

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS AND MEDIATION

Alper BULUR*

ÖZET : Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, bağımsız, tarafsız ve objektif bir üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları bir araya getirerek, ortaklaşa bir çözüm bulmaları konusunda iletişim kurmalarını sağladığı ve aralarındaki uyuşmazlığı ya kendi kendilerine çözmeleri için onlara yardımcı olduğu ya da somut olayın özelliklerine göre onlara üzerlerinde fikir birliğine varabilecekleri çözüm önerileri sunduğu; Devlet mahkemelerinde gerçekleşen yargılamaya göre seçimlik bir yol olarak uygulama alanı bulan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür. Arabuluculuk yöntemi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde en yaygın ve başarılı olarak uygulanılandır. Arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin yöntemiyle, tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân veren ortamı oluşturmayı hedefler. Arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözme yönteminin en temel ilkeleri, “gönüllülük”, “eşitlik”, “bizzat hazır bulunma”, “taraf hakimiyeti” ve “gizlilik” ilkeleridir.

Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Karşılaştırmalı Hukuk, Arabuluculuk, İlkeler, Uzlaşma

ABSTRACT

Alternative Dispute Resolutions (ADR) are private methods to settle a dispute by an independent, impartial and objective third person. Alternative Dispute Resolution includes dispute resolution processes and techniques that fall outside of the government judicial process. The rising popularity of ADR can be explained by the desire of some parties to have greater control over the selection of the individual or individuals who will decide their dispute. In mediation, there is a mediator, who facilitates the resolution process, but does not impose a resolution on the parties. A mediator makes primarily procedural suggestions regarding how parties can reach agreement. Mediation comprises an act of bringing two parties in a dispute closer together toward agreement through alternative dispute resolution, a dialogue in which the mediator, using appropriate techniques, assists two or more parties to help them negotiate an agreement, on a matter of common interest. The basic principles of mediation are “volunteering”, “equality”, “to be present personally”, “party sovereignty” and “confidentiality”. Alternative Dispute Resolutions, Comparative Law, Mediation, Principles,

Settlement

GİRİŞ

Günümüzde bilim ve teknikte hızlı gelişmeler yaşanmakta, insanlar arasındaki iletişim ve etkileşim hızla artmaktadır. Buna paralel olarak, insanlar arasındaki ekonomik ve sosyal ilişkiler de gelişim göstermekte ve çeşitlilik arz etmektedir. Söz konusu hızlı değişim ve gelişim, bir çok yeni sorunu da beraberinde getirmiştir. Bu durumun bir sonucu olarak da hukuki uyuşmazlıkların çözümünde yeni arayışlar başlamıştır.

Uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma işlevi, esas olarak Devlete ait bir görevdir. Bununla birlikte, uyuşmazlık içine düşmüş olan taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı çeşitli yöntemlerle çözüme kavuşturabilirler. Bu yöntemler, sürecin ne kadar resmiyet taşıdığı, tarafların süreç içerisindeki etkinliği, üçüncü kişilerin süreç boyunca üstlendiği işlev ve varılan anlaşmanın hukuki niteliği gibi birtakım kıstaslar ile birbirlerinden ayrılırlar.

Geleneksel anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, tüm kültür ve uygarlıklarda yüzyıllardır uygulanmaktadır; ancak, profesyonel anlamda, Anglo-Sakson kökenli bir kurum olarak ortaya çıkmış ve özellikle küreselleşmenin de etkisiyle Kıta Avrupası ülkelerinde de hızla işlerlik kazanmaya ve uygulama alanı bulmaya başlamıştır.

Biz de çalışmamızda, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını önce genel olarak, sonra karşılaştırmalı hukuk bakımından incelemeye çalıştık. Bu incelemeyi daha çok arabuluculuk ve uzlaştırma kurumları çerçevesinde yaptık. Daha sonra ise, söz konusu yöntemler içerisinde en başarılı ve yaygın olarak kullanılan arabuluculuk yöntemini, temel hatları ile değerlendirdik. Bu doğrultuda, Temmuz 2007'de tamamlanarak görüşe sunulan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ile ilgili bazı eleştirilerimize de özellikle arabuluculuğun temel ilkeleri çerçevesinde yeri geldikçe dipnotlarda yer verdik.

1. GENEL OLARAK ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Alternatif uyuşmazlık çözüm (AUÇ) yolları, ilk olarak Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ve uygulayan ülkelerde kullanılmaya başlanmıştır. Söz konusu yöntemlerin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki tarihi gelişim süreci, 1960'lı yılların başında başlamıştır. Ancak, söz konusu alanda yaşanan esas gelişim hareketleri, 1980'li yıllarda meydana gelmiştir. İngiltere'deki geçmişi ise daha yenidir ve özellikle son 20 yılda İngiltere'de de önemli ilerleme kaydetmiştir[1]. Kıta Avrupası ülkelerinde ise, küreselleşmenin de etkisiyle, son yıllarda hızla gelişim göstermeye ve uygulanmaya başlanmıştır [2]

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili genel bir tanım yapmak gerekirse, "bağımsız, tarafsız ve objektif bir üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları bir araya getirerek, ortaklaşa bir çözüm bulmaları konusunda iletişim kurmalarını sağladığı ve aralarındaki uyuşmazlığı ya kendi kendilerine çözmeleri için onlara yardımcı olduğu ya da somut olayın özelliklerine göre onlara üzerlerinde fikir birliğine varabilecekleri çözüm önerileri sunduğu; tamamen gönüllülük esasına göre işlerlik kazanan ve Devlet mahkemelerinde gerçekleşen yargılamaya göre seçimlik bir yol olarak uygulama alanı bulan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür" denilebilir[3]. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin diğer karakteristik özellikleri ise, süreç sonunda bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunulması ve yine süreç sonunda uzlaşma sağlanamaması halinde yargıya başvuru hakkının korunuyor olmasıdır [4]

Uzlaşma suretiyle uyuşmazlıkların çözümü son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmektedir. Bunun nedeni, bu ülkelerde yargı yükünün ve yargı giderlerinin giderek artması, bunun sonucunda yargının yavaş işleyişi ve bunların getirdiği olumsuzlukların çözümüne yönelik arayışlardır[5]. Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine, tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından da tercih sebebi sayılmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözümü, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargıyı ortadan kaldırmak da değildir [6]

. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır [7]

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sınırlı değildir. Her ülke, kendi sosyal ve ekonomik gerçeklerini gözleterek, bu süreçlerden birini tercih edebileceği gibi, bunlardan birkaçını bir araya getirmek suretiyle karma yöntemler de oluşturabilir veya söz konusu yöntemler dışında başka yöntemler de geliştirebilir. AUÇ yollarının belli başlı olanları, müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların tespiti, kısa duruşma, uzlaştırma ve arabuluculuktur[8].

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu da tahkimin hukuki niteliğinin ne olduğudur. Tahkim, tarafların, üzerlerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü, anlaşmak suretiyle, Devlet mahkemeleri yerine, hakem olarak adlandırılan özel kişilere bırakmalarınıdır[9].

Doktrindeki bir görüşe göre, tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisi ve hatta en yaygın olarak kullanılanıdır[10].

Bizim de katılmakta olduğumuz bir diğer görüşe göre ise, tahkim bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu değildir[11]. Devlet mahkemelerinde görülen yargılamanın yerine ikame edilen ve ona göre istisnai nitelikte olan bir yargısal yoldur [12]. Zira hakemler de taraflar arasındaki uyuşmazlığı, Devlet mahkemesi hâkimi gibi bir yargılama yaparak çözüme kavuşturur [13]

. Hakemler, maddi hukuku uygulamak zorunda olmasalar da yine taraflar arasındaki maddi vakıaları bir hukuki kalıba göre nitelendirerek hüküm vereceklerdir [14]

. Ayrıca iç tahkim bakımından bir değerlendirme yaptığımızda, hakem hükmünün, hâkimlerin yargılama sonunda verecek oldukları hükme benzerliği daha iyi ortaya çıkmaktadır. Zira, hakem kararları kesin hüküm niteliğindedir [15]

, temyizi mümkündür, yargılamanın iadesi davasına konu oluştururlar ve cebri icraya elverişlidirler [16]

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ve kamu düzeninden sayılmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulabilecektir[17]. Kamu düzeni kavramı, zamana ve mekâna göre değişkenlik gösteren, genel geçerliliğe sahip bir tanımının yapılması güç olan bir kavramdır. Bununla beraber, genel bir çerçeve çizilmesi gerekirse, “belirli bir toplumda ve belirli bir zaman diliminde geçerli olan; sosyal, ekonomik, siyasi, ahlaki ve hukuki yönden o toplumun temel yapısını ortaya koyan ve temel çıkarlarını koruyan kurallar bütünüdür” biçiminde bir tanım yapılabilir [18].

Türk kamu düzenine aykırılık oluşturmadığı sürece, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hukukumuzda uygulanmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 518'de düzenlenen "Yalnız iki tarafın arzusuna tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez." hükmü de bu doğrultuda düzenlenmiş bir hükümdür. Söz konusu madde gibi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri de iki tarafın arzusuna tabi olan durumlarda mümkündür [19]

Türk hukukunda, AUÇ yolu olarak değerlendirilebilecek çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Örneğin medenî usul hukukunda (HUMK m. 213/1), toplu iş hukukunda (TSGLK m. 22, 23 ve 34/1), avukatlık hukukunda (Av. K. m. 35/A), tüketici hukukunda (TKHK m. 22) aile hukukunda (4787 sayılı Kanun m.7) ve hatta kamu düzeninin korunması düşüncesinin en yoğun hissedildiği ceza hukuku alanında (CMK m. 253-256) alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirilebilecek birtakım düzenlemelere yer verilmiştir[20].

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargının yerine ikame edilmek istenen bir kurum değildir. Aksine, yargının daha etkin ve verimli bir biçimde çalışabilmesine ve yargı ile bağlantılı olan Anayasal kuralların tam anlamıyla işlerlik kazanabilmesine hizmet eden, yargının yanında yer alan ve onunla yan yana yürüyen[21], etkin ve barışçıl hukuksal korunma yöntemleri bütünüdür [22].

2. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

A. Amerika Birleşik Devletleri

ABD'nde, uzlaştırma (conciliation) ve arabuluculuk (mediation) terimleri çoğu zaman eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Anglo-Sakson hukuk sisteminde uzlaştırma kavramı, ticari işlerdeki arabuluculuğu ifade ederken; arabuluculuk kavramı, diğer uyuşmazlık alanlarındaki

arabuluculuğu ifade etmektedir. ABD'ndeki hukuk yargılamasında hâkimin yetkisi, Kıta Avrupasına göre daha dardır. Hâkim, kural olarak, uzlaştırma yapamaz ve sadece hüküm verebilir. Bu durumun sonucu olarak da çeşitli adlarla ortaya çıkan ve genel olarak "alternatif uyuşmazlık çözümü" şeklinde adlandırılan bir kurum ortaya çıkmıştır[23].

ABD'nde bütün mahkemeler, tarafları, birbiriyle görüşmeleri ve davayı uzlaşmayla çözmeleri konusunda teşvik etmektedir. Yargıç bir uzlaştırmacı gibi, taraf tutmadan avukatlara yardım edecek, davalarının zayıf ve güçlü yanlarını görmelerini sağlayacaktır. Bazı eyalet mahkemelerinde, özel olarak görevlendirilmiş uzlaşma yargıcının (settlement judge) gözetiminde, bir uzlaşma görüşmesi yapılmasını talep edilir. Taraflar ayrıca, ücret karşılığında, emekli yargıç, uzman arabulucu, hukuk fakültesi öğretim üyesi veya bir baro uzlaştırmacısına da başvurabilirler[24].

ABD'nde arabuluculuğu düzenleyen hukuk kuralları arasında bir yeknesaklık yoktur. Ülke çapında, arabuluculuğa ilişkin, maddi hukuk ve usul hukukuna ilişkin kuralları düzenleyen eyalet kanunları, federal kanunlar ve mahkeme kurallarının sayısı 2000'den fazladır. Tek Tip Eyalet Kanunları Hakkında Ulusal Komiserler Konferansı ve Amerika Barolar Birliği Uyuşmazlık Çözümü Bölümü bu sorunu çözecek bir model olarak Tek Tip Arabuluculuk Kanunu hazırlamak üzere ortak bir komite kurmuşlardır. Söz konusu komitenin hazırlamış olduğu Tek Tip Arabuluculuk Kanunu, Ulusal Komiserler Konferansı'nın 2001 yılındaki toplantısında onaylanmış ve bütün eyaletlere tavsiye edilmiştir[25].

Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitü'nün hazırlamış olduğu, Uluslar Ötesi Hukuk Usulü Prensiplerine İlişkin Model Kanun'un 24. maddesinde de uzlaştırmayla ilgili bir düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu madde uyarınca, "Mahkeme, tarafların yargılamaya devam etme fırsatına saygı gösterirken aynı zamanda mümkün olan hallerde makûl bir biçimde tarafları uzlaşmaya teşvik eder. Mahkeme, yargılamanın herhangi bir aşamasında tarafların uyuşmazlığın alternatif yollarla çözümü sürecine katılımını kolaylaştırmalıdır. Taraflar, yargılamanın hem başlamasından önce hem de sonrasında, makûl uzlaşma çabaları konusunda iş birliği yapmalıdır. Mahkeme, masraflara ilişkin kararını, iş birliği yapmadaki makûl olmayan başarısızlığı veya uzlaşma çabalarına kötü niyetle katılımı yansıtabilecek bir şekilde ayarlayabilir." [26].

Sonuç olarak; ABD'nde, özellikle değeri düşük olan uyuşmazlıklarda, uzun zamandır AUÇ yöntemlerinin uygulandığını söyleyebiliriz. Yargılama masraflarının yüksekliği[27], yargılamanın uzun sürmesi, davada davayı kazanan lehine mahkeme masraflarına hükmedilmemesi, jürinin kararının ne olacağının tam olarak bilinmemesi ve yargılamanın çok fazla şekilci olması gibi nedenlerden dolayı, AUÇ yöntemleri gibi, şekli kurallardan arınmış çözüm yollarının gelişim

göstermesi söz konusu olmuştur

[28]

. ABD’nde, tahkikat aşamasına gelen davaların toplam sayıya oranı %10’dur

[29]

.

B. İngiltere

ABD’nde ortaya çıkan AUÇ yöntemleri, hukuk sistemlerinin benzer olması nedeniyle, Birleşik Krallık ve Avustralya gibi diğer Anglo-Sakson ülkelerinde de hızla yayılmıştır[30].

AUÇ yöntemlerinin İngiltere’deki gelişimi, ABD’ne göre daha yenidir. İngiltere’de devletle birey arasında veya bireylerin kendi aralarında çıkan uyuşmazlıklarda, genellikle mahkemelere değil, birtakım tribunallere veya özel amaçlarla kurulmuş olan birtakım özel kurumlara gidildiği görülmektedir. Bu nedenle, İngiltere’de dava yolunun yanında; tahkim ve uzlaştırma gibi çeşitli uyuşmazlık çözüm biçimleri de uygulama alanı bulmaktadır. Söz konusu yöntemlerin “şekilcilik” dereceleri birbirinden farklıdır[31].

AUÇ yolları ve özellikle arabuluculuk, son 20 yılda İngiltere’de de önemli ilerleme kaydetmiştir. Komşuluk hukukundan doğan uyuşmazlıklarda gönüllü olarak işletilen “topluluk arabuluculuğu projeleri (community mediation schemes)” 1970’den beri uygulanmaktayken, ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesi 1990’dan itibaren gelişim göstermiştir. Aynı şekilde, aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yönteminin kullanılması da 1980’den sonra gündeme gelmiş ve 1996 tarihli Aile Hukuku Kanunu ile önem kazanmıştır. Daha sonra bu gelişme, diğer özel hukuk alanlarına da yayılmıştır. Yeni Medeni Usul Kanunu (Civil Procedure Rules, CPR) ile mahkemelere, gerekli görüldüğü takdirde, bir ara kararla, yargılamanın durdurulması ve arabulucuya veya diğer bir AUÇ yöntemine başvurulmasına karar verme yetkisi verilmiştir. Medeni Usul Kanunu, AUÇ yöntemlerini kullanmaları konusunda tarafları teşvik etmekte[32] ve davanın tamamı veya uyuşmazlık konusunun bir kısmının AUÇ yöntemleri ile çözülebilmesi konusunda taraflara yardımcı olmaktadır. 2000 yılında adli sistemde yapılan değişikliklerle, aile hukukunun kapsamı dışında kalan uyuşmazlıklarda da arabuluculuk masraflarının kamusal fonlardan karşılanabileceğinin öngörülmesi, AUÇ yöntemlerinin İngiliz Hükümeti tarafından da desteklendiğini gösteren belirgin bir örnektir [33].

C. Avrupa Birliği

Avrupa Birliği'nde, AUÇ yollarına ilginin giderek arttığı görülmektedir. AUÇ yollarının, devlet yargısına göre sahip olduğu avantajlar ve bu yöntemlerin tercih edilmesinde görülen artış; Avrupa Komisyonu'nun, Avrupa Birliği Konseyi'nin isteğiyle, AUÇ ile ilgili olarak "Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap" adlı çalışmayı yapması sonucunu doğurmuştur. Yeşil Kitap, AUÇ yollarının sunduğu kolaylıkları topluma tanıtmakta ve AUÇ konusunda üye devletlere, AB tarafından yapılan çalışmaları göstermektedir. Söz konusu çalışma, yasal konuları, sözleşmelerdeki AUÇ şartlarını, süre sınırlamalarını, gizlilik konusunu, verilen rızanın geçerliliğini, AUÇ sürecinin sonunda yapılan anlaşmaların uygulanmasını, tarafsız üçüncü kişilerin eğitimini, yeterliliklerini, sorumluluklarını ve AUÇ yöntemlerinin üzerinde durulması gereken diğer özelliklerini incelemektedir[34].

Yeşil kitap hazırlanırken, ilgili çevrelere danışılmış ve AUÇ hakkındaki bütün görüşlere başvurulmuştur. Avrupa Komisyonu, yaptığı çalışmada ortaya koyulan görüşleri, ileride yasama ve uygulama sürecinde oluşturacağı politikaların belirlenmesinde kullanmayı düşünmektedir. Bu çerçevede, Yeşil Kitabın amacının, medeni hukuk ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarındaki AUÇ yolları ile ilgili bazı hukuki konularda, geniş katılımlı bir fikir değerlendirmesi yapmak olduğunu söyleyebiliriz[35].

Yeşil Kitabın amacı doğrultusunda AUÇ, "tahkim dışında, tarafsız bir üçüncü kişi tarafından yönetilen yargı dışı uyuşmazlık çözüm usulleri" olarak tanımlanmıştır. Yeşil kitap, iş hukuku ve tüketici hukukunu da içine alacak şekilde, sadece medeni hukuk ve ticaret hukuku alanındaki AUÇ yöntemini düzenlemiştir. Medeni hukukta ve ticaret hukukunda kullanılan AUÇ, belirli yasal düzenlemelere göre farklı kategoriler altında sınıflandırılabilir. İlk ayırım, mahkemece yönetilen (yargısal arabuluculuk) veya tarafsız üçüncü kişiye havale edilen AUÇ usulleri ile yargı dışında, uyuşmazlığın taraflarınca başvuru AUÇ (sözleşmeye dayalı AUÇ) usulleri arasında yapılmaktadır. İkinci ayırım ise, sözleşmeye dayalı farklı AUÇ yöntemlerinde görülmektedir. Söz konusu AUÇ yöntemlerinde, üçüncü kişi veya kişilerin tarafları bağlayıcı karar verdiği[36] veya tarafların verilen karara (tavsiyeye) uymak konusunda özgür olduğu [37]

yöntemler ile üçüncü kişilerin uyuşmazlığın olası çözüm şekli konusunda görüş beyan etmediği, sadece bir anlaşmaya varabilmeleri için taraflara yardımcı olduğu yöntemler arasında bir ayırım söz konusudur

[38]

Avrupa Konseyi, 1998 yılında aile arabuluculuğu hakkındaki tavsiye kararını, 1999 yılında ceza arabuluculuğu hakkındaki tavsiye kararını, 2001 yılında idare hukukundaki AUÇ ile ilgili tavsiye kararını ve 2002 yılında özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkındaki tavsiye kararını

kabul etmiştir. Son olarak da Avrupa Komisyonu, Avrupa Birliği Arabuluculuk Direktifi Tasarısı'nı, 22.10.2004 tarihinde, Avrupa Parlamentosu'na teklif etmiştir. AUÇ, sadece Avrupa Birliği'ne üye olan devletlerin milli hukuk sistemleriyle ilgili bir konu olmadığından, Avrupa Birliği bünyesinde yapılan söz konusu çalışmalar uluslararası boyut taşımaktadır. Avrupa birliğine üye olan ve üye olmak için başvuran ülkelerde yapılan çalışmalar da Avrupa Komisyonu tarafından yakından izlenmektedir[39].

Avrupa Birliği Arabuluculuk Direktifi Tasarısı'nın amaçlarından biri, hukuk yargılamasında geçerli olacak asgari ortak kuralları belirleyerek, topluluk müktesebatında, arabuluculuk ile dava süreci arasında doğrudan ilişki kuran hükümleri ortaya koymaktır. İkinci olarak da arabuluculuğa başvurmayı zorunlu kılmadan veya belirli yaptırımlara bağlamadan, üye devletlerin, mahkemelerinin arabuluculuğu teşvik etmelerini sağlayacak yöntemler geliştirmesini düzenlemektir. Arabuluculuğun işleyiş şekli, arabulucuların atanması ve nitelikleri Direktif Tasarısı'nın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bununla beraber, üye ülkeler tarafından bu konularda düzenleme yapılması teşvik edilmiştir[40]. Ayrıca, arabuluculuk süreci sonunda hazırlanacak olan belgenin icra edilebilirliği, sürecin gizliliği ve sürecin zamanaşımı ve hak düşürücü süreler üzerindeki etkisi de Direktif Tasarısında ele alınmıştır.

Avrupa Medeni Usul Model Kanun Tasarısı'nın üzerinde de 1987 yılından beri çalışılmaktadır. Birliğe dahil olan ülkeler, Tasarı kabul edildiği takdirde, Model Kanunda yer alan ilkeler çerçevesinde kendi milli kanunlarında değişiklikler yapmak ve eğer gerekiyorsa yeni hükümler getirmek zorunda kalacaklardır. Söz konusu Tasarıda da uzlaştırmayla ilgili hükümlere yer verilmiştir[41]. Tasarının 1/l. maddesi uzlaştırmayla ilgilidir. Uzun ve masraflı olan dava prosedürünün yerine, tarafların davanın başında uzlaşması amaçlanmaktadır [42].

D. Almanya

Almanya'da, yargıyı iş yükünden kurtarmak amacıyla, zaman içerisinde çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. 1950'de öngörülen zorunlu sulh prosedürü (279 ZPO), 1990'da avukatlara tanınan icra kabiliyetini haiz sulh olma yetkisi (796 ZPO), tarafların sulh olmasını kolaylaştırıcı bir işleve sahip olan delil tespiti usulü (485/II ZPO) söz konusu düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir. Ancak, bu hükümler uygulamada pek fazla yer bulmamıştır[43].

Alman hukuk sisteminde, AUÇ yöntemlerinden birisi olan uzlaştırmayla ilgili olarak birtakım yasal düzenlemeler yapılmıştır.

Bunlardan ilki, Bavyera (Bayern) Uzlaşma Kanunu'dur. Söz konusu Kanun uyarınca, dava yoluna gidilmeden önce uzlaşma sürecine işlerlik kazandırılması bir dava şartı olarak öngörülmüş ve zorunlu kılınmıştır. Öngörülen zorunluluğun kapsamına, sulh hukuk mahkemesinin görev alanına giren ve 750 Euro'yu aşmayan malvarlığı uyuşmazlıkları, komşuluk hukukundan doğan bazı uyuşmazlıklar ve basın ya da yayın yolu ile işlenmemiş olmak şartıyla, kişinin şeref ve haysiyetine yönelik saldırılardan kaynaklanan uyuşmazlıklar dahil edilmiştir[44]. Uzlaştırıcının seçim hakkı taraflara bırakılmıştır. Taraf vekili konumunda bulunmayan ve baro tarafından akredite edilmiş olan avukatlar, noterler, sanayi ve ticaret odalarının, birliklerinin, meslek kuruluşlarının ve benzeri kuruluşların bünyesinde oluşturulmuş olan uzlaşma birimleri, uzlaştırıcı olarak görevlendirilebilir [45].

Uzlaşma süreci tamamen gizli yürütülür. Uzlaştırıcı, kendiliğinden tanık ve bilirkişi davet edemez; ancak, taraflar masrafını karşılayıp görüşmelere tanık veya bilirkişi getirmişler ise, uzlaştırıcı bunları dinleyebilir, keşif ve muayene yolu ile tespitlerde bulunabilir. Taraflar müzakereler sırasında bizzat hazır bulunmak zorundadırlar; ama, isterlerse avukatlarını da müzakerelere çağırabilirler. Uzlaştırıcı, onaylarını almak şartıyla, tarafların her biri ile tek başına görüşebilir. Uzlaştırıcı tarafların çözüme ilişkin tekliflerini müzakere eder. Uzlaşma müzakereleri doğrultusunda, taraflara çözüm önerisi veya önerileri sunabilir. Uzlaşma süreci sonunda taraflar bir anlaşmaya varabilirlerse, bu durum kaleme alınıp taraflar ve uzlaştırıcı tarafından imzalandıktan sonra, icraya uygunluk belgesi de alınır; anlaşma metni mahkeme ilamları gibi icra kabiliyetine sahip olur[46].

Almanya'nın Baden-Württemberg Eyaletinde de mahkeme dışı zorunlu uzlaşmaya ilişkin bir düzenleme yapılmıştır[47]. Uzlaşmanın uygulanacağı alanlar ve yasal zorunluluğun dava şartı olarak öngörülmesi, Bavyera Eyaleti'ndekine paralel bir şekilde düzenlenmiştir [48]

. Her sulh mahkemesinin yargı çevresi içinde, Alman Medeni Usul Kanununun 794. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanan uzlaşma mercilerine ek olarak ve onlarla aynı statüde kabul edilecek bir uzlaşma biriminin kurulması öngörülmüştür. Uzlaştırma işlevi, sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürü veya Baro'nun uzlaştırıcı listesinde yer alan avukatlar tarafından gerçekleştirilir. Baro listesinde yeteri kadar uzlaştırıcı olmaması durumunda, listeye kaydedilmek isteyen diğer kişiler hakkındaki kararı sulh mahkemesi hâkimi verir. Taraflar anlaşarak listeden bir uzlaştırıcı seçebilirler; eğer anlaşamazlarsa, sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürü listeden bir kişiyi uzlaştırıcı olarak belirler. Uzlaşma süreci, taraflardan birinin uzlaşma merciine başvuruda bulunması ile başlar ve en çok üç ay içinde tamamlanır. Taraflar, makûl bir mazeretleri yoksa, müzakereler sırasında hazır bulunmak zorundadırlar; ama, isterlerse avukatlarının veya danışmanlarının yardımını alabilirler [49]

Uzlaşma görüşmeleri, aksi kararlaştırılmadıkça, gizli olarak yürütülür. Uzlaştırıcı, kendiliğinden tanık ve bilirkişi davet edemez; ancak, taraflar masrafını karşılayıp görüşmelere tanık veya bilirkişi getirmişler ise, uzlaştırıcı bunları dinleyebilir, ibraz edilen belgeleri inceleyebilir, tarafların onayı ile keşif ve muayene yolu ile tespitlerde bulunabilir. Uzlaşma süreci sonunda anlaşma sağlanırsa ve anlaşma metni yazı işleri müdürü tarafından onaylanıp icra edilebilirlik şerhi düşülürse, anlaşma metni mahkeme ilamları gibi icra kabiliyetine sahip olur (ilam niteliğinde belge)[50].

Almanya'nın Nordrhein-Westfalen Eyaletinde de zorunlu uzlaşma öngörülmüştür. Burada da uzlaşmanın uygulanacağı alanlar yasal olarak düzenlenmiştir. Ancak burada, sulh hukuk mahkemesinin görev alanına giren malvarlığı uyuşmazlıkları için üst sınır 600 Euro olarak belirlenmiştir. Uzlaştırıcı olarak görev alabilecek kişiler, Hakemlik Kanunu'na göre oluşturulmuş birimlerin bünyesindeki uzlaşma mercileri veya talep üzerine Alman Medeni Usul Kanununun 794. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanan uzlaşma mercii olarak kabul edilmiş gerçek veya tüzel kişilerdir. Uzlaştırıcı olacak kişilerin hem ehliyet hem kişilik özellikleri yönünden uygun olması gerekmektedir. Uzlaştırıcı ile taraflar arasında bir akrabalık ilişkisi var ise, uzlaştırıcı görevden kaçınmak zorundadır. Taraflar, uzlaşma görüşmelerinde bizzat hazır bulunmak zorundadırlar[51]

E. Avusturya

Avusturya'da, büyük ölçüde Avrupa Birliği Arabuluculuk Direktifi Tasarısından etkilenilerek, hukuk uyuşmazlıkları bağlamında arabuluculuk ile ilgili bir federal kanun çıkarılmıştır[52]. Söz konusu kanun, bütün özel hukuk alanını kapsamaktadır. Karakteristik özelliği, arabuluculuk sürecinin ihtiyari oluşudur. Söz konusu kanunda sırasıyla, genel hükümler, Adalet Bakanlığı'nca Arabuluculuk Danışma Kurulu oluşturulması, arabulucuların listesinin oluşturulması, listeye kayıtlı arabulucuların hakları ve yükümlülükleri, sürelerin durması, eğitim kurumları ve stajyerlik ile cezai hükümler, toplam 36 maddede düzenlenmiştir [53]

Taraflar, hukuki uyuşmazlığı arabulucuya doğrudan doğruya götürebilecekleri gibi, mahkemenin önerisi üzerine de götürebilirler. "Bütün özel hukuk alanı" ifadesinden anlaşılması gereken, "esas hakkında hukuk mahkemelerinin karar vermeye yetkili olduğu her türlü hukuk uyuşmazlığı"dır. Arabulucular listesine kayıtlı olabilmek için 28 yaşını bitirmiş olmak, mesleki uzmanlığa sahip olmak, güvenilir olmak ve arabuluculuğun icrasından kaynaklanabilecek

zararların tazmini için sorumluluk sigortası yaptırmış olmak gerekmektedir. Arabuluculuk siciline kayıt 5 seneliğine yapılmaktadır. Eğer arabulucu, meslek içi eğitim ile gelişim gösterdiğini belgelendirebilirse, söz konusu süreyi 10 yıl daha uzatabilir. Aynı uyuşmazlık çerçevesinde, arabuluculuk, vekillik ve danışmanlık sıfatları birleşemez. Arabuluculuk sürecinde gizlilik esastır. Bu durum, arabulucunun yardımcı personeli bakımından da geçerlidir. Kayıtlı bir arabulucuya başvurulması ve arabuluculuk sürecinin işletilmeye başlatılması ve devam ettirilmesi, zamanaşımı süreleri ve hak düşürücü sürelerin işletilmesini durdurur. Arabulucu, arabuluculuk sürecinin başlangıcını, işleyişini ve süreç sonunda gelinen noktayı belgeler[54].

F. Fransa

Fransa'da, zorunlu sulh kurumunun uygulamaları oldukça eskiye dayanmaktadır. Fransız ekolündeki sulh hakimi conciliateur ve mediateur adıyla anılmaktadır. Söz konusu düzenlemeler 1789 ihtilali ile getirilmiş, 1849 yılında kaldırılmış ve daha sonra yumuşatılmış bir şekilde 1976 tarihinde tekrar getirilmiştir. En son olarak da 1995 yılında kabul edilen Fransız Yeni Medeni Usul Kanunu ile zorunlu olma özelliğini yitirmiştir[55].

FYMUK m. 127 ve m. 131 arasında düzenlenen uzlaştırma prosedürü uyarınca[56], taraflar, tüm dava süresince, kendiliğinden veya hâkimin [57]

girişimi ile uzlaşma yolunu seçebilirler (m. 127). Uzlaştırma, aksine özel bir hüküm yoksa, hâkimin uygun göreceği (takdir edeceği) yer ve zamanda gerçekleşir (m. 128). Taraflar, her zaman hâkimden uzlaşmalarını tespit etmesini isteyebilirler (m. 129). Uzlaşma anlaşmasının içeriği, kısmi de olsa, hâkim ve taraflar tarafından imzalanmış olan bir tutanak ile tespit edilir (m. 130). Uzlaşma anlaşması tutanağının suretleri dağıtılabilir; bunlar icra edilebilir belge (ilam niteliğinde belge) değeri kazanır (m. 131).

Uzlaşma kurumunun yanında, 1996'da yapılan ek düzenleme ile "arbuluculuk" kurumu da Fransız Hukuku'nda kabul edilmiştir. Arabuluculuk kurumu FYMUK'nun 131/I ve 131/XV. maddeleri arasında düzenlenmiştir[58]. Söz konusu düzenleme uyarınca, davaya (uyuşmazlığa) bakan (el atmış olan) hâkim, tarafların da onayını aldıktan sonra; tarafları dinleyerek ve görüşlerini karşılaştırarak, kendilerini karşı karşıya getiren uyuşmazlığa kendilerinin bir çözüm bulmasına izin veren (olanak tanıyan) bir üçüncü kişiyi atayabilir (m. 131/I, c.1). Bu yetki, yargılama sürecinde, ara kararı vermiş olan hâkime de (eşit olarak) aittir (m. 131/I, c. 2). Arabuluculuk, uyuşmazlığın tamamı veya bir kısmı için söz konusu olabilir (m. 131/II, c. 1). Hâkim, hiçbir durumda davadan elini çekmiş olmaz ve her zaman gerekli tedbirleri alabilir (işlemleri yapabilir) (m. 131/II, c. 2). Arabuluculuğun başlangıç süreci üç ayı geçemez. Bu görev, eğer arabulucu talep ederse, aynı süre ile bir defa daha yenilenebilir (m. 131/III). Arabuluculuk

için, gerçek bir kişi ya da bir dernek (kuruluş, merkez) görevlendirilebilir (m. 131/IV, c. 1). Eğer atanan kişi dernek ise, onun kanuni temsilcisi, bu etkinliği dernek adına yerine getirmeyi garanti eden gerçek kişilerin adlarını hâkimin onayına sunar (m. 131/IV, c. 2).

Arabulucunun düzgün bir adli sicile sahip olması ve idari veya disiplin yaptırımına maruz kalmamış olması gerekmektedir. Ayrıca mesleki tecrübe, olayın niteliğine göre gerekli olan formasyon ve bağımsızlık da doğrulanmalı ve sunulmalıdır (m. 131/V). Arabuluculuğu başlatan karar, tarafların anlaşmasını, arabulucunun atanmasını, görevinin başlangıç süresini ve hangi tarihte tekrar duruşma aşamasına geçileceğini içerir. Arabulucunun olası ücretine yakın bir avans ve bu avansın kim veya kimler tarafından ödeneceği belirlenir. Ödeme yapılmazsa karar düşer (hükümsüz olur) ve yargılamaya devam edilir (m. 131/VI). Arabulucunun tahkikat işlemi yapma yetkisi yoktur. Bununla birlikte, tarafların anlaşmasıyla ve arabuluculuk gerektiriyorsa, rızası olan üçüncü kişileri dinleyebilir. Arabulucu, aynı mahkemedeki yargılama sürecinde, bir tahkikat işlemini (tedbirini) yerine getirmek üzere görevlendirilemez (m. 131/VIII).

Hâkim, her zaman, taraflardan birinin talebiyle veya arabulucunun inisiyatifi (girişimi) ile ya da sürecin iyi işlemediğini gördüğü takdirde kendiliğinden, arabuluculuk görevini sonlandırabilir (m. 131/X). Hâkim, tarafların talebiyle, onların kendisine sunmuş olduğu anlaşmayı onaylar (tasdik eder). Onama, çekişmesiz yargıya tâbidir (m. 131/XII). Hâkim görevinin bitiminde arabulucunun ücretini beliler, ona tahsil yetkisi ve eğer isterse icra edilebilir bir belge verir (m. 131/XIII). Arabulucunun tespitleri ve topladığı beyanlar, tarafların izni olmadan, prosedürün devamında veya bir başka dava çerçevesindeki yargılamanın seyrinde, ibraz edilemez ve ileri sürülemez (m. 131/XIV). Arabuluculuğu başlatan, süreci yenileyen veya sona erdiren karar için istinaf yolu kapalıdır (istinafa elverişli değildir) (m. 131/XV).

G. Belçika

Belçika Hukuku'nda arabuluculuk kurumu ile ilgili düzenleme, 10.10.1967 tarihli Usul Kanunu'na, "Arabuluculuk" başlığı altında, yedinci bölüm olarak (m. 1724-1737) eklenmiştir[59]. Söz konusu düzenleme, 22.03.2005 tarihinde resmi gazetede yayınlamış ve 30.09.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir [60]

. Söz konusu düzenleme, genel prensipler (m. 1724-1729), gönüllü arabuluculuk (m. 1730-1733) ve adli (yargısal) arabuluculuk (m. 1734-1737) olarak üç bölümden oluşmaktadır.

Genel prensipleri düzenleyen ilk bölümde, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri her uyuşmazlığın

arabuluculuğun konusu olabileceği belirtildikten sonra sınırlayıcı olmayan bir sayma yapılmış, Medeni Kanun (anlaşmalı boşanma, boşanmanın hukuki sonuçları) ve Usul Kanunu'ndaki bazı konular ile birlikte yaşamadan (cohabitation) doğan uyuşmazlıklar bu kapsamda kabul edilmiştir (1724/I). Kamu tüzel kişilerinin de Kanunda öngörülen durumlarda veya Bakanlar Kurulu'nda alınmış Kral Kararnamesi (arrêté royal) ile arabuluculuğun bir tarafı olabileceği ayrıca düzenlenmiştir (m. 1724/II).

Söz konusu düzenlemeye göre, her anlaşma, tarafların, aralarında çıkan uyuşmazlıkla ilgili olarak (geçerlilik, oluşum, yorum, icra, fesih) başka bir yola başvurmadan önce arabuluculuğa gideceğini taahhüt eden bir arabuluculuk şartı (kaydı) içerebilir (m. 1725/I). Böyle bir arabuluculuk şartı içeren uyuşmazlığa bakan hâkim veya hakem, şart geçerliliğini yitirmedikçe, taraflardan birinin talebi ile davayı incelemeye ara verir. İtiraz, diğer tüm savunma ve itirazlardan önce ileri sürülmelidir. Tarafların ya da taraflardan birinin, arabuluculuğun bittiğini mahkeme kalemine ve diğer taraflara tebliğ etmesi ile dava mahkemede incelenmeye devam eder (m. 1725/II). Arabuluculuk şartı, geçici ve ihtiyati tedbirlerin talep edilmesini engellemez. Bu taleplerin yerine getirilmesi, arabuluculuktan vazgeçmeyi (el çektirmeyi) gerektirmez (m. 1725/III).

1727. maddeye göre oluşturulacak olan komisyon tarafından kabul edilebilmek (onaylanmak) için arabulucunun karşılaması gereken asgari özellikler de genel prensiplerde belirtilmiştir (geçmişte veya şu anda yapmış olduğu çalışma ile uyuşmazlığın cinsi bakımından gereken niteliğe sahip olmak, olayın niteliğine göre arabuluculuğun uygulanması için uygun olan eğitimin veya tecrübenin kanıtlanması, arabuluculuğun uygulanması için gerekli olan bağımsızlığın ve tarafsızlığın garantisinin sunulması, adli sicilinin temiz olması gibi) (m. 1726/I). Onaylanmış arabulucular, programı komisyon tarafından onaylanmış olan devamlı bir formasyonu (eğitimi) almayı kabul ederler (m. 1726/II).

1727. maddede, bir genel komisyondan ve özel komisyondan oluşacak, bir arabuluculuk federal komisyonu oluşturulması öngörülmüş ve bu komisyonların nasıl oluşturulacağı ve görevleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede oluşturulacak genel komisyonda, arabuluculuk konusunda uzmanlaşmış 2 avukat, 2 noter ve ne avukat ne de noter olan 2 arabulucu temsilcisi olmak üzere toplam 6 kişi yer alır. Genel komisyona bilgi vermek üzere kurulan özel komisyonlar, aile konusunda, medenî ve ticarî konularda ve sosyal konularda olmak üzere 3 türde kurulur. Bu özel komisyonlar, kendi özel branşlarının gerektirdiği arabuluculuk konularında uzmanlaşmış 2 avukat, 2 noter ve ne avukat ne de noter olan 2 arabulucu temsilcisi olmak üzere toplam 6 kişiden oluşur. Bunların fiili görev süreleri 4 yıldır ve gerektiğinde bu süre uzatılabilir.

1728. maddede, gizlilik konusu düzenlenmiştir. Arabuluculuk nedeniyle hazırlanan belgeler ve yapılan görüşmeler ve bunlar için gerekli olan şeyler gizlidir. Bunlar adli, idari prosedürde, hakemde veya uyuşmazlığı çözmeye kullanılan diğer yöntemlerde delil olarak kullanılamaz ve mahkeme dışı ikrar olarak da kabul edilemez. Gizlilik tarafların isteğiyle, özellikle hâkime anlaşmayı onaylaması için izin vermek için, kaldırılabilir.

Arabulucu, görevi ve onun gerekleri çerçevesinde, tarafların onayıyla, rızası olan üçüncü kişileri dinleyebilir; olayın karmaşıklığı gerektiriyorsa bilirkişiye başvurabilir. Bu kişiler için de gizlilik mecburiyeti vardır (m. 1728/II). Taraflardan her biri, bu durum kendisine zarar vermeksizin, arabuluculuğu bitirebilir (m. 1729).

Gönüllü arabuluculuğu düzenleyen ikinci bölümde, tarafların yargısal süreçten önce veya yargısal süreç sırasında arabuluculuk yoluna başvurabilecekleri belirtilmiştir. Taraflar arabulucuyu kendileri seçebilecekleri gibi, arabulucunun seçimi için üçüncü bir kişiyi de görevlendirebilirler (m. 1730/I). Taraflardan birinin diğerine yapacağı taahhütlü öneri üzerine, dava ile ilgili olarak zamanaşımı bir ay süreyle durur (m. 1730/III). Taraflar ile arabulucu arasında, arabuluculuğun işleyiş şeklini ve süresini de içeren bir protokol hazırlanır ve imzalanır. Söz konusu protokolün imzalanması ile zamanaşımı süresi durur (m. 1731/III). Tarafların hemen anlaşması durumu dışında, tarafların veya arabulucunun, diğer taraf veya taraflara, arabuluculuk sürecine kendi isteği ile son verdiğini taahhütlü olarak tebliğ etmesinden bir ay sonra zamanaşımı süresi işlemeye devam eder (m. 1731/IV). Arabuluculuk sürecinin sonunda taraflar bir anlaşmaya varırlarsa, bu durum, tarafların yükümlülüklerinin kesin olarak belirlendiği bir tutanak ile tespit edilir (m. 1732). Bu durumda, eğer süreci işleten arabulucu Komisyon tarafından onaylanmış bir arabulucu ise, tutanak hâkimin onayına sunulur. Hâkim, burada sadece kamu düzeni ve eğer aile arabuluculuğu söz konusu ise reşit olmayan çocukların haklarına aykırılık denetimi yapabilir. Hâkimin onayladığı belge (tutanak), ilam niteliğinde belge olarak kabul edilir (m. 1733).

Yargısal arabuluculuğun düzenlendiği üçüncü bölümde ise, dava hakkında bir karar verilmediği sürece, hâkim, davanın her aşamasında, tarafların ortak kararıyla veya kendi inisiyatifi ile arabuluculuk kararı alabilir (m. 1734/I). Taraflar, Komisyon tarafından onaylanmış bir arabulucu üzerinde anlaşabilecekleri gibi; Komisyonca onaylanmış hiçbir arabulucunun gerekli yeterliliğe sahip olmadığını ispat ederek ve gerekçeli bir taleple, hâkimden, Komisyonca onaylanmamış bir arabulucunun atanmasını da isteyebilirler. Arabuluculuğun başlangıç süresi üç aydan fazla olamaz. Taraflar anlaşarak arabuluculuğa karar vermişlerse, bu konudaki taleplerini içeren dilekçelerini mahkemeye sundukları günden itibaren yargılama prosedürü durur (m. 1734/V). Arabuluculuk süreci, uyuşmazlığın tamamı ya da bir kısmı için işletilebilir (m. 1735/II). Hâkim, arabuluculuk süreci boyunca, gerekli gördüğü tüm tedbirleri alabilir; tarafların veya arabulucunun isteği ile süreci süresinden önce sonlandırabilir (m. 1735/III). Seçilen arabulucu, tarafların anlaşmasıyla, sürecin her aşamasında bir başka arabulucu ile değiştirilebilir (m.

1735/IV). Taraflar, arabuluculuk sürecinin bitmesini beklemeden, yargılama prosedürüne tekrar işlerlik kazandırabilir (m. 1735/V). Eğer arabuluculuk süreci sonunda taraflar bir anlaşmaya varmışlarsa, kısmi de olsa, bu anlaşmayı hâkimin onayına sunabilirler. Hâkimin buradaki denetleme yetkisi ve onaylanan belgenin hukuki niteliği, gönüllü arabuluculukta olduğu gibidir. Hâkim, eğer faydalı olduğunu düşünüyorsa, tarafların da onayını alarak, arabuluculuk sürecini uzatabilir (m. 1736). Arabuluculuk sürecini başlatan, uzatan veya bitiren karar temyiz edilemez (m. 1737).

3. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ MAHKEMEDE CEREYAN EDEN YARGILAMAYA GÖRE OLUMLU YÖNLERİ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet halinde olan bir çözümler süreci değildir. Söz konusu yöntemlerin asıl amacı, küçük çapta olan ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların, adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmektir[61]. Alternatif uyuşmazlık çözümleri ile taraflar uzlaştırma sürecine dahil olmakta ve kendi iradeleriyle uzlaşarak haklarına ulaşmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözümü bu yönüyle, devletin, yargı yetkisi dışında uyuşmazlıkların çözümü konusunda vatandaşlarına sunduğu bir imkândır.

Aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar, yargısal yollara veya alternatif çözüm yollarına başvurmak konusunda tam bir serbestiye sahiplerdir. Uyuşmazlığın çözümü için alternatif bir çözüm yönteminin kararlaştırılmış olması, Devletin mutlak yargılama yetkisini ortadan kaldırmadığı gibi; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ile ilgili bir kayıt, diğer tarafa herhangi bir itiraz hakkı vermez[62]. Bununla beraber, tarafların, Devlet mahkemelerinde görülen “yargılama” yerine, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu tercih etmeleri, kendilerine birtakım avantajlar getirebilir [63]. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, mahkemede cereyan eden “yargılama”ya göre olumlu yönlerini değerlendirmek gerekirse:

- Taraflar uyuşmazlık çözüm sürecine doğrudan doğruya katılırlar ve özellikle sonucun elde edilmesinde egemendirler,

- Uyuşmazlık çözüm sürecinde gizlilik ilkesi geçerli olduğu için, taraflar arasındaki ilişkiler zarar görmeden gelecekte de devam edebilir[64],
- Uyuşmazlıklar daha az giderle ve daha seri bir şekilde çözüme kavuşturulur[65]
- Tarafların haklılığından ziyade aralarındaki menfaatler dengesinin tekrar kurulması gözetilir; bir başka ifadeyle, geçmiş değil geleceği gözetilen bir anlayış hakimdir,
- Her iki tarafın da tatmin edilmesini amaçlayan (kazan-kazan) bir anlayış egemendir,
- Daha esnek ve daha ılımlı bir süreç olması dolayısıyla daha yaratıcı çözümler ortaya konulabilir,
- Uyuşmazlık konusu, uzman kişilerce incelenebilir ve değerlendirilebilir.

Tüm bu olumlu yönlerinin dışında, elbette AUÇ yolları bakımından da birtakım olumsuz durumlar söz konusu olabilir. Örneğin, tarafların herhangi birinde uzlaşmaya varmak konusunda genel bir isteksizlik olması durumunda, süreç bir işlerlik kazanamayacaktır[66]. Yine, taraflar arasında mali veya hukuki bir eşitsizliğin olması durumu, sürecin olumlu bir şekilde işlenmesini ve her iki tarafın da memnun olacağı bir çözüme ulaşılmasını engelleyecektir [67]

· Ayrıca, çözüm sürecine katkı sağlayacak olan üçüncü kişilerin bağımsızlığındaki, tarafsızlığındaki ve kalitesindeki yetersizlik, AUÇ yollarının kendisinden beklenen olumlu etkiyi yaratmasını engelleyebilir [68]

· Son olarak söylemek gerekir ki AUÇ yolları, küçük uyuşmazlıklar ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda işlerlik kazanan bir çözümler süreci olduğu için, işlevinin sınırlı kalması durumu ortaya çıkmaktadır [69]

4. ARABULUCULUK YÖNTEMİ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sınırlı değildir. Her ülkeye ve ülkelerin sosyolojik gerçeklerine uygun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri mevcuttur. Ancak, arabuluculuk yöntemi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde en yaygın ve başarılı olarak uygulanılanıdır[70].

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[71]. Bir başka ifadeyle, arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez

[72]

. Taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz

[73]

. Arabulucu, sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar

[74]

. Taraflara 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 yöntemiyle, tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler. Arabulucu, haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır

[75]

. Arabulucu, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir

[76]

. Taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz

[77]

. Arabuluculuk görüşmelerinde, tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bu iletişimin pekiştirilmesi suretiyle, 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 sağlanır. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir

[78]

.

Arabuluculuk yöntemi çerçevesinde, vurgulanması gereken bir diğer konu ise, uyuşmazlığın çözümü bağlamında taraflardan birisinin sunmuş olduğu somut bir önerinin, arabulucu tarafından karşı tarafa iletilmesinin, arabulucu tarafından çözüm önerisi geliştirilip diğer tarafa empoze edilmesi şeklinde yorumlanamayacağıdır. Yine bu çerçevede, son olarak üzerinde durulması gereken diğer bir konu ise, arabuluculuk sürecinin, sürecin başından sonuna dek tümüyle ihtiyarî olarak işlerlik kazanan, gönüllü olarak uygulanma alanı bulan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğudur[79].

5. ARABULUCULUK YÖNTEMİNİN SAHİP OLDUĞU İLKELER

Arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözme yönteminin en temel ilkeleri, “gönüllülük” ve “eşitlik” ilkeleridir. Bu ilkeler, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözme yönteminin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira, devlet yargısı dışında, bu yola başvurmak, süreci yürütmek ve sonuçlandırmak bakımından gönüllü olmak bu yolun başarısını sağlamaktadır. Ayrıca, taraflar bu yola başvururken ve süreci yürütürken, eşit oldukları ve bunu hissettikleri ölçüde sürecin başarılı olması mümkündür. Ayrıca, “bizzat hazır bulunma”, “taraf hakimiyeti” ve “gizlilik” de diğer ilkeler olarak sayılabilir[80].

Taraflar, öncelikle, uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırmak konusunda anlaşmalıdırlar [81]

. Tarafların her ikisini veya birini, zorla bu sürecin içine dahil etmek mümkün değildir. Uyuşmazlığın devlet yargısına taşınmadan çözülmesi için, hem kanunî düzenlemelerle hem de

uygulamada, taraflar teşvik edilebilir. Arabuluculuk sürecini cazip kılabilecek bazı tedbirler alınabilir. Ancak, tarafları buna mutlak anlamda zorlamak, bu yolun niteliğine tamamen aykırıdır [82]

. Bu bağlamda, teşvik etmek ile zorlamak arasındaki sınırın iyi çizilmesi gerekir. Şüphesiz, bir uyuşmazlığı inatla sürdürmek veya çözümü zora sokmak için çaba gösteren tarafı engellemekte, tarafların dışında, kamunun da yararı vardır. Nitekim mahkeme önünde yapılan yargılamalarda da kötü niyetle dava açan ya da dürüstlük kuralına aykırı davranan taraflar için birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak, bu durum, ne olursa olsun tarafları mahkeme dışında bir çözüme zorlamak sonucunu doğuramaz; aksi halde, herkesin meşru vasıta ve yollardan hak arama özgürlüğüne sahip olduğu konusundaki Anayasa hükmüne aykırılık meydana gelir

[83]

. Gönülsüz ve isteksiz, sırf mecbur olduğu için başlayan böyle bir süreçten başarılı sonuç da elde edilemez. Tarafı zorla masaya getirmek mümkün olsa da zorla masada tutmak ve bir müzakere zemini oluşturmak mümkün olmaz. Ayrıca, gönülsüz yapılan bir anlaşma da kalıcı olamaz ve en azından uygulamasında bir çok sorun ortaya çıkabilir. Taraflar, sürecin gönüllü olması bağlamında, arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında, sürecin hangi kapsamda ve nasıl yürütüleceğini belirleyebilirler.

Arabuluculuk faaliyetinin gönüllü (iradî) olmasının gereği olarak, tarafların, başlattıkları bu süreci devam ettirip ettirmemek konusunda da serbestileri söz konusudur. Taraflar, istedikleri zaman bu süreçten çekilebilirler. Bu sürecin nasıl sonuçlandırılacağı da taraflara bağlıdır. Uyuşmazlığı tamamen çözen bir anlaşmaya varılabileceği gibi, kısmen de çözüme varılabilir veya farklı bir çözümle de arabuluculuk faaliyeti sonuçlandırılabilir[84]. Yani süreç, her zaman bir uzlaşma ve anlaşmayla sonuçlandırılmak zorunda değildir. Bu durum, arabuluculuğun esnek yapısının da bir gereğidir [85].

Taraflar, arabuluculuk çözüm yoluna başvururken ve süreç boyunca eşit haklara sahiptir. Eşitlik, hemen her konuda, özellikle de uyuşmazlığın çözümünde öncelikle göz önünde tutulması gereken Anayasal bir ilkedir. Eşitlik, hem yargılama yapılarak varılan çözüm yöntemlerinde hem de yargılama yapılmadan varılan çözüm yöntemlerinde ortak bir ilkedir[86]. Ancak, her iki çözüm yönteminde uygulanması ve kapsamı belirli farklılıklar taşımaktadır. Bu farklılıklar, uyuşmazlık çözüm yönteminin niteliği ve tarafların bu yöntem içindeki konumlarından kaynaklanmaktadır. Kendisini diğer taraf ile tam olarak eşit hissetmeyen veya kanunen böyle işlem görmeyen bir tarafın, uzlaşmasından değil, zorunlu olarak bir sonuca katlanmasından söz edilebilir. Kanun önünde eşit olmak ve uyuşmazlık çözüm sürecinde eşit haklara sahip olmak, bir uyuşmazlık hangi yolla çözümlerse çözülsün gözetilmesi gereken bir ilkedir. Yargı organları önünde uyuşmazlıklar çözümlenirken de eşitlik, adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir. Aynı şekilde, silahların eşitliği ilkesi olarak da ifade edilen, yargılamada tarafların eşit hak ve imkânlarla sahip olması, her zaman göz önünde tutulması gereken bir ilkedir. Benzer bir durum, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümünde de söz konusudur. Taraflardan birisini dışlayarak veya ona daha az söz hakkı vererek varılan sonuçta, gerçek bir uzlaşmadan ya da anlaşmadan

söz edilemez. Devlet yargısı önünde eşit olan tarafların, gönüllü olarak başlatıp yürüttükleri arabuluculuk sürecinde eşit olmamaları düşünülemez.

Arabuluculuk yönteminde, gözetilmesi gereken ilkelerden birisi de gizliliktir[87]. Tarafların devlet yargısı dışında, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığı çözmek istemelerinin en önemli sebeplerinden biri, aralarındaki uyuşmazlığın üçüncü kişilerce bilinmesini istememeleridir. Mahkeme önünde yapılan yargılamada duruşmaların alenî olması, temelini Anayasa'da bulan bir kuraldır ve gizlilik istisnaidir. Gizlilik, bazen, tarafların mahkeme dışındaki uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmalarındaki en önemli etken olabilir. Önemli ticarî ilişkileri olan iki tarafın, yüksek meblağlara varan bir konuda uyuşmazlık içinde olduklarını üçüncü kişilerin bilmesi, onların piyasadaki itibarlarını ve iş ilişkilerini etkileyebilir ya da iki taraf arasında sır niteliğindeki birtakım konuların kamuoyu önüne çıkması istenmeyebilir. Karşılıklı suçlamalarla yürütülen bir yargılamadan sonra, tarafların tekrar eski ilişkilerini sürdürmeleri mümkün değildir. Bununla birlikte, gizli ve sadece taraflar arasında kalan bir uyuşmazlık çözüm sürecinde, tarafların daha dikkatli davranması, birbirlerine zarar vermek yerine uyuşmazlığı çözmeye odaklanmaları mümkün olabilmektedir. Bu durum ise, çözümün daha kolay bulunmasına yardımcı olacağı gibi, duygusal tepkiler yerine kendi kontrollerinde mantıklı çözüm arayışlarını mümkün kılacak, gelecekte de ilişkilerin sürdürülmesine katkı sağlayacaktır [88]

Gizlilik, tarafların kendi arasında söz konusu olduğu gibi, arabulucu bakımından da dikkat edilmesi gereken bir ilkedir. Arabulucu, kural olarak, kendisine sunulan veya başka yollarla elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür[89]. Ancak, taraflar, isterlerse bunun aksini kararlaştırabilirler. Aksini kararlaştırma açık şekilde olmalı ve arabulucu, açık bir irade yoksa, yorumla bu sonuca varamamalıdır. Arabulucu, bir yönüyle kendisine başvuru olan uyuşmazlık konusunda tarafların sırdaşdır. Tarafların kendisi ile paylaştığı bu sırları saklamak durumundadır. Bu yönüyle arabulucu, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişilerden biri sayılacaktır ve kanunların öngördüğü çerçevede bir yargılamada tanıklıktan çekinme hakkına sahip olacak [90] ve kanunî bir zorunluluk olmadıkça sır saklama yükümlülüğü altında olacaktır. Arabulucunun bu yükümlülüğe uymaması durumunda, cezaî yaptırımlarla karşılaşması söz konusu olabileceği gibi, taraflar da ayrıca arabulucunun hukukî sorumluluğu yoluna gidebileceklerdir.

SONUÇ

Bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, en ideal olan, tarafların karşılıklı olarak görüşmeleri ve anlaşarak uyuşmazlığı sonlandırmalarıdır. Ancak, bu durumun her zaman gerçekleşebileceğini beklemek iyimser bir yaklaşım olur. Zira, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların doğrudan bir araya gelmesi ve görüşmeler sırasında masada kalmayı becerebilmeleri, çoğu zaman ve daha çok psikolojik nedenlerle oldukça zordur. Taraflar eğer yargılama yapılarak uyuşmazlığın çözümü yoluna gitmek isterlerse, ya devlet yargısını ya da tahkim yolunu tercih edeceklerdir. Her iki yolda da yargılama yapılacak, yargılama başladıktan sonra tarafların rolü ve etkinliği azalacaktır. Bu durumda, taraflar çoğu kez gerçek ilgilerinden ve yararlarından uzaklaşacaklar ve aralarındaki uyuşmazlık daha da derinleşecektir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde ise, uyuşmazlığı yaratan taraflar, yine kendi kendilerine uyuşmazlığı sonlandırabilmekte ve çözüme katkı sağlayabilmektedirler. Bu bağlamda, arabuluculuk yönteminde, doğrudan görüşmelerin taraflar üzerinde yarattığı olumlu sonuçlar ile tarafların çözüm sürecinde daha etkin olabilmesinin getirdiği olumlu sonuçlar bir potada eritilmektedir. Taraflar, bir üçüncü kişinin yardımıyla; ancak, yine kendi inisiyatifleri ile aralarındaki uyuşmazlığı çözebilmektedirler.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü, mümkün olduğu kadar, mücadelecî ve çatışmacı yöntemler yerine, barışçı ve uzlaşmacı yöntemlerle sağlanırsa, hem bireysel hem de sosyal kazanımlar daha fazla olacaktır. Bunun için de toplumdaki sosyal anlayışın, eğitim sürecinin ve kültürel alt yapının buna uygun hale getirilmesi ve bu doğrultuda çalışmalar yapılması gerekmektedir. Söz konusu yöntemlere başvurulmasının getireceği yararlar, çeşitli propaganda araçları ile topluma anlatılmalı (örneğin, su sorunda, aile planlaması konusunda ve aids konusunda olduğu gibi) ve toplumda bir uzlaşma bilinci oluşturulmaya çalışılmalıdır.

Yargının iş yükünün oldukça fazla olduğu ülkemiz bakımından da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının değerlendirilmesi ve uygulama alanı bulması yerinde olacaktır. Söz konusu yöntemler ile çözüm bulabilecek uyuşmazlıklar, tespit edilir ve bu yöntemler kullanılarak çözüme kavuşturulabilirse, hem yargının iş yükü azalacak hem de sosyal barış korunmuş olacaktır.

Burada üzerinde durulması gereken bir konu da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin asla sihirli bir değnek olmadığıdır. Söz konusu yöntemler yargı ile birlikte yürüyen ve sadece ona yardımcı olabilecek yöntemlerdir. Zira, yargı sistemimizin sorunları böylesine basit bir yöntemle işlerlik kazandırılması ile çözülebilecek nitelikte ve nicelikte değildir. Ancak, burada belirtmemiz

gereken bir diğer konu da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve özeldede arabuluculuk konusunda, özellikle bazı Barolar tarafından dile getirilen, “çok hukukluluk”, “şariat düzenine geçiş” ve “devlet mahkemelerinde cereyan eden yargının pasif (etkisiz) hale getirilmesi” gibi birtakım hukuki dayanaktan yoksun eleştirilere katılmamızın mümkün olmadığıdır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Z.: Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, BATİDER 1996, C. 18, S. 4, s. 93-109.
- Biçkin, İ.: Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, HPD (Hukuki Perspektifler Dergisi) 2006, S. 7, s. 34-39.
- İldır, G.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.
- İldır, G.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2005, s. 385-401 (İldır - Hak Arama Özgürlüğü).
- Kite, D.: 21. Yüzyılda Arabuluculuk – Mediasyon, Kayseri 2007.
- Küçükgüngör, E.: Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği, AÜHFD 2001, C. 50, S. 2, s. 137-146.
- Küçükgüngör, E.: Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri, BATİDER 2004, C. 22, S. 4, s. 47-76.
- Özbek, M.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004.
- Özbek, M.: Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, AÜHFD 2007, C. 56, S. 1, s. 183-231 (Özbek - Arabuluculuk Yönergesi).
- Özbek, M.: Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, TBBD 2007, Y. 19, S. 68, s. 265-320 (Özbek – Avrupa Birliği).
- Özekes, M.: Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, HPD 2006, S. 7, s. 40-45.
- Pekcanitez, H.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, HPD 2005, s. 5, s. 12-16.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.: Medenî Usûl Hukuku, B. 6, Ankara 2007.
- Subaşı, İ.: Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 2, İstanbul 2003, s. 743-833.
- Tanrıver, S.: Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Makalelerim (1985-2005), Ankara 2005, s. 103-123.
- Tanrıver, S.: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim (2006), Ankara 2007, s. 1-25.
- Tanrıver, S.: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Makalelerim (2006), Ankara 2007, s. 59-83 (Tanrıver - Arabuluculuk

Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış).

- Yıldırım, M. K.: İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s. 337-360.

- Yılmaz, E.: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2005, s. 843-856.

*

Ildır, G.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s. 31.

[1]

Tanrıver, S.: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim (2006), Ankara 2007, s. 1.

[2]

Benzer tanımlar için bkz. Ildır, s. 30; Özbek, M.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004, s. 83; Pekcanıtez, H./Atalay, O./Özekes, M.: Medeni Usul Hukuku, B. 6, Ankara 2007, s. 721; Yıldırım, M. K.: İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s. 349-350.

[3]

Tanrıver, s. 2.

[4]

Biçkin, İ.: Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, HPD 2006, S. 7, s. 34.

[5]

Ildır, G.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2005, s. 397; Yıldırım, s. 358.

[6]

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe.

[7]

Biçkin, s. 36-39; Pekcanitez, H.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, HPD 2005, S. 5, s. 15-16; Yılmaz, E.: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2005, s. 845.

[8]

Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 692.

[9]

Özbek, s. 355-356; Yılmaz, s. 845.

[10]

Akıncı, Z.: Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, BATİDER 1996, C. 18, S. 4, s. 100, dn. 30; Küçükgüngör, E.: Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri, BATİDER 2004, C. 22, S. 4, s. 48; Pekcanitez, s. 15; Tanrıver, s. 20.

[11]

Küçükgüngör, E.: Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği, AÜHFD 2001, C. 50, S. 2, s. 141.

[12]

Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 718.

[13]

Yıldırım, s. 337.

[14]

Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 692.

[15]

Tanrıver, s. 20.

[16]

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda, "Uygulanma alanı" başlıklı birinci maddede "Bu Kanun, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır." ifadesine yer verilmiştir. Söz konusu kıstas HUMK m. 518 uyarınca Tahkim yolu için öngörülen bir kıstastır. Henüz doktrin ve uygulamada, HUMK m. 518'in kapsamı ve hangi uyuşmazlıklarda tahkime gidileceği konusunda tam olarak görüş birliği bulunmazken; daha başlangıç aşamasında, arabuluculuğun kapsamını tartışmalı hale getirmek yerinde olmamıştır. Bu doğrultuda, madde metninin, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Direktifi Tasarısı m. 1/II uyarınca, "Bu Kanun, medenî ve ticarî uyuşmazlıklarda uygulanır." şeklinde düzeltilmesi kanaatimizce uygun olacaktır. Ayrıca, ülkemizde başarılı bir şekilde uygulanabileceğini düşündüğümüz "aile arabuluculuğu" da açıkça kapsam içine alınmalıdır. Zira, aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıklardan değildir.

[17]

Tanrıver, S.: Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Makalelerim (1985-2005), Ankara 2005, s. 110-111.

[18]

İldır, s. 122.

[19]

Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 724.

[20]

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda, arabuluculuk sürecinin ne kadar süreceği konusunda bir belirginlik yoktur. Kanaatimizce, "Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi" başlıklı on dördüncü maddede, bu konuda azami bir sınırın öngörülmesi gerekmektedir. Burada, CMK m. 253/XII'de olduğu gibi (30+20) 50 günlük bir sürenin veya karşılaştırmalı hukukta Fransa ve Belçika örneklerinde gördüğümüz şekilde, uyuşmazlığın niteliğine göre uzatılabilecek olan, 3 aylık bir başlangıç süresinin öngörülmesi yerinde olacaktır. Bu şekilde, "Arabulucuya

başvurunun sürelerle etkisi” başlıklı on beşinci maddeye de daha sağlıklı bir işlerlik kazandırılacak ve uygulamada bu konuda karşılaşılabilecek olan sorunlar (özellikle dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması durumunda karşılaşılabilecek olan sorunlar bu kapsamda değerlendirilmelidir, zira dava açılmasının maddî hukuk bakımından sonuçlarından biri de dava konusu hak veya alacakla ilgili olarak zamanaşımı süresinin kesilmesi ve hak düşürücü sürenin korunmasıdır) bertaraf edilmiş olacaktır. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu da Tasarının on beşinci maddesinde, maddî hukuk bakımından son derece önemli olan söz konusu sürelerin (on beşinci maddenin birinci fıkrasındaki ifadeyle, “arabulucuya başvurulması hâlinde duracağı öngörülen zamanaşımı ve arabuluculuk sürecinin konusu olan hak ve taleplerin ileri sürülmesine ilişkin” sürelerin) tekrar ne zaman işlemeye devam edeceğinin açıkça belirtilmemiş olmasıdır. Burada, karşılaştırmalı hukukta Belçika örneğinde gördüğümüz şekilde ve Avrupa Konseyi Arabuluculuk Direktifi Tasarısı’nın yedinci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, “Tarafların hemen anlaşması durumu dışında, tarafların veya arabulucunun, diğer taraf veya taraflara, arabuluculuk sürecine kendi isteği ile son verdiğini taahhütlü olarak tebliğ etmesinden bir ay sonra zamanaşımı süresi işlemeye devam eder.” şeklinde bir düzenlemeye ilgili maddede yer verilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır. Tüm bu söylediklerimize ek olarak belirtmekte yarar var ki taraflardan birisinin diğer tarafa arabuluculuk teklifinde bulunması, bu teklifin kabul edilmesi ve durumun bir tutanakla tespit edilmesi (on beşinci maddenin birinci fıkrası uyarınca, arabulucuya başvurulması hâlinde duracağı öngörülen söz konusu sürelerin duracağı anın tespit edilmesi) uzunca bir süre alabilir (özellikle Tasarı m. 12/III’teki 30 günlük sürede bir değişiklik yapılmayacak ise). Bu süre içinde zamanaşımı süresi veya hak düşürücü sürenin son bulması mümkündür. Bu nedenle, arabuluculuk teklifinin bir noter ihtarnamesiyle yapılması suretiyle, bu teklif ile birlikte, uyuşmazlık konusu hak veya alacağın ileri sürülmesine ilişkin sürelerin bir ay süre ile durmasını kabul etmek yerinde olacaktır. Karşılaştırmalı hukuktaki uygulama da bu yöndedir. Ayrıca, belirtmekte yarar gördüğümüz bir diğer konu da zamanaşımının durmasına ve kesilmesine ilişkin kuralların, prensip olarak hak düşürücü süreler bakımından geçerli olmayacağıdır. Bu nedenle, Tasarının on beşinci maddesinde; öngörülen ve öngörülmesini tavsiye ettiğimiz “erteleme sürelerinin”, uyuşmazlık konusu hak veya alacakla ilgili olan “zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerinin hesaplanmasında dikkate alınmaması” yönünde bir düzenlemenin yapılması, hukuken ve lafzi olarak daha yerinde olacaktır.

[21]

Tanrıver, s. 4-5.

[22]

Yıldırım, s. 342.

[23]

İlçin, s. 69.

[24]

Özbek, M.: Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, AÜHFD 2007, C. 56, S. 1, s. 212-213.

[25]

Tanrıver, S.: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Makalelerim (2006), Ankara 2007, s. 65.

[26]

Akıncı, s. 101.

[27]

Yıldırım, s. 348.

[28]

Yıldırım, s. 350.

[29]

Özbek, s. 121.

[30]

İldır, s. 38.

[31]

Medeni Usul Kanunu'na göre, hâkimin, “davanın taraflarının AUÇ yollarına başvurusu” kararına uymayan ve işbirliği yapmayan tarafı para cezasına çarptırması dahi mümkündür (CPR r. 1/IV, c. 2 ve r. 26/IV).

[32]

Özbek, s. 135.

[33]

Özbek, M.: Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, TBBD 2007, Y. 19, S. 68, s. 265-266.

[34]

Özbek – Avrupa Birliği, s. 266.

[35]

Örneğin, banka ve sigorta şirketlerinin dahil olduğu sektörlerde kurulan “müşteri ombudsmanları”nın kararları sisteme katılmış olan şirketler hakkında bağlayıcıdır.

[36]

Örneğin, İskandinav ülkelerindeki Tüketici Şikayeti Kurullarının vermiş olduğu kararlar bağlayıcı değildir.

[37]

Özbek – Avrupa Birliği, s. 268.

[38]

Özbek – Avrupa Birliği, s. 276.

[39]

Özbek - Arabuluculuk Yönergesi, s. 199.

[40]

Tanrıver - Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, s. 65.

[41]

Pekcanitez, s. 13.

[42]

Yıldırım, s. 351.

[43]

Yıldırım, s. 345.

[44]

Tanrıver - Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, s. 71-72.

[45]

Tanrıver - Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, s. 72-73.

[46]

Pekcanitez, s. 13.

[47]

Yıldırım, s. 344.

[48]

Tanrıver - Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, s. 73, 75.

[49]

Tanrıver - Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, s. 75.

[50]

Tanrıver - Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, s. 75-76.

[51]

Tanrıver - Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, s. 68.

[52]

Yıldırım, s. 352.

[53]

Tanrıver - Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, s. 69-70.

[54]

Yıldırım, s. 351.

[55]

<http://www.legifrance.gouv.fr/> (son yararlanma: 22.02.2008).

[56]

Tarafların uzlaştırılması, ayrıca hâkimin görevleri arasında da kabul edilmiştir (m. 21).

[57]

<http://www.legifrance.gouv.fr/> (son yararlanma: 22.02.2008).

[58]

<http://www.droitbelge.be/codes.asp#jud> (son yararlanma: 22.02.2008).

[59]

11. madde (m. 1727), 22.03.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[60]

Pekcanitez, s. 15.

[61]

İldır, s. 48; Tanrıver, s. 3.

[62]

Özekes, M.: Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, HPD 2006, S. 7, s. 43; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 722-723.

[63]

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda, "Gizlilik" başlıklı dördüncü maddenin ikinci fıkrasında "Taraflar, arabuluculuk faaliyetinin gizli kalması konusunda anlaşmışlarsa, bu konudaki gizliliğe de uymak zorundadırlar." ifadesine yer verilmiştir. Gizlilik ilkesi, arabuluculuk kurumunun en temel ilkelerinden birisidir. Bu nedenle, gizliliğin kabulü kural, aksinin kararlaştırılması istisnai olmalıdır. Bu doğrultuda, madde metninin "Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar." şeklinde düzeltilmesi kanaatimizce uygun olacaktır.

[64]

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda, "Arabuluculuk faaliyetinin başlaması" başlıklı on ikinci maddenin üçüncü fıkrasında "Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birisinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır." ifadesine yer verilmiştir. Belirtilen 30 günlük süre, bu süre içinde ilgili tarafın, tekrar herhangi bir işlem yapmasının gerekmeyecek olması ve sadece teklifi kabul veya reddedecek olması düşünüldüğünde, oldukça uzun bir süredir ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, "uyuşmazlıkları seri bir biçimde çözüme kavuşturması" özelliği ile uyuşmamaktadır. Bu nedenle, söz konusu maddede, yapılan teklifi düşünme ve değerlendirme süresi olarak 7 veya 10 günlük daha kısa süreler belirlenmelidir. Uyuşmazlığın niteliği gerektiriyor ise, söz konusu sürelerin uzatılabileceği de ayrıca öngörülebilir.

[65]

Akıncı, s. 109.

[66]

Kite, D.: 21. Yüzyılda Arabuluculuk – Mediasyon, Kayseri 2007, s. 46.

[67]

Pekcanitez, s. 14; Subaşı, İ.: Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 2, İstanbul 2003, s. 816.

[68]

Tanrıver, s. 8-9.

[69]

Yıldırım, s. 349.

[70]

Kite, s. 41; Özekes, s. 44.

[71]

Yıldırım, s. 349.

[72]

Bu noktada arabuluculuk, "uzlaştırma" yönteminden ayrılmaktadır; Uzlaştırma kavramının tanımı ve arabuluculuk ile uzlaştırma yöntemleri arasındaki diğer farklar için bkz. Tanrıver, s. 15-16; Aksi görüş için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 725.

[73]

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra- İflâs Hukuku Anabilim Dalı
Araştırma Görevlisi

[74] Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 725. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gerekçeleri m. 2. Akıncı, s. 101. Subaşı, s. 759-760.

[75]

[76]

[77]

[78] Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 722. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 725. Subaşı, s. 761; Yıldırım, s. 349. Biçkin, s. 37; Kite, s. 41; Subaşı, s. 761. Yıldırım, s. 358. İldir - Hak Arama Özgürlüğü, s. 398-399. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda, "Uzlaşma" başlıklı on yedinci maddenin ikinci fıkrasında "Arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların uzlaşmaya varmaları hâlinde, bir uzlaşma belgesi düzenlenir ve bu belge arabulucu, taraflar veya vekilleri tarafından imzalanmakla, ilâm niteliğinde belge sayılır. Bu belgenin düzenlenmesi ve onaylanması, damga vergisinden ve harçtan muaftır." ifadesine yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme ile arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmaya en uç noktada bir hukuki sonuç bağlanmıştır. Kanaatimizce, bu durum, topu tamamen icra müdürlerine atmak olacak ve uygulamada çeşitli sorunların yaşanmasına neden olabilecektir. Bu nedenle, arabuluculuk sürecinin sonunda hazırlanacak olan uzlaşma belgesine, karşılaştırmalı hukukta gördüğümüz Fransa ve Belçika örneklerinde olduğu gibi, hâkim tarafından onaylandıktan sonra icra edilebilir belge niteliği kazandırılması daha yerinde olacaktır. Bu onayın harçtan muaf olacağı da ayrıca belirtilmelidir. Burada, hâkimin, kamu düzeni ve bu bağlamda emredici kurallara aykırılık denetimi yapması, anlaşmanın icra edilebilir bir edim içerip içermediğini ve tarafların anlaşma metnini özgür iradeleri ile imzalayıp imzalamadıklarını kontrol etmesi, bu konuda uygulamada yaşanacak sorunları önleyebilecektir. Bu doğrultuda, Kanun metninde en azından asgari unsur olarak "kamu düzeni denetimi"ne açıkça yer verilebilir ve ayrıntılar yönetmelikte ele alınabilir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gerekçeleri m. 3. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın "Ücret ve masraf isteme hakkı"

başlıklı yedinci maddesinde “adli yardım” kurumu ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmesi kanaatimizce uygun olacaktır. Zira, yasal olarak gereken şartları taşıyan taraflara yargı süreci içerisinde adli yardım kurumundan yararlanma imkanı tanınmıştır. Arabuluculuk sürecinde de taraflara adli yardımdan yararlanma imkanının tanınması, uygulamada eşitliğin sağlanması açısından son derece önemlidir.

Özekes, s. 44.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gereççeleri m. 4.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın “Görevin özenle ve tarafsız bir biçimde yerine getirilmesi yükümlülüğü” başlıklı dokuzuncu maddesinde, karşılaştırmalı hukukta örneklerini gördüğümüz şekilde; arabulucunun, aynı uyuşmazlıkla ilgili olarak, adli veya idari prosedürde, hakemde veya uyuşmazlığı çözmeye kullanılan diğer yöntemlerde, taraflardan birinin vekili olamayacağı, bilirkişi olarak veya herhangi bir tahkikat işlemi yapmak üzere görevlendirilemeyeceğini açık olarak öngörmek kanaatimizce yerinde olacaktır.

Örneğin, Belçika'da, sadece ceza davalarında hâkim arabulucuyu tanık olarak çağırabilmektedir. Ancak bu durumda bile, tanıklık yapmak veya yapmamak, arabulucunun tercihi bırakılmıştır (Kite, s. 44).

//