

“HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU TASARISI”NIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Şükran ŞİPKA*

ÖZET

Mediasyon(arabuluculuk), Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AUÇ) yöntemlerinden biri ve en çok kullanılanıdır, kısaca “mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü” olarak adlandırılabilir. Bir hukukçu veya başka bir meslekten olan özel eğitim almış mediatörün, anlaşmazlık konusunda tarafların yerine karar verme yetkisi yoktur ve tarafları bir anlaşmaya varmaya zorlayamaz.

Bu amaçla hazırlanan Kanun Tasarısı, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarında ihtiyari olarak uygulanacaktır. Bu tasarıya göre, mediatörler belirli bir eğitimden geçirecek ve Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulacak bir sicile kayıtlı olacaklardır. Mediasyon(arabuluculuk), mahkeme öncesi veya mahkeme sürecinde kullanılabilir. Tasarıda mediasyon(arabuluculuk) sonucu yapılacak anlaşmaların ilam niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Bu durum ilgili çevrelerde tartışmalara yol açmıştır.

Anahtar Kelimeler: mediasyon, arabuluculuk, mediatör, yasa tasarısı, AB, mediasyon anlaşması, mediatör sicili, anlaşmazlık, AUÇ

EVALUATION OF THE NEW DRAFT REGARDING “USING MEDIATION AT LAW DISPUTES”

ABSTRACT

Mediation is one of the methods of Alternative Dispute Resolutions. It can also be defined as “dispute resolution without a court ruling”. Mediator has no authority of deciding on behalf of the parties and he or she does not force the parties to reach an agreement. Mediation can be both used before the court process or during the court process.

According to the draft bill of using mediation at law disputes, mediation may only be used voluntary for the disputes that the parties can dispose liberally. This method may be used both before the court process or during the court process. Mediation agreements are stated equal to court decisions. This situation has given rise to arguments.

Keywords: Mediation, mediator, draft bill, EU, register of mediators, mediation agreement, conflict, ADR.

** İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Eminönü- İstanbul*

1. GİRİŞ

Demokratik toplumlarda hukuki ihtilâflar, bağımsız kurumsal mahkemeler (yargı teşkilâtı) bünyesinde çözüme kavuşturulmaktadır. Günümüzde, mahkemelerin ağır iş yükü, ağır işleyen yargılama usulleri, davaların uzun sürmesi, hak sahipleri için giderek artan maliyetler, yargıya duyulan güvenin gün geçtikçe azalması gibi faktörler nedeniyle, mahkemelerin dışında da bazı yöntemlerle uyuşmazlıkların çözümlenmesi yoluna başvurulmaktadır. Bu yöntemler, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AUÇ)¹ yöntemleri olarak adlandırılmaktadırlar (Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 2004, Pekcanitez, 2005: 12-16)

Bizde de Adalet Bakanlığının hazırlamış olduğu, “**Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı**”² ile “arabuluculuk (mediation – mediasyon)” sisteminin, yakın zamanda Türk yargı ve hukuk sistemine girmesi beklenmektedir³.

Adalet Bakanlığınca, Avusturya Federal Kanunu model alınarak hazırlanan **Arabuluculuk Kanun Tasarısına** göre, **üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarında** taraflar **isterlerse** hakim önüne gitmeden veya davanın görülmesi sırasında “arabulucu” (mediatör) önünde uzlaşacak, arabulucu önünde uzlaşamayan taraflar, daha sonra mahkemeye gidebilecekler veya açılmış davaya devam edeceklerdir. Söz konusu Kanun Tasarısı, bundan birkaç ay önce Üniversiteler, Meslek kuruluşları ve ilgili kurumların eleştirilerine sunulmuştu. Özellikle Barolar ile hukukçular, bu tasarıya şiddetle karşı çıkmışlar⁴, tasarının tümü ya da maddeleri ile ilgili eleştirilerini ilgili Bakanlığa ve kamuoyuna duyurmuşlardır.

Söz konusu tasarı, mensubu bulunduğum İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı tarafından düzenlenen bir toplantıda yer alan uzmanlarca tartışılmış ve değerlendirilmiştir. Bu çalışmanın amacı, arabuluculuk(mediasyon) kurumu hakkında kısa bir değerlendirme ile, bu toplantıda ele alınan tasarı ve ilgili komisyona sunulan rapor hakkında bilgi vermektir.

¹ Alternative Dispute Resolution – ADR; <http://www.mediatorler.org/showthread.php?t=183> 01.02.2008

² <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm>

³ 2 Eylül 2007 tarihli Hürriyet Gazetesi,

[bkz.http://hursarsiv.hurriyet.com.tr/goster/haber.aspx?id=7203860&tarih=2007-09-02](http://hursarsiv.hurriyet.com.tr/goster/haber.aspx?id=7203860&tarih=2007-09-02)

⁴ Bazı Barolar ve avukatların eleştirileri için bkz.; <http://www.mediatorler.org>, 01.02.2008; Baro Başkanları, Arabuluculuk Tasarısı Açıklaması, <http://www.gencavukatlar.net/HaberGroup.asp?Grup=63>, 01.02.2008

2. ARABULUCULUK (MEDIASYON) KURUMU HAKKINDA KISA BİR DEĞERLENDİRME

2.1. Arabuluculuk (Mediasyon) Nedir?

Mediasyon⁵, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AUÇ) yöntemlerinden biri olarak, üçüncü kişinin katılımı ile yürütülen, “mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü” olarak adlandırılabilir (Özbek, 2004: 201 vd.)⁶. Daha geniş bir ifadeyle mediasyon, bağımsız üçüncü kişinin (mediatör) yardımıyla, tarafların içinde buldukları uyuşmazlık veya müzakerelerdeki ihtilâf noktalarında, tarafların ortak çözüme ulaşmalarını sağlayan, gönüllü, kabul edilebilir, belirli bir anlaşmayla sonuçlanan gizli bir müzakere sürecidir (Kite, 2007: 41 vd.). Bir hukukçu veya başka bir meslekten olan özel eğitim almış mediatörün, anlaşmazlık konusunda tarafların yerine karar verme yetkisi yoktur ve tarafları bir anlaşmaya varmaya zorlayamaz.

Mediasyon ya da tasarı diliyle arabuluculuk, bireysel, toplumsal ya da kurumsal alanlarda anlaşmazlıkların, mahkemeye gidilmeden çözülmesine yardımcı olur. Mediasyonun en önemli amacı, anlaşmazlık içinde olan tarafların saygı ve dürüstlük çerçevesinde kalarak, psikolojik yaralanmaya, suçlamalara, iş ilişkilerinde imaj tahribine, ilişkilerde maddi ve manevi kayıplara uğranmasına fırsat vermeden her türlü sorunlarının çözülmesini sağlamaktır. Bu, mediasyon yönteminin ahlâki misyonudur⁷.

2.2. Arabuluculuğun Tercih Edilme Nedenleri

Tasarının Genel Gereğesinde⁸ de belirtildiği gibi, uzlaşma suretiyle uyuşmazlıkların çözümü son yıllarda pek çok ülkenin hukuk uygulamasında yer almaya başlamıştır. Özellikle yargı yükünün ve yargı giderlerinin giderek artması, yargının yavaş işleyişi ve bunların getirdiği olumsuzlukların çözümüne yönelik arayışlar sonucu alternatif uyuşmazlık çözümleri tercih edilmeye başlanmıştır (**Soygüt Arslan**, 2008:77 vd.) Bu çözüm yollarından arabuluculuğun yararları olarak; mahkeme üzerindeki yükü azaltması, çözümü hızlandırması, mahkeme ve yargılama masraflarını düşürmesi (Özbek, 2004: 203vd)⁹, uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine, tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermelerinin

⁵ Bu çalışmada, “arabuluculuk” ve “mediasyon” terimlerinin, karşılaştırmalı hukuk açısından birlikte kullanılması tercih edilmiştir. (Ş.Şıpka) Ayrıca kavram için bkz. Av. Dr. Erdem İlker Mutlu, **Arabuluculuk Yasa Tasarısı Üzerine Kavramsal Bir Analiz**; “Arabuluculuk kavramı, her ne kadar ulusal hukukumuzda yer almasa da uluslar arası hukuk literatüründe aldığı yer nedeniyle ülkemizde yapılan uluslararası hukuk çalışmalarında çok uzun yıllar önce literatüre geçmiş bir kavramdır. O nedenle, iç hukukta yeni karşılaşıldığı için, Türkçe tam karşılığının olmadığından bahisle Latince’deki ‘media’ köküne yine Latin diller grubundaki uygun ekler getirilerek ‘medyatör’ diye Türkçe’ye ithal etmek hem oluşmuş bilimsel terminolojiyi görmezden gelmeye çalışmak hem de Türk Dili’ni yabancılaştırmak ve zenginliğini köreltmeye katkıda bulunmaktadır”. <http://www.mediatorler.org>

⁶ http://www.mediatorlerderneği.org/turkce/mediasyon_nedir.html çevrimiçi,07.09.2007; Deniz Kite, “Mediasyon Nedir?”, http://www.laccademiaarete.com/laccademia_arete_ani/web_arcel1/-arcel1ayin_konusu.html-, çevrimiçi,07.09.2007.

⁷ <http://www.intermediary.at/html/intermediaryhp.htm>

⁸ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/luakt.htm>, 07.09.2007

⁹ ayrıca bkz. http://www.mediatorlerderneği.org/turkce/mediasyon_nedir.html, çevrimiçi 07.09.2007

toplumsal barışı da sağlayacağı şeklinde belirtilmektedir. Ayrıca arabuluculuk, taraflar arasındaki iyi ilişkilerin korunması, gizlilik ihtiyacı, karmaşık sorunlara çözüm bulunabilme imkânı sağlaması, tarafların görüşleri arasındaki köklü ayrılıkların giderilmesi ve nihayet bir mahkeme hükmünün doğuracağı sakıncalardan kaçınılması gibi nedenlerle de tercih edilebilmektedir (Özbek, 2004: 204-205).

Buna karşılık, arabuluculuğun bazı sakıncaları da bulunmaktadır. Özellikle, taraflardan biri arabuluculuğu dürüstlük kuralına aykırı amaçlarla kullanmayı isterse, taraflardan biri ekonomik olarak zayıf ve diğer tarafın otoritesine tabiyse, arabulucunun tarafsızlığı şüpheliyse, arabuluculuk çabaları başarısız olabilir (Özbek, 2004: 205-206).

Alternatif uyuşmazlık çözümü olarak mediasyon(arabuluculuk), aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargıyı ortadan kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır¹⁰. Arabulucunun bağlayıcı bir karar verme yetkisi yoktur, arabuluculuğun sonunda verilen karar, tarafların iradesi ile bağlayıcı olabilir. Bu nedenle, hazırlanan Kanun Tasarısı, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarında ihtiyari olarak uygulanacaktır.

2.3. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Arabuluculuk Konusundaki Tavsiye Kararları

1998 yılından itibaren Avrupa Birliği içinde de uyuşmazlıkların uzlaşarak çözümü konusunda çalışmalar başlamıştır. 15-16 Ekim 1999 tarihinde Tampere’de düzenlenen Avrupa Birliği zirvesinde, üye devletler Avrupa’da adalete daha iyi erişime ilişkin olarak mahkeme dışı alternatif yöntemler oluşturmaya davet edilmiştir¹¹. Bu çalışmalar sonunda 2002 yılında hazırlanan Yeşil Kitap (Özbek, <http://www.ankarabaru.org.tr/download/adr/incelemeplani.doc>) ile alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisi olan arabuluculuk hakkındaki ilkeler tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu sayede adalete daha iyi erişim sağlayacak alternatif uyuşmazlık çözümlerinin fark edilmesi, yasama faaliyetlerinin bu yönde gerçekleştirilmesi ve alternatif uyuşmazlık çözümlerine politik öncelik verilmesi amaçlanmıştır.

2004 yılında Avrupa Parlamentosu ve Konseyin, Hukuk ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Direktif Tasarısı, medenî ve ticarî konularda arabuluculuğa ilişkin hükümleri içermektedir. Bu teklif edilen Direktif Tasarısında, Avrupa Birliği içinde hakkın korunması ve temini bakımından üye ülkelerin zor ve karmaşık hukuk ve idare sistemi yerine, daha kolay ve daha basit biçimde uyuşmazlıkların uzlaşma ile çözümü amaçlanmıştır. Bu süreç içinde Avrupa

¹⁰ Ayrıca ADR yöntemlerinin olumlu ve olumsuz yönleri konusunda bkz. Soygüt, 22 vd.; Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, s.203 vd.; Pekantez, s.12-16

¹¹ **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Genel Gerekeç**; <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm>, çevrimiçi 07.09.2007.

Birliğine üye ülkelerde de alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin kanunlar kabul edilmiş ve uygulamaya konulmuştur.¹²

Aile mediasyonu konusunda yasal düzenlemeler ise, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 21 Ocak 1998 tarihinde, Bakan Vekillerinin 616'ncı toplantısında kabul ettiği R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda başlamıştır. Üye hükümetlere tavsiye niteliğindeki bu kararda, aile arabuluculuğunun düzenlenmesi, süreci, ilkeleri belirlenmiştir. Bu Tavsiye Kararı, özellikle ayrılık ve boşanma sürecinde ortaya çıkan aile uyuşmazlıklarının çözümüyle ilgili sistemleri düzenlemektedir (Özbek, <http://www.mediatorler.org/showthread.php?t=135>). Aile arabuluculuğu kabul edilen ülkelerde arabuluculuğunun gelişmesi için elverişli koşullar oluşturulmuştur. Arabuluculuk, hem dava sürecinin içinde, hem de yargı dışı bir usul olarak gelişmektedir (Özbek, <http://www.mediatorler.org/show-thread.php?t=135>).

2.4. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Genel Bir Bakış

Adalet Bakanlığının hazırlamış olduğu, "**Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı**"¹³ ile, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarında taraflar, isterlerse hakim önüne gitmeden veya davanın görülmesi sırasında "arabulucu" (mediatör) önünde uzlaşacak, arabulucu önünde uzlaşmayan taraflar, daha sonra mahkemeye gidebilecekler veya açılmış davaya devam edeceklerdir.

Adalet Bakanlığının **Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın** Madde gerekçelerinde "arabuluculuk" şu şekilde tanımlanmaktadır: (*Gerekçe, Madde 2*)

"...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, uzman eğitimi almış, tümüyle bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütülen, gönüllü yani ihtiyarî olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir. Bir başka ifade ile, arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez. Taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz. O, sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; onlara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları tümüyle kendilerine ait olmak üzere kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olur. Diğer bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına

¹² **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı** Genel Gerekçe;

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm>

¹³ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm>

imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler; o haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun bir şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek uyumsuzluğun çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır.

Arabulucu, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir; taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz. Arabuluculuk görüşmelerinde tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bunun pekiştirilmesi ile birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları, hukukî durumlarındaki güçlü ve zayıf noktalar ile çözüme ulaşılmaması halinde doğabilecek sonuçları görmeleri ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini genel bir çerçevede üretip, değerlendirmeleri temin edilir. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir.

Görüldüğü gibi bu tanım, arabuluculuğu diğer AUÇ yöntemlerinden farklılaştırmaktadır. Öncelikle arabulucu(mediatör), uyumsuzluk taraflarının “kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak” işlevini görür.

Arabulucu, uyumsuzluğu bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler. Arabulucu bu amacı gerçekleştirirken, sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar.

Tasarı'nın 3. maddesine göre; taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler.

Tasarı'nın 17. maddesinde, arabuluculuk faaliyetinin sonunda bir uzlaşmaya varılması halinde, bu uzlaşmanın kapsamı, şekli ve sonuçları düzenlenmiştir. Uzlaşmanın kapsamı ve şekli, taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Arabuluculuğun uzlaşma ile sonuçlanması halinde, faaliyetin sonunda tutulan tutanak bir uzlaşma belgesi niteliğinde sayılmıştır¹⁴. Bu belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince

¹⁴ Bu konuda sert eleştiriler yapılmıştır. Bkz. S.Öztek; **Arabuluculuk Küreselleşmenin Bir Aracı mıdır?** “...Avrupa Komisyonunun direktif teklifi bile, uzlaşma belgesinin bir mahkeme veya kamu mercii tarafından karar veya resmi tasdik veya herhangi bir işlemle tevsik edilmesi lazımdır. Bundan sonra ancak kabili icra hale gelebilir diyor. Bunu aşgari şart olarak öngörmüş. Avrupa birliğine giriş sürecinde kıyama koparıyoruz ama daha başlangıçta birliğin koyduğu kesin bir kurala aykırı davranıyoruz. Sonra olayın hukuki güvenlik yönü de var. Neden devletin yargı erkinden bu kadar kaçılmak isteniyor? Bu anlaşılır gibi değildir. Tahkimde bile, mahkeme kararın kamu düzenine aykırılığın olup olmadığına iddia ve savunma hakkının gerçekleşmediğine bakar sonra tasdik eder. Arabuluculuk protokolüne mahkemeye sunmaktan neden kaçınıyorsunuz ki? En azından tahkim müessesesinde olduğu gibi kamu düzenine ve

imzalanacaktır. Uzlaşma belgesi, bir mahkeme hükmü niteliğinde olmamakla birlikte, cebri icra bakımından ilâm niteliğinde belgelerden sayılmıştır. Ancak bunun için, uzlaşma tutanağının içerik itibarıyla cebri icraya elverişli olması gerekir; aksi halde belge ilâm niteliğini kazanmayacaktır. Uzlaşma tutanağının ilâm niteliğinde belge sayılması için ayrıca notere onaylatılması zorunlu değildir. Fakat, taraflar daha sonra çıkabilecek tartışmaları ortadan kaldırmak için düzenledikleri uzlaşma belgesini, notere onaylatabilirler.

2.5. Arabuluculuk Sicili

ABD ve özellikle Orta ve Kuzey Avrupa ülkeleri, mediasyon yasaları düzenleyerek, hem mediasyon toplantılarında alınan kararları mahkeme kararına eşit tutmuşlar; hem de mediatör unvanını almaya hak kazanmak için mediasyon eğitiminde gerekli diploma ve sertifika koşullarını belirlemiş ve nihayet Adalet Bakanlıklarının yayınladığı Mediatör Listeleri ile gerekli denetimi gerçekleştirmişlerdir.

Bu doğrultuda, bizde de Adalet Bakanlığının hazırladığı **Tasarı'nın 19. maddesine** göre, Arabuluculuk Sicili ülkemiz sisteminde de olacak, mediatörler, bu sicile kaydolarak faaliyette bulunabileceklerdir. Arabuluculuk siciline kaydedilebilmek için; Türk vatandaşı olmak, dört yıllık lisans eğitimi tamamlamış olmak, otuz yaşını tamamlamak ve tam ehliyetli olmak, taksirli suçlar dışında herhangi bir sabıkası bulunmamak, arabuluculuk eğitimi tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak gerekecektir.

2.6. Arabulucu (mediatör) Eğitimi

Arabulucu – mediatör eğitimi ise, **Tasarı'nın 21. maddesinde** belirtildiği üzere, dört yıllık lisans eğitiminin tamamlanmasından sonra alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgiler, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren ve asgari yüz elli saatlik eğitimdir. Hukuk fakültesi mezunu olmayanların arabuluculuk eğitimi tamamlamış sayılmaları için, yüz saatlik temel hukuk eğitimi de almış olmaları gerekecektir.

Tasarı'nın 22. maddesine göre, arabuluculuk eğitimi verecek olan kuruluşlar, Daire Başkanlığı'ndan izin almak zorundadır. Daire Başkanlığı tarafından izin verilen eğitim kuruluşlarının listesi elektronik ortamda yayımlanır. İzin için yazılı olarak başvurulur. Bu başvuruda eğitim programı, eğiticilerin sayısı ve uzmanlıkları ile

emredici hukuk kurallarına uygunluğu konusunda incelendikten sonra bu belgenin kabili icra olup olmayacağı düşünülmelidir. Nitekim Belçika, İtalya, Cenevre Kantonu, Fransa böyle yapıyor. Bütün bu ülkelerin bir bildiği vardır herhalde. Bizim tasarıda öngörülen sistem en uçtaki sistemdir. Taraflar arabulucuyu kendileri belirliyor. Müzakereyi kendileri yönetiyorlar ve bir karar veriyorlar o karar ilam hükmünde bir karar halini alıyor. Bize Slovak kanunundan, Macar kanunundan falan bahsetmişler. Gerçekçede gittik hepsini inceledik diyorlar. Ama bu bahsedilen bu ülkeler daha bir iki yıl evvel liberalizme geçtiler. Peki siz neden Fransa, Almanya, İtalya ne yapıyor diye neden bakmadınız? Bu gelişmiş ülkelerin hiçbirinde bahsettiğim durum söz konusu değildir. Fransa'da hakim başından sonuna kadar prosedüre dahildir ve hiçbir zaman elini prosedürden çekmemektedir. Çünkü biliyorsunuz Fransa, globalleşmeye en çok karşı çıkan ülkelerdendir". <http://www.mediatorler.org/showthread.php?t=183>

eğitim kuruluşu veya eğitim programının finansman kaynakları hakkında gerekçeli bilgi verilir. Başvuruda sunulan belgelere dayalı olarak, eğitimin amacına ulaşacağı ve eğitim kuruluşlarında eğitim faaliyetinin devamlılığının sağlanacağı tespit edilirse, ilgili eğitim kuruluşuna en çok üç yıl için geçerli olmak üzere izin verilir.

3. İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ'NİN “HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU TASARISI”NA İLİŞKİN TOPLANTI VE SONUÇLARI

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde **1 Kasım 2007 tarihinde**, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı” toplantısı yapılmış ve bu toplantıda çıkan sonuçlar bir rapor haline getirilerek, ilgili makamlara ulaştırılmıştır.

Fakülte Dekanı **Prof. Dr. Nevzat KOÇ** tarafından yönetilen toplantıya, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden **Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden **Prof. Dr. Nevhis Deren YILDIRIM**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden **Doç. Dr. Şükran ŞIPKA** ve **Doç. Dr. Yücel SAYMAN**, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesi **Mehmet KILIÇ**, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi **Osman ÇALIŞKAN**, Mediatörler Derneği Başkanı **Deniz KITE**, Fatih 2. Aile Mahkemesi Hâkimi **Ruhi ÖZDEMİR**, İstanbul 1. Aile Mahkemesi Hâkimi **İzzet DOĞAN** ile **Dr. Ali YEŞİLİRMAK** katılmışlar ve Tasarı hakkındaki görüşlerini açıklamışlardır.

Bu toplantı sonucunda katılımcıların tamamı veya çoğunluğu tarafından paylaşılan görüş ve eleştirilerin yer aldığı bir rapor hazırlanmış ve bu rapor Adalet Bakanlığı’na gönderilmiştir.

Bu raporda üzerinde durulan konular şunlardır:

3.1. Genel Olarak

Katılımcılar, toplantının amacına uygun olarak Tasarının olumlu yönlerinden ziyade, olumsuz nitelikte değerlendirdikleri yönleri üzerinde duracaklarını ifade etmişlerdir.

Alternatif uyuşmazlık çözümü konusunda bir kanun tasarısının hazırlanması, özel hukuku ilgilendiren dava sayısındaki artış, mahkemelerdeki iş yükünün yoğun biçimde ortaya çıkması ve hâkim açığı gibi sebepler de göz önüne alındığında olumlu bir adım olarak değerlendirilmiştir. Dünyada ve özellikle de Avrupa Birliği ülkelerinde arabuluculuk konusunda bir gelişim olduğu, Türkiye’nin bu gelişmeleri görmezlikten gelmesinin beklenemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca, Tasarı’nın; toplum içinde uzlaşma kültürünün sağlanması konusunda da önemli rol oynayacağı ve toplumsal barışı güçlendireceği düşüncesi, katılımcıların çoğunluğu tarafından paylaşılmıştır.

Tasarı üzerinde en çok tartışılan konu, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda uzlaşmaları hâlinde, düzenlenecek olan uzlaşma belgesinin, ilâm niteliğinde belge sayılıp sayılmaması olmuştur. Avrupa Birliği Yönerge Tasarısında, kural olarak, bu

belgenin ilâm hükmünde olması zorunluluğu öngörülmemekte, bu niteliğin, mahkeme, noter ve benzeri resmî kurumların onayı ile kazandırılabilmesi kabul edilmektedir. Bu nedenle, Belçika ve Fransa örneklerinde olduğu gibi, tarafların, mahkemeye başvurup, uzlaşma belgesini onaylatmaları hâlinde, söz konusu belgenin ilâm niteliğini kazanacağı kabul edilmelidir.

Buna karşılık, arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmanın -tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konuya ilişkin olması koşuluyla- taraf avukatlarınca da imzalanması hâlinde, söz konusu belge, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35/A maddesinde öngörüldüğü gibi, ilâm niteliğinde sayılmalıdır.

Üzerinde hassasiyetle durulan bir diğer nokta ise, arabuluculuk konusunda verilecek olan eğitim ile ilgilidir. Ayrıca, arabuluculuk eğitimi sonucunda yapılacak olan sınavın, arabuluculuk konusunda belki de en önemli vasıf olan iknâ kabiliyetini nasıl ve hangi ölçüde tespit edebileceği hususunda soru işaretleri doğmaktadır. Üstelik, arabuluculuk sınavını yapacak olan kişi veya kurumların, arabuluculuk eğitimini tamamlamış kişilerden oluşturulması gerekmektedir. Aksi takdirde, bu eğitimi almamış olan kişilerin, adayları hangi kriterleri göz önünde bulundurarak değerlendirecekleri konusunda büyük tereddütler doğacaktır. Bunun yanında, arabuluculuk eğitimi sonrasında yapılması gereken denetimin önemine de değinilmiştir. Sınavda başarılı olup sicile kaydedilen arabulucu, bundan sonra da arabuluculuk faaliyetlerini sürdürdüğünü, uygulama çalışmalarını yaptığını belgelemeli, diğer bir ifadeyle, bu konuda bir kontrol mekanizması oluşturulmalıdır.

Katılımcıların diğer bir eleştirisi ise, arabuluculuk hizmetlerinin yürütülmesi için oluşturulan teşkilâta yönelik olmuştur. Adalet Bakanlığı bünyesinde gerçekleştirilen bir yapılanmanın, kurumun özerkliğine zarar verebileceği ileri sürülmüştür. Çünkü ihtiyarî olarak başvuru arabuluculuk kurumunun, siyasî müdahaleler karşısında yapısını koruyabilecek, özerk bir yapılanma içerisinde yer alması, “arabuluculuk” kavramının ruhuna ve mantığına daha uygun düşecektir. Tasarı’daki “Adalet Bakanlığı” yerine, konu ile ilgili olarak, Amerikan modelinde olduğu gibi, Odaların veya Enstitülerin yetkili kılınması ya da mahkemeler nezdinde yerel bir yapılanmanın bu hizmeti görmesi, ülkemizde yoğun eleştiriler alan bürokratik engelleri, en azından, arabuluculuk kurumunun işleyişi bakımından kapsam dışında bırakacaktır. Bunlara ilâveten, Arabuluculuk Kurulu’nun ekseriyetle hukukçulardan oluşturulması, hukukçu olması gerekmeyen arabulucu kavramı ile bir çelişki arz eder niteliktedir.

Kanun Tasarısı’nın Üçüncü Bölümü’nde yer alan “Arabulucuların Yükümlülükleri” başlığı altında, “taraflara **çözüm önerisinde** bulunmama yükümlülüğü”nün de ayrı bir madde ile düzenlenmesi, bu konunun ciddiyetini vurgulaması bakımından olumlu olacaktır.

Eleştirilen bir diğer nokta ise, arabuluculuğun bir meslek hâline getirilme çabasıdır. Buna bağlı olarak, arabuluculuk konusunda bir asgarî ücret tarifesi öngörülmesinin, Avrupa Birliği Komisyon kararlarının ortaya koyduğu “özgür rekabet ortamı” fikrine aykırı düştüğü ifade edilmiştir. Arabuluculuğun bu suretle, bir asgarî ücret

tarifesine bağlanması ve sicile kaydolma zorunluluğu, bu faaliyetin uygulanış amacını ortadan kaldıracağı gibi, kavramın özünü de kaybettirecektir.

Tasarının 2. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yapılan düzenlemeden farklı olarak, taraflar, sicile kayıtlı olmayan gerçek kişileri de arabulucu olarak seçebilmelidirler. Buna karşılık, arabuluculuğun, yargılama sürecinde hâkim tarafından önerilmesi hâlinde, bu olasılıkla sınırlı olmak üzere, tarafların sadece sicile kayıtlı arabulucular listesinden seçim yapabilecekleri şeklinde bir düzenleme getirilmelidir. Böylece, arabuluculuk sisteminin özüne uygun olarak, sicile kayıtlı olmayan kişilerin de arabuluculuk faaliyetinde bulunabilmeleri sağlanmış olur.

Tasarı'nın Yedinci Bölümünde, Arabuluculuk Kurulu'na, "arabuluculuk hizmetlerine ilişkin temel ilkeler ile meslek kurallarını belirlemek" şeklinde bir görev yüklenmektedir. Söz konusu ilke ve kuralların, bir kurul tarafından, diğer bir deyişle hariç olarak belirlenmesinin yerine, arabuluculuk kurumunun doğal süreci içinde kendi etik kurallarını bizzat yaratmasına izin verecek bir düzenlemenin yapılması daha isabetli olacaktır.

3.2. Madde Eleştirileri

- Arabulucunun ücret ve masraf isteme hakkını düzenleyen Tasarı m.7, arabulucunun, ücrete hangi aşamada hak kazanabileceği ya da bunun için, faaliyet sonucunda tarafların uzlaşmalarının şart olup olmadığı sorusuna cevap vermemektedir. Bu nedenle, söz konusu madde uzlaşma belgesinin icrasının, bu ücrete dâhil edilip edilmemesi hususu da karanlıkta kalmıştır. Bu konuların da madde içerisinde aydınlatılması daha isabetli olacaktır.
- Tasarının 7. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde kullanılan "...karşılır." sözcüğünden sonra gelmek üzere, "ve bu ücret arabuluculuk sürecinin sonunda varılan anlaşmanın uygulanmasında yapılacak görevi de kapsar." şeklindeki ibare eklenmelidir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasının ilk yarısında kullanılan "...belirli kişiler için arabuluculuk yapma veya" şeklindeki ibare, fıkra metninden çıkarılmalıdır. Çünkü söz konusu ibarenin konuluş amacı, fıkra gerekçesinden anlaşılacağı gibi, arabuluculuk faaliyetinin belirli kişiler için yürütülmesi de işin niteliği gereğidir.
- Arabulucular siciline kayıt olma konusunda, Tasarının 19. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi, fıkra metninden çıkarılmalı ve diğer bentlerin harflerinde de buna uygun değişiklik yapılmalıdır. Çünkü, arabuluculuk faaliyetinin sadece Türk vatandaşları tarafından sürdürülmesinde kamu yararı olduğu söylenemez., Taraflarla sağlıklı bir iletişim kurabilen bir yabancı da arabuluculuk yapabilmelidir. Buna bağlı olarak, arabulucular siciline, Türk vatandaşı olmayan kişiler de kaydedilebilmelidir. Ayrıca, aynı maddenin ikinci fıkrasında kullanılan "Arabuluculuk sicili" şeklindeki ibare, Tasarının Beşinci Bölümünün ve 19. maddesinin kenar başlığına uygun olarak "Arabulucular sicili" şeklinde düzeltilmelidir.

- Tasarının 26. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde kullanılan “ihtara rağmen” sözcüklerinin, Tasarının 20. maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi, “**yazılı uyarıya rağmen**” şeklinde değiştirilmelidir.

4. KİŞİSEL DEĞERLENDİRME

Kanaatimizce, hızlı bir şekilde hazırlanan yukarıda kısmen yer verdiğimiz Arabuluculuk Kanun Tasarısının, bilimsel çevrelerde etraflıca tartışılmadan ve alt yapısı hazırlanmadan kanunlaştırılması sakıncalı olacaktır. Hukuk çevrelerinde tartışılmaya başlanan bu tasarı, çoğunluk avukatlar ve barolar tarafından eleştirilmekte ve karşı çıkmaktadır. Amacı toplumda uzlaşmayı sağlamak olan bu Tasarının, özellikle hukuk uygulayıcıları ve kamuoyu tarafından yakından tanınarak benimsenmesi gerekir.

Arabuluculuk yöntemi ile ihtilâfların tarafların iradesi doğrultusunda anlaşma sağlanarak çözülmesi, yapılan bu anlaşmaya uyma konusunda her iki tarafı da daha istekli yapacak ve aynı zamanda taraflar arasındaki duygusal davranış ve kızgınlıkları da gidererek, iletişimlerinin devamını sağlayacaktır.

Hukukumuzda tamamen yabancı ama kurumsallaşması durumunda uyumsuzluk çözüm sistemimizde büyük değişiklikler yaratacak bu kurumun oluşturulması için alt yapı hazırlıkları bir an önce yapılmalı, pilot uygulamalar başlatılmalı, alt yapı çalışmaları tamamlandıktan sonra kanunlaştırma ve yürürlük sağlanmalıdır.

Tasarıda arabuluculuk sonucu yapılacak anlaşmaların ilâm niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Bu durum ilgili çevrelerde tartışmalara yol açmıştır. Tasarının ilgili maddesinin bu eleştiriler dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi gerekir. Ayrıca arabuluculuk yapacak olan kişilerin ciddi bir eğitimden geçmeleri ve denetimlerinin özerk kuruluşlara bırakılması da önerilmektedir.

Buna karşılık, arabuluculuk mesleğinin sadece avukatların tekelinde bir meslek sayılması yönündeki bir görüşü haklı bulmadığımız gibi, bu görüş, arabuluculuk kurumunun amacına da aykırıdır. Arabuluculukta; çatışma yönetimi, davranış psikolojisi, iletişim ve müzakere becerisi ön plândadır. Hukuk bilgisi ve avukatlık mesleği, çoğu zaman taraf iradelerine bağlı çözüme odaklı değil, mevzuat çerçevesinde bir tarafın haklı olabileceği yönünde bir çözüme odaklanmaktadır. Oysa arabuluculuk tamamen tarafların kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yönelik, ihtiyari bir kurumdur.

Kamu düzenine ilişkin konular – tasarıda da yer verildiği üzere – arabuluculuk kapsamında olamaz. Örneğin, boşanma yargılamasında MK. md. 184/5 hükmü gereği, hakimin onayının arandığı durumlarda, arabuluculuk kararı ilâm niteliğinde sayılmaz, ayrıca hâkimin ya da yetkili bir makamın onayının alınması gerekir.

Tasarının 1. maddesinde “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarında” arabuluculuğun uygulanabileceği belirtilmiştir. Kanaatimizce, bu ifade yeterlidir. Böylece kamu düzeni, emredici hukuk kuralları ve BK. 18-20.maddeler kapsamına giren uyuşmazlıklarda arabuluculuk geçerli olamayacaktır. Örneğin, taraflar boşanma nedenlerinin olduğu hususunda bir anlaşmaya varamazlar. Bunun için hâkimin boşanma nedeninin varlığına kanaat getirmesi ve boşanma kararı vermesi gerekir. Buna karşılık, nafaka, mal rejimleri tasfiyesi, hatta velayet ve çocuk ile görüşme hususunda ilâm niteliğinde olmayan bir boşanma protokolü, arabuluculuk anlaşması ile sağlanabilir. Bu anlaşma, boşanma davasına bakan mahkemeye sunulur ve hâkimin onayı ile birlikte bağlayıcılık kazanır. Boşanma yargılamasında arabulucuların özellikle psikolog, davranış bilimci, sosyal çalışmacı ve benzeri alanlarda uzman kişilerden oluşması gerektiği, hukukçuların ise, ancak yukarıda belirttiğimiz, çatışma yönetimi, davranış psikolojisi, iletişim ve müzakere becerisi gibi kişisel özellikleri var/ ya da edinmişse, yararlı olabileceği kanaatindeyiz.

Nihayet arabuluculuğun, her türlü anlaşmazlık ve çatışmada, tarafların maddi ve manevi kayıplarını asgariye düşürebilecek uzlaştırıcı ve onarıcı bir adalet yöntemi olarak kabul edildiği gerçeği karşısında, ülkemizde de bu kurumun, yukarıda yapılan eleştiriler dikkate alındığında olumlu sonuçlar doğuracağı inancındayız.

KAYNAKÇA

Kite Deniz, **Mediasyon Nedir?**,

http://www.mediatorlerderneği.org/turkce/mediasyon_nedir.html 07.09.2007

http://www.laccademiaarete.com/laccademia_arete_ani/web_arche1/arche1ayin_konusu.html, 07.09.2007

Kite Deniz, **21. YY.da Arabuluculuk- Mediasyon**, Kayseri Ticaret Odası Yayını, Ağustos 2007

Özbek Mustafa, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2004

Özbek Mustafa, Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü,

<http://www.ankarabarusu.org.tr/download/adr/incelemeplani.doc>, 07.09.2007

Özbek Mustafa, **Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı** <http://www.mediatorler.org/showthread.php?t=135>, 01.02.2008

Pekcanitez Hakan, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü** , Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005/5

Soygüt Arslan Buket, **Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu**, Ocak 2008, Galatasaray Üniversitesi Yayınları

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Genel Gerekeçe;
<http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm>, çevrimiçi 07.09.2007

Arabuluculuk Küreselleşmenin Bir Aracı mıdır?
<http://www.mediatorler.org/showthread.php?t=183>, 01.02.2008

<http://www.mediatorler.org>, 01.02.2008

<http://www.gencavukatlar.net/HaberGroup.asp?Grup=63>, 01.02.2008

<http://www.intermediary.at/html/intermediaryhp.htm>

http://www.mediatorlerdernegi.org/turkce/mediasyon_nedir.html, çevrimiçi 07.09.2007

