Bu yazı İstanbul Barosu tarafından 08.12.2007 tarihinde düzenlenen Arabuluculuk Yasa Tasarısı'nın değerlendirildiği konferansta İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilimdalı Araştırma

Görevlisi Sn. Mert Namlı 'nın yaptığı sunumun bant çözümüdür.

Öncelikle birçoğunuzun aklından geçtiğini düşündüğüm soruyla başlayayım isterseniz. Neden Belçika? Şunlardan dolayı Belçika:

Birincisi: Belçika'da bugünkü şekilde arabuluculuk sistemi, bundan henüz iki yıl kadar önce, Şubat 2005 te kabul edilen bir düzenleme ile kuruldu. Daha da önemlisi bu düzenleme, Avrupa Birliği çerçevesinde hazırlanan direktif teklifi ve Birleşmiş Milletler çerçevesinde hazırlanan model kanuna tamamen uygun şekilde gerçekleştirildi. Dolayısıyla bugün itibariyle Belçika hukuk sistemi, arabuluculuk konusunda mümkün olduğunca ideal bir hukuk sistemi olarak nitelendirilebilir.

İkincisi ise: Belçika'da arabuluculuğa ilişkin ilk düzenlemenin yapıldığı 2001 yılından bu güne, bu ülkede bu kuruma başvuru sayısı hızla arttı. Bu hızlı artış beraberinde çok ciddi endişeleri ve eleştirileri gündeme getirdi. Bizim de arabuluculuk kanun tasarısını hazırlayan bir ülke olarak konuyu değerlendirirken bu tecrübe birikiminden yararlanmamız gerektiği inancını taşıyorum.

Biraz öncede ifade ettiğim gibi Belçika'da arabuluculuğa ilişkin ilk düzenleme 2001 yılında

yapıldı. Bu, Aile Hukukundan kaynaklanan Uyuşmazlıklarına ilişkin arabuluculuk kanunu düzenlemesiydi. Böylelikle Belçika'da ilk arabuluculuk kurumu, Aile Hukuku alanında uygulamasıyla başladı. Bundan dört yıl kadar sonra ise 21 Şubat 2005 tarihinde kabul edilen kanun ile, Arabuluculuk Belçika Medeni Usul kanununda ayrı bir bölümde düzenlendi ve kurum bugünkü şeklini aldı. *Dolayısıyla burada ilk saptama olarak şunu yapabiliriz: Bugün itibariyle Arabuluculuk kurumunun Belçika hukukundaki temelini, Belçika Medeni Usul Kanunu oluşturmaktadır.*

Peki bugün Arabuluculuk Kurumun Belçika'daki uygulama alanı acaba nedir?

Yani hangi konularda arabuluculuğa başvurulabilmektedir. Bu noktada kanunda temel kıstas olarak, **"sulhe elverişlilik"** in benimsendiğini görüyoruz. Böylelikle kural olarak sulh yoluyla çözülmeye elverişli her türlü uyuşmazlıkta arabuluculuğa başvurulabilecektir.

Bununla birlikte kanun koyucu ayrıca, bunların dışında, bazı başka konularda da arabuluculuğa başvurulabileceğini kabul etmiş. Nedir bunlar;

Birincisi Anlaşmalı Boşanma, **ikincisi** boşanmanın hukuki sonuçları, **üçüncüsü**, bizim hukuk sistemimize henüz yabancı olan, kanuni birlikte oturma.

Bugün Belçika medeni usul kanununa göre iki tür arabuluculuktan bahsedebiliriz. Bunlardan ilki **“iradi arabuluculuk”** , ikincisi ise, **“yargısal arabuluculuk”** tur.

İradi arabuluculukta taraflar yargılamanın başlamasından önce ya da yargılama sırasında kendi aralarında anlaşarak arabulucuya başvurmaktadırlar. Bu çerçevede değinilmesi gereken önemli bir ihtimal, tarafların kendi aralarında yaptıkları sözleşmeye –ihtilaf halinde uygulanmak üzere – bir arabuluculuk şartı koymaları ihtimalidir. Acaba bu şartın hukuki sonuçları ne olacaktır. Bu konu Fransız hukukunda oldukça fazla tartışmalara neden oldu. Hatta Avrupa birliğinin direktif teklifiyle ilgili olarak Paris barosunun hazırladığı değerlendirme raporunda, direktif teklifinde arabuluculuk şartının düzenlenmemesi nedeniyle eleştiriler ileri sürülmüştür. *Bizim kanun tasarımıza baktığımızda da sözleşmelerde düzenlenebilecek arabuluculuk şartına ilişkin herhangi bir düzenlemenin söz konusu olmadığı görülecektir.*
Fransa’daki bu tartışmaları da dikkate alan Belçika kanun koyucusu, sözleşmelerde düzenlenecek arabuluculuk şartını hukuki sonuçlarını, Belçika medeni usul kanununda düzenlemeyi tercih etmiştir. Buna göre tarafların kendi aralarında yaptıkları sözleşmeye bir arabuluculuk şartı koymaları halinde, taraflardan birisi arabulucuya başvurmaksızın dava açtığında, diğer taraf bunu bir ilk itiraz olarak ileri sürebilecektir.

İkinci arabuluculuk türü de yargısal arabuluculuktur. Yargısal arabuluculukta bu kez hakim devreye girmekte ve kendiliğinden ya da taraflardan birinin talebi üzerine taraflara arabuluculuğa başvurmalarını teklif etmektedir. Eğer taraflar bu konuda anlaşmaya varırlarsa tabii ki arabuluculuk süreci işleyecektir. Bu şekilde arabuluculuğa başvurulduktan sonra en önemli konu arabulucunun seçilmesidir. Burada da tamamen tarafların iradeleri egemendir diyebiliriz. Arabulucu direkt olarak tarafların ortak kararıyla seçilebileceği gibi, seçim üçüncü bir kişinin iradesine de bırakılabilecektir.

Peki Belçika hukukunda kimler arabulucu olarak seçilebilmektedir?

Burada ikili bir ayrım yapmak gerekecektir. Çünkü iradi ve yargısal arabuluculukta ayrı durumlar söz konusu olacaktır. Belçika hukukunda iradi arabuluculuk söz konusu olduğunda bir kurum tarafından onaylanmış ya da onaylanmamış olsun her üçüncü kişi arabulucu olarak seçilebilmektedir. Buna karşın yargısal arabuluculuk, yalnızca onaylanmış arabulucular tarafından yapılabilmektedir.

Buradan da anlaşılacağı üzere Belçika' da arabulucular **"onaylanmış arabulucular"** ve **"onaylanmamış arabulucular"**
olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Arabulucuları onaylayacak merci ise; Belçika Federal Arabuluculuk Genel Komisyonudur. Komisyon, arabuluculuk faaliyetinin üç ana alanda gerçekleştiğini kabul etmektedir.

1-Aile Hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk

2-Sosyal arabuluculuk

3-Medeni ve ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuktur.

Burada komisyon tarafından alınan karara göre kural olarak, bir arabulucu bu üç alandan ancak birinde onaylanabilmektedirler. *Bu kuralın istisnası ise avukatlardır*. *Buna göre avukatlar her üç alanda da onaylanabilmektedirler.*

Peki bir arabulucunun onaylanabilmesi için hangi şartlar aranmaktadır?

Bunlardan en önemlilerinden söz etmek gerekirse; birincisi bir **lisans derecesi**ne sahip olmaktır. Yani üniversite mezuniyeti şartı aranmaktadır. İkinci şart mezun olduğu alanda en az **iki yıllık bir iş tecrübesi**
ne sahip olmak, üçüncüsü, onaylanmak istediği arabuluculuk dalına ilişkin
eğitimleri başarı ile tamamlamış
olmak, dördüncü şarta dikkat etmek gerekiyor; mevcut ya da geçmişteki faaliyetleriyle onaylanacağı alanın gerektirdiği niteliklere sahip olduğunu
kanıtlamak
. Bu kıstasa dikkat edilmesini söylememdeki bir neden de, Belçika'da arabulucu olmak için herhangi bir meslek kısıtlamasının söz konusu olmamasıdır. Bununla birlikte arabuluculuğu onaylayacak olan genel komisyon, bu kıstası kullanarak bir çok başvuruyu reddetmiştir. Bugün arabuluculuk sicilini incelediğimizde, özellikle aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, hukuken olmasa da fiilen bir kısıtlamanın mevcut olduğu görülmektedir. Buna göre sicil incelendiğinde, avukatların, pedagogların, sosyologların ve psikologları arabulucu olarak onaylandığı görülmektedir. Buraya kadar bahsettiğim iki tür arabuluculuk arasındaki farkı anlatmaya çalıştım.

Peki onaylanmış arabulucular ile onaylamamış arabulucular arasında ne gibi farklar var?

Bunlardan biriniz zaten biraz önce ifade ettim. Yargısal arabuluculuk yalnızca onaylanmış bir arabulucu tarafından gerçekleştirilebiliyor. Müzakere safhası sonunda eğer bir uzlaşma belgesi elde edilirse, uzlaşma belgesinin ilam niteliği taşıyıp taşımayacağı konusunda onaylanmış ve onaylanmamış arabulucular arasına ciddi farklar vardır. Ayrıca adli yardımdan yararlanılıp yararlanılamayacağı konusunda her iki arabuluculuk türü arasında farklı bir düzenleme mevcuttur.

Bu noktada Belçika'da arabulucuların seçimine ilişkin olarak dile getirilen bir eleştiriye değinmek istiyorum. Bu eleştiri daha çok hukukçular dışındaki, sosyologlar ve siyaset bilimciler tarafından ifade edilmektedir. Buna örnek olara Belçika'da tanınmış bir sosyolog olan Vaggner' i örmek gösterebiliriz. Vaggner diyor ki:

"Arabuluculuk seçiminde taraflara bu kadar geniş özgürlük alanı bırakılması sonucunda bizim, toplum yapımızı da göz önüne alırsanız, flamanca konuşanların flaman bir arabulucuyu, Fransızca konuşanları Fransız bir arabulucuyu seçmesinin bir sonucu olarak, aynı dili konuşanlar arasında o dili konuşan arabulucuların seçiminin yaygınlaşması, arabuluculara olan güvenin medeni yargıya olan güveni zamanla geçmesi sonucu doğacaktır. Bu da bizim ülkemizdeki farklılıkların derinleşmesi ve yargıdan kaçışın başlayıp, yargının küçülmesi sonucunu doğuracaktır. İşte bu gelişmeler yaşanırsa, bizim federal yapımız da göz önünde bulundurulursanız, toplumsal ve siyasi yapımızın çözülmesinin önüne geçmemiz çok zor olacaktır."

Süreç:

Arabulucu seçildikten sonra taraflar bir araya gelecek ve arabulucu onlara genel süreç hakkında bilgiler aktaracaktır. Arabuluculuğun iradiliği ve gizliliği ilkeleri, arabulucunun ve tarafların sahip olduğu yetki ve yükümlülükleri taraflara açıklayacak ve bunun ardından tüm bu ilke ve kurallar bir metne geçirilecek. Bu metne biz arabuluculuk protokolü adını veriyoruz.
Arabuluculuk protokolünün imzalanmasından sonra, asıl önemli safha olan müzakere safhası başlayacaktır. Burada arabulucu öncelikle uyuşmazlık hakkındaki tüm bilgileri toplayacak ve tarafların ayrı düştükleri hususları tespit edecektir ki müzakereleri bu hukuki noktalar üzerine yoğunlaştırabilsin. Bunun ardından arabulucunun çağrısıyla taraflar bir araya gelecekler ve ayrı düştükleri konularda müzakereye başlayacaklardır. Yargısal arabuluculuk için üzerinde durulması gereken önemli bir nokta da bu tür arabuluculukta hakimin denetiminin çok etkin olduğudur. Her şeyden önce yargısal arabuluculuğa başvurulması, görevli hakimin görevsiz

hale geldiği anlamına gelmeyecektir. Yine hakim bu süreçte görevli olmaya devam edecek ve gerekli gördüğü her türlü tedbiri alabilecektir. Hatta gerekli görürse arabuluculuk faaliyetini sonlandıra da bilecektir. Dolayısıyla Belçika'da yargısal arabuluculuk kesinlikle hakimin denetiminin dışında gerçekleşen bir süreç değildir. Tam tersine hakimin elinin arabuluculuğun üzerinde hissedildiği bir sistem söz konusudur.

Arabulucunun yetkileri, yükümlülükleri:

Belçika'da arabulucu tanık dinleyebilmektedir. Bilirkişiye gidebilmesi konusunda Belçika Medeni Usul Kanunu'nda bir hüküm mevcut değildir. Arabulucu dinlediği tanığı ve yaptığı her türlü işlemi hakime rapor etmekle yükümlüdür. Hakim yapılan işlemleri gerekli olmadığına kanaat getirirse, arabulucunun bu tedbirleri ya da işlemleri yapmasına engel olabilecektir.

Müzakere safhasıyla ilgili olarak Belçika' da iki önemli eleştiri dile getirilmektedir. Bunlardan birisi aslında bizim ülkemizdekiyle aynı. Hukuk Fakültesi mezunu olmayanların taraflar arasındaki uyuşmazlıkları sağlıklı bir şekilde nasıl tespit edecekleri konusu. İkinci eleştiri ise, aslında daha evrensel bir endişe, arabulucunun tarafsızlığının nasıl sağlanabileceği konusudur. Burada sadece dile getirilen eleştirileri belirtmekle yetineceğim. Çünkü bu eleştirilere verilen tatmin edici bir cevaba da şimdilik rastlanamıyor.

Arabuluculuk Anlaşması ve İlan Niteliğini Kazanması:

Müzakere safhasında taraflar bir anlaşmaya varırlarsa, bu uzlaşmayı bir metne geçireceklerdir ve bu metni hem arabulucu hem de taraflar imzalayacaklardır. İşte bu belgeye Belçika'da ***"arab***

uluculuk anlaşması”
adı veriliyor. Zaten tartışmaların yoğunlaştığı nokta bu anlaşmanın ilam niteliğinde olup olmamasıdır. Bildiğiniz gibi bizim tasarımızda, bu belge tarafların ve arabulucunun imzalamalarıyla ilam niteliğine bürünüyor. Peki Belçika’da böyle midir? Böyle değil tabii ki. Peki bu belge ilam niteliğine kavuşabiliyor mu? Evet tarafların doğru bir şekilde bu belgeyi hakimin onayına sunmalarıyla kavuşabiliyor.

Hakim onayına sunulan arabuluculuk anlaşmasını şu açılardan denetliyor:

Birincisi anlaşmadaki tarafların imzaları tamam mı diye bakıyor. **İkincisi** arabuluculuk faaliyetinin bir onaylanmış arabulucu tarafında gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini kontrol ediyor. Görüldüğü gibi herkes arabulucu olarak seçilebilse de, yalnızca onaylanmış arabulucu tarafından gerçekleştirilen arabuluculuk faaliyeti sonucunda elde edilen belge ilam hükmünde kabul edilebiliyor. Hakimin araştırdığı
üçüncü
ve son
nokta da, tarafların vardıkları anlaşmanın kamu düzenine uygun olup olmadığıdır.

Arabuluculuğun ücreti:

Bilindiği gibi arabuluculuk ücretsiz bir faaliyet değildir. Bu noktada Belçika’da bizim ülkemizde de olduğu gibi, taraflar eğer aksini öngörmemişlerse, arabuluculuk ücretinin taraflarca eşit bir şekilde karşılanacağı kabul edilmektedir. Peki bunun ücreti ne kadardır diye baktığımızda, arabuluculuk yapan kurumların ücret tarifeleri üzerinde küçük bir araştırma yaptım. Burada yaklaşık olarsak saatliği 150 Euro şeklinde bir ücretle karşılaşıyorsunuz. Buna masraflarında eklenmesiyle, aslında arabuluculuğun pek de ucuz bir kurum olduğunu söylemek mümkün görünmüyor. Bununla birlikte gerekli şartların taşınması halinde arabuluculuk konusunda adli yardımdan yararlanma imkanı da bulunmaktadır. Bunun şartlarından birisi ise; adli yardımdan yararlanılabilmesi için arabuluculuk faaliyetinin onaylanmış bir arabulucu tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğidir.

Görüldüğü gibi bu kurum, Avrupa birliğine üye devletlerde de, en azından şu an itibariyle, sorunsuz bir şekilde uygulanamıyor. Belçika' da bu kurum üzerindeki tartışmalar hala yoğun bir şekilde devam ediyor. Belçika'da arabuluculuk, yargılamanın amacı olarak kabul edilen bireylerin sübjektif haklarının gerçeklik temelinde teminine yönelik bir araç olarak değil, globalizasyon sürecinin ulus devletle mücadelesinde kullandığı bir araç olarak görülmekte ve bu kurum üzerindeki tartışmalar da hızla bu zemin üzerine kaymaktadır. Yani arabuluculuğun siyasi yönü ve siyasi ideolojisi Belçika'da bugünlerde özellikle tartışılan bir konudur. Yeri gelmişken ben de konunun bu yönünü dikkatimizden kaçırmamamız gerektiğini, bu açıdan da bir kez daha değerlendirmemiz gerektiğini düşünüyorum. Beni dinlediğiniz için çok teşekkür ediyorum.

//