Strazburg, 7 Aralık 2007 CEPEJ(2007)14

Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu (CEPEJ)

AİLE VE HUKUK ARABULUCULUĞUNA İLİŞKİN TAVSİYE KARARIN DAHA ETKİLİ UYGULANMASINA YÖNELİK REHBER İLKELER

Giriş

1. Avrupa Konseyinin Üçüncü Zirvesinde (Mayıs 2005, Varşova) Devlet ve Hükümet Başkanları, “Avrupa Konseyinin standart belirleme potansiyelinden tam olarak fayda sağlanmasını” ve “Konseyin hukuk alanında kullandığı işbirliği araç ve mekanizmalarının uygulanmasının yaygınlaştırılması ve geliştirilmesini” taahhüt etmişlerdir. Ayrıca üye devletlere, “adaletin hakkaniyete uygun ve süratli bir biçimde uygulanması ve uyuşmazlıkların çözümünde alternatif araçlar geliştirme konusunda yardım sağlanmasına” karar vermişlerdir.

2. Bu kararlar ışığında, CEPEJ'in kuruluş belgesinde yer alan hedeflerinde biri de "Avrupa Konseyinin adaletin etkin ve hakkaniyetli olmasına ilişkin uluslararası hukuk araçlarının daha iyi bir şekilde uygulanmasını sağlamaktır"; bu amaçla CEPEJ'in öncelikleri arasına Avrupa Konseyinin alternatif uyuşmazlık çözüm araçları ve standartlarının etkili biçimde uygulanmasını hızlandırmayı amaçlayan yeni bir faaliyet dâhil edilmiştir.

3. Bu amaçla Bakanlar Komitesinin;

- Aile Arabuluculuğu hakkındaki Rec(98)1 sayılı Tavsiye Kararı,

- Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkındaki Rec(2002)10 sayılı Tavsiye Kararı,

- Cezai konularda arabuluculuk konulu Rec(99)19 sayılı Tavsiye Kararı,

- İdari merciler ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar için yargı yoluna alternatif çözüm araçları konulu Rec(2001)9 sayılı Tavsiye Kararının,

Üye Devletler üzerindeki etkisini artırarak etkili bir şekilde uygulanmasını hızlandırmak dolayısıyla da bu tavsiye kararlarda yer alan arabuluculuk ilkelerinin daha iyi biçimde uygulanmasını sağlamak amacıyla Arabuluculuk Çalışma Grubu oluşturulmuştur (CEPEJ-GT-MED) [1] .

4. Bu belgede Aile Arabuluculuğu hakkındaki Rec(98)1 sayılı tavsiye karar ile hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkındaki Rec(2002)10 sayılı tavsiye karar incelenmiştir. Cezai konularda arabuluculuk ve idari merciler ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar için yargı yoluna alternatif çözüm araçları konulu diğer iki tavsiye karar daha spesifik bir yaklaşım gerektirmekte olup, ayrı belgelerde incelenmiştir.

5. Çalışma grubunun ilk toplantısında (Strazburg, 8-10 Mart 2006), üye devletlerin yukarıda belirtilen tavsiye kararlara ilişkin farkındalık düzeyini ve üye devletlerde arabuluculuğun tavsiye kararda yer alan ilkelere göre gelişimini tespit etmek amacıyla bir anket düzenlenmiştir.

6. Üye devletlerden ve uygulayıcılardan ankete 52 cevap alınmıştır ve bu cevaplar uzman Sn Julien LHUILLIER tarafından özetlenerek bir rapor haline getirilmiştir.

7. Beklenildiği üzere hukuk ve aile arabuluculuğunun gelişimi konusunda üye devletler arasında önemli farklar söz konusudur; buna yol açan başlıca sorunlar ise şöyledir:

§ Arabuluculuk konusunda farkındalık olmaması;

§ Arabuluculuğun taraflar için nispeten yüksek maliyetli olması ve mali dengesizlikler;

§ Arabulucuların eğitimi ve vasıflarına ilişkin farklar;

§ Gizliliğin kapsamı ve güvencelerine ilişkin farklar.

8. Bu sorunlardan dolayı Çalışma Grubu tarafından aile arabuluculuğu ve hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili Tavsiye Kararların uygulanmasında üye devletlere yardım etmek amacıyla üye devletler için bağlayıcı olmayan rehber ilkeler oluşturulmuştur.

9. Çalışma Grubu bu rehber ilkeleri hazırlarken UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu), Avrupa Birliği ve diğer kurumların arabuluculuk alanındaki çalışmaları da dikkate almıştır.

1. Arabuluculuk sisteminin mevcut olması

10. Arabuluculuk uygulamalarını genişletmek amacıyla olabildiğince geniş bir coğrafi alanda uygulanabilir arabuluculuk sistemlerinin kurulması ve yaygınlaştırılması için gerekli tedbirler alınmalıdır.

1.1 Üye devletler tarafından arabuluculuk projelerine destek verilmesi

11. Üye devletler mali veya diğer tür desteklerle, mevcut ve yeni uygulanabilir arabuluculuk programlarını tespit etmeli, yaygınlaştırılması için gerekli adımları atmalıdır. Başarılı arabuluculuk programlarının oluşturulduğu ülkelerde, üye devletler bu programların bilgilendirme, eğitim ve denetim yoluyla yaygınlaştırılması için teşvik edilmektedir.

1.2. Hâkimlerin rolü

12. Arabuluculuğun geliştirilmesi konusunda hâkimlere önemli bir rol düşmektedir. Bu bağlamda hâkimlerin arabuluculuk konusunda bilgi verebilir ve bilgilendirme toplantıları yapabilir yetkinlikte olması gerekir; diğer taraftan arabuluculuğun uygulanabilir olduğu davalarda taraflara arabuluculuğa başvurmaya davet edebilmeli ve/veya davayı arabuluculuğa sevk edebilmelidir. Bundan dolayı ya mahkeme içi arabuluculuk sisteminin kurulması ya da tarafların arabuluculuk hizmeti veren kurumlara veya kişilere yönlendirilmesi yoluyla arabuluculuk uygulamasının yerleştirilmesi önem taşımaktadır.

1.3. Avukatların rolü

13. Arabuluculuğa uygun davalarda mahkemeye gidilmeden önce, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının değerlendirilmesi ve müvekkillere bu konuda gerekli bilgi ve tavsiyelerin verilmesi gibi bir yükümlülük veya tavsiye, avukatların meslek kurallarına dâhil edilmelidir.

14. Barolar ve avukat derneklerinde arabulucu listelerinin olması ve bu listelerin avukatlara dağıtılması gerekmektedir.

1.4. Arabuluculuk programlarının niteliği

15. Üye devletler arabuluculuk programlarını ve devam eden pilot projeleri sürekli olarak izlemeli ve bağımsız değerlendirmeye tabi tutmalıdır. Arabuluculuk programlarının niteliğinin karşılaştırılabilmesi için hem nitel hem de nicel değerlendirmeye ilişkin ortak kriterler geliştirilmelidir.

1.5. Gizlilik

16. Gizlilik ilkesi tarafların arabuluculuk sürecine ve sonuçlarına güven duymaları bakımından önemlidir. Bu nedenle gizliliğin kapsamı arabuluculuk sürecinin her aşamasında ve süreç sona erdikten sonraki dönem için de belirlenmiş olmalıdır. Üye devletler kendi hukuk gelenekleri ve uygulamalarına göre gizlilik kapsamının yasal tedbirlerle mi yoksa taraflar arası mutabakatla mı ya da her iki yöntemle mi belirleneceğine karar vermekte serbesttirler.

17. Gizliliğin kapsamının mutabakatla belirlendiği durumlarda, arabuluculuk tamamlandıktan sonra üçüncü kişilere ifşa edilecek hususların mutabakatta açık bir şekilde yer alması gerekir.

18. Gizliliğin sağlanması görevi arabuluculuk sürecinin her aşamasında ve süreç tamamlandıktan sonra arabulucu için bağlayıcı olmalıdır. Bu görevin istisnalara tabi olduğu durumlarda (örn. Arabulucunun arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan bir suçla ilgili tanıklık etmek üzere çağrılması veya çocuğun yüksek yararının korunması veya bir kişinin fiziki veya psikolojik bütünlüğüne zarar gelmesinin engellenmesi amacıyla arabulucunun bir duruşmaya tanık olarak katılması gerektiğinde), bu tür istisnalar kanun, yönetmelik veya mutabakatla açık bir şekilde belirlenmelidir.

19. Üye devletler arabuluculukta gizliliğin sağlanmasını yasal yollarla güvence altına almalıdır. Gizliliğin sağlanması görevinin arabulucu tarafından ihlal edilmesi ciddi bir disiplin suçu olarak değerlendirilmeli ve gerekli yaptırımlara tabi tutulmalıdır.

1.6 Arabulucuların vasıfları

20. Hâkimler tarafları arabuluculuğa sevk ederken veya avukatlar müvekkillerine arabuluculuğu tavsiye ederken, ayrıca kamuoyunda arabuluculuk sürecine güven duyulmasının sağlanması için arabuluculuğun kalitesinin güvence altına alınması gerekmektedir.

21. Üye devletler ve/veya arabuluculuk paydaşları, arabulucular için uygun eğitim programları hazırlamalı ve ülkeler arasındaki farkları dikkate alarak eğitime ilişkin ortak standartlar geliştirmelidirler.

22. Arabuluculuk eğitimi asgari olarak aşağıdaki konuları kapsamalıdır:

§ Arabuluculuk ilkeleri ve amaçları,

§ Arabulucunun davranış ve meslek ilkeleri,

§ Arabuluculuk sürecinin aşamaları,

§ Uyuşmazlığın geleneksel yöntemle çözülmesi ve arabuluculuk,

§ Arabuluculuğun etkisi, yapısı ve süreci,

§ Arabuluculuğun yasal çerçevesi,

§ İletişim ve müzakere becerileri ve teknikleri,

§ Arabuluculuk becerileri ve teknikleri,

§ Rol oyunları ve diğer pratik alıştırmalar,

§ Aile arabuluculuğunun münhasır özellikleri ve çocuğun yüksek yararı (aile arabuluculuğu eğitimi) ve çeşitli türlerde hukuk arabuluculuğu (hukuk arabuluculuğu eğitimi),

§ Eğitim alan kişinin bilgi ve yeteneklerinin değerlendirilmesi.

23. Arabuluculuk eğitiminin tamamlanmasını müteakip, arabulucu denetim ve gözetime tabi olmalı, ihtiyaç duyulması halinde danışmanlık almalı ve sürekli mesleki gelişim çalışmaları yapmalıdır.

24. Arabuluculuk hizmeti ve/veya eğitimi veren kişi ve/veya kurumların akreditasyonunun yapılması için ortak kriterler belirlenmesi gerekmektedir. Avrupa genelinde eğitim alanında artan hareketlilik nedeniyle, akreditasyon için ortak uluslararası kriterler geliştirilmesi için gerekli tedbirler alınmalıdır. Bir “Avrupa arabuluculuk sertifikası” oluşturulması buna örnek olabilir.

25. Bazı üye devletlerde arabulucu eğitiminin kalitesine ilişkin sorunlar yaşanması nedeniyle, ulusal eğitim kurumlarının diğer kurumlarla işbirliği yapması ve/veya arabulucular ve arabuluculuk eğitim merkezleri için sürekli bir eğitim programı (Avrupa eğitim merkezi gibi) oluşturması tavsiye edilmektedir. Böyle bir merkezin kurulması için Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ile işbirliği içinde öncülük yapabilir.

1.7. Çocuğun yüksek yararı

26. Aile arabuluculuğu söz konusu olduğunda çocuğun yüksek yararının önemi kabul gören bir husustur. Öte yandan çocuğun yüksek yararının tanınması için kabul edilen kriterler ülke mevzuatlarına göre farklılık göstermektedir.

27. Bu nedenle üye devletler ve aile arabuluculuğuyla bağlantılı diğer kurumlar, çocuğun yüksek yararına hizmet edecek ortak değerleme kriterleri geliştirmek amacıyla birlikte çalışmalıdır; bu amaçla örneğin çocuğun arabuluculuk sürecinde taraf olmasına olanak sağlanabilir. Bahse konu kriterler belirlenirken çocuğun yaşı veya zihinsel olgunluğu, ebeveynlerin rolü ve uyuşmazlığın konusu gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Bu kriterlerin oluşturulmasında Avrupa Konseyi Avrupa Birliği ile işbirliği içinde öncülük yapabilir.

1.8. Meslek kuralları

28. Üye devletler, arabuluculuğun gizlilik gibi temel ilkelerine ilişkin kavram, kapsam ve güvencelerde yeknesaklık sağlanması için gerekli tedbirleri almalıdır; örneğin yasal tedbirler alınabilir ve/veya arabulucular için meslek kuralları geliştirilebilir.

29. Hukuk ve ticari arabuluculukta Arabulucular için Avrupa Meslek Kurallarının Avrupa genelinde çeşitli paydaşlarca genel kabul gördüğü göz önünde bulundurulduğunda, üye devletlerin bu Kuralları aile ve hukuk arabuluculuğu için asgari standart olarak yaygınlaştırması tavsiye edilmektedir. Bu bağlamda aile arabuluculuğunun münhasır özellikleri dikkate alınmalıdır.

1.9. Meslek kurallarının ihlali

30. Meslek kurallarının arabulucular tarafından ihlal edilmesi durumunda, üye devletler ve arabuluculuk paydaşları uygun şikâyet ve disiplin mekanizmalarını hareket geçirmelidir.

1.10. Uluslararası arabuluculuk

31. Aile arabuluculuğu hakkındaki Rec (98)1 sayılı Tavsiye Karara rağmen, az sayıda üye devlette uluslararası unsurları olan davalarda arabuluculuk mekanizmalarının kurulduğu görülmektedir. Bu nedenle bu alanda ilerleme sağlamış olan devletlerin diğer devletlerle bilgi alışverişi yapması tavsiye edilmektedir.

32. Uluslararası arabuluculuğun maliyetli bir yöntem olduğu göz önünde bulundurulursa, Üye devletlerin yüz yüze görüşmeler yerine video-telefon konferansı ve elektronik ortamda uygulanan uyuşmazlık çözüm yöntemleri gibi yeni teknolojilerin kullanılmasını teşvik etmeleri gerekmektedir.

2. ERİŞİLEBİLİRLİK

2.1. Arabuluculuğun kullanıcılara maliyeti

33. Arabuluculuğun kullanıcılara maliyeti bahse konu uyuşmazlığın önemi ve niteliği bakımından makul ve orantılı olmalıdır. Arabuluculuğun herkes tarafından erişilebilir olması için üye devletlerin arabuluculuk hizmetlerine doğrudan mali destek sağlaması gerekir.

34. Adalet önünde ve adalete erişimde eşitlik sağlanması bakımından, mali sebeplerle halkın bazı kesimlerini böyle bir hizmet almaktan mahrum bırakmak kabul edilemez. Mali kaynakları sınırlı olan kesimler için, üye devletlerin yargı sürecinde yapılan adli yardımla benzer şekilde arabuluculuğa katılan taraflara da adli yardım vermeleri teşvik edilmelidir.

35. Uluslararası arabuluculuğun erişilebilir olması için, üye devletler işlemin yüksek maliyetli ve karmaşık olmasını da göz önünde bulundurarak, uluslararası arabuluculuk sistemini yerleştirmek, desteklemek ve yaygınlaştırmak için gerekli tedbirleri almalıdır.

2.2. Zaman aşımı süresinin askıya alınması

36. Zaman aşımı riski nedeniyle tarafların arabuluculuk yöntemini kullanması engellenmemelidir. Üye devletlerden alınan cevaplara göre, uygulamada pek az sayıda ülkede, davalar arabuluculuğa sevk edildiğinde zaman aşımı süresi askıya alınmaktadır. Bu sorunun aşılması amacıyla, üye devletler, zaman aşımı süresinin askıya alınmasına dair yasal düzenlemeler yapma yönünde güçlü bir şekilde teşvik edilmektedir.

3. FARKINDALIK

37. Arabuluculuk sisteminin mevcut olması ve herkes tarafından erişilebilir olması, herkesin arabuluculuktan haberdar olduğu anlamına gelmemektedir. Ankete verilen cevaplara göre, yargı mensupları, avukatlar, hukukçular, adalet sisteminin kullanıcıları ve genel kamuoyundaki farkındalık eksikliği arabuluculuğun gelişmesinin önündeki en önemli engellerden biridir. Toplum uyuşmazlıkların çözümü için başlıca yöntem olarak geleneksel mahkeme sistemini kullanmaktadır ve bu sisteme olan güvenin/bağın koparılması o kadar kolay değildir; bu husus üye devletler ve arabuluculuk paydaşlarının dikkate alması gereken bir husustur.

38. Aile ve hukuk arabuluculuğuna ilişkin Tavsiye Kararın politika yapıcılar, akademisyenler, arabuluculuk paydaşları ve arabulucular tarafından erişilebilir olması için, tüm üye devletlerin

resmi diline çevrilmesi ve yaygınlaştırılması önemlidir.

39. CEPEJ web sitesinde arabuluculukla ilgili özel bir sayfa açılması tavsiye edilmektedir. Bu sayfaya Tavsiye kararın çevirisi, açıklayıcı rapor ve Avrupa Konseyinin arabuluculukla ilgili diğer belgeleri ile hukuk ve aile arabuluculuğuna ilişkin Tavsiye Kararın ülkeler üzerindeki etkilerinin bir değerlendirmesi eklenebilir. Bu özel sayfada arabuluculuk programlarının ve pilot projelerin izlenmesi ve değerlendirmesine ilişkin bilgiler, üye devletlerdeki arabulucuların listesi ve faydalı web siteleri yer alabilir.

3.1. Kamuoyunun genel farkındalık düzeyi

40. Üye devletler ve arabuluculuk paydaşları arabuluculuğun faydaları hakkında kamuoyunun farkındalığını artırmak için gerekli tedbirleri almalıdır.

41. Bu tedbirler arasında şunlar yer alabilir:

§ Medyada makale/bilgi yayınlanması,

§ Broşürler/kitapçıklar, internet ve posterlerle arabuluculukla ilgili bilginin yaygınlaştırılması,

§ Arabuluculuk telefon yardım hattı,

§ Bilgilendirme ve danışma merkezleri,

§ “Arabuluculuk haftaları” gibi konu odaklı farkındalık programları,

§ Seminer ve konferanslar,

§ Arabuluculuk hizmeti veren mahkeme ve kurumlarda arabuluculuk konulu bilgilendirme günleri.

42. Üye devletler ve arabuluculuk paydaşları arabuluculuk hizmetleri sağlayan arabulucu ve kurumlarla nasıl temasa geçileceğine dair özellikle internet üzerinden bilgi sağlamaya teşvik edilmelidir.

43. Üye devletler ayrıca mahkeme içi arabuluculuğun hâkim, savcı, avukat ve mahkeme kullanıcılarının farkındalıklarının artırılmasında etkili bir araç olarak kullanılabileceğini dikkate almalıdır.

44. Üye devletler, üniversiteler, diğer akademik kurumlar ile arabuluculuk paydaşları arabuluculuk ve alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları alanında bilimsel çalışma yapılmasını desteklemeli ve teşvik etmelidir.

45. Arabuluculuk ve diğer tür uyuşmazlık çözüm yöntemleri milli eğitim müfredatına dâhil edilmelidir.

3.2. Kullanıcıların farkındalığı

46. Hâkimler, savcılar, avukatlar, hukukçular ve uyuşmazlık çözümüne iştirak eden diğer kurumlar/organlar, taraflara kendi uyuşmazlıklarına özgü arabuluculukla ilgili önceden bilgi ve tavsiye vermelidir.

47. Arabuluculuğu kullanıcılara daha cazip hale getirmek için, üye devletler, bir uyuşmazlık mahkemeye gitmeden önce veya mahkeme esnasında arabuluculukla çözülmeye çalışılıyorsa bu tür davalarda mahkeme harçlarının azaltılması, kaldırılması veya geri ödenmesini

öngörebilir.

48. Üye devletler, mahkeme kullanıcıları ve adli yardım sağlayan kurumlardan, mahkemeye gitmek için adli yardım almadan önce, arabuluculuk gibi dostane çözüm yöntemlerini değerlendirmelerini talep edebilir.

49. Taraflar dostane çözüm yöntemlerini kullanmayı aktif bir biçimde değerlendirmezler ise belirli yaptırımlar uygulanabilir. Örneğin normalde mahkeme kararı ile çözülen hukuk veya aile uyuşmazlığına dair dava masraflarını geri alma hakkı olan taraflar, eğer arabuluculuğa gitmeyi reddeder veya dostane çözüm yöntemini aktif bir biçimde değerlendirdiklerine dair kanıt sunamazlar ise ilgili taraflara bu masrafların tamamının ödenmeyeceğine dair bir kural getirilebilir.

3.3. Yargı mensuplarının farkındalığı

50. Dostane uyuşmazlık çözümü kültürünün yerleşmesinde hâkimlere önemli bir rol düşmektedir. Bundan dolayı hâkimlerin arabuluculuk süreci ve faydaları hakkında tam bilgi ve anlayış sahibi olması büyük önem taşımaktadır. Bu farkındalığın kazandırılması için

bilgilendirme toplantıları düzenlenebilir; meslek öncesi ve meslek içi eğitim programlarına arabuluculukla ilgili belirli mahkemelerin günlük çalışmalarında faydalı olabilecek konular eklenebilir.

51. Arabulucular ve hâkimler arasında hem kurumsal hem de bireysel bağlantıların kurulmasının da teşvik edilmesi gerekir. Özellikle konferans ve seminerler aracılığıyla bu bağlantılar kurulabilir.

3.4. Avukatların farkındalığı

52. Arabuluculuk konusu avukatların hem meslek öncesi hem de meslek içi eğitim müfredatlarına dâhil edilmelidir.

53. Arabuluculuk hizmeti veren kurum ve kişilerin listesi barolar ve avukat derneklerinde bulunmalı; bu listeler avukatlara dağıtılmalıdır.

54. Avukatların müvekkillerine arabuluculuğu tavsiye etmelerini sağlamak amacıyla Üye Devletler ve Barolar yasal harç sisteminde gerekli düzenlemelerin yapılması için tedbir almalıdır.

3.5. Sivil toplum örgütleri ve diğer ilgili kurumların farkındalığı

55. Üye devletler ve arabuluculuk paydaşları, sivil toplum örgütleri ve arabuluculukla ilgili diğer kurum /kuruluşların farkındalığını artırmak için gerekli tedbirleri almalıdır.

---

[1] CEPEJ-GT-MED çalışma grubu şu kişilerden oluşmaktadır: Sn Nina BETETTO (Slovenya), Sn Ivana BORZOVÁ (Çek Cumhuriyeti), Sn Peter ESCHWEILER (Almanya), Sn Maria da Conceição OLIVEIRA (Portekiz), Sn Rimantas SIMAITIS – Başkan - (Litvanya), Sn Jeremy TAGG (İngiltere), Sn Anna WERGENS (İsveç).