

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNDEN ARABULUCULUĞUN HUKUKSAL DÜZENLEMELERDEKİ YERİ

Araş. Gör. Gizem ERSEN PERÇİN*

Özet

Yerel mahkeme ve tahkim yargılamalarının taraflar arasındaki gerginliği artırması ve böylece ileride kurulabilecek hukuksal ilişkilere zarar vermesi nedeniyle, uyuşmazlıkların çözülmesi bakımından çeşitli alternatif yöntemler geliştirilmektedir. Bu yöntemlerden birisi de “arabuluculuk” yöntemidir. Arabuluculuk, tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, tümüyle bağımsız tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen gönüllü bir usuldür. Dolayısıyla arabulucunun taraflar arasındaki uyuşmazlıkla ilgili bir karar verme yetkisi olmadığı gibi, taraflara önerilerde bulunması dahi söz konusu değildir. Bu yönüyle uzlaştırma yönteminden ayrılan arabuluculuk ile ilgili Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Günümüzde birçok devlet söz konusu düzenlemelerden yola çıkarak ulusal mevzuatlarında arabuluculuk kurumuna yer vermektedir. Türk Hukuku’nda ise alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kapsamında değerlendirilebilecek birtakım kurumlar var olmakla beraber gerçek anlamda bir arabuluculuk kurumu, bu çalışmanın sonlandırıldığı tarihte henüz yürürlüğe girmemiş olan “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı”nda yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Arabuluculuk, Uzlaştırma, Avrupa Konseyi Düzenlemeleri, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı.*

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı [gizemersen@yahoo.com]

LEGAL REGULATIONS REGARDING MEDIATION, AS A MEANS OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Abstract

Local court and arbitration trials raise the tension between the parties and harm their future legal affairs. Therefore alternative means had been developed for resolution of disputes. Mediation is one of them. Mediation is a voluntary means of dispute resolution which assembles parties to discuss and negotiate, enables them to understand each other and provides an easier channel of communication to find out their own resolution with the participation of an entirely independent, impartial and objective third person. Therefore the mediator is not empowered to decide on the dispute between the parties and not allowed to advice parties. In these terms mediation differs from conciliation and there are some regulations issued by Council of Europe. Nowadays many States have their own legislation based on those regulations. Although there are some institutions that may be considered within the scope of alternative dispute resolution, in the proper sense, the term of mediation is regulated by the Bill regarding Mediation Act in Civil Disputes which is still not in force while this article has been drafted.

Keywords: *Alternative Dispute Resolution, Mediation, Conciliation, Council of Europe Regulations, Bill of Mediation Act in Civil Disputes.*

Giriş

İster yerel ister uluslararası karakterli olsun, özel hukuka ilişkin her türlü uyuşmazlık, kural olarak yerel mahkemeler tarafından çözümlenmektedir. Yerel mahkemelerde verilen kararların taraflar bakımından bağlayıcı ve kesin olması, bu uyuşmazlık çözüm yolunun benimsenmesinin en önemli nedenidir. Ancak yerel mahkemelerdeki yargılama faaliyetinin uzun zaman alması, uluslararası karakterli uyuşmazlıklarda hakimin taraflardan biri ile aynı vatandaşlıkta olması sebebiyle tarafsız davranamama ihtimali ve daha da önemlisi bu kararların sadece verildikleri ülke sınırları içinde doğrudan icra kabiliyetlerinin olması, başka ülkelerde icra edilebilmeleri için ayrıca tenfiz davası açılması gerekliliği gibi nedenler, uluslararası ticaretin aktörlerini hukuki uyuşmazlıkların çözümü bakımından alternatif yollar aramaya sevketmiştir.

Yerel mahkeme yargılamasının bir istisnası olarak gelişen “tahkim” kurumu, kaynağını taraf iradesinden alması, yargılamanın daha kısa sürmesi ve gizlilik esasına dayalı olması, uygulanacak prosedürün uyuşmazlık tarafları bakımından biliniyor olması gibi nedenlerle, özellikle uluslararası ticaret alanında, ilgi görmüştür. Ancak, tahkim yargılamasındaki itirazlar üzerine tarafların yerel mahkemeye başvurabilmesi ve verilen hakem kararlarına uyulmaması durumunda, kararların icrası için yine yerel mahkemelerde tasdik veya tenfiz işleminin yapılması, tahkim yargılamasından beklenen “uyuşmazlığın kısa sürede çözümlenmesi amacı”nın gerçekleşmemesine neden olmaktadır.

Yerel mahkeme ve tahkim yargılamalarının önemli ve ortak bir olumsuz yönü ise, yargılama süreçlerinin taraflar arasındaki gerginliği arttırmasıdır. Bu gerginliğin artması, uluslararası ticaret alanında, sonradan kurulabilecek iş ilişkilerine zarar vermekte, hatta bunları engellemektedir. İşte bu noktadan hareketle, yakın geçmişte, taraflar arasındaki düşmanlığı en aza indirebilecek “alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri” geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu yöntemler arasında uygulamada en çok tercih edilenlerden biri “arabuluculuk”tur.

Bu çalışmada, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve genel özelliklerine kısaca değinilerek, “arabuluculuk” kavramı üzerinde durulacaktır. Daha sonra arabuluculuk konusundaki uluslararası düzenlemelere yer verilecektir. Türk Hukuku’nda arabuluculuk konusundaki gelişmeler ise ayrı bir başlık altında açıklanmaya çalışılacaktır.

I. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

A. Genel Olarak

Özel hukuk bakımından, yerel mahkemelerde yargılama faaliyetinin başlayabilmesi için hukuki uyuşmazlık taraflarından birinin “davacı” sıfatı ile mahkemeye başvurması gerekir. Uyuşmazlığın diğer tarafı ise, “davalı” olarak gösterilerek yargılama sürecine dahil edilir. Dolayısıyla yerel mahkeme yargılamasında, kural olarak, davalı taraf kendi iradesi ile yargılama sürecine katılmamaktadır.

Tahkim yargılamasında ise, uyuşmazlığın her iki tarafı da yargılama sürecine kendi iradeleri ile dahil olmaktadır. Ancak bu durum tarafların “davacı” ve “davalı” sıfatlarını taşımalarına engel olmamaktadır.

Biri diğ erinin karşıtı olan bu iki kavram yargılama aşamasında tarafların kutuplaşmasına ve doğal olarak da aralarındaki gerginliğin artmasına neden olmaktadır. Tarafların gelecekte kurabilecekleri iş ilişkilerini zedeleyen bu gerginliğin en aza indirgenerek uyuşmazlıkların çözümlenmesi için birçok çalışma yapılmış ve “alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri” (Alternative Dispute Resolution = ADR) geliştirilmiştir. Özellikle 1970’li yıllardan¹ itibaren uygulaması daha da artan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aşağıda da görüleceği gibi birçok uluslararası ve yerel kurum tarafından da teşvik edilmektedir.

B. Türleri ve Ortak Özellikleri

Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile giderilen uyuşmazlık sayısı azımsanamayacak kadar çoktur. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nde uyuşmazlıkların % 80’inden fazlası alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözümlenmektedir². Ayrıca uluslararası ticaret alanında önemli bir rolü olan uluslararası yatırım anlaşmalarında da hukuki uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanılarak giderilmesinin teşvik edildiği görülmektedir³.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde temel amaç, hukuki uyuşmazlık taraflarının karşılıklı görüşmelerde bulunarak, menfaat dengesi bakımından orta yolu bulmalarının sağlanmasıdır. Bu yöntemlerle gerçekleşen bir çözümde, kazanan ve kaybeden taraf yoktur, belirli ölçülerde ödünler vererek kazanan iki taraf vardır.

Bu amaç sadece tarafların bir araya gelmesi ve hukuki uyuşmazlık konusunu değerlendirerek bir çözüme varmaları şeklinde gerçekleşebilir.

¹ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tarihsel gelişimi için bkz. ÖZBEK, *Adalet Ulaşma*, s. 121-136. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri Çin ve Japonya gibi Asya ülkelerinde geleneksel uyuşmazlık çözme yöntemlerindedir ve derin bir tarihsel geçmişe sahiptir. ŞANLI, s. 423, dn. 445 ve AKINCI, s. 35, dn. 22, ÖZBEK, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 519-521.

² ŞANLI, s. 423.

³ Örneğin Türkiye’nin, Hollanda, Belçika, Lüksemburg, Bangladeş, Amerika, İsviçre, Avusturya, Kuveyt, Danimarka, Japonya, Romanya, Kore, Büyük Britanya, Kuzey İrlanda ve İsveç ile yaptığı yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine ilişkin anlaşmalarda, hukuki uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yolları benimsenmiş, uyuşmazlık bu yolla çözümlenemezse tarafların ICSID’e başvuracağı kararlaştırılmıştır. GİRAY, s. 223.

Bu tür alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine “müzakere” denilmektedir. Müzakere yöntemi üçüncü bir kişinin hiçbir şekilde uyuşmazlık çözümüne müdahalede bulunmaması nedeniyle tamamıyla taraf kontrolünde gerçekleşen bir yöntemdir⁴. Ancak tarafların yaşamakta oldukları hukuki uyuşmazlık nedeniyle psikolojik gerginlik içinde olmaları onların üçüncü bir kişinin müdahalesi olmadan bir araya gelerek hukuki uyuşmazlık konusunda müzakerelerde bulunup bir çözüm üretmelerini pratikte zorlaştırmaktadır⁵.

İşte bu nedenle uygulamada tarafsız bir üçüncü kişinin müdahalesi ile hukuki uyuşmazlığın çözümünü sağlamayı amaçlayan birçok alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi mevcuttur. Bu yöntemler; “uzlaştırma”, “teknik bilirkişilik”, “ön hakemlik” “üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi”, “arabuluculuk” gibi yöntemlerdir⁶.

“Uzlaştırma” yönteminde, uzlaştırıcı denilen tarafsız üçüncü kişi, tarafların aralarındaki anlaşmaya göre hukuki uyuşmazlığın çözümü konusunda ya sadece tavsiyelerde bulunur ya da değerlendirmeleri sonucunda bir karar verir. “Teknik bilirkişilik” yöntemine ise daha çok taraflar arasındaki sözleşmenin ifası konusunda miktar, kalite, seviye gibi teknik sorunlar ortaya çıktığı zaman başvurulur. Teknik bilirkişi bu konuda bir tespitte bulunur. “Ön hakemlik” yöntemine ise, taraflar arasındaki sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan ve acilen müdahale edilmesi gereken durumlarda başvurulur. Bu yöntemde tarafların yerel mahkeme veya tahkim yargılamasına başvurmalarından önce, ön hakem tarafından geçici bir karar verilmektedir. “Üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi” yönteminde ise taraflar arasındaki sözleşme, söz konusu üçüncü kişi tarafından yorumlanmakta, doldurulmakta veya uyarlanmaktadır. “Arabuluculuk” yönteminde ise, taraflar arabulucu nezaretinde bir araya gelerek hukuki uyuşmazlığın çözümü konu-

⁴ ÖZBEK, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 93

⁵ ŞANLI, s. 392-393.

⁶ Bazı yazarlar tahkim yargılamasını da, yerel mahkeme yargılamasının bir alternatifi olması sebebiyle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olarak kabul etmektedirler. ÖZBEK, *Adalet Ulaşma*, s. 137, KAPLAN, s. 116. Oysa tahkim, yerel mahkeme yargılamasının bir alternatifi de olsa özünde bir yargılama faaliyetidir ve sonucunda taraflar bakımından bağlayıcı ve nihai bir karar verilmektedir. Oysa birçok alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminde verilen kararlar, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece bağlayıcı değildir.

sunda müzakerelerde bulunmaktadırlar. Arabulucunun amacı, müzakerenin sağlıklı bir şekilde ilerlemesini ve tarafların kendi çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamaktır.

Görüldüğü gibi müzakere yöntemi bir tarafa bırakılacak olursa, diğer bütün yöntemlerde, uyuşmazlık çözümüne tarafsız bir üçüncü kişinin müdahalesi mevcuttur. Bu müdahale, yöntemin türüne göre bir takım farklılıklar arz etmektedir. Yine de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tümü için geçerli olan bir takım ortak özellikler mevcuttur. Bunlara kısaca değinmek gerekirse:⁷

Bu özelliklerden birincisi; “*prosedüre katılımın tamamen ihtiyari olması*”dır. Başka bir deyişle kural olarak taraflar kendi iradeleri ile alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birini benimser ve uygularlar. Örneğin, taraflar aralarındaki sözleşmeye, bir uyuşmazlık çıkması durumunda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuracakları yönünde bir hüküm koyabilirler. Böyle bir hüküm yoksa dahi, taraflardan birinin bu yöntemlere başvurması ve diğerinin de itiraz etmemesi yani zımnen kabul etmesi durumunda da uyuşmazlık bu yollarla çözülebilir.

Ancak bazen, söz konusu yöntemlere başvuru taraf iradesinden değil, hukuki düzenlemelerden doğabilir. Bazı ülkelerde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurma, yargılama faaliyetinin bir parçası, genellikle ön aşaması, olarak kabul edilmekte ve yasalarda düzenlenmektedir. Yasalarda böyle bir düzenleme varsa, taraflar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmak zorunda mıdır? Burada alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurunun kanun koyucunun iradesinden doğduğu açıktır. Dolayısıyla öncelikle kanun koyucunun iradesi incelenerek bu düzenlemenin emredici bir hüküm olup olmadığı tespit edilmelidir. Kanun koyucunun düzenlemesi emredici nitelikte değilse tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurusu zorunlu olmayacaktır. Ancak emredici bir hüküm söz konusu olduğunda, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmak taraflar için zorunlu olacaktır. Bu zorunluluğa uyulmadan doğrudan yerel mahkeme veya tahkim yargılamasına başvurulduğu takdirde ise, mahkemenin öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmadan kaçınan tarafın davacı mı yoksa davalı mı olduğunu

⁷ Ortak özellikler konusunda Şanlı tarafından kullanılan sınıflandırma benimsenmiştir. Bkz. ŞANLI, s. 421.

tespit etmesi gerekecektir. Kaçınan taraf davacı ise mahkeme esasa girmeden usul yönünden red kararı verebilmelidir. Böylece kanunun emredici hükmünün atlanarak yargılama faaliyetine geçilmesinin önü kesilmiş olacaktır. Eğer davacının teklifine rağmen, davalı, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmadan kaçınmış ise, bu defa mahkeme esasa girerek yargılama faaliyetini sürdürebilmelidir. Sonuçta, uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile giderilmesinin önünü kesen taraf davalıdır ve davacının yargılama faaliyetini başlatmak dışında başka bir seçeneği kalmamıştır.

Bazen taraflar aralarındaki sözleşmeye, herhangi bir uyuşmazlık çıktığında öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuracaklarına ilişkin bir hüküm yerleştirirler. Böyle bir hükme rağmen, hukuki uyuşmazlık çıktığında, taraflardan biri doğrudan yerel mahkeme veya tahkim yargılamasına başvurursa, hakimin görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermesi mümkün müdür? Burada kanunun emredici bir hükmüne değil, sadece sözleşme hükmüne aykırılık söz konusudur. Bu durumda, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini atlayarak doğrudan yerel mahkeme veya tahkim yargılamasına başvuran tarafın, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile bu uyuşmazlığın çözülmesini istemediği, çözülsün bile bu karara uymayacağı iradesi ortaya konmuş olduğundan, sanki alternatif uyuşmazlık çözüm yolları tüketilmiş ancak hukuki uyuşmazlık çözülememiş olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla yerel mahkeme veya tahkim yargılamasında, yetkisizlik kararı verilememelidir⁸.

⁸ Yargıtay 15. H.D.'nin 07.02.1995 tarihli 295 E. ve 578 K. numaralı kararına göre onanan İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 12.10.1994 tarihli 1994/571 E. ve 1994/1212 K. numaralı kararında da, taraflar arasındaki sözleşmede hakeme başvurmadan önce uyuşmazlığın mühendise havale edileceği yönünde bir hükmün bulunmasının hakem şartını geçersiz kılmayacağı açıkça belirtilmiş ve davanın hakemde görülmesinin tespitine karar verilmiştir. Söz konusu Yargıtay ve ilk derece mahkemesi kararlarının tam metni yayınlanmamıştır. Kararların özeti için bkz. ŞANLI, s. 396- 397 dn. 413. Dehmen ise bu yöntemlerin atlanarak doğrudan tahkim yoluna başvurulmasının taraflar bakımından aralarındaki sözleşmenin ihlali anlamına geleceğini bu nedenle hakemin yetkisizlik kararı vereceğini belirtmiştir. Ancak daha önceden belirlenmiş bir sürenin geçmesine rağmen taraflar tatmin edici bir çözüm üretilmemişlerse, artık alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin tüketilmiş olduğu kabul edilmeli ve hakem yetkisizlik kararı vermemelidir. TAN DEHMEN, s. 451-471.

Ortak özelliklerden ikincisi ise, “*tarafsız üçüncü kişi tarafından verilen kararın bağlayıcı olmaması*”dır. Dolayısıyla söz konusu kararlara uyulmaması durumunda uymayan tarafa herhangi bir yaptırım uygulanması mümkün değildir⁹. Ancak taraflar, verilen kararın bağlayıcı olması konusunda anlaşabilirler. Böyle bir anlaşmanın varlığı durumunda bir taraf karara uymayan diğer tarafa karşı yerel mahkeme veya tahkim yargılamasına başvurduğunda, söz konusu kararı kesin delil olarak ileri sürebilecektir. Teknik bilirkişilerin verdiği kararlar bu duruma örnek olarak verilebilir¹⁰. Ayrıca taraflar aralarındaki sözleşme ile sözleşmenin yorumlanması, doldurulması ve uyarlanması konularında görev yapan tarafsız üçüncü kişilerin verdiği kararların bağlayıcı olacağını kararlaştırmışlarsa, bu kararlar sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilmelidir¹¹.

Ortak özelliklerden üçüncüsü ise, “*tarafsız üçüncü kişinin verdiği karardan tatmin olmayan tarafın yerel mahkeme veya tahkim yargılamasına başvurma imkanının bulunması*”dır. Ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile hukuki uyuşmazlık çözüme kavuşturulmaya çalışılırken, zamanaşımı süresi ve hak düşürücü süre mutlaka dikkate alınmalı ve bu yüzden yerel mahkeme veya tahkim yargılamasına başvurma imkanı yitirilmemelidir¹².

Sözleşmelere konulan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulacağına ilişkin şartın bağlayıcılığı konusunda uluslararası doktrindeki tartışmalar ve yabancı mahkeme kararları için bkz. ÖZBEK, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 587-617.

⁹ Ancak taraflar verilen karara uymayarak yerel mahkeme veya tahkim yargısına başvurdukları takdirde, sözleşmelerinde aksine bir hüküm yoksa alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminden çıkan kararı mahkemeye sunabilirler. Bu karar hakim veya hakemler tarafından bağlayıcı değildir ancak uyuşmazlık konusunda bilgili ve saygın bir kişinin verdiği karar mahkemeyi etkileyebileceği de açıktır. ŞANLI, s. 395.

¹⁰ ŞANLI, s. 406. Ancak teknik bilirkişi kararlarının delil değeri konusundaki bu görüş Kıta Avrupası Hukuk Sistemi bakımından geçerlidir. Anglo Sakson Hukuk sisteminde teknik bilirkişilerin geleneksel rölü ve verdikleri kararların niteliği farklıdır. Dolayısıyla teknik bilirkişilerin verdikleri kararların delil değerini uyuşmazlığın görüldüğü yargı merciinde usul ve esasa uygulayacak hukuk belirleyecektir. ŞANLI, s. 410.

¹¹ ŞANLI, s. 416.

¹² ŞANLI, s. 394.

II. Arabuluculuk

Arabuluculuk yöntemi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında çok tercih edilen yöntemlerden biridir. Bunun en büyük nedeni, müzakere yönteminden sonra, taraf iradesinin en yoğun olduğu alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin arabuluculuk olmasıdır¹³. Söz konusu yöntem şu şekilde tanımlanabilir;

“Arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, tümüyle bağımsız tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen gönüllü bir usuldür”¹⁴.

Görüldüğü gibi arabuluculuk yönteminde, arabulucu hukuki uyuşmazlık konusu ile ilgili herhangi bir karar vermez. Karar tamamıyla taraflara aittir. Arabulucu sadece, tarafların aralarındaki hukuki uyuşmazlığa daha soğukkanlı bakarak çözüm üretmelerini sağlamaya çalışır. Arabulucunun hukuki uyuşmazlığın çözümüne yönelik herhangi bir öneride bulunması da söz konusu değildir. Arabulucu ile uzlaştırıcıyı birbirinden ayıran temel nokta da budur¹⁵. Uzlaştırıcı arabulucunun görevlerinin yanı sıra, hukuki uyuşmazlığın özelliğine göre taraflara çözüm önerilerinde bulunma yetkisine de sahiptir¹⁶.

Kural olarak arabuluculuk yöntemi sonucunda verilen kararların herhangi bir hukuki bağlayıcılığı yoktur. Ancak bu kararlar, üçüncü bir kişinin yönlendirmesinden uzak olarak sadece tarafların ortak iradeleri ile verildikleri için, pratikte tarafların verilen kararı benimseyerek uygulama olasılıkları yüksek olacaktır.

III. Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri

Uyuşmazlıkların barışçı bir şekilde çözümlenmesini sağlayan arabuluculuk yöntemi ile ilgili uluslararası düzeyde birtakım hukuksal düzen-

¹³ PEKCANITEZ/ATALAY/ ÖZEKES, s. 760 vd.

¹⁴ Benzer yönde tanım için bkz: KAPLAN, s. 115-146. TANRIVER, s. 14. BROWN/MARRIOTT, s. 127.

¹⁵ BENNETT/HERMANN, s. 7, DANA, s. 14, TANRIVER, s. 15 vd. KAPLAN, s. 119 vd.

¹⁶ Bazı yazarlar arabulucu ile uzlaştırıcı kavramlarını eş anlamlı olarak kullanmaktadırlar. AKINCI, s. 34, ÖZBEK, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 491, ŞANLI, s. 397, TAN DEHMEN, s. 454 dn. 21, YEŞİLİRMAK, s. 18.

lemeler hazırlanmıştır. Bunlardan uygulamada en çok yararlanılanları Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan düzenlemelerdir. Günümüzde birçok devlet söz konusu düzenlemeleri dikkate alarak arabuluculukla ilgili ulusal mevzuatlarını oluşturmaktadırlar¹⁷. Çalışmanın bu bölümünde öncelikle Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan hukuksal düzenlemelere değinilecek, daha sonra ise Türk Hukuku'ndaki durum ayrı bir başlık halinde incelenecektir.

A. Avrupa Konseyi Düzenlemelerinde Arabuluculuk

Arabuluculuk konusunda Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan üç temel düzenleme mevcuttur. Bunlar, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki 2002 tarihli Tavsiye Kararı, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi ve 2 Temmuz 2004 tarihinde Yürürlüğe Giren Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kurallarıdır. Söz konusu düzenlemeler hakkında kısaca bilgi vermek gerekirse:

i. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki 2002 tarihli Tavsiye Kararı

Bu tavsiye kararının 1. maddesi uyarınca, *“Bu tavsiye kararının amaçları doğrultusunda arabuluculuk bir veya daha fazla arabulucunun yardımıyla, tarafların bir anlaşmaya varmak için uyuşmazlık konuları üzerinde müzakere etmeleri esasına dayanan bir uyuşmazlık çözüm usulünü ifade eder.”*

Bu tavsiye kararı hukuk uyuşmazlıklarına uygulanır. Bu tavsiye kararının amacına göre “hukuk uyuşmazlıkları”, ticaret, tüketici ve iş hukuku kökenli uyuşmazlıkları kapsayan özel hukuka ilişkin haklar ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıkları ifade eder (m. 2). Devletler, kamu kurumları veya özel kurumlar aracılığıyla, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğu en uygun şekilde düzenlemek ve uygulamak-

¹⁷ Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan tavsiye kararları ve yönergelerden esinlenerek, Avusturya, Almanya, Bulgaristan, Macaristan, Slovakya gibi ülkelerde arabuluculuk kurumuna ilişkin özel kanunlar hazırlanmıştır. Bunlardan Avusturya ve Alman Kanunları'nın Türkçe metni için bkz. TANRI-VER, s. 68-76.

ta özgürdürler (m. 3 f. 3). Arabuluculuk, mahkeme sürecinin içinde ve dışında yer alabilir (m. 3 f. 4). Arabuluculuk düzenlenirken Devletler gereksiz gecikmelerin ve arabuluculuğun geciktirici bir taktik olarak kullanılmasının önlenmesi gerektiğine dikkat etmelidirler (m. 3 f. 7). Arabuluculuk sürecinde ileri sürülen bilgiler gizli olup taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça veya ulusal hukuk düzenince izin verilmedikçe sonradan kullanılamaz (gizlilik ilkesi) (m. 4 f. 13). Devletler uluslararası uyuşmazlıklar üzerinde çalışan arabulucular da dahil olmak üzere, arabulucuların seçimi, sorumlulukları, eğitimleri ve nitelikleri için uygun olan standartların kabulünü sağlayacak tedbirleri dikkate almalıdırlar (m. 5 f. 15).

ii. Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin

21 Mayıs 2008 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi

Bu yönergenin 1. maddesinin 2 fıkrası uyarınca,

“Bu yönerge, sınır ötesi uyuşmazlıklarda, uygulanacak ilgili hukuka göre, tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri hak ve borçlar hariç olmak üzere, medeni ve ticari olaylara uygulanacaktır. Yönerge özellikle vergi, gümrük veya idari meseleler ya da devletin egemenliğine dayanarak yapmış olduğu eylem ve işlemlerden doğan sorumluluğunu kapsamayacaktır.”

Yönergeye göre arabuluculuk, adlandırılma veya başvurulma şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı olan iki veya daha fazla kişinin, bir arabulucunun yardımıyla, uyuşmazlıkların çözümü konusunda anlaşmaya varmaları için gönüllü bir temelde bizzat çaba gösterdikleri planlanmış bir süreci ifade eder. Bu süreç taraflarca başlatılabilir, mahkemece önerilebilir veya emredilebilir ya da bir üye devletin hukukunca öngörülebilir (m. 3 f. 1). Bu yönerge dava açılmasından önce veya sonra, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan yerel mevzuatı, bu mevzuatın tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmasını engellememesi şartıyla, etkilemez (m. 5 f. 2). Arabuluculuk prosedürü sonunda taraflar arasında bir anlaşmaya varılmışsa bu anlaşma tutanağı, üye devletin

hukukuna aykırı olmadığı veya bu üye devletin hukuku anlaşmanın icra edilmesine olanak tanıdığı takdirde icra edilebilir. Anlaşmanın içeriği, mahkeme veya diğer bir yetkili merci tarafından verilecek bir hüküm ya da kararlar veya talebin yapıldığı üye devletin hukukuna uygun olarak resmi bir belge ile icra edilebilir (m. 6 f. 1-2). Arabuluculuğun, gizliliğe uyulacak şekilde yapılmasının amaçlandığı düşünüldüğünde, üye devletler, taraflar aksini kararlaştırmadığı takdirde arabulucuların veya arabuluculuk sürecinin yönetimine katılan kişilerin, arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan veya arabuluculuk süreciyle ilgili olan bilgiler hakkında, herhangi bir hukuk veya ceza davasında ya da tahkimde delil göstermeye zorlanamamasını sağlarlar (gizlilik ilkesi) (m. 7). Üye devletler, bir uyuşmazlığı arabuluculukla çözme çabası içinde olan tarafların, arabuluculuk sürecinde zamanaşımı sürecinin dolmasıyla, bu uyuşmazlıkla ilgili olarak daha sonra dava açma veya tahkime başvurma hakkından mahrum kalmamalarını sağlamalıdır. (m. 8 f. 1).

iii. 2 Temmuz 2004 tarihinde Yürürlüğe Giren Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları

Bu kurallar, bireysel arabulucuların, kendi sorumlulukları çerçevesinde uymayı gönüllü olarak taahhüt edebilecekleri bazı ilkeler koymaktadır. Etik kurallar, medeni hukuk ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarında başvuru her çeşit arabuluculuğa uygulanmayı amaçlamıştır. Tarafsızlık, bağımsızlık, gizlilik gibi ilkeler ve arabulucuların ücretleri gibi konular bu etik kurallar içerisinde düzenlenmektedir.¹⁸

¹⁸ Avrupa Konseyi dışında UNCITRAL, CAS, WIPO, ICC gibi birçok uluslararası kurum da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile ilgili model kanunlar hazırlamaktadır. Söz konusu model kanunlarda yer alan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bu çalışmada benimsenen tanımıyla bir arabuluculuk faaliyeti olduğunu söylemek pek mümkün değildir.

Örneğin Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından 2002 yılında "Milletlerarası Ticari Uzlaşmaya İlişkin Model Kanun" hazırlanmıştır. Söz konusu model kanunun, tarafsız üçüncü kişinin görevini düzenleyen 1. maddenin 3. fıkrası uyarınca, "*Burada taraflar bir üçüncü kişiye veya kişilere müracaat ederek, sözleşmesel veya diğer bir yasal ilişkiden doğan veya onunla bağlantılı olan uyuşmazlıklarının dostça çözüme ulaştırılması girişimlerinde kendilerine yardımcı olmasını ister.bir uyuşmazlığın çözümünde tarafları etkileme yetkisine sahip değildir*" denilmektedir.

B. Türk Hukuku'nda Arabuluculuk

Türkiye’de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusundaki gelişmelerin çok yoğun olduğu söylenemez. Bunun en büyük nedeni alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ve hatta tahkimin, adalet uygulayıcılarının ciddi bir kısmı tarafından yerel mahkeme yargısının rakibi olarak görülmesi ve onun etkinliğini azaltacağı yönündeki dü-

Özellikle tarafları etkileme yetkisine sahip olmaması nedeniyle ilk bakışta bu tarafsız üçüncü kişinin bir arabulucu olacağı düşünülebilir. Ancak bu model kanunun “Uzlaşmanın Yürütülmesi” başlıklı 6. maddesinin 4. fıkrasında uzlaştırıcının, uzlaştırma usulünün herhangi bir safhasında, hukuki uyuşmazlığın çözümü için “tekliflerini” yapabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu model kanunda tanımlanan tarafsız üçüncü kişinin, uyuşmazlık taraflarına çözüm önerilerinde bulunma yetkisi mevcuttur. Bu nedenle söz konusu model kanun uyarınca görev yapan tarafsız üçüncü kişi bir arabulucu değil, uzlaştırıcıdır. Söz konusu model kanun ile ilgili madde açıklamaları için bkz. DAYINLARLI, s. 267-284.

Aynı şekilde, Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) tarafından da “CAS Arabuluculuk Kuralları” adı altında bir düzenleme mevcuttur. Ancak bu düzenlemede de her ne kadar tarafsız üçüncü kişinin uyuşmazlığın çözümünde tarafları etkileme yetkisinin olmadığı belirtilmiş olsa da, taraflara çözüm önerilerinde bulunma yetkisinin verilmiş olması sebebiyle burada görev yapan tarafsız üçüncü kişi de bir arabulucu değil uzlaştırıcıdır. Bkz. KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 24-25. Bu yöndeki bir düzenleme Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Arabuluculuk Kuralları m.13’te de mevcuttur. Dolayısıyla buradaki tarafsız üçüncü kişi de arabulucu değil uzlaştırıcı olarak nitelendirilmelidir.

Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) tarafından da 1 Temmuz 2001 tarihinde “İhtilafların Dostane Halli Kuralları” yürürlüğe konmuştur. Bu kurallar uyarınca öngörülen prosedürler tamamen iradidir. Taraflar söz konusu düzenlemenin giriş kısmında gösterilen örnek hükümleri sözleşmelerine koyarak aralarında bir uyuşmazlık çıkması durumunda uyuşmazlığı bu kurallara göre çözümleneceklerini belirtebilirler. Taraflar değişik alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birini seçebilirler. Taraflarca başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi seçilmemişse, tarafların “arabuluculuk” yöntemini seçtikleri kabul edilir (m.5 f.2). Ancak söz konusu düzenlemede arabuluculuğun tanımı yapılmamıştır. Dolayısıyla kastedilenin bu çalışmada tanımı verilen arabuluculuk olup olmadığı açık değildir. Yine de taraflar istedikleri alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birini seçebilecekleri için kural olarak burada tarafsız üçüncü kişinin arabulucu olarak görev alması mümkündür. Tarafların hangi yöntemi seçtikleri, Milletlerarası Ticaret Odasına gönderdikleri talep formunda belirtilir. Taraflar, tarafsız üçüncü kişiyi kendileri seçebilirler. Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa tarafsız üçüncü kişi Milletlerarası Ticaret Odası tarafından seçilir. Bkz. ŞANLI, s. 425- 427.

şüncelerdir¹⁹. Günümüzde, olumsuz yöndeki bu görüşlere rağmen bazı yasalarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmayı teşvik eden çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Şimdi bu düzenlemeleri ayrı başlıklar halinde inceleyerek, yukarıda verilen tanım doğrultusunda bir “arabuluculuk” yönteminin hukukumuzda var olup olmadığını tespit etmeye çalışalım.

i. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Düzenleme

Türk Hukuku’nda, tarafları aralarındaki hukuki uyuşmazlığı çözmek bakımından alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmaya teşvik eden düzenlemelerden biri 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 137 f. 1’de yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre;

“... Mahkeme ... tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.”

Sulh taraflar arasındaki uyuşmazlığı onların rızası ile gidermeye yaradığından ve uyuşmazlığa daha çabuk ucuz ve basit bir şekilde son verdiğinden, davanın mahkemece esastan karara bağlanmasına oranla çok daha iyi bir çözüm şeklidir. Bu açıdan, uyuşmazlığın sulhen çözümlenmesinin özellikle toplumsal barış yönünden bir ideal olduğu da kolaylıkla söylenebilir²⁰.

Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir ve ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabılır (HMK m. 313 f. 1 ve 2)²¹.

¹⁹ Söz konusu düşünceyi savunanlar genellikle, arabuluculuk sisteminin neo-liberal bir çözüm olarak ortaya çıktığını, küreselleşen güçlerin daha rahat hareket edebilmesi için devlet yargısının zayıflatılmasının öngörüldüğünü belirterek ulus devlet anlayışında böyle bir yasaya gerek olmadığını, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları ve tahkimle çözülemeyeceğini ifade etmektedirler.

²⁰ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 534.

²¹ Yürürlükten kalkan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda sulh kurumunun tanımı ve kapsamı ile ilgili herhangi bir düzenleme mev-

Sulhün, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından hangi yöntemin kapsamına gireceği, hakimin sulh aşamasındaki işlevine göre belirlenecektir. Sulh sözleşmesi taraflar arasında duruşma dışında yapılan görüşmeler sonucunda hazırlanıp imzalanıyorsa, hakim sadece tarafları sulhe teşvik ederek müzakere aşamasına hiçbir şekilde katılmadığı için burada “müzakere” yöntemi mevcut olacaktır. Tarafların duruşma sırasında sulh oldukları durumlarda ise, hakimin müzakerelere bizzat katılmasına karşın hukuki uyuşmazlığın çözümü ile ilgili herhangi bir öneride bulunmayarak sadece taraflar arasındaki iletişimin düzgün bir şekilde kurulmasını sağlaması halinde, ortada bir “arabuluculuk” faaliyetinin olduğu söylenebilir²². Ancak burada hakim taraf iradesiyle seçilmiş gerçek bir arabulucu değil, fiilen bu görevi üstlenmiş bir kişi olacaktır.

ii. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine İlişkin Kanun’daki Düzenleme

Adı geçen kanununun 7. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir:

“Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.”

Söz konusu hükümde de HMK m. 137 f. 1’de olduğu gibi hakim tarafları sulh olmaya teşvik etmektedir. Ancak aile hukuku kapsamına giren uyuşmazlıkların büyük ölçüde kamu düzenine ilişkin olması, dolayısı ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işler arasında

cut değildi. 6100 sayılı HMK ise bu konuyu m.313-315’te düzenlemiştir. Sulh taraflar arasında şarta bağlı olarak gerçekleştirildiğinde, mahkeme “hüküm verilmesine mahal olmadığına” ilişkin bir karar verecektir. Sulh herhangi bir şarta bağlı olarak gerçekleşmediyse, taraflar yine mahkemenin hüküm kurulmasına mahal olmadığına ilişkin bir karar vermesini isteyebilecekleri gibi, mahkemeden sulh anlaşmasını mahkeme tutanağına geçirterek bu anlaşmaya ilam niteliği de kazandırabilirler. MUŞUL, s. 443- 446. PEKCANI-TEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 555-557.

²² TANRIVER, s. 21.

yer almaması gözetilecek olursa, bu düzenlemenin işlevselliğinin sınırlı kalacağı görülecektir²³. Sulhe teşvikin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden hangisinin kapsamına girdiği konusunda bir üst başlıkta yapılan açıklamalar, burada da geçerli olacaktır²⁴.

iii. 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'ndaki Düzenleme

Avukatlık Kanunu'nun "Uzlaşma Sağlama" başlıklı 35/A maddesi şu şekildedir:

"Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlarsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilam niteliğindedir."

Söz konusu düzenlemeye göre, taraflar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce, avukatları ile birlikte bir araya gelerek aralarındaki uyuşmazlığı çözümleyebilirler. Ancak bu toplantılarda, avukatın müvekkili ile arasındaki vekalet ilişkisi nedeniyle tarafsız bir konumda kalıp kalamayacağı tartışmalıdır. Müvekkilinin haklarını savunmakla yükümlü olan avukatın aynı zamanda Avukatlık Kanunu m.2 f.1 uyarınca "... hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ... sağlamak" gibi bir görevinin de olması bu tartışmanın çıkış noktasını

²³ Oysa Amerika Birleşik Devletleri'nde boşanma aşamasında arabuluculuk sıklıkla kullanılan bir yöntemdir. Böylece boşanma davalarının daha hızlı ve kolay şekilde sonuçlandığı savunulmaktadır. Bkz. STONER, s. 32 vd. Ayrıca, aile arabuluculuğu Avrupa Konseyi tarafından da desteklenmektedir. Bakanlar Komitesinin aile arabuluculuğu konulu tavsiye kararı konusunda detaylı bilgi için bkz. ÖZBEK, *Aile Arabuluculuğu*, s. 71-102.

²⁴ Hakimin tarafları sulhe teşvik etmesi konusundaki açıklamalar 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesindeki düzenleme için de geçerlidir.

oluşturmaktadır. Bu noktada avukatın çelişen görevlerini²⁵ birbiri ile uyumlu hale getirmek için anılan hükümleri yorumlamak gerekecektir. Avukatlık Kanunu m.2 f.1’de yer alan görevi “adaleti yanıltmamak” şeklinde dar yorumlayacak olursak, avukatın müvekkilinin haklarını savunma görevi ön plana çıkacaktır. Bu durumda, avukatın, adaleti yanıltmamak kaydıyla müvekkilinin haklarını savunmakla yükümlü olduğu ifade edilebilir. Böyle bir görev tanımının uygulama bakımından daha gerçekçi olacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Avukatın asli görevinin müvekkilinin haklarını savunmak olduğu görüşünden yola çıkıldığında, Avukatlık Kanunu m.35/A hükmünün avukata bir arabuluculuk görevi yüklediğini söylemek mümkün değildir. Avukat, temsil ettiği müvekkili ile birlikte uyuşmazlığın bir tarafını oluşturmaktadır. Dolayısıyla burada gerçekleşen faaliyet, bir müzakere²⁶ faaliyetidir. Ancak sadece uyuşmazlığın taraflarının katıldığı klasik bir müzakere faaliyetinden farklı olarak, avukatın da müzakerelere katılması sonucunda elde edilen çözüm bir tutanağa işlenerek Avukatlık Kanunu 35/A maddesi uyarınca “ilam” niteliği kazanmaktadır. Başka bir deyişle, hazırlanan tutanağa ilam niteliğini kazandıran, müzakere sürecine avukatın katılmış olmasıdır.

iv. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’daki Düzenleme

Adı geçen kanunun 22. maddesine göre, değeri belirli bir parasal sınırın²⁷ altındaki uyuşmazlıkların öncelikle Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri’ne götürülmesi zorunluluğu vardır. Bu uyuşmazlıklarda hakem heyetinin vereceği karar tarafları bağlar²⁸. Belirtilen parasal

²⁵ Avukatın söz konusu görevlerinin birbiri ile çeliştiğini kabul eden Özbay ise, avukatın Avukatlık Kanunu m. 35/A hükmü uyarınca tarafları uzlaştırmaya çalışırken tarafsız davranması gerektiğini belirtmektedir. ÖZBAY, s. 401 vd. Yeşilirmak ise avukatın karşılıklı görüşmeler sırasında tarafsız hareket etmesinin vekalet sözleşmesinin niteliği ile uyuşmayacağını belirtmektedir. Bkz, YEŞİLIRMAK, s. 15.

²⁶ ÖZBEK, *Avukatlık Kanunu 35/A Maddesi*, s. 113 vd.

²⁷ Söz konusu parasal sınır 01.01.2012 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 1.161,67 TL, Büyükşehir statüsünde bulunan illerde faaliyet gösteren il hakem heyetleri bakımından ise 3.032,65 TL’dir.

²⁸ Taraflar bu kararlara karşı 15 gün içinde Tüketici Mahkemesi’ne itiraz edebilirler. Bununla beraber itiraz kararın icrasını durdurmaz. Ancak, talep

sınırın üzerindeki davalar bakımından ilgililer doğrudan Tüketici Mahkemeleri'ne başvurabilirler.

Tarafların değeri belirli bir parasal sınırı geçmeyen uyuşmazlıklarda hakem heyetine başvurma zorunlulukları olması nedeniyle söz konusu yöntem ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Burada belirtilen hukuki uyuşmazlık çözüm yönteminin bir istisnai yargılama faaliyeti olduğunu söylemek daha doğru olacaktır.

v. 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'ndaki Düzenleme

Toplu görüşme için tespit edilen yer gün ve saatte taraflardan biri toplantıya gelmez veya geldiği halde görüşmeye başlamaz yahut görüşmeye başladıktan sonra toplantıya devam etmez ya da toplu görüşmeye başlamasından itibaren 30 gün geçmesine rağmen taraflar arasında bir anlaşma sağlanamazsa, grev ve lokavttan, grev ve lokavtın yasak olduğu iş ve işyerlerinde ise zorunlu tahkime başvurulmasından önceki evrede arabulucu devreye girer (m. 22). Arabulucunun görevleri Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m. 23'te düzenlenmektedir. Söz konusu maddenin 2. fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır.

“Arabulucu, tarafların anlaşmaya varması için her türlü çabayı harcar ve ilgililere önerilerde bulunur.”

Söz konusu hükümde açıkça belirtildiği gibi arabulucu denilen taraf-sız üçüncü kişinin taraflara önerilerde bulunması zorunlu tutulduğundan, burada arabuluculuk değil, uzlaştırma yöntemi mevcuttur.

vi. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı

21.10.2011 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı” bu çalışmanın hazırlandığı tarihte²⁹ henüz yürürlüğe girmemekle birlikte, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuğa ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir. Söz konusu tasarının 2. maddesinin B bendi uyarınca “arabuluculuk”;

üzerine hakim icranın durdurulması kararı verebilir. İtiraz üzerine Tüketici Mahkemesince verilen karar kesindir.

²⁹ Söz konusu çalışma Ocak 2012 tarihinde tamamlanmıştır.

“Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları biraraya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü gibi bu çalışmada benimsenmiş olan arabuluculuk tanımı ile söz konusu kanun tasarısındaki arabuluculuk tanımı birbiri ile örtüşmektedir. Dolayısı ile bu tasarı bakımından da arabulucunun hukuki uyuşmazlık konusu ile ilgili bir karar verme yetkisi olmadığı gibi taraflara bir öneride bulunma yetkisi de yoktur.

Söz konusu tasarının 1. maddesinde ve genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, tasarı sadece, *yabancı unsurlu olanlar da dahil, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda* uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla, idari veya cezai uyuşmazlıklarda söz konusu tasarı hükümlerine dayanılması mümkün olmayacaktır. Ayrıca hukuki uyuşmazlıklardan da *sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarda* bu tasarı hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu durum karşısında kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmelerine olanak vermeyen hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk kurumuna başvurulamayacaktır.

Taraflar arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler ve eşit haklara sahiptirler (m. 3). Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında³⁰ arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birisinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır (m.13). Başkaca bir usul öngörülme-

³⁰ Yargıtay’ın Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ile ilgili 02.03.2009 tarihli görüşünde ise, arabuluculuğun sadece dava aşamasına gelmeden önce başvurulabilecek bir yöntem olması gerektiği belirtilmiştir. Zira dava aşamasına gelen tarafların, uyuşmazlığı kendi aralarında çözmek istedikleri takdirde bunu Türk Medeni Usul Hukuku’nda zaten var olan sulh kurumuna başvurarak gerçekleştirebilecekleri ifade edilmiştir.

mişse, arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir (m.14. f.1).Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan bilgi ve belgelerle tuttuğu kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür (gizlilik ilkesi) (m. 4). Arabulucu bu belge ve kayıtları ve arabuluculuk faaliyeti sonunda ortaya çıkan tutanağı 5 yıl süre ile saklamak zorundadır (m. 17 f. 4).

Arabulucular Adalet Bakanlığı'na bağlı Arabuluculuk Hizmetleri Daire Başkanlığı tarafından tutulan arabulucular siciline kayıtlı olarak faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar (m. 6)³¹. Arabulucuların sicile kaydolabilmesi için Türk Vatandaşı olmaları, 4 yıllık lisans eğitimi almış olmaları, taksirli suçlar dışında herhangi bir sabıklarının bulunmaması, arabuluculuk eğitimini tamamlayarak bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmaları gerekmektedir (m. 20). Arabuluculuk eğitiminde faaliyetin yürütülmesi ile ilgili temel bilgiler, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile diğer pratik bilgileri içeren asgari 150 saatlik eğitim verilir (m. 22 f. 1). Hukuk lisans diplomasına sahip olmayan kimselerin arabuluculuk eğitimini tamamlamış sayılmaları için 100 saatlik temel hukuk eğitimini de almış olmaları gerekir (m. 22 f. 2). Uygulamada arabulucu olmak için hukuk fakültesi mezunu olma zorunluluğunun aranmaması yoğun eleştirilere neden olmuştur³². Bunun temel nedeni ise arabulucunun görev tanımı konusundaki kargaşa olsa gerektir. Öncelikle arabuluculuk faaliyetinin bir yargılama faaliyeti olmadığını vurgulamakta fayda vardır. Taraflar aralarındaki uyuşmazlığı kendileri çözümlenmeye çalışmaktadırlar. Arabulucunun bu çözüm süreci

³¹ Arabulucular Arabuluculuk Hizmetleri Kurulu tarafından belirlenen kurallar uyarınca görev süreleri boyunca Arabuluculuk Hizmetleri Daire Başkanlığı denetim görevlileri tarafından denetime tabi tutulurlar (m. 30 bent g, m. 32 bent c).

³² Hatta doktrinde arabuluculuk kurumuna olumlu yaklaşan yazarlardan bazıları dahi, "arabuluculuğun gerçekleşmesi için geçecek başlangıç döneminde bu mesleğin sadece hukukçular tarafından yerine getirilmesi gerektiğini" savunmaktadır. Ancak daha sonraki süreçlerde başka meslek gruplarından olanların da arabuluculuk yapabileceğini belirtmektedir. Bkz. KAPLAN, s. 144. Yargıtay ise 02.03.2009 tarihli görüşünde, "çözüm önerisinde bulunacak" arabulucunun hukuki değerlendirme yapmadan böyle bir öneride bulunmasının imkansız olduğunu belirterek, 100 saatlik temel hukuk eğitiminin bir uyuşmazlık karşısında hukuki değerlendirme yapmak için yetersiz olacağını bu nedenle arabulucuların hukuk fakültesi mezunu olmalarının şart koşulması gerektiğini savunmuştur.

içinde, tarafların etkin bir iletişim kurmalarını sağlamak ötesinde bir görevi yoktur. Uyuşmazlık konusunda hukuksal bir değerlendirmede bulunarak karar vermesi mümkün olmadığı gibi taraflara uyuşmazlığın çözümü konusunda önerilerde dahi bulunamaz. Görev alanı bu kadar sınırlı olan bir arabulucunun mutlak surette hukuk fakültesi mezunu olmasını aramanın pratik bir yararının bulunmadığını söylemek yerinde olacaktır.

Taraflar arabuluculuk faaliyetinin sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bunu bir tutanağa kaydederek, yetkili icra mahkemesine ibraz ederek, icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerhi içeren tutanak, ilam niteliğinde belge sayılır. İcra edilebilirlik şerhi verilmesi bir çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığı ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır (m. 18 f. 2-3). Tasarı bu yönden de eleştirilmiştir. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda hazırlanan tutanağın yetkili icra mahkemesi tarafından şerh verilerek ilam niteliği kazanması ve icra mahkemesinin incelemesinin yukarıda belirtilen konularla sınırlı olması, devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar verileceği endişesini doğurmuştur. Oysa temelde gerçekleştirilen faaliyet tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kendi kendilerine çözümlenmelerinden ibarettir. Yukarıda belirtildiği üzere Türk Medeni Usul Hukuku'nda davaların, davayı kabul, davadan feragat ve sulh gibi taraf işlemleri ile sonlandırılması zaten mümkündür. Bu işlemlerden biri olan sulh, tarafların karşılıklı irade beyanları ile oluşan ve aralarındaki uyuşmazlığı çözümledikleri bir sözleşmedir. Şarta bağlı olmayan bir sulh anlaşmasıyla sonuçlanan bir davada, hakim tarafların isteği üzerine anlaşmayı mahkeme kararına geçirerek ona maddi anlamda kesin hüküm niteliği kazandırabilir. Böylece tarafların iradeleri ile gerçekleşen çözüm bir mahkeme ilamı haline gelerek gerektiğinde ilamlı icra konusu yapılabilecektir. Bu noktadan bakıldığında tarafların ortak iradelerinin sonucunda elde ettikleri çözümün "ilam" niteliği taşıması hukukumuz bakımından bir ilk değildir. Dolayısıyla bu çözümün ilam niteliği taşımasının sadece taraflar arasında bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin bulunması nedeniyle eleştirilmesi pek haklı görünmemektedir.

Söz konusu kanun tasarısı bakımından çok önemli olan bir düzenleme de 16. maddenin 2. fıkrasında yer almaktadır. Bu düzenleme uyarın-

ca “Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz”. Bu düzenleme ile arabuluculuk faaliyetinin uzaması nedeniyle tarafların yerel mahkemelere başvurmaları ve haklarını aramaları bakımından herhangi bir hak kaybına uğramalarının önü kesilmiş olmaktadır.

Sonuç

Hukuki uyuşmazlıkların çözümünde başvuru yerel mahkeme ve tahkim yargılama faaliyetlerinin uzun sürmesi, maliyetlerinin fazlalığı gibi nedenler, özellikle uluslararası ticaret aktörlerini uyuşmazlıkların çözümü bakımından alternatif yollar aramaya sevk etmiştir. Bu noktadan hareketle, çalışmalarına başlanan, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, günümüzde birçok uluslararası düzenleme ile teşvik edilmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden, bu çalışmanın konusunu oluşturan “arabuluculuk” yöntemi, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, tümüyle bağımsız tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen gönüllü bir usuldür. Söz konusu yöntemi, kendisine çok benzeyen uzlaştırma yönteminden ayıran temel nokta, arabuluculuk yönteminde tarafsız üçüncü kişi olan arabulucunun taraflara hukuki uyuşmazlığın çözümü konusunda herhangi bir öneride bulunma yetkisinin bulunmamasıdır. Ancak uygulamada gerek uluslararası kuruluşların hazırladıkları model kanunlarda gerekse ülkelerin ulusal mevzuatlarında bu iki kavram birbirinin yerine kullanılabilen ve kavram kargaşasına neden olmaktadır.

Türk Hukuku’nda uyuşmazlıkların dostane usullerle çözümünü sağlamaya yönelik bazı düzenlemeler mevcuttur. Ancak gerçek anlamıyla arabuluculuk yöntemini düzenleyen kanun, bu çalışmanın yapıldığı tarihte henüz tasarı düzeyindedir. Söz konusu tasarı adalet uygulayıcıları tarafından çok tartışılmış ve ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Bunun temel nedeninin, arabuluculuk kurumunun yerel mahkeme yargısının rakibi olarak görülmesi ve onun etkinliğini azaltacağı yönündeki

düşünceler olduğu söylenebilir. Oysa her şeyden önce arabuluculuk faaliyetinin, alternatif dahi olsa, bir yargılama faaliyeti olmadığına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Arabuluculuk, uyuşmazlık taraflarının kendi çözümlerini üretmelerini hedef alan bir kurumdur. Uyuşmazlık konusunda karar veren makam sadece taraflardır. Bu kuruma başvurunun ihtiyari olması, tarafların bu yolla bir çözüm elde edemeyeceklerine inandıkları her zaman yerel mahkeme yargısına başvurabilmeleri, bu arada zamanaşımı süresi ve hak düşürücü sürelerin işlemeyecek olması arabuluculuk kurumunun olumlu yönlerini oluşturmaktadır. Söz konusu kuruma başvurunun sadece, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularla, sınırlandırılmış olması da çok önemlidir. Böylece kamu düzenine ilişkin meselelerden doğan bütün uyuşmazlıklarda bu kurum devre dışı kalacaktır. İdari veya cezai uyuşmazlıklar ise zaten kapsam dışındadır. Ayrıca kararın, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konuda verilmiş olup olmadığı, kararın icrası aşamasında İcra Mahkemeleri tarafından da denetlenecektir. Sonuç olarak söz konusu kanun tasarisının yukarıda açıklanan nedenlerle, mevcut haliyle yürürlüğe girmesinde bir sakınca görmemekle beraber, uygulamada bu faaliyete ne sıklıkla başvurulacağını ve hukukumuz bakımından işlevselliğinin akıbetini yaşayarak görmekte fayda vardır.

Kaynakça

- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Tahkim*, 2. Bası, Ankara, 2007.
- BENNETT, Mark D./Michele S. G. HERMANN; *The Art of Mediation*, National Institute for Trial Advocacy, 2005.
- BROWN, Henry/Arthur MARRIOTT; *ADR Principles and Practice*, London, 1999.
- DANA, Dainel; *Conflict Resolution*, McGraw-Hill Company, 2001.
- DAYINLARLI, Kemal; *UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*, 2. Bası, Ankara, 2007.
- GİRAY, Faruk Kerem; *Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB) Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, Sayı 1-2, 1997-1998, s.217-228.
- KAPLAN, Yavuz; *Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış*, MHB Yıl 28, Sayı 1-2/2008, s. 115-146.
- KURU, Baki/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ; *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 22. Bası, Ankara, 2011.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan; *Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Milletlerarası Tahkim*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 53, Sayı 2, 2004, s. 1-32.
- MUŞUL, Timuçin; *Medeni Usul Hukuku*, 3. Bası, Ankara, 2012.
- ÖZBAY, İbrahim; *Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VIII, Sayı 3-4, 2004, s. 387-418.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar; *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2.Bası, Ankara, 2009.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar; *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005/2 s.71-102.

- ÖZBEK, Mustafa Serdar; *Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk*, Ankara Barosu Dergisi, 2001/3 s. 113-139.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar; *Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 51, Sayı 2, 2002, s.121-162.
- PEKCANITEZ, Hakan/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, 12. Bası, Ankara, 2011.
- STONER, Katherine E.; *Divorce Without Court- A Guide to Mediation and Collaborative Divorce*, 2. Bası, 2009.
- ŞANLI, Cemal; *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 4. Bası, İstanbul, 2011.
- TAN DEHMEN, Mine; *Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargulamasına Etkisi*, MHB Prof. Dr. Aslan Gündüz'e Armağan, Sayı 1-2, 2005-2006, s. 451-471.
- TANRIVER, Süha; *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk- Makalelerim- 2006, 2007*, s. 1-25.
- YEŞİLİRMAK, Ali; *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, İstanbul, 2011.