menfaatinin bulunması, taraflardan biri için arabuluculuk dışında herhangi bir yetkiyle görev yapması gibi durumlarda, ancak tarafların açık rızası ile göreve devam edebilir.

(3) Arabulucu, hâkimlerin reddi sebeplerine dayanarak reddedilebilir. Arabulucunun reddi hâlinde, hâkimlerin reddine ilişkin 42. madde hükmü uygulanır.

(4) Davaya bakan mahkeme, arabulucu ve tarafları dinledikten sonra ret talebi hakkında karar verir.

Arabuluculuk müzakereleri

Madde 7- (1) Arabulucu, taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan hususları inceler. Uyuşmazlık konusunun aydınlatılmamış yönleri bulunduğu takdirde, bunları taraflardan sorarak tamamlar. Arabulucu, taraflardan uyuşmazlık hakkında gerekli bilgi ve belgeleri aldıktan sonra arabuluculuk müzakerelerini başlatır.

(5) Arabuluculuk müzakereleri taraflarla birlikte veya ayrı ayrı gerçekleştirilecek toplantılarla yürütülür. Taraflar, arabuluculuk müzakerelerine bizzat veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Arabulucu yönetiminde gerçekleştirilecek toplantılarda arabulucu, uyuşmazlığın çözülmesi için taraflara çeşitli önerilerde bulunabilir ve tarafları anlaşmaları için teşvik edebilir.

(3) Arabulucu, taraflar ve varsa avukat veya temsilciler ile birlikte arabuluculuk görüşmelerinin yeri ve tarihini belirler. Arabulucu, taraflarca yatırılmış masraf avansını kullanarak, taraflara, uyuşmazlık konusuyla ilgili tüm bilgi ve belgelerle belirlenen tarihte, saatte ve yerde hazır bulunmalarını, toplantı gününden en az yedi gün önce bildirir. Taraflardan birinin haklı bir mazeret nedeniyle toplantıya katılmaması hâlinde, arabulucu tarafından yeni bir toplantı günü belirlenerek taraflara bildirilir. Bu bildirimde, taraflardan birinin müzakereye katılmaması hâlinde, arabuluculuk sürecinin sona ereceğini belirtir meşruhata yer verilir.

(4) Arabuluculuk müzakereleri için tespit edilen yer, gün ve saatte taraflardan biri toplantıya gelmez veya toplantıya geldiği halde müzakereye başlamaz ya da müzakereye başladıktan sonra müzakereye devam etmezse, arabulucu yedi gün içerisinde durumu mahkemeye yazılı olarak bildirir.

Arabuluculuk süresi ve arabuluculuk tutanağı

Madde 8- (1) Arabulucu, göreve başladığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde arabuluculuğu sonuçlandırır. Bu süre tarafların anlaşması ile en çok otuz gün uzatılabilir ve uzatma kararı mahkemeye bildirilir.

(2) Arabulucu, uzlaşma gerçekleşsin veya gerçekleşmesin, arabuluculuk müzakereleri veya verilen ek sürenin tamamlanmasını takiben en geç on gün içinde bir tutanak hazırlayarak mahkemeye sunar.

(3) Arabuluculuk sürecinde taraflar anlaşmaya varamazsa, arabulucu, uyuşmazlığı belirleyen bir tutanak düzenleyerek mahkemeye sunar.

(4) Arabuluculuk sürecinde taraflar anlaşmaya varırsa, tutanakta uzlaşma konusu, yeri, tarihi, karşılıklı yerine getirilmesi kararlaştırılmış hususlar belirtilerek tutanak taraflar, varsa kanuni temsilcileri, avukatları ve arabulucu tarafından imzalanır.

(5) Tutanakta, müzakerelerin içeriği, müzakerelerde yapılan beyan ve açıklamalar ile tarafların davranışları hakkında bilgi verilmez.

Arabuluculuk giderleri

Madde 9- (1) Arabuluculuk giderleri, arabulucuya ödenecek ücret ve tarafların rızasıyla dinlenen bilirkişi giderlerinden oluşur.

(2) Arabulucuyu tayin eden mahkeme, uyuşmazlığın kapsamını ve niteliğini dikkate alarak arabulucunun ücretini belirler.

(3) Tarafların anlaşarak tayin edecekleri arabulucunun ücreti, kendileri tarafından serbestçe belirlenebilir.

(4) Arabuluculuk giderleri taraflarca eşit olarak karşılanır.

(5) Mahkeme, arabuluculuğa başvurulmasına karar vermesinden sonra, arabulucu ücreti ve diğer arabuluculuk giderlerini karşılamak üzere, Baro tarafından açılan bir hesaba masraf avansı yatırmaları için taraflara yedi günlük kesin süre verir. Masraf avansı süresinde yatırılmazsa, arabuluculuğa başvurulmasından vazgeçilmiş sayılır. Mahkeme, arabuluculuk süreci devam ederken, tarafların eşit miktarda ilave avans yatırmalarına karar verebilir.

(6) Arabulucu, arabuluculuk toplantıları sonucunda düzenlediği nihai raporun bir örneğini mahkemeye sunduğunda ücrete hak kazanır ve Baro hesabında depo edilmiş olan ücret derhal kendisine ödenir.

(7) Mahkeme, arabuluculuk müzakerelerinin sona ermesinden sonra, varsa artan avansın yatırıma iadesine karar verir.

Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların icra edilmesi

Madde 10- (1) Taraflar arabuluculuk sonunda bir anlaşmaya varırsa, arabulucu, anlaşma koşullarını yazılı hâle getirerek onaylanmak üzere mahkemeye sunar. Anlaşmanın aslı mahkeme kaleminde saklanır ve taraflara bir suret verilir. Mahkemece onaylanan anlaşma, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun 38. maddesinde yazılı ilâm mahiyetini haiz belgelerden sayılır.

Arabuluculukta gizlilik

Madde 11- (1) Arabuluculukta tutulan kayıtlar, tarafların ve arabulucunun müzakerelerde yaptıkları beyanlar ve verdikleri bilgiler gizlidir.

(2) Arabuluculuk sürecine katılan kişiler ve arabulucu, aşağıdaki hususlar nedeniyle, görülmekte veya sonradan açılacak olan bir davada tanıklık etmeye veya delil göstermeye zorlanamazlar.

a) Taraflardan birinin arabuluculuğa başvurmayı teklif etmiş veya katılmak istediğini bildirmiş olması;

b) Tarafların, uyuşmazlığın çözülebilmesi amacıyla müzakerelerde açıkladığı görüş ve öneriler;

c) Taraflarca arabuluculuk sürecinde yapılan beyan ve kabuller;

d) Arabulucu tarafından yapılan öneriler;

e) Taraflardan birinin, arabulucu tarafından yapılan bir uzlaşma teklifini kabul etmesi;

f) Sadece uzlaşma amacıyla hazırlanan belgeler.

(3) İkinci fıkra, arabuluculuk müzakerelerinde kullanılan her türlü bilgi ve delil hakkında geçerlidir.

(4) Görülmekte veya sonradan açılacak olan bir davada, ikinci fıkroda belirtilen bilgilerin açıklanmasına karar verilemez. Bu bilgiler, görülmekte olan bir davada ikinci fıkra hükmüne aykırı şekilde delil olarak sunulursa, bu delil mahkemece kabul edilemez. Bu bilgiler ancak aşağıdaki hallerde açıklanabilir veya delil olarak kullanılabilir:

a) Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmanın uygulanması veya icra edilmesi için gerekli olduğu ölçüde;

b) Kamu düzeni gerekçesiyle veya kişilerin ve özellikle çocukların cismanî ya da psikolojik bütünlüğünün korunması gerektiğinde;

c) Tarafların ve arabulucunun rıza göstermesi hâlinde.

(5) Görülmekte veya sonradan açılacak olan davanın konusu, arabuluculuk konusu olan uyuşmazlıkla ilgili olsun veya olmasın, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkra hükümleri uygulanır.

(6) İkinci fıkroda belirtilen bir delil, görülmekte veya sonradan açılacak olan bir davada başka bir yolla elde edilebilecekse, sırf arabuluculuk sürecinde kullanılmış olması nedeniyle reddedilemez.

Zamanaşımı süresinin durması

Madde 12- (1) Mahkemece arabuluculuğa başvurulmasına karar verildiği tarihte, dava konusu uyuşmazlıkla ilgili zamanaşımı süresi durur.

(2) Arabuluculuk sürecinin anlaşmaya varılmadan bitirilmesi hâlinde, taraflardan birinin veya arabulucunun, arabuluculuğun bitirildiğini veya tarafların arabuluculuktan çekildiğini bildirdikleri tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye devam eder.

BİBLİYOGRAFYA

- AKINTÜRK, Turgut: Medenî Hukuk, İstanbul 2003.
- ANKARA BAROSU: Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma, Ankara 2004.
- BİÇKİN, İnci: Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (HPD 2006/7, s. 34-39).
- BROWN, Henry/
MARRIOTT, Arthur: ADR Principles and Practice, London 1999.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters {SEC (2004) 1314}, Brussels, 22.10.2004.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, Brussels 2002.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: Commission Staff Working Paper, Annex to the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, SEC (2004) 1314, Brussels, 22.10.2004.
- COSTELLO J., Edward: To mediate or not to mediate...(The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1998, Vol. 7, s. 25-30).
- ÇULHA, Rifat: Uzlaşma (Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, İstanbul 2005, s. 41-59).
- DAYINLARLI, Kemal: UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Ankara 2000.
- EDİS, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997.
- EUROPEAN COMMITTEE ON LEGAL CO-OPERATION: 23rd Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken by States to Increase the Efficiency of Justice, London 2000.
- EUROPEAN COMMUNITIES: Treaty Establishing a Constitution for Europe, Belgium 2005.
- FOLBERG, Jay/
TAYLOR, Alison: Mediation, A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation, San Francisco 1984.

- GOLDBERG, Stephen B./
SANDER, Frank E.A./
ROGERS, Nancy H./
COLE, Sarah Rudolph: Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes, New York 2003.
- ILDIR, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003.
- JAMES, Fleming/
HAZARD, Geoffrey C./
LEUBSDORF, John: Civil Procedure, New York 2001.
- KOVACH, Kimberlee K.: Mediation (The Handbook of Dispute Resolution, San Francisco 2005, s. 304-317).
- KOVACH, Kimberlee K.: Mediation, Principles and Practice, St. Paul 2004.
- NOLAN-HALEY, Jacqueline M.: Alternative Dispute Resolution in a Nutshell, St. Paul 2001.
- OTIS, Louise: Alternative dispute resolution: judicial mediation (The Early Settlement of Disputes and the Role of Judges, 1st European Conference of Judges, 24 and 25 November 2003, Strasbourg, Council of Europe 2005, s. 67-75).
- ÖZBAY, İbrahim: Avukatlık Hukukunda Arabuluculuk ve Arabuluculuk Tutanağının İlâm Niteliği (AÜEHFD 2004/3-4, s. 387-418).
- ÖZBEK, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004.
- ÖZBEK, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış (GSÜHFD, Prof.Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1, s.261-292).
- ÖZBEK, Mustafa: Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler (AÜHFD 2006/1, s. 207-292).
- ÖZBEK, Mustafa: Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (TBBD 2007/68, s. 265-320).
- ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.
- ÖZEKES, Muhammet: Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi (HPD 2006/7, s. 40-45).
- ÖZEKES, Muhammet: Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama; HMK Tasarısı'nda Ön İnceleme (HPD 2006/8, 101-110).
- PEKCANITEZ, Hakan: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (HPD 2005/12-16).
- PEKCANITEZ, Hakan: Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı (HPD 2006/8, 69-78).

- PEKCANITEZ, Hakan/
ATALAY, Oğuz/
ÖZEKES, Muhammet:
RAFTESATH, Gerald I.:
SCANLON, Kathleen M.:
SOYSAL, Tamer:
- Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2006.
Solutions-not rights: the objective of alternative dispute resolution (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1996/June, s. 91-99).
Mediator's Deskbook, CPR Institute for Dispute Resolution, New York 1999.
Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma (Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, İstanbul 2005, s. 203-246).
- SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral:
TANRIVER, Süha:
TANRIVER, Süha:
THE LAW SOCIETIES JOINT BRUSSELS OFFICE:
THE LAW SOCIETIES JOINT BRUSSELS OFFICE:
THE LAW SOCIETIES JOINT BRUSSELS OFFICE:
TÜRKİYE SİGORTA VE REASÜRANS ŞİRKETLERİ:
ÜSTÜNDAĞ, Saim:
WARE, Stephen J.:
- Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (MİHDER 2005/2, s. 353-369).
Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış (Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 821-842).
Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk (TBBD 2006/64, s. 151-177).
The Brussels Office Law Reform Update Series: EU Civil Law, January 2006.
The Brussels Office Law Reform Update Series: EU Civil Law, March 2006.
The Brussels Office Law Reform Update Series: EU Civil Law, March 2007.
Sigorta Konusunda Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Alternatif Yöntemlerle Çözümü (ADR) (Haz. Suna Oksay/Tolga Ceylantepe), İstanbul 2006.
Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000.
Alternative Dispute Resolution, St Paul 2001.