

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ARABULUCULUK FAALİYETİ VE
ARABULUCULARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Orhan DÜR

DOKTORA TEZİ

Danışman
Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

Konya - 2017



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Bilimsel Etik Sayfası

Adı Soyadı: Orhan DÜR

Numarası: 044133002002

Ana Bilim / Bilim Dalı: ÖZEL HUKUK

Programı : Doktora

Tezin Adı : ARABULUCULUK FAALİYETİ ve ARABULUCULARIN HAK
ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.


Öğrencinin imzası
(İmza)



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Doktora Tezi Kabul Formu

Öğrencinin

Adı Soyadı: Orhan DÜR

Numarası : 044133002002

Ana Bilim / Bilim Dalı: ÖZEL HUKUK

Programı: Doktora

Tez Danışmanı: Prof. Dr. MUSTAFA S. ÖZBEK

Tezin Adı: ARABULUCULUK FAALİYETİ ve ARABULUCULARIN
HAK ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan başlıklı
bu çalışma/...../..... tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile
başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı

Danışman ve Üyeler

İmza

Prof. Dr. Mustafa S. ÖZBEK

Prof. Dr. Haluk Hacı S. S. S. S.

Prof. Dr. Mustafa A. A. A.

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Yrd. Doç. Dr. Alper Y. Y. Y.

Mustafa S. Özbek

Haluk Hacı S. S. S.

Mustafa A. A. A.

İbrahim Özbay

Alper Y. Y. Y.



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Orhan DÜR	Numarası : 114234001006
	Ana Bilim / Bilim Dalı	ÖZEL HUKUK	
	Danışmanı	Prof. Dr. MUSTAFA S. ÖZBEK	
Tezin Adı		ARABULUCULUK FAALİYETİ ve ARABULUCULARIN HAK ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ	

ÖZET

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözümleri yöntemleri içerisinde en çok bilinen ve kullanılan yöntemidir. Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri başlıklı bu doktora çalışmamda, arabuluculuk yönteminin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle olan benzerlik ve farklılıkları daha belirgin hale getirilmiştir. Arabuluculuğun ilk defa hukukumuzda ne şekilde görüldüğü ve şu anki mevzuatımızdaki düzenleniş şekli ortaya konulmuştur. Mevcut hukuk sistemimiz ve olması gereken hukuk açısından değerlendirmelerde bulunulmuştur. Olması gereken hukuk açısından ufkumuzun açılması için karşılaştırmalı hukuka geniş olarak yer verilmiştir. Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler dokuz alt başlık altında işlenmiştir. Arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlık konuları belirlenmiştir. Bu bağlamda arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların kapsamı mümkün olduğunca geniş tutulmuş ve bunun nedenleri izah edilmiştir. Bir arabuluculuk sürecinde yapılabilecek sözleşmeler hukuki nitelikleriyle birlikte incelemeye tabi tutulmuştur. Bu sözleşmeler arabuluculuk sözleşmesi, arabuluculu sözleşmesi ve çözüm anlaşmasıdır. Arabuluculuk sürecinin aşamaları ve arabuluculuk yönteminde uyuşmazlığın taraflarının ve arabulucunun rolleri inceleme konusu yapılmıştır. Arabulucunun hak ve yükümlülükleri ayrıntılı olarak izah edilmiş ve arabulucunun hukuki sorumluluğu işlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözümü, arabuluculuk faaliyeti, arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler, arabuluculuk sürecinin aşamaları, arabuluculuk sözleşmesi, arabulucu sözleşmesi, çözüm anlaşması, arabulucuların hak ve yükümlülükleri, arabulucunun hukuki sorumluluğu.



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Orhan DÜR	Numarası : 114234001006
	Ana Bilim / Bilim Dalı	ÖZEL HUKUK	
	Danışmanı	Prof. Dr. MUSTAFA S. ÖZBEK	
Tezin Adı		MEDIATION ACTIVITY AND THE RIGHTS AND OBLIGATIONS OF MEDIATORS	

ABSTRACT

Mediation is the most known and common used way among the alternative dispute resolution methods. In this doctorate study, which gives particular information about the mediation activity and the rights and obligations of mediators, the similarities and the differences between mediation and the other alternative dispute resolution ways are indicated prominently and elaboratively. Besides, when and how the mediation first emerged in our judicial system and the regulations of the mediation in current legislation, are pointed out in this study. Also the evaluations with regards to the current legal system of us and the expected legal system, are expressed. To broaden the horizons in terms of the expected legal system, detailed information is given about the comparative law. Basic principles, relating to the mediation, are given in nine subtitles. The dispute issues which are suitable for mediation activity, are determined. Within this context, the extend of appropriate matters of dispute are broaden as far as possible and reasons for these, are explained. The agreement contracts which can be arranged in a mediation process are examined with their legal characteristics. These agreements are mediation contract, mediator contract and resolution contract. The stages of mediation process and the roles of mediators and the parties of dispute in mediation method, are the subject of this study. In addition to these; mediator's rights and obligations are clarified comprehensively and legal responsibilities of mediator are indicated with great extend of scope.

Keywords: Mediation, alternative dispute resolution, mediation activity, basic principles that relating to the mediation, the stages of mediation process, mediation contract, mediator contract, resolution contract, mediator's rights and obligations, legal responsibilities of mediator.

ÖNSÖZ

“Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri” isimli bu eser, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora programı kapsamında doktora tezi olarak hazırlanmış ve 31.03.2017 tarihinde Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK, Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY, Prof. Dr. Hâluk Hâdi SÜMER, Prof. Dr. Mustafa AVCI ve Yard. Doç. Dr. Alper UYUMAZ’dan oluşan jüri üyeleri önünde savunularak oybirliği ile kabul edilmiştir. Jüri üyelerinin değerli eleştirileri tezimin güncellenmesinde dikkate alınmıştır.

Doktora tez çalışmamda desteğini esirgemeyerek danışmanlığımı üstlenme nezaketini gösteren, eserlerinden istifade ettiğim, ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin babası olarak gördüğüm, çok değerli hocam Sayın Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK hocama teşekkürlerimle birlikte saygı ve sevgilerimi arz ederim.

Arabuluculuğun çeşitli yönlerini doktora veya yüksek lisans tezlerinde işleyerek, eserlerini istifademize sunan hocalarım Sayın Arabulucu Av. Dr. Gülgün ILDIR’a, Yard. Doç. Dr. Şule Şahin CEYLAN’a, Doç. Dr. Seda ÖZMUMCU’ya, Yard. Doç. Dr. Elif Kısmet KEKEÇ’e, Yard. Doç. Dr. Çiğdem YAZICI TIKTIK’a ve Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL’a teşekkürlerimi arz ederim. Ayrıca tez konumla bağlantılı eserlerinden istifade ettiğim ve özellikle arabuluculuk konusunda makale yazarak, bu alana katkıda bulunmuş, çalışmamda atıf yaptığım burada isimlerini tek tek yazamadığım bütün hocalarıma ve üstadlarıma da teşekkürlerimi arz ederim.

Tez yazımım esnasında devamlı olarak şahsen veya telefonla arayarak tezi bitirmem için teşvik eden hemşerilerim Sayın Yard. Doç. Dr. Hasan ÖZER hocama, Prof. Dr. Mustafa DEMİRCİ hocama ve Abdullah UÇAR hocama teşekkür ederim. Tezim için Zürih Üniversitesi kütüphanesinde kaynak toplamama ve almanca çevirilerime yardımcı olan Viyana’da avukatlık yapan sevgili yeğenim Av. Ömer DÜR’e ve çevirilerde yardımcı olan Tuba SARGIN hocama teşekkür ederim. Ayrıca kurucusu olduğum hukuk ve arabuluculuk bürosunda beraber çalıştığım arkadaşlarım Av. Murtaza FEDAI’ye, Av. Arb. Abbas ÖZKUL’a, Av. Arb. Kemal ÜNSAÇAN’a, Av. Arb. Öznur ÖZCAN’a, Av. Arb. Aslı AKÇA AYDIN’a, Av. Özlem GÜRKAN’a, Av. Celal FEDAI’ye, Av. Ayşe Ahsen AYAN’a, Av. Alperen YARIMCA’ya ve büro çalışanlarıma desteklerinden dolayı teşekkür ederim.

Beni yetiştiren ve kişiliğimin oluşmasında büyük katkıları olan çok sevdiğim rahmetli babam Ali Rıza DÜR’e, sevgili annem Fadimeana DÜR’e ve her zaman sevgisini, şefkatini ve desteğini esirgemeyen sevgili eşim Aysun DÜR’e şükranlarımı sunarım. Ayrıca manevi desteklerini benden esirgemeyen kardeşlerim Nuraniye DÜR, Tunahan DÜR ve Perihan DÜR’e teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR.....	X
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ VE ARABULUCULUK, ARABULUCULUK YÖNTEMİNİN TERCİH SEBEPLERİ VE DİĞER UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİYLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ

§ 1. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ VE ARABULUCULUK.....	4
A. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ	4
B. ARABULUCULUK TERİMİ.....	8
C. ARABULUCULUĞUN TANIMI.....	9
§ 2. ARABULUCULUĞUN TERCİH SEBEPLERİ VE DEVLET YARGISINA GÖRE AVANTAJLARI	13
A. ARABULUCULUĞUN İRÂDİ OLMASI VE MAHKEME YARGISINA BAŞVURMAYI ENGELLEMESİ	14
B. ARABULUCULUĞUN GİZLİ OLMASI.....	14
C. ARABULUCULUK SÜRECİNDE EGEMENLİĞİN TARAFLARDA OLMASI.....	15
D. ARABULUCULUĞUN BASİT, KOLAY VE HIZLI BİR YÖNTEM OLMASI.....	17
E. ARABULUCULUĞUN DAHA AZ MASRAFLI OLMASI.....	18
F. ARABULUCU SEÇİMİNİN SERBEST OLMASI VE UZMAN KİŞİLERİN SEÇİLEBİLMESİ.....	21
G. ARABULUCULUK SÜRECİNİN ESNEK OLMASI.....	22
H. DAVADA İLERİ SÜRÜLMEMİŞ KONULARIN VEYA DAVAYA KATILMAMIŞ TARAFLARIN ÇÖZÜM ANLAŞMASINA DÂHİL EDİLEBİLMESİ.....	23

İ. UYUŞMAZLIĞIN HAK TEMELİYLE SINIRLI EMREDİCİ NİTELİKTE HÂKİM KARARIYLA DEĞİL, MENFAAT TEMELLİ OLARAK TARAFLARCA ANLAŞMA YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ.....	24
J. ÇÖZÜM ANLAŞMASI BELGESİNE İCRA EDİLEBİLİRLİK ŞERHİ VERİLMESİYLE İLÂM NİTELİĞİNDE BELGE SAYILMASI.....	25
K. UYUŞMAZLIK TARAFLARININ İLİŞKİLERİNİN KORUNMASINA VE GELECEKTE DEVAMINA İMKÂN VERMESİ	26
L. ARABULUCULUĞUN TOPLUMDAKİ SOSYAL BARIŞI, UZLAŞMA KÜLTÜRÜNÜ SAĞLAMASI VE MAHKEMELERİN YÜKÜNÜ AZALTMASI.....	26
§ 3. ARABULUCULUĞUN BAŞARILI OLMASININ ÖNÜNDEKİ ENGELLER	27
§ 4. ARABULUCULUĞUN DİĞER ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI	29
A. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DİĞER ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ	30
I. Müzakere (Neogation)	30
II. Uzlaştırma (Conciliation)	31
III. Uzlaştırma Konferansı (Settlement Conference).....	43
IV. Tahkim (Arbitration)	43
V. Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb)	47
VI. Tahkim-Arabuluculuk (Arb-Med).....	48
VII. Mini Yargılama (Mini Trial).....	48
VIII. Kısa Jüri Yargılaması (Summary Jury Trial)	49
IX. Yargıç Kiralama (Rent a Judge).....	50
X. Hüküm (Adjudication)	50
XI. Tarafsız Ön Değerlendirme (Early Neutral Evaluation-ENE)	51
XII. Son Teklif (Last Offer-MEDALOA)	52
XIII. Yüksek-Alçak Tahkim (High-Low Arbitration).....	52
XIV. Kamu Denetçisi (Ombudsman)	53
XV. Michigan Arabuluculuğu (Michigan Mediation).....	54
XVI. Vakıaların Saptanması (Fact Finding)	54

XVII. Online Uyuşmazlık Çözümü (Online Dispute Resolution-ODR)	55
B. TÜRK HUKUKUNDA ARABULUCULUĞA BENZER UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ	55
I. İslam Hukuku Kaynaklarında Uyuşmazlık Çözümü.....	55
II. Yürürlükten Kaldırılan Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri	60
1. Mecelle’de Uzlaşma Önerisi, Tahkim ve Arabuluculuk	60
2. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ndeki Aile Meclisi.....	63
3. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’ndaki Sulh Teşebbüsü	65
III. Yürürlükte Olan Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri.....	67
1. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da Düzenlenen Tüketici Hakem Heyeti	67
2. Avukatlık Kanunu 35/A Maddesine Göre Uzlaşma.....	73
3. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’a Göre Sulh Yoluyla Çözüme Teşvik	76
4. İş Mahkemeleri Kanunu’na Göre Sulhe Teşvik.....	81
5. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre Zorunlu Arabuluculuk	82
6. Sigortacılık Kanuna Göre Sigorta Tahkim Komisyonu	85
7. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Kanunu Madde 85’e Göre Uzlaşma	89
8. Vergi Usûl Kanunu’na Göre Uzlaşma.....	90
9. Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’da Düzenlenen Tahkim Kurulu	91
10. Borsa İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Borsa Yönetim Kurulu.....	93
11. İdare Hukukunda Yargı Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri.....	96
12. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Uzlaştırma.....	97

İKİNCİ BÖLÜM

ARABULUCULUK FAALİYETİ VE ŞEKİLLERİ, ARABULUCULUĞUN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ VE GELİŞİMİ, ARABULUCULUĞA İLİŞKİN TEMEL İLKELER

§ 5. ARABULUCULUK FAALİYETİ VE ŞEKİLLERİ 105

A. ARABULUCULUK FAALİYETİ	105
B. ARABULUCULUK ŞEKİLLERİ.....	106
I. Geleneksel Arabuluculuk ve Modern Arabuluculuk Ayrımı.....	106
II. Hak Temelli Arabuluculuk ve Menfaat Temelli Arabuluculuk Ayrımı.	107
III. Kolaylaştırıcı Arabuluculuk ve Değerlendirici Arabuluculuk Ayrımı .	109
IV. Çözüm Bulucu Arabuluculuk ve Dönüştürücü Arabuluculuk Ayrımı .	113
V. Pasif Arabuluculuk ve Aktif Arabuluculuk Ayrımı.....	115
VI. Öze Dönük Arabuluculuk, Ortama Dönük Arabuluculuk ve Kişiye Dönük Arabuluculuk Ayrımı	118
VII. Mahkeme Dışı Arabuluculuk, Mahkemeye Yakın Arabuluculuk ve Mahkeme İçi Arabuluculuk Ayrımı	118
VIII. Arabulucuğa Başvuruda İrâdi Arabuluculuk ve Zorunlu Arabuluculuk Ayrımı	122
IX. Diğer Ayrımlar	128

§ 6. ARABULUCULUK FAALİYETİNİN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ VE GELİŞİMİ 129

A. AVRUPA BİRLİĞİNDE ARABULUCULUK	129
I. Yeşil Kitap	130
II. Arabulucular İçin Avrupa Etik Kuralları.....	132
III. Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52 EC Sayılı Yönergesi.....	133
IV. Tüketici Uyuşmazlıklarına İlişkin Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Üzerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2013/11/EU Sayılı Yönergesi.....	136

B. ALMANYA’DA ARABULUCULUK.....	138
I. Arabuluculuk Kanunu (MediationsG).....	140
II. Mahkeme İçi Arabuluculuk ve Zorunlu Arabuluculuk.....	147
C. AVUSTURYA’DA ARABULUCULUK	153
D. İSVİÇRE’DE ARABULUCULUK.....	157
E. İNGİLTERE VE GALLER’DE ARABULUCULUK	166
F. İTALYA’DA ARABULUCULUK.....	175
G. FRANSA’DA ARABULUCULUK	184
H. DANİMARKA’DA ARABULUCULUK.....	192
I. Hukuk Davalarında Mahkemeye Bağlantılı Arabuluculuk	194
II. Aile Uyuşmazlıklarında Kamu Sektörü Arabuluculuğu	197
III. Diğer Alanlarda Arabuluculuk	200
İ. NORVEÇ’TE ARABULUCULUK.....	203
J. BELÇİKA’DA ARABULUCULUK	209
K. HOLLANDA’DA ARABULUCULUK	216
L. JAPONYA’DA ARABULUCULUK.....	222
M. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ’NDE ARABULUCULUK	229
§ 7. ARABULUCULUĞUN TEMEL İLKELERİ.....	236
A. GENEL OLARAK	236
B. ARABULUCULUK FAALİYETİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELER	239
I. İrâdilik İlkesi	239
1. Genel Olarak İrâdilik İlkesi	239
2. Mahkeme İçi ve Mahkeme Bağlantılı Arabuluculukta İrâdilik İlkesi	241
3. Zorunlu Arabuluculukta İrâdilik İlkesi.....	242
a. Tarafların Motivasyonu	242
b. Çifte Özgürlük	244
II. Eşitlik İlkesi.....	248
III. Tarafların Egemenliği İlkesi.....	254
IV. Gizlilik İlkesi.....	260
C. ARABULUCUYA İLİŞKİN TEMEL İLKELER	270

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU'NA GÖRE ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİ UYUŞMAZLIKLAR VE ARABULUCULUK SÜRECİNİN AŞAMALARI

§ 8. ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİ UYUŞMAZLIKLAR.....	272
A. YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN HUKUK UYUŞMAZLIKLARI.....	273
B. TARAFLARIN ÜZERİNDE SERBESTÇE TASARRUF EDEBİLECEKLERİ İŞ VEYA İŞLEMLERDEN DOĞAN ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARI.....	274
I. Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik ve Zorunlu Arabuluculuk.....	283
II. Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik.....	287
III. Taşınmaz Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Elverişlilik.....	291
IV. Kira Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik.....	292
V. Tüketici Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Elverişlilik.....	292
VI. Fikri Haklara İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Elverişlilik.....	294
VII. Rekabet Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Elverişlilik.....	295
VIII. Takip Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Elverişlilik.....	296
IX. Kat Mülkiyeti Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Elverişlilik.....	297
X. Cezai Şart Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik	299
§ 9. ARABULUCULUK SÜRECİNİN AŞAMALARI.....	301
A. GENEL OLARAK	301
B. BİRİNCİ AŞAMA: ARABULUCULUĞA BAŞVURU, ARABULUCUNUN SEÇİLMESİ, ARABULUCULUĞA ÖN HAZIRLIK VE ARABULUCU SÖZLEŞMESİ	304
I. Arabuluculuğa Başvuru	304
1. Uyuşmazlığın Çözümü İçin Arabuluculuk Yöntemine Karar Verilmesi	304

2. Arabuluculuk Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği.....	306
3. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması ve Sürelere Etkisi.....	313
II. Arabulucunun Seçilmesi.....	315
III. Arabuluculuğa Ön Hazırlık	318
IV. Arabulucu Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği.....	320
C. İKİNCİ AŞAMA: BİLGİLENDİRME VE DURUM TESPİTİ	327
I. Arabulucunun Açılış Konuşması	328
II. Durum Tespiti.....	329
D. ÜÇÜNCÜ AŞAMA: UYUŞMAZLIĞIN ARKASINDAKİ TARAF İHTİYAÇLARININ (MENFAATLERİNİN) VE TALEPLERİNİN BELİRLENMESİ	331
E. DÖRDÜNCÜ AŞAMA: UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM SEÇENEKLERİNİN ARANMASI, OLUŞTURULMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ	333
F. BEŞİNCİ AŞAMA: ARABULUCULUK FAALİYETİNİN SONA ERMESİ.....	340
I. Arabuluculuk Faaliyetinin Bir Çözüm Anlaşmasına Varılmadan Sona Ermesi	341
1. Arabuluculuk Faaliyetinin Devamı İçin Daha Fazla Çabanın Gereksiz Olduğunun Tespiti.....	341
2. Taraflardan Birinin Arabuluculuk Sürecinden Çekilmesi	341
3. Tarafların Birlikte Arabuluculuk Faaliyetini Sona Erdirmesi	342
4. Uyuşmazlığın Arabuluculuğa Elverişli Olmadığının Tespit Edilmesi.....	342
5. Arabulucunun Taraflara Diğer Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerini Önermesi ve Arabuluculuk Faaliyetini Sona Erdirmesi.....	343
II. Arabuluculuk Faaliyetinin Sonunda Tutulan Tutanak	345
III. Arabuluculuk Faaliyetinin Çözüm Anlaşmasıyla Sona Ermesi	346
1. Çözüm Anlaşması ve Hukuki Niteliği.....	347
2. Çözüm Anlaşmasının İcra Edilebilirliği	350
a. Çözüm Anlaşmasına İcra Edilebilirlik Şerhinin Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	354
b. Mahkemenin İnceleme Usûlü ve İncelemenin Kapsamı.....	356
c. İcra Edilebilirlik Şerhi İçeren Çözüm Anlaşmasının İlâm Niteliğinde Belge Sayılması.....	359

d. Mahkemenin İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Kararlarına Karşı Kanun Yolu.....	361
3. Çözüm Anlaşması Belgesiyle İcra Takibi Yapılması.....	364

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ARABULUCULARIN HAKLARI, YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE HUKUKİ SORUMLULUĞU

§ 10. ARABULUCULARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ..... 367

A. ARABULUCULARIN HAKLARI.....	369
I. Arabuluculuk Unvanını ve Bu Unvanın Sağladığı Yetkileri Kullanma Hakkı.....	369
II. Ücret ve Masraf İsteme Hakkı.....	370
1. Arabuluculuk Ücretinin Tespiti	372
a. Arabulucu Sözleşmesiyle Ücretin Tespiti	372
b. Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesiyle Ücretin Tespiti.....	374
2. Arabuluculuk Ücretinin Muacceliyeti ve Zamanaşımı.....	379
3. Uyuşmazlık Taraflarının Arabuluculuk Masraf ve Ücret Ödeme Yükümlülüğü	381
4. Arabuluculuk Ücreti ve Adli Yardım.....	383
5. Karşılaştırmalı Hukukta Arabuluculuk Ücreti.....	383
III. Taraflarla Görüşme ve İletişim Kurma Hakkı.....	387
IV. Yargı Organları ve Kamu Kurum ve Kuruluşlarından Elektronik Ortamda Bilgi ve Belge Talep Edebilme Hakkı.....	388
B. ARABULUCUNUN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	389
I. Arabuluculuk Sürecini Belirli Bir Çerçeve de Sevk ve İdare Etme (İlkesi) Yükümlülüğü.....	389
1. Arabulucu Sözleşmesi	390
2. Arabuluculuk Usûlünün Kararlaştırılması ve Uygulanması.....	391
3. Teknik Görevler	393
4. Arabuluculuk Müzakerelerinin Desteklenmesi.....	394

5. Arabuluculuk Faaliyetinin Kapanış Kontrolü	396
II. Tarafsızlık (İlkesi) Yükümlülüğü	399
III. Aydınlatma (İlkesi) Yükümlülüğü	405
IV. Özenle Hareket Etme (İlkesi) Yükümlülüğü	410
V. Görevi Şahsen Yerine Getirme (İlkesi) Yükümlülüğü	413
VI. Sır (Bilgi ve Belge) Saklama Yükümlülüğü	413
VII. Arabuluculuk Tutanağı Tutma, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne Gönderme ve Dosya Saklama Yükümlülüğü	419
VIII. Arabulucular Siciline Kaydolma Yükümlülüğü	421
1. Arabuluculuk Eğitimi	421
2. Arabuluculuk Sınavı	425
3. Arabucular Sicilinden Silinme	426
IX. Reklam Yasağına Uyma Yükümlülüğü	427
IX. Aidat Ödeme Yükümlülüğü	429
§ 11. ARABULUCUNUN HUKUKİ SORUMLULUĞU	430
A. ARABULUCUNUN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU	432
I. Borcun İfa Edilmemesi	432
II. Borcun Kötü İfa Edilmesi	433
III. Borcun Süresinde İfa Edilmemesi	435
IV. Sorumsuzluk Anlaşması	436
B. ARABULUCUNUN HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN SORUMLULUĞU	436
C. İLLİYET BAĞI VE ZARAR	437
D. ARABULUCULAR İÇİN DIKKATE ALINMASI GEREKEN UYARILAR	438
SONUÇ	439
KAYNAKLAR	444
DİĞER KAYNAKLAR	479

KISALTMALAR

AAA	:American Arbitration Association (Amerika Tahkim Birliği)
AAÜT	:Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi
ABD	:Ankara Barosu Dergisi
ACAS	:Advisory Conciliation and Arbitration Service (Danışma Uzlaştırma ve Tahkim Servisi)
ACR	:Association of Conflict Resolution (Uyuşmazlık Çözüm Birliği)
ADR	:Alternative Dispute Resolution (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü)
ADRA	:Alternative Dispute Resolution Act (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu)
AnwBl	:Anwaltsblatt (Alman Ticaret Dergisi).
AMEUK	:Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları
AMK	:Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun
ArbGG	:Arbeitsgerichtsgesetzes (Alman İş Mahkemeleri Kanunu)
AußstrG	:Außerstreitgesetz (Avusturya Çekişmesiz Yargı Kanunu)
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	:Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	:Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGBI	:Bundesgesetzblatt (Avusturya Federal Kanun Gazetesi)
BGFA	:Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte

(İsviçre Serbest Avukatlık Federal Kanunu)

BNotO	:Bundesnotarordnung (Alman Federal Noterlik Kanunu)
BORA	:Bundesrehtanwaltsordnung (Federal Avukatlık Meslek Kanunu)
BT-Drucks	:Bundestag-Drucksachen (Federal Almanya Belge Sunucusu)
C.	:Cilt
c.	:Cümle
CCBE	:The Code of Conduct of Council of Bars and Law Societies of Europe (Avrupa Baro ve Kanun Toplulukları İş Ahlakı Kuralları)
CEDR	:Centre for Effective Dispute Resolution (Etkili Uyuşmazlık Çözüm Merkezi)
CJRA	:Civil Justice Reform Act of 1990 (Medeni Yargı Reform Kanunu)
CMAP	:Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (Paris Arabuluculuk ve Tahkim Merkezi)
CMC	:Civil Mediation Council (Sivil Arabuluculuk Konseyi)
CMK	:Ceza Muhakemeleri Kanunu
CPR	:Civil Procedure Rules (Medeni Usûl Kanunu)
DI	:Domstolloven (Norveç Adli Mahkemeler Kanunu)
dn.	:Dipnot
EC	:Council of Europe (Avrupa Konseyi)
Edt.	:Editör
Eds.	:Editors (Editörler)

EGZPO	:Gesetz, betreffend die Einfuhrung der Zivilprozessordnung (Medeni Usûl Kanununun Yürürlüğüne İlişkin Kanun)
EÜHFD	:Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f., ff.,	:folgende, fortfolgende (sonraki)
f.	:fıkra
FamFG	:Familienverfahrensgesetz (Alman Aile Usûl Kanunu)
FMC	:Family Mediation Council (Aile Arabuluculuğu Konseyi)
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HPD	:Hukuki Perspektifler Dergisi
Hrsg.	:Herausgeber (Editör)
HUAK	:Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	:Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
ICC	:International Chamber of Commerce (Uluslararası Ticaret Odası)
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
in.	:içinde
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD	:İzmir Barosu Dergisi
JAMS	:Judicial Arbitration and Mediation Service- Hukuki Tahkim ve Arabuluculuk Servisi
LCIA	:London Court of International Arbitration (Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi)

MİHDER	:Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
ODR	:Online Dispute Resolution(Online Uyuşmazlık Çözümü)
ÖstZPO	:Österreich Zivilprozessordnung (Avusturya Medeni Usûl Kanunu)
PCC	:Professional Certified Consultant (Profosyonel Sertifikalı Danışman)
RG	:Resmi Gazete
RJC	:Restorative Justice Council (Onarıcı Adalet Konseyi)
Rn	:Randnummer (Kenar numarası)
RVG	:Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (Alman Avukatlık Ücret Kanunu)
Rv	:Burgerlijke Rechtsvordering (Hollanda Medeni Usûl Kanunu)
S.	:Sayı
s.	:sayfa
sav	:sallallahü aleyhi vesellem
SAV	:Schweizerischer Anwaltsverband (İsviçre Barolar Birliği)
SDM	:Schweizerischer Dachverband Mediation (İsviçre Arabuluculuk Dernekleri Federasyonu)
s.e.	:son erişim
SK	:Sigortacılık Kanunu
SKWM	:Schweizer Kammer für Wirtschaftsmediation (İsviçre Ticari Arabuluculuk Odası)
SPK	:Sermaye Piyasası Kanunu
SSGSK	:Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Kanunu

STİSK	:Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
SÜHFD	:Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SVM	:Schweizerischer Verein für Mediation (İsviçre Arabuluculuk Derneği)
SwzZPO	:Schweizerische Zivilprozessordnung (İsviçre Medeni Usûl Kanunu)
TAAD	:Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	:Türkiye Barolar Birliği
TİSGLK	:Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TKHK	:Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun
Tvl	:Tvisteloven (Norveç Uyuşmazlık Kanunu)
VUK	:Vergi Usûl Kanunu
WODC	:Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (Hollanda Bilimsel Araştırma ve Belgeleme Merkezi)
ZivMediatG	:Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen(Avusturya Medeni Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu)
ZPO	:Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usûl Kanunu)

GİRİŞ

Uyuşmazlıklar, farklılıklarımızın ve toplumsal etkileşimin doğal bir sonucudur. Farklılıklarımızı, ortadan kaldırmaya çalışmak yerine anlamaya çalışarak uyuşmazlıklarımızı nasıl yönetip çözümleyeceğimiz konusu üzerinde çalışılması gerekmektedir. Son yüzyılda ekonomik ve sosyal ilişkilerin hızla gelişmesi, insanlar ve toplumlar arasındaki etkileşimin doğru orantılı olarak hızla artmasına neden olmuştur. Bu artan ilişkiler, yeni ve değişik uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda uyuşmazlıkların çözümünde, devlet yargısı nicelik ve nitelik itibarıyla yetersiz kalmıştır. Bu yetersizlik, uyuşmazlıkların çözümü için hızlı, etkili ve kalıcı yöntemlerin aranması sonucunu doğurmuştur.

Bugün gelineen noktada, hukuk sistemlerine baktığımızda uyuşmazlıklar, bir yargılama yapılarak veya bir yargılama yapılmadan çözümlenmeye çalışılmaktadır. Uyuşmazlık çözümünde klasik anlayış, yargılama yapılmasıdır. Yargılamada tarafların rolü ve etkinliği azalmakta, uyuşmazlık çözümünde söz hakkı yargılama makamına geçmektedir. Ancak yargılama, taraflar arasındaki çatışmayı çoğu kez daha da derinleştirip ağırlaştırmaktadır. Bu yönüyle yargılamanın sosyal barışa katkısı da olmamaktadır. Uyuşmazlıkların çözümünün, tarafların rolünün ve etkinliğinin daha fazla olduğu barışçı, uzlaşmacı ve dostane yöntemlerle sağlanması, taraflara ve topluma çok daha büyük kazançlar sağlamaktadır. Bu durum “*sulh hükümlerin efendisidir*” düsturunun haklılığını net olarak ortaya koymaktadır. Başka bir ifadeyle uyuşmazlık taraflarının uyuşmazlık konusu hakkında sulh olmaları, yargılama neticesi verilen üçüncü kişi kararından çok daha iyidir.

Pek çok ülke, mevcut klasik uyuşmazlık çözüm yolları yanında, yeni alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri geliştirmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bir kısmı yargılamanın içinde veya onunla bağlantılı çözümler getirmekteyken, bir kısmı da yargılama dışında çözümler üretmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sınırlı olmayıp pek çok çeşidi bulunmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde en çok kabul edileni ve en yaygın olanı arabuluculuk yöntemidir. Arabuluculuk yöntemi ile amaçlanan, yargı sistemiyle rekabet etmek ve yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmak değildir.

Arabuluculuğun amacı, devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden, mahkemelerin iş yükünü azaltarak uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümlenmesini sağlamaktır.

Birleşmiş Milletler Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan Milletlerarası Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanun, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52/EC Sayılı Yönergesi, Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Yeşil Kitap, Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun, Almanya'nın 1999 yılında yürürlüğe giren Baden Württemberg Uzlaşma Kanunu ile Bavyera'nın 2000 yılında kabul edilen Özel Hukukta Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu, Macaristan Arabuluculuk Kanunu ile son yıllarda kabul edilmeleri nedeniyle Bulgaristan ve Slovakya Arabuluculuk Kanunları dikkate alınarak hazırlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, 7 Haziran 2012 tarihinde kabul edilmiş ve 22.06.2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak kanunlaşmıştır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu yayımı tarihinden bir yıl sonra, 22.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu çalışmanın konusu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun dördüncü bölümü, 13 ila 18. maddeler arasında düzenlenen "*Arabuluculuk Faaliyeti*" ve üçüncü bölümü 6 ila 12. maddeler arasında düzenlenen "*Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*"dir. Bu çalışmanın amaçlarından birisi de, arabuluculuk yönteminin sınırlarını çizerek diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle arasındaki benzerlik ve farklarını; yine bunun gibi arabuluculuk yönteminin ülkemizdeki düzenlemesiyle karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler arasındaki benzerlik ve farklarını net olarak ortaya koyabilmektir. Bu doğrultuda çalışmamızda, arabuluculuğun karşılaştırmalı hukuktaki düzenleme şekillerine ve uygulamalarına geniş olarak yer verilecektir.

Bu çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, arabuluculuk yöntemini, tercih sebeplerini inceleyip diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle birlikte değerlendirilecektir. İkinci bölümde, arabuluculuk faaliyeti ve şekillerini, arabuluculuk yönteminin karşılaştırmalı hukuktaki yerini ve arabuluculuğa ilişkin

temel ilkeleri ele alınacaktır. Üçüncü bölümde, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkları ve arabuluculuk faaliyetinin süreç aşamalarını incelenecektir. Dördüncü bölümde ise, arabulucunun hak ve yükümlülükleri ile sorumluluğu ortaya konulacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ VE ARABULUCULUK, ARABULUCULUK YÖNTEMİNİN TERCİH SEBEPLERİ VE DİĞER UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİYLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ

§ 1. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ VE ARABULUCULUK

A. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Toplumsal etkileşimin olduğu her yerde, uyuşmazlıklar doğal ve kaçınılmazdır. Uyuşmazlıklar, doğru bir biçimde yönetildiğinde esasen gelişimin, ilerlemenin, dönüşümün, barışın ve bütünleşmenin kaynağı olabilmektedir. Ancak bu uyuşmazlıklar, yanlış ve yıkıcı yaklaşımlarla yönetildiğinde ise; yıkımın, şiddetin, zulmün ve acının kaynağı olabilmektedir. Bu nedenle, uyuşmazlıkların nasıl yönetilip, çözümleneceği konusu yüzyıllardır tartışılan bir çalışma ve araştırma alanıdır¹.

Uyuşmazlıkların çözümü genel olarak dava yolu, tahkim, müzakere, arabuluculuk, uzlaştırma, uzman görüşü, mini yargılama, ombudsmanlık ve benzeri yöntemlerle sağlanmaktadır. Bu yöntemler, tarafların yönteme başvurmasına, sonlandırmasına ve çözüm sonucunun içeriğine etki etme derecesine, yöntemde izlenecek usûle, uyuşmazlık çözümünde menfaat ve haklılık kriterlerinden hangi ölçünün esas alındığına ve uyuşmazlık çözümüne üçüncü bir tarafın yaptığı katkının derecesine göre sınıflandırılır². En bilinen ve klasik uyuşmazlık çözüm yöntemi devlet yargısıdır.

¹ **Türnüklü**, Abbas, “Sunuş”, Bush/Folger, Arabuluculuk ve Getirileri, Çev. Gamze Sart, Ankara 2013, s. xiii.

² **Steffek**, Felix, “Principled Regulation of Dispute Resolution: Taxonomy, Policy, Topics”, Steffek/Unberath/Genn/ Greger/Menkel-Meadow (eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 56.

Alternatif uyuşmazlık çözümü (Alternative Dispute Resolution-ADR)’nın klasik tanımı, “ *taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın, devlet mahkemelerinin yargılaması dışında kalan bir yöntemle çözümlenmesini ifade eden uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bütününe verilen isimdir*”³. Ancak son yıllarda, alternatif uyuşmazlık çözümü kavramı, sadece devlet mahkemeleri yargılamasının alternatifi olarak değil, bağlayıcı üçüncü kişi kararıyla sonuçlanan tüm yargılama yöntemlerinin alternatifi olarak da kullanılmaya başlanmıştır⁴.

Uyuşmazlıkların çözümü, esasen devletin işidir. Devlet bu görevini, mahkemeleri aracılığıyla yargı erkini kullanarak yapar. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde, devletin yargılama yetkisine ve mutlak egemenliğine zarar vermeden, uyuşmazlığın taraflarının tatmin olacağı bir sonuca ulaşmalarını hedefleyen yöntemlerin bütünüdür. Bu anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan ve onunla rekabet içinde bulunan bir yöntemler bütünü değildir⁵.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini yaygın ve etkin şekilde kullanan hukuk sistemlerinde, mahkemelerin iş yükünün önemli ölçüde azaldığı ve mahkeme

³ **Brown**, Henry/**Marriott**, Arthur, ADR Principles and Practice, London 2011. s. 21. Benzer tanımlar için bkz. **Steffek**, s. 56; **Özbek**, Mustafa, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk”, ABD, S. 2001/3, s. 114; **İldır**, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s. 26; **Özbay**, İbrahim, “Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği”, EÜHFD, C. VIII, S. 2004/3-4, s. 387; **Pekcanitez**, H., “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), S. 2005/5, s. 12; **Tanrıver**, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBBD, S. 2006/64, s. 151; **Kekeç**, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2014, s. 8; **Özmumcu**, Seda, Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul 2013, s. 237; **Yazıcı-Tıktık**, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s. 5.

⁴ Nitekim, tahkim yönteminin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olup olmadığı sorusunun cevabı, ADR’nin, sadece devlet mahkemeleri yargılamasının alternatifi mi, yoksa sonuçta bağlayıcı karar verebilen tüm yargısal yöntemlerin alternatifi mi olduğu sorusuna verilecek cevaba bağlıdır. Aşağıda arabuluculuk benzeri yöntemler değerlendirilirken bu tartışmalara yer verilecektir.

⁵ **Özbek**, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2016, s. 201; **Tanrıver**, Özellikle Arabuluculuk, s. 152; **Pekcanitez**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, s. 13; **Konuralp**, Haluk, 75. Yılda Cumhuriyet Yargı Düzeninin Düşünsel ve Yapısal Kesiti Üzerine Bazı Gözlemler, Yeni Türkiye, S. 1998/23-24, s. 3824.

yargılamasının daha verimli ve hızlı bir şekilde yürütüldüğünü söylemek mümkündür. Bu gibi başlıca faydaları sebebiyle, bazı hukuk sistemlerinde, belli konular ya da uyuşmazlık konusunun değeri belli bir miktarın altındaki uyuşmazlıklar için başvurulması zorunlu bir yöntem olarak düzenlenmiştir⁶.

Esasen, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tamamının sayımını yapabilmek zordur. Çünkü her hukuk sisteminde kendine özgü alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bulunabilmektedir. Müzakere, arabuluculuk, uzlaştırma, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların saptanması, mini yargılama, kısa jüri yargılaması, yargıç kiralama, hüküm, arabuluculuk-tahkim, tahkim-arabuluculuk, yüksek-alçak tahkim, son teklif, ombudsman ve Michigan arabuluculuğu gibi yöntemler, belli başlı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleridir⁷. Bu yöntemlerin bir kısmı yargılamanın içinde veya onunla bağlantılı çözümler geliştirmektedirken, önemli bir kısmı ise yargılama dışında çözüm üretmeyi amaçlamaktadır.

Uyuşmazlıkların çözümünde, yargılama dışında alternatif çözüm yolları aranmasının, yanında ve karşısında olan görüşler bulunmaktadır⁸. Karşı görüşte olanlar, yargının devlet egemenliğinin bir parçası olduğunu ve bunun başka makam, merci veya kişiye bırakılamayacağını, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yargıdan kaçmak anlamına gelip, devleti zayıflatacağını, hukuk dışındaki çözümleri teşvik edeceğini, zayıfları korumayacağını ve haksızlıkları farklı yollardan meşrulaştıracağını savunmaktadırlar.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yanında olanlar ise, bu yöntemlerin yargının yanında yer alan, ona yardımcı olan, onunla beraber yürüyen ve

⁶ **Ulukapı**, Ömer, Medeni Usûl Hukuku, Konya 2014, s. 539.

⁷ **Horstmeier**, Gerrit, Das neue Mediationsgesetz, Einführung in das neue Mediationsgesetz für Mediatoren und Medianden, München 2013, s. 128-132; **Vogel-Etienne**, Ueli/**Lautenbach-Koch**, Annegret, Mediation in a nutshell, Zürich 2014, s. 16-20; **Prütting**, Haans, Mediation im Arbeitsrecht in: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina Graf (Hrsg), Handbuch Mediation, München 2009, s. 515; **Liebscher**, Christop, Using ADR Techniques in Arbitration, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2010, s. 27-28; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 130-139; **Tanrıver**, Özellikle Arabuluculuk, s. 160-169; **Özbay**, İbrahim, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, EÜHFD, C. X, S. 2006/3-4, s. 464-471; **Ulukapı**, Usûl, s. 540.

⁸ Geniş bilgi için bkz. **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 191 vd.; **Kekeç**, s. 14 vd.

tarafların anlaşmasına yönelik çözümlerin daha kalıcı ve etkili olması sonucunu doğuran, barışçıl hukuki korunma yöntemleri bütünü olduğunu savunmaktadırlar. Bu nedenle “*alternatif uyuşmazlık çözümleri*” teriminin yerine “*düzenleyici uyuşmazlık çözümleri (regulating dispute resolution)*” ve “*uygun uyuşmazlık çözümü (appropriate dispute resolution)*” terimlerinin kullanıldığı da görülmektedir⁹. Bunun gibi “*dostane uyuşmazlık çözüm yöntemleri*” teriminin kullanılmasının uygun olacağı da ileri sürülmüştür¹⁰.

Nitekim konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi 10.07.2013 T. 2012/94 E. 2013/89 K. sayılı kararında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını mahkemelerin alternatifi olarak nitelendirmeyip, tam aksine uyuşmazlıkların çözümü için tamamlayıcı ek yöntemler bütünü olarak görmüştür¹¹.

ADR adı altında, karşılaştırmalı hukukta arabuluculuğa benzer pek çok uyuşmazlık çözüm yöntemi bulunmaktadır¹². ADR ile arabuluculuk, çoğu zaman aynı anlamda kullanılmaktadır. Ancak ADR, arabuluculuktan çok daha geniş bir

⁹ Bkz. **Steffek, Felix/Unberath, Hannes/Genn, Hazel/Greger, Reinhard/Menkel-Meadow, Carie**, Regulating Dispute Resolution, ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013.

¹⁰ **Tanriver, Ö**zellikle Arabuluculuk, s. 155; Anayasa Mahkemesinin 03.03. 2004 gün 2003/98 E. 2004/31 K. sayılı kararı, “...*alternatif uyuşmazlık çözümlerinin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin Anayasa kurallarının etkinliğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir...*” şeklindedir.; **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet**, Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2012, s. 929.

¹¹ RG T. 25 Ocak 2014 S. 28893, “*Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen ‘Alternatif’ terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemeleri hâlinde işlerlik kazanan, esas itibariyle ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, Devletin yargılama yetkisini bertaraf edemez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman açık bulunmaktadır.*” gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 9. ve 36. maddelerine aykırılık bulunmadığından HUAK m. 1 f. 2’nin iptal istemini reddetmiştir.

¹² Bkz. Aşağıda § 4, A, “*Karşılaştırmalı Hukukta Arabuluculuğun Benzer Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleriyle Karşılaştırılması*” başlığı altındaki açıklamalar.

alanı kapsar¹³. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri hukukunda uyuşmazlık çözüm yöntemleri çok çeşitlilik arz etmektedir. Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içinde en yaygın olarak bilinen, uygulanan ve giderek önemi artan uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹⁴. Hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk, bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak hukuk sistemlerine dâhil edilmesiyle daha da yaygınlaşmış ve gelişmiştir¹⁵.

B. ARABULUCULUK TERİMİ

Arabuluculuğun terim olarak sözlük anlamı, şahıslar veya taraflar arasındaki uyuşmazlıkları giderme, anlaşmalarını sağlama işidir¹⁶. Arabulucu kelimesi ise, kişiler veya taraflar arasındaki uyuşmazlığı gidermeye, bir anlaşma noktası bularak tarafları uzlaştırmaya çalışan kimse anlamında kullanılmaktadır. Arabuluculuk ve uzlaştırma kelimeleri Türkçe’de eş anlamlı olarak kullanılmaktadır¹⁷. Ancak ileride

¹³ **Horstmeier**, s. 129.

¹⁴ **Rechberger**, Walter H./**Simotta**, Daphne Ariane, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, Wien 2010, s. 10; **Jauernig**, Othmar, Zivilprozessrecht, München 2007, s. 4; **Kodek**, Georg E./**Mayer**, Peter G., Zivilprozessrecht, Wien 2011, s. 35; **İldır**, s. 88; **Öztatar**, Hakan, Genel Olarak Arabuluculuk, Edt. Işıқтаç, Yasemin, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, İstanbul 2014, s. 9.

¹⁵ **Lilja**, Anna Julka/**von Lucius**, Julian/**Tietz** Andreas, Blickauf die bishrige Rechtsprechung zum Thema Mediation, in: Klowait Jürgen/Glaser Ulla (eds), Mediationgesetz, Baden-Baden 2014, s. 72.

¹⁶ **Ayverdi**, İlhan, Kubbealtı Lugatı, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C. I, 4. Baskı, İstanbul 2011, s. 157. Bu sözlükte arabuluculuğun eş anlamı olarak “*tavassut*” kelimesi geçmektedir ki; ortalamak, arasını bulmak, vasıta olmak anlamında kullanılmaktadır (C.III, s. 3093). Uzlaşma, barış anlamına gelen “*sulh*” kelimesi fesadın (ifsâd) zıddıdır. Islâh, iyileştirmek ve onarmaktan gelen “*muslih*” kelimesi (çoğulu “*muslihun*”) de, barışı sağlayan, barıştıran, ara bulan kimse anlamında kullanılmıştır. Örnek olarak merhum Mehmet Akif’in “*Bir kızarmaz çehre bulmuşsun ya ey câni bürün/Hem bütün dünyayı ifsad eyle hem muslih görün*” beytini zikredebiliriz.; **Ansay**, S. Şakir, Sulh, AÜHFD, C. I, S. 2, s. 200; **Dörtok-Abacı**, Zeynep, Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri, OTAM (Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, 2006, S. 20, s. 109.

¹⁷ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 555; **Kekeç**, s. 25; **Yeşilirmak**, Ali, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011, s. 18; **Ayverdi**, s. 157.

görüreceği üzere hukuk literatüründe, birbiri yerine kullunılan bu iki kavrama, ayırt edici farklı anlamlar yüklenmiştir¹⁸.

Arabuluculuğun İngiliz dilinde ve uluslararası literatürde karşılığı olan “*Mediation*” kelimesi, “*mediate*” den gelmekte, tavassut (ortalamak, arasını bulmak) ve şefaet anlamını ihtiva etmektedir¹⁹. “*Mediation*” teriminin Latince kökeni olan “*mediare*” kelimesi, ortada olmak, yarıya bölmek anlamını taşır²⁰. Uzlaştırmanın İngiliz dilinde ve uluslararası literatürde karşılığı olan “*conciliation*” kelimesi, “*conciliate*” den gelmekte (Latinedeki “*conciliare*” kelimesinden türemiştir), uzlaştırma, barıştırma ve yatıştırma anlamı taşımaktadır²¹.

C. ARABULUCULUĞUN TANIMI

22.06.2012 Tarih, 28331 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak, yürürlüğe²² giren, 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun “*Tanımlar*” başlığını taşıyan madde 2’ nin, (1). fıkrasının b) bendinde, Arabuluculuk: “*Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin*

¹⁸ Bkz. Aşağıda § 4, A, II, “*Uzlaştırma*” başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁹ Avery, Robert/Bezmez, Serap/Edmonds, G. Anna/Yaylalı, Mehlika, Redhouse Sözlüğü, İstanbul 1994, s. 611.

²⁰ Duss-von Werdt, Joseph, Mediation in Europa, Studienbrief der Fernuniversität, Hagen 1999, s. 13; Hehn, Markus, Entwicklung und Stand der Mediation-ein historischer Überblick, in: Haft/von Schlieffen (Hrsg), Handbuch Mediation, München 2009, s. 178; Rakowsky, Rebekka, Obligatorische Mediation, Zulassigkeit und Zweckmäßigkeit im allgemeinen Zivilrechts sowie im elterlichen Scheidungskonflikt, Hamburg 2013, s. 7; Yazıcı-Tıktık, s. 6; Taşpolat -Tuğsavul, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s. 21.

²¹ Avery/Bezmez/Edmonds/Yaylalı, s. 196; Ildır, s. 78; Özmumcu, s. 261.

²² Yürürlük maddesi; “*Madde 37-(1) Bu Kanunun; a) 28 ilâ 32 nci maddeleri ile geçici maddeleri yayım tarihinde, b) Diğer hükümleri ise yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girer.*”.

katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmıştır²³.

Kanunda yer alan tanımdaki unsurlar: (1) Sistematik teknikler uygulayan, (2) tarafları görüşme ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren ve iletişimin kurulmasını gerçekleştiren, (3) tarafların birbirini anlayarak kendi çözümlerini üretmesini sağlayan, (4) uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin (arabulucunun) katılımıyla, (5) ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak sıralanabilir.

Bir uyuşmazlık durumunda, taraflar birbirlerine zarar vermeden uyuşmazlıklarını çözmede yetersiz kalabilirler. Arabuluculuk bu noktada kendisini göstermektedir. Böyle bir durumda arabulucu; uyuşmazlığın ve tarafların niteliğine, uyuşmazlığın tarafları etkileme derecesine göre değişen yönetim davranış modelleri sergileyerek duruma müdahale etmekte ve tarafların uyuşmazlıklarını çözmelerine yardımcı olmaktadır²⁴.

²³ Maddenin hükümet gerekçesinde bu tanım açıklanmıştır. Gerekçede, “*Kanunun uygulanması bakımından merkezi bir konumda bulunan “Arabuluculuk” kavramına yüklenen anlam ve içerik “uzlaştırma” kavramından temel farklılıklarına da işaret edilmek suretiyle tespit edilmiştir. Bu tanımlama çerçevesinde 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, bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütülen, gönüllü olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir. Bir başka ifade ile arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz. Arabulucu, sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere çözümü kendilerinin bulmasına yardımcı olur...”*(Demir, Şamil, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Mevzuatı, Ankara 2014, s. 11; Bkz. Kanundaki aynı tanım 26.01.2013 Tarih 28540 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin 4. maddesinin 1. fıkrasının b) bendinde de bulunmaktadır.

²⁴ **Raiffa**, Howard, Negotiation Analysis, The Belknap Press of Harvard University Press 2002, s. 318.

Doktrinde arabuluculuğun ne şekilde tanımlanacağı konusunda görüş farklılıkları olup, kabul görmüş tek bir tanım bulunmamaktadır²⁵. Geniş anlamda arabuluculuk, tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla, taraflar arasındaki uyuşmazlığa çözüm bulabilme arayışına ilişkin irâdi bir süreçtir²⁶. Bu irâdililik ilkesinin gereği taraflar, arabuluculuk yöntemine serbest irâdeleri ile başvurabilmekte (zorunlu arabuluculuk istisna olmak üzere²⁷), arabuluculuk sürecini devam ettirebilmekte ve sonlandırabilmektedir²⁸.

Arbuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde kendine özgü bir yöntem olarak kabul edilmektedir. Bu yöntem, devlet yargısı sürecinden ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolu yöntemlerinden farklı prensiplere bağlıdır. Mahkeme yargılamasında, bir uyuşmazlığın çözümünde hâkimin kararına bel bağlanırken, arabuluculuk yönteminde bizzat uyuşmazlığın taraflarının, kendi

²⁵ **Bush**, Robert A.B./**Folger**, Joseph P., The Promise of Mediation, Arabuluculuk ve Getirileri, Çev. Dr. Gamze Sart, Ankara 2013, s. 8.

²⁶ **Goldberg**, Stephen B./**Sander**, Frank E.A./**Rogers**, Nancy H./**Cole**, Sarah Rudolph, Dispute Resolution, Negotiation, Mediation, an Other Processes, Fourth Edition, New York 2003, s. 103; **Briedenbach**, Stefan, Mediation Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Berlin 1995, s. 4; **Bühring-Uhle**, Christian, Arbitration and Mediation in International Business, Designing Procedures for Effective Conflict Management, TheHague-London-Boston 1996, s. 273; **Montada**, Leo/**Kals**, Elisabeth, Mediation: Ein Lehrbuch auf psychologischer Grundlage, Beltz 2007, s. 17; **Henssler**, Martin/**Koch**, Ludwig, Mediation, Anwaltspraxis, Köln 2004, s. 26; **Töpel**, Elisabeth/**Pritz**, Alfred, Mediation in Österreich, Die Kunst der Konsensfindung, Wien 2005, s. 27-28; **von Schlieffen**, Katharina Graf/**Ponchapp**, Reiner/**Rüssel**, Ulrike/**Harms** Torsten, Mediation und Streitbeilegung, Verhandlungstechnik und Rhetorik, Berlin 2006, s. 18; **Haas**, Esther/**Wirz**, Toni, Mediation, Konfliktlösen im Dialog, Zürich 2006, s. 13; **İldır**, s. 88; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 591; **Tanrıver**, Süha, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, c. II, s. 2025; **Kekeç**, s. 23; **Özmumcu**, s. 276; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 26; **Yazıcı-Tıktık**, s. 8; **Akan**, Pınar, Arabuluculuk ve Deniz Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Uygulanması, Ankara 2013, s. 7.

²⁷ Bazı ülkelerde sınırlı konuda belirli uyuşmazlıkların çözümü için, önce arabuluculuk yöntemine başvurma zoruridir. Ülkemizde de, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı gibi, kanun koyucunun yaptığı çalışmalarda, işçi alacağı ve işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurma bir özel dava şartı olarak getirilme çalışmaları sürmektedir. Yine bunun gibi İcra İflas Kanunu tasarısında, belli miktarın altındaki alacakların ilamsız icraya konulmadan önce, arabuluculuya gitme şartı getirilme çalışmaları sürmektedir.

²⁸ **Şahin-Ceylan**, Şule, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009, s. 298.

çözümlerini kendilerinin bulması konusunda sorumluluk almaları söz konusudur. Arabuluculuk yönteminde üçüncü kişi olan arabulucunun karar verme yetkisinin olmaması, arabuluculuğu iki taraflı bir yapıya büründürmüştür. Ancak arabulucuların karar verme yetkilerinin olmaması, elbette onların güçsüz olmaları anlamına gelmez. Arabulucu daha çok arabuluculuk sürecinin başlamasından ve iyi bir şekilde idaresinden sorumludur²⁹.

Arabuluculukta, organik ve şekli anlamda bir yargılama faaliyeti kesinlikle yapılmaz³⁰. Bu nedenle bir arabuluculuk faaliyetinde tahkikat ve yargılama yapılmaz. Arabulucu, bir yargılama faaliyeti olarak tanık dinleyemez, keşif yapamaz ve bilirkişi incelemesi gibi delil inceleme ve değerlendirme faaliyetinde bulunamaz³¹. Arabulucu hâkim veya hakem olmadığından dolayı dahi olsa yargı yetkisi kullanamaz³². Tarafsız arabulucu, tarafları bağlayıcı bir karar vermez. Taraflara tartışabilecekleri ve irdelenebilecekleri çözüm önerilerinde bulunmaz. Onun görevi çözüm sürecini yönetmek ve tarafların kendi çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamaktır³³.

Arabuluculuk yönteminde arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için taraflara uygun anlaşma zeminini hazırlar. Arabulucu bir hâkim, bir hakem ya da uyuşmazlığın bir tarafı gibi değil; bir rehber, bir eğitmen, bir ev sahibi ya da

²⁹ **Hees**, Burkhard, Rechtsgrundlagen der Mediation, in: Haft, Fritjof/Schlieffen, von Grafın Katharina (Hrsg), Handbuch Mediation, München 2009, s. 1074.

³⁰ **Arslan**, Ramazan/**Tanrıver**, Süha, Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001, s. 35.

³¹ Ancak, iradilik ve tarafların egemenliği ilkesinin hâkim olduğu ve yargısal bir faaliyet yapılmayan arabuluculuk sürecinde, tarafların (arabulucunun değil) uyuşmazlık konusu hakkında çözüm seçeneği oluşturmak için uzman getirtmeleri, uyuşmazlık konusu olan somut yer üzerinde inceleme yapmaları veya tanıkların görgüsüne başvurmaları teknik anlamda birer yargısal faaliyet olarak nitelendirilemez. Bkz. Anayasa Mahkemesi 10.07.2013 T. 2012/94 E. 2013/89 K. sayılı kararında “*Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir...*” tespitinde bulunmuştur.

³² **Tanrıver**, Süha, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 651.

³³ **Ortloff**, Karsten-Michael, Richterauftrag und Mediation, in: Breidenbach, Stephan/Henssler Martin (Hrsg), Mediation für Juristen, Köln 1997, s. 114; **Pekcanitez**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, s. 16; **Özbay**, Alternatif, s. 465.

uyuşmazlığın taraflarının sağlıklı iletişim kurması ve onların barışı için çalışan bir başkan gibi davranır. Kırıcı ve yıkıcı söz ve davranışlardan kaınır³⁴. Arabulucu görevini yaparken n yargılardan uzak ve samimi olmalıdır. Kendi iletişiminde sıkıntı yaşayan bir arabulucudan, uyuşmazlığın taraflarının sağlıklı iletişim kurmasına yardımcı olması beklenmez. Arabuluculuğun başarısı, etkin bir arabulucunun seçimine bağlıdır.

Arabuluculuk faaliyetinin amacı, her şartta ve her bedelle bir zm anlaşması sağlamak değildir. Daha çok sonucu açık olarak, tarafların uyuşmazlık konusuyla ilgili kendi kaderlerini kendilerinin belirlemesine ve kendi sorumlulukları içerisinde kendi menfaatlerine uygun karar almasına destek olmaktadır³⁵.

ř 2. ARABULUCULUĞUN TERCİH SEBEPLERİ VE DEVLET YARGISINA GÖRE AVANTAJLARI

Alternatif uyuşmazlık zm yöntemi olarak ortaya çıkan arabuluculuğun, hiç değilse bazı yönlerinin seçenek oluşturması ve karşıtından daha üstün özellikleri olması gerekir ki, alternatif olarak tercih edilsin. Arabuluculuğun uyuşmazlık üzümünde devlet yargısına kıyasla tercih edilmesinin sebebi olan üstünlüklerini ana hatlarıyla aşağıda sıralanacaktır. Bu sıralanacak maddelerin bir kısmını doktrinde bazı yazarlar arabuluculuğun doğuş nedenleri ve amaları³⁶, diğer bir kısım olumlu ynleri³⁷ ve bir kısmı da tercih sebepleri ve faydaları³⁸ başlığı altında ele almıştır.

³⁴ **Riskin**, Leonard, Understanding Mediators, A Gridfort he Perplexed, Negotiation Theory And Strategy, New York 2002, s. 357.

³⁵ **Greger**, Reinhard/**Unberath**, Hannes, Mediationsgesetz, Kommentar, München 2012, Unberath, s. 91; **Glßer**, Ulla, Verfahren; Aufgaben des Mediators, in: Klowait, Jürgen/Glaser Ulla (Hrsg), Medationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014,s. 117.

³⁶ **İldır**, s. 61; **şahin-Ceylan**, s. 176.

³⁷ **Tanrıver**, zellikle Arabuluculuk, s. 158.

³⁸ **zbek**, Alternatif Uyuşmazlık zm 2016, s. 284; **Kekeç**, s. 87; **Kaplan-Güler**, Beyhan, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, İstanbul 2014, s. 53

A. ARABULUCULUĞUN İRÂDİ OLMASI VE MAHKEME YARGISINA BAŞVURMAYI ENGELLEMESİ

Arabuluculuğa hâkim olan en temel ilkelerden irâdilik ilkesi gereği taraflar, arabulucuya başvurma, süreci devam ettirme veya bu süreçten vazgeçme konusunda serbesttirler (HUAK m. 3). Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan ihtiyârilik (gönüllülük) esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir. Arabuluculuk, devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanarak uygulama alanı bulan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir³⁹.

Bir uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk sürecine başvurma, süreci devam ettirip ettirmeme, sürecin sonunda tarafların birbirlerine önerdikleri çözüm önerilerini kabul edip etmeme özgürlükleri, uyuşmazlığın tarafları için cezbedicidir. Tarafların arabuluculuk faaliyetinden diledikleri zaman ayrılıp, mahkeme ya da tahkim yargısına başvurabilmelerinin mümkün olması bir tercih sebebi ve üstünlüktür. Zira taraflar sürecin sonunda bir anlaşmaya varırlar ise, arabuluculuğun aşağıda sayılan faydalarından yararlanmış olacaklar, fakat bir çözümde anlaşamazlar ise yargı yoluna başvurabilmekten de mahrum olmayacaklardır.

B. ARABULUCULUĞUN GİZLİ OLMASI

Arabuluculuk yönteminin tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden birisi de gizlilik ilkesinin uygulanmasıdır. Nitekim taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabulucunun yanında çalışan kişiler ve staj yapanlar, taraflar ve vekilleri, bakanlık ve kurul görevlileri arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde sunulan veya diğer bir şekilde elde edilen bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizlemekle yükümlüdür (HUAK m. 4; HUAKY m. 6). Bu beyan ve belgeler yargı yolunda delil olarak sunulamaz, sunulsa dahi hükme esas alınamaz (HUAK m. 5; HUAKY m. 7). Gizlilik yükümlülüğünün ihlaliyle, bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar

³⁹ RG T. 25 Ocak 2014 S. 28893. Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 T. 2012/94 E. 2013/89 K. sayılı karar gerekçesinden.

görmesine neden olan kişinin, altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılması hüküm altına alınmıştır (HUAK m. 33).

Anayasa'nın 141. maddesinin 1. fıkrası ve HMK m. 28'e göre mahkeme yargılamasının aleni olarak yapılması gerekmektedir. Uyuşmazlık konusunun üçüncü kişilerce bilinmesini istemeyen taraflar için bu bir sıkıntı kaynağıdır. Öyle ki bazen uyuşmazlık konusunun taraflar dışındaki kimselerce bilinecek olması, tarafların yargı yoluna başvurarak uyuşmazlık çözümü istemelerine de engel olabilmektedir. Az ya da çok uyuşmazlık konusunun gizli kalmasını fakat bununla birlikte uyuşmazlık konusunun da çözüme kavuşturulması isteyen taraflar için arabuluculuk büyük bir nimettir.

Gizlilik ilkesinin korunmasında menfaati olanlar bizzat taraflardır. Tarafların, arabuluculuk faaliyeti kapsamında uyuşmazlık konusunu bütün yönleriyle tartışmaları esnasında ortaya çıkabilecek ticari sırların ya da mahrem bilgilerin gizli kalmasını sağlayacak bir yöntemle uyuşmazlıklarını çözmeyi istemeleri, arabuluculuk yönteminin tercih edilme sebebi ve üstünlüğüdür⁴⁰.

C. ARABULUCULUK SÜRECİNDE EGEMENLİĞİN TARAFLARDA OLMASI

Arabuluculuk sürecinde tarafların hâkimiyeti, hukuk ve tahkim yargılamalarındaki tarafların hâkimiyetinden daha baskındır. Arabuluculuk sürecin başlamasına, devamına ve sonlandırılmasına taraflar karar verir. Dolayısıyla arabuluculuk sürecinde hukuk ve tahkim yargılamalarında olduğu gibi tasarruf ilkesi geçerlidir. Bu ilkenin temel prensibi olarak taraflar veya taraflardan her biri, her zaman süreci sonlandırmak suretiyle mahkeme veya tahkim yargılamasına başvurma hakkına sahiptir⁴¹. Tasarruf ilkesine göre, irâdi olarak açılan bir davada taraflar feragat, kabul veya sulh yoluyla yargılamanın tamamını veya bir kısmını, iradi olarak sona erdirmek hakkına sahiptir. Benzer ancak çok daha güçlü şekilde, arabuluculukta da taraflar, uyuşmazlık konusu hakkında arabuluculuk yöntemine başvurmakta,

⁴⁰ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 291.

⁴¹ Hees, Handbuch Mediation, s. 1076.

arabulucuları seçmekte, arabuluculuk sürecinde kullanılacak usûlü seçmekte, süreci devam ettirmekte, sürecin sonunda arabulucu tarafından düzenlenen tutanağa faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına karar vermekte, sürecin sonunda bir anlaşmaya varıp varmamakta serbesttir. Tarafların egemenliği ilkesi, tasarruf ilkesinden çok daha geniş kapsamlı olup, arabuluculukta tarafların egemenliği ve hâkimiyeti, mahkeme yargısındaki tarafların durumuna göre çok daha üst seviyededir. Taraflar sadece sürece başlama, devam ve sonlandırmada değil, süreci şekillendirmede ve çözüm anlaşmasında da tek söz sahibidir.

Nitekim HUAK m. 2 f. 1/b deki arabuluculuğun tanımında, m. 3 f. 1'deki “*iradi olma ve eşitlik*” başlıklı maddeden ve madde gerekçelerinden, arabuluculukta egemenliğin taraflarda olduğu ve her şeyin tarafların irâdesine bağlı olduğu açıkça görülmektedir⁴². Bununla birlikte, tarafların egemenliği ilkesi HUAK m. 13 f. 1⁴³, m. 14⁴⁴, m. 15 f. 2⁴⁵, m. 17 f. 1-3⁴⁶, m. 18 f.1⁴⁷ düzenlemeleriyle açıkça desteklenmiştir⁴⁸.

⁴² HUAK m. 3 f. 1'de “*Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçme konusunda serbesttirler.*” hükmü ile irâdilik ilkesi kanunda, arabuluculuğun temel bir ilkesi olarak yerini almıştır.

⁴³ “*Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler.*”

⁴⁴ “*Başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir.*”

⁴⁵ “*Taraflar emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler.*”

⁴⁶ “*(1) Aşağıda belirtilen hallerde arabuluculuk faaliyeti sona erer:*

Tarafların anlaşmaya varması.

Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi.

Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi.

Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi...

(3) Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir.”

⁴⁷ “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir*”

⁴⁸ Benzer şekilde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUAKEY) m. 19 f. 5 de “*Arabulucu, sürecin yürütülmesi sırasında, taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz; bir çözüm önerisi ya da öneriler katalogu geliştirip, bunu onlara empoze edemeyeceği gibi,*

Mahkeme yargısında, hâkim uyuşmazlık hakkındaki son ve emredici kararı, taleple bağıllık ilkesi çerçevesinde, tarafların ileri sürdüğü delillere göre objektif hukuk kurallarına dayanarak verir. Dolayısıyla yargıda tarafların bu noktadaki egemenlikleri dolaylı ve sınırlıdır. Arabuluculukta ise, arabulucu uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir karar vermez. Çözümü taraflar üretir. Taraflar, bu çözüm anlaşmasında delillere ve uyuşmazlık konusunun içeriğine ilişkin hukuk kuralına dayanmak zorunda değildirler. Arabuluculuk yargılama olmadığı için bir yargılama usûlüne uymaları da gerekmez. Bu nedenlerle kontrol ve egemenlik tamamen taraflardadır⁴⁹.

D. ARABULUCULUĞUN BASİT, KOLAY VE HIZLI VE HIZLI BİR YÖNTEM OLMASI

Bir hukuk devletinde, etkin hukuki korumanın gerçekleştirilebilmesi için öncelikle, hak arama sürecinin, azami verimlilikle ve mâkul bir zaman dilimi içerisinde tamamlanması zaruridir⁵⁰. Dolayısıyla geciken bir hukuki koruma, hukuki koruma kavramının niteliği ile bağdaşmaz⁵¹.

Yargının etkinliğinin sağlanabilmesi ve yargıya olan inancın korunabilmesi; yargılamanın basit, çabuk ve en az masrafla gerçekleştirilmesine bağlıdır⁵². Bu bağlamda Anayasa'nın 141. maddesinin 4. fıkrası usûl ekonomisi ilkesinin⁵³

müzakereler sırasında geliştirilen bir çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için de onları zorlayamaz. Ancak taraflardan birisinin, uyuşmazlığın çözümü bağlamında, sunmuş olduğu bir önerinin, arabulucu tarafından, diğer tarafa iletilmesi ve onun bu konudaki beyanının alınması bu kapsamda mütalaa edilemez.” hükmü yer almaktadır.

⁴⁹ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 289; **Kekeç**, s. 91.

⁵⁰ **Akkan**, Mine, Medeni Usûl Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, MİHDER, 2007/I, S.6, s. 29-68.

⁵¹ **Alangoya**, Yavuz, Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesi Toplamasındaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, Yavuz Alangoya Makaleler, İstanbul 2012, s. 283-331; **Rüzgaresen**, Cumhuriyet, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013, s.176.

⁵² **Tanrıver**, Süha, Hukuk Yargısının Temel Sorunları ve Bu Bağlamda Alınması Gereken Temel Önlemler, Makalelerim II, 2006-2010, Ankara 2011, s. 115.

⁵³ Usûl ekonomisi ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz. **Kuru**, Baki, Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler, İBD., 1984/4-6, s. 166-186; **Öztek**, Selçuk, Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılama, Aksaklıklar-Çözüm Önerileri, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, 1996/10, s. 494-501; **Özbek**, Mustafa, Sosyal Devletin

uygulanmasını devlete, HMK m.30 ise hâkime bir görev olarak yüklemiştir. Günümüzde yargının en temel problemi, mahkemelerin ağır iş yükü altında bulunmaları sebebiyle verimli bir biçimde çalışamamaları ve bu sebeple adalet dağıtım işinin gecikmesidir.

Oysa arabuluculuk yönteminde uyuşmazlığın niteliğine ve taraflarına göre, arabuluculuk oturumlarının başlamasıyla bazen birkaç saatte, bazen birkaç günde uyuşmazlık çözümlenebilmektedir. Uygulamadaki tecrübeler, bu sürenin bir haftadan daha fazla uzamasının uyuşmazlık çözüm ihtimalinin giderek azaldığının bir işareti olduğunu göstermektedir. Nitekim “*Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi*” başlıklı HUAK m. 15 f. 3’deki “*Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu, uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür.*” hükmüne göre arabuluculuk süreci yürütülmekte ve tamamlanmaktadır. Buna göre arabulucu, öncelikle uyuşmazlığın niteliği ve tarafların bu konudaki isteklerini dikkate alarak uyuşmazlığın kolay ve çabuk çözümünü sağlayacak bir yol izleyecektir⁵⁴.

E. ARABULUCULUĞUN DAHA AZ MASRAFLI OLMASI

Yargılamanın etkin bir şekilde yürütülmesinde, usûl ekonomisi ilkesinin uygulanmasına ilave olarak, mümkün olduğu kadar az masrafla uyuşmazlığın çözümü ve adalete erişimin sağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda uyuşmazlıkların çözümünde dava öncesinde veya davanın görülmesi sırasında daha az masraflı olan

Gereği: Adalete Erişim, MİHDER, 2006/2, s. 907-927; **Özbek**, Mustafa, Adalete Ulaşmanın İyileştirilmesi ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne Yöneliş, Hukuk Merceği 7, Konferans ve Paneller, Ankara Barosu 2007, s. 379-384; **Pekcanitez**, Hakan, Medeni Yargıda Adil Yargılama, İz.BD, 1997/2, s. 35-55; **Pekcanitez**, Hakan, Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayınları, İzmir 2000, s. 51-74; **Rüzgaresen**, s. 27 vd.; **Tanrıver**, Süha, Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılama Hakkı, Makalelerim I, Ankara 2005, s. 211-236; **Ulukapı**, Ömer, Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hâkim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi, SÜHFD, 1998/1-2, s. 713-732; **Yılmaz**, Ejder, Usul Ekonomisi, AÜHFD., 2008/1, s. 243-274; **Yılmaz**, Ejder, Aksak Adaletten İşleyen Adalete, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, 1996/10, s. 470-493.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 T. 2012/94 E. 2013/89 K. sayılı karar gerekçesinden. RG 25 Ocak 2014 T. 28893 S. <http://www.resmigazete.gov.tr> (s.e. 1.4.2016).

alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ulaşılabilme imkânı sağlanmalıdır⁵⁵. Nitekim HMK. m. 140 f. 2’de “*Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulha veya arabuluculuğa teşvik eder, bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder.*” hükmü ile HUAK m. 15 f. 5 “*Dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri halinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir.*” hükümleriyle uyuşmazlığın taraflarına bu imkân sağlanmıştır.

Arabuluculuk, mahkeme yargısına kıyasla daha az masraflıdır. Mahkeme yargısında uyuşmazlığın konusunun para veya parayla ölçülebilir olduğu hallerde alınacak nispi harç miktarı binde 68,31 dir. Bunun dörtde biri davacıdan peşinen alınmakta, tamamı kaybeden tarafa yüklenmektedir. Arabuluculuk da böyle bir harç söz konusu değildir. HUAK m. 18 f. 3’e göre eğer mahkemeden icra edilebilirlik şerhi talep edilecekse alınacak harç nispi olmayıp maktu harçtır. Aynı şekilde mahkemenin bu yönde verdiği karara karşı istinaf yoluna gidilmesi halinde maktu harç alınacaktır. Taraflar uyuşmazlık çözüm anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verilmeden başka bir resmi işlemde kullanmak isterlerse damga vergisi dahi maktu alınacağı hüküm altına alınmıştır⁵⁶. Maktu harç miktarları, nispi harç ile kıyaslandığında çok daha düşüktür⁵⁷

⁵⁵ **Gottwald**, Peter, Medeni Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz, Çev. Sema Taşpınar, AÜHFD 2002/1, s. 4; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 284; **Kekeç**, s. 89.

⁵⁶ HUAK m. 18 f. 3 “*İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılabilir. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ve bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi halinde, maktu harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmi işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır.*” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

⁵⁷ Harç miktarlarını kıyaslamak için bkz. RG T. 27 Aralık 2016 S. 29931, <http://www.verginet.net/dtt/11/Vergi-Sirkuleri-2017-10.aspx> (s.e. 10.01.2017).

Mahkeme yargısında uyuşmazlık konusu parayla ölçülebiliyorsa vekâlet ücreti, avukatlık asgari ücret tarifesinin daha üstünde bir anlaşma taraf ve avukat arasında yapılmaz ise, avukatlık asgari ücret tarifesine göre uyuşmazlık konusu değerini kademeli olarak %12'sinden başlamakta ve kademeli olarak azalmaktadır. Üstelik davayı kaybeden taraf bir o kadar da karşı taraf vekiline ödemek zorunda kalmaktadır. Ayrıca davayı kazanan taraf ilâmı alır almaz ihtiyati haciz alarak ilâmı icraya koymakta ve kaybeden taraf üzerine bir de icradan dolayı üçüncü kez vekâlet ücreti ödemek durumunda bırakılmaktadır. Nihayetinde davayı kaybeden taraf biri kendi vekiline, ikisi karşı taraf vekiline olmak üzere toplamda uyuşmazlık konusunun değerinin %36' sına karşılık gelen kısmını kademeli vekâlet ücreti olarak ödemek zorunda kalmaktadır. Arabuluculuk yönteminde ise taraflar avukat bulundurmadıkları takdirde, arabulucuya asgari ücret tarifesince uyuşmazlık konusu para veya parayla ölçülebilir olması halinde bir taraf anlaşmaya varılan miktarın sadece %3'ünü arabuluculuk ücreti olarak ödemektedir. Eğer avukatlarıyla birlikte arabuluculuk sürecine katılıyorsa kademeli olarak %12'den başlayan ücreti de ilave ettiğimizde toplamda bir taraf en fazla %15 oranında kademeli avukatlık ve arabuluculuk ücreti ödemek durumunda kalmaktadır. Benzer şekilde uyuşmazlığın konusu parayla ölçülemeyen bir konu olması durumunda dahi asgari maktu avukatlık ücretleri, asgari maktu arabuluculuk ücretinden yüksektir.

Arabuluculuk yöntemi, mahkeme yargısına nazaran daha hızlı olduğu gibi daha az masraflıdır. Nitekim arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmadığından, bir yargılama faaliyetinde yapılabilen keşif, bilirkişi incelemesi, tanık dinleme gibi masrafların artmasına neden olan yargılama işlemlerinden kaynaklanan giderler arabuluculukta bulunmaz (HUAK m. 14 f. 4)⁵⁸.

⁵⁸ HUAK m. 14 f. 4 “*Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz.*”

www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf.
(s.e. 18.01.2016).

F. ARABULUCU SEÇİMİNİN SERBEST OLMASI VE UZMAN KİŞİLERİN SEÇİLEBİLMESİ

Mahkeme yargısında uyuşmazlık çözüm yeri mahkemesi, uyuşmazlığın konusu ve tarafların durumuna göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetki ve görevle ilişkin kurallarına göre belirlenir. Dolayısıyla tarafların hâkimi seçme imkânları yoktur. HMK. m. 17'ye göre, taraflar tacir veya kamu tüzel kişileri olarak münhasır yetki sözleşmesi yapabilseler dahi yine de o yetkili yargı çevresinde fazla sayıda mahkeme ve hâkim olduğundan uyuşmazlıklarının hangi mahkemeye ve hâkime düşeceğini bilemezler. Davaya bakan hâkimin, uyuşmazlık konusu hakkında uzman olması genel olarak aranan ve bulunabilen bir özellik değildir.

Arabuluculuk yönteminde ise uyuşmazlık konusunun tarafları, uyuşmazlık konusuna göre arabuluculuk siciline kayıtlı, alanında uzman bir arabulucuyu seçme imkânına sahiptirler. Bu durumda arabulucu uzmanlığıyla bir karar vermeyecek, ancak uzman olduğu uyuşmazlık konusunda tarafların kendi çözümlerini bulmalarını kolaylaştıracaktır. Arabuluculuk mevzuatımız menfaat temelli pasif arabuluculuk yaklaşımını benimseyerek, arabulucunun uyuşmazlık konusu hakkında uzman olmasının uyuşmazlık çözümüne sağlayabileceği katkıyı da esasen sınırlandırmıştır. Çünkü arabulucu uzmanlık alanıyla ilgili olsa dahi, uyuşmazlık konusu hakkında çözüm önerisi geliştirip taraflara empoze edemez⁵⁹. Buna karşılık hak temelli aktif arabuluculuk yaklaşımında, arabulucunun çözüm önerisi sunma ve uyuşmazlık konusunun içeriği hakkındaki tarafları bilgilendirme avantajları düşünüldüğünde⁶⁰, arabulucunun uzmanlığının daha ön planda tutulacağı ve uzman arabulucunun uyuşmazlık çözümüne daha fazla katkı sağlayacağı açıktır.

⁵⁹ HUAK m. 2'nin hükümet gerekçesinden.

www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf.
(s.e. 18.01.2016)

⁶⁰ von Schlieffen/Ponchap/Rüssel/Harms, s. 26.

G. ARABULUCULUK SÜRECİNİN ESNEK OLMASI

Mahkeme yargılamasında uyuşmazlıklar, yazılı⁶¹ veya basit yargılama⁶² usûlünün tatbikiyle ve HMK da yer alan diğer usûl kuralların çizdiği çerçevede hâkim tarafından karara bağlanarak çözümlenir. Burada şekli usûl kurallarının dışına çıkılamaz. Mahkeme yargısı uyuşmazlığın konusuna, niteliğine, taraflarına bakmaksızın bütün uyuşmazlıklar için tek tip bir usûl öngörür ve onu uygular. Bütün uyuşmazlıklara aynı ve tek ölçüdeki usûl elbisesi giydirilir. Ancak bu elbise kimine dar gelir, kimine bol olur ve uymayabilir. Üstelik sıkıntı sadece ölçüde değildir. Hep takım elbise giymek zorundasınızdır. Bir seferde şöyle rahat bir spor kıyafet giyeyim diyemezsiniz. Mahkeme yargılamasında gerek usûlü (takım elbiseyi), gerekse usûldeki ölçüyü (takım elbisenin ölçüsünü) değiştirme imkânınız yoktur.

Arabuluculuktaki esneklik en başında tarafların istedikleri arabulucuyu seçebilmekle başlar. İrâdilik ve tarafların egemenliği ilkesi tarafları sürecin tek hâkimi kılar. HUAK m. 15 f. 2 de “*Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler.*” hükmü tarafların kendi usûllerini kendilerinin serbestçe takdir ve tayin edeceğini belirtir. Madde gerekçesinde, “*Arabuluculuk, niteliği gereği esnek bir yapıya sahiptir. Bu sebeple katı ve sıkı kurallara bağlı değildir. Bunun sonucu olarak da taraflar, arabuluculuk faaliyetinin nasıl yürütüleceğini ve izlenecek usulü serbestçe kararlaştırabilir.*” şeklinde kaleme alınmıştır. Burada bir benzetme yapmak gerekirse, taraflar giyilecek elbise ölçüsünü ve hangi tip elbise giyeceklerini diledikleri gibi kararlaştırabilir. Hatta gerekli görmüyorlarsa elbise dahi giymeyebilirler. Burada sadece emredici hukuk kurallarına aykırı davranmamaları sınırına riayet ederler. Şekle tabi olmayan bir sıra ve ortam, taraflar arasında anlaşma için ihtiyaç olan etkili bir iletişimi sağlar⁶³.

⁶¹ Yazılı Yargılama Usûlü için bkz. HMK m. 118-186.

⁶² Basit Yargılama Usûlü için bkz. HMK m. 316-322.

⁶³ **Goldsmith**, Jean Claude, Report by the Working group on Means of Alternative Dispute Resolution, Alternative Dispute Resolution in Europe, Paris 1995, s. 4; **İldır**, s. 63.

HUAK m. 15 f. 3 de “*Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür.*” hükmü ile taraflarca uygulanacak usûlün kararlaştırılmaması halinde, arabulucuya da benzer esneklik tanınmıştır. Arabulucu tarafların istekleri ve arabuluculuk mevzuatının çizdiği sınır çerçevesinde bu esneklikle arabuluculuk sürecini sevk ve idare eder.

H. DAVADA İLERİ SÜRÜLMEMİŞ KONULARIN VEYA DAVAYA KATILMAMIŞ TARAFLARIN ÇÖZÜM ANLAŞMASINA DÂHİL EDİLEBİLMESİ

Arabuluculuktaki taraf kavramının, davalardaki taraf kavramından daha geniş yorumlanması gerekmektedir. Bir uyuşmazlık konusu hakkındaki davanın taraflarından, aynı uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözüme kavuşturulmasında yer alan taraflar daha çok sayıda olabilir. Örneğin çevrenin korunmasıyla ilgili bir uyuşmazlıkta, vatandaşlardan oluşan bir hareketin tarafları da çözüm anlaşmasının tarafı olabilir⁶⁴.

Bir dava konusu uyuşmazlığın, arabuluculuk yöntemiyle çözümünde, davada davacı ve davalı olarak yer alabilen taraflardan daha fazla taraf arabuluculuk sürecinde taraf olabilir ve davada hiç ileri sürülmemiş uyuşmazlık konuları da uyuşmazlık çözüm anlaşmasında çözüme kavuşturulabilir. Arabuluculukta, HMK hükümlerinin taraflara ilişkin veya iddia ve savunmanın genişletilmesiyle ilgili sınırlandırmaları uygulama alanı bulmaz. Bu serbestlik, arabuluculuk yöntemini dava yoluyla uyuşmazlık çözümünden daha avantajlı kılmaktadır.

⁶⁴Horstmeier, s. 19.

İ. UYUŞMAZLIĞIN HAK TEMELİYLE SINIRLI EMREDİCİ NİTELİKTE HÂKİM KARARIYLA DEĞİL, MENFAAT TEMELLİ OLARAK TARAFLARCA ANLAŞMA YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ

Mahkeme yargısında hâkim, tarafların yargılama usûlündeki hâkimiyetlerini gösteren, tasarruf (HMK m. 24), taraflarca getirilme (HMK m. 25) ve taleple bağlılık ilkelerini de (HMK m. 26) gözeterek, tarafların mahkemeye taşıdıkları uyuşmazlık konusunun çözümü hakkında, Türk hukukunu uygulayarak resen bir karar verir⁶⁵. Hâkim uyuşmazlık hakkındaki son ve emredici kararı, objektif hukuk kurallarına dayanarak verir. Bu kararı verirken tarafların menfaatlerini, kararı benimseyip benimsemeyeceklerini ve taraflar arasındaki husumetin bitip bitmeyeceğini dikkate almaz. Bu durumda karar hukuki olabilir ancak taraflar için tatmin edici olmayabilir.

Arabuluculuk yönteminde ise taraflar, taraf egemenliğinin bir sonucu olarak birlikte temel çıkarlarının ne olduğunu araştırıp, yaratıcı ve yenilikçi çözümler bulabilirler⁶⁶. Arabuluculukla uyuşmazlık çözümünde, kazan ya da kaybet mantığına göre değil, uyuşmazlığı ortaya çıkaran problemlere yaratıcı ve etkili çözümler bulunmasıyla, taraflar arasındaki dengesizliğin sonlandırılması ve var olan ilişkinin barış ve adaletle sürdürülmesi hedeflenmektedir⁶⁷. Bu hedef “*kazan-kazan (win-win)*” formülüyle ifade edilmektedir. Taraflar kendi çözümlerini kendileri bulduğu için, arabuluculuk kaybedeni olmayan bir çözüm yöntemidir⁶⁸.

⁶⁵ HMK m. 33 “*Hâkim, Türk hukukunu re’sen uygular*” hükmünü içerir. Madde gerekçesi “*Maddedeki ‘Türk hukuku’ terimi, kanunların yanı sıra mevzuat ile örf ve adet hukukunu ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu uluslar arası sözleşmeleri de kapsamaktadır...*” şeklinde olup, Türk hukuku teriminin kapsama alanını belirtmiştir.

www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf.
(s.e. 18.01.2016)

⁶⁶ İldır, s. 62; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 289.

⁶⁷ Şahin-Ceylan, s. 182.

⁶⁸ HUAK m. 2’nin arabuluculuk tanımının hükümet gerekçesi “*...Bir başka ifade ile arabulucu uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerisinde bulunamaz. Arabulucu, sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere çözümü kendilerinin bulmasına yardımcı olur. Diğer*

Arabuluculuk faaliyetinin sonunda uyuşmazlık konusu hakkında taraflarca bir çözüm anlaşmasına varılması halinde, bu çözüm bir arabulucu kararı olmayıp, bir taraf anlaşmasıdır. Elbette taraflar kendilerinin ürettiği çözümden daha çok tatmin olacaklardır. Taraflar kanunun tanıdığı haklar yerine, menfaatleri üzerinde yoğunlaşarak, uyuşmazlıklarını menfaat temelli olarak anlaşmayla çözerler.

J. ÇÖZÜM ANLAŞMASI BELGESİNE İCRA EDİLABİLİRLİK ŞERHİ VERİLMESİYLE İLÂM NİTELİĞİNDE BELGE SAYILMASI

Arabuluculuk faaliyetinin sonunda taraflarca varılan çözüm anlaşması, bir anlaşma olmasına rağmen, bununla birlikte mahkemeden alınmış bir karar gibi yaptırım gücüne sahip olabilmektedir. Nitekim HUAK m. 18 f. 2 “*Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler... Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır*” hükmünü içerir⁶⁹.

HUAK m. 18 f. 3 hükmü ile icra edilebilirlik şerhini verecek hâkimin, inceleme kapsamının sınırları çizilmiştir⁷⁰. Buna göre hâkim sadece çözüm

bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler; o haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun bir şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır...Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir.” şeklindedir.

⁶⁹ Maddenin hükümet gerekçesinde “İkinci fıkrada anlaşma belgesinin etkisi düzenlenmiştir. Taraflar varılan anlaşmayı mevcut haliyle uygulamak isterlerse arabuluculuk sonunda düzenlenen belge genel hükümlere tâbi olacaktır. Ancak bu belgeye ilam niteliği kazandırılmak isteniyorsa icra edilebilirlik şerhi verilmesi gerekecektir...”.

www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf.
(s.e. 18.01.2016).

⁷⁰ HUAK m. 18 f. 3 “İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılabilir. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ve bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi halinde, maktu harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmi işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

anlaşmasının arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığına bakacaktır. Bununla birlikte emredici hukuk kurallarına ve kamu düzenine aykırılıkları da resen göz önünde bulunduracaktır⁷¹.

K. UYUŞMAZLIK TARAFLARININ İLİŞKİLERİNİN KORUNMASINA VE GELECEKTE DEVAMINA İMKÂN VERMESİ

Mahkeme yargısı, uyuşmazlık çözümünde taraflar arasındaki ilişkilerin devamını düşünmez ve genel olarak bu süreç tarafları yıprattığından ilişkilerin korunması ve devamı imkânını zedeler. Çünkü yargılamanın taraflar açısından kazananı ve kaybedeni olacaktır. Üstelik yargılama süreci uzun ve yıpratıcıdır. Bazen verilen kararı her iki tarafta kendisi için bir kazanç olarak görmeyebilir. Husumet esasına dayalı olan yargı yolunda, hukukçuların belirledikleri stratejilerle, taraflar, bir kazan kaybet savaşını benimsemek zorunda kalırlar⁷².

Arabuluculuk, taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çok kısa sürede sonuçlandıran, daha dostça ve daha çok işbirliğine dayalı bir ortamda yürütülen bir faaliyettir. Bu yöntemde taraflar yüz yüze görüşerek kendi çözümlerini kendileri üretme fırsatı elde ederler. Adı üstünde dostane bir çözüm yöntemi olan arabuluculuk ile taraflar buldukları çözüm neticesinde helalleşerek ayrılabilmekte ve bu uyuşmazlık çözüm yöntemi mevcut ticari ve sosyal ilişkilerinin devamını da mümkün kılmaktadır. Arabuluculuk süreci, taraflar arasındaki ilişkilere gereksiz yere zarar vermemekte, hatta bu ilişkilere onarıcı yönde katkı da sağlayabilmektedir⁷³.

L. ARABULUCULUĞUN TOPLUMDAKİ SOSYAL BARIŞI, UZLAŞMA KÜLTÜRÜNÜ SAĞLAMASI VE MAHKEMELERİN YÜKÜNÜ AZALTMASI

Arabuluculuk kültürünün topluma yerleşmesinin, toplumdaki sosyal barışa ve uzlaşma kültürüne katkısı bakımından eğitici ve önemli bir rolü vardır. HUAK genel gerekçesi, “*Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümünü yerine, tarafların kendi iradeleri*

⁷¹ Anayasa Mahkemesi 10.07.2013 T. 2012/94 E. 2013/89 K. sayılı kararı.

⁷² İldır, s. 62.

⁷³ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 297.

ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılmaktadır. Bu yolların geniş kapsamlı ve etkin bir biçimde işlerlik kazanması mahkemelerin iş yükünün azalmasına katkı sağlayacaktır” şeklinde kaleme alınmıştır. Arabuluculuk kültürü yaygın olan ülkelerde, uyuşmazlıkların önemli bir kısmının bu dostane çözüm yöntemiyle çözülerek mahkemelerin yükünü de ciddi oranda aldıkları görülmektedir⁷⁴. Bu yük alma, devlete ekonomik olarak ve sosyal barışa katkı anlamında ciddi faydalar sağlamaktadır. Bu yönü itibariyle arabuluculuk bir devlet politikası olarak özendirilmektedir⁷⁵.

Anayasa Mahkememiz 10.07.2013 Tarih 2012/94 E. 2013/89 K. sayılı kararında “*Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen ‘‘Alternatif’’ terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemeleri hâlinde işlerlik kazanan, esas itibariyle ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür.*” gerekçesiyle arabuluculuğun dostane ve her iki tarafı da tatmin etmeyi hedefleyen bir çözüm yöntemi olduğunun tespitini yapmıştır.

§ 3. ARABULUCULUĞUN BAŞARILI OLMASININ ÖNÜNDEKİ ENGELLER

Doktrinde arabuluculuğun olumlu yönlerinin yanında, birkaç maddeden oluşan olumsuz yönlerinin olduğu da ileri sürülmüştür⁷⁶. Bu ileri sürülen maddelere bakıldığında eleştiriler, genelde yöntemin bizihi kendisine değil, arabuluculuğun

⁷⁴ Bkz. Aşağıda “*Arabuluculuğun Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri ve Gelişimi*” başlığı altındaki açıklamalar.

⁷⁵ HUAK Genel Gerekçesi “... Arabuluculuğun özendirilmesi için tarafların imzaladıkları anlaşma belgesinin maktu damga vergisi ve harca tâbi olması kabul edilmiştir...” şeklinde kaleme alınmıştır. www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf. (s.e. 18.01.2016).

⁷⁶ **Tanrıver**, Özellikle Arabuluculuk, s. 172; **Akan**, s. 37.

kötü uygulanmasına ve arabuluculuk yöntemini kullananların sınırlı olmasına ilişkindir.

Arabuluculuğun olumsuz yönleri olarak, uzlaşma kültürünün oluşmadığı toplumlarda arabuluculuk yönteminin işlerlik kazanmasının mümkün olmayacağı, taraflardan birinin istememesi halinde arabuluculuk yönteminden sonuç alınamayacağı, arabulucuların yetersizliğinin arabuluculuk faaliyetinin tamamlanmasına engel olacağı ve bu yöneme şüpheyile yaklaşılabileceği, arabulucuların mesleki sorumluluk sigortasının bulunmamasının bu yöneme başvuruyu önleyici etkisi olacağı, taraflar arasındaki mali durumdaki dengesizliğin mali durumu zayıf olan aleyhine olacak şekilde çözüm anlaşmalarının yapılabileceği ve arabuluculuk yönteminin uyuşmazlığın çözümünde oynayacağı rolün sınırlı kalacağına ilişkin tespitler yapılmıştır⁷⁷. Arabuluculuk yönteminin iyi uygulanmamasının ve sınırlı kullanımının, arabuluculuğun olumsuz yönü olarak değerlendirilmesi yerinde değildir. Ancak yapılan bu tespitleri iyi ve başarılı bir arabuluculuk faaliyetinin önündeki engeller ve iyi bir arabuluculuk faaliyeti için dikkate alınması gereken unsurlar olarak değerlendirilebilir.

Arabuluculuk yönteminin kötüye kullanımına açık olan yönlerinin, tarafların yeterince aydınlatılması ve iyi bir arabuluculuk faaliyetiyle aşılması mümkündür. Uzlaşma kültürünün arabuluculuk uygulama örnekleri çoğaldıkça daha kuvvetleneceği açıktır. Özellikle taraflar arasındaki güç dengesizliğinden kaynaklı bir tarafın açıkça aleyhine olduğu anlaşılan çözüm anlaşmalarında arabulucu, HUAK m. 17 f. 3 de geçen “*Arabulucu bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar*” hükmünü geniş yorumlayarak, tarafları danışman hukukçulardan fikir ve destek alabilecekleri yönünde aydınlatmalıdır. Bu maddeyi destekleyen Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları Mart-2013⁷⁸, m. (8.6) “*Ancak, arabulucu,*

⁷⁷ Bu ve benzeri tespitleri iyi bir arabuluculuk faaliyetinin önündeki engeller olarak nitelendirmek daha doğrudur. Bu engellerin derecesi, arabuluculuk yönteminde hangi arabuluculuk yaklaşım tarzının benimsenmiş olmasıyla da ilgilidir. ADR Önündeki Engeller için bkz. **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 332-340; **Tanrıver**, Özellikle Arabuluculuk, s. 172.

⁷⁸ HUAK. m. 32 f. 1 a) bendi “*Arabuluculuk hizmetlerine ilişkin temel ilkeler ile arabuluculuk meslek kurallarını belirlemek*” görevini, Arabuluculuk Kurulu’nun görevleri arasında saymıştır.

uygun gördüğünde, taraflara uyuşmazlıklarını tahkim, danışmanlık, tarafsız değerlendirme veya diğer uyuşmazlık yöntemleriyle çözmeyi düşünmelerini önerebilir” hükmünü içermektedir⁷⁹. Bu hükümlere ve özellikle arabuluculuğun dayandığı temel ilkelerden irâdilik, eşitlik ve aydınlatma ilkelerine ve arabulucunun özen gösterme borcuna dayanarak arabulucu, gerekli görmesi halinde arabuluculuk sürecini sonlandırabilecektir. Arabuluculuk yaklaşım şekillerinden değerlendirci arabuluculuğun⁸⁰ kısmen veya tamamen arabuluculuk yönteminde uygulanabilirliğinin sağlanmasıyla da, özellikle güç dengesizliği engelinin minimize edilmesi mümkündür.

§ 4. ARABULUCULUĞUN DİĞER ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

Alternatif uyuşmazlık çözümü adı altında, arabuluculuk yöntemi ve arabuluculuk yöntemine benzeyen ve benzemeyen değişik uyuşmazlık çözüm yöntemleri bulunmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözümü ile arabuluculuk genellikle aynı anlamda kullanılmaktadır. Ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, arabuluculuktan çok daha geniş bir alanı kapsar⁸¹. Arabuluculuğun diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle karşılaştırılmasını, karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda olmak üzere iki başlık altında incelemenin daha sistematik ve yerinde olacağını düşündük. Zira karşılaştırmalı hukuklarda bulunan ve uygulanan arabuluculuğa benzer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bazıları hukukumuzda bulunmadığı gibi, aynı ismi taşıyan yöntemlerin de içeriğinin farklı olabildiği görülmektedir. Özellikle Amerikan hukukunda bulunan bazı uyuşmazlık çözüm yöntemleri, sadece Türk hukukunda değil, Kıta Avrupası hukuklarında da bulunmamaktadır.

Arabuluculuk Kurulu da, bu yetkisine binaen, başta Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları olmak üzere, diğer modern ülkelerin etik ve uygulama kurallarını dikkate alarak Mart 2013 tarihli Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları başlığı altında arabuluculuk meslek kurallarını belirlemiştir.

⁷⁹ www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html (s.e. 28.01.2016).

⁸⁰ Bkz. Aşağıda Bölüm II, “Kolaylaştırıcı Arabuluculuk-Değerlendirici Arabuluculuk Ayrımı”.

⁸¹ Horstmeier, s. 129.

A. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DİĞER ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Karşılaştırmalı hukukta, Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin içerisinde arabuluculuktan başka başlıca uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak, müzakere (neogation), uzlaştırma (conciliation), tahkim (arbitration), arabuluculuk-tahkim (med-arb), tahkim-arabuluculuk (arb-med), mini yargılama (mini trial), kısa jüri yargılaması (summary jury trial), yargıç kiralama (rent a judge), tarafsız ön değerlendirme (early neutral evaluation), son teklif (last offer), yüksek-alçak tahkim (high-low arbitration), hüküm (adjudikation), kamu denetçisi (ombudsman), Michigan arabuluculuğu (Michigan mediation), vakıaların saptanması (fact finding), uzlaştırma konferansı (settlement conference) ve online uyuşmazlık çözümü (online dispute resolution-ODR) sayılabilir. Ancak bu sayılan yöntemler, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tamamını kapsamaz.

I. Müzakere (Neogation)

Ortaya çıkan uyuşmazlıklarda ideal olan, üçüncü kişinin müdahalesi olmadan tarafların uyuşmazlıklarını doğrudan ve yapıcı olarak kendilerinin çözmeleridir. Arabuluculuk yönteminin aksine, müzakere yoluyla bir uyuşmazlığın çözümünde, üçüncü kişi (arabulucu) aracılığı olmadan uyuşmazlık taraflar arasında çözüm amaçlı tartışılır. Müzakereye katılım gönüllüdür ve müzakere süreci üzerinde taraflar tam kontrol sahibidir. Çünkü müzakere sürecinde taraflar dışında bir yönetici üçüncü kişi veya karar verici otorite yoktur. Taraflar, müzakere sürecinin yürütülmesinde ve alınacak kararlarda tek söz sahibidir⁸².

Müzakere, tarafların birlikte bir sonuca varmak için, tartışma ve ikna yoluyla karşılıklı kabul edilebilir bir çözüme ulaşmaya çalıştıkları bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁸³. Müzakere, özel bir anlaşmazlığın gerçek bir uyuşmazlığa dönüşmesini engelleyen bir yöntem olarak da tanımlanmıştır. Müzakere yöntemi, sadece bir

⁸² Montada/Kals, s. 23; Horstmeier, s. 119-120.

⁸³ Kekeç, s. 44.

anlaşmayı değil müşterek karar verme ve hareket etmeyi de amaçladığından bir sonucu değil, dinamik bir süreci ifade eder⁸⁴.

Müzakerelere genellikle taraflar bizzat katılıp avukatları katılmaz. Avukatların da katıldığı müzakereler “*uzlaşma müzakeresi (settlement negotiation)*”⁸⁵ olarak adlandırılır. Bu tür müzakereler hukukun gölgesinde yapılır. Çünkü uyuşmazlık konusu hakkındaki bir davada verilebilecek karar sonucu ve emsal içtihatlar tarafların uzlaşma sonucu üzerindeki beklentilerine etki etmektedir⁸⁶.

II. Uzlaştırma (Conciliation)

Geniş anlamda uzlaştırma, tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla, taraflar arasındaki uyuşmazlığa çözüm bulabilme arayışına ilişkin irâdi bir süreçtir. Görüldüğü üzere uzlaştırmanın geniş anlamda tanımıyla, arabuluculuğun geniş anlamdaki tanımı birebir aynıdır. Ancak ayrıntıdaki özellikleriyle bu iki yöntemin arasındaki sınırları mümkün olduğunca belirginleştireceğiz. Uzlaştırma kavramı, arabuluculuk ve diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleri yerine kullanılmamalıdır.

Uzlaştırma yönteminin sınırları ile arabuluculuk yönteminin sınırları net olarak ortaya konulmadığı ve bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde uzlaştırma yöntemi ayrıca düzenlenmediği için, özellikle ayrıca düzenleme yapılmayan ülkelerde uzlaştırma kavramı, arabuluculuk kavramı yerine de kullanılmaktadır. Hatta ülkemizde hatalı olarak “*uzlaştırma*” kavramının, uzlaşma müzakereleri⁸⁷ ve mahkemelerin sulhe, arabuluculuğa teşvik ve sulh yoluyla uyuşmazlıkların çözümü görevlerine ilişkin⁸⁸ olarak kullanıldığı da görülmektedir. Benzer şekilde doktrinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri incelenirken, “*uzlaştırma*” kavramı “*uzlaşma*” kavramının yerine

⁸⁴ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 151.

⁸⁵ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesi ile getirilen uzlaşma daveti ve uzlaşma müzakeresi, bu yöntemin hukukumuzda uygulanan bir örneğidir.

⁸⁶ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 155.

⁸⁷ Örneğin, Avukatlık Kanunu 35/A maddesine göre “*uzlaşma*” yerine “*uzlaştırmanın*” kullanımı.

⁸⁸ Örneğin, HMK m. 140/2, TMK m. 195/2 ve Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun (AMK) m. 6/1-a. TMK m. 195 f. 2 ve AMK m. 6 f. 1/a da geçen “*uzlaştırma*” kavramı “*sulh*” kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmış olup, alternatif çözüm yöntemi olarak “*uzlaştırma yöntemi*” kastedilmemiştir.

kullanıldığı veya aynı anda her iki kavramın birlikte kullanıldığı⁸⁹ da görülmektedir⁹⁰.

Hâlbuki sulh anlamına gelen uzlaşma için, uyuşmazlığın taraflarının dışında üçüncü bir tarafın varlığı ve çabası mutlaka gerekli değilken, uzlaştırmada, üçüncü bir taraf olan uzlaştırıcının varlığı ve çabası gereklidir. Uzlaşma, uyuşmazlığın taraflarının mutabık kaldıkları için; uzlaştırma ise, uyuşmazlığın taraflarının uzlaşması için üçüncü bir kişi uzlaştırıcının yürüttüğü sürecin adıdır. Başka bir ifadeyle uzlaşma, uyuşmazlığın tarafları için bir sonuçken, uzlaştırma, bu sonuca ulaşmayı sağlamaya yönelik, üçüncü bir kişinin aktif olduğu faaliyettir. Uzlaşma süreci, uyuşmazlığın taraflarının müzakere yöntemiyle uzlaşma hedefine yönelik faaliyetlerini kapsayan süreci ifade eder. Uzlaştırma süreci ise, uzlaştırma yöntemiyle tarafların uzlaşması sonucuna yönelik, uzlaştırıcı ve tarafların faaliyetlerini içeren sürecin adıdır.

Uzlaştırma ve arabuluculuk yöntemlerinde, tarafsız üçüncü kişinin rolü açısından, üçüncü kişinin hangi yöntemde daha aktif veya daha pasif kaldığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre uzlaştırma, arabuluculuğa göre daha az resmi bir süreç ve daha az etkin bir tarafsız üçüncü kişi faaliyetidir⁹¹. Diğer bir görüşe göre

⁸⁹ Sarısözen, Serhat M., Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma, Ankara 2011, s. 7 vd.; Tanrıver, Özellikle Arabuluculuk, s. 165-166; Özbay, s. 396; Bulur, Alper, Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010, S. 89, s. 209; Taşpolat-Tuğsavul, s. 29; Özmumcu, s. 267.

⁹⁰ Bkz. Aşağıda “Avukatlık Kanunu 35/A maddesine göre uzlaşma” bölümünde öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemin “müzakere yöntemi” olduğu, bu nedenle “uzlaştırma” teriminin yerine “uzlaşma” veya “uzlaşma müzakeresi” teriminin kullanılmasının gerektiği hakkında. Benzer bir değerlendirme için bkz. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 928, dn. 70'den naklen Özbek, “CMK 253. maddesinde bazen “uzlaşma” bazen “uzlaştırma” ifadesi kullanılmış olsa da, bu sürece tarafsız üçüncü kişi (uzlaştırıcı) katıldığından, bu usûlü “uzlaştırma” olarak adlandırmak daha doğrudur.”

⁹¹ Özbek, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir? ABD, 1999, S. 2-3, s. 199; Ildır, s. 141; Odyakmaz, Zehra/Çınarlı, Serkan, İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği, Ankara 2013, s. 88; Özbay, Alternatif, s. 466; Şahin-Ceylan, s. 308; Özmumcu, s. 261.

uzlaştırma, arabuluculuğa göre daha resmi ve hak temelli bir süreç ve daha etkin bir tarafsız üçüncü kişi faaliyetidir⁹².

Buna ilaveten, karşılaştırmalı hukukta arabuluculuk yönteminde farklı yaklaşım tarzlarının kabul edildiği, bazılarında uzlaştırma yönteminin ayrıca düzenlenmediği ve düzenlenenlerde ise yüklenen anlamların kısmen birbirinden farklı olduğu dikkate alındığında, bu konuda net bir ayırım yapmanın çok mümkün olmadığı da ileri sürülmüştür. Bu nedenle genelleyecek şekilde bir ayırım yapmanın gereksiz olduğu⁹³ ve hukuk uyumsuzluklarıyla ilgili mevzuatımızda, uzlaştırma ve arabuluculuk kavramlarının bu ayırma göre kullanılmadığı⁹⁴ ileri sürülen görüşler arasındadır.

Karşılaştırmalı hukukta, yeni İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nda (Schweizerische Zivilprozessordnung-SwzZPO)⁹⁵ m. 197-212 arasında uzlaştırma, m. 213-218 arasında ise arabuluculuk düzenlenmiştir. SwzZPO m. 197' ye göre, davada, yargılama öncesi, bir uzlaştırma yetkilisi önünde bir uzlaştırma girişiminde bulunulması genel kuraldır. Uzlaştırma süreci en fazla on iki ay içerisinde sonlandırılmalıdır. Bu sürede taraflar veya yetkili vekillerince düzenlenecek çözüm anlaşması, kesinleşmiş bir mahkeme ilâmının etkisine sahiptir. Belirli uyumsuzluk konularında uzlaştırma yetkilisi hüküm önerisinde bulunabilir. Taraflarca yirmi gün içerisinde itiraz edilmezse, hüküm önerisi, kesin hüküm haline gelir. Ayrıca davacının talebi halinde 2.000 Franka kadar olan uyumsuzluklarda uzlaştırma yetkilisi bağlayıcı karar verebilmektedir⁹⁶.

İsviçre'de, bir uyumsuzluğun tarafları, SwzZPO m. 197 ile 212 arasındaki hükümler çerçevesinde yapılacak uzlaştırma toplantıları yerine arabuluculuğu da tercih edebilir veya mahkemede dava konusu uyumsuzluğu, tarafların istemesiyle

⁹² **Tanrıver**, Arabuluculuk ve Uzlaştırma, s. 245-246; **Tanrıver**, Özellikle Arabuluculuk, s. 166; **Sarısozen**, s. 89; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 29.

⁹³ **Kekeç**, s. 26.

⁹⁴ **Odyakmaz/Çınarlı**, s. 88.

⁹⁵ Bkz. <https://www.admin.ch/ch/d/sr/2/272.de.pdf> (s.e. 1.5.2016).

⁹⁶ **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 65.

arabuluculuğa gönderebilir. Arabuluculuk süreci sonundaki çözüm anlaşması kolaylıkla icra edilebilir. Taraflar birlikte, çözüm anlaşmasının mahkeme tarafından⁹⁷ veya alternatif olarak uzlaştırma yetkilisi tarafından onaylanmasını talep edebilirler. Mahkemelerin gönderdiği veya uzlaştırma toplantıları yerine tercih edilen mahkemeye yakın (mahkeme bağlantılı) arabuluculuk dışındaki arabuluculuk çözüm anlaşmaları sıradan bir sözleşme olarak görülür. Dava ve uzlaştırma süreci ile bağlantılı olamayan çözüm anlaşmalarının icra edilebilirliği için mahkemeden onay istenemez. Ancak bu tür çözüm anlaşmalarının, dava sürecinde mahkeme içi sulh sözleşmesi olarak hükme esas alınması mümkündür⁹⁸.

İsviçre’de kanun koyucu uzlaştırma ve arabuluculuk yöntemlerini net olarak ayrı düzenlenmiştir. Uzlaştırmacı, arabulucudan farklıdır. Uzlaştırmacı genelde, bir davadaki hâkim gibi uyuşmazlığı kanuna göre değerlendirir (SwzZPO m. 47). Uzlaştırma yönteminde, arabuluculuktan daha resmi, daha etkin ve belli sınırlar içerisinde hak temelli hüküm önerisinde bulunabilen hatta belirli miktarın altında bağlayıcı karar verebilen bir uzlaştırma yetkilisi bulunmaktadır. Bu nedenle uzlaştırmaya, “*uzlaştırma yargılaması*” da denilmektedir. Mahkeme dışı arabuluculuk çözüm anlaşmaları sıradan bir sözleşme olarak görülmekte, mahkemeye yakın arabuluculuk çözüm anlaşmalarının icra edilebilirliği için mahkeme tarafından ya da uzlaştırma yetkilisi tarafından onaylanması gerekmektedir. Bu düzenlemeler İsviçre’de uzlaştırmayı, arabuluculuktan daha resmi ve daha etkin kılmaktadır⁹⁹.

Almanya’da ise, Federal Adalet Bakanlığı’nın ilk arabuluculuk kanun taslağında, mahkeme içi arabuluculuk yönteminde arabuluculuk görevi yapan hâkimler için Bundestag Hukuk İşleri Komitesi (neredeyse tamamı avukatlardan oluşan bir komite), “*Bavyera uzlaştırmacı hâkimi*” kavramının, kanunda yer alması

⁹⁷ **Peter**, James T., *Gerichtsnahe Mediation, Kommentar zur Mediation in der ZPO*, Bern 2011.s. 89.

⁹⁸ **Meier**, Isaak, *Regulation of Dispute Resolution in Switzerland: Mediation, Conciliation and Other Forms of ADR in Switzerland*, in: Steffek/Unberath/Genn/ Greger/Menkel-Meadow (Eds), *Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oregon 2013, s. 402.

⁹⁹ **Meier**, s. 404.

için, kanun tasarısını değiştirmeyi teklif etmiştir¹⁰⁰. Teklifte, arabuluculuk, diğer uyuşmazlık çözüm yolları arasında kullanılan tek araç olmasına rağmen, uzlaştırıcı hâkimler tarafından uyuşmazlığın çözümü, farklı bir yöntem olarak değerlendirilmiştir. Bu teklif, önce Aralık 2011’de Bundestag tarafından kabul edildi. Ancak tasarı daha sonra Ocak 2012’de Bundesrat tarafından durduruldu. Bundestag/Bundesrat Arabuluculuk Komitesi (Vermittlungsausschuss), Arabuluculuk Kanunu üzerindeki uyuşmazlık hakkında fikir birliğini sağlamıştır. Uzlaştırıcı hâkim (güterichter) unvanı kullanımı devam ettirilmesine rağmen, Alman Medeni Usûl Kanunu’nda (Zivilprozessordnung-ZPO) yapılan değişiklikle, bu hâkimlerin arabuluculuğu bir teknik olarak kullanabilecekleri açıkça belirtildi. Mahkeme uyuşmazlığın çözümü için tarafları, uzlaştırma oturumu ve ilave uzlaşma girişimleri için, uyuşmazlık hakkında karar vermekle yetkili olmayan bir uzlaştırıcı hâkime sevk edebilir (ZPO m. 278/5). Uzlaştırıcı hâkim, uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk dâhil herhangi bir yöntemi kullanabilir. Uzlaştırıcı hâkim bağımsız olarak uyuşmazlık çözüm yöntemini seçebildiği için, tam bir arabuluculuk yöntemini yerine getirmekten alıkonulamaz¹⁰¹.

Arabuluculuk yapan uzlaştırıcı hâkimlerin, mahkeme arabulucusu “*gerichtlicher mediator*” terimini 1 Ağustos 2013 tarihinden sonra kullanmalarına Arabuluculuk Kanunu m. 9 izin vermemiştir¹⁰². Nitekim mahkeme içi arabuluculuk yönteminde, tam bir arabuluculuk yöntemini uygulayabilen hâkim, mahkeme arabulucusu (gerichtlicher mediator) unvanı yerine uzlaştırıcı hâkim (güterichter) unvanını kullanabilmektedir.

Ayrıca, Almanya’da Medeni Usûl Kanunun Yürürlüğüne İlişkin Kanunun (Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung-EGZPO) m. 15a ile, Federal kanun koyucu, eyaletlere hukuk yargılamasında tarafların uzlaştırılması için,

¹⁰⁰ BT-Drucks 17/8058,17.

¹⁰¹ **Hess, Burkhard/Pelzer**, Nils, Regulation of Dispute Resolution in Germany: Cautious Steps towards the Construction of an ADR System. in: Steffek/Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 230.

¹⁰² **Hess/Pelzer**, s. 230.

zorunlu uzlaştırma yargılamasını öngörebilme yetkisi vermiştir. Alman hukuk sistemi uzlaştırma ve arabuluculuğu tam olarak birbirinden ayırmamasına rağmen, bütün bu gelişmeler uzlaştırmaya bakış açısının, arabuluculuktan daha resmi olduğunu göstermektedir. Zorunlu uzlaştırma yargılaması, Alman doktrininde “uzlaştırma” başlığı altında işlenmektedir. Bu düzenlemeler daha resmi ve zorunlu alanlardaki uyuşmazlık çözümlerini ifade etmek için “arabuluculuk” yerine “uzlaştırma” kavramının kullanıldığını göstermektedir. Arabuluculukla kıyaslandığında, uzlaştırma; devlet mahkemelerinin üç kutuplu uyuşmazlık çözüm modeline daha çok benzer. Uzlaştırma yönteminde usûle ilişkin güvencelerin uygulanması daha çok imkân dâhilindedir¹⁰³.

Belçika’da uzlaştırma, mahkemede gerçekleştirilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak anlaşılmaktadır. Uzlaştırıcı hâkimin kendisidir. Giderek artan bir şekilde, hâkimin uzlaştırma girişiminde başarısız olması halinde davadan çekilmesi gerektiği ve en azından tarafları uzlaştırmak için resmi bir girişimde bulunduyorsa uyuşmazlık hakkında kendisinin karar vermemesi gerektiği düşünülmektedir. Sadece taraflara sorular sormak ve onları kibarca sulhe teşvik etmek resmi bir uzlaştırma girişimi olarak düşünülmemelidir. Sulhe teşvik gayri resmidir ve başarılı sonuçlar vermektedir¹⁰⁴.

Bununla birlikte Belçika’da uzlaştırmının diğer türleri olarak, tarafsız bir üçüncü kişinin dâhil olduğu müzakerelerin herhangi bir türü anlaşılır. Ticari kuruluşlar tarafından yürütülen, tarafların dâhil olduğu sektör tarafından ücreti ödenen ve tayin edilen profesyonel uyuşmazlık çözüm yöneticileri tarafından yürütülen uyuşmazlık çözüm süreçleri bu tür uzlaştırma yöntemlerinin örnekleridir. Uzlaştırıcının çözüm önerisi bağlayıcı değil tavsiye niteliğindedir. Çünkü

¹⁰³ Hess, Rechtsgrundlagen, s.1062 vd.; Almanya’da iş hukuku alanındaki zorunlu uzlaştırma dışında, uzlaştırma, ticaret, inşaat, tıbbi uygulama hataları, hukuki danışmanlık, enerji, nakliye ve turizm gibi pek çok alanda uygulanabilir. Çoğunlukla kendi uzlaştırma kurallarını uygulayan farklı esnaf ve ticaret odaları ve mesleki kuruluşlar tarafından düzenlenen özel uzlaştırma kuralları vardır. Tüketici uyuşmazlıklarından kaynaklanan tüketici şikayetleri ise uzlaştırma yönteminin de ötesinde daha ziyade tahkim yöntemine benzer bir yöntemle çözümlenir. Hess/Pelzer, s. 232.

¹⁰⁴ Verougstraete, Ivan, “Regulation of Dispute Resolution in Belgium: Workable Solutions?” Steffek/ Unberath /Genn/ Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 110.

uzlaştırıcının bağımsız ve tarafsız olmadığı düşünülür. Ancak bu uygulanan yöntem, tarafsız birisi tarafından yönetilen doğru bir uzlaştırma yönteminden ziyade, müzakere yöntemi olarak görülür¹⁰⁵.

Hollanda Medeni Usûl Kanunu (Burgerlijke Rechtsvordering-Rv), hâkim tarafından yönlendirme sonrası arabuluculukla ulaşılan çözüm anlaşmalarının uygulanması ve hâkim önünde yapılan uzlaştırma (çözüm) konferansı¹⁰⁶ yöntemiyle ulaşılan çözüm anlaşmaları için hükümler içerir. Uzlaştırma konferansı yöntemiyle davaların çözümlenmesi uzun zamandır oldukça yaygındır. Ancak bu seçenek kanunla düzenlenir. Hâkim bir arabulucu olarak hareket etmez. Sadece davaların zayıf ve güçlü yönlerini tartışarak ve dava duruşmaları yoluyla uyuşmazlığın çözümünü hızlandırır¹⁰⁷.

Hollanda’da ayrıca, ürünler ve hizmetler hakkındaki tüketici şikâyetleriyle ilgili uyuşmazlık heyetleri bulunmaktadır. Her tüketici davası duruşmasında, bir tüketici temsilcisi, bir sektör temsilcisi ve bir bağımsız başkan bulunur. Tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde mevcut kırk sekiz tane uyuşmazlık heyetinden birini çağırmak yaygın ve etkilidir. Tüketiciler üzerine odaklanan, seyahat, kira, telekomünikasyon, bankacılık ve hukuki danışmanlık sektörü gibi alanlarda uzmanlaşmış uyuşmazlık heyetleri uzlaştırma faaliyetinde bulunmaktadır. Uyuşmazlık heyetlerinin kararları bağlayıcıdır ve temyizi mümkün değildir. Bu yöntemle uyuşmazlık çözümünü kabul eden işletmeler, uyuşmazlık heyetlerinin kararına uymayı başlangıçta taahhüt etmektedir. Böylelikle uyuşmazlık heyetinin kararları yerine getirilir. Bununla birlikte taraflar iki ay içinde, diğer tarafa bir tebligat göndererek mahkemelere bu kararı sunabilirler. Süre dolduktan sonra karar değiştirilemez. Ayrıca bu uyuşmazlık heyetleri uyuşmazlıkları arabuluculuğa da

¹⁰⁵ Verougstraete, s. 110.

¹⁰⁶ Uzlaştırma konferansı yöntemiyle davaların çözümlenmesi uzun zamandır oldukça yaygındır. Ancak bu seçenek kanunla düzenlenir. Hâkim bir arabulucu olarak hareket etmez. Sadece davaların zayıf ve güçlü yönlerini tartışarak ve dava duruşmaları yoluyla çözümü hızlandırır. Bkz. Pel, s. 309.

¹⁰⁷ Pel, Machteld, Regulation of Dispute in the Netherlands: Does Regulation Support or Hinder the Use of ADR, in: Steffek/ Unberath /Genn/ Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 309.

yönlendirebilirler. Yakın geçmişte bu arabuluculuğa gönderilen uyuşmazlıkların sadece %5'i çözümlenebilmiştir¹⁰⁸.

Norveç mevzuatında arabuluculukla uzlaştırma arasında tam bir ayrım yoktur. Norveç Uyuşmazlık Kanunu (Tvisteloven-Tvl), m. 6'da uzlaştırma yöntemindeki usûl kurallarını, m.7'de mahkeme dışı arabuluculuk ve m. 8'de geleneksel arabuluculukla, mahkeme bağlantılı arabuluculuğu düzenler¹⁰⁹. Ayrıca Adli Mahkemeler Kanunu'nun (Domstolloven-DI) birinci bölümünde düzenlenen, mahkeme sisteminin üç aşamasından biri olan ve ön uyuşmazlık çözüm organlarından birisi olarak, sınırlı yargısal yetkiyle görev yapan uzlaştırma kurullarından da bahsetmek gerekir. Uzlaştırma kurullarının sınırlı yetkisi Uyuşmazlık Kanunu Tvl. m. 6-10'da düzenlenmiştir¹¹⁰.

Norveç Uyuşmazlık Kanunu geleneksel arabuluculuğu, mahkeme bağlantılı arabuluculuğu ve mahkeme dışı arabuluculuğu ayırır¹¹¹. Geleneksel arabuluculuk, ya uzlaştırma kurulları¹¹² ya da mahkeme yoluyla gerçekleştirilen, uyuşmazlık çözümünün bir türü olarak, taraflar arasındaki geleneksel uzlaştırma müzakerelerini ifade eder¹¹³. Bu mahkeme dışı geleneksel uzlaştırma müzakereleri, genellikle duruşma süreci ile aynı zaman diliminde gerçekleşir. Fakat bu zaman dilimiyle sınırlanmaz. Uyuşmazlığın taraflarından birinin, mahkeme ya da uzlaştırıcı grupla ayrı görüşmelerine ve tek taraflı bilgi alışverişine izin verilmez. Uzlaştırıcılar, çözüm önerisi, tavsiye ve tarafsızlıklarına zarar verebilecek diğer değerlendirmelerini taraflara sunmazlar (Tvl m. 8-2). Bunun nedeni mahkemenin veya uzlaştırma kurullarının yapısından kaynaklanmaktadır. Çünkü taraflar bir anlaşmaya varamazlar

¹⁰⁸ Pel, s. 321.

¹⁰⁹ Sperr, Anneken Karı, "Regulation of Dispute Resolution in Norway: Vertical and Horizontal Relatory Strategies", Steffek/Unberath/Genn/ Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 346.

¹¹⁰ Sperr, s. 346.

¹¹¹ Sperr, s. 343.

¹¹² Uzlaştırma kurulları (forlikssrådet) için bkz. Tvl. m. 6-8.

¹¹³ Aslında bu arabuluculuk türüne "sıradan arabuluculuk" anlamına gelen "ordinær mekling" denilir.

ise, uyuşmazlık konusu hakkında karar verecek hâkimler aynı hâkimler, kurul kararıyla çözülecekse kurulun görevli memurları aynı memurlar olacaktır¹¹⁴.

Buna karşılık Norveç Uyuşmazlık Kanunu TvI m. 7’de düzenlenen mahkeme dışı arabuluculuktaki, arabulucunun daha aktif rolü, uzlaştırma ile bazı paralelliklere sahiptir. Bu yöntemde, adli arabuluculuğun aksine arabulucu, çözümler sunarak veya uyuşmazlığın güçlü ve zayıf yönlerini göstererek değerlendirci arabuluculuk faaliyetinde bulunmaktadır. Norveç’te, arabuluculuk ve uzlaştırma yöntemleri arasında tam bir ayrım yoksa da, mahkeme yoluyla yapılan arabuluculuk daha ziyade uzlaştırma olarak anılmakta ve mahkeme dışı arabuluculukta arabulucunun değerlendirci arabuluculuk faaliyetinin uzlaştırma yöntemiyle paralellik arz ettiği ileri sürülmektedir¹¹⁵.

İtalya’da, Tüketici Kanunu’nda, arabuluculuk veya uzlaştırma ilk kez, ticaret odalarına uyuşmazlıkları uzlaştırma yöntemiyle çözmek için yönetme yetkisi veren 580/1993 sayılı Kanun’da görülür. Tüketici Kanunu m. 140, tüketici ve işletme arasında doğan uyuşmazlığı çözmek için, tarafların uzlaştırma usûlünü seçebileceklerini belirtir. Şimdi, bu uzlaştırma usûlü, 28/2010 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin m. 16 hükmünce işlemektedir. Bu hüküm, ayrıca resmi arabulucular siciline kayıt oldukları sürece, sanayiler arası arabuluculuk gurupları oluşturularak, bu şekilde arabuluculuk faaliyetinin sürdürülmesine imkân vermektedir. İlave olarak Kararname’nin 15. maddesi, Tüketici Kanunu 140. madde kapsamında doğan uyuşmazlıklarda uzlaşma sağlanması için düzenlenmiştir. Ancak, bu imkânların, sanayi kesimindeki arabuluculuğa ilişkin bilgi eksikliği nedeniyle yaygın olarak kullanılmadığı görülmektedir¹¹⁶. İtalya’da uzlaştırma ve arabuluculuk aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır.

¹¹⁴ Bkz. TvI. m. 8-7(2); Sperr, s. 344.

¹¹⁵ Sperr, s. 349.

¹¹⁶ De Palo, Giuseppe /E Oleson, Ashley, “Regulation of Dispute Resolution in Italy: The Bumps in the Road to Successful ADR”, Steffek/Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 254.

Fransa’da, uzlaştırma adli uzlaştırma ve adli olmayan uzlaştırma olarak hukuki düzenleme altındadır. Fransa’da 2008/52/EC sayılı Avrupa Yönergesinin iç hukuka uyarlanmasına kadar, Fransa Medeni Usûl Kanunu’nda (CPC) sadece adli arabuluculuk ve uzlaştırma düzenlenmiştir. Ancak, 16 Kasım 2011 tarihli 2011/1540 sayılı kanun¹¹⁷ ve 20 Ocak 2012 tarihli 2012/66 sayılı Kararnamenin uygulanmasından beri Medeni Usûl Kanunu mahkeme dışı arabuluculuk ve uzlaştırmayla ilgili kanun hükümleri de içerir. Medeni Usûl Kanunu’nun yeni maddesi 1530, bu tür uzlaştırma ve arabuluculuğun bir tanımını verir. Adli uzlaştırmada hâkim dava sürecinin herhangi bir aşamasında tarafları uzlaştırmayı deneyebilir (CPC m. 21). Bu hâkimin genel görevlerinden biridir¹¹⁸. Asliye, ticaret ve ortak kiracılık mahkemeleriyle yerel mahkemelerde hâkim, bazı şartlarda bu görevi arabulucuya devredebilir (CPC m. 129-1’den m. 129-5’e kadar). İş uyuşmazlıklarıyla ve kamu düzeniyle ilgili bazı uyuşmazlıklarla (boşanma ve ayrılma ile ilgili aile uyuşmazlıkları gibi) ilgili davalarda hâkimin uzlaştırma girişimi mahkeme sürecinin ön aşaması olarak zorunludur¹¹⁹.

Fransa’da hâkim uzlaştırma girişimi için, bir uzlaştırıcı da yetkilendirebilir¹²⁰. Bu takdirde uzlaştırma süreci genellikle adliyede gerçekleşir. Uzlaştırmacı tarafları rızasıyla dinler, uyuşmazlıkla ilgili yerleri ziyaret edebilir, uyuşmazlık hakkında bilgisi olan herhangi bir kişiyi dinleyebilir ve ikinci bir uzlaştırmacıdan yardım

¹¹⁷ **Gorchs-Gelzer**, Béatrice, Regard critique sur l’ordonnance n 2011-140 transposant la directive médiation, Droit et procédures 2012, s. 2.

http://www.iepj.fr/themes/iepj/images/upload/Regard_critique_sur_lordonnance_n2011-1540.pdf (s.e. 10.4.2016).

¹¹⁸ **Ferrand**, Frederique, Regulation of Dispute Resolution in France: Evolutions and Challenges, in: Steffek/Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow, Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 197.

¹¹⁹ İş mahkemeleri, taraflar arasındaki uyuşmazlığı gidermeyi deneyen özel bir uzlaştırma heyetine sahiptir. Eğer bir anlaşmaya varılamazsa bu takdirde hâkim heyeti bir karar verir.

¹²⁰ Fransa’da uzlaştırıcı sayısı yaklaşık 1810’ dur. 2010 istatistiklerine göre 130.715 uyuşmazlığı ele alıp, 75.919’ünü (%58,1) çözüm kararına bağlayabilmişlerdir. Uzlaştırmacılar, genellikle erkek ve yaşlıdırlar. Ücretsiz çalışırlar. Bir uzlaştırmacı olarak atanmak için uyuşmazlık konusunda en az üç yıllık deneyim gerekmektedir. Uzlaştırmacıyı, temyiz mahkemesi başkanı, ilk derece mahkemesi hâkiminin teklifinden sonra başlangıçta bir yıl için mahkeme emriyle tayin eder. Uzlaştırmacıların çoğu emekli hâkim, avukat, memur veya müdürlerdir. Uzlaştırmacılar, bağımsızlık, tarafsızlık ve gizlilik ilkelerine riayet ederler.

alabilir. Uzlaştırımcı uzlaştırma sürecinde herhangi bir zorlukla karşılaşırsa hâkimi bilgilendirir. Hâkim, uzlaştırma süreci tehlikeye girmiş gibi görüyorsa istediği zaman süreci sonlandırabilir. Temyiz mahkemesi başkanı, uzlaştırımcı görevini ihlal ediyorsa savcının ve ilk derece hukuk hâkiminin görüşünü aldıktan sonra ve uzlaştırıcıyı dinledikten sonra uzlaştırıcıyı görevinden azledebilir. Bu durumda uzlaştırıcı cezai ve hukuki sorumlulukla karşı karşıya kalabilir. Uzlaştırma sürecinde bir anlaşma sağlanırsa yazılı çözüm anlaşması taraflarca ve uzlaştırımcı tarafından imzalanır (CPC m. 1540). Taraflar anlaşmanın bir suretini alır. Uzlaştırıcı çözüm anlaşmasının bir suretini de asliye hukuk mahkemesine gönderir. Taraflar asliye hukuk mahkemesinden çözüm anlaşmasının icra edilebilirliği için onay talep edebilir. Uzlaştırımcılar her yıl bir rapor hazırlar ve bu raporu temyiz mahkemesi başkanına ve asliye mahkemesine iletir¹²¹.

Fransa’da adli olmayan uzlaştırma, uyuşmazlığın taraflarının doğrudan uzlaştırımcıya başvurmasıyla gerçekteşir. Asliye mahkemesi ve yerel mahkemelerin görev alanına giren uyuşmazlık konularında bu mümkündür. Örneğin, gerçekte kişi ile şirket arasındaki uyuşmazlıklar ile gerçekte kişilerin komşuluk, kira, tüketici, ödenmemiş borçlar, banka ve sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda taraflar doğrudan uzlaştırımcıya başvurarak adli olmayan bir süreçle de çözüm anlaşmasına varabilirler¹²².

Karşılaştırmalı hukuk sistemlerindeki bu düzenlemelerin ışığı altında şu genel değerlendirmeyi yapabiliriz. Uzlaştırmanın resmi yönünün daha ağır bastığı, yargıya daha yakın ve uyuşmazlık çözümünün hak temelli olduğu, arabuluculuğın ise daha esnek, daha geniş çözümler sunduğu ve uyuşmazlık çözümlerinin daha çok menfaat temelli olduğu söylenebilir. Uzlaştırma yöntemi dava odaklı iken, arabuluculuk yöntemi daha çok taraf menfaati odaklıdır. Uzlaştırma genellikle mahkeme içi (veya kurum içi) ve mahkeme sürecinin bir aşamasıyken, arabuluculuk ise uyuşmazlık mahkemece gönderilse bile mahkeme dışında kullanılan bir uyuşmazlık çözüm

¹²¹ Ferrand, s. 198, 199.

¹²² Ferrand, s. 196.

yöntemi olarak öne çıkmaktadır. Uzlaştırma, uyuşmazlık konusu hakkında karar verme yetkisi olmayan bir hâkim ya da uzlaştırma yetkilisi üçüncü kişi tarafından yapılıyorsa uzlaştırıcı, çözüm önerisi hatta hüküm önerisinde bulunabilmektedir. Buna karşılık uzlaştırıcı, aynı zamanda uyuşmazlık konusu hakkında karar verebilme yetkisine sahip hâkim veya uzlaştırma yetkilisi ise, somut çözüm önerisi sunmamakta, uyuşmazlık konusunun zayıf ve güçlü yönlerini tartışarak çözüme ulaştırmaya çalışmaktadır. Uzlaştırma yöntemi arabuluculuğa kıyasla, yargılamaya daha yakın olması nedeniyle daha resmi, arabuluculukla tahkim arasında bir noktada durduğu söylenebilir. Zira karşılaştırmalı hukukta arabuluculukla uzlaştırmayı ayrı olarak düzenlenmemiş ülkelerde dahi, uzlaştırma kavramı arabuluculuk yerine kullanılabilir olsa da, uzlaştırma kavramının daha resmi olanı veya mahkemeye yakın olanı ifade etmek için kullanıldığı görülmektedir. Başka bir ifadeyle uzlaştırma yöntemi, kimi ülkelerde arabuluculuğa yakın, kimi ülkelerde mahkeme ve tahkim yargısına daha yakın olarak ve arabuluculuktan daha resmi anlamda kullanılmaktadır.

Ülkemizde hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde, arabuluculuk yöntemi düzenlenmiş olup, uzlaştırma yöntemi ayrıca düzenlenmemiştir. Ancak, HUAK m. 2'deki “*Arbuluculuk*” tanımının madde gerekçesinde, arabuluculuğun anlam ve içerik bakımından uzlaştırmadan farklı olduğunun tespiti yapılarak temel farklılıklarına işaret edilmiştir¹²³. Bu farklar izah edilirken arabuluculukta, arabulucunun hak temelli değerlendirme yaparak çözüm önerisi sunamayacağını belirtmiştir. Bu tanımlamayı arabuluculuğun uzlaştırmadan farklı olduğunu ifade ettikten hemen sonra yapması, uzlaştırmada uyuşmazlığın çözümü için uzlaştırıcının çözüm önerisi ve hak temelli değerlendirme yapmasının mümkün olduğu anlamına

¹²³ Gerekçe, “*Kanunun uygulanması bakımından merkezi bir konumda bulunan “Arbuluculuk” kavramına yüklenen anlam ve içerik “uzlaştırma” kavramından temel farklılıklarına da işaret edilmek suretiyle tespit edilmiştir. Bu tanımlama çerçevesinde 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, bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütülen, gönüllü olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir. Bir başka ifade ile arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz...*” şeklinde kaleme alınmıştır.

gelmektedir. Buna rağmen uzlaştırma kavramının, arabuluculuk, uzlaşma müzakeresi, sulhe ve arabuluculuğa teşvik kavramları yerine de kullanıldığı görülmektedir. Bu kavramların yerinde kullanılmaması, kavram kargaşasına ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasındaki net olmayan sınırların bozulmasına neden olmaktadır.

Bu değerlendirmelerden sonra uzlaştırmayı genel anlamda tanımlamak gerekirse, şu şekilde tanımlayabiliriz. Uzlaştırma, bir mahkeme ya da kurum içinde tarafsız üçüncü kişi konumundaki hâkimin veya uzlaştırma yetkilisinin çözüm (ya da hüküm) önerisi sunması veya dava konusunu değerlendirmesi ile hak temelli bir çözümün hedeflendiği, arabuluculuğa göre daha resmi ve irâdi bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

III. Uzlaştırma Konferansı (Settlement Conference)

Bu yöntem uzlaştırma yöntemi içinde yer alan bir usûldür. Tarafsız üçüncü kişi veya heyet bir arabulucu gibi hareket etmez. Sadece dava konusuna odaklanarak, davanın güçlü ve zayıf yönlerini objektif olarak tartışarak ve uyuşmazlık konusunu değerlendirerek çözümü hızlandırır. Bu yöntemde tarafsız üçüncü kişi mahkeme hâkimi ve uzlaştırma yetkilisi olabileceği¹²⁴ gibi, avukatlardan oluşan bir heyet¹²⁵ de olabilir.

IV. Tahkim (Arbitration)

Tahkim, taraflar arasında doğmuş ve doğacak bir uyuşmazlığın, devlet yargısı dışında hakem adı verilen ve taraflarca seçilen özel kişilerce karara bağlanmasıdır¹²⁶.

¹²⁴ Hollanda’da uzlaştırma konferansında dava duruşmasında hâkim, dava konusunun güçlü ve zayıf yönlerini tartışarak uyuşmazlığın çözümünü hızlandırır. Bkz. **Pel**, s. 309.

¹²⁵ ABD’de, deneyimli ve tarafsız üç avukatın katıldığı bir toplantıda dava konusunun objektif olarak tartışılıp, değerlendirildiği bir yöntemdir. Tarafsız heyet tarafların iddia, savunma ve stratejilerini değil sadece dava konusunu değerlendirirler. Bu yönteme daha sonraları bir yönetici olarak moderatör ilavesi de yapılmıştır. Bkz. **Şahin-Ceylan**, s. 309.

¹²⁶ Bkz. **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011. s. 816; **Yeğengil**, Rasih, Tahkim (L’arbitrage), İstanbul 1974, s. 7; **Huysal**, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010, s. 7; **Karadaş**, İzzet, 6100 Sayılı HMK’nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara 2013, s. 20.

Tahkimin devlet yargısına göre üstünlükleri, arabuluculuk yöntemiyle benzer noktalarını oluşturmaktadır. Tahkimde, uyuşmazlığın devlet yargısına göre daha hızlı çözülmesi, tahkim yargılamasının aleniyet gerektirmemesi ve hakemlerin uzman kişilerden oluşması gibi üstünlükler, aynı zamanda arabuluculuk yönteminin de özellikleri olup, uyuşmazlıkların çözümünde bu yöntemlerin tercih edilmelerini sağlayan unsurlardır¹²⁷.

Tahkim, önceden alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde devlet yargısına alternatif bir kavram olarak kullanılmaktaydı. Zaman ilerledikçe tahkimin, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrılması gerektiği görüşü hâkim olmaya başlamıştır. Tahkimde, hakemler bağlayıcı ve icra edilebilir bir karar verdikleri halde, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde amaç tarafların bir çözüm anlaşmasına ulaşmalarına yardımcı olmaktır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde tahkimden farklı olarak, taraflar uyuşmazlığın çözümünde egemenlik ve kontrollerini kaybetmezler, süreç daha esnektir ve her an tek taraflı olarak bitirilebilir. Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri tasnif edilirken, artık sadece devlet yargısına alternatif olarak değil, tüm üçüncü kişi yargılamalarına ve bağlayıcı kararlarına alternatif olarak düşünüldüğünden, tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin dışında bir kavram olarak görülmesi yaygınlaşmıştır¹²⁸. Buna rağmen, tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur¹²⁹.

¹²⁷ **İldır**, s. 60.

¹²⁸ **Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, BATİDER, 1996, C. 18, S. 4, s. 100, dn. 30; **Küçükgüngör**, Erkan, Türkiye Futbol Federasyonunun Tahkim Kurulunun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C. 50, S. 4, s. 141; **İldır**, s. 61; **Pekcanıtez**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, s. 15; **Özbay**, Alternatif, s. 463; **Tanrıver**, Özellikle Arabuluculuk, s. 171; **Kekeç**, s. 22; **Şanlı**, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2005, s. 372; **Ekşi**, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul 2013, s. 51; **Arslan/Tanrıver**, s. 214; **Bulur**, s. 200.; **Ulukapı**, Ömer/**Kıyak**, Emre, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Ankara 2015, C. 2, s. 1655.

¹²⁹ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 213; **Şahin-Ceylan**, s. 303; **Yılmaz**, Ejder, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, TBB, 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 845; **Demir**, Şamil, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Ankara 2014, s. 16.

Kanaatimizce, devlet yargısına alternatif olabilme başarısını gösteren tahkimin, önceleri bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak görülmesi doğrudur. Çünkü genel olarak hukuk sistemleri içinde bu fonksiyonu icra edebilen tek yöntemdir. Daha sonraları tahkim ve diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yaygınlaşması ve alternatif uyuşmazlık çözümüne yüklenen anlamların ve bakış açılarının değişmesi nedeniyle, alternatif uyuşmazlık çözümü, sadece devlet yargısının değil tüm üçüncü kişi yargılamalarının ve bağlayıcı kararlarının da alternatifi olarak kabul görmeye başlamıştır. Bu bağlamda alternatif uyuşmazlık çözümünün unsurlarının da kısmen değiştiği söylenebilir. Alternatif uyuşmazlık çözümüne yüklenen bu yeni anlam ve unsurlar esas alındığında, tahkim, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi değil, istisnai bir yargı yoludur¹³⁰. Tahkimde hakemler uyuşmazlığı maddi anlamda yargılama yaparak çözümlerler. Tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine kıyasla, hukuki niteliği itibarıyla özellikle çözüm sürecinden ayrılıp ayrılamama serbestliği ve uyuşmazlığın çözümünün bağlayıcı bir üçüncü kişi kararına dayanıp dayanmaması açısından, arabuluculuk yöntemine en uzak olan yöntemdir. Nitekim alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin öne çıkan başlıca özellikleri, irâdilik (sürece başvuru zorunlu dahi olsa, tarafların her birinin istediği zaman süreçten ayrılma serbestliği), bağlayıcı üçüncü kişi kararından ziyade, tarafların üçüncü kişi yardımıyla anlaşarak uyuşmazlığı çözmeleri, taraflarının süreçteki egemenliği ve sürecin esnekliğidir. Tahkim yargısında, bu unsurların tam olarak fonksiyon icra ettiği söylenemez.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, federal mahkemelerde uygulanan mahkeme bağlantılı tahkimde, hakem veya hakem heyetinin verdiği karar tarafları bağlayıcı değildir. Taraflar hakem kararını reddedebilir ve bölge mahkemesinde yargılanmayı talep edebilir. Hakem kararına karşı belirli bir süre içerisinde, mahkemeden yeniden yargılama isteminde bulunulmazsa hakem kararı mahkeme kararıyla aynı güce sahip olur. 12 Şubat 1925 tarihli Federal Tahkim Kanunu'na (Federal Arbitration Act)

¹³⁰ Aynı yönde görüş için bkz, **Taşkın**, Âlim, Hakem Sözleşmesi, Ankara 2000, s. 4; **Küçükgüngör**, s. 141; **Tanrıver**, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim II (2006-2010), Ankara 2011, s. 25.

Ekim 1988 tarihinde iki yeni kısım ilavesiyle¹³¹, belirli bazı davalarda zorunlu tahkimde dâhil olmak üzere, gönüllü tahkim programları oluşturmak üzere, bazı mahkemelere¹³² yetki verilmiştir. Gönüllü tahkim programı oluşturan mahkemelerin bazıları, tarafların istemeleri halinde tahkime katılmalarını öngörürken, diğerleri belirli türdeki davaları otomatik olarak tahkime havale etmekte, ancak tarafların sebep göstermeden süreçten ayrılmasına izin vermektedir¹³³. Taraflardan biri tahkim neticesi verilen kararı kabul etmezse, mahkeme sürecinin devamını isteyebilir. Tahkimin bu şekli “*mahkeme bağlantılı tahkim (court annexed arbitration)*” olarak isimlendirilmektedir¹³⁴. Amerika’da gönüllü tahkimin bu şeklinin, gerek süreçten tarafların sebep göstermeden ayrılabilmesi, gerekse hakem kararının reddedilebilme özellikleri dikkate alındığında, geleneksel tahkimden ziyade, hak temelli değerlendirici arabuluculuk yöntemine daha yakın olduğu ve dolayısıyla bu çeşit tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu söylenebilir.

Federal Tahkim Kanunu’nda öngörülen bağlayıcı tahkim kararları ise, mahkeme ilâmı niteliğindedir. Hatta mahkeme ilâmları üst mahkemede daha çok

¹³¹ Bkz. Title 9, USC, § 1-14, 12 Şubat 1925 tarihli Federal Tahkim Kanunu’nda 1947 tarihli değişiklikten sonra, 3 Eylül 1954 de, bölüm 2 ilave edilmiş, 1988 yılında iki yeni bölüm Amerika Birleşik Devletleri Kongresi tarafından kabul edilmiş, 15 Ağustos 1990 tarihinde bölüm 3 eklenmiş ve son olarak 10 Kasım 2015 tarihinde bölüm 10 değiştirilmiştir.

<https://www.adreducation.org/media/5045/federal%20arbitration%20act.pdf> (s.e. 22.05.2016).

¹³² Bu on adet federal bölge mahkemeleri şunlardır. Eastern Pennsylvania, Northern California, Middle Florida, Western Michigan, Western Missouri, New Jersey, Western Oklahoma, Eastern New York, Middle North Carolina ve Western Texas Bölge Mahkemeleri, Bkz. **Meierhoefer**, Barbara S., Court-Annexed Arbitration in Ten District Courts, Federal Judicial Center 1990, s. 1. ABD’de mahkeme bağlantılı tahkim programları için bkz.

[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/courtannarb.pdf/\\$File/courtannarb.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/courtannarb.pdf/$File/courtannarb.pdf) (s.e. 23.05.2016).

¹³³ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 430. Kıyaslamak için bkz. Mecelle m. 1847 “*Hakemin uyuşmazlık konusu hakkında hüküm vermeden önce taraflardan her biri hakemi azledebilir*” hükmüne göre, tarafların hüküm verilinceye kadar tahkim sürecinden ayrılmaları mümkündür.

¹³⁴ **Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch**, s. 18.

sebeple bozulabilirken, tahkim kararlarının bozulma nedenleri daha sınırlı olduğu için, uyuşmazlıkların tahkimle çözümlenmesi daha cazip görünmektedir¹³⁵.

Daha sonraki 1998 tarihli Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu'nun (Alternative Dispute Resolution Act-ADRA)¹³⁶ tahkim hükümleri, Federal Tahkim Kanunu hükümlerini değiştirmemiştir. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Kanunu (ADRA), değeri 150.000 USD'yi aşmayan belirli uyuşmazlıkların tarafların rızasıyla tahkime gönderilebilmesi hakkında bütün bölge mahkemelerine yetki vermiştir¹³⁷.

V. Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb)

Arabuluculuk-Tahkim yöntemi, arabuluculuk ve tahkimden oluşan karma bir yöntemdir. Uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesinde başarısız olduğu takdirde taraflar, arabulucuyu uyuşmazlığı hakem kararıyla çözmeye konusunda yetkilendirirler¹³⁸. Taraflar arabuluculuk yönteminin başarısız olması halinde, tahkimde verilecek kararın da bağlayıcı olmayacağını kararlaştırabilirler¹³⁹.

Ancak süreç bağlayıcı bir kararla sonuçlanmış olsa da, arabuluculuk ve tahkim yöntemlerinin sırayla denenmesi ve kademeli olarak bağlayıcı bir yönteme geçilmesi nedeniyle taraflar doğrudan doğruya bağlayıcı bir çözüm kararıyla karşı karşıya kalmayacaklardır¹⁴⁰. Arabulucu ve hakemin aynı kişi olması, arabuluculuk sürecinde tarafları çözüme ikna etmede, arabulucuya daha fazla güç ve imkân sağlar. Ancak arabuluculuk sürecinde arabulucunun edinebileceği gizli bilginin etkisinde kalabileceği düşüncesi, tarafları kapalı kalmaya itebilir¹⁴¹. Bununla birlikte taraflar, arabulucunun sonuçta hakem sıfatıyla karar vereceğini bildikleri takdirde,

¹³⁵ **Oğuz**, Arzu/**Özden-Merhacı**, Selin, Fikri Mülkiyet Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Amerika Örneği, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. 2, Ankara 2015, s. 1168.

¹³⁶ Bkz. Title 28 USC. § 651 <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/651> (s.e. 22.05.2016).

¹³⁷ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 431.

¹³⁸ **Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch**, s. 17.

¹³⁹ **İldır**, s. 100.

¹⁴⁰ **Polat**, Malike, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010, s. 48.

¹⁴¹ **İldır**, s. 102.

arabuluculuk sürecinde samimi davranmayabilirler. Bu problem, arabulucu ve hakem olarak görev yapacak kişilerin farklı kişiler olması durumunda aşılabilir¹⁴².

VI. Tahkim-Arabuluculuk (Arb-Med)

Tahkim-Arabuluculuk yönteminde, tahkim ve arabuluculuğun birleşimi şeklinde bir faaliyet söz konusudur. Burada uyuşmazlığın çözümünde önce bağlayıcı olmayan tahkim yöntemi ve akabinde arabuluculuk yöntemi uygulanır. Uyuşmazlığın tarafları bir hakem ve arabulucu belirler. Taraflar önce hakeme bilinen görüşlerini ve taleplerini ortaya koyarlar. Hakem tahkim kurallarına göre uyuşmazlık hakkında bir karar verir. Ancak bu karar bağlayıcı değildir. Bu verilen karar üzerine taraflara tekrar kendi ihtiyaçlarına uygun bir çözüme ulaşmaları için imkân verilir¹⁴³.

VII. Mini Yargılama (Mini Trial)

İlk kez Amerika Birleşik Devletlerinde 1977 yılında patent hakkı konusunda bir uyuşmazlığın çözümünde kullanılan bu yöntem için kullanılan mini yargılama kavramı, New York Times gazetesinin bir buluşudur. Mini yargılama, tarafsız bir üçüncü kişinin yönetiminde mahkeme sürecini canlandırma usûlüyle uyuşmazlık konusunun değerlendirilmesidir. Tarafların anlaşma yetkisine sahip olan temsilcileri (şirketi temsile yetkili yönetim kurulu üyeleri), uyuşmazlık konusu hakkındaki taleplerini bir davada olduğu gibi ileri sürerler. Canlandırılan yargılama, gerçek mahkeme yargılama usûlünden bağımsız, esnek ve kısadır. Yargılama oturumu gayri resmidir. Tarafsız bir üçüncü kişi tarafından oturum yönetilerek, uyuşmazlığa çözüm bulunmaya çalışılır¹⁴⁴.

Taraflar, tarafsız üçüncü kişiyi, yargılama oturumlarını yönetmek, görüş bildirmek veya bağlayıcı bir karar vermek gibi görev ve yetkilerle donatabilirler¹⁴⁵. Bu yöntem çerçevesinde genellikle tanık dinlenilmemektedir. Ancak uyuşmazlığın

¹⁴² **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 435.

¹⁴³ **Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch**, s. 17.

¹⁴⁴ **Risse, Jörg/Wagner**, “Christof, Mediation im Wirtschaftsrecht”, Haft/von Schlieffen, Handbuch Mediation, München 2009, s. 580.

¹⁴⁵ **İldır**, s. 108.

teknik yönlerinin aydınlatılması amacıyla bilirkişilerden görüş alınabileceği gibi, uyuşmazlığın çözümü açısından gerekliliği önem arz ediyorsa tanık da dinlenilebilir¹⁴⁶. Üçüncü kişi kararının bağlayıcı olduğu kararlaştırılmamış ise, yargılama oturumlarının ardından taraflar, bağlayıcı olmayan kararı, tarafsız üçüncü kişinin nezaretinde veya yalnız olarak, müzakere ederler¹⁴⁷. Uyuşmazlığın çözümü, üçüncü kişinin kararın taraflarca müzakeresi neticesi yine taraflarca üretiliyorsa, değerlendirici arabuluculuğa yakın bir çözüm yöntemi olduğu söylenebilir¹⁴⁸.

VIII. Kısa Jüri Yargılaması (Summary Jury Trial)

Bu yöntem, uyuşmazlık hakkında yargılama yapılmasına hazır olan davaların çözülmesini kolaylaştırmak için geliştirilmiş bir yöntemdir. Yazılı delillerin kullanıldığı bu usûlde yargılamaya hâkim başkanlık eder. Tarafların iddia ve savunmalarının kısaltılmış olarak dinlenilmesinden sonra seçilmiş jüri, bağlayıcı olmayan tavsiye niteliğinde bir karar verir. Kısa jüri yargılamasının değişik bir şekli de, bir jüri yerine bir hâkimin tavsiye edici görüşünü açıkladığı “*kısa mahkeme yargılaması*”dır¹⁴⁹. Bu yöntem, mini yargılama yöntemi gibi, değerlendirici arabuluculuğa yakın bir yöntemdir.

¹⁴⁶ Polat, s. 52.

¹⁴⁷ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 433.

¹⁴⁸ Horstmeier, s. 130. Nitekim, Horstmeier, bu durumda Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Teşvikine Dair Kanun’un (Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der aussergerichtlichen Konfliktbeilegung) Mini Yargılama yönteminin, üçüncü kişi tarafından bağlayıcı karar verilmeyen (çözümün taraflarca üretilmesi) hâline, uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Yazar’a göre Arabuluculuk Kanunu, arabuluculuk dışındaki diğer mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm süreçlerini destekler. Kanun gerekçesinde mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden bahsedilmesine rağmen, Arabuluculuk Kanununda bunların uygulanabilirliği hakkında bir hüküm yoktur. Arabuluculuk Kanunu’nun diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine uygulanabilirliği hakkında, Arabuluculuk Kanunu madde 1 bent 2’ de, “*karar verme yetkisi olmayan tarafsız bir üçüncü kişinin çözüm sürecini yönetmesi*” tanımlamasına göre, uzlaştırma, tahkim-arabuluculuk (arb-med) ve ombudsmanlık gibi diğer çözüm süreçlerini de kapsadığı görülmektedir. Bkz. Aynı görüş için Auer, Anton, Ombudsmann, Schlichtung und Wirtschaftsmediation, Rechtsbeistand 35. Jahrgang, Heft 1/2005, s. 2-4.

¹⁴⁹ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 432.

IX. Yargıç Kiralama (Rent a Judge)

Bu yöntemde, taraflar yazılı bir anlaşmayla, vereceği karara uymayı taahhüt ettiği, genellikle emekli yargıçlar arasından seçilen bir hâkim, uyuşmazlığı çözmek için ücretle kiralanır. Duruşmalar gizlidir. Kiralanan yargıç tarafından, yapılan yargılama sonucu verilen karar bağlayıcıdır. Ancak bu karar mahkeme tarafından onaylanıncaya kadar askıdadır¹⁵⁰.

Bu yöntem, özel yargılama (private judging) olarak da adlandırılmaktadır. Özel kiralanan yargıcın kararı mahkeme hükmü yerine geçmektedir. Kanunların ve mahkeme kurallarının özellikle seçilmiş ve ödeme yapılmış bir hâkime davaları çözümleme imkânı verildiği hallerde uygulanabilir. Bu nedenle özel hâkim tarafından verilmiş kararların temyizi mümkündür¹⁵¹. Bu yöntem ile verilen karar, bağlayıcı olduğu için arabuluculuğa uzak, tahkime yakın bir yöntemdir.

X. Hüküm (Adjudication)

Bu yöntem İngilizce konuşulan bölgelerde özellikle karmaşık inşaat sektöründe 1998 yılından itibaren bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kullanılmaktadır. İnşaat süresince çıkabilecek uyuşmazlıklarda, bir teknik ve hukukçu bilirkişinin değerlendirip karar vermesiyle uyuşmazlık çözümlenmektedir. Bu verilen karar ilk etapta bağlayıcıdır¹⁵². Kararı kabul etmeyen taraf mahkemeye başvurabilir. Ancak mahkemeye başvuru nadirdir. Mahkemeye başvuru yapılsa bile mahkeme kararı çıkana kadar bu karar bağlayıcıdır.

Almanya’da bu yönteme özellikle inşaat hukuku alanındaki uyuşmazlıklarda ilgi gösterilmektedir. Bilirkişi çözüm kararında taraf yükümlülüklerinin içeriğini belirler. İleride uyuşmazlık konusu hakkında mahkemeye başvurulması halinde; mahkeme, bilirkişi kararında, bu kararı bozmayı gerektirir bozucu bir şart tespit

¹⁵⁰ İldır, s. 77; Özbay, Alternatif, s. 470.

¹⁵¹ Şahin-Ceylan, s. 307.

¹⁵² Horstmeier, s. 131; Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, s. 18.

etmezse, tarafların yükümlülüklerini belirten çözüm kararını değiştiremez¹⁵³. Bu yöntemde bilirkişilerin verdiği karar¹⁵⁴, bozucu şarta bağlı bir tahkim kararı olarak görülmektedir¹⁵⁵.

XI. Tarafsız Ön Değerlendirme (Early Neutral Evaluation-ENE)

Tarafsız ön değerlendirme yöntemi, ilk kez Amerika Birleşik Devletleri'nde, California'nın kuzey bölgesindeki Bölge Mahkemesinin bir projesinde uygulanmıştır. Bu yöntemde, tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlık konusu hakkında davanın sonunda çıkabilecek muhtemel kararı değerlendirmesiyle bir çözüm bulunmaya çalışılır. Bu yöntemde daha kısa zamanda ve daha az deliller üzerinden bir sonuca varılmaya çalışılır. Tarafsız üçüncü kişi, karar şeklinde olan değerlendirme sonucunu açıklamadan önce, taraflara sulhe hazır olup olmadıklarını sorar. Tarafsız üçüncü kişinin uyuşmazlık konusu üzerindeki değerlendirmelerini içerir kararı bağlayıcı değil, tavsiye ve yol gösterici niteliktedir¹⁵⁶.

Eğer uyuşmazlığın temelinde hukuki konular varsa, tarafsız üçüncü kişi olarak, hukuk profesörleri, emekli hâkimler, alternatif uyuşmazlık çözüm uygulayıcıları veya uyuşmazlık konusu üzerinde çalışan avukatlar seçilir. Hukuki konular dışındaki konularda ise, tarafsız üçüncü kişi uyuşmazlık konusu hakkındaki uzmanlardan seçilir¹⁵⁷. Bu yöntem hak temelli değerlendirici arabuluculuk yöntemine yakın bir yöntemidir.

¹⁵³ **Horstmeier**, s. 131, Yazar'a göre, uyuşmazlığın çözümü bilirkişinin kararı olduğu için Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Teşvikine Dair Kanun (Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der aussergerichtlichen Konfliktbeilegung) bu yönteme uygulanmaz.

¹⁵⁴ Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch) BGB § 317-319, Kanun için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb> (s.e. 23.05.2016).

¹⁵⁵ **Horstmeier**, s. 131.

¹⁵⁶ **Risse/Wagner**, s. 583. Horstmeier, üçüncü kişinin tavsiye niteliğindeki kararının tarafsızlık ilkesiyle bağdaşmayacağından dolayı, Alman Arabuluculuk Kanunu'nun bu yönteme uygulanamayacağını belirtmiştir. Bkz. **Horstmeier**, s. 130.

¹⁵⁷ **İldır**, s. 84.

XII. Son Teklif (Last Offer-MEDALOA)

Son teklif yöntemi, karşılaştırmalı hukukta “*last offer*” veya “*final offer*” yöntemi olarak adlandırılmaktadır. Bu yöntemde tarafsız bir üçüncü kişi, uyuşmazlığa çözüm bulunamaması halinde, uyuşmazlık taraflarının bağlayıcı son tekliflerini alır. Bu bağlayıcı son teklif para alacakları veya diğer haklarla ilgilidir. Tarafsız üçüncü kişiye, tarafların bu son tekliflerinden bir tanesini seçmesi için talepte bulunmaktadır. Üçüncü kişi bu son teklifleri değerlendirerek, bunlardan bir tanesini çözüm anlaşması olarak seçer. Burada üçüncü kişiye karar verme yetkisi verilmektedir. Ancak bu verilen yetki, tarafların verdiği teklifleri seçmekle sınırlıdır. Örneğin, ticaret hukuku alanındaki bir arabulucu sözleşmesine, sözleşmeden doğacak uyuşmazlık çözümü için arabuluculuk yönteminin deneneceği, arabuluculuk sürecinde taraflar bir çözüm anlaşmasına varamazlarsa, tarafların son tekliflerini vereceği ve bu verdikleri son tekliflerden, arabulucu tarafından kabul edilen son teklifin taraflar için bağlayıcı olacağına karar verilebilir. Bu süreçlerin birleşimi için melodik bir isim verilmiştir. MEDALOA ismi, arabuluculuk (**mediation**) ve (**and**) son teklif tahkim’in (**last offer arbitration**) baş harflerinin kısaltılmış halidir¹⁵⁸. Bu yöntemde her ne kadar başlangıçta arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlık çözümlenmeye çalışılmış ve son çözüm teklifleri taraflardan gelmiş olsa da, bu tekliflerden seçim yaparak bağlayıcı karar verme yetkisi tarafsız üçüncü kişide bulunduğu için, bu yöntem arabuluculuk ve sınırlandırılmış tahkim yöntemi olarak görülebilir.

XIII. Yüksek-Alçak Tahkim (High-Low Arbitration)

Bu yöntem, son teklif yöntemine benzemektedir. Son teklif yönteminden farkı şudur ki; son teklif yöntemindeki gibi belirli son teklifler yerine, tarafsız üçüncü kişinin değerlendirme yapabileceği alt ve üst sınırlar verilerek, bu sınır aralığında bir karar vermesi istenir. Burada tarafların vermiş olduğu alt ve üst sınırların mevcut hukuka uygun olma zarureti yoktur. Burada çözüm kararını verecek üçüncü kişi orta

¹⁵⁸ Risse/Wagner, s. 581; Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, s. 19; Horstmeier, Alman Arabuluculuk Kanunu’nun bu yönteme uygulanamayacağını belirtmiştir. Çünkü tarafların son teklifleri üzerine arabulucunun seçerek bağlayıcı karar vermesi buna engeldir. Horstmeier, s. 130,

yolu bulabilir. Burada tarafların verdiği sınırlar içerisinde uyuşmazlık konusu hakkında karar verecek olan tarafsız üçüncü kişidir¹⁵⁹. Bu yöntem son teklif yöntemi gibi, arabuluculuk ve sınırlandırılmış tahkim yöntemi olarak nitelenebilir.

XIV. Kamu Denetçisi (Ombudsman)

İdareyi denetlemekle görevli kamu denetçisi¹⁶⁰, özellikle vatandaşla idare arasında çıkan uyuşmazlıklarda, idareye ve gerektiğinde vatandaşa bağlayıcı olmayan tavsiyede bulunmaktadır¹⁶¹. Kamu denetçisi, uyuşmazlığı araştırıp buna neden olan idari işlem ve eylemi tespit eder. İdarenin işleyişindeki sakıncalı durumları bertaraf etmek için idareyi uyarır ve kamuoyuna açıklama yapar. Bu göreve kanunla atanırlar¹⁶². Kamu denetçisi idarenin eylem ve işlemlerini sadece hukuka uygunluk değil, aynı zamanda ihtiyaca uygunluk açısından da denetlemektedir. Zira idarenin eylem ve işlemlerinin yanında tutum ve davranışları da kamu denetçisinin yetki alanı içerisinde¹⁶³.

Kamu denetçileri, kararlarında iletişim teknikleri kullanmazlar. Sözlü müzakere oturumları yapmazlar. Kendisine sunulan yazılı belgeler ve sunum üzerinden değerlendirme yaparlar. Tavsiye kararlarını kanun ve hakkaniyet ölçüne göre değerlendirerek verirler¹⁶⁴.

¹⁵⁹ **Risse/Wagner**, s. 581; Horstmeier, Alman Arabuluculuk Kanunu'nun bu yönteme, üçüncü kişinin bağlayıcı karar vermesi nedeniyle uygulanamayacağını belirtmiştir. Bkz. **Horstmeier**, s. 130,

¹⁶⁰ Amerika Birleşik Devletleri'nin hukukuna İsveç'ten uyarlanan ve genelde İsveç kaynaklı olarak bilinen ombudsmanlık, esasen ilk olarak Osmanlı'da ortaya çıkmıştır. İsveç kralı XII. Charles buradan ilham alarak kendi ülkesinde uygulamaya başlamıştır. Bkz. **Şahin-Ceylan**, s. 306. dn.357; **Emeç**, Ali Selim, 10 Soruda Ombudsman Yasası, Yeni Aktüel Dergisi, S. 65.

<http://www.yeniaktuel.com.tr/tur101,65@2100.html> (s.e. 25.05.2016).

¹⁶¹ **Odyakmaz /Çınarlı**, s. 40; **Şahin-Ceylan**, s. 306; **Horstmeier**, s. 132.

¹⁶² **Şahin-Ceylan**, s. 306.

¹⁶³ **Odyakmaz/Çınarlı**, s. 41.

¹⁶⁴ **Horstmeier**, s. 132.

XV. Michigan Arabuluculuğu (Michigan Mediation)

Bu yöntem “*dava değerlendirmesi (case evaluation)*” olarak da ifade edilmektedir. Yargılama aşamasına geçilmeye hazır bir davada davanın esası hakkında yazılı ve bağlayıcı olmayan bir görüş alınır. Bu görüş kısa bir oturumun ardından üç avukattan oluşan bir heyetçe verilir. Arabulucu heyetin görüşü taraflarca kabul edilirse uyuşmazlık bu şekilde çözümlenir. Taraflardan biri bu görüşü kabul etmezse dava yargılamasına geri dönlür. Bu yöntem Michigan eyalet mahkemelerinde oluşturulduğu için Michigan arabuluculuğu olarak adlandırılır¹⁶⁵.

Bu yöntemde, uyuşmazlığın çözümü için ilk olarak arabuluculuk yöntemi denenmektedir. Arabuluculuk yöntemiyle bir sonuç alınamaz ise, arabulucu (heyet) taraflara sulh olabilmeleri için bağlayıcı olmayan bir çözüm önerisinde bulunmaktadır. Arabulucunun sunduğu bağlayıcı bir karar değil, çözüm önerisidir ve taraflarca müzakere edilebilir. Arabulucunun bu çözüm önerisinin taraflarca kabul edilmesiyle uyuşmazlık çözüme kavuşturulmaktadır. Arabulucunun sunduğu çözüm önerisini kabul etmeyen taraf, yargılama neticesinde arabulucunun sunduğu çözüm önerisinden kendi lehine %10 daha iyi bir sonuç elde edemez ise, arabuluculuk ve mahkeme masraflarını karşılamak zorunda kalacaktır. Bu masrafa katlanma riski, çözüm önerisini kabulü yönünde bir baskı oluşturmaktadır¹⁶⁶. Bu yöntem değerlendirici arabuluculuk yöntemine benzemektedir.

XVI. Vakıaların Saptanması (Fact Finding)

Uyumazlığın ilk aşamasında uygulanan, tarafsız üçüncü bir kişinin veya kurulun taraflar arasındaki uyuşmazlığı belirleyip açıklığa kavuşturarak yürüttüğü ve taraflara yeni bir bakış açısı kazandıran bağlayıcı olmayan bir araştırma yöntemidir. Vakıa saptayıcısı uyuşmazlığın güçlü ve zayıf taraflarını ve tarafların neleri tehlikeye attıklarını anlamalarına yarayan bir rapor hazırlar. Bu rapora istenmesi halinde, bir çözüm önerisi de eklenir. Bu yöntem sonucu uyuşmazlık çözümlenmese dahi,

¹⁶⁵ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 434.

¹⁶⁶ Horstmeier, s. 132.

arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tamamlamada önemli bir işlev yerine getirir¹⁶⁷.

XVII. Online Uyuşmazlık Çözümü (Online Dispute Resolution-ODR)

Online uyuşmazlık çözümü (Online Dispute Resolution-ODR), internet üzerinden uyuşmazlık çözümüne verilen isimdir. Online uyuşmazlık çözümü, herkesin kolaylıkla ulaşması gereken bir uyuşmazlık çözüm yöntemine sahip olması gerektiğini varsayar. Başka bir ifadeyle basit, kullanışlı, hızlı ve uygun maliyetli uyuşmazlık çözümü vaat eder. Online uyuşmazlık çözümü, bu belirgin avantajlarına rağmen bugüne kadar Avrupa’da uygulanmamıştır. Latin Amerika ülkeleri online uyuşmazlık çözümünde öncü rol oynar. Meksika’da, Federal Tüketici Avukatları (Procuraduria Federal del Consumidor-Profeco)¹⁶⁸, uzlaştırmacı net (concilianet)¹⁶⁹ ile 2008 yılından beri, resmi online uyuşmazlık çözüm sistemi sunmaktadır. Federal Tüketici Avukatları, sadece birkaç başarılı test aşamasından sonra tüm ülkede bu yöntemi uygulamaktadır¹⁷⁰.

2010 yılından beri Birleşmiş Milletler online uyuşmazlık çözüm yöntemini, uluslararası düzeyde uyuşmazlıkların çözümü için bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kullanmak için çalışmaktadır. Çalışmaların hedefi, uyuşmazlıkların online çözümünde bir usûl sistemi oluşturmaktır¹⁷¹.

B. TÜRK HUKUKUNDA ARABULUCULUĞA BENZER UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

I. İslam Hukuku Kaynaklarında Uyuşmazlık Çözümü

Büyük dinlerin mukaddes kitapları, toplumu düzenleyen kurallarla doludur. Bu kuralların amacı bir taraftan insanla ulûhiyet arasındaki ilişkileri, diğer taraftan

¹⁶⁷ İddır, s. 78.

¹⁶⁸ Online arabuluculuk hizmeti için bkz. <http://www.profeco.gob.mx> (s.e. 27.05.2016).

¹⁶⁹ Bkz. <http://concilianet.profeco.gob.mx/Concilianet/inicio.jsp> (s.e. 27.05.2016).

¹⁷⁰ Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, s. 19.

¹⁷¹ Vogel-Etienne/Lautenbach-Koch, s. 19.

insanlar arasındaki ilişkileri tanzim etmektir. Mukaddes kitaplar içinde din, ahlak ve hukuk kuralları birbirinden ayrılmamış olarak mevcuttur. Böylece bütün beşeri ilişkileri düzenlemek iddiasında olan dinler, toplum hayatının gidişinde uzun zaman çok önemli bir unsur olmuştur¹⁷².

Roma Hukuku'na baktığımızda, din kuralları ile hukuk kurallarının ve özellikle din adamlarıyla hukuk adamlarının karışmış olduğunu görürüz. O zamanlarda hukukla meşgul olanlar “*pontif*” denilen rahiplerdi¹⁷³.

İslam kelamcıları dini, “*Akıl sahiplerini, iradelerini iyiye kullanmakla bizzat hayra sevk eden ilahi bir nizamdır*” şeklinde tarif eder¹⁷⁴. İslam Hukuku'nun dört ana kaynağı; Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyas'tan ibarettir. İslam hukuku, yazılı olmayan örf ve adetlerle mahkeme içtihatlarına dayanan “*meselecî*” hukuk sistemleri arasında yer almaktadır. Bu bakımdan dış görünüşleri itibariyle İslam ve Anglo-Sakson hukuk sistemleri arasındaki benzerlik dikkat çekicidir¹⁷⁵.

İslam hukukunda sulhün kaynağı Kuran-ı Kerimdeki “*sulh hayırlıdır (vessulhü hayrûn)*” kelamı ve “*sulh hükümlerin efendisidir (essulhü seyyidülahkam)*” hadis-i şerifidir¹⁷⁶. İslam dini, insanın kendi nefsinin ıslah etmesinin yanında, diğer insanları da ıslah etmeyi, insanlar arasındaki bozulan ilişkileri düzeltmeyi ve arabulucu olarak barışı sağlamayı bir görev olarak yüklemiş ve bu faaliyeti çok faziletli kabul etmiştir. Hatta insanların arasını bulup barıştırma faaliyetini oruç, namaz ve sadakadan daha faziletli kabul etmiştir. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v) “*Size oruç, namaz ve sadakadan daha faziletli olan şeyi bildireyim mi? diye sordu. Sahâbe, elbette ey*

¹⁷² **Karaman**, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul 1982, C. I, s. 9.

¹⁷³ **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1951, s. 13.

¹⁷⁴ **Karaman**, Mukayeseli, s. 8.

¹⁷⁵ **Ünal**, Mehmet, Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 1977, C. XXXIV, S. 1-4, s. 199.

¹⁷⁶ **Ansay**, s.200.

Allah'ın Resulü dediler. Bunun üzerine Resûlullah şöyle buyurdu. İki kişinin arasını düzeltmektir. İki kişinin arasını bozmak ise (imani) kökünden kazır”¹⁷⁷ buyurdular.

Sulh ve arabuluculukla ilgili İslam hukukunun temel kaynakları olan Kuran-ı Kerim’de ve Sünnette pek çok ayet-i kerime ve hadis-i şerif bulunmaktadır¹⁷⁸. Burada sınırlı sayıda birkaç örnek vermek gerekirse; “Mü’minler ancak kardeşirler. Öyleyse kardeşlerinizin arasını düzeltin ve Allah’tan korkun ki merhamet olunasınız”¹⁷⁹ ve “Eğer karı ile kocanın aralarının açılmasından endişeye düşerseniz, o vakit kendilerine erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden bir hakem gönderin. İki taraf (arayı) düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır”¹⁸⁰ ayet-i kerimelerini örnek olarak verebiliriz.

Enes bin Malik’ten nakledildiğine göre, Hz. Peygamber (s.a.v) şöyle buyurmuştur. “Birbirinizden nefret etmeyin, birbirinize haset etmeyin, birbirinize sırt çevirmeyin. Ey Allah’ın kulları kardeş olun. Bir Müslüman’ın din kardeşiyle üç gündün fazla küs durması helâl olmaz”¹⁸¹. İnsanların arasını bulmak, onları barıştırmak için küçük yalanları söyleyen arabulucunun yalancı sayılmayacağına dair Resûlullah (s.a.v) şöyle buyurmuştur. “İyi şeyler söyleyerek iyi sözler taşıyarak (küs) insanların arasını bulmaya çalışan kimse yalancı sayılmaz”¹⁸².

Hz. Peygamber (s.a.v) uygulamalarıyla, toplum içinde itibarlı ve etkili kişilere uyuşmazlıkları nasıl çözümlemeleri gerektiği konusunda en güzel örnek olmuştur. Hz. Peygamber (s.a.v)’in, Sahâbeden Câbir’in babadan alacaklılarına yaptığı

¹⁷⁷ **Özağşar**, Memmet Emin/**Ünal**, İsmail Hakkı/**Ünal**, Yavuz/**Erul**, Bünyamin/**Martı**, Huriye/**Demir**, Mahmut (Editörler), Hadislerle İslam, Hadislerin Hadislerle Yorumu, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara 2015, C. 3, s. 361. (D4919 Ebu Dâvud, Edeb 50; T2509 Tirmizi, Sıfatü’l-kıyâme, 56).

¹⁷⁸ Geniş bilgi için bkz. **Şen**, Yusuf, İslam Hukukunda Arabuluculuk, Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2012/2, C. 11, S. 22, s. 105-135; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 633.

¹⁷⁹ Hucurât, 49/10.

¹⁸⁰ Nisâ, 4/35.

¹⁸¹ **Özağşar**/**Ünal**/**Ünal**/**Erul**/**Martı**/**Demir**, s. 359 (B6076 Buhâri, Edeb, 62).

¹⁸² **Özağşar**/**Ünal**/**Ünal**/**Erul**/**Martı**/**Demir**, s. 361 (T1938 Tirmizi, Birr, 26).

fedâkârlık teklifi bir arabuluculuktur. Bunun gibi, Kâb b. Mâlik ile Abdullah b. Ebi Hadred arasındaki alacak uyuşmazlığı, peygamberimizin arabuluculuğuyla çözümlenmiştir¹⁸³.

İslam hukukunda mahkeme yargısı¹⁸⁴ dışında uyuşmazlıkların çözümünde, uzlaşma müzakeresi, arabuluculuk ve tahkim yöntemleri, sulh (çözüm) anlaşmasına ulaşabilmek için kullanılmıştır. Tahkim, uzlaşma ve arabuluculuğun kullanıldığı alanlar, kul haklarıyla ilgili uyuşmazlıklardır. İslam ceza hukukunda kul haklarını ilgilendiren kısas veya diyet gerektiren suçlarda af veya bir bedelle sulh olmak da câiz görülmüştür¹⁸⁵.

Hz. Peygamber (s.a.v) döneminde, Şura Meclisi ve Hisbe Teşkilatı'ndan da bahsetmek gerekir. İslami hükümetin, “*hilafet*” ve “*şura*” olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Şura'nın anlamı danışmak, istişare ve meşverette bulunmaktır. Yukarıda ifade ettiğimiz, “*iş hususunda onlarla istişare et*” ve “*işleri aralarında meşveretledir*” emri ilahisi gereğince Hz. Peygamber (s.a.v) ve hulefâ-i raşidin döneminde hiçbir önemli iş şura dışı bırakılmamıştır. Örneğin, Hz. Peygamber (s.a.v) Uhud Savaşı öncesi istişaresinde, Medine şehrinden çıkmamayı teklif etmesine rağmen, çıkmayı teklif eden çoğunluğun görüşüne uymuştur. İslam hukukunda şura meclisi üyelerinin nasıl seçileceği değişmez kaidelere bağlanmamış, zaman ve durumun icaplarına göre Müslümanların tercihi bırakılmıştır. Hz. Ömer zamanında Şam yolunda, veba salgınının haber alması üzerine verdiği dönme kararına karşı çıkan ensâr ve muhâcirlerle bir karara varamayınca, ilk muhâcirlerden bazı büyüklerin kararına başvurmaları, hakem usûlünün uygulandığına bir örnektir¹⁸⁶.

Hisbe Teşkilâtı, İslam hukukuna göre iyiliği emir, kötülükten men etmek üzere kurulan bir teşkilattır. Bu teşkilatta görevli olanlara muhtesip denir. Hz. Peygamber

¹⁸³ **Karaman**, Hayrettin, İslamın Işığında Günün Meseleleri, İstanbul 2000, C. 2, s. 22; Hz. Peygamberin diğer arabuluculuk uygulamaları için bkz. **Şen**, s. 118-121.

¹⁸⁴ İslam'ın ilk devirlerinde, yargılama tahkim yöntemine yakın basit ve sadeydi. Davacı iddia ve delilleriyle birlikte kadı'nın huzuruna gelir ona arz ederdi. Kadı da bu delillere göre hüküm verirdi.

¹⁸⁵ **Şen**, s. 111, 114.

¹⁸⁶ **Karaman**, Mukayeseli, s. 101 vd.

(s.a.v) zamanında bu görevi Hz. Ömer'in yürüttüğü bilinmektedir. Ayrıca Hisbe Teşkilatı, taraflardan birinin haksızlık yapması ve hakkı teslim etmemekte direnmesi durumunda hisbe görevlileri duruma müdahale eder, hak sahibinin hakkını vermeye çalışır, uyuşmazlıkları çözerdi¹⁸⁷.

Hz. Ömer'in Kûfe kadısı Ebu Musa el-Eş'ari'ye gönderdiği yargı talimatnamesinde “*Hasımları arabuluculuğa yönlendirin. Çünkü mahkemelerin dava yoluyla hükme bağlanması onlar arasında düşmanlık meydana getirir*” ve “*İnsanlar arasında helâli haram, haramı helâl etmemek kaydıyla sulh (uzlaşma) caizdir*” talimatları bulunmaktadır¹⁸⁸.

Aile uyuşmazlıklarında, “*Eğer karı ile kocanın aralarının açılmasından endişeye düşerseniz, o vakit kendilerine erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden bir hakem gönderin. İki taraf (arayı) düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır*” emri ilahisi gereği uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yöntemi kullanılmıştır. Burada hakem kararının bağlayıcı olup olmayacağı tartışmalıdır. Ebû Hanife ve bir rivayete göre İmam Şafii ve Ahmet bin Hanbel'e göre, hakemler uyuşmazlık taraflarının vekili durumundadır. Müvekkilleri neye yetki vermişlerse ancak o kararları geçerli olur. Dolayısıyla bağlayıcı karar veremezler. İmam Mâlik ve bir kısım ulemaya göre ise, hakemler hâkim hükmündedir, tarafların vekâletine ihtiyaç olmadan bağlayıcı karar verebilirler¹⁸⁹. İlk görüşe göre; uyuşmazlığın çözümü için yapılan faaliyet tahkim değil, arabuluculuktur. İleride işleneceği üzere Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde düzenlenen “*Aile Meclisi*” İmam Mâlik'in görüşü esas alınarak hazırlandığından, bu meclisin aile uyuşmazlıklarında verdiği kararlar bağlayıcıydı.

Genel anlamda ve ahlaki olarak arabulucu ve ıslah edici (muslih) olma özelliği, her müslümanda bulunması gereken bir vasıftır. Ancak boşanma gibi belirli konularda arabuluculuk görevini ancak eğitim almış bir hukukçu sağlayabilir. İslam

¹⁸⁷ Şen, s. 113.

¹⁸⁸ Şen, s. 121

¹⁸⁹ Bilmen, Ömer Nasuhi, “Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye” Kamusu, İstanbul 1968, C. 2, s. 367; Karaman, Mukayeseli, s. 318 vd.

hukukçularının büyük çoğunluğu, hakemler de bir nevi yargı görevi ifa ettiklerinden hâkimde bulunması gereken bütün şartların hakemlerde de bulunması gerektiği görüşündedirler¹⁹⁰.

II. Yürürlükten Kaldırılan Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

1. Mecelle’de Uzlaşma Önerisi, Tahkim ve Arabuluculuk

Osmanlı’da II. Mahmut ile birlikte başlatılan hukuk hareketlerinin sisteme bağlanması zorunluydu. İki eğilim bulunmaktaydı. Ali ve Fuat paşa gibi devlet adamları, batı hukuk sistemini alıp İslam hukukuyla sentezleştirmek isterken, Ahmet Cevdet Paşa Osmanlı geleneğinden yol alınarak kanunlaştırma çalışmasından yanaydı¹⁹¹. Nihayetinde yerli ve milli bir düzenleme yapılması gerektiği anlayışıyla, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Komisyonu kurulmuş ve bugün kısaca Mecelle olarak anılan, bir mukaddime ve onaltı kitaptan oluşan 1851 maddelik “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*” hazırlanmıştır. Her bir kitabın ayrı bir komisyonu vardır ve her tamamlanan kitap 1869 yılından başlayarak 1876 yılına kadar yürürlüğe konulmuştur¹⁹². 16 Eylül 1876 tarihinde yürürlüğe giren en son kitap onaltıncı kitap olup, dördüncü bölüm (son kitap, son bölüm) madde 1841-1851 arası tahkime dair konular hakkındadır¹⁹³. Her ne kadar Mecelle’nin son maddesi (m. 1851) tahkim konusu altında düzenlenmiş olsa da, bu madde kanaatimizce tahkimden ziyade bir arabuluculuk düzenlemesidir.

Mecelle’de Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında yer alan birçok konu ve kurum düzenlenmiştir. Bu anlamda Mecelle, Özel Hukuk Kanunu niteliğindedir. Mecelle, hazırlanıp yürürlüğe konulduğu dönemin ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikte bir kanundur. Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ni Mecelle’nin tamamlayıcısı olarak kabul etmek gerekir¹⁹⁴.

¹⁹⁰ **Akgündüz**, Ahmet, “Hakem”, İslam Ansiklopedisi, C. 15, s. 172, **Şen**, s. 122.

¹⁹¹ **Öktem**, Niyazi, “Önsöz”, İlhan, Cengiz, Mecelle, Ankara 2011, s. 6.

¹⁹² **Karakoç**, Yusuf, “Sunuş”, İlhan, Cengiz, Mecelle, Ankara 2011, s. 9.

¹⁹³ Geniş bilgi için bkz. **İlhan**, Cengiz, Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye), Ankara 2011.

¹⁹⁴ **Karakoç**, s. 8.

Mecelle madde 1826 “*Akrabalar arasında meydana gelen veya sulh olma eğiliminde bulunan taraflar arasındaki davalarda hâkim bir veya iki defa taraflara uzlaşmalarını önerir, ihtar eder, kabul ederlerse Sulh Kitabında yazılı hükümlere göre sulh yapılır, kabul etmezlerse muhakameyi tamamlar*” hükmünü içermektedir. Bu madde hâkimin, akrabalar arasındaki davalarda mutlak ve diğer davalarda tarafların sulh olabilme ihtimalinin bulunması halinde uzlaşma önerisi yapmasını ve ihtar etmesini düzenleyen bir maddedir.

Mecelle’de düzenlenen tahkim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenen tahkimden bazı noktalarda farklılık göstermektedir. En önemli fark, hakemin uyuşmazlık konusu hakkında hüküm vermeden önce taraflardan her biri hakemi azledebilir (Mecelle m. 1847). Hâlbuki Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda hakemin reddini gerektiren sebepler (HMK. m. 417) varsa ancak hakem reddedilebilir (HMK. m. 418). Mecellede düzenlenen tahkimde, taraflar hakem hükmünü verinceye kadarki süreçte hakemi azledip, tahkim sürecinden çekilebilir. Ancak hakem hükmünü verdikten sonra karar bağlayıcıdır (Mecelle m. 1848). Uyuşmazlık taraflarının her birinin hakemi nedensiz azledebilmesi, hakemlerin tarafsızlığının, güvenilirliğinin ve uyuşmazlık çözüm sürecindeki faaliyetlerindeki hassasiyetlerinin tam olmasını gerektirmektedir.

Bir diğer fark, Mecelle’deki tahkim yönteminde hakem sayısı birden fazla olabilmekle beraber, karar için oybirliği gerekir. Bunun için hakem sayısı çift de olabilir (Mecelle m. 1844). Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 415’de öngörülen hükmün aksine, Mecelle’de hakemlerin birden fazla olması durumunda hakem heyetinin tek sayıdan oluşması gereği yoktur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre bu gereklilik, hakem heyetinin oy çokluğu ile de karar verebilir olmasından kaynaklanmaktadır.

Mecelleye göre bir taraf kendi hakemini, diğer taraf kendi hakemini seçerek iki kişiden hakem heyeti oluşturulmasının mümkün olduğunu, ancak hakem kararları için oy birliği gerektiğini ifade ettik. Bu durumda taraflar hakemlerini aynı zamanda sulh yapabilmeye yetkili vekil tayin etmişlerse hakemler uyuşmazlığı sulh yoluyla da çözümlerler (Mecelle m. 1850).

Mecelle'ye göre sultan tarafından tâyin edilmiş hâkim, hakem kararlarını usûlüne uygun bulup onaylaması gerekmektedir (m. 1849). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hakem hükmünün icra edilebilirliği için böyle bir formaliteye ihtiyaç yoktur. Hakem kararlarına karşı şartları varsa ancak iptal davası açılabilir (HMK m. 439).

Mecellenin son maddesi m. 1851 “*Bir kimse tahkime yetki verilmemiş olduğu halde iki kişi arasındaki davayı çözümledikten sonra taraflar onu kabul ve onun hükmüne onay (icazet) verseler, hüküm yerine getirilmesi gereken bir hüküm olur*” hükmünü içermektedir¹⁹⁵. Bu hükme göre, iki taraf arasındaki uyuşmazlığı, hakemlik yetkisi verilmemiş üçüncü bir kişinin tarafların razı olup onay vereceği şekilde çözümlemesi halinde, taraflarca onaylanmış bu çözüm kararı artık bağlayıcı yerine getirilmesi gereken bir hükümdür. Kanaatimizce, üçüncü kişinin hakem olmamasına veya hakem yetkisi verilmemesine ve üçüncü kişi çözüm kararının taraflarca kabul edilmedikten sonra bağlayıcı olmamasına göre, bu faaliyet bir tahkim faaliyeti değil, bir değerlendirici arabuluculuk faaliyetidir. Mecelle m. 1851, günümüzde dahi pek çok hukuk sisteminin öngörmediği bir uyuşmazlık çözüm yöntemini öngörmüştür. Üstelik çözüm kararını da tarafların kabul etmesi halinde icra edilebilir bir hüküm olarak öngörmüştür. Bu o dönemin şartlarına göre fevkalade ileri bir kanuni düzenlemedir.

Osmanlı adliye teşkilatı içerisinde arabuluculuk faaliyeti icra eden “*muslihûn*” (arabulucular) vardı. Islah ediciler demek olan muslihûn, uyuşmazlıklar mahkemeye intikal etmeden önce araya girip uyuşmazlığı gönül rızası ile çözmek için nasihat ederler, tarafları anlayışlı, sabırlı ve fedakâr olmaya çağırırlar, onları uygun bir çözüme ikna etmeye çalışırlardı. Böylece yoğun işleri arasındaki hâkime yardımcı olarak, daha öncesinde güzellikle halledilebilecek uyuşmazlıkları çözerlerdi¹⁹⁶. İstanbul Kadı Sicillerinde altıyüzsekiz hükümde muslihun kelimesi geçmektedir.

¹⁹⁵ Bu hüküm Mecelle m. 1453 de düzenlenmiş olan “*Sonradan verilen onay önceden verilen vekâlet hükmündedir*” ilkesine dayanır. Bkz. **Bilmen**, s. 252.

¹⁹⁶ **Çeker**, s. 16.

Başka bir ifadeyle altıyüzsekiz uyuşmazlık muslihun aracılığıyla sulh anlaşmasıyla çözümlenerek hükme bağlanmıştır¹⁹⁷.

Mecelle, 1926 da İsviçre’den alınarak kabul edilen yeni Medeni Kanun’a kadar yürürlükte kalmıştır. 4 Ekim 1927 tarihinde yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre’nin Neuchâtel Kantonuna ait 1925 tarihli Medeni Usûl Kanunu tercüme edilerek alınmıştır. O dönemde yeni Türkiye’nin kanunları yapılırken, Mecelle m. 1851 gibi, ileri kanun maddelerinin muhafaza edilip geliştirilmemesi üzüntü vericidir.

2. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ndeki Aile Meclisi

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye şahıs, miras ve aile hukukuna ilişkin hükümleri ihtiva etmiyordu. Bunun sebebinin, islami hükümleri gayri müslimlere uygulamamak ve bu konularda onlara serbestlik tanımak düşüncesinden kaynaklandığı sanılmaktadır. Daha sonra Osmanlı İmparatorluğu’nun tebası arasındaki dini ayrılıklar da dikkate alınarak, bütün vatandaşları içine alacak şekilde aile hukukuna ilişkin düzenlemeleri kapsayan bir kanun çalışması başlatıldı. Her dinin en yetkili en saygı değer şahısları toplantıya çağrıldı. Alt komisyonlarda yer alan kişiler, hristiyan, yahudi ve müslüman dini hukuk kurallarını iyi bilen kimselerdi¹⁹⁸.

İlk Türk aile hukuku kurallarını ihtiva eden 157 maddelik 1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Mecelle’nin yayım ve ilanındaki usûl uyarınca, Sadrazam ve Parlamento’nun onayına sunulmaksızın, Şeyhülislam tarafından hükümdara arz edilmek suretiyle 8 Ekim 1917 tarihinde yürürlüğe konuldu. Bu nedenle, Kararname şekli yönden tam bir kanun sayılmamakla beraber, maddi yönden tatbiki ve riayeti mecbur olması nedeniyle tam bir kanun niteliğine sahiptir. Kanun yerine Kararname terimi bunun için kullanılmıştır¹⁹⁹.

Aile Kararnamesi’nde sadece evlenme ve boşanma konuları düzenlenmiştir. Diğer nesep, nafaka ve çocuklarla ilgili komisyon çalışmaları devam ediyordu.

¹⁹⁷ www.kadısicilleri.org (s.e. 30.01.2017)

¹⁹⁸ Ünal, s. 208.

¹⁹⁹ Ünal, s. 210.

Ancak bu Kararname 19 Haziran 1919 tarihine kadar, 1 yıl 9 ay 11 gün yürürlükte kalabilmiştir. 16 Mart 1919'dan itibaren İstanbul'u işgal eden İtilâf Devletleri Kuvvetleri Yüksek Komiseryası müdahale ederek bu Kararnameyi yürürlükten kaldırmıştır²⁰⁰.

Aile Kararnamesinde Müslümanlar, Museviler ve İseviler olmak üzere üçlü bir ayırım gözetilmiştir. Maddelerden 13'ü yalnız Museviler'e, 27'si yalnız İseviler'e ve 5'i her iki cemaate ilişkin müşterek hükümlerdir. Maddelerden 112'si Müslümanlara ilişkin hükümlerdir. Bununla birlikte Kararname'nin 115. maddesindeki *"iş bu kararnamede gayrimüslimler hakkında istisnâen beyan olunan ahkâma muhalif olmayan mevad, sarahat-ı mahsusa olmadıkça onlar hakkında dahi caridir"* hükmüne göre, Kararname'nin maddelerinden 115'i Müslümanlarla İseviler arasında, 134'ü Müslümanlarla Museviler arasında, 97'si her üç cemaat arasında müşterektir²⁰¹.

Aile Kararnamesi m. 130²⁰², *"Eğer karı ile kocanın aralarının açılmasından endişeye düşerseniz, o vakit kendilerine erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden bir hakem gönderin. İki taraf (arayı) düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır"* ayet-i kerimesine dayanmaktadır. Kararnamede geçen *"aile meclisi"* karı koca arasındaki uyuşmazlıklarda, tarafların ailelerinden hâkim tarafından seçilen birer hakemden oluşan hakem heyetidir. Aile meclisi denmesinin nedeni hakemlerin her iki tarafın ailelerinden seçilmesi nedeniyledir. Hâkim, taraf ailelerinde hakem veya hakem vasfında kimse bulunmaz ise hakemleri aile dışından tayin eder. Aile meclisi önce

²⁰⁰ Ünal, s. 211.

²⁰¹ Ünal, s. 226.

²⁰² Aile Kararnamesi m.130 *"Zevceyn beyninde niza ve şikak zuhur edip de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse hâkim tarafeyn ailelerden birer hakem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunamaz veya bulunupta hakem olacak evsafı hâiz olmazsa hariçten münasiplerini tayin eder. Bu suretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifâdât ve müdâfaâtını tedkik ile beynlerini ıslaha çalışır. Kabil olmadığı surette kusur zevcede ise beynlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlaa eyler. Hakemler ittîfak edemezler ise hâkim evsaf-ı lazimeyi hâiz diğer bir heyet-i hakemiyye veya tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hakem tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat'i ve nâkâbil-i itirazdır"* hükmünü içerir. Bkz. Çeker, Orhan, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Konya 2012, s. 16.

arabuluculukla eşler arasındaki uyuşmazlığı ortadan kaldırmaya ve eşlerin arasını düzeltmeye çalışır²⁰³. Buna rağmen uyuşmazlık çözümlenemiyorsa tahkim yöntemiyle uyuşmazlık hakkında bağlayıcı karar verir. Bu manada aile meclisini oluşturan hakemlerin uyuşmazlık çözümünde kullandığı yöntem, arabuluculuk-tahkim (med-arb) yöntemidir. Aile meclisine hakemler hâkim tarafından tayin edildiği için, tarafların hakemi azletme yetkisi yoktur²⁰⁴. Aile meclisinin kararları kesin olup itiraz mümkün değildir. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesinde düzenlenen “*aile meclisi kurumu*” İmam Mâlik’in görüşü esas alınarak hazırlandığından, bu meclisin aile uyuşmazlıklarında verdiği kararlar bağlayıcı ve kesindir²⁰⁵.

Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa hukuk sistemlerinde daha yakın tarihte öngörülmeye başlanan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk-tahkim yöntemi, Osmanlı hukuk sisteminde Aile Kararnamesi ile yüz yıl önce yerini almıştır.

3. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’ndaki Sulh Teşebbüsü

Mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’na (HUMK m. 494-499)²⁰⁶ göre, asliye hukuk mahkemelerine boşanma ve ayrılık davası açılabilmesi için öncelikle sulh hâkimi huzurunda sulh teşebbüsünde bulunma şartı mevcuttu. Sulh

²⁰³ **Ekinci**, Ekrem Buğra, Akim Kalan Bir Teşebbüs: Osmanlı Aile Kanunu, Tarih ve Medeniyet 1997, S. 43, s. 51.

²⁰⁴ Mecelle m. 1847 c.2’ ye göre, hâkimin seçtiği hakem, hâkimin naibi durumundadır. Bu nedenle Aile Meclisi hakemleri azledilemez ve “*tarafların her birinin hükümden önce hakemi azledebilme*” kuralının istisnasını oluşturur.

²⁰⁵ Ebû Hanife ve bir rivayete göre İmam Şafii ve Ahmet b. Hanbel’e göre, hakemler uyuşmazlık taraflarının vekili durumundadır. Müvekkilleri neye yetki vermişlerse ancak o kararları geçerli olur. Dolayısıyla bağlayıcı karar veremezler. İmam Mâlik ve bir kısım ulemaya göre ise, hakemler hâkim hükmündedir, tarafların vekâletine ihtiyaç olmadan bağlayıcı karar verebilirler. Bkz. Yukarıda, “*İslam Hukuku Kaynaklarında Uyuşmazlık Çözümü*”.

²⁰⁶ 26.9.1963 tarih 338 Sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

teşebbüsünün yarar sağlamadığına ilişkin sulh mahkemesi kararının boşanma davasından önce alınması gerekliydi²⁰⁷.

Mülga HUMK m. 497 “*Karı veya koca davete icabet etmezse sulh teşebbüsü akim kalmış addolunur. Sulh teşebbüsü sulh hâkiminin odasında karı ve koca yalnız olarak hafiyen icra olunur. Sulh hâkimi karı ve kocayı aralarında ihtilaf olan mesele hakkında şifahen isticvap edildikten sonra sulh etmeye çalışır. Sulh teşebbüsü esnasında geçen sözler zabıtnameye yazılmayacağı gibi bilâhare dahi dermeyeran olunamaz*” hükmünü içermektedir. Bu hükme göre, boşanma ve ayrılık davalarında sulh hâkimine arabuluculuk yapma görevi verilmişti. Sulh hâkiminin görevi, sulh (barıştırma) ile sınırlı zorunlu mahkeme içi arabuluculuk faaliyetiydi. Zira boşanma ve ayrılık davalarında sulh teşebbüsü yapılmaması davanın esasına girilmesini engelleyici bir şarttı²⁰⁸. Arabuluculuk faaliyetinin amacı sadece karı ve kocayı barıştırarak sulh etmektir. Sulh teşebbüsünün amacı karşılaştırmalı hukukta var olan mahkeme içi arabuluculuk faaliyetinde olduğu gibi, hukuk sistemlerinin mümkün kıldığı alanlarda tarafların kabul edebileceği her türlü uyuşmazlık çözümünü bir karar olarak çıkarmak değildir. Bu manada sulh hâkiminin arabuluculuğu dar kapsamlı ve sınırlı bir arabuluculuktur. Ancak sınırlı ve dar kapsamlı da olsa, asıl uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi olmayan bir hâkim tarafından mahkemede yürütülen arabuluculuk, bir “*mahkeme içi arabuluculuk*” faaliyetidir²⁰⁹.

Sulh teşebbüsünün kaldırılma gerekçesinde “...*Sulh teşebbüsünün tatbikattaki tatbik şekli, gizli olarak sulh hâkimi tarafından, taraflara aile birliğinin önemini anlatmak ve boşanmaya gitmemelerini ve barışmalarını temin etmektir. Hâlbuki bu husus her sebebe müstenit boşanma davalarında esasen boşanma hâkimleri*

²⁰⁷ **Ercan**, İbrahim, Aile Mahkemelerinde Uyuşmazlığın Sulh Yoluyla Çözülmesi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 84; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 842; İBK 21.03.1960 T. 19 E. 6 K.

²⁰⁸ Mülga HUMK m. 494’deki bu sulh teşebbüsünün istisnası HUMK m. 496’ da düzenlenmiştir. Buna göre, taraflardan birinin yurt dışında ikamet etmesi veya ikametgahının meçhul olması ya da sulh teşebbüsünün her halde faydasız kalacağına ilişkin sulh mahkemesi hâkiminin kararı bu zorunluluğun istisnalarıdır. Ancak bu halde de sulh hâkiminden sulh teşebbüsünden istisna tutulduğuna ilişkin kararı, boşanma ve ayrılık davasında sunulması gerekmektedir.

²⁰⁹ **Hagel**, s. 88; **Gottwald**, Handbuch, s. 968; **Glaser/Schroeter**, s. 13; **Peter**, s. 3. Almanyada mahkeme içi arabuluculuk için bkz. aşağıda “*Almanya’da Arabuluculuk*”.

tarafından yerine getirilmektedir. Asrımızın en kıymetli hazinelerinden birisi de zaman ve sürattir...Bu maddeler tatbikatta...tarafllara fayda yerine külfet tahmil eder hale gelmiştir...” ifadelere yer verilmiştir. Sulh teşebbüsü ile ilgili düzenlemenin kaldırılması gerektiği görüşünü ileri sürenler²¹⁰ olduğu gibi, kanunun kaldırılma gerekçesindeki eleştirileri yersiz bulanlar²¹¹ da olmuştur²¹².

III. Yürürlükte Olan Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

1. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da Düzenlenen Tüketici Hakem Heyeti

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un²¹³ (TKHK) amacı, m. 1’de, kapsamı m. 2’de belirtilmiştir²¹⁴. Bu amaç ve kapsam doğrultusunda tüketici uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik olarak, Kanun’un 66. maddesi, tüketici hakem heyetlerini oluşturmak için Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nı görevlendirmiştir. TKHK m. 68 hükmü, belirli bir değerin altındaki tüketici uyuşmazlıklarında tüketici hakem heyetlerine başvuruyu zorunlu kılmıştır²¹⁵. Tüketici hakem heyetleri de, görev ve yetki alanına giren başvuruların gereğini yapmak üzere kabul etmek zorundadır²¹⁶.

²¹⁰ **Önder**, Akil, Sulh Teşebbüsü ve İhbar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İle Medeni Kanunda Tadilat İcrasına İhtiyaç Varmıdır? Adalet Dergisi 1942, S. 1-12, s. 1035; **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet, Evlenme ve Boşanma Hukukumuzda Medeni ve Cezai Bakımdan ne gibi Tadilâta İhtiyaç Vardır? Adalet Dergisi 1944, S. 1-12, s. 97.

²¹¹ **Petek**, Hasan, Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları, İzmir Barosu Dergisi, 2000, S. 3, s. 35; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 843.

²¹² **Ercan**, Sulh, s. 85.

²¹³ RG T. 28 Kasım 2013 S. 28835, kanun metni için bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.aspx?MevzuatKod=1.5.6502&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=6502> (s.e. 14.06.2016)

²¹⁴ TKHK m. 1 “Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir” şeklinde hüküm altına alınmıştır.. Devamında m. 2 “Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar.” hükmünü içermektedir.

²¹⁵ HMK m.114 f.2 anlamında TKHK m. 68 f. 1 hükmü, özel bir dava şartıdır.

²¹⁶ Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 6 f. 5. Bkz. RG, T. 27.11.2014 S. 29188.

Bununla birlikte, m. 68 f. 1’de ilçe ve il tüketici hakem heyetlerinin uyuşmazlık konusunun değerine göre görev sınırları da belirlenmiştir. Bu belirli değer üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz. Görevli tüketici hakem heyetinin tespitinde başvuru tarihindeki parasal sınırlar dikkate alınır. Başvurunun, tek bir uyuşmazlıkla ilgili olması ve uyuşmazlık konusunun bu maddede belirtilen parasal sınırları aşması hâlinde, sınırları aşan kısımdan feragat edilerek tüketici hakem heyetine başvuru yapılabilir. Bu parasal sınırlar her takvim yılı, yeniden değerlendirme oranında arttırılarak uygulanır²¹⁷. Bu maddedeki, tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu, tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir (TKHK m. 68 f. 5). Tüketicilerin alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma ve tüketici hakem heyetine başvurma arasında bir seçim hakkı vardır²¹⁸.

Tüketici hakem heyetleriyle, tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında çıkan uyuşmazlıkların daha hızlı, kolay ve en az masrafla çözümlenmesi hedeflenmiştir²¹⁹. Aynı zamanda tüketici mahkemelerinin iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmıştır. Halen ülkemizde 81 il ve 919 ilçede olmak üzere toplam 1011 tüketici hakem heyeti görev yapmaktadır. Bazı ilçelerde birden fazla hakem heyeti bulunmaktadır²²⁰.

Tüketici hakem heyetlerinin görevi, bakanlık, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıkları çözüme bağlamaktır (TKHK m. 66 f.1). Ancak, cezai yaptırıma bağlanmış konular bunun dışındadır (TKHK m. 77). Tüketici hakem heyeti kararları taraflar için bağlayıcıdır. Bu kararlara karşı taraflar

²¹⁷ Şu anki değerler (2017 yılı); TKHK m. 68 f. 1 ve 4’e göre, değeri 2.400 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, 3.610 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise 2.400 Türk Lirası ile 3.610 Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur.

²¹⁸ **Ermenek**, İbrahim, Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 603.

²¹⁹ **Pekcanitez**, Hakan, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 1996, Yıl 6, s. 41; **Ulukapı**, Ömer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1996, C. 5, S. 1-2, Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan, s. 79.

²²⁰ **Tutumlu**, Mehmet Akif, Türk Hukuk Sisteminde Tüketici Hakem Heyetleri, Ankara 2016, s. 43.

15 gün içerisinde tüketici mahkemelerine itiraz edebilir. İtiraz üzerine tüketici mahkemelerinin vereceği kararların kesin olduğu Kanun'da açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, tüketici hakem heyeti kararları, İcra ve İflâs Kanunu'nun ilâmların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine (İİK. m. 22 f. IV) göre yerine getirilir. Tüketici mahkemelerine itiraz, tüketici hakem heyeti kararlarının icrasını durdurmaz. Ancak talep edilmesi şartıyla hâkim, tüketici hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir (TKHK m.70).

Tüketici hakem heyetlerinin, hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre ADR yöntemi²²¹, bir görüşe göre alternatif uyuşmazlık çözümü gerçekleştiren resmi bir kuruluş²²², bir görüşe göre uzlaştırma²²³, bir görüşe göre arabulucu veya sulhe teşvik edici kurul²²⁴, bir görüşe göre bir çeşit arabuluculuk faaliyeti²²⁵, bir görüşe göre yarı yargısal bir faaliyet²²⁶, bir görüşe göre zorunlu tahkim²²⁷, bir görüşe göre zorunlu tahkim ve idari başvuru²²⁸ ve diğer bir görüşe göre ne tahkim ne de ADR yöntemi olmayıp kendine özgü (sui generis) yargılama dışı bir uyuşmazlık çözüm yoludur²²⁹.

²²¹ **İldır**, s. 130, **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 972.

²²² **Pekcanitez**, Hakan, Tüketici Mahkemeleri, İstanbul Barosu Dergisi, 1996/1-2-3, s. 145; **Konuralp**, Haluk, 20. Yüzyıl Sonunda Medeni Usul Hukuku Sorunlarına Bir Bakış, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, Yıl 2, S. 10, s. 538; **İldır**, s. 130; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 85.

²²³ **Özmumcu**, s. 273.

²²⁴ **Ulukapı**, Tüketici, s. 80.

²²⁵ **Uyumaz**, Alper, Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, SÜHFD 2012, C. 20, S. 1, s. 129.

²²⁶ **Başlar**, Kemal, Anayasa Yargısında “Davaya Bakmakta Olan Mahkeme Kavramı”, Anayasa Yargısı İncelemeleri, Ağustos 2006, s. 220.

²²⁷ **Tanrıver**, Özellikle Arabuluculuk, s. 175; **Ermeneek**, s. 580; **Atalı**, Murat, 6502 Sayılı Kanun'un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Prof. Dr.Ejder YILMAZ'a Armağan, Ankara 2014, C. 1, s. 412.

²²⁸ **İlhan**, Cengiz, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2006, s. 296; Kulaklı, Emrah; Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ve Tüketici Mahkemeleri, s. 4, 17; http://www.odakhukuk.com/tr/files/Tuketici_Sorunlari_Hakem_Heyeti_ve_Tuketici_Mahkemeleri.pdf (s.e. 16.06.2016)

²²⁹ **Budak**, Ali Cem, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014 Özel Sayı, İzmir 2015, C. 1, s. 79; <http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/AL%C4%B0-CEM-BUDAK.pdf> (s.e. 16.06.2016); **Tutumlu**, s. 40.

Tabi bu değerlendirmelerin bir kısmının bir önceki 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun döneminde yapıldığı göz önünde tutulmalıdır²³⁰.

Kanaatimizce, tüketici hakem heyetinin uyuşmazlık çözümünün hukuki niteliği “*bozucu şarta bağlı zorunlu tahkimdir.*” Anayasanın 9. maddesi anlamında maddi anlamda yargı yetkisi kullanan²³¹ ancak Anayasanın 138-158. maddelerine göre mahkeme sayılmayan²³² tüketici hakem heyetlerinde zorunlu tahkim neticesi verilen kararlar bağlayıcıdır. Karara itiraz icrayı durdurmaz. İlk derece mahkemesi olan tüketici mahkemesi, tüketici hakem heyetinin çözüm kararlarına karşı itirazlarda bir kanun yolu (istinaf) incelemesine benzer şekilde inceleme yapmaktadır²³³. Başka bir ifadeyle tüketici hakem heyeti kararının hukuka uygun olup olmadığını incelemektedir. Ancak tüketici hakem heyetine itiraz Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında bir kanun yolu olmadığından, tüketici mahkemesinin hukuka aykırı bir durumu tespit etmesi, bozucu bir şartın varlığını tespittir. Bozucu şart, hukuka aykırılığın tüketici mahkemesince tespitidir. Tüketici mahkemeleri, tüketici hakem heyeti kararında, bozmayı gerektirir bir şart tespit etmezse, tarafların yükümlölüklerini belirten çözüm kararını deęiştiremez²³⁴. Tüketici mahkemesi, kararı bozmayı gerektirir bir şart tespit ederse, tüketici hakem heyeti kararını bozup yeni bir karar verir.

Tüketici hakem heyetlerine başvuru, irâdi olmadığı ve tüketici hakem heyetlerinde yer alan hakemleri seçmekte de tarafların bir rolü olmadığı için Hukuk

Tutumlu tüketici hakem heyetlerinin bir ADR yöntemi olduğuna ilişkin önceki görüşünü değiştirmiş, aynı şekilde sui generis bir yapı olarak nitelendirmiştir.

²³⁰ Bu dönemde tüketici hakem heyetleri bağlayıcı olmayan karar verebilmekteydi.

²³¹ Anayasa Mahkemesi’nin 03.03.2004 T. 2003/98 E. 2004/31 K. sayılı kararı, (RG 10.07.2004 T. 25518 S.)

²³² Anayasa Mahkemesi’nin 31.05.2007 T. 2007/53 E. 2007/61 K. Sayılı kararı, (RG 27.12.2007 T. 26739 S.)

²³³ **Erişir**, Evrim, Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü, Editör İncooğlu, Murat, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar), İstanbul 2015, s. 93; **Tutumlu**, s. 153.

²³⁴ Bu yönü itibariyle karşılaştırmalı hukukta incelediğimiz inşaat sektöründe bir çözüm yöntemi olarak kullanılan “*hüküm (Adjudikation)*” yöntemine benzemektedir. Bu yöntem, hukuki niteliği itibariyle bozucu şarta bağlı tahkim olarak görülmektedir. Bkz. **Horstmeier**, s. 131.

Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen ihtiyari tahkim değil²³⁵, zorunlu tahkimdir. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümlerini, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde kıyasen uygulamak doğru olmaz²³⁶.

Tahkimin artık bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmadığı görüşü²³⁷ yaygın hale gelmişken, ihtiyârî tahkimin hukuki niteliğini aşan iki özelliğini (başvuruda zorunluluk ve hakem seçememe) bünyesinde barındıran tüketici hakem heyetlerinin, özellikle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin irâdilik (başvuru zorunlu bile olsa, süreçten ayrılma ve çözüm sonucuna uymanın gönüllü olması), taraf egemenliği, gizlilik ve esneklik gibi temel ilkeleri kapsamaması karşısında bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu söylenemez. Nitekim Tüketici Uyuşmazlıklarına İlişkin Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Üzerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2013/11/EU Sayılı Yönergesi, üye devletlerin kendi ülkelerinde kurulan alternatif uyuşmazlık çözüm kurumlarının, bir çözüme zorlama gücüne sahip olup olmadıklarını belirlemeye ilişkin yetkinliğini kabul etmesine²³⁸ rağmen, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle uyuşmazlığın çözümünü ulusal mevzuat zorunlu kılmışsa, taraflardan tüketiciye herhangi bir aşamada süreçten çekilebilme imkânının sağlanmasını²³⁹ ve çözüm kararının bağlayıcılığının tüketici açısından değil, tüketicinin çözüm kararını kabul etmesi halinde ancak tacir için mümkün olabileceğini²⁴⁰ hüküm altına almıştır²⁴¹. Yönerge kriterlerine göre de²⁴²

²³⁵ **Zevkliler**, Aydın, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, İzmir 1996, s. 215; **Pekcanıtez**, Tüketici, s. 41; **Ulukapı**, Tüketici, s. 80; **Taşkın**, s. 5; **İldır**, s. 130; **Budak**, s. 80.

²³⁶ **Budak**, s. 80.

²³⁷ **Akıncı**, s. 100; **Küçükgüngör**, s. 141; **İldır**, s. 61; **Pekcanıtez**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, s. 15; **Özbay**, Alternatif, s. 463; **Tanrıver**, Özellikle Arabuluculuk, s.171; **Kekeç**, s. 22; **Şanlı**, s. 372; **Eksi**, s. 51; **Arslan /Tanrıver**, s. 214; **Bulur**, Avukatlık Kanunu, s. 200; **Ulukapı/Kıyak**, s. 1655.

²³⁸ Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 1 ve 2(4).

²³⁹ Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 9(2-a).

²⁴⁰ Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 9(3).

²⁴¹ Bkz. www.eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/11/oj (s.e. 16.06.2016).

tüketici hakem heyetlerinin uyuşmazlık çözümleri, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir.

Tüketici hakem heyetlerinin, Yönerge'ye göre bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi sayılabilmesi, ancak sürece başvuru zorunlu dahi olsa süreçten ayrılabilme serbestisinin tüketiciye sağlanması ve çözüm kararının tüketici açısından değil, tüketicinin kabul etmesi halinde tacir için bağlayıcı olacağının kabulüyle mümkündür. Bu yapılamadığı takdirde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 68 f. 5' deki *"Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir"* hükmünce, Yönerge'nin²⁴³ bu kriterlerinin arabuluculuk ve benzeri alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle (özellikle uzlaştırma yöntemiyle) sağlanabilmesine imkân verilebilir. Ancak Yönerge'deki bu kriterlerin, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile getirilen arabuluculuk yöntemiyle sağlanması hedefleniyorsa, tüketici uyuşmazlıkları için ek düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Örneğin; Yönerge'deki, uzmanlık (m. 6), adillik (m. 9), hukuka uygunluk (m. 11), etkinlik (m. 8) ve şeffaflık (m. 7) kriterleri için hak temelli değerlendirici arabuluculuk yaklaşımının kabul edilmesi ve diğer kriterlerin sağlanması gerekmektedir²⁴⁴.

²⁴² Bu Yönerge'de ayrıca, ADR kurumlarına ve yöntemlerine erişim (m. 5), uzmanlık, bağımsızlık ve tarafsızlık (m. 6), şeffaflık (m. 7), etkinlik (m. 8), âdillik (m. 9), serbestlik (m. 10), hukuka uygunluk (m. 11), ADR yöntemlerinin zamanaşımı sürelerine etkisi (m. 12), tüketicileri bilgilendirme (m. 13), tüketiciler için yardım (m. 14) ve genel bilgi (m. 15) başlıkları altında kriterler mevcuttur. Bu kriterlerin, HUAK ile getirilen arabuluculuk yöntemiyle sağlanabilmesi için tüketici uyuşmazlıkları için ek düzenleme yapılmasını gerektirmektedir.

²⁴³ Bu Yönerge, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 2008/52/EC Sayılı Yönerge hükümlerinin önüne geçmez. Bkz. Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 3.

²⁴⁴ Üye devletlerin, 9 Temmuz 2015 tarihi itibarıyla, bu Yönergeye uygun mevzuat hükümlerini yürürlüğe koyarak, bu hükümlerin aslını Komisyona iletmeleri hüküm altına alınmıştır. Bkz. Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 25.

2. Avukatlık Kanunu 35/A Maddesine Göre Uzlaşma

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun “*Uzlaşma sağlama*” başlıklı madde 35/A²⁴⁵ hükmü, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara ilişkin uyuşmazlıklarda, avukatlara, uyuşmazlığın tarafı olan müvekkilleriyle birlikte ilâm niteliğinde uzlaşma belgesi hazırlayabilme yetkisi vermiştir. Bu hükme göre ancak dava açılmadan veya dava açılmış ise ilk duruşmaya kadar, avukat müvekkiliyle birlikte karşı tarafı uzlaşma için davet edebilir. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Uzlaşma tutanağının İcra ve İflâs Kanunu madde 38 anlamında ilâm niteliğinde olabilmesi için hem uyuşmazlığın taraflarınca hem de taraf avukatlarınca birlikte imzalanması şarttır²⁴⁶.

Avukatlık Kanunu Yönetmeliği²⁴⁷ m. 16 uzlaşma müzakerelerine, m. 17 uzlaşma tutanağının şekline ilişkin düzenlemeleri içerir. Avukatlık Kanunu'nda ve Yönetmeliği'nde “*uzlaşma sağlama*” ve “*uzlaşma müzakereleri*” kavramı kullanılmıştır ki, bu doğru bir kullanımdır. Yönetmelik m. 16 da, yedi kez “*uzlaşma müzakereleri*” kavramı kullanıldığı halde sadece bir kez hatalı bir şekilde “*uzlaştırma müzakereleri*” kavramı kullanılmıştır²⁴⁸. Uzlaştırma kavramının burada

²⁴⁵ Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 2/5/2001 tarih 4667 sayılı Kanunun 23. maddesiyle, Avukatlık Kanunu'na 35/A maddesi eklenmiştir. Bu madde “*Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir*” hükmünü içermektedir.

²⁴⁶ Geniş bilgi için bkz. **Ulukapı**, Ömer, Avukatlık Kanununda Değişiklik yapılmasına Dair 4667 Sayılı Kanunla Getirilen “İlam Niteliğinde Belge” Üzerine İnceleme, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 455; **Özbek**, Mustafa, Uyuşmazlık Çözümünün Ekonomik Değerlendirmesi ve Karar Ağacı Analizi, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara Barosu 2009, s. 105-112.

²⁴⁷ RG T. 19.06.2002, S. 24790.

²⁴⁸ Kavram birliği kurulamaması açısından haklı eleştiriler için bkz. **Özbay**, s. 388; **Özmumcu**, s. 267

kullanılmaması gerekir²⁴⁹. Avukatlık Kanunu m. 35/A da düzenlenen uyuşmazlık çözüm yöntemi, bir uzlaştırma ya da arabuluculuk yöntemi olmayıp, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde yer alan müzakere yöntemidir²⁵⁰.

Arabuluculuk ve uzlaştırma yönteminin aksine, müzakere yoluyla bir uyuşmazlığın çözümünde, üçüncü kişi (arabulucu/uzlaştırıcı) aracılığı olmadan, uyuşmazlık taraflar arasında çözüm amaçlı tartışılır. Müzakereye katılım ihtiyâridir ve müzakere süreci üzerinde taraflar tam kontrol sahibidir. Çünkü müzakere sürecinde taraflar dışında bir yönetici üçüncü kişi veya karar verici otorite yoktur. Müzakerelere taraf avukatları da katılabilir. Müzakere sürecinde ve alınacak kararlarda sadece taraflar söz sahibidirler²⁵¹. Avukatların da katıldığı müzakereler “uzlaşma müzakeresi (*settlement negotiation*)” olarak adlandırılır²⁵². Bu halde uzlaşma müzakereleri hukukun gölgesinde yapılır²⁵³.

Doktrinde bir görüş, uyuşmazlık çözümünde avukatın artık bir taraf değil tarafsız üçüncü kişi konumunda olduğu, bu nedenle arabulucu ve uzlaştırmacı rolünü üstlendiğini ileri sürmüştür²⁵⁴. Ancak arabuluculuk ve uzlaştırma yöntemlerinde, uyuşmazlığın taraflarının tamamı, aynı üçüncü kişi arabulucu veya uzlaştırmacıyla anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk ya da uzlaştırma sürecini yönetmesi için aynı üçüncü kişiye (arabulucuya) vekâlet

²⁴⁹ Özbay, uzlaştırma kavramını kullanma gerekçesi olarak “biz uzlaştırma kavramını sadece alternatif çözüm yolu olan uzlaştırma için değil, avukatın taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözümüne ilişkin diğer yöntemleri de içine alan bir üst kavram olarak kullanmanın daha doğru olacağı kanaatindeyiz.” görüşünü ileri sürmüştür. Ancak bu gerekçeyle “uzlaştırma” kavramının kullanılması kavram kargaşasına yol açacaktır. Ayrıca, acaba kullanılan “uzlaştırma” kelimesi ile alternatif çözüm yöntemi olarak “uzlaştırma yöntemi” mi kastedildi, yoksa bütün alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini kapsayacak bir üst kavram olarak “sulh” anlamı mı kastedildiğinin araştırmasını yapmak gerekecektir. **Özbay**, s. 389.

²⁵⁰ Bkz. Aynı yönde görüş için, **Tanrıver**, Özellikle Arabuluculuk, s. 173.

²⁵¹ **Montada/Kals**, s. 23; **Horstmeier**, s. 119-120; **Tanrıver**, s. 160.

²⁵² **Özbek**, Mustafa, Uzlaşma, Hukuk Merceği 11, Konferans ve Paneller, Ankara Barosu 2010, s. 393.

²⁵³ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 154.

²⁵⁴ **İldır**, s. 140-141; **Özbek**, 35/A’ya göre Arabuluculuk, s. 129; **Sungurtekin-Özkan**, Meral, Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, MİHDER 2005/2, s. 360; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 70-71.

vermektedir²⁵⁵. Hâlbuki uzlaşma müzakerelerinde taraflar aynı üçüncü kişiye (arabulucuya) vekâlet vermemekte; kendi hak ve menfaatlerini gözetmesi için taraflardan her biri kendi avukatına vekâlet vermektedir. Vekilin, müvekkilinin menfaatlerini korumada gösterilecek özen borcundan doğan sorumluluğu uzlaşma müzakeresinde sadece kendi müvekkiline karşıdır. Arabuluculuk ve uzlaştırma yönteminde arabulucunun ve uzlaştırıcının vekâlet sözleşmesinden doğan özen borcu uyuşmazlığın bütün taraflarına karşıdır. Nitekim arabuluculuk yönteminin ilkelerinden olan tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesi müzakere yönteminde taraf avukatları açısından geçerli değildir. Uzlaşma müzakeresinde avukatlar müvekkillerine bağlı olup, her bir avukat kendi müvekkilini temsil etmektedir. Uzlaşma müzakeresi davetinin kabul edilip, müzakerelere girişilmesi bir tarafın, diğer taraf avukatına da vekâlet verdiği anlamına gelmez. Nitekim uzlaşma tutanağında sadece bir avukatın değil, her iki avukatında imzasının bulunmasının şart olması da bu görüşü doğrulamaktadır. Ayrıca arabuluculuk yönteminde varılan uyuşmazlık çözümünün hak temelli olmaması arabulucu açısından bir sorumluluk gerektirmediği halde, Avukatlık Kanunu m. 35/A anlamında uzlaşma tutanağının hak temelli olarak düzenlenmemesi tarafların da imzaları bulunmasına rağmen avukatlara özen borcundan²⁵⁶ kaynaklanan bir sorumluluk getirebilir. Nitekim Avukatlık Kanunu m. 35/A ya göre düzenlenen uzlaşma tutanağına, arabuluculuk yönteminden farklı olarak icra edilebilir şerhine gerek olmaksızın, doğrudan İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğinde belge sayılması bu sorumluluğun bir sonucudur. Bu nedenlerle Avukatlık Kanunu m. 35/A maddesine

²⁵⁵ Doktrindeki hâkim görüşe göre arabuluculu sözleşmesi (bkz. aşağıda § 9, B, IV, “*Arabulucu Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği*”), Türk hukukunda hukuki niteliği itibariyle bir vekâlet sözleşmesi olarak görülmektedir. TBK m. 502 f. 2’ye göre de arabulucu sözleşmesine niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekâlete ilişkin hükümler uygulanır.

²⁵⁶ Vekilin özen borcuna ilişkin geniş bilgi için bkz. **Başpınar**, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004; **Yalçınduran**, Türker, Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2007, s. 75; TBK’ da vekâletin kapsamı başlıklı m. 504 f. 1 “*Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir.*” Vekilin borçları üst başlıklı ve şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme alt başlıklı m. 506 f. 2 ve 3 “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.*” hükmünü içermektedir.

göre uzlaşma faaliyetinde bulunan avukat, arabulucu veya uzlaştırıcı değil, müzakerecidir.

Uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk faaliyeti neticesinde varılan çözüm anlaşmasını, Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın öngördüğü şekilde bir uzlaşma tutanağı olarak da düzenleyebilirler. Bu durumda çözüm anlaşmasını içeren uzlaşma tutanağı ilâm niteliğine haiz olduğundan, çözüm anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi talep edilmesine ihtiyaç yoktur. Ancak m. 35/A ya göre düzenlenecek uzlaşma tutanağının, uyuşmazlık konusu hakkında dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce düzenlenmesi gerekmektedir. Bu bakımdan arabuluculuk yöntemi ve Avukatlık Kanunu m. 35/A da öngörülen müzakere yöntemi birbirinin rakibi değil, yardımcısı ve tamamlayıcısıdır.

3. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'a Göre Sulh Yoluyla Çözüme Teşvik

9.1.2003 tarih, 4787 sayılı, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un²⁵⁷ (AMK) "*Usul hükümleri*" başlıklı 7. maddesinin 1. fıkrası "*Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir*" hükmünü²⁵⁸ içermektedir.

Kanun koyucu, aile mahkemelerine ilişkin bu usûl hükmüyle aile mahkemelerinin, önlerine gelen uyuşmazlıkları öncelikle sulh yoluyla

²⁵⁷ RG T. 18/1/2003, S. 24997.

²⁵⁸ Hükümet Gerekçesinde bu konuya ilişkin olarak şöyle denilmektedir: "*Tasarıyla kurulması öngörülen ve bünyesinde psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı bulunan aile mahkemeleri, aile hukukundan doğan dava ve işleri, taraflar arasındaki karşılıklı saygı sevgi ve hoşgörünün korunması ilkesini gözeterek, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak, eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunların sulh yoluyla çözümünü sağlamaya çalışacaktır.*"

çözümlemesini istemiştir²⁵⁹. AMK m. 7 f. 1' deki “*sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder*” şeklindeki hüküm ifadesi, sulh girişiminin zorunlu olup²⁶⁰ olmadığı²⁶¹ noktasında doktrinde tartışmaya neden olmuştur. Yargıtay sulh teşebbüsünde bulunulmamasını bozma nedeni saymamıştır²⁶². Sulh girişiminin başarıya ulaşabilmesi için hâkim AMK m. 5'e göre uzmanlardan da yararlanabilir. Uzmanlardan yararlanıp yararlanmamak hâkimin

²⁵⁹ **Tercan**, Erdal, Türk Aile Mahkemeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2003, C. 52, S. 3, s. 19-53; AMK m. 6 f. 1/a bendi gereğince, aile mahkemeleri, “*Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak, gerektiğinde uzlaştırmaya*” yetkilidir. Ayrıca TMK m. 195 f. 2 aile birliğinin korunması başlığıyla “*Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.*” hükmünü içermektedir. Bu iki madde de geçen “*uzlaştırma*” kelimesi alternatif uyuşmazlık yöntemi anlamında değil, “*sulhe teşvik*” kavramı anlamında kullanılmıştır. Nitekim hâkimin sulhe teşvik etme görevini nasıl yapacağına ilişkin usul hükmü AMK m. 7 f. 1 açıkça uyuşmazlığın “*sulh yoluyla çözümünün teşvikini*” öngörmektedir.

²⁶⁰ **Tercan**, s. 48; **Karagülmez**, Ali/**Ural**, Sezai, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003, s. 207; **Ayan**, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 133; **Aras**, Bahattin, Aile Mahkemelerinde Yargılama Usulü Dergisi, Ankara Barosu Dergisi, 2007/65, S. 2, s. 159; **İldir**, s. 148; **Ercan**, Sulh, s. 78; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 82.

²⁶¹ **Baktır**, Selma, Aile Mahkemeleri, Ankara 2003, s. 77; **Özüğür**, Ali İhsan, Boşanma, Evlenmenin İptali, Ayrılık Davası, Tanıma Tenfiz Aile Mahkemesi İlişkisi, İzmir Barosu Dergisi, 2004, S. 1, s. 34.

²⁶² **Ercan**, Sulh, s. 78. Yargıtay 2. HD, 8.3.2004 T. 2004/2072 E. 2004/2879 K.; Kanaatimizce, AMK m. 6 f. 1/a daki “*gerektiğinde uzlaştırmaya*” lafzı ile m. 7 f. 1'deki “*sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder*” lafzı birlikte değerlendirildiğinde bir zorunluluk hâlini değil, bir takdir hâlini ifade etmektedir. Buradaki gereklilik kelimesinin hem uzmanlardan yararlanmayı hem de sulhe teşviki kapsayacak şekilde kullanıldığı, m. 6/1-a hükmünden anlaşılmaktadır. Hâkim için m. 7 f. 1 de öngörülen sulh yoluyla uyuşmazlıkların çözümü, her davada bir zorunluluk değil gerektiğini düşündüğü davalarda yerine getirmesi gereken bir ödevdir. Eğer AMK m. 7 f. 1 hükmündeki, sadece “*...teşvik eder*” lafzı ile değerlendirme yapılırsa, hâkimin sulh yoluyla çözüme teşvik görevinin her dava için zorunlu olduğu sonucuna varılır. Bununla birlikte HMK m. 140 f. 2 ve m. 320 f. 2 deki “ *tarafları sulh ve arabuluculuğa teşvik eder*” hükmüne göre, ön inceleme duruşmasında hâkim tarafları sulh ve arabuluculuğa teşvik etmek zorundadır. Ancak uygulamada, her iki kanuna göre yapılan sulhe teşvik uyarısı şeklen ara kararında geçen bir maddeden öteye geçemediğinden ve özellikle AMK m. 6 f. 1/a ve m. 7 f. 1 de geçen “*uzlaştırma*” ve “*sulh yoluyla çözüme teşvik etme*” kavramları, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak bir uzlaştırma yöntemini öngörmediğinden bu konudaki tartışmanın şu an çok da önemi yoktur. Bu düzenlemenin bir uzlaştırma yöntemi sayılabilmesi, ya uyuşmazlık konusu hakkında karar verme yetkisi olmayan çözüm (hüküm) önerisi sunabilen bir hâkimle (birlikte psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılardan oluşan bir heyet önünde) yapılmasına ya da karar vermeye yetkili hâkim önünde yapılıyorsa dava konusunun güçlü ve zayıf taraflarının hâkim tarafından gösterilebilmesine bağlıdır. Bu yapılmadığı takdirde bu düzenlemenin, şekli ve faydasız bir ara kararı uyarısından öte geçemeyeceğini düşünüyoruz.

takdirine bağlıdır²⁶³. Bu uzmanlar aile mahkemelerinde görevli olan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılardır²⁶⁴. Bu uzmanlar mahkeme içinden olabileceği gibi, dışından da olabilir²⁶⁵.

Aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda sulh, ancak boşanmanın ve ayrılığın fer'i hükümlerine ilişkin konularda²⁶⁶ mümkündür. Çünkü kamu düzeniyle ilgili olan uyuşmazlık konuları tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalar değildir. O halde, aile mahkemesinde görülen davaların büyük bir kısmının kamu düzeniyle ilişkili olması nedeniyle, taraflar üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları davaları sulh ile sona erdiremezler²⁶⁷.

AMK m. 7 f. 2 “*Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunda hüküm bulunmayan konularda Türk Medenî Kanununun aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır*” hükmünü içermektedir. Bu 7. madde hükmü, HMK m. 140 f. 2 ve m. 320 f. 2 hükümleriyle (ön inceleme duruşmasında hâkimin tarafları sulhe ve arabuluculuğa teşvik etmesi göreviyle ilgili düzenlemelerle) uyumludur²⁶⁸. Ancak, sulh yoluyla çözüme ilişkin olarak AMK m. 7 f. 1 de usûl hükmü öngörüldüğünden, aile uyuşmazlıklarında sulhe teşvik için AMK m. 7 f. 1 uygulama alanı bulur. Başka bir ifadeyle hâkim gerektiğinde aile mahkemelerinde görevli olan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılardan yararlanarak uyuşmazlığı sulh yoluyla çözmeye çalışır. Hâkimin bu faaliyeti, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri anlamında HUAK’na

²⁶³ Tercan, s. 49; Ercan, Sulh, s. 77.

²⁶⁴ Sosyal hizmet uzmanları olarak da adlandırılır.

²⁶⁵ Ercan, Sulh, s. 92. Taşpolat-Tuğsavul, s. 82.

²⁶⁶ Örneğin; mal rejimleri, tazminat ve nafaka gibi konular.

²⁶⁷ Örneğin; evlenmenin yokluğu, butlanı, boşanma, boşanma ve ayrılık davalarında alınacak geçici önlemler, tedbir nafakası ve bu davaların çocuklara ilişkin sonuçları (velayet, iştirak nafakası ve çocuk ile kişisel ilişki kurmanın kapsamı) sulhe ve arabuluculuğa elverişli değildir. Ancak kanaatimizce hâkim kararında tarafların iradelerini de mutlaka dikkate almalıdır. Karşılaştırmak için bkz. Öztan, Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2004, s. 465 vd.; Kaplan-Güler, s. 158 vd.; Uyumaz, Alper/Erdoğan, Kemal, Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, DEÜHFD 2015, C. 17, S. 1, s. 140 vd.

²⁶⁸ Tanrıver, Süha, Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014, s. 83; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 853.

göre yapılan bir arabuluculuk faaliyeti değildir. Hatta alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri anlamda bir uzlaştırma faaliyeti de değildir. AMK m. 7 f. 1 sadece sulhe teşviki öngörmektedir²⁶⁹. Bu nedenle hâkim bu faaliyetinden dolayı arabulucu veya uzlaştırıcı olarak nitelendirilemez²⁷⁰.

Bununla birlikte aile uyuşmazlıklarının arabuluculukla çözümüne ilişkin olarak, AMK da bir hüküm bulunmadığından HMK. m. 140 f. 2 ve m. 320 f. 2 hükmü aynı zamanda hâkime “arabuluculuğa teşvik” zorunluluğu görevi de yüklediğinden, bu hükümler aile mahkemelerindeki arabuluculuğa elverişli davalarda da uygulama alanı bulur. Uyuşmazlığın arabuluculukla çözümü için, HMK’nun arabuluculuğa teşvik hükümleri uygulanarak dava konusu uyuşmazlık HUAK hükümleri çerçevesinde bir arabuluculuk faaliyetinin konusu olabilir²⁷¹.

²⁶⁹ Sulhe teşvik, müzakere, arabuluculuk ve uzlaştırma yöntemi değildir. Sulhe teşvik, taraflara uyuşmazlık konusu hakkında sulh olmalarının faydalarını göstermeye çalışmak suretiyle onların sulhe teşvik edilmesidir. Ancak sulh sonucuna ulaşmak için, müzakere, arabuluculuk veya uzlaştırma gibi yöntemlerden biri tercih edilebilir. Hâkimin sulh için tarafları örneğin müzakereye davet etmesi, hâkimi müzakereci kılmayacağı gibi, sadece tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmesi hâkimi HUAK’na göre arabulucu da kılmaz.

²⁷⁰ HUAK arabuluculuk faaliyeti ve arabulucunun niteliklerini açıkça belirlediğinden, hâkim arabulucu olarak nitelendirilemez. Hâkimin arabuluculuk tekniklerinden faydalanması dahi bunu değiştirmez. Aynı şekilde, psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılar da arabulucu değil, sadece tarafların aile birliğinin devamı ve sulh olmaları noktasında mahkemeye ve dolayısıyla taraflara yardımcı kişilerdir. Arabuluculuğun HUAK’da düzenlenmesinden sonra artık kavram kargaşasına neden olmamak için, hâkim ve psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılar için arabulucu değil sadece “sulhe teşvikçi” kavramının kullanılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Benzer şekilde TMK m. 195 f. 2 ve AMK m. 6 f. 1/a da geçen “uzlaştırma” kelimesi alternatif uyuşmazlık yöntemi anlamında değil, “sulhe teşvik” kavramı anlamında kullanılmıştır. Bir ADR yöntemi olarak uzlaştırmayı, “bir mahkeme ya da kurum içinde tarafsız üçüncü kişi konumundaki hâkimin veya uzlaştırma yetkilisinin çözüm (ya da hüküm) önerisi veya dava konusunu değerlendirmesiyle hak temelli bir çözümün hedeflendiği, arabuluculuğa göre daha resmi ve irâdi bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.” olarak nitelendirdiğimiz için, kanaatimizce hâkim veya mahkemeye yardımcı psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılar burada uzlaştırmacı da değildir. Hâkim ve yardımcılarının uzlaştırmacı sayılabilmesi ek hukuki düzenleme gerektirmektedir. Uzlaştırma kavramının, arabuluculuk, uzlaşma müzakeresi, sulhe ve arabuluculuğa teşvik gibi kavramların yerine de kullanılması kavram kargaşasına ve yöntemler arasındaki net olmayan sınırların iyice bozulmasına neden olmaktadır. Bkz. Yukarıda “Uzlaştırma” başlıklı kısım.

²⁷¹ Uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuğa elverişli uyuşmazlık konularında dava açılmadan ya da ön inceleme duruşmasından önce de HUAK çerçevesinde doğrudan uyuşmazlıklarının çözümü için bir arabuluculuğa gidebilirler. Ayrıca aile arabuluculuğunda, psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıları da kapsayacak şekilde bir düzenleme yapılması ve dava yoluna başvurulmadan aile arabuluculuğu yöntemine başvurmanın teşvik edilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 195 f. 2 hükmü, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşlerden birinin veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebileceklerini öngörmektedir. Eşlerin bu şekilde bir müdahale talebinde bulunması halinde, hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır, onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin²⁷² yardımını isteyebilir. Maddede geçen “uzlaştırma” kelimesi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi anlamında değil, “sulhe teşvik” kavramı anlamında kullanılmıştır. Burada hâkim, somut bir çözüm önerisinde bulunamaz veya uyuşmazlık konusunun zayıf ya da güçlü yönlerini hak temelli olarak değerlendiremez²⁷³. Hâkim, eşlere, aile birliğinin sağlıklı bir şekilde devamı için genel olarak tavsiyelerde (nasihatlerde) bulunur ve onları sulhe teşvik eder. Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır²⁷⁴.

Ayrıca Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği²⁷⁵ göre, ailenin gelişmesi ve güçlenmesi için; bireylerinin katılımcı, üretken, kendine yeterli hale gelmesi ve sorun çözme kapasitelerinin geliştirilmesi amacıyla koruyucu, önleyici, eğitici, geliştirici, rehberlik ve rehabilite edici hizmetler veren kuruluş olarak aile danışma merkezlerinin yapısını ve işleyişini düzenlemiştir. Söz konusu Yönetmeliğin m. 16 f. 1/e hükmü “Boşanma öncesinde ailelere psiko-sosyal süreç ve dinamikleri

²⁷² Uzmanlar AMK m 5’de sayılan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılardan olabileceği gibi ayrıca eğitilmiş arabulucu avukatlar, uzman doktorlar, terapistler ve psikolojik danışmanlardan da olabilir. Bkz. **Tanrıver**, Aile Mahkemeleri, s. 85; **Baktır**, s. 78; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 861.

²⁷³ Hâkime bu yetki verilmiş olsaydı, yöntem alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uzlaştırma yöntemi, hâkim de uzlaştırıcı olurdu.

²⁷⁴ Hâkim, eşlerden her birinin yapacağı parasal katkısı belirlemek (TMK m. 196), birlikte yaşamaya ara verilmesi (TMK m. 197), eşlerden birinin borçlularına ödemeleri diğer eşe yapmalarını emretmesi (TMK m. 198), tasarruf yetkisinin sınırlanması (TMK m. 199) gibi önlemlere karar verebilir.

²⁷⁵ RG T. 4.9.2012, S. 28401. Bu Yönetmelik, 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, 34 ve 35 inci maddeleri ile 3/6/2011 tarihli ve 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (b), (h) ve (ı) bentleri ile 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine dayanılarak hazırlanmıştır. (Yönetmelik m. 3).

de dahil ederek arabuluculuk hizmetleri planlamak ve uygulamak” görevini, aile danışmanının görevleri arasında saymıştır. Aile danışmanının yönetmelikle verilen arabuluculuk görevi, HUAK ile uyumlu hale getirmek gerekmektedir. Hatta Yönetmelikteki aile danışma merkezlerinin, aile uyuşmazlıkları arabuluculuk merkezleri olarak yapılandırılarak HUAK kapsamında düzenlenmesi düşünülebilir. Aksi takdirde yönetmelikte aile danışmanı için öngörülen arabuluculuk görevi, HUAK anlamında bir arabuluculuk değil, sadece ortak hayatın tekrar tesis edilmesi ve devamı için bir “*sulhe teşvik*” girişimi anlamına gelir.

4. İş Mahkemeleri Kanunu’na Göre Sulhe Teşvik

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 7 f. 1’e göre, iş mahkemeleri ilk duruşmada tarafları sulha teşvik eder. Taraflar uzlaşamadıkları takdirde veya taraflar ya da vekillerinden birisi duruşmaya gelmediği takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilir. İş Mahkemeleri Kanunu m. 7 f. 1, tıpkı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 7 f. 1 gibi sadece sulhe teşviki öngörmektedir. Sulhe teşvik tek başına teknik anlamda bir müzakere veya mahkeme içi arabuluculuk ya da uzlaştırma faaliyeti değildir. Bu nedenle hâkim bu faaliyetinden dolayı müzakereci, arabulucu²⁷⁶ ve uzlaştırıcı olarak nitelendirilemez. Hâkim, sadece tarafları sulhe teşvik edendir. Taraflar dilerse hâkimin bu teşvikine uyarak, uzlaşma müzakeresi ve arabuluculuk gibi yöntemleri kullanarak uyuşmazlıklarını çözümleyebilirler.

İş mahkemelerinde, İş Mahkemeleri Kanunu m. 7 f. 1’de düzenlenen sulhe teşvik hükmünün hâkimlerce mahkemelerin iş yükü gerekçesiyle hemen hemen hiç uygulanmaması eleştiri konusu olmuştur²⁷⁷. Bununla birlikte, iş mahkemelerinde uygulanan basit yargılama usulünde²⁷⁸ ön incelemeye ilişkin HMK. m. 320 f. 2’ deki,

²⁷⁶ Hâkime arabuluculuk görevi yükleyenlerle karşılaştırmak için bkz., **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 907; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 88; **Şahin-Ceylan**, s. 323.

²⁷⁷ **Yılmaz**, Ejder, İş Mahkemeleri Kanunu’nun Değiştirilmesi İhtiyacı, Sicil, İş Hukuku Dergisi 2007/8, s. 7; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 88; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 907.

²⁷⁸ İş Mahkemeleri Kanunu m.7 f.1’in ilk cümlesi “*İş mahkemelerinde şifahi yargılama usulü uygulanır*” hükmünü içermektedir. Ancak basit yargılama usulünü düzenleyen HMK. m. 316 f. 1/g hükmü “*Diğer kanunlarda yer alan ve yazılı yargılama usulü dışındaki yargılama usullerinin*

“ *tarafları sulhe ve arabuluculuğa teşvik eder*” hükmü, hem İş Mahkemeleri Kanunu m. 7 f. 1 deki hâkimin tarafları sulhe teşvik görevini tekrarlamakta hem de bu görevi, hâkim için zorunlu olarak yerine getirilmesi gereken bir görev olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

5. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre Zorunlu Arabuluculuk

Mülga 5/5/1983 Tarih 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK)²⁷⁹, toplu menfaat uyuşmazlıklarında grev ve lokavt veya zorunlu tahkim öncesinde başvurulması zorunlu bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak, arabuluculuğu düzenlemişti. Bu düzenlemedeki “*arabuluculuk*”, bir önceki mülga 15/7/1963 tarih 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nda “*uzlaştırma*” (m. 15) adı altında düzenlenmişti. Yürürlükte olan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK)²⁸⁰ m. 50 ve devamında “*uzlaştırma*” yerine, mülga 2822 sayılı TİSGLK da kullanıldığı gibi “*arabuluculuk*” kavramı kullanılmıştır.

Her ne kadar 2822 ve 6356 sayılı Kanunlarda “*arabuluculuk*” adı altında bu düzenleme yapılmış ise de, 275 sayılı Kanunda kullanılmış olan “*uzlaştırma*” kavramı daha isabetlidir. Çünkü “*arabuluculuk*” adı altında düzenlenen uyuşmazlık çözüm yöntemi esasen bir “*uzlaştırma*” yöntemidir²⁸¹. Bununla beraber 6356 sayılı STİSK’ da düzenlenen arabuluculuk kavramı ile HUAK’da düzenlenen arabuluculuk kavramları ve arabulucular farklı olduğundan bir kavram kargaşasına da yol açabilecektir. 6356 sayılı STİSK m. 50 de düzenlenen arabuluculuğun zorunlu

uygulanacağını belirten dava ve işlerde” basit yargılama usulünün uygulanacağını hüküm altına almıştır.

²⁷⁹ RG T. 7.5.1983, S. 18040.

²⁸⁰ RG T. 07.11. 2012, S. 28460.

²⁸¹ Bir ADR yöntemi olarak uzlaştırmayı, “*bir mahkeme ya da kurum içinde tarafsız üçüncü kişi konumundaki hâkimin veya uzlaştırma yetkilisinin çözüm (ya da hüküm) önerisi veya dava konusunu değerlendirmesiyle hak temelli bir çözümün hedeflendiği, arabuluculuğa göre daha resmi ve irâdi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi*” olarak tanımladığımız için, kanaatimizce bu düzenlemede öngörülen yöntem uzlaştırmadır.

olması, tarafların resmi arabulucu üzerinde anlaşamaması halinde resmi listeden²⁸² bir arabulucunun görevli makam tarafından gönderilmesi, tarafların ve bütün ilgililerin arabulucunun uyuşmazlık konusu ile ilgili istediği her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlü olmaları ve resmi arabulucunun uyuşmazlık konusu hakkında hak temelli değerlendirmelerde bulunarak somut çözüm önerisinde bulunması gibi özellikler dikkate alındığında, burada düzenlenen uyuşmazlık çözüm yöntemini “uzlaştırma”, resmi arabulucuyu ise “uzlaştırıcı” olarak nitelendirmenin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Ancak Kanunda arabuluculuk kavramının kullanılmış olması nedeniyle, bu düzenleme şekliyle uyumlu olması için aşağıda biz de arabuluculuk kavramını zorunlu olarak kullandık.

STİSK m. 50’de, 2822 sayılı Kanundaki arabuluculuk hükümlerine nazaran daha sade bir düzenleme yer almıştır. Sistemin özünde temel bir değişiklik getirilmemiştir²⁸³. STİSK da düzenlenmiş olan arabuluculuğun amacı, bir uyuşmazlığı grev ve lokavta başvurulmasına gerek kalmadan, tarafların anlaşarak çözmelerine yardımcı olmaktır. Arabuluculuk, toplu çıkar uyuşmazlıklarında grev ve lokavt veya zorunlu tahkim öncesinde başvurulması zorunlu bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir²⁸⁴.

Toplu görüşmeler sırasında veya toplu görüşmelerin anlaşma ile sonuçlanmaması halinde görüşmelerin sonunda; ancak grev ve lokavt kararı alınmadan veya zorunlu tahkime başvurmadan önce her uyuşmazlıkta yapılan arabuluculuk faaliyetine “olağan arabuluculuk”²⁸⁵ denir. Toplu görüşme için kararlaştırılan ilk toplantıya taraflardan biri gelmez veya geldiği hâlde görüşmeye başlamazsa, toplu görüşmeye başladıktan sonra toplantıya devam etmezse veya taraflar toplu görüşme süresi içerisinde anlaşamadıklarını bir tutanakla tespit

²⁸² Bu liste, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının Arabulucu Sicilinden farklıdır. Dolayısıyla HUAK göre bir arabulucuda olması gereken nitelikler de, 2822 sayılı TİSGLK’ da düzenlenen resmi arabulucunun niteliklerinden farklıdır.

²⁸³ Bkz. **Sümer**, Hâluk Hâdi, “Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı’nın Resmi Arabuluculuk ve Tahkim Konusunda Getirdiği Yenilikler”, Sicil, Haziran 2012, s. 50-61.

²⁸⁴ **Sümer**, Halûk Hâdi, İş Hukuku, Konya 2014, s. 263.

²⁸⁵ **Oğuz**, Özgür, Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2016, s. 66.

ederlerse ya da toplu görüşme süresi anlaşma olmaksızın sona ererse, taraflardan biri uyuşmazlığı altı iş günü içinde görevli makama bildirir. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer (STİSK m.49). Olağan arabuluculukta taraflar, resmi arabuluculuk sicilindeki bir arabulucu üzerinde anlaşma sağlamaları halinde, bu üzerinde anlaşılan arabulucu, tarafların resmi arabulucu üzerinde anlaşamaması halinde ise görevli makam tarafından resmi listeden seçilen bir arabulucunun gönderilmesiyle arabulucu tayin edilir. Arabulucunun uyuşmazlığı doğrudan çözümleme ve karara bağlama yetkisi yoktur. Ancak arabulucu HUAK düzenlenen arabuluculuktan farklı olarak, taraflara çözüm önerisinde bulunur. Taraflar bu öneriyi uygun bulurlarsa kabul ederler. Resmi arabulucuda aranan nitelikler, resmi arabulucunun seçimi, arabuluculuk müzakerelerinin yapılacağı yer, arabulucunun hakları ve yükümlülükleri gibi konular Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliği'nde²⁸⁶ düzenlenmiştir²⁸⁷.

Grev kararı alınan bir uyuşmazlıkta ise Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı uyuşmazlığın çözümü için bizzat arabuluculuk yapabileceği gibi bir kişiyi arabulucu olarak da görevlendirebilir (STİSK m. 60 f. 7). Bu halde arabulucu olarak atanan kişinin resmi arabuluculuk listesinden olma zorunluluğu yoktur. Ancak Bakanın bizzat arabuluculuk yapma veya bir arabulucu atama zorunluluğu yoktur. Bu şekilde yapılan arabuluculuk faaliyeti “*olağanüstü arabuluculuk*” olarak adlandırılır²⁸⁸. Hem olağan hem de olağanüstü arabuluculuk faaliyetinde uygulanan çözüm yöntemi, arabuluculuk olarak ifade edilmiş ise de, buradaki uyuşmazlık çözüm yöntemi yukarıda izah edildiği üzere uzlaştırmadır.

6356 sayılı STİSK m. 52 f. 3' e göre, bir uyuşmazlık dostane uyuşmazlık çözüm yollarıyla çözümlenememiş ve taraflar ihtiyari tahkim anlaşması da yapmamışlarsa, bu takdirde zorunlu tahkim uygulama alanı bulur. Bu halde zorunlu tahkim alanına giren uyuşmazlıklar Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara

²⁸⁶ RG T. 07.12.2013 S. 28844.

²⁸⁷ Sümer, s. 263.

²⁸⁸ Sümer, s. 265.

bağlanır. Bu kararlar kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir (STİSK m. 51 f. 2).

6. Sigortacılık Kanuna Göre Sigorta Tahkim Komisyonu

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun²⁸⁹ (SK) sigortacılıkta tahkim başlıklı m. 30. f. 1 “*Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Birlik nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur. Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usulünden faydalanabilir. (Ek cümle : 3/4/2013-6456/45 md.) İlgili mevzuat ile zorunlu tutulan sigortalardan kaynaklanan bu fıkra kapsamındaki uyuşmazlıklar için ilgili kuruluş sigorta tahkim sistemine üye olmasa dahi hak sahipleri bu bölüm hükümlerine göre tahkim usulünden faydalanabilir. (Ek cümle : 3/4/2013-6456/45 md.) Sigorta tahkim sistemine üye olmayan kuruluşlar bakımından Sigorta Tahkim Komisyonu giderlerine katılım Hazine Müsteşarlığınca ayrıca belirlenir*”²⁹⁰ hükmünü içermektedir²⁹¹.

Kanundaki bu düzenlemeye göre, Sigorta Tahkim Komisyonu'na üye olan sigorta şirketi ile uyuşmazlığa düşen kişiler arasındaki uyuşmazlıklar tahkim yöntemiyle çözümlenebilecektir. Sigorta şirketi, Sigorta Tahkim Komisyonuna üye

²⁸⁹ RG. T. 14.06. 2007, S. 26552.

²⁹⁰ 13/6/2012 tarihli ve 6327 sayılı Kanunun 58 inci maddesiyle, bu fıkra da yer alan “*arasında sigorta sözleşmesinden*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında*” ibaresi eklenmiş ve metne işlenmiştir.

²⁹¹ Hükmün gerekçesi “...*Madde ile getirilmek istenen tahkim sistemi ile sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan tüm uyuşmazlıkların çözümü amaçlanmaktadır. Bu bağlamda uluslar arası uygulamalarda yer alan “Ombudsman Sisteminin” işleyişi esas alınmış, ülkemizdeki hukuk sistemi ile paralellik sağlanmasını teminen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer alan tahkim sisteminin temel esas ve usulleri çerçevesinde sistem şekillendirilmiştir*” ifadesine yer verilmiştir. **Özdamar**, Mehmet, Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 835.

olmakla, uyuşmazlığa düşeceği kişilerle arasındaki uyuşmazlığın tahkim yöntemiyle çözümünü önceden kabul etmektedir. Buna karşılık, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya hesaptan faydalanacak kişiler, uyuşmazlığın çözümü için tahkim yöntemine veya devletin mahkemelerine başvurmada serbesttirler. Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler uyuşmazlığın çözümünde tahkim yöntemini seçerler ise, Komisyona üye sigorta şirketinin, üyeliğinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlık için tahkim yöntemiyle uyuşmazlığın çözümüne itiraz edemez. Sigorta şirketi açısından Sigorta Tahkim Komisyonuna üyelik ihtiyârî olmakla birlikte, üye olunmakla beraber uyuşmazlığa düşeceği kişilerin istemesi halinde, uyuşmazlığın tahkim yöntemiyle çözümü sigorta şirketi açısından artık zaruridir. Bundan dolayı, Sigortacılık Kanunu'na göre düzenlenen tahkim için, doktrinde nispi zorunlu tahkim²⁹² ve karma tahkim²⁹³ gibi hukuki nitelendirmelerde bulunulmuştur. Ancak, sigorta şirketi açısından Sigorta Tahkim Komisyonu'na üyelik ihtiyârî olduğundan²⁹⁴, buradaki tahkim ihtiyârî tahkimdir²⁹⁵.

Sigortacılık Kanunu m. 30 f. 13 “Komisyona gidilebilmesi için, sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşla gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerekir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren onbeş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemesi de Komisyona başvuru için yeterlidir” hükmü, başvuru sahibinin önce, sigorta şirketinden uyuşmazlığın çözümünü talep etmesi gerekliliğini düzenlemiştir.

²⁹² **Ulusoy**, Erol, Finans Hukukunda Tahkim, II. Uluslar arası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu 14.02.2009.

www.dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/II.%20Uluslararası%C4%B1%20%C3%96zel%20Hukuk%20Sempozyumu/5do_dr.erol_ulusoy.pdf (s.e. 20.06.2016).

²⁹³ **Özdamar**, s. 840.

²⁹⁴ Sigorta şirketlerinin genelde ekonomik düşünce ve kaygıyla Sigorta Tahkim Komisyonuna üye olmaları ihtiyarilik vasfını ortadan kaldırmaz.

²⁹⁵ Bkz. Aynı yönde görüş için, **Ulaş**, Işıl, Sigortacılıkta Tahkim, Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan, BATİDER 2007, C. XXIV, S. 2. s. 240.

Sigortacılık Kanunu'nun m. 30 f. 14 ve f. 15'e göre, "Mahkemeye ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyetine intikal etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak Komisyona başvuru yapılamaz. Sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin Komisyona başvurusu, öncelikle raportörler tarafından incelenir. Raportörler en geç onbeş gün içinde incelemelerini tamamlamak zorundadır. Raportörler tarafından çözümlendirilemeyen başvurular sigorta hakemine iletilir. Uyuşmazlığa hangi sigorta hakeminin bakacağı, Komisyon tarafından sigorta hakemi listesinden seçilir. Komisyon, işin niteliğine bağlı olarak en az üç sigorta hakeminden oluşan bir heyet oluşturulmasına karar verebilir. Ancak, uyuşmazlık konusu miktarın onbeşbin Türk Lirası ve üzerinde olduğu durumlarda heyet teşekkülü zorunludur. Heyet kararını çoğunlukla verir. Hakemler, sadece kendilerine verilen evrak üzerinden karar verir. Seçilen sigorta hakemi mücbir nedenler ve umulmayan haller hariç olmak üzere görevi reddedemez. Bununla birlikte, taraflar, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda yer alan hâkimi ret nedenlerine dayanarak hakemi reddedebilir. Ret talebi Komisyona, durumun öğrenildiği tarihten itibaren en geç beş iş günü içinde bir dilekçeyle yapılır. Ret talebi üzerine Komisyon müdürü, iki tarafın görüşlerini dinledikten sonra bu konuda en geç beş iş günü içinde karar verir."

Sigorta Tahkim Komisyonu tarafından görevlendirilen hakemler en geç dört ay içinde kararlarını vermek zorundadır. Aksi halde, uyuşmazlık yetkili mahkeme tarafından görülür. Ancak, bu süre tarafların açık ve yazılı muvafakatleriyle uzatılabilir. Hakem, kararını Komisyon müdürüne tevdi eder. Komisyon Müdürü tarafından hakem kararı en geç üç iş günü içinde taraflara bildirilir; ayrıca kararın aslı, dosya ile birlikte Komisyonun bulunduğu yerdeki görevli mahkemeye gönderilir ve mahkemece saklanır (SK. m. 30 f. 16).

Sigortacılık Kanunu m. 30 f. 12 hükmü²⁹⁶ hakem kararlarına karşı kanun yollarını içermektedir. Hakem kararlarının kesinlik sınırının düşük tutulması, hak arama hürriyetinin sınırlandırılmaması anlamında doktrinde olumlu karşılanmıştır²⁹⁷.

²⁹⁶ "Tahkim sistemine üye olmak isteyenlerden katılma payı, uyuşmazlık çözümü için Komisyona başvuranlardan ise başvuru ücreti alınır. Beş bin Türk Lirasının altındaki uyuşmazlıklar hakkında

2 Ağustos 2016 tarihli 29789 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı’nın, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Genel Şartlar Tebliği ile, 14/5/2015 tarihli ve 29355 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının C. 7’nci maddesi²⁹⁸ “arabulucuya başvuru ve yetkili mahkeme” başlığı ile sigortacının ve hak sahibinin arabulucuya HUAK çerçevesinde başvurabileceklerini açıkça belirtmiştir.

2918 sayılı Kanunun 97. maddesi 14.04.2016 tarih 6704 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Bu değişikliğe göre, zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta şirketine yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden

verilen hakem kararları kesindir. Beş bin Türk Lirası ve daha üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarına karşı kararın Komisyonca ilgiliye bildiriminden itibaren on gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere Komisyon nezdinde itiraz edilebilir. İtiraz talebinde bulunmak için bu madde uyarınca belirlenen başvuru ücretinin Komisyona yatırılması şarttır. İtiraz üzerine hakem kararının icrası durur. İtiraz talebi münhasıran bu talepleri incelemek üzere Komisyon tarafından teşkil edilen hakem heyetlerince incelenir. İtiraz talebi hakkında işin heyete intikalinden itibaren iki ay içinde karar verilir. Beş bin Türk Lirası ve daha üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları bu madde uyarınca süresinde itiraz başvurusunda bulunulmaması hâlinde kesinleşir. Bu uyuşmazlıklar hakkında bu madde uyarınca yapılan itiraz üzerine verilen karar kesindir. Kırk bin Türk Lirasının üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında itiraz üzerine verilen kararlar için temyize gidilebilir. Ancak, tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri dâhilinde olmayan konularda karar vermesi ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi durumlarında her hâlükarda temyiz yolu açıktır. Temyize ilişkin usûl ve esaslar hakkında Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.

²⁹⁷ **Öztek**, Sigortacılık, s. 242; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 1009.

²⁹⁸ “Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigortacıya yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigortacının başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, hak sahibi sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinde, kazanın meydana geldiği yer mahkemesinde ya da zarar görenin ikametgâhının bulunduğu mahkemede dava açılabilmesi gibi uyuşmazlığın çözümü için Sigorta Tahkim Komisyonuna da başvurabilir. Sigortacı başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde tazminat tutarında anlaşma sağlayamadığı durumda, anlaşma sağlayamadığı tutar için arabulucuya başvurabilir. Anlaşma sağladığı tutarı ise bu Genel Şartların B.2 nci maddesi çerçevesinde hak sahibine öder. Hak sahibi de arabulucuya başvurabilir. Sigortacıya karşı dava açılmış olması arabulucuya müracaata engel değildir. Arabuluculuk usulünde hak sahibinin vekil ile temsil edilmesi durumunda vekâlet ücretini ilgili mevzuat dâhilinde sigortacı öder.” şeklinde düzenlenmiştir.

itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir. İlgili sigorta şirketine yazılı başvuru bir dava şartıdır.

7. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Kanunu Madde 85’e Göre Uzlaşma

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Kanunu’nun²⁹⁹ (SSGSK) “*Asgari işçilik uygulaması ve uzlaşma*” başlıklı 85. maddesi 9. fıkrasına göre, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından devamlı mahiyetteki işyerlerinde yapılan asgari işçilik incelemesi sonucunda tespiti yapılan ve sigortalılara mal edilemeyen fark sigorta primine esas kazanç matrahı üzerinden gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte hesaplanacak sigorta primi ve buna bağlı uygulanacak idari para cezalarında, konuya ilişkin raporun Kurumun ilgili birimine gönderilmesinden önce işverenle uzlaşma yapılabilir. Uzlaşmaya varılması halinde, uzlaşılan tutarlar kesin olup, uzlaşma konusu yapılan tutarlar hakkında işverence dava açılmaz ve hiçbir mercie şikâyet ve itirazda bulunulamaz. Uzlaşılan prim ve idari para cezaları, uzlaşma tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir ay içinde ödenir. İşveren, uzlaşılan tutarlar için ayrıca peşin ödeme indiriminden yararlandırılmaz. Uzlaşılan tutarların, bu sürede tam olarak ödenmemesi halinde uzlaşma bozulur ve uzlaşılan tutarlar kazanılmış hak teşkil etmez. Uzlaşmanın temin edilememiş veya uzlaşma müzakeresinde uzlaşmaya varılamamış olması veya uzlaşmanın bozulması hallerinde işveren, bu konuya ilişkin daha sonra uzlaşma talep edemez.

SSGSK m. 85 f. 10 ise “*Uzlaşma neticesinde indirim yapılması nedeniyle tahsil edilmemiş olan sigorta primlerinin daha sonra Kurum veya mahkeme kararıyla sigortalılara mal edilmesi halinde, daha önce eksik tahsil olunan sigorta primleri, sigortalının çalıştığı süre ve sigorta primine esas kazancı dikkate alınarak gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte tahsil olunur.*” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

²⁹⁹ RG. T. 16.06.2006, S. 26200.

Asgarî İşçilik İncelemelerinde Uzlaşma Yönetmeliği³⁰⁰, uzlaşma talebi süresi, tebliği, işverenin uzlaşmadan vazgeçmesi, uzlaşma gününün, prim tutarının ve idarî para cezasının tespiti ve bildirilmesi, Komisyonun toplanması ve çalışma usûlünü, uzlaşma tutanağının düzenlenmesi ve tutanak üzerine yapılacak işlemler gibi konuları ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Ancak m. 85 f. 10 hükmünün³⁰¹ uzlaşmanın faydalarını ortadan kaldıracak nitelikte olması ve farklı işyerleri açısından farklı uygulamalara yol açabilecek mahiyet arz etmesi nedeniyle Kanundaki bu düzenleme şekli eleştiri konusu olmuştur³⁰². Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Kanunu m. 85’de düzenlenen uzlaşma, bir müzakere yöntemidir.

8. Vergi Usûl Kanunu’na Göre Uzlaşma

Türk Vergi Sisteminde uzlaşma yöntemi, ilk olarak 213 sayılı Vergi Usûl Kanunu’nun³⁰³ (VUK) 4. kitabının 3. kısmına eklenen “uzlaşma”³⁰⁴ başlıklı 3. bölüm ile (Ek 1-10 maddelerinde yer alan hükümlerle) getirilmiştir. VUK’na göre uzlaşma iki şekilde sağlanabilmektedir. Bunlar, tarhiyat öncesi uzlaşma ve tarhiyat sonrası uzlaşmadır. Tarhiyat öncesi uzlaşmaya, vergi incelemesine dayanılarak salınacak vergi salınmadan ve kesilecek cezalar kesilmeden gidilmektedir. Tarhiyat sonrası uzlaşmaya ise adına vergi salınan ve ceza kesilen mükellefler başvurabilmektedir³⁰⁵.

Tarhiyat öncesi uzlaşma isteyen bir mükellefin, uzlaşmadığı takdirde, daha sonra tarhiyat sonrası uzlaşma istemesi mümkün değildir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde ise, mükellefler dava açma yoluna gidemeyecektir. Tarhiyat öncesi uzlaşmanın gerçekleşmemesi durumunda, uzlaşmanın gerçekleşmediğine dair tutanağın tebliği değil, vergi ve ceza ihbarnamelerinin tebliğ tarihi esas alınarak

³⁰⁰ RG. T. 25.04.2009, S. 27210.

³⁰¹ Bkz. Asgarî İşçilik İncelemelerinde Uzlaşma Yönetmeliği m. 17.

³⁰² Uşan, M. Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, s. 161; Taşpolat-Tuğsavul, s. 97.

³⁰³ RG. T. 10.01.1961 S. 10703 – 10705.

³⁰⁴ Bu bölüm ve başlığı, 19/2/1963 tarih ve 205 sayılı Kanunun 22’ nci maddesi ile eklenmiştir.

³⁰⁵ Yılmaz, Elif, Uzlaşma Müessesesinin Hukuki Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2009, C. XIII, S. 1-2, s. 323.

ihbarnamelerin tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde vergi mahkemesine dava açmak yoluna gidilebilir.

Tarhiyat sonrası uzlaşmada ise, “*uzlaşmanın gerçekleşmediğine*” dair tutanağın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde, vergi mahkemesinde dava açılması yoluna gidilebilir. İhbarnamelerin tebliğ tarihinden itibaren uzlaşma görüşmesinin 15 gün içinde yapılması durumunda, başvuru süresi 15 günden fazla da olabilmekte, sonuçta toplam süre ihbarnamelerin tebliğ tarihinden itibaren 30 gün olmaktadır.

Uzlaşma müzakereleri sonucu, mükellef ile idare arasında imzalanan uzlaşma sözleşmesinin hukuki niteliği, vergi hukukçuları arasında tartışma konusudur. Uzlaşma sözleşmesinin idari sözleşme³⁰⁶, sulh sözleşmesine benzer sözleşme³⁰⁷, ön ödeme ve suigeneris sözleşme³⁰⁸ olduğu görüşleri ileri sürülmüştür. Kanaatimizce uzlaşma sözleşmesi, vergi hukuku alanında düzenlenmiş sulh benzeri bir sözleşmedir. Sulh sözleşmeleri esasen üst başlık olarak suigeneris sözleşme sınıfındadırlar³⁰⁹. Bu bağlamda temelinde sulh kavramı bulunan uzlaşma sözleşmesini, sulh benzeri bir sözleşme olarak nitelendirmek doğru olacaktır. Vergi Usul Kanunu’na göre uzlaşma, bir müzakere yöntemidir.

9. Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’da Düzenlenen Tahkim Kurulu

5894 Sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun³¹⁰ m. 6 uyarınca Tahkim Kurulu, bağımsız ve tarafsız bir zorunlu tahkim merciidir. TFF'nun en üst hukuk kuruludur. TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklar ile ilgili nihai karar merciidir. Tahkim Kurulu,

³⁰⁶ **Öncel**, Mualla/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami, Vergi Hukuku, Ankara 2008, s. 171.

³⁰⁷ **Candan**, Turgut, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, Maliye ve Hukuk Yayınları, Temmuz 2006, s. 260.

³⁰⁸ **Gerçek**, Adnan, Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara 2006, s. 132; **Yılmaz**, Hukuki Nitelik, s. 335.

³⁰⁹ **Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 159 vd.; **Gümüş**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2013, s. 9; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 209.

³¹⁰ R.G. T. 16.5.2009 S. 27230.

TFF Statüsü ve ilgili talimatlar uyarınca karar verme yetkisine sahip kurul ve organlar tarafından verilecek kararları nihai olarak inceleyerek münhasıran karara bağlar. Tahkim Kurulu kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlar ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz.

Tahkim Kurulu, a) Federasyon ile kulüpler, hakemler, futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, oyuncu temsilcileri, sağlık personelleri ve diğer yetkililer hakkında Yönetim Kurulu tarafından verilen kararları, b) Amatör ve Profesyonel Disiplin Kurullarının kararları, c) Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararları, d) Etik Kurulu kararları, e) Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü ve talimatları uyarınca nihai karar verme yetkisine sahip diğer kurulların verdikleri hukuki sonuç doğuran kararlar, f) Yönetim Kurulu tarafından çıkarılan talimatlar ile ilgili uyuşmazlıkları ilgililerinin başvurusu üzerine inceleyerek kesin olarak karara bağlar.

Tahkim Kurulu, Federasyon başkanının teklifi ve yönetim kurulunun kararı ile en az beş yıllık meslekî tecrübeye sahip hukukçular arasından seçilecek bir başkan ve altı asıl ve altı yedek üyeden oluşur. Tahkim Kurulu'nun görev süresi, Federasyon Yönetim Kurulu'nun görev süresi kadardır³¹¹.

5894 sayılı Kanunun 6. maddesinin, Tahkim Kurulu kararları aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağına ilişkin kısmı, Anayasa Mahkemesi tarafından, hak arama özgürlüğünün ihlali olarak görülüp Anayasa'nın 9 ve 36 maddelerine aykırılıktan 2011 yılında iptal edilmiştir³¹². Ancak hemen sonra Anayasa'nın 59. maddesinin 3. fıkrasında 6214 sayılı kanun ile yapılan değişiklik “*Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz*” hükmü ile bir Anayasa hükmü haline getirilmiştir³¹³.

³¹¹ www.tff.org/default.aspx?pageID=236 (s.e. 24.09.2016).

³¹² Anayasa Mahkemesi, 06.01.2011 T. 2010/61 E. 2011/7 K. (RG. T. 26.02.2011, S. 27858).

³¹³ RG. T. 29.03.2011, S. 27889.

Tahkim Kurulu'nun uyuşmazlık çözümünün hukuki niteliği, Anayasamızda geçen lafzı ve doktrindeki hâkim görüşe³¹⁴ göre “zorunlu tahkim” niteliğindedir ve Kurul yargı yetkisi kullanmaktadır. Tahkim Kurulunun uyuşmazlık çözümü, şüphesiz bir ADR yöntemi değildir. Nitekim Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı m. 31, arabuluculuğu³¹⁵ ayrıca düzenlemiştir. TFF'nun arabuluculuk düzenlemesi, HUAK'nda düzenlenmiş bulunan arabuluculuk yönteminden bağımsız bir düzenlemedir.

10. Borsa İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Borsa Yönetim Kurulu

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu³¹⁶ (SPK) m. 70 f. 1 “Yatırım kuruluşlarının kendi aralarında veya müşterileriyle 67 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yer alan borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin usul ve esaslar borsa yönetim kurullarınca belirlenir. Anılan yönetim kurulu kararlarının ilişkin olduğu tutarın 84 üncü maddenin beşinci fıkrasında yer alan tutardan fazla olması hâlinde bu karara karşı Kurula itirazda bulunulabilir” hükmünü içermektedir. Kanunun 67. maddesinin 1. fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yer alan borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar ise “b) Emirlerin iletilmesi ve eşleştirilmesi, c) Gerçekleştirilen işlemlere ilişkin yükümlülüklerin zamanında yerine getirilmesi” ile ilgili uyuşmazlıklardır.

İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Üyeliğine ve Üyelik Esaslarına İlişkin Yönetmelik³¹⁷ m. 30 ile, bu tür uyuşmazlıkların çözüm şekli hüküm altına alınmıştır. Bu madde hükmüne göre, borsa üyeleri arasında, borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların borsada çözümü zorunlu iken, borsa üyeleri ile üyelerin müşterileri

³¹⁴ Akil, Cenk, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Kararlarının Hukuki Niteliği, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. 19, S. 3, s. 388.

³¹⁵ “MADDE 31 – ARABULUCULUK (1) Futbolla ilgili tüm uyuşmazlıklarda taraflar TFF'den uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yapmasını talep edebilirler. (2) Bu durumda, TFF diğer taraf ya da tarafları da dinleyerek ihtilafın halli için çaba gösterir.”

www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Profesyonel-Futbolcularin-Statusu-ve-Transferleri-Talimati-11.08.2016.pdf (s.e. 25.09.2016).

³¹⁶ RG. T. 30.12.2012, S. 28513.

³¹⁷ RG. T. 08.12.2012, S. 28491

arasında borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar, tarafların başvurusu halinde borsada çözülür. Borsa üyeleriyle müşteriler arasındaki uyuşmazlıklarda, tarafların yargı mercilerine başvuru hakkı saklıdır.

Borsalar ve Piyasa İşleticilerinin Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik³¹⁸ m. 17 f. 1/n “*Borsa işlemlerinde çıkabilecek uyuşmazlıkları inceleyerek sonuçlandırmak*” görevini borsa yönetim kurulunun görevleri ve yetkileri içerisinde saymıştır. Yönetim kurulunun bu görev ve yetkisi başkasına devredemeyeceği görev ve yetkilerdendir. Bu yönetmeliğin “*Uyuşmazlıkların çözümü*” başlıklı 37. maddesi borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözülmesine ilişkin usûl ve esasların borsa yönetim kurullarınca belirleneceğini hüküm altına almıştır.

Aynı şekilde İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Üyeliğine ve Üyelik Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 30 f. 4 de uyuşmazlıkların çözümünde yönetim kurulu yetkili olduğu, bu konuda yönetim kuruluna uyuşmazlık komitesinin yardımcı olacağı hüküm altına alınmıştır. Yönetim kurulunun uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin usûl ve esasları bir yönerge ile düzenleyeceği de bu fıkrada açıkça belirtilmiştir.

Borsa üyeleri arasında, borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların borsada yönetim kurulu tarafından çözümü zorunludur. Uyuşmazlığın çözümüne dair yönetim kurulu kararlarının ilişkin olduğu tutarın Sermaye Piyasası Kanunu’nun 84 üncü maddesinin beşinci fıkrasında yer alan tutardan fazla olması hâlinde bu karara karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde borsa aracılığıyla Kurula itirazda bulunulabilir. Sermaye Piyasası Kurulu’nun kararı borsa yönetim kurulunu bağlar. Kurul kararına karşı tarafların idari yargı yoluna başvurmaları mümkündür³¹⁹. Borsa üyeleri arasındaki, borsa uyuşmazlıklarının borsa yönetim kurulunca çözümü bir zorunlu tahkim yoludur. Bu nedenle bir ADR yöntemi olarak nitelendirilemez.

³¹⁸ RG. T. 19.07.2013, S. 28712.

³¹⁹ “*Kurul kararlarına karşı yargı yolu MADDE 134 – (1) Kurul kararlarına karşı açılacak idari davalar idare mahkemelerinde görülür. Kurul kararlarına karşı yapılan başvurular acele işlerden sayılır.*”

Buna karşın, borsa üyeleriyle, üyelerin müşterileri arasında borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için tarafların borsaya başvurusu zorunlu değil isteğe bağlıdır. Üstelik taraflar uyuşmazlık çözümü için borsaya başvurmaları hâlinde dahi, tarafların yargı mercilerine her zaman başvurabilme hakları mevcuttur. Taraflarca yargı yoluna başvurulduğunda, dava sonuçlanıncaya kadar dosya borsada işlemde kaldırılır. Adli yargı yoluna gidilmesi durumunda, borsa üyesi durumu öğrendiği tarihten itibaren üç iş günü içinde borsaya bildirmek, nihai kararı da aynı süre içinde ibraz etmekle yükümlüdür³²⁰. O halde taraflar için isteğe bağlı olan ve yargı yoluna başvuruyu engellemeyen bu uyuşmazlık çözüm yolunu bir ADR yöntemi olarak nitelendirmek mümkündür. Bununla birlikte bu uyuşmazlık çözüm yöntemini, arabuluculuk veya uzlaştırma olarak nitelendirmek mümkün değildir. İhtiyâri olan ve her aşamada yargı yoluna başvuruyu engellemeyen bu yöntem bir tahkim yöntemidir. Çünkü borsa yönetim kurulu, müşterinin haklı olduğuna karar verirse, müşterinin zararı, borsa üyesi aracı kurumun borsaya yatırdığı teminattan³²¹ kesilerek, borsa tarafından müşteriye ödenmektedir³²². Borsa yönetim kurulu hak temelli bir değerlendirme yaparak bir karar vermektedir. Verdiği karar doğrultusunda gerektiğinde borsa üyesinin teminatından kesinti yaparak müşterinin zararını karşılamaktadır. Uyuşmazlığın çözümüyle ilgili yetkili ve görevli hakem heyeti borsa yönetim kuruludur. Bununla birlikte, tahkime başvurunun ihtiyari olması, sürecin her aşamasında yargı yoluna başvurunun mümkün olması ve süreç sonunda verilen kararın müşteri lehine olması durumunda sadece borsa üyesi için bağlayıcı sonuç doğurması burada uygulanan tahkim yöntemini, diğer tahkim yöntemlerinden (zorunlu tahkim ve HMK da düzenlenen ihtiyari tahkim) farklı olarak aynı zamanda bir ADR yöntemi olarak kabul etmemizi gerekli kılmaktadır.

³²⁰ Bkz. İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği m. 44.

³²¹ SPK m. 46.

³²² Bkz. İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği “Zararların Karşılanması MADDE 13 - Borsa üyelerinin müşterilerine, diğer üyelere veya Borsa'ya verdikleri belirlenen ve kendileri tarafından karşılanmayan zararlara karşılık olarak zarar görenlere hak sahiplerinin yazılı isteği üzerine, Borsa tarafından yapılacak inceleme sonucuna göre teminattan ödeme yapılmasını, Yönetim Kurulu sağlar.” Ayrıca benzer şekilde düzenleme için bkz. Borsalar ve Piyasa İşleticilerinin Kurulu, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik m. 13.

Ayrıca 02 Nisan 2014 tarih ve 28960 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği Statüsü’nün 7’nci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendinde; “Üyeleri arasında veya üyeleri ile müşterileri arasında borsa işlemleri dışındaki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmak; bu amaçla hazırlanacak ve Kurul tarafından onaylanacak usûl ve esaslar dâhilinde hakem heyeti ve gerekli alt yapıyı oluşturmak” konusunda, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği görevlendirilmiştir.

Birliğin söz konusu görevi gereğince, hakem heyetinin oluşumu, yetki, görev ve sorumlulukları ile hakem heyetine başvuruya ve başvuruların sonuçlandırılmasına ilişkin usûl ve esaslar, Sermaye Piyasası Kurulu ile birlikte yürütülen çalışmalar sonucunda hazırlanan ve 27.07.2016 tarih ve 305 sayılı Birlik Yönetim Kurulu toplantısında kabul edilerek yürürlüğe konulan “Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği Müşteri Uyuşmazlıkları Hakem Heyeti Yönergesi”nde düzenlenmiştir³²³.

11. İdare Hukukunda Yargı Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri³²⁴

İdare hukuku alanında mevcut olan arabuluculuk benzeri uyuşmazlık çözüm yöntemi düzenlemelerine ilişkin bazı örnekleri kısaca şu şekilde sayabiliriz. 442 sayılı Köy Kanunu, 3533 sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkındaki Kanun, 6326 sayılı Petrol Kanunu, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansması Hakkındaki Kanun ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu’nda, devlet yargısı dışındaki

³²³ <https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2016/08/Genelge-34-M%C3%BC%C5%9Fteri-Uyu%C5%9Fmazl%C4%B1klar%C4%B1-Hakem-Heyeti-Y%C3%B6nergesi-Hk..pdf> (s.e. 26.09.2016).

³²⁴ Bkz. **Özbek**, Mustafa, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usûller (I), TBB Dergisi, Yıl 2005, S. 56, s. 90-132; **Özbek**, Mustafa, Kamu İhale Hukuku Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları, İhale Hukukunda Uygulamada Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Yolları, Ankara 2012, s. 169-188; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 914-967.

yöntemlerle uyuşmazlıkların çözümünü öngören hükümler vaz edilmiştir³²⁵. Bu kanunlar ile, idari uyuşmazlıkların idare içerisinde çözüme kavuşturulması, mağdur olduğunu düşünen kişilerin yargı yoluna gitmeden önce idareye başvuruda bulunmak suretiyle müzakere, uzlaştırma ve tahkim gibi yöntemler uygulanarak uyuşmazlıkların çözümü amaçlanmıştır.

Ombudsmanlık olarak da tanımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunuyla, kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönünden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak amacıyla Kamu Denetçiliği Kurumu oluşturulmuştur. Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından hazırlanan 2014 yılı faaliyet raporu incelendiğinde; Kuruma gelen toplam 7167 adet şikâyet başvurusundan, 6348 adedi sonuçlandırıldığı görülmektedir³²⁶.

12. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Uzlaştırma³²⁷

Ceza hukukunda uzlaştırma yöntemi ile elde edilmek istenen esas amaç mağdurun tatmin edilmesi, zararın giderilmesi ve böylece daha az sayıda kamu davası açılmasının sağlanmasıdır. Uzlaştırma, ağır olmayan suçlarda toplumun suç

³²⁵ Odyakmaz /Çınarlı, s. 46-61.

³²⁶ **Yılmaz**, Erdinç, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Fransız İdari Yargı Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları, Yurt Dışı Ziyaret Raporu, 29.02.2016.

www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2016/nisan/fransa_raporu/fransa_raporu.pdf (s.e. 02.10.2016).

³²⁷ Konu hakkında geniş bilgi için bkz. **Özbek**, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma, AÜHFD 2005 S. 3 s. 289-321; **Özbek**, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırıcı Avukatlık, Hukuk Merceği 7, Konferans ve Paneller, Ankara Barosu 2007, s. 534-577; **Özbek**, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usûl ve Esasları, AÜHFD 2007, S. 4, s. 123-205; **Özbek**, Mustafa, Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması, Kazancı Hukuk Dergisi, 2010, S. 1, s.116-183; **Çetin**, H. Soner, Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaşma, TBB Dergisi, Y. 2009, S. 82, s. 1-33; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 1083-1175;

ile bozulan kamu düzenini, tarafların barışması yoluyla yeniden tesis eden, mağdurun zararını da gidererek adaleti yerine getirmeyi amaçlayan bir kurumdur³²⁸.

Kovuşturmanın mecburiliği ilkesine istisna oluşturan uzlaştırma, belirli bir ceza eşiğinin altında kalan basit suçlarda, bir taraftan mağdurun haklarının korunması ve tatmini, diğer taraftan failin, eyleminin oluşturduğu haksızlık içeriğiyle yüzleşmesi ve bunu telafi etmesi imkânını sağlamaktadır. Hızlı, etkin ve daha az maliyetli çözümler üreten bu usûller, özellikle ilk kez suç işleyenlere bir şans tanıyarak, onların damgalanmasını önlemekte ve failin ceza muhakemesinin erken aşamalarında yeniden sosyalleşmesini kolaylaştırmaktadır. Basit suçlarda geleneksel dava yollarına karşı geliştirilen alternatifler, yargı mercilerinin her geçen gün artan iş yükünün hafifletilmesi amacına da hizmet ederek, daha vahim suçlar ve karmaşık davalarda ihtiyaç duyulan zaman ve mali kaynağa tasarruf sağlamaktadır³²⁹.

CMK m. 253 f. 1'e göre, uzlaştırma kapsamına giren aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten yaralama (TCK m. 86, üçüncü fıkra hariç, TCK m. 88),
2. Taksirle yaralama (TCK m. 89),
3. Tehdit (TCK m. 106, f. 1),
4. Konut dokunulmazlığının ihlali (TCK m. 116),

³²⁸ **Özbek**, Mustafa, Çocuk Adalet Sisteminde Onarıcı Adalet Anlayışı ve Çocuk Arabuluculuğu, Uluslar arası Çocuklar İçin Adalet Sempozyumu, Ankara 5-7 Aralık 2012, Adalet Bakanlığı, Türkiye Adalet Akademisi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, UNICEF Türkiye, Ankara 2013, s. 29.

³²⁹ RG T. 2.12.2016, S. 29906, 24.11.2016 Tarih 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un hükümet gerekçesinden.

5. Hırsızlık (TCK m. 141),

6. Dolandırıcılık (TCK m. 157),

7. Çocuğun kaçıırılması ve alıkonulması (TCK m. 234),

8. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (TCK m. 239, dördüncü fıkra hariç) suçları,

c) Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yıl geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar.

CMK m. 253 f. 2'ye göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

CMK m. 253 f. 3'e göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaştırma yoluna gidilemez. Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaştırma hükümleri uygulanmaz.

Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik³³⁰ m. 4, uzlaşma ve uzlaştırma kavramlarını tanımlamıştır. Ancak 24.11.2016 Tarih 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici birinci maddesi *“(1) Ceza Muhakemesi Kanununun 253 üncü maddesine ilişkin yönetmelik bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç altı ay içinde çıkarılır ve yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden itibaren en geç altı ay içinde uzlaştırmacı listeleri oluşturulur. Adalet Bakanlığı tarafından bu listelere uygun uzlaştırmacı görevlendirmesi amacıyla bir ilan yapılır. İlan yapılınca kadar, Ceza Muhakemesi Kanununun 253 üncü maddesinde bu Kanunla yapılan değişiklik öncesinde öngörülen usule göre belirlenen uzlaştırmacılardan görevlendirme yapılmasına devam olunur ve bu uzlaştırmacılar görevlerini tamamlar”* şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bu Kanunla

³³⁰ RG. T. 26.07.2007, S. 26594.

getirilen değişiklikleri de kapsayacak şekilde altı ay içinde yönetmelik hazırlanması gerekmektedir.

Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir. Büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Uzlaştırmacı, uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır (CMK m. 253 f. 4).

Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır (CMK m. 253 f. 5). Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılabilmesi hâlinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır (CMK m. 253 f. 6). Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir (CMK m. 253 f. 7). Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir (CMK m. 253 f. 8).

Kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur (CMK m. 253 f. 10). Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet Savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Uzlaştırma bürosu uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır (CMK m. 253 f. 11). Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini

sonuçlandırır. Uzlaştırma bürosu bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir (CMK m. 253 f. 12).

Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır (CMK m. 253 f. 13). Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet Savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet Savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir (CMK m. 253 f. 14). Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte uzlaştırma bürosuna verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır. Uzlaştırma bürosu soruşturma dosyasını, raporu ve varsa yazılı anlaşmayı Cumhuriyet Savcısına gönderir (CMK m. 253 f. 15).

Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet Savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler (CMK m. 253 f. 16). Cumhuriyet Savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder (CMK m. 253 f. 17). Uzlaştırmamanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez (CMK m. 253 f. 18).

Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, CMK 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, CMK 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma

konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38 inci maddesinde yazılı ilâm mahiyetini haiz belgelerden sayılır (CMK m. 253 f. 19).

Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz (CMK m.253 f.20). Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek uzlaştırma bürosuna verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez (CMK m. 253 f. 21).

Uzlaştırmacıya Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen tarife göre ücret ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır (CMK m. 253 f. 22). Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir (CMK m. 253 f. 23). Her Cumhuriyet Başsavcılığı bünyesinde uzlaştırma bürosu kurulur ve yeteri kadar Cumhuriyet Savcısı ile personel görevlendirilir. Uzlaştırmacılar, avukatların veya hukuk öğrenimi görmüş kişilerin yer aldığı, Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen uzlaştırmacı listelerinden görevlendirilir. Uzlaştırmacı, hazırladığı raporu, tutanakları ve varsa yazılı anlaşmayı büroya gönderir. Uzlaştırma süreci sonunda soruşturma dosyaları, uzlaştırma bürosunda görevli Cumhuriyet Savcıları tarafından sonuçlandırılır (CMK m. 253 f. 24).

Uzlaştırmacıların nitelikleri, eğitimi, sınavı, görev ve sorumlulukları, denetimi, eğitim verecek kişi, kurum ve kuruluşların nitelikleri ve denetimleri ile uzlaştırmacı sicili, uzlaştırmacılar ve eğitim kurumlarının listelerinin düzenlenmesi, Cumhuriyet Başsavcılığı bünyesinde kurulan uzlaştırma bürolarının çalışma usûl ve esasları, uzlaştırma teklifi ile müzakere usûlü, uzlaştırma anlaşması ve raporda yer alacak konular ile uygulamaya dair diğer hususlara ilişkin usûl ve esaslar, Adalet Bakanlığı'nca çıkarılan yönetmelikle düzenlenir (CMK m. 253 f. 25).

Kamu davası açıldıktan sonra, kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemleri 253. maddede belirtilen esas ve usûle göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir (CMK m. 254 f.1).

Uzlaştırıcı, müzakereleri tarafsızlığını koruyarak yönetmelidir. Bu nedenle taraflara belli bir çözüm şeklini dayatmamalıdır. Uzlaştırıcı, müzakereler esnasında belirleyici olmaktan kaçınmalıdır³³¹. Ancak, HUAK’ da düzenlenen arabulucudan farklı olarak uzlaştırıcı taraflara çözüm amaçlı tavsiyelerde bulunabilmelidir. Uzlaştırmanın amaçlarından birisi de, mağdurun zararını gidermek olduğu³³² için uzlaştırıcı arabuluculuk yönteminde olduğu gibi sadece menfaat temelli değil, hak temelli değerlendirmeler de yapabilmelidir³³³. Nitekim uzlaştırma yöntemini, menfaat temelli arabuluculuktan ayıran özelliklerden birisi de budur³³⁴.

³³¹ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri 2016, s. 1146.

³³² Nitekim, bu şekilde uzlaşmanın hukuki niteliğini “*yaptırım benzeri bir kurum*” olduğunu ileri süren görüşler bulunmaktadır. Bkz. **Yenisey**, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, <http://www.arbulucu.com/ceza-hukukunda-uzlasma/ceza-muhakemesi-hukukunda-uzlasma-uzlastirmaci-egitimi-rehber-kitapcik> (s.e. 06.10.2016).

³³³ HUAK m. 2’nin hükümet gerekçesinde, arabuluculuk ile uzlaştırma kavramları arasındaki bu fark vurgulanmıştır.

³³⁴ Bkz. Yukarıda “*Uzlaştırma*” başlığı altındaki açıklamalar.



İKİNCİ BÖLÜM

ARABULUCULUK FAALİYETİ VE ŞEKİLLERİ, ARABULUCULUĞUN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ VE GELİŞİMİ, ARABULUCULUĞA İLİŞKİN TEMEL İLKELER

§ 5. ARABULUCULUK FAALİYETİ VE ŞEKİLLERİ

A. ARABULUCULUK FAALİYETİ

Bir uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözümüne ilişkin olarak uyuşmazlığın taraflarının ve arabulucunun her türlü faaliyeti, arabuluculuk faaliyetidir. Bir avukatlık faaliyetinin öznesinde avukat, bir noterlik faaliyetinin öznesinde noter, bir tahkim faaliyetinin öznesinde hakem varken, bir arabuluculuk faaliyetinin öznesinde ise, hem arabulucu hem de uyuşmazlığın tarafları bulunabilmektedir. Bu durum, arabuluculuk yöntemine ilişkin tarafların egemenliği ilkesinin ve tarafların uyuşmazlık çözümünü kendilerinin bulmasının bir sonucudur. Bu bağlamda tarafların, uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yöntemine karar verme, arabuluculuk ve arabulucu sözleşmesi yapma ve arabulucuyu seçme faaliyeti bir arabuluculuk faaliyetidir. Arabulucunun, arabulucu sözleşmesi ve mevzuata göre arabuluculuk sürecini sevk ve idare etmesi ve taraflara uyuşmazlık çözümlerini kendilerinin üretmesi için yardımcı olmaya yönelik faaliyetleri, elbette arabuluculuk faaliyetidir.

Nitekim HUAK'nun dördüncü bölümünün başlığı "*Arabuluculuk Faaliyeti*" olup, "*Arabulucuya başvuru*" başlıklı m. 13, "*Arabulucunun seçilmesi*" başlıklı m. 14, "*Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi*" başlıklı m. 15, "*Arabuluculuk sürecinin başlaması ve sürelerle etkisi*" başlıklı m.16, "*Arabuluculuğun sona ermesi*" başlıklı m. 17 ve "*Tarafların anlaşması*" başlıklı m. 18 bu bölümün içerisinde yer alan maddelerdir¹. Görüldüğü üzere, arabulucuya başvuru (m. 13) ve arabulucunun seçilmesi (m. 14) gibi faaliyetler arabuluculuk faaliyetinden sayılmış olup,

¹ Arabuluculuk faaliyetine ilişkin bu maddeler aşağıda § 9, "*Arabuluculuk Sürecinin Aşamaları*" başlığı altında incelenecektir.

arabuluculuk faaliyetinin sadece arabulucu tarafından değil, uyuşmazlığın taraflarınca da yapılabileceği mevzuatımızda açıkça kabul edilmiştir.

Arabulucunun, arabuluculuk sürecindeki toplantılarda takip edilecek usûlün çerçevesi hakkında kararlar vermesi gerekmektedir. Arabulucunun bu kararları da bir arabuluculuk faaliyetidir. Karar kavramını geniş anlamda yorumlamak gerekir. Bazen aktif olmayan bir pasif duruş bile bir karar teşkil edebilir. Örneğin; arabulucudan uyuşmazlığın konusu hakkında hukuki danışmanlık talebinde bulunan tarafa, arabulucunun hiçbir bilgi vermemesi de tarafsızlığı açısından bir karardır². O halde arabuluculuk faaliyetinin konusunu sadece aktif faaliyetler değil, pasif tutum ve davranışlar da oluşturabilir.

B. ARABULUCULUK ŞEKİLLERİ

Doktrinde arabuluculuk yöntemi; tarihsel gelişimine, arabulucunun uyuşmazlığı çözmedeki yaklaşım tarzına, arabuluculuk yöntemine başvurma şekline, arabuluculuk faaliyetinde izlenecek metot ve daha başka kıstaslara göre tasnife tabi tutulmaktadır. Arabuluculuk tek bir metod değildir, aksine arabuluculuk birçok metot ve yaklaşım tarzına sahiptir³. Arabuluculuğun kabul edilmiş tek bir tanımı dahi bulunmazken, türlerinin tespitini de sınırlandırmak mümkün değildir. Belli başlı arabuluculuk tasniflerini şöylece sıralayabiliriz.

I. Geleneksel Arabuluculuk ve Modern Arabuluculuk Ayrımı

Arabuluculuk tarihsel gelişimine göre “*geleneksel arabuluculuk*” ve “*modern arabuluculuk*” olarak iki türlüdür. Geleneksel arabuluculuk, birbirine sıkı sıkıya bağlı olan bireylerin oluşturduğu, geleneklerin, akrabalık bağlarının ve ortak değer yargılarının güçlü olduğu sosyal topluluklarda görülür. Bu topluluklarda arabuluculuk görevi, toplumun bireyleri ve dolayısıyla uyuşmazlığın tarafları üzerinde büyük bir nüfuz ve etki sahibi olan toplumun çok saygın üyeleri tarafından yerine getirilir.

² **Kracht**, s. 271.

³ **Duss von Werdt**, Joseph, “Systemische Aspekte”, Haft/von Schlieffen, Handbuch Mediation, München 2009, s. 252.

Geleneksel arabulucular, problem odaklıdır ve teknik bilgidan daha çok, toplum içindeki konumları, bilgelikleri, saygınlıkları ve ikna etme yetenekleri ön plandadır. Bu tür arabuluculuk yönteminde uyuşmazlık çözüm hâkimiyeti arabulucudadır. Bu tür arabuluculuğun, devletin yargı sistemiyle bir bağlantısı yoktur. Geleneklerin ve ortak değerlerin (dini temeller, akrabalık bağları gibi) güçlü olduğu Avustralya, Yeni Zelanda, Asya ülkeleri, Amerika ülkeleri, Afrika ülkeleri ve hatta Türkiye gibi ülkelerde halen bu tür arabuluculuk örneklerini görmek mümkündür⁴.

Modern arabuluculukta ise, hâkimiyet ve egemenlik uyuşmazlığın taraflarındadır. Arabulucunun rolü daha sınırlı olup, sadece tarafların kendi çözümlerini kendilerinin üretmesine yardımcı olmaktan ibarettir. Modern arabuluculuk yargı sistemiyle de bağlantılı olup, arabuluculuk yöntemine başvurma ve uyuşmazlıkların bu şekilde çözüme kavuşturulması, yargı tarafından teşvik edilmekte ve desteklenmektedir⁵. Hatta bazı ülkelerde, belirli uyuşmazlıkların çözümü için, yargıya başvurmadan önce arabuluculuk yöntemine başvuru zaruri hale getirilmiştir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve bunu destekleyen diğer mevzuatımızda kabul edilmiş olan arabuluculuk yaklaşımı, modern arabuluculuktur. Ancak arabulucunun, geleneksel arabulucuda olması gereken nitelikleri üzerinde toplamış olması hâlinde, uyuşmazlığın çözümünde daha fazla avantaj sağlayacağı göz ardı edilmemelidir.

II. Hak Temelli Arabuluculuk ve Menfaat Temelli Arabuluculuk Ayrımı

Uyuşmazlık çözümündeki yaklaşım tarzında, tarafların menfaatleri mi yoksa hakları mı esas alınacaktır? Hangisinin temel alındığına bakılarak, arabuluculuk

⁴ Kekeç, s. 243; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 590; Özbay, İbrahim, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, s. 467; Şahin-Ceylan, s. 147.

⁵ Şahin-Ceylan, s. 147; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 590.

yönteminin menfaat temelli (interestbased) veya hak temelli (rightsbased) olduğu ayrımı yapılabilir⁶.

Eğer bir uyuşmazlığın çözümünde, mevcut hukuk kuralları ağır bir rol alacaksa, bu takdirde hak temelli arabuluculuk söz konusudur. Çünkü bu takdirde bulunan çözüm, hukuk mahkemelerindeki uyuşmazlık konusu hakkındaki bir davada verilebilecek karara yakın bir çözüm arz edecektir. Bu tür uyuşmazlık çözüm yaklaşımında, uyuşmazlığa çözüm bulmadaki hareket alanı daralmaktadır⁷. Hak temelli arabuluculukta, uyuşmazlık konusu hakkında, bir davada veya tahkimde hukuk kurallarının değerlendirilmesiyle çıkabilecek karar hakkında tahminde bulunularak uyuşmazlık çözülmeye çalışılır. Bu nedenle hak temelli arabuluculuk adalet ağırlıklı ve tahmine dayalı bir arabuluculuk yöntemidir⁸.

Bir uyuşmazlığın çözümünde, hukuk kurallarından daha ziyade, taraf menfaatlerini en iyi şekilde tatmin edecek bir çözüm anlaşmasına varılması hedefleniyorsa, bu yaklaşım tarzı bir menfaat temelli arabuluculuk yöntemidir. Tarafların menfaatleri asli, hukuk kuralları tali unsur olduğundan, uyuşmazlığın çözümü için çok daha geniş ve esnek bir alan kalacaktır. Bu tür arabuluculuk yönteminde taraflar, mahkemelerde aynı uyuşmazlık konusu hakkında verilebilecek bir karardan daha uzak noktalarda anlaşarak uyuşmazlığı çözebileceklerdir.

Menfaat temelli arabuluculuk daha orijinal ve daha ılımlı sonuçlar doğurur. Uyuşmazlığın tarafları bu şekilde üretilen çözümden çok daha memnun olur⁹. Bunun iyi bir sebebi vardır. Taraflar dışındaki üçüncü şahıslar, uyuşmazlığın tamamını değil, bir bölümünü görebilirler. Üçüncü kişiler bu görebildikleri kısım için, kendilerince iyi bir çözüm önerisi getirdiklerinde, tarafların bundan mutlu olmamaları onları şaşırtmaktadır. Bu arabuluculuk öğretisinde, “*taraflar uyuşmazlığın uzmanlarıdır*” ifadesiyle nitelendirilmiştir. Uyuşmazlığın uzun vadeli

⁶ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 653.

⁷ **Gabriel**, Simon, Die Haftung des Mediators im Schweizerischen Rechtssystem, Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern, Bern 2008, s. 170.

⁸ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 653.

⁹ **Gabriel**, s. 170; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 652.

nasıl bertaraf edileceğini en iyi onlar bilir. Bu nedenle arabulucunun her uyuşmazlığa hak temelli bir çözüm önermesi bir meslek hatasıdır. Bu özellikle hak temelli düşünmeye alışmış avukat arabulucuların başlangıçta, bu alışkanlıklarından dolayı zorlanacakları bir husustur¹⁰. Zira avukatların mesleklerini icra ederken, uyuşmazlığa çözüm bulmamaları, onların yeteneksiz olarak algılanmalarına yol açar. Arabulucu avukatların, arabuluculuk görevini yerine getirirken, avukatlık mesleğinden gelen bu alışkanlıklarını bir kenara bırakmayı başarmalıdır.

Nitekim 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu da, bizzat arabulucunun uyuşmazlığın çözümünü için, hak temelli olarak çözüm önerisinde bulunmasını değil, sadece tarafların kendi çözümlerini kendilerinin üretmesi için yardımcı olmasını öngörmektedir.

III. Kolaylaştırıcı Arabuluculuk ve Değerlendirici Arabuluculuk Ayrımı

Kolaylaştırıcı arabuluculuk (facilitative mediation) ve değerlendirici arabuluculuk (evaluative mediation) ayrımı, esasen hak temelli ve menfaat temelli ayrımındaki kriterler esas alınarak yapılan bir ayrımdır. Arabulucunun niteliği ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmedeki yaklaşım tarzı ön planda tutularak yapılan bir ayrımdır. Bu iki ayrımın birbirine bu kadar yakın olması sebebiyle, doktrinde genel olarak arabuluculuk türleri konusu işlenirken her iki ayrım, aynı başlık altında ele alınmaktadır¹¹.

Kolaylaştırıcı arabuluculuk yönteminde, arabulucunun asli görevi, taraflar arasındaki iletişimi sağlamak ve çözüm sürecini yönetmektir. Bunun için uyuşmazlık konusu hakkında uzman olması gerekli değildir. Arabulucunun sadece iletişim sağlamada ve çözüm sürecinin yönetiminde uzman olması yeterlidir. Bu durum, gerekli olduğunda diğer konularda, tarafların dışarıdan uzman yardımı alabilmelerine engel değildir. Arabulucu, uyuşmazlığın çözümünde, menfaat temelli arabuluculukta

¹⁰ von Schlieffen/Ponchap /Rüssel/Harms, s. 40.

¹¹ Henssler, Deborah R., Does ADR Really Save Money? The Jury's Still Out. The RAND Reprint Series, Reprinted from The National Law Journal 1994. Hensler, arabuluculuk yaklaşımlarını değerlendirirken, kolaylaştırıcı arabuluculuğu menfaat temelli, değerlendirici arabuluculuğu yasaların ışığı altında hak temelli olarak açıklamıştır.

olduğu gibi, hukuk kurallarından ziyade, tarafların özgür irâdelerine yansıyan menfaatlerini ve çözüm sürecinin idaresini esas alır. Arabulucu, taraflara uyuşmazlığın çözümünü hak temelli bir yaklaşımla bizzat sunmaz, onlara hukuki danışmanlık yapmaz. Arabulucu, tarafların tartışma ve müzakerelerine sadece iletişimin kesintisiz devamı ve çözüm sürecinin sağlıklı yönetimi için müdahale eder¹². Arabulucu, tarafların birbirlerini anlamalarına ve kendi çözümlerini kendilerinin üretmesine yardımcı olur. Burada arabulucunun üstlendiği rol pasiftir. Arabulucu kendisini, uyuşmazlığın konusunu değerlendirme açısından geri çekmekte, ancak tarafları aktif bir şekilde iletişim kurmaları için cesaretlendirmektedir¹³.

Kolaylaştırıcı arabuluculuk, kendi içerisinde dar ve geniş kolaylaştırıcı arabuluculuk olarak tasnif edilmiştir. Kolaylaştırıcı-dar arabuluculukta, arabulucu uyuşmazlık konusunun içeriği hakkında hukuki değerlendirme ve tahmin yapmakta ancak bunları taraflarla paylaşmamaktadır. Fakat arabulucu, taraflarla görüşürken onlara, uyuşmazlık konusunda tarafların güçlü ve zayıf oldukları yönleri, bu değerlendirmeyi nasıl yaptıklarını, tarafların uyuşmazlık konusu hakkında yargıya başvurduklarında ekonomik, itibar ve duygusal açıdan tahminlerini, davanın ne kadar süreceği ve masraflarının ne kadar olacağı konusunda sorular sorarak, kendi değerlendirme ve tahminlerini söylemese de, bu değerlendirme ve tahmini tarafların yapmasını sağlar. Kolaylaştırıcı-geniş arabuluculuktan anlaşılması gereken, yukarıda açıklaması yapılan genel anlamda kolaylaştırıcı arabuluculuk olup, arabulucunun başlıca görevi, tarafların iletişimini güçlendirerek kendi çözümlerini üretmelerine yardımcı olmaktır. Tarafların bir çözüme varabilmelerinin, birbirlerini ve kendilerini geliştirerek mümkün olabileceğinin farkına varmaları sağlanır¹⁴.

¹² **Sıgri**, Ünsal/**Varoğlu**, A. Kadir, Müzakere ve Arabuluculuk, İş, Yönetim, Diplomasi ve Hukukta Uyuşmazlıkların Çözümü, Ankara 2013, s. 234; **Kekeç**, s. 238.

¹³ **Özmumcu**, Seda, “Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, İÜHFM, C. LXXI, 2013, S. 1, s. 1369.

¹⁴ **Riskin**, Leonard L., “Decision-Making in Mediation: The New Old Grid and The New New Grid System”, Notre Dame Law Review, Vol. LXXIX, December 2003, s. 32 vd.; **Özmumcu**, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici, s. 1375

Değerlendirici arabuluculukta ise, uyuşmazlık konusu hakkında mahkemede görülen bir davada verilebilecek bir karar tahminine göre, çözüm süreci yönlendirilir. Bu sebeple, arabulucunun uyuşmazlık konusu hakkında uzman olması aranır. Değerlendirici arabuluculuğun tercih edilme sebebi tarafların yasaların ışığı altında hak temelli bir çözüm istemeleridir. Taraflar uyuşmazlık konusu ve dosyanın esası hakkında, tarafsız bir üçüncü kişinin bilgisinden yararlanmak istemektedirler. Değerlendirici arabuluculuk, özellikle karmaşık ve teknik bilgilere ihtiyaç duyulan konularla ilgili uyuşmazlıklarda tercih edilir. Bu yaklaşım tarzında arabulucu aktif olup, çözüm önerileri getirebilme imkânı mevcuttur. Arabulucu, taraflara çözüm önerileri sunar, uyuşmazlık konusuyla ilgili hukuki ve fiili değerlendirmelerde bulunarak tarafların dayandıkları argümanların zayıf ve güçlü yönlerini açıklar¹⁵.

Değerlendirici arabuluculuk da, kendi içerisinde dar ve geniş değerlendirici arabuluculuk olarak tasnif edilmiştir. Değerlendirici arabuluculuğa ilişkin genel açıklamalar daha ziyade değerlendirici-dar arabuluculuğa ilişkindir. Değerlendirici-geniş arabuluculukta, bundan fazla olarak, arabulucu, tarafların içinde bulundukları durumu, altında yatan menfaatleri, bireyleri ve grupları etkileyen nedenler hakkında bilgi edinerek bunları da karşılayacak şekilde çözüm üretir. Başka bir ifadeyle çözüm kriteri sadece uyuşmazlık konusu hakkında bir davada çıkabilecek olası karar değil, aynı zamanda tarafların içinde bulundukları durumun ve beklentilerinin altında yatan unsurların da değerlendirilmesidir¹⁶.

Arabuluculuk yöntemine başvurmanın zorunlu kılındığı uyuşmazlıklarda, tarafların arabuluculuk yöntemine başvurmadaki istek eksikliği hâlleri veya tarafların dosyanın hukuki içeriğiyle ilgili gerçek dışı beklentiler içinde olması hâllerinde, değerlendirici arabuluculuk yönteminin kullanılması daha etkili olacaktır. Bu durumda çözüm süreci de daha az zaman alacaktır¹⁷.

Arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıkların çözümünde, arabulucunun değerlendirme yapması, artık uygulamada yöntemin bir parçası haline gelmiştir.

¹⁵ Sperr, s. 344.

¹⁶ Riskin, s. 29; Özmumcu, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici, s. 1377.

¹⁷ Kekeç, s. 240.

Çünkü arabulucuların çoğu değerlendirme yapmaktadır¹⁸. Avrupa ülkelerine kıyasla, Amerika Birleşik Devletlerin’de değerlendirici arabuluculuk yaklaşımı, arabuluculuk sınırlarını zorlayacak ve açacak şekilde kullanılmaktadır¹⁹.

Arabulucunun, arabuluculuk sürecinde, taraflara hiçbir şekilde telkinde ve çözüm önerisinde bulunamayacağı şeklindeki bir yaklaşımın isabetli olmayacağı Doktrinde ileri sürülmüştür²⁰. İyi bir arabulucu, tarafların menfaatlerini esas alarak, uyuşmazlığın çözümüne destek olan herhangi bir usûlün muhtemel sonucu hakkında gerçekçi bir değerlendirme ile doğru tahminde bulunarak, yaratıcı bir şekilde uyuşmazlık çözmeyi amaçlar²¹.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 2. maddesi ve gerekçesinde²², uyuşmazlığın çözüm sürecinde arabulucunun, sadece tarafların kendi çözümlerini kendilerinin üretmesine yardımcı olmak için tarafların aralarında iletişim sürecini kurmayı hedeflemesini öngörerek, menfaatleri dengeleyen kolaylaştırıcı arabuluculuk türünü tanımlamakta ise de, hukukçu olan arabulucuların mevcut yasaların ışığı altında çözüme ilişkin değerlendirme yapmadıklarını ve yapmayacaklarını düşünmek gerçekçi olmaz. Bu değerlendirmelerin arabuluculuk sürecine şu ya da bu şekilde yansımaları olabilecektir. Zira taraf menfaatlerinin dengelenmesinde, tahmine dayanan değerlendirme ölçüsü, uyuşmazlığın çözümüne

¹⁸ Riskin, s. 7.

¹⁹ Lenz, Cristina, Mediation und ihre gesetzliche Verankerung in Deutschland, Wien 2008, s. 11.

²⁰ Kuru, Baki, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı Hakkında Görüşler ve Öneriler”, MİHDER, 2010/2, s. 241; Özümücü, s. 282.

²¹ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 654.

²² “...arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz. Arabulucu sadece, sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere çözümü kendilerinin bulmasına yardımcı olur. Diğer bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân veren bir ortam oluşturmayı hedefler; o haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun bir şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır”. Demir, Mevzuat, s. 12.

etki eden unsurlardan birisi olarak, tarafların ve arabulucunun en azından çözüme yönelik düşüncelerinde yer alacaktır.

IV. Çözüm Bulucu Arabuluculuk ve Dönüştürücü Arabuluculuk Ayrımı

Çözüm bulucu arabuluculuk (settlement mediation), uyuşmazlığın taraflarınca ortaya konulan konulara ve problem çözmeye odaklı, kolaylaştırıcı arabuluculukta olduğu gibi yöntem odaklı bir arabuluculuk yaklaşımıdır. Ancak menfaat temelli değildir. Arabulucu, tarafların kabul edebileceği, anlamlı öneri ve teklifler sunar. Tarafları bu konuda cesaretlendirir, ikna etmeye ve düşüncelerini sağlamaya çalışır. Bunun için arabulucular, genellikle teknik ve hukuki bilgileri nedeniyle seçilir. Arabulucu kabul edilebilir bir çözüm için bir çerçeve ve formül bulunmasına yardımcı olur. Bu sebeplerle bu tür arabuluculuğa, formüle edici (formulative) arabuluculuk da denmektedir²³.

Arabulucunun, taraflar arasındaki iletişimi düzenlemenin ötesinde, taraflar çıkmaza girdiklerinde çözüm formülleri üretmek asli görevidir. Arabulucu, genellikle taraflarla ayrı görüşerek; teklifleri, karşı teklifleri ve tavizleri değerlendirerek, taraflar arasındaki ilişkilerin, arabuluculuk sürecinin sonunda da devamını sağlamaktan ziyade, sonuca odaklı çözüm arayışındadır²⁴.

Dönüştürücü arabuluculuk (transformative mediation) ise, uyuşmazlığın taraflarının çatışma ilişkisinin olumsuz ve yıkıcı niteliklerinin olumlu ve yapıcı hale getirilmesiyle ve çatışma ilişkilerinin farklı bir özellik kazanmasıyla uyuşmazlığın giderilmesini hedefleyen bir yaklaşım tarzıdır. Bu tür arabuluculukta arabulucunun rolü, taraflarla görüşme, karar alma, iletişim, perspektif kazanımı ve diğer taraf faaliyetleri yoluyla güç ve duyarlılık becerilerini uygulamaya koyma konusunda destek vermektir. Bu destekle tarafların olumlu ilişkisel değişimlere uğramaları

²³ Sığı/Varoğlu, s. 234; Kekeç, s. 241.

²⁴ Kekeç, s. 241; Yılmaz, Muzaffer Ercan, “Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk Süreci”, Kazancı Hukuk Dergisi 2006, S. 21-22, s. 102.

hedeflenmektedir. Bu olumlu ilişkisel değişimler, tarafları “güçlendirme” ve “tanıma” değişimleridir²⁵.

Güçlendirme ve tanıma değişimleri, tarafların başkalarına karşı net ve özgüvenli olabilmesi için (güçlendirme), açık, anlayışlı ve duyarlı (tanıma) bir tutum geliştirmeleri halini ifade eder. Tarafların bu hale gelmesiyle, uyuşmazlığa çözüm bulma ve uzlaşmaya varma konusunda başarılı olma ihtimali yükselmektedir. Dönüştürücü arabuluculuk sürecinde, taraflar sürecin ilerlemesiyle birlikte özgüvenli, açık ve karşılıklı birbirlerini anlayabildikleri bir ilişki kurmaktadır. Taraflar arasındaki olumsuz ve güç ilişkiler, olumlu ve üretken tartışmalara dönmektedir. Taraflar karşılıklı olarak uyuşmazlık konusu durum ve taraf eylemleri hakkında yeni anlayışlar kazanmaktadır.

Taraflar arasındaki ilişkisel değişimlerin arabulucu tarafından sağlanması ve bunun sürdürülmesi iki esasa dayanır. Birinci esas, arabulucu çatışma ilişkilerinin yıkıcı ve kötü duygular uyandıran özelliklerini yok etmek, çatışma ilişkilerinin olumlu ve insani nitelik kazanması konusunda taraflara yardımcı olmaktır. İkinci esas ise, bu yardım yapılırken, sonuçların sorumluluğunu taraflara bırakmak, tarafların görüşleri ve kararları noktasında eleştirel olmamak, tarafların yeterliliği ve hareket tarzları konusunda pozitif bir bakış açısı geliştirmektir²⁶.

Dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımında, arabulucunun, değerlendirici ve çözüm bulucu yaklaşımı mikro düzeydedir. Arabulucu, tarafları aktif bir şekilde dinler ve tarafları güçlendirme için kolaylaştırıcı bir katılım için cesaretlendirir²⁷. Arabulucuların, her düşüncenin uyuşmazlık çözümüne katkıda bulunduğu şeklindeki toplu değerlendirmelerinin aksine, her açıklama, problem, soru veya anlatım, dönüşüm için birer ihtimal olarak değerlendirilir. Çözüm bulucu arabuluculuktan tamamen farklı ve bilinçli olarak, konulara, tekliflere, uzlaşma şartlarına şekil

²⁵ Bush/Folger, s. 66.

²⁶ Bush/Folger, s. 70.

²⁷ Özsumcu, Seda, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli”, İÜHFM 2015, C. LXXIII, S. 2, s. 327.

vermekten hatta uzlaşmaya varılmasını teşvik etmekten dahi kaçınırlar²⁸. Dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımı; arabuluculuk yaklaşımları içerisinde, arabulucunun çözüm sonucuna ilişkin değerlendirmesinin en az olduğu²⁹ ve arabuluculuk sürecinin en fazla zaman aldığı arabuluculuk türüdür.

Bu sürecin sonunda uyuşmazlığın taraflarının çatışma ilişkilerine bakış açılarında olumlu bir dönüşüm olmuş ise, topluma ve bireylerin ilişkilerine sağladığı katkı açısından en yararlı olan arabuluculuk yaklaşımıdır diyebiliriz. Çünkü sürecin sonunda sadece bir uyuşmazlık çözülmemekte, tarafların bundan sonraki dönemlerde de geçerli olmak üzere olumlu bakış açısına sahip, özgüveni yüksek, empati yeteneği kazanmış bireyler olarak uyuşmazlık ilişkilerine daha farklı ve olumlu açılardan bakabilmeleri sağlanmaktadır. Uyuşmazlık konularıyla sınırlı olarak, taraflarda süreç içerisinde bu olumlu yönde dönüşümün sağlanabilmesinin kolay olmadığı da bilinmelidir.

V. Pasif Arabuluculuk ve Aktif Arabuluculuk Ayrımı

Bu ayrım, arabuluculuk sürecinde, arabulucunun aktif ve pasif tutumuna göre yapılan bir sınıflandırmadır. McCarty ve Cormick, Amerika’da arabuluculuğun başlangıçtaki gelişiminde Washington’da bir usûl tatbik ettiler. Konu, her baharda ortaya çıkan sele engel olmak adına, Snoqualmie nehri üzerindeki su barajı projesiyle ilgiliydi. Bir yıl sonra bu süreç başarıyla sonlandırıldı. Bu iki arabulucu bu arabuluculuk sürecinden bir takım süreç prensipleri çıkardılar. Bu prensipler bugün pasif arabuluculuk öğretisi olarak tanınmaktadır³⁰.

Pasif arabuluculuk (passive mediation) yaklaşımında arabulucunun görevi, bir iletişimci olmak ve süreci yönetmektir. Bu yaklaşımda arabulucu, arabuluculuk sürecinin sonucuna ilişkin hiçbir sorumluluk kabul etmez. Aynı zamanda uyuşmazlığın ilgilerini bulmak için aktif olamaz. Süreç sonucu bakımından,

²⁸ Kekeç, s. 244.

²⁹ Lenz, s. 12.

³⁰ Cormick, G.W., The “Theory” and Practice of Environmental Mediation, The Environmental Professionel, Vol. 2 1980, s. 24.

uyuşmazlık çözümlünün içeriğine nüfuz etmemek için her türlü müdahaleden kaçınması gerekmektedir. Bu durum, şayet bir tarafa haberi olmadığı halde bir zarar gelecekse müdahale etmeyeceği anlamına gelmez. Arabulucu, uyuşmazlık konusunun içeriğiyle ilgili çözümler sunmaz. Arabulucu, sadece taraflar arasındaki iletişimi sağlamaya çalışır ve tarafların kendilerinin bulduğu uyuşmazlık çözümlerini düzenler³¹.

Pasif arabuluculuk, öğretide bilimsel tartışmalara konu olmuş ve Susskind tarafından eleştirilmiştir. Her arabuluculuk sürecinde uzlaşma gerçekteşmeyeceğine göre, arabuluculuğun başarısını içerikten bağımsız sadece uzlaşma ile ölçmek kabul edilemez. Bundan dolayı arabulucu aktif bir rol oynamak zorundadır. Arabulucunun hem süreç için ilgileri bulmak hem de süreçte içerikle alakalı çözümler teklifleri getirmek görevleri arasında sayılmaktadır. Dolayısıyla bu yaklaşımda arabulucunun rolü, pasif arabuluculuk yaklaşımındaki arabulucunun rolünü ařmaktadır³².

Aktif arabuluculukta (aktive mediation), arabulucu bir yandan mümkün olduğu ölçüde arabuluculuk sürecinin devamını sağlarken, diğer yandan tarafların anlaşabilmesi için sonuç odaklı çözümler önerileri sunmaktadır. Arabulucu tarafından sergilenen daha yüksek aktivite ile taraflar arasındaki güç dengesizliği telafi edilebilir ve arabuluculuk sürecinin kontrolü daha iyi sağlanabilir. Bu nedenle Alman Literatüründe genellikle aktif arabuluculuk modeli benimsenmiş olup Alman Arabuluculuk Kanunu hem aktif hem de pasif arabuluculuğa izin vermektedir³³.

Aktif arabuluculukta arabulucu sadece iletişimci değil, aynı zamanda değerlendirici ve yardımcıdır. Arabulucu, aktif olma ve çözümler önerisi sunma gücünü, en azından yasa (hak) temeline dayanmaktan almaktadır. Arabulucu,

³¹ **Kracht**, s. 285; **Horstmeier**, s. 87; **von Schlieffen/Ponchap/Rüssel/Harms**, s. 25; **Yazıcı-Tıktık**, s. 48.

³² **Susskind**, Lawrence/**Cruikshank**, Jeffry, *Breaking the Impasse*, New York 1987, s.142.

³³ **Horstmeier**, s. 87; **Mahler**, Gisela/**Mahler**, Hans-Georg, “Mediation in der Praxis”, Duss-von Werdt/Mahler/Mahler (Eds), *Mediation-Die Andere Scheidung*, Stuttgart 1995, s. 133; **von Schlieffen/Ponchap/Rüssel/Harms**, s. 26;**Kracht**, s. 285; **Yazıcı-Tıktık**, s. 48.

arabuluculuk sürecindeki müzakerelerde aktif rol oynar ve kendi önerilerini sunar³⁴. Nitekim Almanya'da yüksek bir başarı oranına sahip olan mahkeme içi arabuluculukta, hâkim arabulucuların yaklaşımının hak temelli aktif arabuluculuk yaklaşımıdır. Bu yöntem uzlaştırıcı hâkim (güterichter) arabuluculuğu olarak da isimlendirilmektedir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, arabulucuya, uyuşmazlığın tarafları arasında iletişimi kurma ve süreci yönetme görevi vermiştir. Arabulucu taraflara çözüm önerisinde bulunamaz. Çözüm anlaşmasının içeriğine ilişkin hak temelli olarak tavsiye ve telkinler de empoze edemez³⁵. Arabulucunun görevi, taraflar arasındaki iletişimi kurmak, iletişimin devamını sağlamak ve tarafların kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olmaktır. Bu kapsamda mevzuatımızdaki arabuluculuk yaklaşım tarzının menfaat temelli ve daha ziyade pasif arabuluculuk yaklaşımı olduğunu söylemek mümkündür. Ancak zorunlu kılınan arabuluculuk düzenlemelerinde dahi, pasif arabuluculuk yaklaşımının başarı oranını, aktif arabuluculuk yaklaşım tarzına göre daha düşük olduğu söylenebilir. Üstelik pasif arabuluculukta taraflar arasındaki güç dengesizliğini koruyacak güçlü bir mekanizma yoktur.

³⁴ von Schlieffen/Ponchap/Rüssel/Harms, s. 26; Bulur, Alper, 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Ankara 2015, C. I, s. 508. Yazar, uluslararası literatürde, çözüm önerisi getiremeyen kolaylaştırıcı arabuluculuğun pasif, taraflara çözüm önerisi getirebilen değerlendirici arabulucunun aktif bir rol üstlendiği görüşüne katılmadığını ifade etmektedir. Gerekçe olarak, özetle, kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucu, iletişim sağlama görevini yerine getirirken özenle hareket etmeli ve yoğun çaba sarf etmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak değerlendirici arabuluculukta, arabulucunun iletişimde göstermesi gereken söz konusu bu çabanın üzerine, taraflar arabulucudan ayrıca, hak temelli çözüm önerisini ve ikna edici gerekçelerini de beklediklerinden, menfaat temelli kolaylaştırıcı arabuluculuğa göre, hak temelli değerlendirici arabuluculukta, arabulucunun daha çok aktif olması gerektiği açıktır.

³⁵ HUAKE m. 2 hükümet gerekçesinden. www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf. (s.e. 18.01.2016)

VI. Öze Dönük Arabuluculuk, Ortama Dönük Arabuluculuk ve Kişiyeye Dönük Arabuluculuk Ayrımı

Bu ayırım, arabulucunun uyuşmazlığın çözümünde öncelikli ve esas olarak neye odaklandığına göre yapılan bir sınıflandırmadır. Öze dönük arabuluculukta, arabulucu tamamen uyuşmazlık konusu anlaşmazlığa ve bundan sonraki olaylara odaklanır. Arabulucunun tarafsızlığı ve eşit davranması, ilişkinin tesisi ve güvenin sağlanması açısından gereklidir. Uyuşmazlığın taraflarınca arabulucunun kabul görmesi önemlidir. Bunun için arabulucunun hazırlık yapması ve anlaşmazlık konusu üzerine çalışması gerekir³⁶.

Ortama dönük arabuluculukta ise öncelikli ve esas olan, uyuşmazlığın çözümü için en uygun ortamı hazırlamaktır. Arabulucu çözüm için gerekli ortam ve iklimi oluşturarak, kolaylaştırıcı ve hızlandırıcı bir rol oynar. İletişimin geliştirilmesi, arabuluculuk çerçevesinin çizilmesi, tarafların müzakere için eğitilmesi ve gizliliğin muhafaza edilmesi gibi konularda yapılan faaliyetler, bu amaca hizmet eder. Gerekğinde arabulucunun taraflarla ayrı görüşmesi de çözüm için ortama dönük arabuluculuk faaliyetidir.

Kişiyeye dönük arabuluculukta, arabulucu doğrudan uyuşmazlık içinde bulunan taraflara odaklanır. Müzakerelerde bu kişilere göre strateji belirleyerek uyuşmazlığın çözümüne odaklanmak esastır. Uyuşmazlığın çözümünde ısrarcı olma yaklaşımı, kişiyeye dönük arabuluculukta daha baskındır. Etkin bir arabuluculuk, her üç yaklaşım tarzını birleştirip, oturtmakla mümkündür³⁷.

VII. Mahkeme Dışı Arabuluculuk, Mahkemeye Yakın Arabuluculuk ve Mahkeme İçi Arabuluculuk Ayrımı

Bu ayırım, yukarıdaki ayırımlarda kullanılan arabulucunun uyuşmazlığı çözmedeki yaklaşım tarzına göre değil, arabuluculuk yöntemine başvurma ve

³⁶ Raiffa, s. 317; Sıgri/Varoğlu, s. 336.

³⁷ Kressel, Kenneth, "Mediation", Deutsch, Morton/Coleman, Peter T. (Eds), The Handbook of Conflict Resolution, San Francisco 2000, s. 533; Sıgri/Varoğlu, s. 336.

arabuluculuk faaliyetinin kim tarafından ve nasıl yapılacağına ilişkin usûle göre yapılan bir sınıflandırmadır. Bu tasnifin en bilinen örneği Almanya'dır.

Alman Arabuluculuk Kanunu madde 1'de, arabuluculuk (1. fıkra) ve arabulucu (2. fıkra) kavramları tanımlanmıştır. Arabuluculuk kavramı, Arabuluculuk Kanunu yasama sürecinin başından sonuna kadar, uzlaştırma komisyonu tarafından tartışılmıştır. Bu üçlü ayırım tanımlaması yasa tasarısı sırasında yapılan tartışmalar sonucu belirlenmiştir³⁸.

Bu tanımlamadan önce, “*mahkemeye yakın*” ve “*mahkemeye bağlı*” arabuluculuk kavramları, “*mahkemeye yakın arabuluculuk (gerichtsnahe mediation)*”³⁹ faaliyeti için kullanılmakta iken, “*mahkeme arabuluculuğu*”, “*hâkim arabuluculuğu*”, “*mahkeme içi*” ve “*mahkemeye entegre arabuluculuk*” kavramları ise “*mahkeme içi arabuluculuk (gerichtliche mediation)*”⁴⁰ faaliyeti için kullanılan kavramlardır⁴¹.

Mahkeme dışı arabuluculuk, mahkeme sürecinden tamamen bağımsız olarak gerçekleştirilen bir arabuluculuk faaliyetidir. Mahkemeye yakın arabuluculuk ise, mahkemede görülmekte olan derdest davalarda mahkeme dışında yapılan arabuluculuk faaliyetidir⁴². Mahkeme içi arabuluculuk ise, görülmekte olan derdest davalarda, karar verme yetkisine sahip olmayan hâkim tarafından yapılan arabuluculuk faaliyetidir⁴³.

³⁸ **Hagel**, Ulrich, “Begriffbestimmungen”, Klowait, Jürgen/Gläßer Ulla (Hrsg), Mediationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s. 87.

³⁹ Geniş bilgi için bkz. **Peter**. Gerichtsnahe Mediation, Kommentar zur Mediation, Bern 2011.

⁴⁰ Geniş bilgi için bkz. **Gläßer**, Ulla/**Schroeter**, Kirsten, Gerichtliche Mediation-Grundsatzfragen, Etablierungsserfahrungen und Zukunftsperspektiven, Baden-Baden 2011.

⁴¹ **Gläßer/Schroeter**, s. 13; **Trossen**, Arthur, “Integrierte Mediation”, Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina Grafın (Hrsg), Handbuch Mediation, Münih 2009, s. 989.

⁴² **Hagel**, s. 87; Mahkemeye yakın arabuluculuk için bkz. **Gottwald**, Walter, “Gerichtsnahe Mediation-Erfahrungen und Lehren aus dem Modellprojekt in Niedersachsen”, Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina Grafın (Hrsg), Handbuch Mediation, Münih 2009, s. 963-986.

⁴³ **Hess**, Burkhard, “Die Entwicklung Der Gerichtsinternen Mediation in Deutschland”, Almanya'da Mahkeme İçi Arabuluculuğun Gelişimi, Çev. Nedin Meriç, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2010, s. 256.

Almanya’da yürürlükte olan Arabuluculuk Kanunu’nda böyle bir kavramsal ayırım yoktur. Mahkeme içi arabuluculukta hiçbir karar verme yetkisi olmayan arabulucu hâkimler (güterichter), kanun hükümlerine (ZPO, madde 278, fıkra 5; FamFG, madde 36, fıkra 5 ve ArbGG, madde 54, fıkra 6) göre, uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kullanılan arabuluculukta yetkilidirler⁴⁴. Mahkeme içi arabuluculuk, adliyede yükümlü kılınan eğitim almış arabulucu hâkimler tarafından uyuşmazlık konusu üzerinde gerçekleştirilir. Taraflar uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşır iseler, arabulucu hâkim bu anlaşmayı tutanağa geçirir. Anlaşma gerçekleşmez ise, yetkili mahkemede yargılamaya devam edilecektir. Almanya’da mahkeme içi arabuluculuk birçok yönden eleştirilmesine rağmen, en yaygın ve başarılı sonuçlar veren bir arabuluculuk türüdür⁴⁵.

Almanya’da bu kavramsal ayırım, kanunda olmamasına rağmen yine de anlamlıdır. Çünkü bu kavramsal ayırımla, bir mahkeme sürecinden bağımsız olarak yürütülen arabuluculuk “*mahkeme dışı arabuluculuk (ausgerichtliche mediation)*”, karar verme yetkisi olmayan bir hâkim tarafından mahkemede yürütülen arabuluculuk “*mahkeme içi arabuluculuk (güterichtermediation)*” ve bir mahkeme yargılama sürecinde, ama mahkeme dışında yürütülecek olan ve bu esnada mahkemenin davayı askıya alacağı veya dinlendireceği bir arabuluculuk faaliyeti “*mahkemeye yakın arabuluculuk (gerichtnahe mediation)*” tanımlanmaktadır⁴⁶. Mahkemeye yakın arabuluculuk İsviçre’de de uygulanmaktadır⁴⁷. Mahkemeye yakın arabuluculuk yönteminin Almanya’da ilk uygulaması 2002 yılının Mart ayında Aşağı Saksonya (Niedersachsen) eyaletinde gerçekleştirilmiştir⁴⁸.

Mahkeme dışı ve mahkemeye yakın arabuluculuk faaliyetinde bulunan arabulucular, mahkeme içi arabuluculuk faaliyetini ve dolayısıyla hâkim

⁴⁴ Hagel, s. 87.

⁴⁵ Hess, Gerichtinternen, s. 265.

⁴⁶ Hagel, s. 88; Gottwald, Handbuch, s. 968; Gläßer/Schroeter, s. 13; Peter, s. 3.

⁴⁷ Peter, s. 27 vd.

⁴⁸ Gottwald, Handbuch, s. 969; Gläßer/Schroeter, s. 13.

arabulucuları rekabet avantajlarından dolayı eleştirmektedirler. Çünkü onların sunduğu arabuluculuk hizmetleri ücretsizdir.

Almanya Federal Barolar Birliği (Bundesrechtsanwaltskammerin) ve Almanya Avukatlar Derneği (Deutscher Anwaltverein) açıklama ve eleştirilerinde mahkeme içi, hâkimler tarafından yapılan arabuluculuğun azaltılmasından yanadırlar. Mahkeme dışı arabuluculuğa gerçek bir şans verilmesi için bu durumun gerekli olduğu ileri sürülmektedir⁴⁹.

Almanya'daki eyalet mahkemelerine açılan davalarda, mahkeme içi arabuluculuğa başvuru oranının yaklaşık %20 olduğu ve bu arabuluculuk faaliyeti sonunda ortalama yaklaşık %80'nin üzerindeki uyuşmazlığın anlaşma ile çok kısa sürelerde çözümlendiği⁵⁰ göz önüne alındığında, bu seçeneğin, ülkemizde de ciddi olarak tartışılması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira yine söz konusu ülkede bir kısım dava ve alacaklarda zorunlu arabuluculuk getirilmiş olmasına rağmen, mahkeme içi arabuluculukta olduğu kadar başarı sağlanamamıştır.

Fransa'da 1995 yılından bu yana arabuluculukla ilgili düzenleme sadece mahkeme içi arabuluculukla ilgili olup Fransa Medeni Usûl Kanunu'nda yer almaktaydı. Ancak 2008/52 EG sayılı Belirli Medeni ve Ticari Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Avrupa Yönergesinin uygulanması amacıyla, 16 Kasım 2011 tarih 2011/1540 sayılı ve 20 Ocak 2012 tarih 2012/66 sayılı kanunlar ile mahkeme dışı arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler de usûl kanunda yerini almıştır⁵¹.

Japonya'da mahkeme hâkimi tarafından gerçekleştirilen mahkeme içi arabuluculuk faaliyeti, Medeni Usûl Kanunu madde 89'a göre hâkimin uzlaşma önerisiyle yapılabilir. Kanunun bu hükmü hâkimler tarafından oldukça fazla kullanılır ve çok sayıda dava anlaşma ile sonuçlandırılır. 2010 istatistiklerine göre, toplamda karara bağlanan 862.926 dava dosyasının, %32,5'i Bölge mahkemelerinde

⁴⁹ Gläßer/Schroeter, s. 16.

⁵⁰ Hess/Pelzer, s. 229.

⁵¹ Ferrand, Frederique, Regulation of Dispute Resolution in France: Evolutions and Challenges, in: Steffek/Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 190-191.

(238.483 adet dava dosyasının % 32,5'i), %12,6 sı ise ilk derece mahkemelerinde (624,443 adet dava dosyasının %12,6 sı) olmak üzere toplamda 156.238 adet dava dosyası bu yöntemle anlaşmayla çözümlenmiştir⁵².

Bizim arabuluculuk mevzuatımızda, mahkeme içi arabuluculuk öngörülmemiştir⁵³. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve HMK, mahkeme dışı arabuluculuk ve mahkemeye yakın (mahkeme bağlantılı) arabuluculuk faaliyetine imkân tanımıştır. Türkiye'deki arabuluculuk faaliyeti uygulamalarının çok büyük bölümünün, mahkeme dışı arabuluculuk faaliyeti olduğu görülmektedir.

Derdest bir davada, mahkemelerin sulh ve arabuluculuk teşvikleri (HMK m. 140 f. 2 ve m. 320 f. 2'ye göre) ise, genellikle bir kanuni zorunluluğun ruhsuz uygulama şeklinden öteye geçmemektedir. Bu nedenle mahkeme bağlantılı (mahkemeye yakın) arabuluculuk faaliyeti örnekleri henüz çok azdır. Karşılaştırmalı hukukta mahkeme içi arabuluculuk faaliyetinin uygulamadaki başarısı dikkate alınarak, ülkemizde de mahkeme içi arabuluculuk faaliyetinin düzenlenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

VIII. Arabulucuğa Başvuruda İrâdi Arabuluculuk ve Zorunlu Arabuluculuk Ayrımı

Esasen arabuluculuğa hâkim olan ilkelerden, en temeli irâdilik (gönüllülük, ihtiyârilik) ilkesidir. Uyuşmazlığın tarafları, arabulucuya başvurma, arabuluculuk sürecini devam ettirme, sonuçlandırma veya bu süreçten vazgeçme konusunda serbesttirler. Bu tür arabuluculuk için “*irâdi arabuluculuk*” yerine, sadece “*arabuluculuk*” kelimesi kullanılması yeterlidir. Çünkü arabuluculuk denilince,

⁵² Kakiuchi, s. 272.

⁵³ Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na (HUMK m. 494-499) göre, asliye hukuk mahkemelerine boşanma ve ayrılık davası açılabilmesi için öncelikle sulh hâkimi huzurunda sulh teşebbüsünde bulunma şartı mevcuttu. Bu mülga kanun mahkeme içi arabuluculuğun sınırlı bir örneğini teşkil etmektedir. Bkz. Birinci bölüm, Yürürlükten Kaldırılan Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri.

zorunlu arabuluculuk istisna teşkil ettiğinden, kastedilen tamamen irâdi arabuluculuktur.

Nitekim HUAK m. 2, f. 1/b de, arabuluculuğun tanımının unsurları içerisinde “...ihtiyâri olarak yürütülen çözüm yöntemini” ifadesi, yine “iradi olma ve eşitlik” başlıklı m. 3, f. 1’de “Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler” hükümleri arabuluculuğun irâdi olduğunu açıkca ortaya koymuştur.

Zorunlu arabuluculukta (Mandatory Mediation), yine irâdilik asıl olmakla birlikte, belirli uyuşmazlıklarda taraflar sadece arabuluculuk yöntemine başvurmada mecbur bırakılmıştır. Bu başvurma mecburiyetine ilişkin prosedürden sonrası yine serbesttir. Başka bir ifadeyle taraflar uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya mecburi başvurudan sonra, arabuluculuk sürecini devam ettirmek, sonuçlandırmak veya süreçten vazgeçme konusunda serbesttirler. Arabuluculuğa başvurunun zorunlu hale getirilmesi, arabuluculuğa başvuruyu bir dava şartı yapmaktadır.

Nitekim Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52/EC Sayılı Yönergesi’nin 14. şartı , “Bu Yönerge’deki hiçbir hüküm, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan milli mevzuata, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmalarını engellememesi şartıyla karşı değildir” hükmünü içermektedir. Bu hüküm zorunlu arabuluculuğu mümkün kılan ve AB’nin zorunlu arabuluculuk hakkındaki bakış açısını gösteren bir hükümdür⁵⁴. Benzer şekilde, Tüketici Uyuşmazlıklarına İlişkin Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Üzerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2013/11/EU Sayılı Yönerge’sinin 1. maddesine göre, “bu tür yöntemlere katılımı zorunlu kılan ulusal mevzuat, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmalarını engellemediği sürece, bu mevzuata Yönerge engel olmaz” hükmünü içermektedir⁵⁵.

⁵⁴ Bkz. www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF (s.e. 18.02.2016)

⁵⁵ Bkz. www.eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/11/oj (s.e. 18.02.2016).

Arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlık çözümünü kabul eden bazı ülkelerde arabulucuya başvuru tamamen tarafların irâdesine bırakılmıştır. Nitekim Fransa, Belçika, Hollanda, Polonya, Slovenya, Birleşik Krallık, Macaristan ve Bulgaristan'daki düzenlemeler bu yöndedir. Bir kısım ülkelerde arabuluculuğa başvuru ihtiyari olmakla birlikte teşvik de edilmektedir. İspanya, Avusturya, İngiltere ve Türkiye gibi ülkelerde durum böyledir. Üçüncü diğer bir kısım ülkelerde ise belirli bazı uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce taraflar arabulucuya başvurması zorunludur. Almanya, İtalya, Avusturya ve Yunanistan'da arabuluculuğa başvuru kural olarak irâdi olmakla birlikte belirli uyuşmazlıklar bakımından başvuru zorunludur. ABD'de bazı eyaletlerde, Çin ve Japonya'da ise mahkemeler uyuşmazlık konusunun niteliğine göre davayı, arabuluculuk yöntemiyle çözmek için tarafların iradesini aramaksızın arabulucuya gönderebilmektedir. Tarafların dava açmadan arabuluculuk yöntemine başvuru zorunluluğu, arabuluculuk yöntemine başvurduğunu ve uyuşmazlığın bu yöntemle çözülmediğini belgelemeden, devlet yargısına ilişkin dava yoluna başvurusunun kabul edilmemesiyle sınırlıdır. Başka bir ifadeyle arabuluculuğa başvuru bir dava şartıdır⁵⁶.

Örneğin, Almanya'da belirli uyuşmazlıkların çözümü için 01.01.2000 tarihi itibarıyla zorunlu arabuluculuk yürürlüğe girmiştir. Medeni Usûl Kanununun Yürürlüğüne İlişkin Kanun (Gesetz, betreffend die Einfuhrung der Zivilprozessordnung-EGZPO) madde 15a ile, Federal Kanun Koyucu, eyaletlere hukuk yargılamasında tarafların uzlaştırılması için, sulh mahkemelerinin görevine giren değeri 750 Euro'yu aşmayan malvarlığına ilişkin (para ve para ile ölçülebilen) uyuşmazlıklar ile komşuluk hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar ile kişilik haklarının ve Eşit Davranma Kanunu'nun (Gleichbehandlungsgesetz) ihlâlinden doğan uyuşmazlıklarda zorunlu uzlaştırma yargılamasını öngörebilme yetkisi vermiştir. Alman Hukuku uzlaştırma ve arabuluculuğu tam olarak birbirinden ayırmaz. EGZPO madde 15a da öngörülen prosedürlere göre, ZPO m. 278 f. 5'in revizyonundan beri, bu prosedürlerde arabuluculuk bir uyuşmazlık çözüm tekniği olarak

⁵⁶ Geniş bilgi için bkz. **Steffek/Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow**, s. 231 vd.; **Öztürk/Yarar**, s. 1331-1386.

kullanılabilecektir⁵⁷. Bu yetki doğrultusunda Bavyera Eyaleti, 25.04.2000 tarihli Bavyera Eyaleti Uzlaşma Kanunu⁵⁸ ile sulh hukuk mahkemelerinin görev alanına giren konusu para ve para ile ölçülebilen 750 Euro’yu aşmayan uyuşmazlıklar, komşuluk hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, basın ve yayın yoluyla olmamak üzere kişilik haklarına ihlaline yönelik uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvuruyu, bir olumsuz dava şartı olarak düzenlemiştir.

İtalya’da, üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisi bulunan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulabilir. 28/2010 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5(1) maddesi ile belirli konularda zorunlu arabuluculuk yetkisi 2011 yılında yürürlüğe girmiştir. İtalyan Anayasa Mahkemesi 272/2012 sayılı kararıyla bu yetkinin Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle usûlden iptal edilmiştir. Bir yıl ihtiyari arabuluculuktan sonra usûl eksiklikleri giderilerek yeniden 2013 yılında zorunlu arabuluculuk düzenlemesi yapılmıştır. Sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar, kira, taşınmaz mal, mal paylaşımı, malvarlığı hakları, malpraktis, sigorta, banka, finans, gemi kazaları gibi geniş bir alandaki uyuşmazlıklar için arabuluculuk zorunludur⁵⁹.

İtalya’da tutulan istatistikler zorunlu arabuluculuğun, arabuluculuk kültürünün yerleşmesini sağlama açısından önemli bir örnektir. Zorunlu arabuluculuğun İtalya’da 2011 yılında yürürlüğe girmesine kadar Türkiye’de 2016 yılına kadar olduğu gibi, yaklaşık 2.000 civarında uyuşmazlık çözülmüştür. 2011 yılında yürürlüğe giren zorunlu arabuluculuk paketindeki uyuşmazlıklar, yargı yolundaki toplam uyuşmazlıkların %8’ini oluşturmaktaydı. İtalya Anayasa Mahkemesi’nin 2012 yılında iptal kararına kadar zorunlu arabuluculuk dosya sayısı 145.000’e ulaşmıştır. İptal kararından sonra zorunlu arabuluculuğun uygulanmadığı yaklaşık bir yıllık sürede, arabuluculuk dosya adedi 15.000’e ulaşmıştır. Zorunlu arabuluculuk 2011 yılında getirilinceye kadar olan tüm zamanlarda 2.000 olan sayı, zorunlu

⁵⁷ Hess /Pelzer, s. 231; Rakowsk, s. 63; Volkmann, s. 10; Lenz, s. 92-94; Struc, s. 79; Prütting, s. 240; Taşpolat-Tuğsavul, s. 48.

⁵⁸ Kanun çevirisi için bkz. İsfen, Osman, “25 Nisan 2000 tarihli Hukuk Davalarında Mahkeme Dışı Mecburi Uzlaşmaya ve Mahkemeler Teşkilatına Dair Hükümlerin Değiştirilmesine İlişkin Bavyera Eyaleti Kanunu”, MİHDER, 2006/3, S. 5, s. 1335-1348.

⁵⁹ De Palo/E Oleson, s. 245.

arabuluculuğun iptalinden sonraki bir yıllık irâdi arabuluculuk sürecinde 15.000 olarak gerçekleşmiştir. Bu örnek arabuluculuk kültürünün yerleşmesine etkisi açısından zorunlu arabuluculuk uygulamasının faydasını açıkça gösteren bir örnektir. 2013 yılından sonra yasalaşan zorunlu arabuluculuktan sonra ise 2014 yılı istatistiklerine arabuluculuk dosya adedi 200.000'i bulmuştur⁶⁰.

Avusturya'da komşuluk ya da iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda öncelikle uzlaşma komisyonu veya kayıtlı arabulucuya başvurmak zorunludur. Ayrıca mahkeme aile ve eşya hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda tarafları arabulucuya yönlendirebilir⁶¹.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, bölge mahkemelerinin yerel kurallarının birçoğu, davanın resen ya da taraflardan birinin talebiyle ADR'ye gönderilmesinde, hâkimin her davaya göre karar vermesini öngörmektedir. Ancak tarafların mahkeme bağlantılı ADR süreci sonunda önerilen çözümü kabul edip etmeme konusunda özgürdürler⁶². Teksas eyaletinde, arabuluculuk her ne kadar gönüllülük esasına dayanıyor olsa da, aynı şekilde mahkeme uygun bulduğu taktirde arabuluculuk kararı verebilmekte ve tarafların itirazını da reddedebilmektedir⁶³.

Uzak Doğu'da, Çin'de boşanma davalarında, arabuluculuğa başvuru zorunludur. Japonya'da, hukuk uyuşmazlıklarında mahkeme bağlantılı arabuluculuğa başvuruyu, hâkim emredebilse de, genel kural olarak bir dava şartı değildir. İstisna

⁶⁰ **Bulur**, Alper, Ankara Arabulucular Derneği 1. Yıl Konuşmaları, Zorunlu Arabuluculuk Paneli, "Türkiye'de işçi işveren uyuşmazlıkları için öngörülen zorunlu arabuluculuk, ilk derece mahkemelerindeki 480.000 adet dosya adedi ile tüm uyuşmazlıkların yaklaşık %14'üne karşılık gelmektedir. İtalya'da zorunlu arabuluculukta tarafların yaklaşık %50 si arabuluculuk müzakereleri için masaya oturmuş ve masaya oturanlarında %50'si uyuşmazlıklarını anlaşma ile çözmüşlerdir."

www.youtube.com/watch?v=1NOXKK-Q_V4&sns=em, (s.e. 16.03.2016).

⁶¹ **Öztürk/Yarar**, s. 1372.

⁶² **Özbek**, s. 453. Missouri Doğu Bölgesi Yerel Kurallarının 16.6 maddesine göre, hâkim bir davayı resen veya tarafların talebiyle ADR'ye gönderebilir. Florida Güney Bölgesi Yerel Kurallarının 16.2 maddesine göre, bu maddede belirtilen istisnalar dışında, bütün hukuk davalarının arabuluculuğa gönderilmesi zorunludur.

⁶³ **İste-Arlanoğlu**, Cansu, "ABD Teksas Eyaleti'nde Arabuluculuk Uygulamaları", Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, derleyen Yasemin Işıқтаç, İstanbul 2014, s. 85.

olarak bina kiralalarının veya arazi değerinin artıp azalmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda zorunludur⁶⁴. Bunun gibi boşanma gibi aile uyuşmazlıklarında, mahkeme bağlantılı arabuluculuk yöntemine başvuru, Aile Uyuşmazlıklarında Usûl Kanunu m. 257'ye göre bir dava şartıdır⁶⁵.

Ülkemizde zorunlu arabuluculuk düzenlemesi yoldadır. Adalet Bakanlığı Kanun Komisyonlarında, üzerinde çalışılan kanunlarda (İş Mahkemeleri Kanunu, İcra İflas Kanunu, Tüketici Kanunu gibi) arabuluculuk kültürünün yerleşmesi ve yargı yükünün hafifletilmesi amacıyla belirli uyuşmazlıklar için zorunlu arabuluculuk getirilmesi çalışmaları devam etmektedir. İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'nda⁶⁶, “zorunlu arabuluculuk” başlığını taşıyan m. 3'de zorunlu arabuluculuk ayrıntısıyla düzenlenmiştir. Hazır olan Taslak kanunlaşmak üzeredir. Bu Taslak ve benzeri çalışmalar Anayasa Mahkememizin 10.07.2013 tarihli kararından sonra hızlanmıştır⁶⁷.

⁶⁴ **Kakiuchi**, Shusuke, “Regulation of Dispute Resolution in Japon: Alternative Dispute Resolution and its Background”, Steffek/ Unberath/Genn/ Greger/Menkel-Meadow (eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 273.

⁶⁵ **Kakiuchi**, s. 273.

⁶⁶ Bkz. § 8, B, I “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik” bölümündeki açıklamalar.

⁶⁷ Nitekim konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkememiz 10.07.2013 Tarih 2012/94 E. 2013/89 K. Sayılı kararı ile “Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.” denilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yasama organının takdir yetkisi içerisindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez” gerekçesiyle HUAK m. 1 f. 2'nin, Anayasa'nın 2, 9, ve 36. maddelerine aykırı olmadığından iptal istemini reddetmiştir⁶⁷. Esasen bu karar ile zorunlu arabuluculuğun dahi anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceğinin tespiti yapılmıştır. Bu doğrultuda 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı ile, bireysel veya toplu iş sözleşmesine

IX. Diğer Ayrımlar

Arabuluculuk yaklaşım tarzlarından birisi de, öyküsel arabuluculuktur (narrativemediation). Bu yaklaşım tarzına göre, insanların hayatları, içsel dürtüler ve menfaatlerden ziyade, hikâyelerine göre şekillenir. Hikâyelerinde, kendileri, hayatları, kariyerleri, ilişkileri ve toplum için bir uyum oluşturmaya çalışırlar. Uyuşmazlık, tarafları etkileyen bir dış unsur, ayrı bir obje olarak görülür. İnsanlar ve uyuşmazlık konularının birbirinden ayrılmasına ve uyuşmazlık konusu ilişkilerin yeniden gözden geçirilmesine çalışılır. İşbirliği, anlayış, dinleme, karşılıklı saygı, takım çalışması, adalet, eşitlik gibi unsurlar, uyuşmazlığa çözüm bulucu araçlar olarak görülür⁶⁸.

Diğer bir arabuluculuk yaklaşım tarzı, arif arabuluculuktur (wisecounselmediation). Bu yaklaşım tarzında, değerlendirci arabuluculukta olduğu gibi, arabulucu dosyayı değerlendirir. Ancak bunu haklar ve pozisyonlar çerçevesinde değil, menfaatler ve endişeler çerçevesinde, bütünleyici bir yaklaşımla gerçekleştirir. Arabulucu tavsiyelerde bulunarak sorumluluk yüklenir. Arabulucular genellikle toplumdaki, yüksek itibarları, iletişim özellikleri, bilgelikleri, adalet anlayışları ve anlaşmazlığa her yönüyle bakabilme yetenekleriyle tercih edilirler⁶⁹. Bu yönüyle geleneksel arabuluculuk yöntemindeki arabuluculara benzerler.

Arabuluculukta uygulanacak kurallara ve arabulucuya göre yapılan bir diğer ayırım, ad hoc arabuluculuk ve kurumsal arabuluculuk ayırımıdır. Ad hoc'un kelime anlamı, belirlenmiş ve bir amaca özgülenmiş, bireysel gibi manaları ifade eder. Bir kurumun yardımı olmaksızın tarafların hazırladığı veya daha önce belirlenmiş kurallara göre yapılan ya da bir ülkenin arabuluculuk mevzuatına göre yapılan arabuluculuk ad hoc arabuluculuktur. Buna karşılık bir kurumun kurallarına göre ve o kurumun yardımı ile yapılan arabuluculuk kurumsal arabuluculuktur. Kurumsal arabuluculuk hizmeti veren kurumlara, 1990 yılında kurulan Londra İngiltere

dayanan işçi alacağı ile işe iade uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk getirilmeye çalışılmaktadır. RG T. 25 Ocak 2014, S. 28893.

⁶⁸ Kekeç, s. 245.

⁶⁹ Kekeç, s. 242.

merkezli Centre of Effective Dispute Resolution (CEDR)⁷⁰, Roma İtalya merkezli ADR Center⁷¹, Nijmegen Hollanda merkezli ACB Mediation⁷² ve Paris Fransa merkezli Centre for Mediation and Arbitration of Paris (CMAP)⁷³ örnek olarak verilebilir⁷⁴. Ayrıca tahkimi de kapsayacak şekilde, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL, United Nations Commission on International Trade Law), Milletlerarası Ticaret Odası (ICC, International Chamber of Commerce), Alman Tahkim Derneği (DIS, Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit) ve Londra Milletlerarası Tahkim Divanı (LCIA, London Court of International Arbitration) gibi uluslararası kuruluşlar örnek olarak verilebilir⁷⁵. Bu ayırım daha ziyade uluslararası uyuşmazlıklar için uluslararası kurumları göstermek için yapılan bir ayırımdır.

§ 6. ARABULUCULUK FAALİYETİNİN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ VE GELİŞİMİ

A. AVRUPA BİRLİĞİNDE ARABULUCULUK

Avrupa Birliği bünyesinde arabuluculukla ilgili yapılan çalışmaların etkisi sadece üye devletlerle sınırlı kalmayıp, uluslararası bir boyut taşımaktadır. Avrupa Birliği Konseyi, öncelikle 1998 yılının Aralık ayında Viyana’da, ardından 15- 16 Ekim 1999 yılında Tampere’de gerçekleştirdiği Avrupa Birliği zirvesinde, Avrupa’da adalete daha iyi erişim için mahkeme dışı alternatif çözüm yöntemleri oluşturmaya, üye devletler davet edilmiştir⁷⁶. Bu doğrultuda Avrupa Konseyi (Council of Europe-

⁷⁰ Bkz. www.cedr.com

⁷¹ Bkz. www.adrcenter.com

⁷² Bkz. www.mediation-bedrijfsleven.nl

⁷³ Bkz. www.cmap.fr

⁷⁴ **Bulur**, s. 510.

⁷⁵ **Yeşilirmak**, Ali, “Kurumsal Arabuluculuk Kurallarının Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı IX, Ankara 2010, s. 157; **Ekşi**, s. 53-54.

⁷⁶ Bkz. HUAK Genel Gerekçesi; **Özbek**, Mustafa, “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, TBB Dergisi 2007/68, s. 273.

EC), 1998 yılında aile arabuluculuğu⁷⁷, 1999 yılında ceza arabuluculuğu⁷⁸, 2001 yılında tüketici arabuluculuğu ve idare hukukunda yargılama dışı çözüm yöntemleri⁷⁹ ve 2002 yılında özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk⁸⁰ hakkında tavsiye kararlarını kabul etmiştir. Avrupa Birliği'ne üye olan ve üye olmak için başvuran devletlerde bu yönde yürütülen çalışmalar, Avrupa Komisyonu tarafından izlenmektedir. Avrupa Komisyonunca hazırlanan Yeşil Kitap'ta Avrupa Konseyi'nin bütün çalışmaları dikkate alınmıştır⁸¹.

Ayrıca, Arabulucular İçin Avrupa Etik Kuralları, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52 EC Sayılı Yönergesi ve Tüketici Uyuşmazlıklarına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2013/11/EU Sayılı Yönergesi, Avrupa Birliği'ne üye olan ve hatta üye olmayan devletlerin arabuluculuk mevzuatlarını doğrudan etkilemektedir.

I. Yeşil Kitap

Avrupa Komisyonu, 19 Nisan 2002 yılında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle ilgili, Avrupa Birliği'ndeki mevcut durumu inceleyerek ve arabuluculuğun kullanılmasını yaygınlaştırmak için alınabilecek tedbirler hakkında “*Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap*” ismiyle bir kitap hazırlamıştır. Bu Yeşil Kitap'ta arabuluculukla ilgili genel ilkelerle birlikte, iş hukuku ve tüketici hukukunu da kapsayacak şekilde,

⁷⁷ Bkz. **Özbek**, Mustafa, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı”, DEÜHFD 2005/2, s.71-102.

⁷⁸ Bkz. **Özbek**, Mustafa, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk” Konulu Tavsiye Kararı”, DEÜHFD 2005/1, s. 127-166.

⁷⁹ Bkz. **Özbek**, Mustafa, “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usüller (II)”, TBB Dergisi 2005/57, s. 90-132.

⁸⁰ Bkz. **Özbek**, Avrupa'da Arabuluculuk, s. 441-502.

⁸¹ **Özbek**, Avrupa Birliği, s. 276.

medeni hukuk ve ticaret hukuku alanlarına ilişkin uyuşmazlıkların, arabuluculuk yöntemiyle çözümünü teşvik eden düzenlemeler yapılmıştır⁸².

Yeşil Kitap'ta, kamu düzenini ilgilendiren ya da tarafların üzerinde serbestçe tasarruf hakkının bulunmadığı uyuşmazlıklar kapsam dışı bırakılmıştır. Ayrıca tahkim yönteminde uyuşmazlık çözümü için verilen kararlar, bir yargılama neticesinde verilen üçüncü kişi kararı olması nedeniyle, tahkim, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul görmemiştir⁸³.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konularda gönüllü olarak arabuluculuğa başvurulabileceği, arabulucu sözleşmesinin ihlali halinde sorumluluk doğacağı, arabuluculuğa başvurma halinde zamanaşımı sürelerinin duracağı, gizlilik ilkesinin uygulanacağı, arabuluculuk sürecinin sonunda varılan çözüm anlaşmasının icra edilebilirliğinin mümkün olacağı temel çerçeve olarak çizilmiştir. Yeşil Kitap, AB bünyesinde arabuluculuğu teşvik etmek, üye devletlerin iç hukuklarında arabuluculuk konusunda düzenleme yapılmasının önünü açmak amacıyla hazırlanmıştır. Yeşil Kitap'ta çizilen bu çerçeve Avrupa Birliği'ne üye olan ve olmayan devletlere iç hukuklarında düzenleme yapmalarında ışık tutmuş ve birçok bilimsel çalışmanın konusu olmuştur⁸⁴.

Yeşil Kitap, HUAK'nun hazırlanmasında istifade edilen kaynaklar arasında yerini almıştır. Nitekim HUAK'nun genel gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir. *“2002 yılında hazırlanan Yeşil Kitap ile alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisi olan arabuluculuk hakkındaki ilkeler tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu sayede adalete daha iyi erişim sağlayacak alternatif uyuşmazlık çözümlerinin*

⁸² **Erişir**, Evrim/**Tekin**, Ceren, “Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap”, MİHDER 2008, S. 9, s. 131-165.

⁸³ **Özbek**, Avrupa Birliği, s. 267; Ayrıca bkz. yukarıda “Arabuluculuğun Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleriyle Karşılaştırılması” bölümü.

⁸⁴ **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 42; **Öztürk**, Necla/**Yarar**, Güven, “AB 2008/52/EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. II, Ankara 2015, s. 1355.

fark edilmesi, yasama faaliyetlerinin bu yönde gerçekleştirilmesi ve alternatif uyuşmazlık çözümlerine politik öncelik verilmesi amaçlanmıştır.”⁸⁵

II. Arabulucular İçin Avrupa Etik Kuralları⁸⁶

Arabulucular İçin Avrupa Etik Kuralları (European Code of Conduct for Mediators), Avrupa Komisyonu’nun desteğiyle çok sayıda arabuluculuk kuruluşu ve Avrupa Birliği’nin bünyesinde çalışan kişilerin çalışmaları sonucunda geliştirilmiştir. Bu etik kurallar 2 Temmuz 2004’te Brüksel’de yapılan bir konferansta uygulamaya konulmuştur. Ancak bu etik kurallar, Avrupa Birliği’nin herhangi bir kurumunca resmen kabul edilmiş olmadığından, uyulması ihtiyârî (gönüllü) olan ilkelere⁸⁷.

Arabulucular İçin Avrupa Etik Kuralları, arabuluculuğun üye devletlerde en doğru şekilde uygulanmasını sağlamaya yöneliktir. Avrupa Birliği’nde arabuluculuğun kalitesinin yükseltilmesi de amaçlanmıştır. Etik kurallar, sadece uygulamanın kendi kendini kontrol etmesi için hazırlanmış olup, Avrupa Komisyonu’na herhangi bir sorumluluk yüklememiştir. Komisyonun, etik kurallarda belirtilen ilkelere uyulduğunu gözlemlene görevi yoktur⁸⁸.

Arabulucular İçin Avrupa Etik Kuralları, bireysel arabulucuların kendi sorumlulukları altında, uymayı gönüllü olarak taahhüt edebilecekleri, bazı ilkeler koymaktadır. Etik kurallar, medeni hukuk ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarında başvuru her çeşit arabuluculuğa uygulanmayı amaçlamıştır. Etik kurallara uyulması, ulusal mevzuatın, bireysel arabuluculuk uygulamacıları hakkında düzenleme yapmasını engellemektedir. Hatta arabuluculuk hizmetlerinin türüne göre daha ayrıntılı kurallar getirilerek düzenleme yapılması teşvik edilmiştir.

Nitekim ülkemizde “*Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları, Mart-2013*” başlıklı etik

⁸⁵ www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlaşan/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf. (s.e. 21.03.2016).

⁸⁶ www.ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf (s.e. 21.3.2016).

⁸⁷ **Özbek**, Avrupa Birliği, s. 317; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 43.

⁸⁸ **Özbek**, Mustafa, “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi”, AÜHFD, 2007/1, C. 56, s. 206.

kurallar, “*Arabulucular İçin Avrupa Etik Kurallar*” başta olmak üzere, tüm modern ülkelerin etik ve uygulama kuralları dikkate alınmak suretiyle, arabuluculuk sistemimize ve ülkemizin sosyal ve kültürel değerleri ile gerçeklerine uyumlu olacak şekilde, Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanmış olup, Arabuluculuk Kurulu tarafından da gözden geçirilerek onaylanmıştır⁸⁹.

III. Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52 EC Sayılı Yönergesi⁹⁰

Avrupa Komisyonu, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin Yönerge Önerisinin çalışmalarına 2000 yılının Mayıs ayında başlayıp, 2004 yılı Ekim ayında tamamlamıştır. Avrupa Konseyi, 15-16 Eylül 2005’te, arabuluculuk yönergesi önerisi üzerinde kapsamlı görüşmeler yapmış ve bu konu, 1-2 Aralık 2005’te Adalet ve İç İşleri Konseyi’nde tartışılmıştır. Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi, Avrupa Komisyonu’nun teklifini göz önünde tutarak ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi’nin görüşünü dikkate alarak, 21 Mayıs 2008 tarihinde, 26 üye devletin onayıyla, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52 EC Sayılı Yönergesi’ni (Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 may 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters) kabul etmiştir⁹¹.

Yönerge, üye devletlere iç hukuklarında arabuluculuk düzenlemesi yapmaları konusunda iki farklı süre koymuştur. Yönerge’nin 12. maddesine göre, üye devletler, bu Yönerge hükümlerine uymak için gereken kanunları, tüzükleri ve idari kurulları,

⁸⁹ www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html (s.e. 21.03.2016).

⁹⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF> (s.e. 21.03.2016).

⁹¹ 21 Mayıs 2008 tarihinde kabul edilen bu Yönerge, 24 Mayıs’ta yayımlanmış 13 Haziran 2008’ de yürürlüğe girmiştir. Avrupa Birliği Resmi Gazetesi (Official Journal of the European Union, OJ L 136/3,24.5.2008). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF> (s.e. 25.3.2016); Yönergenin Türkçeye çevirisi için bkz., **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1243-1252.

21 Mayıs 2011 den önce yürürlüğe koymak zorundadırlar. Yine bu 12. maddeye göre, üye devletler, arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmaların icra edilebilirliğini sağlayacak, yetkili mahkeme veya diğer mercileri en geç 21 Kasım 2010 tarihine kadar Avrupa Komisyonu'na bildirecektir.

Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52 EC Sayılı Yönerge'nin 1. maddesinin 1. fıkrasında, *“Bu Yönergenin amacı, arabuluculuğa başvurulmasını özendirmek ve arabuluculukla yargılama usulleri arasında doğru bir ilişki kurmak suretiyle, alternatif uyuşmazlık çözümüne erişimi kolaylaştırmak ve uyuşmazlıkların dostane çözümünü geliştirmektir”* hükmü yer almaktadır.⁹² Yönergede, arabuluculuk ve arabulucunun tanımı (m. 3), arabuluculuğun kalitesinin sağlanması (m. 4), arabuluculuğa başvuru (m.5), arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların icra edilmesi (m. 6), arabuluculuğun gizliliği (m. 7), arabuluculuğun zamanaşımı sürelerine etkisi (m. 8) ve kamuya bilgi verilmesi (m. 9) gibi temel kurallara yer verilmiştir. Yönerge'nin 11. maddesinde, Komisyon en geç 21 Mayıs 2016'da, Avrupa Parlamentosu, Konseyi ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'ne, bu yönergenin uygulanmasıyla ilgili rapor sunacağı kabul edilmiştir. Bu sunulan rapora göre, bu Yönerge'ye işlenmek üzere öneriler eklenecektir.

2008/52 sayılı Yönerge, arabuluculuğun hukuki ve ticari uyuşmazlıklarda Avrupa Birliği nezdinde temel bir alternatif uyuşmazlık yolu olduğunu vurgulaması, tespiti ve Avrupa hukuk sisteminin bir parçası olması açısından büyük öneme sahiptir. Avrupa Birliği, seri, ekonomik ve esnek bir alternatif uyuşmazlık yolu olan arabuluculuk ile adalete erişimi kolaylaştırmayı hedeflemektedir. Yönerge'nin, Avrupa Birliği üye ülkelerince yabancı unsurlu uyuşmazlıklar dışında, yerel arabuluculuk hallerinde de uygulamasına engel bir durum bulunmamaktadır. Arabuluculuk süresince hak düşürücü sürelerin işlememesi, arabuluculuk neticesi varılan anlaşmaların Avrupa Birliği çapında tanıma ve tenfiz kabiliyetine sahip olması, gizlilik ilkesinin garanti altına alınması gibi düzenlemeler, arabuluculuk ile

⁹² www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF (s.e. 25.3.2016).

ilgili çok önemli gelişmelerdir. Arabuluculuğun, bağlayıcı bir Avrupa Birliği hukuk mekanizması olan Yönerge ile Avrupa hukuk sisteminin bir parçası haline gelmesi, arabuluculuğun geleceği hakkında önemli ipuçlarıdır⁹³.

Yönerge'nin 14. şartı , “*Bu Yönerge'deki hiçbir hüküm, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan milli mevzuata, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmalarını engellememesi şartıyla karşı değildir*” hükmünü içermektedir. Bu hüküm zorunlu arabuluculuğu mümkün kılan ve AB'nin zorunlu arabuluculuk hakkındaki bakış açısını gösteren bir hükümdür⁹⁴.

Yönerge'nin kabul edilmesinden önce, Fransa, Birleşik Krallık, Belçika, Macaristan, İtalya, Avusturya, Romanya ve Portekiz'in milli hukuklarında arabuluculuğa ilişkin benzer düzenlemeler bulunmaktaydı. Bu nedenle bu ülkeler iç hukuklarında var olan bu düzenlemelerin bilgisini Avrupa Komisyonu'na vermekle yetindiler⁹⁵. Ancak, Fransa, İtalya ve Avusturya'da, direktifin etkisiyle ilave ve yeni düzenlemeler de yapılmıştır.

Yönergenin kabul edilmesinden sonra Almanya, Hollanda, Yunanistan ve Slovenya milli hukuklarında, arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıkların çözümü için düzenleme yapma yoluna gitmişlerdir. Türk Hukuku'nda arabuluculukla ilgili düzenlemelerde⁹⁶ Yönerge etkili olmuştur. Üye devletlerin bu Yönergeye uyum

⁹³ **Eskiörük**, Serhat, Avrupa Birliği'nin 2008/52 sayılı Arabuluculuk Direktifi ve Muhtemel Etkileri Üzerine Değerlendirme, <http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-hakkinda/avrupa-birligi-nin-2008-52-sayili-arabuluculuk-direktifi-ve-muhtemel-etkileri-uzerine-degerlendirme> (s.e. 25.03.2016).

⁹⁴ www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF (s.e. 25.03.2016).

⁹⁵ **Öztürk/Yarar**, s. 1359.

⁹⁶ HUAK'nun hazırlanmasında istifade edilen kaynaklar arasında bu Yönerge önerge de yerini almıştır. Nitekim HUAK'nun genel gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir. “*Tasarının hazırlanmasında Uncitral Model Kanun ve Avrupa Birliği Direktif Tasarısı dışında, Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Hakkında Yeşil Kitap ile Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun, Almanya'nın 1999 yılında yürürlüğe giren Baden Württemberg Uzlaşma Kanunu ile Bavyera'nın 2000 yılında kabul edilen Özel Hukukta Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu, Macaristan Arabuluculuk Kanunu ile*

alışmaları ve Yönergenin üye ve diğ r devletler üzerine etkisi aşağıda ayrıca ülkeler bazında ele alınmıştır.

IV. T ketic  Uyuşmazlıklarına İlişkin Alternatif Uyuşmazlık   z mleri  zerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2013/11/EU Sayılı Y nergesi⁹⁷

2006/2004/EC ve 2009/22/EC Sayılı Yönergelerin Değıştirilmesi ve T ketic  Uyuşmazlıkları İçin Alternatif Uyuşmazlık   z mleri  zerine 21 Mayıs 2013 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2013/11/EU Sayılı Yönergesi (Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC) kabul edilmiřtir⁹⁸.

Yönerge'nin amacı, tüketicilerin yüksek düzeyde t ketic  korumasına ulaştırılması, gönüllülük esasına dayalı olarak tacirlere karşı olan şik yetleri için; bağımsız, tarafsız, şeffaf, etkili, hızlı ve adil alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri sunan kurumlara başvurabilmelerini sağılayarak iç pazarın işleyişine katkıda bulunmaktır. Bu Yönerge, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmalarını engellemediğı sürece, bu tür yöntemlere katılımı zorunlu kılan ulusal mevzuata engel olmaz⁹⁹.

Yönerge'nin kapsamı, Avrupa Birliğı içersindeki bir tacir ile bir t ketic  arasındaki satış veya hizmet sözleşmesinden kaynaklanan akdi y k ml l klere

son yıllarda kabul edilmeleri nedeniyle Bulgaristan ve Slovakya Araboluculuk Kanunları, çalışmada dikkate alınmıştır.”

www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf
(s.e. 27.03.2016).

⁹⁷ Yönerge metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32013L0011> (s.e. 27.03.2016).

⁹⁸ Bu Yönerge 18.06.2013 Tarihli Avrupa Birliğı Resmi Gazetesi (Official Journal of the European Union, OJ L165/63) ile yayınlanmış ve Yönergenin 27. maddesine göre, yayınlanmasının 20. gününde 08.07.2013 tarihinde yürürlüğü girmiştir. <http://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/11/oj> (s.e. 27.03.2016).

⁹⁹ Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 1.

ilişkin yurt içi ve sınır ötesi uyuşmazlıklarda, mahkeme dışı çözümlere yönelik yöntemlere uygulanmasıyla ilgilidir. Bu Yönerge, ADR kurumları ve ADR usulleri için kalite standartlarını belirler. Üye devletler, tüketicinin daha yüksek düzeyde korunmasını sağlamak için, Yönerge’de belirtilen kuralların dışında hükümler getirebilir veya sürdürebilir¹⁰⁰. Ayrıca bu Yönerge, üye devletlerin kendi ülkelerinde kurulan ADR kurumlarının, bir çözüme zorlama gücüne sahip olup olmadıklarını belirlemeye ilişkin yetkinliğini de kabul eder¹⁰¹.

Yönerge’de aksi belirtilmedikçe, tüketici tarafından tacir aleyhine başlatılan mahkeme dışı tazminat yöntemlerine ilişkin Avrupa Birliği’nin başka bir hukuki tasarrufundaki bir hükümle çelişirse, bu yönerge hükümleri geçerlidir. Ancak bu Yönerge, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 2008/52/EC Sayılı Yönerge hükümlerinin önüne geçmez¹⁰².

Yönerge’de, ADR kurumlarına ve yöntemlerine erişim (m. 5), uzmanlık, bağımsızlık ve tarafsızlık (m. 6), şeffaflık (m. 7), etkinlik (m. 8), âdillik (m. 9), serbestlik (m. 10), hukuka uygunluk (m. 11), ADR yöntemlerinin zamanaşımı sürelerine etkisi (m. 12), tüketicileri bilgilendirme (m. 13), tüketiciler için yardım (m. 14) ve genel bilgi (m. 15) başlıkları altında düzenlemeler mevcuttur. Ayrıca Yönerge’nin IV. bölümünde, yetkili makamların ve komisyonun rolü ve V. bölümünde ise, nihai hükümler düzenlenmiştir.

Yönerge’nin dördüncü bölümünde yer alan 18. maddede, her üye devletin 19 ve 20. maddede belirtilen en az bir yetkili makam atamasını, bu atanan makamların listesinin Komisyon’a bildirilmesini ve bu yetkili makamların listesinin Avrupa Birliği Resmi Gazetesi’nde yayınlanmasını hüküm altına almıştır. 19. maddede,

¹⁰⁰ Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 2(2) “Bu Yönerge, uyuşmazlığın çözümünden sorumlu kişilerin işe alındığı veya tacirin kendisinin ücretlendirildiği uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde, tacir tarafından işletilen uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde, ekonomik olmayan genel kamu yararı hizmetlerinde, tacirler arası uyuşmazlıklarda, tüketici ve tacir arasındaki doğrudan müzakerelerde, hâkim tarafından uyuşmazlığın çözümüne yönelik girişimlerde, tacir tarafından tüketici aleyhine başlatılan yöntemlerde, sağlık personeli tarafından sağlanan sağlık hizmetlerinde ve kamusal ileri veya yüksek eğitim sağlayıcılarında uygulanmaz.”

¹⁰¹ Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 2(4).

¹⁰² Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 3.

uyuşmazlık çözüm kurumları tarafından yetkili makamlara bildirilecek bilgileri ve 20. maddede, yetkili makamlar ile Komisyon’un ödevleri belirlenmiştir. Yönerge’nin beşinci bölümü, nihai hükümler kısmı madde 22’de, özellikle tüketicilerin bilgilendirilmesinin ihlali hâlinde, ulusal mevzuatta öngörülecek cezaların, etkili, orantılı ve caydırıcı olması gerektiği düzenlenmiştir. Yönerge’nin 25. maddesinde ise, üye devletlerin, 9 Temmuz 2015 tarihi itibarıyla, bu Yönergeye uygun mevzuat hükümlerini yürürlüğe koyarak, bu hükümlerin aslını Komisyon’a iletmeleri hüküm altına alınmıştır.

Yönerge’de, tüketici uyuşmazlıklarında öngörülen ADR kurum ve yöntemlerinin statüsünün güçlü olduğu görölmektedir. Yönerge madde 2(4)’ deki, *“üye devletlerin kendi ülkelerinde kurulan ADR kurumlarının, bir çözümü empoze etme gücüne sahip olup olmadıklarını belirlemeye ilişkin yetkinliğini kabul eder”* hükmü, tüketici uyuşmazlıklarında arabulucunun, uyuşmazlığın çözümü için tarafları zorlama gücüne sahip karar alabilme yetkisini kabul etmektedir. Bu bağlamda Yönerge madde 9(3)’ e göre, ADR yöntemleriyle uyuşmazlığın çözümü için verilen kararı, tüketici kabul edip etmemekte serbest iken, tüketicinin önerilen çözüm kararını kabul etmesi durumunda, tacir için çözüm kararının bağlayıcı olabileceği konusunda, ulusal hukukların düzenleme yapabilmesinin kabul edilebilirliği hüküm altına alınmıştır¹⁰³.

B. ALMANYA’DA ARABULUCULUK

Almanya’da, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52 EC Sayılı Yönergesi’nin etkisiyle, 2007 yılında başlayan siyasi müzakerelerin sonucunda, arabuluculuğun teşvik edilmesi için geniş çapta kurallar bütünlüğünün benimsenmesi ve Yönerge’nin yaygın olarak uygulanmasının bir fırsat olarak dikkate alınması konusunda fikir birliğine varılmıştır. Alman Federal Adalet Bakanlığı Komisyonu’nun karşılaştırılmalı bir çalışması ve Almanya’da hukuk reformundaki tek ve en önemli forum Alman Hukukçular Formu (Deutscher Juristentag) 2008 yılı

¹⁰³ Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/11/oj> (s.e. 27.03.2016).

sonbaharında bu konuyu gündemine almıştır. Yasama sürecinin en tartışmalı konusu, Mahkeme İçi Arabuluculuk hakkında olmuştur¹⁰⁴. Bu çalışmaların neticesi 21 Temmuz 2012 tarihli Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Teşvikine Dair Kanun (Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der aussergerichtlichen Konfliktbeilegung), 25 Temmuz 2012 tarihli Alman Resmi Gazetesi'nde (Bundesgesetzblatt) yayınlanmasıyla, yürürlük bölümü 9 hükmünce yürürlüğe¹⁰⁵ girmiştir¹⁰⁶. Ancak aynı kanunun, birinci bölümünde yer alan Arabuluculuk Kanunu (MediationsG) ise, bu kanunun 9. maddesine göre bir gün sonra, 26 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁰⁷.

21 Temmuz 2012 tarihli Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Teşvikine Dair Kanun'un birinci bölümünde Arabuluculuk Kanunu (MediationsG), ikinci bölümünde Medeni Usûl Kanunu (Zivilprozessordnung-ZPO) madde 41, 159, 253, 278 ve 278a daki, üçüncü bölümünde Aile Usul Kanunu (FamFG) madde 23, 28, 36, 36a, 81, 135, 150, 155 ve 156 daki, dördüncü bölümünde İş Mahkemeleri Kanunu (ArbGG) madde 54 ve 54a daki, beşinci bölümünde Sosyal Mahkemeler Kanunu (SGG) madde 202 deki, altıncı bölümünde İdari Usûl Kanunu (VwGO) madde 173 deki, yedinci bölümünde Mahkeme Masrafları Hakkındaki Kanun (GKG) madde 69b ile Aile İşlerinde Mahkeme Masrafları Hakkındaki Kanun (FamGKG) madde 61a daki ve sekizinci bölümdeki Vergi Usûl Kanunu (FGO) madde 155 deki arabuluculukla ilgili yapılan değişiklikleri ve düzenlemeleri içermektedir¹⁰⁸. Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Teşvikine Dair

¹⁰⁴ Hess/Pelzer, s. 223.

¹⁰⁵ BGBl. (Bundesgesetzblatt) I S. 1577, <http://www.bgbl.de> (s.e. 01.04.2016)

¹⁰⁶ Klowait, Jürge / Glaser Ulla, Mediationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s. 410.

¹⁰⁷ Lör, Lambert, Übergangsbestimmung, in: Klowait, Jürge/Glaser Ulla (Hrsg), Mediationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s. 305.

¹⁰⁸ BGBl. I S. 1577. <http://www.bgbl.de> (s.e. 01.04.2016).

Kanun'un dokuzuncu bölümünde ise, bu kanunun yayımlanmasıyla birlikte yürürlüğe gireceğine ilişkin yürürlük maddesi yer almaktadır¹⁰⁹.

Heribert Prantl'a göre, arabuluculukla ilgili yasama projesi, Almanya hukuk ve mahkeme sisteminde, Almanya Medeni Usûl Kanunu'nun 1879 da yürürlüğe girmesinden beri, en önemli yeniliktir¹¹⁰. Arabuluculuk, bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak yargı sistemine dâhil edilmesiyle yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır¹¹¹.

I. Arabuluculuk Kanunu (MediationsG)

21 Temmuz 2012 tarihli Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Teşvikine Dair Kanun'un birinci bölümünde yer alan, Arabuluculuk Kanunu (Mediationsgesetz-MediationsG), bu kanunun 9. maddesine göre, 26 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹¹².

Alman Arabuluculuk Kanunu'nda sadece birkaç bağlayıcı kuralla genel düzenleme yapılarak yetinilmiştir. Arabuluculuk sürecinin kuralları, arabulucunun ve tarafların görevleri gibi çoğu konu, arabuluculuk kuruluşlarının ve arabulucu sözleşmelerinin etik kurallarına göre şekil alır. Arabuluculuk sürecinde bir anlaşma olmaması durumunda uygulanacak herhangi bir hüküm yoktur¹¹³.

Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinde verilen arabuluculuk tanımı, Yönerge'nin 3. maddesi a bendi ile uyumludur. Tanımda, arabuluculuk yönteminde iki ya da daha fazla tarafın yer alabileceğini vurgulamak gerekli görülmemiştir. Bununla birlikte, ilk arabuluculuk kanun taslağı ve Yönerge'nin 3(a) maddesinden farklı olarak, Arabuluculuk Kanunu'nun son şeklinde, arabuluculuğun bir hâkim

¹⁰⁹ Klowait/Gläßer, s. 410.

¹¹⁰ Prantl, Heribert, Das Recht war ein Kampf, Süddeutsche Zeitung v. 12.1.2011. www.sueddeutsche.de/politik/mediation-an-deutschen-gerichten-geissler-fuer-alle-1.1045301 (s.e 1.4.2016).

¹¹¹ Lilja/von Lucius/Tietz, s. 66.

¹¹² Löer, s. 305.

¹¹³ Hess/Pelzer, s. 223.

tarafından yönetileceğinden bahsetmez. Ancak ZPO (Medeni Usûl Kanunu) madde 41(8)'e göre¹¹⁴, bir hâkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine konu bir uyuşmazlığa katılmış ise, artık aynı uyuşmazlığın çözümü için mahkeme yargısını yürütmeye hâkim olarak görev yapamaz. Esasen bu hüküm, Yönerge'nin 3(a) maddesindeki temel anlayışı ifade eder¹¹⁵.

Arabuluculuk Kanunu, Yönergenin 1. madde (2). fıkrası ve (8). şart bendi kapsamında belirtilen sınır ötesi davalar ile sınırlı değildir. Benzer şekilde Yönerge, madde 1 fıkra (2)'de belirtildiği gibi, özellikle medeni ve ticari uyuşmazlıklarla da sınırlandırılmamıştır¹¹⁶. Her tür hukuk uyuşmazlığı için arabuluculuğa başvurulabilir. Bu nedenle arabuluculuğa elverişlilik konusunda uyuşmazlık türleri açısından bir ayırım yapılmamıştır¹¹⁷.

Alman Arabuluculuk Kanunu'nun 4. maddesi (Yönergenin 7. maddesine göre hazırlanan) gizlilik ilkesini düzenlemiştir. Bu maddeye göre gizlilik yükümlülüğü sadece arabulucular ve yardımcıları içindir. Taraflar ve vekilleriyle ilgili değildir. Taraf vekilleri bir arabuluculuk sürecinde karşı taraf hakkında öğrendiklerinden dolayı kapsamlı bir cezai ve hukuki susma yükümlülüğü altında bulunmamaktadır¹¹⁸.

Alman Arabuluculuk Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrası, kamu düzeni, çocuğun yüksek menfaati, kişilerin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne ciddi zarar teşkil edebilecek hallerin önlenmesi gizlilik ilkesinin istisnaları olarak düzenlemiştir. Arabuluculuk sonucu olarak yapılan anlaşmanın yerine getirilmesi veya icrası için bu anlaşmanın açıklanması hâli de gizliliğin istisnasıdır. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre, gizlilik yükümlülüğünün, açıklanmış olan veya sır olarak saklanmasına gerek olmayacak kadar önemsiz uyuşmazlıklarda uygulanmayacağı hüküm altına

¹¹⁴ Madde şerhi için bkz. **Löer**, Lambert, "Ausschluss von der Ausübung des Richteramtes", Klowait, Jürgen/Gläßer Ulla (Hrsg), Mediationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s. 309-312.

¹¹⁵ **Hess/Pelzer**, s. 223.

¹¹⁶ **Hess/Pelzer**, s. 223.

¹¹⁷ **Öztürk/Yarar**, s. 1363. Bkz. Mediations in the EU, s. 31-32.

¹¹⁸ **Lilja/vonLucius/Tietz**, s. 75.

alınmıştır¹¹⁹. Buna göre örneğin taraflardan birisi diğer tarafı tehdit ettiğinde gizlilik ilkesinin arkasına saklanamayacaktır. Hakeza taraf iradesinin sakatlandığı hallerde açılacak davalarda gizlilik ilkesinin sınırlarının tartışılması gerekmektedir¹²⁰.

Alman doktrinde, kanuni düzenlenme öncesinde, içtihatlar tarafından giderilmeyen arabuluculuğun güvenilirlik ve gizliliğine ilişkin boşlukların, Arabuluculuk Kanunu 4. maddesi ile de giderilemediği için eleştirilmiştir. Eleştirilerde bu hükmün sadece arabulucu ve yardımcıları için şahitlikten çekinme hakkını tanıdığı, bunun ötesinde bir düzenleme öngörmediği ifade edilmiştir. Bu nedenle kanuni düzenlemeden sonra da arabuluculuğa güvenin korunması için arabuluculuk sözleşmesiyle tedbirler alınması gerektiği belirtilmiştir¹²¹.

Arabuluculuk Kanunu'nun 5 ve 6. maddeleri, Yönerge'nin 4. maddesinde yer alan, arabuluculuğun kalitesinin sağlanması amacına hizmet edecek şekilde, sertifikalı arabulucu (zertifiziertermediator) unvanını ileri sürerek, arabuluculuk yönteminin kalitesini korumayı amaçlamıştır¹²². Kanun, Federal Adalet Bakanlığı'na arabulucuların eğitim zorunluluğuyla ilgili, daha ayrıntılı düzenleme yapma yetkisini vermiştir. Ancak bu husus sadece sertifikalı arabulucular içindir. Sertifikasız arabulucular için ne tür kurallar uygulanacağı net değildir. Ayrıca, Arabuluculuk Kanunu'nun madde 5(1)'e göre, sertifikasız arabulucular, arabuluculuk sürecini yönetecek yeterli bilgi ve deneyime sahip olduklarını da kanıtlamak zorundadır. Zorunlu arabuluculuk eğitim gereksinimi, başarılı bir lobi çalışmasına bağlanabilir. Arabuluculuk eğitimi kârlı bir iş olmakla birlikte, pratikte bu eğitimle arabulucunun niteliğini aralıksız bir şekilde geliştirip, geliştiremeyeceği net değildir¹²³.

¹¹⁹ **Goltermann**, Nils, "Verschwiegenheitspflicht", Klowait, Jürgen/Gläßer Ulla (Hrsg), Medationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s. 210; **Hess /Pelzer**, s. 224.

¹²⁰ **Lilja/von Lucius/Tietz**, s. 76.

¹²¹ **Lilja/von Lucius/Tietz**, s. 77.

¹²² **Klowait**, Jürgen, "Aus-und Fortbildung des Mediators; zertifizierter Mediator", Klowait, Jürgen/Gläßer Ulla (Hrsg), Medationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s. 228; **Klowait**, Jürgen, "Verordnungsermächtigung", Klowait, Jürgen/Gläßer Ulla (Hrsg), Medationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s. 245; **Hess /Pelzer**, s. 223.

¹²³ **Hess /Pelzer**, s. 223.

Arabuluculuğun sonunda yapılan anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin Yönerge'nin 6. maddesi, arabuluculuk kanunlaştırma taslağı hareketi boyunca tartışılmıştır. Neticede, arabulucunun yardımıyla yapılan anlaşmanın tek başına icra edilebilir olmadığına karar verilmiştir. Ancak icra edilebilirliği sağlamak için çeşitli imkânlar bulunmaktadır. Alman Federal Kanun Komisyonu, Yönerge madde 6(2) hükmü doğrultusunda anlaşmanın icra edilebilirliğinin mahkeme ya da yetkili otoritelere ait olduğunu açıkça belirtmiştir¹²⁴.

Arabuluculuğun, zamanaşımı süreleri üzerindeki etkisine ilişkin Yönerge'nin 8. maddesiyle ilgili Arabuluculuk Kanunu'nda özel bir hükme ihtiyaç yoktur. Zira BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) madde 203, genellikle görüşmeler halinde zamanaşımının askıya alınmasını şart koşar.

Arabuluculuk Kanunu, aile ya da iş uyuşmazlıkları gibi farklı konuları birbirinden ayırmaz. Bu nedenle, uyuşmazlık konularına bakılmaksızın, mahkeme içi arabuluculuk hariç, bütün arabuluculuk türleri Arabuluculuk Kanunu'nun kapsamındadır. Mahkemeyle bağlantılı ve mahkeme içi arabuluculuğa ilişkin uyuşmazlıklarda, İdari Usûl Kanunu'nda (Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO) veya İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki (Arbeitsgerichtsgesetz, ArbGG), özel usul hükümleri, ZPO ya atıfta bulunur veya Arabuluculuk Kanunu madde 4, 6 ve 8'de açıklar¹²⁵.

Müzakere şartına benzer şekilde, uyuşmazlık konusu hakkında, bir taraf, sözleşmedeki arabuluculuk yöntemine başvurulacağına ilişkin şarta dayanarak itiraz ederse; dava, mahkeme tarafından geçici süre kabul edilemez olarak, reddedilecektir¹²⁶.

Arabuluculuk Kanunu madde 2(3) de, arabulucunun tarafsızlığı şart koşulmuştur¹²⁷. Arabuluculuk Kanunu madde 2(3) hem aktif hem de pasif

¹²⁴ Hess /Pelzer, s. 224.

¹²⁵ Hess /Pelzer, s. 224.

¹²⁶ Unberath, Hannes, "Mediationsklauseln in der Vertragstaltung-Prozessuale Wirkungen und Wirksamkeit", Neue Juristische Wochenschrift 2011, s. 1320-1321.

¹²⁷ Gläßer, s. 106.

arabuluculuğa izin verir. Arabulucu taraflar arasında iletişimi sağladığı gibi, tarafların rızasıyla, taraflarla ayrı ayrı görüşerek içerik olarak çözüme katkıda bulunabilir¹²⁸. Arabulucu, bütün tarafların, arabuluculuk sürecine uygun ve adil bir şekilde dâhil olduklarını garanti etmek zorundadır. Bir arabulucunun tarafsızlığını ihlal etmesine karşı uygulanacak prosedüre veya bir arabulucu yerine devlet mahkemesinin bu usûlü takip etmesine yönelik veya bunun benzerlerine ilişkin bir hüküm henüz yoktur. Arabuluculuk Kanunu madde 3(1)'e göre arabulucunun bağımsızlık ve tarafsızlığını etkileyebilecek herhangi bir durumu açıklamak zorundadır¹²⁹. Şayet taraflar, bu duruma hiçbir itirazlarının olmadığını açıkça bildirirlerse, arabulucu, arabuluculuk sürecini sürdürebilir¹³⁰.

Arabulucunun görevlerine ilişkin kurallar Arabuluculuk Kanunu'nda bulunmakla birlikte, arabulucu sözleşmesinde de belirlenebilir. Kanunda konulmuş yükümlülükler bütün arabuluculara eşit olarak uygulanır. Arabuluculuk Kanunu 2. maddesi, Arabulucular için Avrupa Etik Kuralları'nın çeşitli unsurları birleştirmiştir. Bu maddenin unsurları emredici mahiyette olmadığından, taraflar arabuluculuk sözleşmelerinde çıkartmalar ve eksiltmeler yapabilirler¹³¹. Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesi (2). fıkrasına göre, arabulucular, tarafların arabuluculuğa ilişkin ilkelerine arabuluculuk sürecini anladıklarından ve gönüllülük esasına göre yer aldıklarından emin olmak zorundadırlar. Kanunun 2. maddesi (5). fıkrasına göre, arabuluculuk gönüllülük esasına dayandığı için, taraflar, arabuluculuk başladığında herhangi bir zamanda hiçbir gerekçe göstermeksizin arabuluculuktan çekilmekte özgürdürler¹³².

Arabuluculuk Kanunu madde 3(5)'e göre, arabulucu, talep üzerine, kendi arabuluculuk eğitimi ve deneyiminin yanı sıra, tarafları profesyonel geçmişi

¹²⁸ Horstmeier, s. 87.

¹²⁹ Goltermann, Nils, "Offenbarungspflichten; Tätigkeitsbeschränkungen", Klowait, Jürgen/Gläßer Ulla (Hrsg), Mediationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s. 197.

¹³⁰ Hess/Pelzer, s. 225; Taşpolat-Tuğsavul, s. 48.

¹³¹ Risse, Jörg, "Das Mediationsgesetz-eine Kommentierung", German Arbitration Journal 2012, (Schieds VZ), s. 244.

¹³² Hagel, s. 103; Unberath, s. 1322; Hess/Pelzer, s. 225.

hakkında bilgilendirmek zorundadır¹³³. Arabulucu aynı zamanda madde 4'e göre, arabuluculuktaki gizliliğinin kapsamı ile ilgili tarafları bilgilendirmesi gerekmektedir¹³⁴.

Bir avukat arabulucu, arabuluculuk görevini icra ederken, aynı zamanda avukatlık mesleğinin kurallarına da uygun hareket etmek zorundadır. Avukat arabulucu Federal Avukatlık Meslek Kanunu (Bundesrehtanwaltsordnung-BORA) madde 18 de belirlenen meslek kurallarına tabidir. Bu kurallar temelde Arabuluculuk Kanunu'nun arabuluculara yüklediği aynı yükümlölükleri içerir. Örneğın, Federal Avukatlık Meslek Kanunu (BORA) madde 43a(2) ve 2, gizliliğē ilişkin avukatın yükümlölüğüne ilişkin hükümlerdir¹³⁵. Avukatlar, bir arabuluculuk sürecinden yer aldıktan sonra, aynı uyuşmazlık konusunda avukatlık görevi üstlenemez.

Arabulucu olarak görev yapan noterler, gizlilik ve tarafsızlık hakkında aynı sorumluluklara tabidirler. Federal Noterlik Kanunu (Bundesnotarordnung, BNotO) madde 18, bu yükümlölüklerin ötesinde, arabuluculuk çözüm anlaşmasının noter onayından önce, tarafların niyetlerinin aslını öğrenmek, gerçekleri açıklamak ve Noterlik Kanunu'nun madde 17(1)'e göre, anlaşmanın kanuni muhtemel sonuçlarına ilişkin olarak tarafları bilgilendirmek zorundadır. Noterlerin, arabuluculuğun sonuç anlaşmasının adil olmasının sağlanmasında daha büyük sorumlulukları vardır. (BNotO m. 14)¹³⁶.

Arabulucunun, arabuluculuk sözleşmesinden doğan bir yükümlölüğünü ihlal ederse, genel sözleşme hükümleri BGB madde 241(2) ve 280'e göre sorumluluğu söz konusu olabilir. Arabulucu olarak görev yapan noter ise, BNotO madde 19(1)'e göre sorumludurlar. Ancak uygulamada arabulucunun yükümlölük ihlali iddiasının ispatı çok zordur¹³⁷.

¹³³ **Goltermann**, s. 196.

¹³⁴ **Pilartz**, Annegret, Mediation im Arbeitsrecht, München 2013, s. 23.

¹³⁵ **Hess/Pelzer**, s. 226.

¹³⁶ **Hess/Pelzer**, s. 226.

¹³⁷ **Hess/Pelzer**, s. 226.

Yeni Arabuluculuk Kanunu'nun başlıca zayıf taraflarından birisi, arabulucuların görevlerini kötüye kullanması veya arabuluculuk sertifikasının geri alınmasını gerektirecek durumlara karşı, önlem içeren hiçbir hükmün olmamasıdır. Arabuluculuk Kanunu madde 5(3)'e göre, arabuluculuk sertifikasına sahip arabulucuların, bu yetkisini korumak için eğitim programlarına devam etmeleri zorunludur¹³⁸.

Arabuluculuk Kanunu'nda, tarafların görevleri açıkça belirlenmemiştir. Tarafların sorumlulukları, arabulucu sözleşmesi ve sözleşmeye eklenecek arabuluculuk sürecinin kuralları ile düzenlenir. Arabuluculuk sürecinde tarafların birlikte çalışmaları ve iyi niyetle müzakereleri sürdürmeleri için genel bir kural vardır. BGB madde 242'de düzenlenen "*Ahde Vefa*" (Pacta sunt servanda) prensibine göre, her iki tarafta bir arabulucu atamak, en azından ilk toplantıya katılmak ve duruma bağlı olarak içerik üzerine yorum yapmak zorundadırlar¹³⁹.

Arabulucuların ücretleri kanun tarafından düzenlenmez. Genellikle taraflar arasında karar verilir. Avukatlık Ücret Kanunu'nun (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, RVG) madde 34(1)'e göre, arabulucu olarak görev yapan avukatlar ücretleri kapsayan bir sözleşmeye göre çalışmalıdır. Eğer ücret konusunda bir anlaşma yoksa standart uygulama ücretini kapsayan medeni hukuk hükümleri uygulanır. Uygulamada ticari uyuşmazlıklarda saat başı 200-600 Pound, aile uyuşmazlıklarında saat başı 50-250 Pound arasındadır. Taraflar bu ücretleri ödemek zorundadır¹⁴⁰.

Alman hukukunda, arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmaların icra edilebilmesi için ZPO madde 794 vd. çeşitli imkânlar sağlar. Diğer taraftan, anlaşmalar noter veya mahkeme öncesinde devlet ya da devlet onaylı uzlaştırma kurumu tarafından düzenlenmiş veya onaylanmış olabilir. Şayet noter arabuluculuk sürecine dâhil olduysa, bir icra edilebilirlik beyannamesi düzenleyebilir. Mahkeme

¹³⁸ **Klowait**, zertifizierter Mediator, s. 228; **Hess/Pelzer**, s. 226.

¹³⁹ **Tochtermann**, Peter, "Mediation in Germany: The German Mediation Act-Alternative Dispute Resolution at the Crossroads", Hopt, Klaus J./Steffek, Felix (eds), Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford 2013, s. 549; **Unberath**, s. 1322.

¹⁴⁰ **Tochtermann**, Mediation in Germany, s. 542.

İçer arabuluculuğu tarafından gerçekleştirilen anlaşmalar ZPO madde 794(1)'e göre icra edilebilen haklardır¹⁴¹.

Diğer taraftan, avukatlar taraflar adına bir arabuluculuk anlaşmasına varırlarsa, ZPO madde 796(a) ve devamınca asliye hukuk mahkemeleri tarafından icra edilebilirlik şerhi verilebilir. Alman Federal Avukatlar Barosu (Bundesrechtsanwaltskammer), avukat olmayan arabulucular için meslek sorumluluk sigortası yaptırmanın zorunlu olmadığını kesin olarak bildirmiştir. Arabuluculuk sürecindeki arabulucunun avukat olmaması durumunda, taraflar uyuşmazlıkların çözümünde problem çıkması halinde sigorta korumasında olmayacaktır¹⁴².

Alman Arabuluculuk Kanunu'nun diğer uyuşmazlık çözüm süreçlerine uygulanabilirliği açısından, madde 1'deki, *“karar verme yetkisi olmayan tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlık çözüm sürecini yönetmesi”* tanımlamasına göre, uzlaştırma (schlichtung), tahkim-arabuluculuk (arb-med) ve ombudsmanlık (ombudsverfahren) gibi diğer uyuşmazlık çözüm süreçlerini de kapsadığı görülmektedir. Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliği'nin ilk planda diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ziyade arabuluculuk yöntemine yoğunlaşması ve diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle karıştırılmaması memnuniyet vericidir¹⁴³.

II. Mahkeme İçer Arabuluculuk ve Zorunlu Arabuluculuk

Alman yasama organının amaçlarından birisi, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların sulh anlaşmaları yoluyla çözümünü sağlamak ve geliştirmektir. Bu çerçevede Alman Hukuku'nda iki önemli değişiklik yapılmıştır. Bunlardan ilki, 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren, 15 Aralık 1999 tarihli, Medeni Usûl Kanunun Yürürlüğüne İlişkin Kanunun (Gesetz, betreffend die Einfuhrung der Zivilprozessordnung-EGZPO) 15a maddesiyle getirilen değişikliktir¹⁴⁴. Bu değişiklik

¹⁴¹ Hess/Pelzer, s. 228.

¹⁴² Hess/Pelzer, s. 228.

¹⁴³ Horstmeier, s. 128.

¹⁴⁴ Tochtermann, Peter, Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators, Tübingen 2008, s. 48; Conen, Claudia, Wirtschaftsmediation: Juristische und betriebswirtschaftliche Aspekte zum

zorunlu arabuluculuk veya zorunlu uzlaştırma başlığında incelenmektedir. İkincisi ise, 2002 yılında yürürlüğe giren¹⁴⁵, Medeni Usûl Kanunu ZPO madde 278 hükmünün, 21 Temmuz 2012 tarihli Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Teşvikine Dair Kanun ile yenilenmesidir¹⁴⁶. Her iki değişikliğin kaynağı sulh yargılamasının teşvik edilmesidir. Yasama organı bu maddeye ilişkin tasarının gerekçesinde bu amacını “*uzlaşma yargılamadan daha iyidir*”¹⁴⁷ şeklinde ifade etmiştir¹⁴⁸.

Aile Hukukuna İlişkin Davalar ile Çekişmesiz Yargıya İlişkin İşler Kanunu (Das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit-FamFG) 1 Eylül 2009 yürürlüğe girerek, ZPO daki, aile hukuku davalarına ilişkin usûl hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır¹⁴⁹. FamFG madde 135 ve 136’ya göre¹⁵⁰, belirli aile uyuşmazlıklarında, arabuluculuk üzerine mecburi bilgilendirme toplantıları tertip edilebilir. Diğer uyuşmazlıklarda ise, ZPO madde 278, mahkemenin, uyuşmazlıkların çözümü amacıyla arabuluculuk yöntemini kullanmak için, davanın taraflarını davet edebileceği hükmünü içermektedir¹⁵¹. Bu hükümler arabuluculuğa başvurulmasıyla ilgili Yönerge’nin 5. maddesiyle uyumludur.

Einsatz der Mediation in Unternehmen, Frankfurt am Main 2014, s. 67; **Ercan**, Sulh, s. 79; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 48.

¹⁴⁵ 27.7.2001 tarihli Medeni Usul Reform Kanunu (Gesetz zur Reform Zivilprozess), Federal Resmi Gazete (Bundesgesetzblatt 2001, part I, p 1887) bölüm I, s. 1887.

¹⁴⁶ Madde şerhi için bkz. **Löer**, Lambert, “Gütliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich”, Klowait, Jürgen/ Gläßer, Ulla (Hrsg), Mediationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s. 317-333; **von Barga**, Jan Malte, “Gesetzliche Grundlagen gerichtlicher Mediation”, Gläßer, Ulla/ Schroeter, Kirsten (Hrsg), Gerichtliche Mediation, Grundsatzfragen, Etablierungserfahrungen und Zukunftsperspektiven, Berlin/Hamburg 2011, s. 29-56.

¹⁴⁷ Bu gerekçe, bizdeki “*sulh, hükümlerin efendisidir*” düsturuna benzemektedir.

¹⁴⁸ **Ercan**, Sulh, s. 80.

¹⁴⁹ **Ercan**, İbrahim, “Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri”, Prof. Dr. Ramazan ARSLAN’a Armağan C. I, Ankara 2015, s. 723.

¹⁵⁰ Madde şerhleri için, bkz. **Paul**, Christoph C., “Ausergerichtliche Konfliktbeilegung über Folgesachen”, Klowait, Jürgen/Gläßer Ulla (Hrsg), Mediationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s. 354-358.

¹⁵¹ **Ercan**, Sulh, s. 80.

EGZPO madde 15a ile, Federal Kanun Koyucu, eyaletlere hukuk yargılamasında tarafların uzlaştırılması için, zorunlu uzlaştırma yargılamasını öngörebilme yetkisi vermiştir. Alman Hukuku uzlaştırma ve arabuluculuğu tam olarak birbirinden ayırmaz. EGZPO madde 15a da öngörülen prosedürlere göre, ZPO madde 278(5)'in revizyonundan beri, bu prosedürlerde arabuluculuk bir uyuşmazlık çözüm tekniği olarak kullanılabilecektir. Aynı durum mahkeme içi arabuluculuk (güterichter) içinde geçerlidir¹⁵².

EGZPO madde 15a'ya göre, eyaletler kanunda öngörülen hallerde, davacıya davasını açmadan önce, sulh yargılamasına başvurma ve buradan başarısız bir sonuç alma zorunluluğu getirebilirler. Bu durumda, başarısız arabuluculuk süreci, bir olumsuz dava şartı olarak kabul edilmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, hangi hallerin zorunlu arabuluculuğu öngörebileceği, ikinci fıkrasında ise, hangi hallerde bunun mümkün olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuğun dışında tutulmuştur¹⁵³.

Sulh mahkemelerinin görevine giren değeri 750 Euro'yu aşmayan malvarlığına ilişkin (para ve para ile ölçülebilen) uyuşmazlıklar, komşuluk hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar ile kişilik haklarının ve Eşit Davranma Kanunu'nun (Gleichbehandlungsgesetz) ihlâlinden doğan uyuşmazlıklarda, Federal Kanun Koyucu eyalet kanun koyucularına zorunlu arabuluculuğu getirme konusunda yetki vermiştir¹⁵⁴. Bu yetki doğrultusunda Bavyera Eyaleti, 25.04.2000 tarihli Bavyera Eyaleti Uzlaştırma Kanunu¹⁵⁵ ile sulh hukuk mahkemelerinin görev alanına giren konusu para ve para ile ölçülebilen 750 Euro'yu aşmayan uyuşmazlıklar, komşuluk

¹⁵² Hess /Pelzer, s. 231.

¹⁵³ Ercan, Sulh, s. 80.

¹⁵⁴ Volkmann, Judith, Mediation im Zivilprozess, Rechtliche Rahmenbedingungen für ein gerichtliches Mediationsangebot, Frankfurt am Main 2006, s. 10; Struc, Tatjana, Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht, Berlin 2009, s. 79; Rakowsky, s. 63; Lenz, s. 92-94; Prütting, Hanns, Mediation und Rechtsstaat, Çev. Nedim Meriç, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2010, s. 240.

¹⁵⁵ Kanun çevirisi için bkz. İsfen, Osman, "25 Nisan 2000 tarihli Hukuk Davalarında Mahkeme Dışı Mecburi Uzlaşmaya ve Mahkemeler Teşkilatına Dair Hükümlerin Değiştirilmesine İlişkin Bavyera Eyaleti Kanunu", MİHDER, 2006/3, S.5, s. 1335-1348.

hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, basın ve yayın yoluyla olmamak üzere kişilik haklarına ihlâline yönelik uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuruyu, mahkemeye dava açmak için bir dava şartı olarak düzenlemiştir¹⁵⁶.

2002 yılında yeniden düzenlenerek yürürlüğe giren, ZPO madde 278(1) de, daha önce 279. maddede öngörülen, mahkeme, davanın her aşamasında davanın tamamı veya bir kısmı için tarafları sulha teşvik eder hükmü yer alır. Madde 278(2) de ise, mahkemelerin sözlü yargılamaya başlamadan önce, kural olarak uzlaştırma (ya da arabuluculuk) yargılamasının yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Burada yasama organı, İş Mahkemesi Kanunu (Arbeitsgerichtsgesetz-ArbGG) madde 5’de öngörülen zorunlu sulh teşebbüsünü, diğer hukuk davaları için de geçerli kılmıştır¹⁵⁷.

Hukukçular tarafından, bu yenilenen madde hukuk davaları için çok resmi, gereğinden fazla ve elverişsiz olduğu için eleştirilmiştir. Aşağı Saksonya Eyaleti’nde (Niedersachsen), Göttingen Bölge Mahkemeleri (Landgericht) hâkimleri, bu eleştirileri dikkate alarak, uzlaştırma için yeni yöntem geliştirdiler¹⁵⁸.

Almanya’ya 1990’ların ortalarında ulaşmış olan ADR hareketinden etkilenen hâkimler çalıştılar ve kendi mahkemelerindeki uzlaştırma duruşmalarında arabuluculuk tekniklerini ve araçlarını kullanmaya başladılar. Bu süreçte, arabuluculuk uygulamasında ortaya çıkan ihtiyaçlar için, yeni kanun hükümleri adapte edildi. Bu süreçteki en önemli adım “*mahkeme arabuluculuğu*”nın (gerichtsmediation), tanıtılmış olmasıdır¹⁵⁹. Mahkeme içi (adli) arabuluculukta, tarafların rızasıyla, dava, doğrudan doğruya arabuluculuk tekniklerinin kullanıldığı bir duruşma yönetmiş olan, aynı mahkemenin başka bir hâkimine devredilmektedir. Dava konusu uyuşmazlık üzerinde taraflar anlaşmaya varırlar ise, hâkim, davanın esasına ilişkin karar vermekle yetkilidir. Eğer arabuluculuk başarılı olmaz ise, dava

¹⁵⁶ Taşpolat-Tuğsavul, s. 48.

¹⁵⁷ Ercan, Sulh, s. 80; Hess/Pelzer, s. 228.

¹⁵⁸ Spindler, Gerald, “Gerichtsinterne Mediation in Niedersachsen”, Universitätsverlag Göttingen 2006, s. 37, 79 f. file:///C:/Users/User/Downloads/mediation.pdf (s.e. 31.03.2016)

¹⁵⁹ Tochtermann, Mediation in Germany, s. 533; Hess/Pelzer, s. 229.

acilen dava dosyasını devreden yetkili hâkim tarafından esasa ilişkin olarak karara bağlanır¹⁶⁰.

Mahkeme içi arabuluculuk uygulamasında, arabuluculuk hâkimlerine gönderilen davaların yaklaşık %30’unda çok başarılı olduğu kanıtlandı. Bu davalardaki toplam sulh anlaşmaları oranı ise, yaklaşık %88,5 dur. Bu oranın yüksekliği nedeniyle bölge mahkemelerinde arabulucu hâkimlere gönderilen dava sayısı, tüm davalarda 1/3 den 1/2’ sine kadar yükselmiştir. Gönderilen dava sayısının çoğalması nedeniyle son araştırmalar anlaşma oranlarının %80 olduğunu bildirmektedir¹⁶¹. Bu oranın, iyi bir oran olduğu açıktır.

Adalet Bakanlığı, Bavyera’da Ausburg ve Nuremberg Bölge Mahkemelerinin içinde bulunduğu mahkemelerde, 2005-2007 arasında benzer bir proje başlattı. Ancak arabulucu hâkimler, Baro ile herhangi bir çatışmadan kaçınmak için, arabulucu hâkim (Richtermediatoren) olarak değil, uzlaştırıcı hâkim (Güterichter)¹⁶² olarak adlandırıldı. Bu proje modeli, Göttingen’deki model kadar başarılı değildi. Fakat uyuşmazlık çözümündeki başarı oranları eşit olarak gelişti. Bununla birlikte, kendi mahkeme internet sitelerinde¹⁶³ kendilerine “arabulucu hâkim” (Richtermediatoren) demeyi tercih eden hâkimler “Güterichter”¹⁶⁴ terimini benimsemediler. 2003 yılından bu tarafa, Alman yargısında arabuluculuk önemli yer kazanmıştır. Pilot projeler başarılı bulundu ve bazı federal eyaletler (Hamburg,

¹⁶⁰ Hess/Pelzer, s. 229.

¹⁶¹ Hess/Pelzer, s. 229.

¹⁶² Bu terim, arabuluculuğu mahkemenin dışında, özel uyuşmazlık çözümünün gerçek bir parçası olarak gören Baro’nun ağır eleştirileri karşısında oluşturulmuştur. Bu eleştirilere göre arabuluculuk sadece avukatların ve özel sektörde görev yapan uzmanların işidir. Bkz. Hess/Pelzer, s. 229. dn. 121.

¹⁶³

www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/gerichte/amtsgerichte/wolfratshausen/familie/infoblatt_mediation.pdf veya idare mahkemesi için www.vgh.bayern.de/mediation.htm (s.e. 31.03.2016).

¹⁶⁴ Alman dilinde yeni fakat kaba bir ifade şeklidir. Açıkçası siyasi sebeplerden ötürü, arabuluculukla benzerlikten kaçınmak için Bavyera Adalet Bakanlığınca oluşturuldu. Bkz. Hess/Pelzer, s. 229. dn. 122.

Schleswig-Holstein, Berlin, Mecklenburg-West, Pomerania ve Rhineland-Palatinate) belirli mahkeme arabuluculuk programlarına uyum sağladılar¹⁶⁵.

Almanya’da arabuluculuk, mahkeme içi arabuluculukla büyümüştür. Arabulucu hâkimler, arabuluculuk tekniklerinin eğitimini diğer hâkimlere de verdiler. Mahkemeler, yerel arabuluculuk prosedürünü tanıtmak için internetin imkânlarını kullandılar. Sonuç olarak, arabuluculuktaki yerel hükümler, yerel ve bölgesel düzeyde geliştirildi. Adalet Bakanlığı tarafından, mahkeme içi arabuluculuk bazen teşvik edildi, bazen de kuşkuyla karşılandı¹⁶⁶.

Mahkeme içi arabuluculuk, Arabuluculuk Kanunu’nun yasalaştırma süreci boyunca çok tartışmalı bir konu olmuştur. Avukat dernekleri, baro ve bazı federal eyaletler (Baden-Württemberg gibi), yeni kanunun, özel arabuluculuğu tam anlamıyla desteklemesini tavsiye ederken, mahkeme içi arabuluculuk programlı federal eyaletler, mahkeme içi arabuluculuğun Medeni Usûl Kanunu’na (ZPO) dâhil edilmesini önerdi. Esasen mahkeme içi arabuluculuğa başarısından dolayı itiraz edildi. Avukatların ve arabulucuların meslek örgütlerinin yanı sıra, pek çoğu avukat olan özel arabulucular, mahkeme içi arabuluculuğun, özel hukuk uyuşmazlık çözüm alanında haksız rekabet oluşturduğunu iddia ettiler. Çünkü mahkeme yargılamasının bir kesiti¹⁶⁷ olarak, mahkeme içi arabuluculuk ek maliyetlerde ücretsizdir¹⁶⁸.

Federal Adalet Bakanlığı’nın ilk arabuluculuk kanun taslağında, mahkeme içi arabuluculuk için federal eyaletleri yetkilendiren bir hükümle, bu çatışmadan kaçınmaya çalıştı. Bundestag Hukuk İşleri Komitesi (neredeyse tamamı avukatlardan oluşan bir komite), geliştirilmiş bir şekil olarak “*Bavyera uzlaştırıcı hâkimi*” kavramının, kanunda yer alması için, kanun tasarısını değiştirmeyi teklif etti¹⁶⁹. Teklifte, arabuluculuk, diğer uyuşmazlık çözüm yolları arasında kullanılan tek araç

¹⁶⁵ Hess/Pelzer, s. 229.

¹⁶⁶ Hess/Pelzer, s. 230.

¹⁶⁷ Bkz. ZPO m. 278(2) ve EGZPO m.15a, asıl yargılama dışında bir yargılama olmayıp, aksine görülmekte olan davanın bir kesiti bir parçasıdır. Ercan, Sulh, s. 81.

¹⁶⁸ Hess/Pelzer, s. 230.

¹⁶⁹ BT-Drucks 17/8058, 17.

olmasına rağmen, uzlaştırıcı hâkimler tarafından uyuşmazlığın çözümü, farklı bir yöntem olarak değerlendirilmiştir. Bu teklif, önce Aralık 2011’de Bundestag tarafından kabul edildi. Ancak tasarı daha sonra Ocak 2012 de, Bundesrat tarafından durduruldu. Bundestag/Bundesrat arabuluculuk komitesi (Vermittlungsausschuss), Arabuluculuk Kanunu üzerindeki uyuşmazlık hakkında, ödün verilerek ortası bulunan bir uzlaşma sonucunda fikir birliğine vardı. Uzlaştırıcı hâkim (Güterichter) unvanı kullanımı devam ettirilmesine rağmen, Medeni Usûl Kanunu’ndaki (ZPO) kanun değişikliğiyle, bu hâkimlerin arabuluculuğu bir teknik olarak kullanabilecekleri açıkça belirtildi. ZPO madde 278(5)’e göre, mahkeme uyuşmazlığın çözümü için tarafları, uzlaştırma oturumu ve ilave uzlaşma girişimleri için, karar vermekle yetkili olmayan bir uzlaştırıcı hâkime sevk edebilir. Uzlaştırıcı hâkim, uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk dâhil herhangi bir yöntemi kullanabilir¹⁷⁰.

Bütün federal eyalet mahkemeleri uzlaştırıcı hâkim sağlamak zorundadırlar. Mahkeme içi arabuluculuk alanında, kapsamlı ve tek tip bir düzenleme öngörülmüştür. Uzlaştırıcı hâkim bağımsız olarak uyuşmazlık çözüm yöntemini seçebildiği için, tam bir arabuluculuk prosedürünü yerine getirmekten alıkonulamaz¹⁷¹. Arabuluculuk yapan uzlaştırıcı hâkimlerin, mahkeme arabulucusu “*gerichtlicher mediator*” terimini 1 Ağustos 2013 tarihinden sonra kullanmalarına Arabuluculuk Kanunu m. 9 izin vermemiştir¹⁷².

C. AVUSTURYA’DA ARABULUCULUK

Avusturya’da, arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözümünün en kapsamlı şekilde düzenlenmiş türüdür. Avusturya yasama organı, hukukun bu alanını oldukça erken, Avrupa henüz fark etmemişken ele aldı. Ayrıca, uygulamada en sık kullanılan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi arabuluculuktur.

¹⁷⁰ Hess/Pelzer, s. 230.

¹⁷¹ Hess/Pelzer, s. 230.

¹⁷² Hess/Pelzer, s. 230.

Avusturya Parlamentosu, 6 Haziran 2003 tarihli Avusturya Resmi Gazetesi'nde yayımlanıp, büyük bölümü 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren, o zamandan beri değişmemiş olan, Medeni Hukuk Uyuşmazlıklarında Federal Arabuluculuk Kanunu'nu (Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen-ZivMediatG)¹⁷³ kabul ederek kanunlaştırmıştır¹⁷⁴.

Federal Arabuluculuk Kanunu'nun başlıca amacı, hem uyuşmazlığın taraflarının hem de nitelikli arabulucuların menfaatlerini koruyan arabuluculuk için yasal bir çerçeve hazırlamaktır. Bu nedenle kanun, arabuluculuk ve usûlünü kapsamlı bir şekilde düzenlememiştir. Daha çok yüksek kalite standartlarını sağlamayı amaçlamıştır¹⁷⁵.

Arabuluculuk, komşu uyuşmazlıklarıyla ilgili Medeni Kanun Değişikliği (ZivRÄG 2004) madde 3, Engelliler Kanunu (Behindertengesetz-BHG) madde 15 ve Çıraklık Eğitimine İlişkin Kanun (Gesetz über die Berufsbildung) madde 15'deki hükümlerle tanıtılmıştır. Uygulamada, arabuluculuğun en önemli faaliyet alanı aile uyuşmazlıklarıdır¹⁷⁶.

Avusturya, Avrupa Birliği Arabuluculuk Yönergesi'nin uygulanması için, Avrupa Birliği Arabuluculuk Kanunu'nu kabul ederek 1 Mayıs 2011 tarihinde yürürlüğe koydu¹⁷⁷. Avusturya standardı, sadece 2008/52 sayılı Yönerge'nin gerektirdiği ölçüde hayata geçirildi. Sonuç olarak yeni kanun, Yönerge madde 1(2) ve madde 2 uyarınca, sadece sınır ötesi medeni ve ticari uyuşmazlıklarda geçerlidir. Yönerge'nin, anlaşmaların icra edilebilirliğine ilişkin 6. maddesinin uygulanabilmesi için, Avusturya Medeni Usûl Kanunu'nda değişiklik yapılarak, bu amaçla madde

¹⁷³ BGBl. I – Ausgegeben am 6 Juni 2003 – Nr. 29 https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/2003_29_1/2003_29_1.pdf (s.e. 1.4.2016).

¹⁷⁴ Liechtenstein Prensiği, Avusturya Medeni Hukuk Arabuluculuk Kanunu aynen almış, 1 Mayıs 2005'te yürürlüğe girmiştir. LGBl 2005/31, bkz. **Mayr**, Peter G., “Die Mediationsgesetze von Österreich und Liechtenstein”, Liechtensteinische Juristen-Zeitung, 2008, s. 90-100.

¹⁷⁵ **Mayr**, Peter G./**Nemeth** Kristin, “Regulation of Dispute in Austria: A Traditional Litigation Culture Slowly Embraces ADR”, Steffek/Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 76.

¹⁷⁶ **Mayr/Nemeth**, s. 77.

¹⁷⁷ BGBl I 2011/21, <https://www.ris.bka.gv.at> (s.e. 1.4.2016).

433a hükmü konulmuştur. Bu maddenin ihdası, sadece sınır ötesi uyuşmazlıklarda arabuluculuk için değil, aynı zamanda bütün arabuluculuk şekillerinde geçerli olduğundan çok önemli bir adımdır¹⁷⁸.

Arabuluculuk Kanunu'nun birinci bölümü (m. 1-3) kavram, konu, tanımlar gibi genel hükümlere ilişkindir. İkinci bölümü (m. 4-7) arabuluculuk kurulu, görevleri, oturumlar ve arabuluculuk komisyonu ile ilgilidir. Üçüncü bölüm (m. 8-14) arabulucular sicilinin tutulması, arabulucu olarak sicile tescil şartları, kayıt ve sicilden silinme hükümlerini düzenler. Dördüncü bölüm (m. 15-21) arabulucuların hak ve yükümlülüklerini tanzim eder. Beşinci bölüm (m. 22) arabuluculuk faaliyetinin sürelerine etkisini, altıncı bölüm (m. 23-28) arabuluculuk eğitimi verecek kurumlar ve bu kurumlarla ilgili prosedürü düzenler. Yedinci bölüm (m. 29-30) yönetmelik çıkarma yetkisi, yönetmelik ve komisyon üyelerinin ücret hakkını, sekizinci bölüm (m. 31-32) gizlilik ilkesinin ihlali, arabuluculuk unvanının yetkisiz kullanımı ve bu kanunun m. 15(2), 16, 17, 19, 21 ve 27'nin ihlâl edilmesi halinde, uygulanacak cezai hükümlerle ilgilidir. Dokuzuncu ve son bölüm (m. 33-36) yürürlük ve geçiş hükümleri ile ilgilidir¹⁷⁹.

Arabulucular, Medeni Kanun'un genel hükümlerine tabidirler. Avusturya Medeni Kanunu m. 1299'a göre, arabulucular uzman olarak nitelendirilir ve yüksek özen gösterme yükümlülüğü altındadır. Ancak arabulucu, arabuluculuk sürecinin sonucunun içeriği, kalitesi veya bir çözüm anlaşmasıyla sonuçlanmasından sorumlu değildir¹⁸⁰. Arabuluculuk kanunu tarafların görevlerini kapsamaz. Hatta arabuluculuk sözleşmesinde aksi kararlaştırılsa bile, taraflar her zaman arabuluculuktan çekilebilir. Arabulucunun ücreti, taraflar ile arabulucu arasındaki arabuluculu sözleşmesinin hükümlerine göre belirlenir¹⁸¹.

¹⁷⁸ **Mayr/Nemeth**, s. 78.

¹⁷⁹ **Schwarz**, Karin, *Mediation und Collaborative Law unter besonderer Berücksichtigung relevanter Rechtsbereiche im österreichischen Zivilrecht*, Frankfurt am Main 2011, s. 34-37; **Akil**, Cenk, *Avusturya Hukuk Uyuşmazlıkları Federal Kanunu*, İÜHFM C.LXX, S. 2, 2012, s. 287-296.

¹⁸⁰ **Schwarz**, s. 50.

¹⁸¹ **Mayr/Nemeth**, s. 79.

Genellikle bir arabuluculuk çözüm anlaşması, hemen icra edilebilir olmayan mahkeme dışı uzlaşmayı içerir. Devlet mahkemeleri otomatik olarak arabuluculuk çözüm anlaşmasının yürütücüsü değildir. Avusturya Medeni Usûl Kanunu (Österreich Zivilprozessordnung-ÖstZPO) yeni madde 433a ile, yazılı bir arabuluculuk sözleşmesinin içeriğine ilişkin bir dava açmaksızın, yazılı bir arabuluculuk çözüm anlaşmasını, her bölgesel mahkemeye bir mahkeme uzlaşmasıyla sonuçlandırmak artık mümkündür. Bu mahkeme uzlaşması, bir mahkeme ilâmının aynı hak ve yükümlülüklerini taşır. Başka herhangi bir mahkeme ilâmı gibi, bu arabuluculuk çözüm anlaşması nedeniyle alınan mahkeme uzlaşma kararı hemen uygulanabilir¹⁸².

Avusturya, şimdiye kadar herhangi bir mahkeme içi arabuluculuk şekli uygulamamıştır. Avusturya Medeni Hukuk Uyuşmazlıklarında Federal Arabuluculuk Kanunu, arabuluculuk ve mahkeme usûlü arasındaki ilişkiye değinmez. Bu nedenle mahkeme arabuluculuğu, mahkemeye yakın arabuluculuk ve mahkeme dışı arabuluculuk arasında bir ayrım yapmaz. Mahkemelerin, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına dava aktarması gerçek görevlerini teşkil etmemesine rağmen, bu konuyla ilgili iki hüküm mevcuttur. Avusturya Medeni Usûl Kanunu (ÖstZPO) m. 204(1) ikinci cümleye göre, mahkeme uzlaşma sağlamaya çalışırken, arabuluculuk ve diğer uyuşmazlık çözüm yollarını belirtmelidir. Dahası, eğer bir alternatif uyuşmazlık çözüm kuruluşunca tarafların dostane anlaşması sağlanabilirse, Çekişmesiz Yargı Kanunu (Außerstreitgesetz-AußtrG) m. 29 davanın durdurulması ihtimalini düzenler. Bu konuda gerçek ileri bir adımı, AußtrG m. 107(3) bend 2, hâkime alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını tartışmak için en azından ilk toplantı düzenleme imkânı sunarak vermektedir¹⁸³.

Ülkemizde HUAK'nun hazırlanmasında istifade edilen kaynaklar arasında Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun'da yerini almıştır. Nitekim, HUAK'nun genel gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir. “*Tasarının hazırlanmasında Uncitral Model Kanun ve Avrupa Birliği*

¹⁸² Mayr/Nemeth, s. 80.

¹⁸³ Mayr/Nemeth, s. 80.

Direktif Tasarısı dışında, Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Hakkında Yeşil Kitap ile Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun, Almanya'nın 1999 yılında yürürlüğe giren Baden Württemberg Uzlaşma Kanunu ile Bavyera'nın 2000 yılında kabul edilen Özel Hukukta Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu, Macaristan Arabuluculuk Kanunu ile son yıllarda kabul edilmeleri nedeniyle Bulgaristan ve Slovakya Arabuluculuk Kanunları, çalışmada dikkate alınmıştır.”¹⁸⁴

D. İSVİÇRE'DE ARABULUCULUK

İsviçre'de uzlaştırma, uzun zamandır uygulanmasına ve sağlam temellere oturtulmuş bir gelenekten gelmesine rağmen, arabuluculuk daha yeni bir kurumdur. Arabuluculuk yaklaşık 25 yıl önce, 1989 yılında İsviçrenin Fransa tarafında ilk arabuluculuk organizasyonu, Fransızca Konuşan Topluluk için Aile Arabuluculuğu (The Groupe Romand pour la Mediation Familiale) kuruldu¹⁸⁵. 1992 yılında Aile Arabuluculuğu için İsviçre Derneği (Schweizerischer Verein für Familien Mediation)¹⁸⁶ kurulmuştur. Günümüzde, arabuluculuk özellikle aile, komşuluk ve istihdam uyuşmazlıklarında dikkate değer bir öneme sahiptir¹⁸⁷.

İsviçre'de arabuluculuk, ayrıca federal bir arabuluculuk kanunuyla değil, 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren, yeni İsviçre Medeni Usûl Kanunu'nda (Schweizerische Zivilprozessordnung-SwzZPO)¹⁸⁸ düzenlenmiştir. Bu Kanunun m. 197-212 arasında uzlaştırma, m. 213-218 arasında ise arabuluculuk düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler kanton hukuklarındaki mevcut organizasyonların geçerliliğini etkilemeyecektir. Zira taraflar arasındaki uzlaşmanın mutlaka mahkemenin ya da resmi bir uzlaştırma kurumunun önünde yapılması için bir zorunluluk yoktur.

¹⁸⁴ www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf (s.e. 1.4.2016).

¹⁸⁵ **Alexander**, Nadja Marie, Global Trends in Mediation, Kluwer Law International 2006, s. 373.

¹⁸⁶ Dernek hakkında geniş bilgi için Bkz. <http://www.mediation-svm.ch> (s.e. 3.4.2016).

¹⁸⁷ **Meier**, s. 376.

¹⁸⁸ Bkz. <https://www.admin.ch/ch/d/sr/2/272.de.pdf> (s.e. 1.5.2016).

Kantonlarda, uzlaştırma yetkisi olan birlikler, odalar ve mesleki kuruluşlar bu faaliyetlerine devam edebileceklerdir¹⁸⁹.

Uzlaştırmayı düzenleyen hükümlerden, SwzZPO m. 197' ye göre, davada, yargılama öncesi, bir uzlaştırma yetkilisi önünde uzlaştırma girişiminde bulunulması genel kuraldır. Bu genel kuralın istisnaları hemen bir sonraki m. 198'de düzenlenmiştir. Buna göre, seri yargılama usûlünün uygulandığı davalar, şahıs varlığına ilişkin davalar, boşanma davaları, ortaklıkların feshine ilişkin davalar, icra mahkemesinde görülen bir kısım davalar, sadece kanton mahkemesinin yetki alanına giren uyuşmazlıklar (SwzZPO m. 5, m. 6), asli müdahale, karşı dava, üçüncü taraf davaları ve mahkemece dava açmak için bir süre verilmiş olmasına ilişkin haller bu genel prensibin istisnalarıdır¹⁹⁰. SwzZPO m. 199'a göre, parasal değeri en az 100.000 Frank olan uyuşmazlıklarda, taraflar birlikte uzlaştırma sürecinden feragat edebileceklerdir. Davalının yerleşim yeri yurt dışı veya belli değilse ve 24 Mart 1995 tarihli Eşitlik Kanunu'yla¹⁹¹ ilgili uyuşmazlıklarda, sadece davacı, davalının talebi olmaksızın uzlaştırma sürecinden feragat etmesi mümkün kılınmıştır. Bu hükümlerin Medeni Usûl Kanunu (SwzZPO) m. 213 hükmüne göre, uzlaştırma yerine arabuluculuk yöntemi tercih edildiğinde, hangi uyuşmazlık konularının arabuluculuk faaliyeti kapsamında olduğunun belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Uzlaştırma süreci en fazla on iki ay içerisinde sonlandırılmalıdır. Bu sürede taraflar veya yetkili vekillerince düzenlenecek çözüm anlaşması, kesinleşmiş bir mahkeme ilâmının etkisine sahiptir. Eşitlik Kanunu'yla ilgili uyuşmazlıklar, kira ve hâsılat uyuşmazlıkları ve parasal değeri 5.000 Franka kadar olan uyuşmazlıklarda uzlaştırma yetkilisi hüküm önerisinde bulunabilir. Taraflarca yirmi gün içerisinde itiraz edilmezse, hüküm önerisi, kesin hüküm haline gelir. Ayrıca davacının talebi

¹⁸⁹ Taşpolat –Tuğsavul, s. 62, 63.

¹⁹⁰ Peter, James T., Gerichtsnahe Mediation, Kommentar zur Mediation in der ZPO, Bern 2011, s. 47 ff.; Bkz. Kanun metni için SwzZPO m. 197, 198. <https://www.admin.ch/ch/d/sr/2/272.de.pdf> (s.e. 1.5.2016).

¹⁹¹ Kadın ve Erkek Eşitliğine İlişkin Federal Kanun metni için bkz. SR 151.1 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, <https://www.admin.ch/ch/d/sr/1/151.1.de.pdf> (s.e. 2.5.2016).

halinde 2.000 Franka kadar olan uyuşmazlıklarda uzlaştırma yetkilisi karar verebilecektir¹⁹².

Federal Medeni Usûl Kanunu (SwzZPO), mahkeme bağlantılı arabuluculuk faaliyeti için oldukça ayrıntılı hükümler (m. 213-218) getirmiştir. Eksiksiz bir şekilde, kısa ve açık hükümler aşağıdaki gibidir;

“Madde 213. Uzlaştırma yöntemi yerine arabuluculuk

- 1. Taraflar birlikte karar verdikleri takdirde, arabuluculuk uzlaştırma yönteminin yerini alır.*
- 2. Böyle talepler, uzlaştırma yöntemiyle çözümlenebilecek uyuşmazlıklar için olmalıdır veya uzlaştırma sürecinde yapılmalıdır.*
- 3. Eğer taraflardan biri, uzlaştırma yetkilisini arabuluculuğun başarısız olduğu konusunda bilgilendirirse, yetkili uyuşmazlığı getirmesine izin verir.*

Madde 214. Çekişmeli davalarda arabuluculuk

- 1. Mahkeme istediği zaman arabuluculuğu önerebilir.*
- 2. Taraflar birlikte karar vererek istedikleri zaman arabuluculuk için mahkemeye başvurabilir.*
- 3. Taraflardan biri, başvurusunu geri çekene ya da arabuluculuğun sonlandırıldığı hakkında mahkemeyi bilgilendirene kadar, mahkeme süreci durdurulur.*

Madde 215. Arabuluculuk organizasyonu ve yürütülmesi

Arabuluculuk organizasyonu ve yürütülmesi taraflara bırakılmıştır.

Madde 216. Arabuluculuk ve mahkeme süreci

- 1. Arabuluculuk mahkeme sürecinden bağımsız ve gizlidir.*
- 2. Tarafların açıklamaları, mahkeme sürecinde kullanılamaz.*

Madde 217. Taraflar arasındaki anlaşmanın onaylanması

¹⁹²Taşpolat –Tuğsavul, s 65.

Taraflar birlikte, arabuluculukta elde edilen anlaşmalarının mahkemede onaylanmasını isteyebilirler. Onaylanmış anlaşma kesin hüküm etkisine sahiptir.

Madde 218. Arabuluculuk Masrafları

- 1. Arabuluculuk masraflarını taraflar verir.*
- 2. Çocuklarla ilgili maddi olmayan uyuşmazlıklarda ve şu durumlarda taraflar ücretsiz arabuluculuktan yararlanır.*
 - a. Taraflar gerekli maddi imkânlardan yoksunsa ve*
 - b. Arabuluculuk mahkemece önerildiyse.*
- 3. Kanton hukuku, masraflar hakkında daha fazla yardım sağlayabilir”¹⁹³*

Çoğunlukla emredici olan bu hükümlere ilave olarak, İsviçre Medeni Usûl Kanunu (SwzZPO) m. 297(2), bir çocukla ilgili düzenlemeleri içeren aile uyuşmazlıklarında, mahkemenin ebeveynleri arabuluculuk faaliyetine yönlendirebileceğini hüküm altına alır. Dahası bir hâkimin tarafsızlığına ilişkin, Medeni Usûl Kanunu m. 47(1) d bendi, bir uyuşmazlıkta arabuluculuk görevi yapan hâkimin, aynı uyuşmazlıkla ilgili davada hâkimlik yapamayacağını belirtir. SwzZPO m. 166(1) d bendine göre, bir arabulucu, arabuluculuk sürecinde öğrendiği durumlarla ilgili tanıklık etmeyi reddetme hakkına sahiptir¹⁹⁴.

Yeni Medeni Usûl Kanunu’nun hükümet gerekçesinde, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52 EC Sayılı Yönergesi’nin dikkate alındığı belirtilmiştir¹⁹⁵. İsviçre bir Avrupa Birliği üye devleti olmamasına rağmen, Medeni Usûl Kanunu’ndaki hükümler, bu Yönerge’nin bir dönüşümü olarak görülür. Kanunla, Yönerge arasındaki başlıca farklılıklar şunlardır:

¹⁹³ Kanun metni için bkz. <https://www.admin.ch/ch/d/sr/2/272.de.pdf> (s.e. 1.5.2016).

¹⁹⁴ **Meier**, s. 400.

¹⁹⁵ Hükümet gerekçesi için bkz. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28 Juni 2006, s. 7253. <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/7221.pdf> (s.e. 1.5.2016).

- İsviçre'deki hükümler sadece bir uzlaştırma toplantısının veya bir mahkeme sürecinin yerini alan arabuluculukla ilgilidir. Başka bir ifadeyle arabuluculukla ilgili hükümler, mahkemeye yakın arabuluculukla ilgili olup, mahkeme dışı arabuluculuğu kapsamaz.
- Şimdiye kadar İsviçre'de, arabuluculuğun kalitesini garanti eden yasal düzenlemeler yoktur. Dahası, mahkeme dışındaki arabuluculuk süreci boyunca, zamanaşımını kesen kanuni bir düzenleme de yoktur¹⁹⁶.

İsviçre'de arabulucunun niteliklerini, unvanını ve arabuluculuk faaliyetini sürdürmek için standartları belirleyen kurallar yoktur. En azından ücreti devlet tarafından karşılanan arabulucular için belirli bir standartın olması gereklidir. Şu ana kadar hiçbir kanton bu konuya ilişkin kanuni düzenleme yapmamıştır. Mevzuattaki bu boşluk, özel kuruluşlar, mesleki kurumlar, odalar ve topluluklar tarafından doldurulmaktadır¹⁹⁷.

Arabulucular, çeşitli kuruluşlar, gruplar ve enstitülerde organize olurlar. Ulusal kuruluşlara örnek olarak, İsviçre Arabuluculuk Dernekleri Federasyonu (Schweizerischer Dachverband Mediation-SDM)¹⁹⁸, İsviçre Arabuluculuk Derneği (Schweizerischer Verein für Mediation-SVM)¹⁹⁹, İsviçre Ticari Arabuluculuk Odası (Schweizer Kammer für Wirtschaftsmediation-SKWM)²⁰⁰, İsviçre Arabuluculuk Forumu (Mediationsforum Schweiz)²⁰¹, Arabuluculuk Enstitüsü (Institut für Medaition-ifm)²⁰², Ceza Hukukunda Arabuluculuk Derneği (Verein Mediation im Strafrecht)²⁰³ ve İsviçre Barolar Birliği (Schweizerischer Anwaltsverband-SAV)²⁰⁴ sayılabilir. Bununla birlikte bölgesel kuruluşlara örnek olarak, Cenevre Arabuluculuk

¹⁹⁶ Meier, s. 400.

¹⁹⁷ Meier, s. 380.

¹⁹⁸ Bkz. www.swiss-mediators.org (s.e. 2.5.2016).

¹⁹⁹ Bkz. www.mediation-svm.ch (s.e. 2.5.2016).

²⁰⁰ Bkz. www.skwm.ch (s.e. 3.5.2016).

²⁰¹ Bkz. www.mediationsforum.ch (s.e. 3.5.2016).

²⁰² Bkz. www.ifm-suisse.ch (s.e. 3.5.2016).

²⁰³ Bkz. www.medistaargau.ch/index.php?id=33 (s.e. 3.5.2016).

²⁰⁴ Bkz. <https://www.sav-fsa.ch> (s.e. 3.5.2016).

Grubu (Groupement pro Mediation in Geneva)²⁰⁵, Mendrisio Eş ve Aile Merkezi (Centro Coppia e Famiglia in Mendrisio)²⁰⁶, Zürih Arabuluculuk Merkezi (Mediation Centre Zürich) ve Basel Bölgesi Arabuluculuk Derneği'ni (Verein Mediation Region Basel)²⁰⁷ sayabiliriz²⁰⁸.

Hem ulusal hem de bölgesel arabuluculuk kuruluşlarının amacı, arabuluculuğu yaygınlaştırmak ve bir meslek olarak arabuluculuğa yüksek standartlar sağlamaktır. Bu kuruluşlardan bir tanesinin arabulucu olarak üyesi olabilmek için en az 120 saat eğitim alınmalıdır²⁰⁹. Ayrıca bu kuruluşların bazıları, üyelerinin düzenli bir şekilde arabulucu olarak çalışacaklarını ispatlamalarını istemektedir²¹⁰.

İsviçre'de arabuluculuk görevi, avukatlar, psikologlar ve diğer mesleklerden gelen deneyimli kişiler ile sosyal hizmet uzmanları tarafından yerine getirilir. Arabulucunun görevleri, taraflar ve arabulucu arasında yapılan arabulucu sözleşmesiyle belirlenir. Bu sözleşmede taraflar, arabulucunun süreci nasıl ve hangi usûlde yürütmesi gerektiğini belirtmelidir. Örneğin, sözleşmede arabuluculuk faaliyetinin ne zaman, nerede ve nasıl bir usûlle yapılacağını taraflar kararlaştırabilir. Ancak taraflar, bütün arabuluculuk sürecinin yönetim ve izlenecek usûlü arabulucunun iradesine de bırakabilirler²¹¹.

Arabulucunun sözleşmede belirtilen görevleri, Medeni Usûl Kanunu'ndaki hükümlerle tamamlanır. Arabulucunun, arabuluculuk sürecinde hâkim gibi davranmasına izin verilmez²¹². Arabulucunun, arabuluculuk sürecinde öğrendiği

²⁰⁵ Bkz. www.mediations.ch (s.e. 3.5.2016).

²⁰⁶ Bkz. www.coppiafamiglia.ch (s.e. 3.5.2016).

²⁰⁷ Bkz. mediation-basel.ch (s.e. 3.5.2016).

²⁰⁸ **Alexander**, s. 379.

²⁰⁹ İsviçre Arabuluculuk Dernekleri Federasyonu (Schweizerischer Dachverband Mediation-SDM) ve İsviçre Arabuluculuk Derneği (Schweizerischer Verein für Mediation-SVM) arabulucuları en az 200 saatlik eğitimden geçmekte ve “SDM arabulucusu” ve “SVM arabulucusu” unvanını kullanmaktadırlar.

²¹⁰ **Meier**, s. 381.

²¹¹ **Gabriel**, s. 75 vd.

²¹² **Peter**, s. 27; Bkz. SwzZPO m. 47(1) b. <https://www.admin.ch/ch/d/sr/2/272.de.pdf>(s.e. 3.5.2016).

durumlarla ilgili, tanıklık etmeyi reddetme hakkına sahip olduğunu belirtmiştik. Bununla birlikte arabulucu, arabuluculuk faaliyetini ilgilendiren bütün bilgiyi, kesin bir şekilde duruşma hâkiminden gizli tutmak zorundadır²¹³.

Arabulucu olarak kayıtlı olan bir avukat arabulucunun ilave görevleri vardır. Arabuluculuk görevi, avukatlık faaliyetinin bir parçası olarak görülür. Serbest Avukatlık Federal Kanunu (Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte-BGFA)²¹⁴ m. 12 hükmü, arabuluculuk görevi yapan arabulucu avukatı da kapsar. Örneğin, bir avukatın, birbiriyle çelişen menfaatlere sahip iki kişiyle aynı zamanda çalışabilmesine, ancak ikisine de eşit ve tarafsız bir şekilde davranırsa izin verir. Bu hüküm arabulucunun tarafsızlık yükümlülüğünün avukatlık görevi kapsamında olduğu anlamına gelir. Bir avukatın özen gösterme yükümlülüğünü düzenleyen Avukatlık Kanunu m. 12, arabuluculuk faaliyetini de kapsar. Dahası bir avukat arabulucunun gizlilik yükümlülüğü sadece Medeni Usûl Kanunu m. 216(1) ile değil, aynı zamanda Federal Avukatlık Kanunu (BGFA) m. 13(1) hükmüyle de teminat altındadır²¹⁵.

Sözleşmeden veya kanundan kaynaklanan görevlerini ihmal eden bir arabulucu, Borçlar Kanunu (Obligationenrecht-OR)²¹⁶ madde 97' ye göre, sözleşmeden doğan tazminat yükümlülüğüyle sorumludur²¹⁷. İsviçre'de bugüne kadar, arabulucunun görevini ihmal nedeniyle sorumlu tutulduğu bir dava görülmemiştir. Görevi ihmal, bir avukat arabulucu tarafından gerçekleştirilirse, Federal Avukatlık Kanunu (BGFA) m. 17'ye göre disiplin cezası alabilir²¹⁸.

Arabuluculukta tarafların görevleri de arabuluculuk ve arabulucu sözleşmesiyle belirlenir. Taraflar arasında yapılan sözleşme şartlarına göre, tarafların arabuluculuğa

²¹³ Bkz. yukarıdaki kanun metni SwvZPO m. 216(1).

²¹⁴ Bkz. Anwaltsgesetz, SR 935.61 <https://www.admin.ch/ch/d/sr/9/935.61.de.pdf> (s.e. 2.5.2016).

²¹⁵ **Meier**, s. 401.

²¹⁶ Kanun metni için bkz. Obligationenrecht SR 220. <https://www.admin.ch/ch/d/sr/2/220.de.pdf> (s.e. 3.5.2016).

²¹⁷ **Gabriel**, s. 106 vd.

²¹⁸ **Meier**, s. 401.

katılması ve iyiniyet kurallarına uygun davranması zorunlu kılınabilir. Taraflar iyiniyet kurallarına uygun davranmak zorunda olmalarına rağmen, hiçbir gerekçe göstermeden istedikleri bir zamanda arabuluculuk sürecini sonlandırabilirler. Aksini şart koşan sözleşmeler, İsviçre Medeni Kanun (Schweizerisches Zivilgesetzbuch-ZGB)²¹⁹ m. 27(2)²²⁰ de teminat altına alınmış olup kişisel özgürlük hakkının ihlâli niteliğindedir. Taraflar, kanun hükümlerine ek yükümlülükler getirebilir. Örneğin, tarafların arabulucuyu şahit olarak çağıramayacaklarına ilişkin veya arabuluculuk faaliyeti sırasında oluşturulan hiçbir belgeyi kullanmamak üzere anlaşabilirler. İsviçre Medeni Usûl Kanunu (SwzZPO) m. 216(2) ise, sadece taraf ifadelerinin mahkeme sürecinde kullanılamayacağını hüküm altına alır²²¹.

Arabuluculuk masrafları, genel olarak taraflarca karşılanır. Taraflar genellikle, arabulucu ile taraflar arasında imzalanan arabuluculu sözleşmesinde ücret konusunda anlaşır. Federasyon ve Kantonlar’da, arabuluculuk ücretlerine ilişkin kanuni düzenlemeler henüz yapılmamıştır. Eğer taraflar arabuluculuk masraflarını karşılamak için mali imkânlara sahip değilse, çocuklarla ilgili maddi olmayan konular ile mahkeme tarafından düzenlenen her arabuluculuk faaliyetinin masrafları devlet tarafından ödenir²²².

Arabuluculuğun öneminin artması nedeniyle, ticari sözleşmelerde giderek artan şekilde arabuluculuk şartına rastlamak mümkündür. Bu sözleşmelerde, taraflar uyuşmazlık çıkması halinde belirli bir süre için, uyuşmazlık konusu hakkında mahkemeye mürakat etmeden, arabuluculukla uyuşmazlık çözümünü denemek konusunda anlaşır. İsviçre literatüründe ve uygulamada hâkim görüşe göre, böyle bir anlaşma hukuken geçerlidir²²³. Bu yükümlülüğü ihlâl eden taraf sorumlu hale

²¹⁹ Kanun için bkz. <https://www.admin.ch/ch/d/sr/2/210.de.pdf> (s.e. 3.5.2016).

²²⁰ ZGB art. (m.) 27(2), “Hiç kimse özgürlük hakkından feragat etmemeli veya bir dereceye kadar genel ahlak ve kanun tarafından sınırlanan bu hakkın kullanımını sınırlandırmamalıdır.” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bkz. <https://www.admin.ch/ch/d/sr/2/210.de.pdf> (s.e. 3.5.2016).

²²¹ **Meier**, s. 401.

²²² **Peter**, s. 102; **Meier**, s. 401.

²²³ Görüşler için bkz. **Rugle**, Peter/**Gelzer**, Philipp, “Mediation”, Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik (Hrsg), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Vor

gelir. Ancak bu sözleşme, bir mahkemeyi bağlamaz. Çünkü adalete erişim hakkı tarafların tasarrufunda değildir. Taraflardan herhangi biri sözleşmedeki arabuluculuk şartına rağmen dava açabilir²²⁴.

İsviçre’de, bir uyuşmazlığın tarafları, Medeni Usûl Kanunu m. 197-212 hükümlerince yapılacak bir uzlaştırma toplantıları yerine arabuluculuğu tercih ederse veya mahkemede dava konusu uyuşmazlık tarafların istemesiyle arabuluculuğa gönderilirse, arabuluculuk süreci sonundaki çözüm anlaşması kolaylıkla icra edilebilir. Taraflar birlikte, çözüm anlaşmasının mahkeme tarafından²²⁵ veya alternatif olarak uzlaştırma yetkilisi tarafından onaylanmasını talep edebilirler. Eğer taraflardan biri çözüm anlaşmasına, iradede bozukluk, hata ve benzeri sebeplerle itiraz etmek isterse, Medeni Usûl Kanunu m. 328(1) c bendine göre, adli sürecin yeniden açılması için mahkemeye başvurmalıdır²²⁶.

Mahkemelerin gönderdiği veya uzlaştırma toplantıları yerine tercih edilen arabuluculuk dışındaki arabuluculuk çözüm anlaşmaları sıradan bir sözleşme olarak görülür. Eğer bu sözleşme hükümlerine göre, bir taraf yükümlü olduğu borcu ifadan kaçınırsa, diğer borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi uyuşmazlık konusu hakkında dava açılabilir. Yani dava ve uzlaştırma süreci bağlantılı olamayan çözüm anlaşmalarının icra edilebilirliği için anlaşmanın onayı mahkemeden istenemez. Ancak bu tür çözüm anlaşmalarının, dava sürecinde mahkeme içi sulh sözleşmesi olarak hükme esas alınması mümkündür²²⁷.

Mahkeme veya uzlaştırma bağlantılı bir çözüm anlaşmasının mahkeme tarafından denetim ve onaylanmasında, Medeni Usûl Kanunu madde 217 hükmü, bir standart ortaya koymamıştır. Denetimin sınırları hakkında bir kısım yazarlara göre, bu inceleme sadece iradeyi sakatlayan geçersizlik, anlaşma hükümlerindeki

Arts 213-218 comment, Helbing & Lichtenhahn 2013; **Meier**, Isaak, Schweizerische Zivilprozessrecht, Zürich 2010, s. 598.

²²⁴ **Meier**, s. 402.

²²⁵ Bkz. SwzZPO m. 217; **Peter**, s. 89.

²²⁶ **Meier**, s. 402.

²²⁷ **Meier**, s. 402.

tutarsızlık ve icra edilebilirlik yönleriyle sınırlı tutulmalıdır²²⁸. Ancak bu konudaki hâkim görüş ise, mahkeme, çözüm anlaşmasının ayrıca taraflardan birisi için oldukça adaletsiz veya uygunsuz olup olmadığının denetimini de yapması yönündedir²²⁹.

E. İNGİLTERE VE GALLER'DE ARABULUCULUK

İngiltere ve Galler'de medeni ve ticari uyuşmazlıkların büyük çoğunluğu, müzakereler neticesi mahkeme dışında anlaşmalar ile sonuçlanır. Bu alandaki uyuşmazlıkların %85-%95'i mahkemelere dava açıldıktan sonra dahi tarafların anlaşmasıyla neticelenir. Bu rakamlar uzlaşma kültürünün yaygın ve yerleşik olduğunu göstermektedir²³⁰.

Uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözülmesi kapsamında, Medeni Usûl Kanunu (Civil Procedure Rules-CPR) m. 36'ya göre, taraflar davanın başında yargılama başlamadan, birbirlerine sulh önerileri getirebilmekte, söz konusu önerinin karşı tarafça kabul edilmemesi halinde bazı hukuki sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Mahkemece verilen kararlar, sulh önerisine kıyasla ek bir fayda elde edilememiş ise, öneriyi kabul etmeyen taraf, yargılama giderleri bakımından ağırlaştırılmış bir sonuçla sorumlu olabilmektedir²³¹.

İngiltere ve Galler'de hükümetler ve hâkimler, arabuluculuğun avantajlarının farkındadırlar. Uygun davalarda, arabuluculuğun teşviki ve kullanımı konusunda özverili davranmaktadır.

Arabulucular ve arabuluculuk süreci, düzensiz ve denetimsizdir. Bu düzenleme eksikliği, sınırlı istatistikî verilerle sonuçlanır. Etkili Uyuşmazlık Çözüm Merkezi

²²⁸ Peter, s. 93; Rügge/Gelzer, Art 217 comment 14; Meier, Zivilprozessrecht, s. 588, 595.

²²⁹ İsviçre ZPO için açıklayıcı rapor, bkz. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, s. 7337. <https://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7221.pdf> (s.e. 4.5.2016).

²³⁰ Genn, Hazel/Riahi, Shiva/Pleming, Katherine, "Regulation of Dispute Resolution in England and Wales: A Sceptical Analysis of Government and Judicial Promotion of Private Mediation", Steffek/Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (eds), Regulating Dispute Resolution, ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 157.

²³¹ Göksu, Mustafa, Tarafların Sulhe Teşvik Edilmesinde Etkili Bir Örnek: İngiliz Hukuk Yargılamasında Resmi Sulh Önerileri, TBB Dergisi, Yıl 2014, S. 115, s. 277.

(Centre for Effective Dispute Resolution-CEDR), ticari arabulucuların internet anketlerini temel alarak, iki yılda bir yapılan arabuluculuk raporlamalarına rehberlik eder. 2016 yılının son raporları yılda ortalama, çeşitli tipteki yaklaşık 8.000 uyuşmazlığın %85'inin arabuluculuk yöntemiyle çözümlendiğini göstermektedir. Buradaki uyuşmazlık taraflarının arabuluculuk yöntemini “*iyi ve mükemmel olarak*” değerlendirme oranı ise %92'dir²³².

Ticari arabuluculuk faaliyetlerinde belirli birkaç arabulucu nüfuz kazanmıştır. Sadece 100 kişilik bir arabulucu grubu, tüm ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümünde, aşağı yukarı %85'ine dâhil olmuşlardır²³³.

Mahkeme bağlantılı arabuluculuk programlarıyla, mahkemeler çeşitli yollarla arabuluculuğa dâhil olur. İngiltere'de en yaygın yaklaşım, hâkimlerin arabuluculuk girişimi için taraflara tavsiyede bulunmaları veya yönlendirmeleri ya da arabulucuların mahkeme binalarını kullanmalarıdır. Bir dizi arabuluculuk programı, İngiltere ve Galler genelinde yerel mahkemelerde, değişiklik gösteren başarı dereceleri ile yürürlükte. Leeds Birleşik Mahkeme Merkezi Programı, genel düşük arabuluculuk girişimlerine rağmen, katılımcı tarafların yüksek oranlarda memnuniyetine sahiptir. Londra Merkez İlçe Yerel Mahkemesi Arabuluculuk Programı ise, arabuluculuk yöntemine tarafları otomatik olarak sevk etmiştir. Taraflara, bu süreçten haklı nedenle vazgeçme hakkı vermesi nedeniyle gönüllü (yarı zorunlu) bir program olmuştur. Ancak bu program, yönteme yönlendirmede aracılık edecek mahkemenin baskısını hissettirme endişesine binaen en son 2007 yılında uygulanmıştır. Diğer bir muteber program, gönüllü hukukçuların, mahkeme tarafından sevk edilen taraflar için, arabulucular gibi görev yaptığı kısa arabuluculuk görüşmeleridir. Bu program, Exeter Küçük Alacaklar Programı'dır. Hâkimler uzlaşılacak anlaşma üzerine hemen karar vermek için hazırdırlar. İngiltere ve Galler'de 2007'den beri bütün yerel mahkeme bağlantılı arabuluculuk faaliyetleri,

²³² <http://www.cedr.com/solve/dispute-resolution-services/> (s.e. 4.4.2016).

²³³ **Genn/Riahi/Pleming**, s. 157.

mahkemelerce kendileri tarafından değil, Medeni Arabuluculuk Yönetimi (Civil Mediation Directory)²³⁴ tarafından düzenlenip organize edilir²³⁵.

Ticaret Mahkemesi, içinde kraliçenin kürsü bölümünün de bulunduğu, ticari uyuşmazlıklarda uzman hâkimlerden oluşan yüksek bir mahkemedir. 1993 yılından beri Ticaret Mahkemesi hâkimleri, uyuşmazlığın taraflarını alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini kullanmaları için teşvik etmiştir. 1996 yılında Ticaret Mahkemesi, davanın ön aşamasında hâkimin, uyuşmazlığın ADR'ye uygun olup olmadığını düşünmesini, uygunsa tarafları ADR prosedürüne davet etmeyi öngören bir pilot arabuluculuk programı düzenlemiştir. Hâkim, tarafların ADR prosedürünü kullanmalarını sağlamak için, davayı erteleme gücüne sahiptir. Hâkim uygun görürse, taraflara ADR'ye başvurma emri verebilir. Sonuçta uyuşmazlık anlaşmayla sonuçlanmaz ise, taraflar, ADR'ye yönelik adımların atıldığını ve bu adımların niçin başarısızlıkla sonuçlandığını gösteren bir belgeyle, mahkemeyi bilgilendirmek zorundadır. Hükümet tarafından 2002 yılında kurulan komisyon, mahkeme uygulamasını ve onun etkilerini araştırmış ve yayınlamıştır. Genel olarak uygulamanın, uyuşmazlık üzerine olumlu ve tarafsız etkileri olduğu tespitiyle sonuçlanmıştır. Mahkemenin bütün davaları, ilk aşamasında arabuluculuğu uygulamak amacıyla ADR'ye göndermesi yerine, davaların yönetim sürecinde bireyselleştirilmiş yaklaşım, daha uygun olup, daha etkili olması muhtemeldir²³⁶. Başka bir ifadeyle, mahkeme her davayı değil, gerekli gördüğü davaları ADR'ye gönderecektir.

Temyiz Mahkemesi, 1996 yılından beri arabuluculuk programı uygulamaktadır. 2003 yılında CEDR işbirliğiyle daha resmi bir temele dayandırılmıştır. Hâkimler arabuluculuk programının kullanılmasını tavsiye edebilirler. Denetimli mahkeme listesindeki bir arabulucunun dört saatlik hazırlanma süresi ve beş saatlik arabuluculuk hizmeti verme süresini satın alan her taraf için ödeyeceği ücret 850 Pound'a ek olarak vergi ücretidir. Arabuluculuk faaliyeti

²³⁴ Bkz. www.civilmediation.justice.gov.uk/ (s.e. 4.4.2016).

²³⁵ Genn/Riahi/Pleming, s. 157.

²³⁶ Genn/Riahi/Pleming, s. 158

neticesi anlaşma sağlanmazsa, mahkeme açıkça temyiz sürecinin devam ettiğini bildirir. Bu şekilde temyizde arabuluculuk faaliyeti neticesi anlaşma oranı yaklaşık %50 dir²³⁷.

İngiltere ve Galler’de, miktarı 5.000 Pound’dan az alacaklarla uğraşmak için her yerel mahkeme bölgesinde, bir arabuluculuk görevlisi temeline dayanan, küçük alacaklar arabuluculuk servisi kurulmuştur. Arabulucu, davaların görüşüldüğü veya tarafların anlaştığı yerde, telefonla ya da bazı davalarda mahkemede bir odada arabuluculuk sürecini yönetebilir. Arabuluculuğa konu uyuşmazlıkların yaklaşık %98’i telefon üzerinden yapılmaktadır ve başarı oranı yaklaşık %73 dür²³⁸. Küçük alacaklarda arabuluculukla ilgili yapılan yeni bir çalışmada, arabuluculuk sürecinden tam memnuniyetin yüksek olduğu, uyuşmazlığın taraflarının çözüm anlaşmasını adil bulduğunu ortaya koymaktadır. Ancak araştırma neticesindeki hâkim kanaat, arabuluculuk süreci sonundaki çözüm anlaşmalarının neticesinin, mahkeme yargısı neticesi verilen kararlardan daha az adil olduğu yönündedir²³⁹.

İngiltere, İskoçya ve Galler’de, belirli alanlarda, özellikle yazılı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için, sanayi sektöründe kullanılan ADR nin belirli bir şeklini içeren bir model kullanılmaktadır²⁴⁰. Uyuşmazlığın çözüm sürecinde, deneyim sahibi genellikle alanında uzman, mimar veya mühendis gibi bir profesyonel meslek sahibi hakem olarak karar merciidir²⁴¹.

ADR’nin daha gayri resmi bir şekli olan uyuşmazlığın çözümünde bilirkişi ataması (expert determination) da, teknik ve uzmanlık gerektiren uyuşmazlıkları çözmek için kullanılır. Uyuşmazlığın çözümünde bilirkişinin uygulayacağı prosedür sözleşme hükümlerine göre olup, ayrıca belirli genel bir prosedür yoktur. İngiltere

²³⁷ Genn/Riahi/Pleming, s. 158.

²³⁸ Mamouna, Elli Markela/Papadopoulos, Tatiana, Avrupa Birliği’nde Aile ve Hukuk Davalarına İlişkin Arabuluculuk Usulüne Vurgu ile Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Mekanizmaları ve İcra Davalarındaki Uygulamaları, İcra Dairelerinin Etkinliğinin Arttırılması TR-2009-IB-JH-02. s. 23.

²³⁹ Genn/Riahi/Pleming, s. 160.

²⁴⁰ Blake, Susan/Brown Julie/Sime, Stuart, A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution, Oxford University Press 2014, s. 23.

²⁴¹ Genn/Riahi/Pleming, s. 160.

ve Galler'de bir bilirkişi atamasında kullanılabilecek çok sayıda atama makamı²⁴² vardır. Bilirkişinin temel görevi bağımsız ve tarafsız kalmasıdır. Bilirkişi taraflarca belirlenen görevlerine sıkıca bağlıdır. Bilirkişinin, taraf talimatlarının bir maddesinden dahi ayrılması, bilirkişi atamasını yok saymakla sonuçlanmasına neden olabilir. Mahkeme, bilirkişi atamasının sonuçlarına esas olmak üzere ve geçersiz olarak görülecek atama nedeniyle başarısızlıkla sonuçlanabilecek hallerde, kararlarına gerekçe sağlamak için bilirkişiye talimat verme gücüne sahiptir. Bu bilirkişi kararlarının icra edilebilirliği, mahkeme veya tahkim kararı olmaksızın mümkün değildir. Taraflar arasındaki sözleşmede bilirkişi kararının bağlayıcılığı noktasında hüküm varsa, bilirkişi kararına uymamak sözleşme ihlalidir²⁴³.

İngiltere ve Galler'de, bağımsız ve tarafsız bir kuruluş olan, Danışma Uzlaştırma ve Tahkim Servisi(Advisory Conciliation and Arbitration Service- ACAS), işyeri (işçi-işveren) uyuşmazlıklarında, istihdam mevzuatı uyarınca kamu kurumları hizmetlerini kullanarak zorunlu uzlaştırma hizmeti vermektedir²⁴⁴. Uzlaştırma, taraflar arasında anlaşma sağlamayı isteyen tarafsız bir üçüncü kişiyi kapsayan arabuluculuğa çok benzer. Buradaki uzlaştırma, klasik arabuluculuktan daha çok yol göstericidir. Genellikle taraflar bir dizi telefon konuşmasıyla basitçe idare edilir. Uzlaştırıcının rolü, muhtemel sonucu tavsiye etmek değildir. Görüşmeler esnasında elde edilen bilgiler, gizlilik ilkesi gereği mahkemelerde delil olarak kullanılamaz. Toplu uzlaşma, uyuşmazlıkların konusunun çalışma şartları, iş kayıpları, ihtiyaç fazlası oluş ve emeklilik olması hallerinde kullanılır. ACAS, uzlaştırma ve arabuluculuk önerilerine ilave olarak endüstriyel uyuşmazlıklarda ayrıca tahkim yöntemini de önermektedir. Tahkimi sadece iş mahkemesine alternatif

²⁴² Örneğin; Yeminli Hakemler Enstitüsü (The Chartered Institute of Arbitrators), Bilirkişilik Enstitüsü (The Expert Witness Institute), Aktüerler Enstitüsü (The Institute of Actuaries), Etkili Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (The Centre for Effective Dispute Resolution), Milletlerarası Ticaret Odası (The International Chamber of Commerce), İngiltere ve Galler Hukuk Derneği (The Law Society of England and Wales), Londra Milletlerarası Tahkim Merkezi (London Court of International Arbitration), İngiltere ve Galler Barosu Genel Konseyi (The General Council of the Bar of England and Wales), Yeminli Mali Müşavirler Enstitüsü (The Chartered Institute of Management Accountants), İngiliz Mimarlar Kraliyet Enstitüsü (Royal Institute of British Architects) vb.

²⁴³ Genn/Riahi/Pleming, s. 161.

²⁴⁴ Bkz. <http://www.acas.org.uk/index.aspx?articleid=2011> (s.e. 5.4.2016).

uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak, işten çıkarılma ve esnek çalışma mevzuatını ilgilendiren uyuşmazlıklar için önerir²⁴⁵.

Aile uyuşmazlıklarının çözümünde esas yöntem, mahkeme yargısından daha ziyade, iki taraflı avukat müzakeresi ve arabuluculuktur. Aile arabuluculuğu genelde, tarafların hukuki danışmanları olmadan, eğitimli aile arabulucuları tarafından yönetilir. Arabuluculuk mal paylaşımı ve çocuklar için düzenlemeleri de kapsar. Hükümet politikası, boşanan çiftleri mahkeme yargısından önce arabuluculuk girişimi için zorlar. Aile uyuşmazlıklarında, arabuluculuğun taraflar için uygun olup olmadığını bir arabulucu ile müzakere etmek için, mahkemeye boşanmak amacıyla başvuran herkesin Arabuluculuk Bilgi Değerlendirme Toplantısı'na (Mediation Information Assessment Meeting-MIAM)²⁴⁶ katılması gerekmektedir. Aile arabuluculuğu prosedürü diğer medeni ve ticari uyuşmazlık arabuluculuklarından oldukça farklıdır. Aile arabulucularının, aile arabuluculuğunun hassas doğası gereği arabuluculuk faaliyeti esnasında yardımcı olacak danışmana sahip olmaları gerekir. Profesyonel Sertifikalı Danışman (Professional Certified Consultant-PCC), uygulamada aile arabulucusunu desteklemek amacıyla oluşturulmuştur. Profesyonel sertifikalı danışman, deneyim veya kıdeme bakılmaksızın bütün aile arabulucuları için gereklidir²⁴⁷.

Topluluk/komşuluk arabuluculuğu, bu tür uyuşmazlıkları yargı sisteminden uzak tutmaya çalışıp, toplumda kişiler arası ve sosyal uyuşmazlık konularına odaklanan bir arabuluculuk türüdür. Bu konulardaki arabulucular, genelde toplumun içindeki gönüllülerdir. Bu gruptaki en yaygın uyuşmazlık konuları; gürültü, sözlü taciz, çocuk yaramazlıkları, sınır anlaşmazlıkları, evcil hayvan, çevre, park ve grup içi problemlerdir. İkinci kategori, okullarda akranlar arasındaki arabuluculuktur. Bu tür uyuşmazlıkların çözümü için hem öğrencilere hem de öğretmenlere bir dizi arabuluculuk eğitim programı verilmiştir. Topluluk/komşuluk arabuluculuğunun

²⁴⁵ Genn/Riahi/Pleming, s. 162.

²⁴⁶ <http://www.nfm.org.uk/index.php/family-mediation/mediation-information-meeting-miam> (s.e. 5.4.2016).

²⁴⁷ Genn/Riahi/Pleming, s. 163.

ticari olmayan doğası nedeniyle, bu tür arabuluculuk ciddi ölçüde bu tür faaliyetlere finansman sağlayan vakıflara bağlıdır²⁴⁸.

Ceza hukuku alanında mağdur-fail arabuluculuğu (onarıcı adalet), failin mağdura karşı hatasını mümkün olduğu kadar onarma ya da suç kaynaklı zararı telafi etme imkânı sunar²⁴⁹. Bu tür arabuluculuk, suçun failini mağdura karşı işlediği suçun nasıl telafi etmesi gerektiğiyle ilgili uğraştırmak ve onarıcı adaleti sağlamak içindir. Bu sürecin, suçlular üzerinde rehabilitasyon etkisi olduğu ifade edilmektedir. İçişleri Bakanlığı tarafından 1980 lerden beri İngiltere genelinde gerçekleştirilen dört pilot programla mağdur-fail arabuluculuğu programı sürdürülmektedir. Polis kuvvetleri ayrıca uyuşmazlıkları çözmede gayri resmi olarak rol alır. Bu alanda, Onarıcı Adalet Konseyi (Restorative Justice Council-RJC)²⁵⁰, onarıcı adalet arabuluculuğu alanında, standarda uygunluk, danışmanlık ve kalite güvencesi sağlar²⁵¹.

İngiltere ve Galler'de arabuluculuk uygulama prosedürünü kontrol eden bir Arabuluculuk Kanunu yoktur. Arabulucuların eğitimlerini, atamalarını veya performanslarının değerlendirilmesi devlet kontrolü altında değildir²⁵². Arabuluculuğu geliştirmek için, uyuşmazlığın taraflarına yargıya başvurmadan önce arabuluculuğa başvurma yönünde, mahkeme ve hükümetin girişim ve baskıları mevcuttur. Ancak, örf ve adet hukuku gelişmeleri ve hükümet politikaları gereği arabuluculuk sürecini devlet düzenlemez²⁵³. Mahkemeler, mahkemeye bağlı arabuluculuk programlarında (örneğin; Ticaret Mahkemesi ADR emirleri, Temyiz Mahkemesi arabuluculuk programı), özel arabulucularla çalışır²⁵⁴.

²⁴⁸ Genn/Riahi/Pleming, s. 164.

²⁴⁹ Wright, Martin, Justice for Victims and Offenders: A Restorative Response to Crime, Waterside Press 1996, s. 42.

²⁵⁰ Bkz. www.restorativejustice.org.uk (s.e. 6.4.2016).

²⁵¹ Genn/Riahi/Pleming, s. 165.

²⁵² Boon, Andrew/Earle, Richard/Whyte, Avis, Regulating Mediators, in: Legal Ethics, 2007, V. 10, I. 1, s. 26

²⁵³ Blake/Brown/Sime, s. 23.

²⁵⁴ Genn/Riahi/Pleming, s. 166.

Dava Öncesi Yönetimde Uygulama Yönetmeliği'nde (Practice Direction on Pre-Action Conduct), uyuşmazlık taraflarının ADR nin bazı türlerinin davadan daha uygun olup olmayacağını ve uygunsa hangi türün uygulanmasına karar verilmesi konusunda düşünmesi gerektiği belirtilmiştir. ADR zorunlu olmamasına rağmen, dava öncesi yönetim üzerine, tarafların ADR seçeneklerini uyuşmazlıklarının çözümünde kullanmalarını düşünmelerini ister. Eğer mahkeme yargısı olacaksa, mahkeme tarafından her iki tarafın da uyuşmazlıkların çözümünde ADR yi düşündükleri konusunda delil sunmaları istenebilir. Taraflar mahkeme tarafından, mahkeme masrafları belirlenirken ve masrafların hangi tarafa yükletilmesi gerektiğine karar verilirken, bu hususun dikkate alınacağı noktasında uyarılır. Bunun neticesi olarak, bir taraf ADR nin uygulanmasının gerekli olduğuna ilişkin teklifini, diğer tarafın anlamsız bir şekilde reddetmesi halinde, mahkemedeki davayı kazanmış dahi olsa, mahkeme masraflarını ödemekle yükümlü tutulabilir²⁵⁵

Hükümet, basit alacak ve tazminat taleplerinde ADR'yi zorunlu hâle getirmek niyetindedir. Ancak bu hizmetin özel arabulucularla sağlanması muhtemeldir. Bu konuda ise standartları izleyecek ve güvence altına alacak bir kalite kontrol sistemi yoktur. Aile davalarında, 06 Nisan 2011 de yürürlüğe giren Aile Usûl Kanunu (Family Prosedure Rules), her aşamada alternatif uyuşmazlık çözümünün kullanılmasını düşünmesi için mahkemeyi zorlamaktadır²⁵⁶.

Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52/EC sayılı arabuluculuğa ilişkin Yönergesi dikkate alınarak, İngiltere ve Galler'de, Medeni Usul Kanunu'nun (Civil Procedure Rules-CPR) 78. Bölümünde, 78.23-78.28 maddeleri arasında değişiklikler yapılmıştır²⁵⁷. Bu yeni değişikliklerle, arabuluculuk sonucu yapılan anlaşmaların tenfizi, ve icra edilebilirliği (78.24-78.25), arabuluculuk sürecinin zamanaşımı sürelerini askıya alması ve sürecin gizliliği (78.26-78.28) düzenlenmiştir. Mahkeme kayıtlarından taraf olmayan birinin belge teminine ilişkin (CPR 5.4C), açıklanmış

²⁵⁵ Genn/Riahi/Pleming, s. 166

²⁵⁶ Genn/Riahi/Pleming, s. 166.

²⁵⁷ The Civil Procedure (Amendment) Rules 2011 (SI 2011/88).

belgenin incelenme hakkına ilişkin (CPR 31.3) düzenlemeler yine bu konuya ilişkin düzenlemelerdir.

İngiltere’de Medeni Usûl Kanunu’nda yapılan bu değişikliklere ilaveten, 20 Mayıs 2011 de yürürlüğe giren, Sınır Ötesi Arabuluculuk Yönetmeliği 2011 (Cross-Border Mediation Regulations 2011) ile Avrupa Birliği Yönergesini yürürlüğe almıştır. İngiltere bünyesinde yapılan bu mevzuat değişiklikleri, herhangi bir yerel uyuşmazlık çözümünden ziyade, sınır ötesi uyuşmazlıklar içindir²⁵⁸.

Arabulucu uyuşmazlığı çözmeyp, sadece tarafların bir anlaşmaya varmalarına yardımcı olmaktadır. Arabuluculuk faaliyeti için bir kanuni standart olmadığından, arabulucuların görevleri bağlı bulunduğu arabuluculuk organizasyonları tarafından empoze edilir. Arabulucular için rehberlik, öncelikle uygulama esaslarından ve arabulucunun bağlı olduğu organizasyonun tüzüğünden sağlanır. Bu rehberlik ve arabuluculuk organizasyonları için kaynaklardan birisi de, Sivil Arabuluculuk Konseyi (Civil Mediation Council-CMC)²⁵⁹ İyi Uygulama Esasları’dır. Sivil Arabuluculuk Konseyi Uygulama Esasları oldukça kısadır. Bu esaslar, arabulucular, arabuluculuklar, uygulama, şikâyetler ve standartlar, sigorta ve etik, eşitlik başlıkları altında birkaç konuyu ortaya koymaktadır. Sivil Arabuluculuk Konseyi bireysel arabulucuları değil, onların bağlı olduğu medeni, ticari ve işyeri arabuluculuğu organizasyonlarını akredite eder. Bu fonksiyonu nedeniyle Sivil Arabulucular Konseyi yarı resmi bir kuruluş sayılmaktadır²⁶⁰.

Aile arabuluculuğu organizasyonlarının şemsiye kuruluşu da, Aile Arabuluculuğu Konseyi (Family Mediation Council-FMC)²⁶¹’dir. Bu konsey, uygulama esasları neşreder. Arabuluculuk başlangıç eğitimi ve devamlı profesyonel gelişim sağlar²⁶².

²⁵⁸ Genn/Riahi/Pleming, s. 167.

²⁵⁹ Bkz. www.civilmediation.org/about-cmc (s.e. 7.4.2016).

²⁶⁰ Genn/Riahi/Pleming, s. 168.

²⁶¹ Bkz. www.familymediationcouncil.org.uk (s.e. 8.4.2016).

²⁶² Brown/Marriott, s. 627.

Arabuluculuk sözleşmesiyle, arabuluculuk görevi üstlenen arabulucu, görevini makul özen ve beceri uygulayarak yerine getirmelidir. Arabulucunun sorumluluğunun iki temeli vardır. Birincisi, güven sorumluluğunu dayanan görev ihlalden kaynaklanan sorumluluk, ikincisi ise görevi ihmalden kaynaklanan sorumluluktur²⁶³.

Sonuç olarak, arabuluculuk, yargıya göre, daha ucuz, hızlı, daha az riskli, yaratıcı ve uyumlu olarak tanıtılmıştır. İngiltere ve Galler’de devlet arabuluculuğu düzenlememiştir. Herhangi bir profesyonel kuruluş, arabuluculuk faaliyetlerinde yetkilendirme ve kontrolüne ilişkin, genel bir yetkilendirme ve denetim gücüne sahip değildir²⁶⁴.

F. İTALYA’DA ARABULUCULUK

İtalya’da arabuluculuk, kanunlarla oldukça sıkı bir şekilde düzenlenmiştir. Bugün görünen detaylı düzenleme, İtalyan hükümetleri ve yasama organının, çok seviyeli çabalarının ve çok aşamalı bir sürecin sonucudur. 1931 yılında, daha modern düzenleyici kurallar kanunlaştırılmasına rağmen, arabuluculuk düzenlemesinin ilk şekli, 1865 yılının Codice Codacci Pisanelli’sinde (1865 İtalyan Medeni Kanunu) görülebilir. Arabuluculuk, bu kanun ile kamu düzenini sağlamada uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak getirilmiştir. Arabuluculuk, 1940 yılında Medeni Usûl Kanunu’yla sistemleştirildi ve hâkimler tarafından yönetilen mahkeme içi usûl olarak belirlendi. 1960’lı yıllarda arabuluculuk iş uyuşmazlıklarında kullanılmaya başlandı. 29 Kasım 1993’te, şirketler arasında veya şirketlerle onların müşterileri arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için ticaret odalarına, arabuluculuk ve tahkim komisyonlarını kurabilme yetkisi veren 580 sayılı Kanun çıkarıldı. Arabuluculuk, 5/2003 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’yle, şirketlerde finansal ve aracılık hizmetleri alanında da kullanılabilir hale geldi²⁶⁵.

²⁶³ Genn/Riahi/Pleming, s. 169.

²⁶⁴ Genn/Riahi/Pleming, s. 169.

²⁶⁵ De Palo/E Oleson, s. 252.

Son dönemde, Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52/EC sayılı arabuluculuğa ilişkin Yönergesi, İtalyan arabuluculuğunda yeni bir devrin sinyallerini verdi. Bundan kısa bir süre sonra, İtalyan Parlamentosu, arabuluculuğu bütün medeni ve ticari uyuşmazlıklarda uygulanabilir bir seçenek olarak kabul eden madde 60'ı içeren, 69/2009 sayılı Kanunu kabul etti. Madde 60, 2008/52/EC sayılı Yönergenin uygulanması için İtalyan hükümetine kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verir. Bu yetkiye binaen İtalyan hükümeti 4 Mart 2010 tarihinde 28/2010 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyi (KHK) çıkarmıştır. Bundan kısa bir süre sonra 180/2010 sayılı Bakanlık Kararnamesi'yle arabuluculuk organizasyonları, arabulucular, arabuluculuk eğitimi ve arabuluculuk masraflarına ilişkin, 28/2010 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine uygun olarak daha özel imkânlar sağlanmıştır. Hemen arkasından 6 Temmuz 2011'de, 145/2011 sayılı Bakanlık Kararnamesiyle, arabuluculuk maliyetlerini azaltarak ve arabuluculuk yeterlilik şartlarını çoğaltarak, zorunlu arabuluculuk, 180/2010 sayılı Bakanlık Kararnamesi'nde yapılan değişiklikle kabul edilmiştir²⁶⁶.

69/2009 sayılı Kanun'un 60. maddesi arabuluculuğu, medeni ve ticari uyuşmazlıkların hepsinde uygulanabilir bir seçenek olarak resmen tanımıştır. 28/2010 sayılı KHK m. 5(1) ile belirli medeni ve ticari uyuşmazlıkların (toprak hakları, mal paylaşımı, veraset, aile, kira, kredi, ödünç, kiralama şirketleri, tıbbi uygulama hatası-malpraktis, basın ve diğer reklam araçları vasıtasıyla karalama, sözleşmeler, kefalet, bankacılık ve finans uyuşmalıklarının) arabuluculukla çözümüne yetki vermiştir²⁶⁷.

69/2009 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye binaen, hükümetin çıkardığı 28/2010 sayılı KHK'ye dayanılarak getirilen zorunlu arabuluculuk uygulaması aleyhine, zorunlu arabuluculuğun ücretli olması ve eşitliğe aykırı olması, arabulucuların niteliği ve arabuluculuk sürecinin belirsizliği gibi anayasa aykırılık iddialarıyla, 28/2010 sayılı KHK'nin iptali istemiyle İtalya Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 28/2010 tarihli KHK'yı "yetki aşımı"

²⁶⁶ De Palo/E Oleson, s. 252.

²⁶⁷ De Palo/E Oleson, s. 253.

nedeniyle esasa girmeden 272/2012 sayılı kararıyla iptal etmiştir²⁶⁸. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi henüz İtalya Anayasası m. 24 çerçevesinde hak arama özgürlüğü anlamında bir değerlendirme yapmamıştır²⁶⁹. Anayasa Mahkemesi'nin "yetki aşımı" kararı üzerine, hükümet İtalya Barolar Birliği ile birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesini göz önünde bulundurarak yeni bir zorunlu arabuluculuk modeli düzenlenmiştir. Bu zorunlu arabuluculuk düzenlemesi 2013 yılında 28/2010 sayılı KHK'de yapılan değişiklikle yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklik, henüz anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmemiştir²⁷⁰.

28/2010 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname ile arabuluculuk ve uzlaştırma arasında ilk defa belirgin bir fark ortaya koymasına rağmen, doktrinde bu çizginin oldukça belirsiz olduğu ileri sürülmüştür²⁷¹.

28/2010 sayılı KHK, arabuluculuk faaliyetinin başlamasıyla ilgili iki farklı düzenleme öngörmüştür. Bunlardan ilki, uyuşmazlığın taraflarından birinin, tescilli arabuluculuk kurumlarından birisine, bu konuda talepte bulunmasıdır²⁷². İkincisi tarafların hâkim tarafından arabuluculuğa davet edilmesidir²⁷³. KHK'de arabuluculuk taleplerini, gönüllü arabuluculuk, zorunlu arabuluculuk, sözleşme uyarınca arabuluculuk ve hâkim önerisi üzerine yapılan arabuluculuktan kaynaklandığı

²⁶⁸ De Palo/E Oleson, s. 253.

²⁶⁹ Bununla birlikte 276/2000 sayılı iş uyuşmazlıklarında zorunlu uzlaşma prosedürünü düzenleyen Kanun, anayasa aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş, ancak, Anayasa Mahkemesi söz konusu Kanunu, anayasaya aykırı bulmamıştır. Bkz. **Epidendio**, Tomaso, TC. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının 19-23 Ekim 2015 İtalya Çalışma Ziyareti Tutanakları. s. 9.

www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Kasim/italya_calisma_ziyareti/italya_calisma_ziyareti.pdf (s.e 8.4.2016).

²⁷⁰ **Lattanzi**,Giorgo, (İtalya Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili), TC. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının 19-23 Ekim 2015 İtalya Çalışma Ziyareti Tutanakları.

www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Kasim/italya_calisma_ziyareti/italya_calisma_ziyareti.pdf (s.e. 8.4.2016).

²⁷¹ De Palo/E Oleson, s. 253.

²⁷² 28/2010 KHK (Legislative Decree) m. 4(1).

²⁷³ 28/2010 KHK (Legislative Decree) m. 5(2).

görülmektedir. Bunlardan zorunlu arabuluculuk usûlünde, belirli uyuşmazlık konularında uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk sürecine başvurmadan dava açamayacaktır. Bu tür arabuluculuk sürecinde, ilk oturumunun yapılması zorunludur. Bu zorunluluk bir dava şartıdır. Sonrasında arabuluculuk sürecini devam ettirip ettirmemeleri tarafların serbest irâdesine bağlıdır. Zorunlu arabuluculuk uyuşmazlıkları dışında, dava sırasında hâkimlerin de tarafları arabuluculuğa teşvik etmekte ve yönlendirmektedir. Hâkimin bu teşvik ve yönlendirme sırasında, kendi mahkemesinde bakmak zorunda olduğu iş sayısı ve uyuşmazlığın niteliği gibi birçok kıstası bir arada değerlendirerek gerekçeli bir karar oluşturmaktadır²⁷⁴.

Zorunlu arabuluculuk sürecinde, ilk görüşmenin 30 gün içerisinde, toplam sürecin ise en fazla 90 gün içinde tamamlanması gerekmektedir. Genelde bu süreçte 2-3 kez görüşme yapılmaktadır. Ancak tarafların birlikte karar vermesiyle süre uzatılabilmektedir. Zorunlu olan ilk görüşme toplantısına, tarafların avukatlarıyla birlikte katılmaları zaruridir. Tüketici uyuşmazlıklarında avukat olmadan da ilk görüşme toplantısı yapılabilir. Belirli bir gelirin altında kazancı olanların, mahkemelerde adli yardımdan yararlanabilme haklarına paralel olarak, arabuluculuk sürecinde de adli yardımdan yararlanılabilme imkânları vardır²⁷⁵.

İtalya’da 2014 yılında 156.317 arabuluculuk uygulaması yapılmıştır. Yıllık yaklaşık dört milyonu yeni açılan olmak üzere 5 milyon dava dosyası derdesttir. Arabuluculuk uygulamalarının %84’ü zorunlu arabuluculuk, %10’u ihtiyâri arabuluculuk, % 4,5’nu hâkimin göndermesi ile yapılan arabuluculuk uygulaması olduğu istatistiki olarak tespit edilmiştir. 2010 yılı öncesinde sadece ihtiyâri

²⁷⁴ **Triscari**, Dott Giancarlo, (İtalyan Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Sorumlusu, Hâkim), TC. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının 19-23 Ekim 2015 İtalya Çalışma Ziyareti Tutanakları s.6.

http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Kasim/italya_calisma_ziyareti/italya_calisma_ziyaret_i.pdf (s.e. 8.4.2016).

²⁷⁵ **De Urso**, Leonardo, İtalya Alternatif Uyuşmazlık Merkezi yöneticisi, TC. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının 19-23 Ekim 2015 İtalya Çalışma Ziyareti Tutanakları. s. 2.

http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Kasim/italya_calisma_ziyareti/italya_calisma_ziyaret_i.pdf (s.e. 8.4.2016).

arabuluculuk mevcuttu. 1998-2010 yılları arasında arabuluculuk yöntemiyle çözülen uyuşmazlık sayısı 2000'in altındadır²⁷⁶.

İtalya'da basit tazminat talebini içeren uyuşmazlıklar, Medeni Usûl Kanunu madde 320'ye göre, arabuluculuk için tarafları davet etme yetkisine sahip sulh hukuk hâkimi tarafından dinlenir. Taraflar bu mahkemede, Medeni Usûl Kanunu madde 321'e göre, arabuluculuk yöntemini talep edebilir ve bir sulh hukuk hâkimi arabulucu olarak kullanılabilir. Bunun dışında, İtalya'da, Avrupa Birliği Yönergesi'yle mümkün kılınan, bir hâkimin uyuşmazlığı arabuluculukla çözmesi için, bir başka hâkime sevk etme usulüne yer verilmemiştir²⁷⁷.

Tüketici Kanunu'nda, arabuluculuk veya uzlaştırma ilk kez, ticaret odalarına uyuşmazlıkları uzlaştırma yöntemiyle çözmek için yönetme yetkisi veren 580/1993 sayılı Kanun'da görülür. Tüketici Kanunu madde 140, tüketici ve işletme arasında doğan uyuşmazlığı çözmek için, tarafların uzlaştırma usûlünü seçebileceklerini belirtir. Hâlen bu uzlaştırma usûlü, 28/2010 sayılı KHK'nin 16. maddesi hükmünce işlemektedir. Bu hüküm ayrıca resmi arabulucular siciline kayıt oldukları sürece, sanayiler arası arabuluculuk grupları oluşturularak, bu şekilde arabuluculuk faaliyetinin sürdürülmesine imkân vermektedir. İlave olarak, KHK'nin 15. maddesi, Tüketici Kanunu 140. madde kapsamında doğan uyuşmazlıklarda uzlaşma sağlanması için düzenlenmiştir. Ancak, bu imkânların, sanayi kesimindeki arabuluculuğa ilişkin bilgi eksikliği nedeniyle yaygın olarak kullanılmadığı görülmektedir²⁷⁸.

173/2007 sayılı Telekomünikasyon Kanunu'na göre, iletişim endüstrisinde, tüketiciler ve şirketler arasındaki uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık tarafları, İletişim Bölge Komiteleri (Comitato Regionale per le Comunicazioni-CORECOM) üzerinden uyuşmazlıklarını çözmek için, başvuru yapmak zorundadır. Arabuluculuk

²⁷⁶ De Urso, s. 2.

²⁷⁷ De Palo/E Oleson, s. 253.

²⁷⁸ De Palo/E Oleson, s. 254.

faaliyetleri, iletişim bölge komitelerinin tesislerinde veya ticaret odalarının ev sahipliğinde yapılır²⁷⁹.

İş uyuşmazlıklarında taraflar, Medeni Usûl Kanunu madde 409-410'a göre uzlaştırma veya arabuluculuk usûlünü seçebilirler. Ancak 2010 yılına kadar arabuluculuk, iş uyuşmazlıklarının her çeşidi için zaruriydi. Eğer bu arabuluculuk süreci başarılı olursa varılan anlaşma taslağı, taraflar ve görüşmeye katılan kurul üyeleri tarafından imzalanırdı. Eğer başarısız olunursa uyuşmazlık, mahkeme sürecinde devam ederdi. İş Kanunu'ndaki son yeniliklerden birisi zorunlu arabuluculuk usûlünün, işçi çıkarma uyuşmazlıklarına uygulanabilir kılınmasıdır. 28 Haziran 2012'de çıkarılan 92/2012 sayılı Kanun, finansal nedenlere işten çıkartma şartlarını, uyulması gerekli özel bir prosedür olarak düzenlemiştir²⁸⁰. Örneğin işçi ile işveren arasında, kuruldan önce bir arabuluculuk toplantısını şart koşturmaktadır. 92/2012 sayılı Kanun, zorunlu arabuluculuğa ilave olarak, işten çıkarmaya itiraz uyuşmazlığı boyunca, gönüllü arabuluculuğa veya tahkime geçebilme imkânı da sağlar²⁸¹.

Aile hukukunda ayrılık davalarının ilk duruşması boyunca, hâkim, Medeni Usûl Kanunu madde 708'e göre, usûl işlemleri ilerlemeden önce, çiftleri uzlaştırmak için karı ve koca ile hem ayrı, hem de birlikte görüşme yetkisine sahiptir²⁸².

İtalya'da 28 Ağustos 2000 tarihli, 274/2000 sayılı KHK'nin 29(4) maddesi, sulh hâkiminin yargılama görevine giren Ceza Kanunu alanındaki suçlarda, arabuluculuğa izin verir. İtalya'da eyalet savcısı tarafından soruşturulması gereken belirli suçlar vardır. Bu suçlar dışında arabuluculuk teşebbüsünde bulunulabilir²⁸³.

Avrupa Birliği'nin 2008/52/EC sayılı Yönergesi, İtalya'nın ihtiyacı olan güçlü arabuluculuk düzenlemelerini, kanunlaştırmak için fırsat sağladı. Yönergenin temel

²⁷⁹ De Palo/E Oleson, s. 254.

²⁸⁰ Bu prosedür, statü değişikliği, organizasyon yapılanması ve işten dışlanma sonucu gibi işten çıkarma uyuşmazlıklarına özgüdür.

²⁸¹ De Palo/E Oleson, s. 255.

²⁸² De Palo/E Oleson, s. 254.

²⁸³ De Palo/E Oleson, s. 255.

gereksinimlerine göre, 28/2010 sayılı KHK, özellikle bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk yöntemini²⁸⁴, arabuluculuk anlaşmasının icra edilebilirliğini²⁸⁵, arabuluculuk sürecinin gizliliğini²⁸⁶, zamanaşımının kesilmesini²⁸⁷ ve kamuya bilgi verilmesini²⁸⁸ hüküm altına alır. Ek olarak 180/2010 sayılı Bakanlık Kararnamesi, arabuluculuk organizasyonlarının tescilini, arabulucuların niteliklerini, arabulucuların eğitim ve sertifika ihtiyaçlarını düzenleyerek, Yönergenin 4. maddesine göre olması gereken, arabuluculuğun kalitesini güvence altına alır²⁸⁹.

Arabuluculukla ilgili İtalyan kanunları, belli bazı noktalarda, Yönerge talebinin ilerisine geçmiştir. 28/2010 sayılı KHK, arabuluculuğa katılan taraflar için mali teşvikler sağlar²⁹⁰. Bu kapsamda arabuluculuk sürecindeki belgelerin hiçbirisi için harç ödenmediği gibi, taraflar, başarı ile sonuçlanan uyuşmazlıklarda 500 Avro, başarısızlık ile sonuçlanan uyuşmazlıklarda 250 Avro'yu vergilerinden düşebilmektedirler²⁹¹. Ayrıca bu KHK, ayrıca avukatların arabuluculuk seçenekleri için müvekkillerini bilgilendirmesi gerekliliğini ortaya koyar. En dikkat çeken bu KHK'nin m. 5(1)'i medeni ve ticari uyuşmazlıkların belli bazı kısmı için zorunlu arabuluculuğu hüküm altına alır²⁹². Arabuluculuğun zorunlu olduğu alanlar, adliyelerdeki mevcut derdest dosya sayısının %8'lik kısmını kapsamaktadır²⁹³.

²⁸⁴ Directive 2008/52/EC, m. 5; 28/2010 KHK (Legislative Decree) m. 2.

²⁸⁵ Directive 2008/52/EC, m. 6; 28/2010 KHK (Legislative Decree) m. 12.

²⁸⁶ Directive 2008/52/EC, m. 7; 28/2010 KHK (Legislative Decree) m. 9, 10.

²⁸⁷ Directive 2008/52/EC, m. 8; 28/2010 KHK (Legislative Decree) m. 6.

²⁸⁸ Directive 2008/52/EC, m. 9; 28/2010 KHK (Legislative Decree) m. 21.

²⁸⁹ **De Palo/E Oleson**, s. 255.

²⁹⁰ 28/2010 KHK (Legislative Decree) m. 17-20.

²⁹¹ **De Urso**, s. 4.

²⁹² **De Palo/E Oleson**, s. 255

²⁹³ **Caia**, Francisco/**Sorbi**, Francesca, TC. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının 19-23 Ekim 2015 İtalya Çalışma Ziyareti Tutanakları, s. 5. www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Kasim/italya_calisma_ziyareti/italya_calisma_ziyareti.pdf (s.e. 9.4.2016).

Uyuşmazlığın taraflarından ilk arabuluculuk isteğinde bulunan, arabuluculuk organizasyon kuruluşunu ve arabuluculuk yerini seçme hakkına sahiptir²⁹⁴. Bu hak, arabuluculuk dosyasına ilk açan tarafa; iç tüzüğü onun için daha avantajlı olan bir arabuluculuk kurumu seçmesine ve kendisini daha rahat hissedeceği arabulucularla arabuluculuk sürecini yürütme imkânı verir²⁹⁵. Herhangi bir uyuşmazlık için, arabuluculuk kurumunu ve yerini seçebilmenin faydası bu açılardan önemlidir. Arabuluculuk kurumu, başvuru sonrası 15 gün içerisinde bir arabulucu tayin etmek ve bir toplantı tarihi vermek zorundadır²⁹⁶.

Arabulucuların mesleği hakkında hiçbir sınırlama yoktur. Arabulucular en az üç yıllık üniversite derecesine sahip veya bir meslek kurumuna kayıtlı olmalıdır. İtalya'da arabulucu olmak isteyenlerin 50 saatlik bir eğitim almaları gerekmektedir. Ancak avukatlar bu eğitimi almadan arabulucu olmak için Adalet Bakanlığı'na başvurabilirler. Bununla birlikte, avukatların baroların merkezlerinin arabuluculuk listelerinde yer alabilmeleri için, 16-18 saatlik bir eğitim baro tarafından şart koşulmaktadır²⁹⁷.

İtalya'da arabulucular için, genel bir etik kural bulunmamaktadır. Pek çok arabuluculuk kurumu, Arabulucular İçin Avrupa Etik Kuralları'nı benimsemiştir. Bu kurallar referans olarak kullanılmaktadır. 28/2010 sayılı KHK'de, 180/2010 sayılı ve 145/2011 sayılı Bakanlık Kararnameleri'nde, arabulucuların nitelikleri ve arabuluculuk sürecindeki rehberlikleriyle ilgili kurallar belirlenmiş, adil ve tarafsız olarak arabuluculuk sürecinin teknik yönlerine uymaları gerektiği hüküm altına alınmıştır. Arabulucunun, iletişim sağlama, tarafların rolünü tanımlama, arabuluculuk için uygun zamanı belirleme, tarafsızlık, sadakat ve özen borcu, bilgilendirme, arabuluculuk sürecini yönetme, tarafsızlığıyla ilgili konularda aydınlatma gibi başlıca görevleri bulunmaktadır²⁹⁸. İtalya'da arabulucuların taraflara

²⁹⁴ 28/2010 KHK (Legislative Decree) m. 4(1) ve 2.

²⁹⁵ 28/2010 KHK (Legislative Decree) m. 3(1).

²⁹⁶ 28/2010 KHK (Legislative Decree) m. 8(1); **De Palo/E Oleson**, s. 256.

²⁹⁷ **Caia/Sorbi**, s. 4-5.

²⁹⁸ **De Palo/E Oleson**, s. 257.

özüm önerisi de sunabildiği, değerlendirici arabuluculuk faaliyet şekli uygulanmaktadır²⁹⁹.

Arabuluculuk süreci, tarafların arabuluculuk süreci hakkında ve diğer prosedürlerle ilgili eğitici bir görevi olan arabuluculuk sözleşmesinin imzalanmasıyla başlar. Genel olarak uyuşmazlık hakkındaki olayları ve delilleri sunma kuralları ve süreçte takip edilecek belirli bir usûl kuralı yoktur. Uygulamada, arabuluculuk kurumlarının prosedür kuralları altında, taraflar ve arabulucu izlenecek usûl hakkında anlaşılır ve bu bağlayıcı bir sözleşme olarak ele alınır. Arabuluculuk süreci esnektir³⁰⁰.

Arabuluculuk görevlerinin yerine getirilmesi, arabulucunun bağlı bulunduğu arabuluculuk kurumunun sorumluluğu altındadır. 180/2010 sayılı Bakanlık Kararnamesi'nin m. 6(4)'e göre, arabulucunun uymakla yükümlü olduğu zorunlulukların ve standartların ihlâli, disiplin cezasını gerektiren suç oluşturur. Bu cezayı verme yetkisi, arabuluculuk kurumlarına verilmiştir. Eğer arabulucu, mesleki yükümlülük ihlâlinde bulunmuş ise, arabuluculuk kurumunun da sorumluluğu söz konusudur. 180/2010 sayılı Bakanlık Kararnamesi m. 4(2) (b) bendine göre, arabuluculuk kurumu, arabulucunun bu tür görev ihlâllerinden ve görevi kötüye kullanmasından dolayı 500.000 €'ya kadar tazminat sorumluluğu bulunmaktadır³⁰¹.

Arabulucuların ücretleri 145/2011 sayılı Bakanlık Kararnamesiyle belirlenirken, arabulucunun ücreti kesin bir şekilde belirtilmemiştir. Kararnamede, arabuluculuk kurumlarının uyuşmazlığın değerine göre alabilecekleri maksimum maliyet sınırını belirler. Arabulucu ücretini arabuluculuk kurumu ile görüşür. Normal olarak, ücreti önceden belirlenen rakamın bir yüzdesi olacaktır. Arabulucu asla uyuşmazlığın taraflarından doğruca ücret almaz. Arabulucunun ücreti, bağlı

²⁹⁹ De Urso, s. 5.

³⁰⁰ De Palo/E Oleson, s. 258.

³⁰¹ De Palo/E Oleson, s. 258.

bulunduğu arabuluculuk kurumu tarafından ödenir³⁰². Zorunlu arabuluculuk sürecinde taraflarca ilk oturum için ödenecek ücret; uyuşmazlığın değeri 250.000 €'ya kadar olan uyuşmazlıklarda 40 €+KDV, 250.000 €'dan fazla olan uyuşmazlıklarda 80 €+KDV dir. Bu ücretler yapılacak ilk oturum için gerekli masrafları karşılamak üzere alınmaktadır. Arabulucunun alacağı ücret, Bakanlığın tarifesine göre 65 € ile 9200 € arasında ücret olabilmektedir. Arabulucular ilk toplantı için ise her hangi bir ücret almamaktadırlar³⁰³.

28/2010 sayılı KHK m. 12'ye göre, arabuluculuk süreci sonundaki bütün uyuşmazlık çözüm anlaşmaları, mahkemeye ibraz edilip uygun bulunmasıyla icra edilebilir olduğu hüküm altına alınmıştır. Diğer mahkeme kararları gibi, çözüm anlaşması arabulucu tarafından resmi kayda girer ve sonrasında tarafların mal varlığı üzerine haciz koyma yetkisi veren bir icra emri haline gelir. Sınır ötesi uyuşmazlık çözüm anlaşmalarında, anlaşmanın uygulanacağı yerin mahkeme başkanının, yazılı çözüm anlaşmasını onaylaması gerekmektedir³⁰⁴.

G. FRANSA'DA ARABULUCULUK

Fransa'da genel eğilim, arabuluculuğun sadece medeni ve ticari uyuşmazlıklarda değil, aynı zamanda idare hukuku ve küçük suçlarla ilgili ceza hukuku alanında da kullanımını teşvik etme yönündedir. Bu konuda, çeşitli iş sektörlerine özgü özel hükümlerin yanında, Medeni Usûl Kanunu'nda (CPC) daha genel hükümler mevcuttur. Bu hükümler, çoğunlukla kanun maddelerinde, kararnamelerde veya hükümet tarafından yapılmış “*Arrêtés*” lerde bulunur. Arabuluculuk ve uzlaşmayla ilgili hükümler, sözleşmelerde giderek yaygınlaşmaktadır. Adalete erişim hakkını kısıtlamadığı veya etkisiz hale getirmediği

³⁰² **De Palo**, Giuseppe/**Keller**, Lauren, “Mediation in Italy, Alternative Dispute Resolution for All”, Hopt K.J./Steffek F. (eds), Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford 2013, s. 692.

³⁰³ **Bartolomeo**, Fabio/**Triscari**, Giancarlo, (Adalet Bakanlığı İstatistik Genel Müdürü ve Arabuluculuk Sorumlusu), TC. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının 19-23 Ekim 2015 İtalya Çalışma Ziyareti Tutanakları. s. 5.

³⁰⁴ **De Palo**/E Oleson, s. 260.

sürece bu hükümler geçerlidir. Ancak içtihatların, mahkemeden önceki bir uzlaşma girişiminde, tarafları etkileyici hükümlerin kapsamını kısıtladığı görülür³⁰⁵.

Fransa mevzuatı arabuluculuğu, mahkeme içi arabuluculuk (médiation judiciaire) ve mahkeme dışı arabuluculuk (médiation extrajudiciaire) olarak ayırır. Fransa'da 2008/52/EC sayılı Avrupa Yönergesi'nin iç hukuka uyarlanmasına kadar, Medeni Usûl Kanunu'nda sadece adli arabuluculuk ve uzlaştırma düzenlenmiştir. Ancak, 16 Kasım 2011 tarihli 2011/1540 sayılı kanun³⁰⁶ ve 20 Ocak 2012 tarihli 2012/66 sayılı Kararnamenin uygulanmasından beri Medeni Usûl Kanunu, mahkeme dışı arabuluculuk ve uzlaştırmayla ilgili kanun hükümleri de içerir. Medeni Usûl Kanunu'nun yeni maddesi 1530, bu tür uzlaştırma ve arabuluculuğun bir tanımını verir. Madde 1531, Avrupa Yönergesi'nde geçen iki istisna³⁰⁷ ile birlikte gizlilik ilkesini açıklar. Madde 1532-1535, mahkeme dışı arabuluculuğu düzenler. Madde 1533 göre; arabulucu, ceza mahkûmiyeti bulunmayan, ciddi idari veya disiplin suçu olmayan, uyuşmazlığın türü dikkate alınarak gerekli niteliklere, uygun eğitime ve deneyime sahip olan ve belirli kanuni şartları yerine getirebilecek gerçek veya tüzel kişi olmalıdır. Uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisine sahip mahkeme, m. 1534 ve 1565 hükümleri kapsamında, taraflardan birinin talebi ve diğer tarafların rızasıyla mahkeme dışı arabuluculuk ve uzlaştırma mümkündür³⁰⁸.

Arabuluculuk, özellikle aile uyuşmazlıkları, ticari uyuşmazlıklar ve bazen iş uyuşmazlıklarında kullanılır. Aile uyuşmazlıklarında dikkate alınan özel düzenlemeler vardır. Boşanma prosedürleri için Medeni Kanun (C civil) madde 255

³⁰⁵ **Ferrand**, s.190.

³⁰⁶ **Gorchs-Gelzer**, s. 2.

www.iepj.fr/themes/iepj/images/upload/Regard_critique_sur_lordonnance_n2011-1540.pdf
(s.e. 10.4.201).

³⁰⁷ 2008/52/EC m. 7(1/a) Kamu düzeninin üstün geldiği haller ve m.7(1/b) Arabuluculuk anlaşmasının icra edilebilirliği.

³⁰⁸ Bkz. CPC art. 509-2 vd. Arabuluculuk sürecinin sonundaki çözüm anlaşmaları ve Avrupa Birliğine üye diğer devletlerin yetkili otoriteleri tarafından uygulanabilirliği kabul edilmiş çözüm anlaşmaları Fransa'da tanınır ve icra edilebilir. **Ferrand**, s. 191.

ve ebeveyn sorumluluklarından kaynaklanan uyuşmazlıklar için Medeni Kanun madde 373-2-10 örnek olarak verilebilir³⁰⁹.

Avrupa Birliği Yönergesi 2008/52/EC'nin Fransız kanunlarına uyarlanması biraz gecikmesine rağmen, Yönergenin öngördüğü pek çok gereksinim, Yönergenin uyarlanmasından önce de Fransa'da zaten karşılanıyordu. Örneğin, Yönerge madde 8'deki zamanaşımının ertelenmesi, madde 6'daki çözüm anlaşmalarının tenfiz kabiliyeti, madde 7'deki arabuluculuğun gizliliği ilkesi gibi hükümleri sayabiliriz. Yönergenin bir sonucu olarak esas düzenleme gereksinimi, hâkim tarafından yapılmayan mahkeme dışı arabuluculuk alanındaydı. Bu düzenlemeler Medeni Usûl Kanunu'nda madde 1530 vd. ve Şubat 1995'in 95/125 sayılı Kanunu'nda bulunmaktadır³¹⁰.

Nitekim 2003 yılında Fransız Temyiz Mahkemesi, bir uzlaştırma şartı içeren sözleşmenin, davayı kabul edilemez hâle getirdiğine karar vermiştir³¹¹. Davacı önce uzlaştırma girişiminde bulunacak, eğer bir çözüm anlaşması sağlanamadığı takdirde, iddiasını mahkemeye getirebilecektir. Aynı şekilde, Temyiz Mahkemesi 8 Nisan 2009 tarihinde, davaya konu sözleşmedeki, uyuşmazlık durumunda arabuluculuğa başvurulacağına ilişkin maddeye dayanarak, arabuluculuk yöntemi denenmeden davanın görülmesinin kabul edilemeyeceğine karar verdi³¹². Bu kabul edilemezlik iddiası, temyiz süreci prosedürünün ilk başlangıcında dahi ileri sürülebilir³¹³.

18 Mart 2009 tarih 2009/302 sayılı Kararname ile tüketicilerle yapılan sözleşmelerde, geçersiz sayılan ve adil olmayan haksız maddeleri kapsayan bir gri liste oluşturuldu. Bu liste, tüketicilerin önce devlet mahkemelerine başvurma araç ve yollarını engelleme ve ortadan kaldırma amaç ve sonucuna yönelik şartları

³⁰⁹ **Ferrand**, s. 191.

³¹⁰ **Ferrand**, s. 192.

³¹¹ Cour de cassation, chambre mixte, 14 February 2003, No 00-19.423 and 00-19.424.

³¹² Cass Civ I, 8 April 2009, No 08-10866, Recueil Dalloz 2009, s. 1284.

³¹³ **Ferrand**, s. 192.

kapsamaktadır. Örneğin, tüketicinin uyuşmazlığı hakem usulüyle veya mahkeme dışı bir usûlle çözmeye zorlayan şartlar bu kapsamdadır³¹⁴.

Mahkeme içi arabuluculuk faaliyetinde, arabulucunun atanması hâkimin görevidir. Mahkeme dışı arabuluculuk faaliyetinde ise, taraflar özgürce istedikleri arabulucuyu seçebilirler. Arabulucunun tarafsızlığına itirazı düzenleyen özel bir prosedür yoktur. Fakat taraflardan biri arabuluculuk sürecini, şayet mahkeme içi arabuluculuk faaliyeti değilse, her zaman sonlandırabilir. Tarafların rızasıyla mahkeme tarafından sağlanan mahkeme içi arabuluculuk faaliyetinde, hâkim, bir tarafın ya da arabulucunun isteği üzerine arabuluculuk sürecini her zaman durdurabilir³¹⁵.

Arabulucunun avukat olup olmaması arasında hiçbir fark yoktur. Fransa kanunlarına göre, arabulucunun avukat olması şart değildir. Avrupa Birliği'nin 2008/52/EC sayılı Yönergesi hükümlerine göre sadece sınır ötesi uyuşmazlıklarda değil, aynı zamanda iç hukuktaki ADR'yi düzenleyen 20 Ocak 2012 tarihli 2012/6 sayılı Kararname'ye göre, arabulucuda bulunması gereken özellikler sadece şunlardır:

- Uyuşmazlığın türü dikkate alındığında gereken niteliklere sahip olmak (arabulucunun mevcut ve geçmişteki iş ve faaliyetleri dikkate alınarak).
- Arabuluculuk faaliyeti dikkate alınarak uygun eğitim veya deneyim sahibi olmak.

Arabulucu ayrıca, iyi ahlakın gerektirdiği karakter özelliklerine sahip olmalıdır. Ceza gerektiren bir suç nedeniyle hüküm giymemiş olmalıdır³¹⁶.

Aile arabulucularına yönelik, 2 Aralık 2003 tarih 2003/1166 sayılı Kararname ile, bir devlet diplomasıyla³¹⁷ yetkilendirilerek bu faaliyete bulunabilecekleri hüküm

³¹⁴ **Ferrand**, s. 192.

³¹⁵ Bkz. CPC Art. 131-10(1).

³¹⁶ Bkz. CPC Art. 131-5, 1533-1.

³¹⁷ Üç yıldan fazla bir sürede 560 saatlik bir (kanun, psikoloji ve sosyoloji) eğitimin sonunda alınan bir diplomadır.

altına alınmıştır. Arabulucunun, taraflara sağlaması gerekli olan bilgiler hakkında açık kurallar yoktur. Bununla birlikte, arabulucunun tarafları arabuluculuk süreci hakkında bilgilendirmesi gereklidir³¹⁸. Arabuluculuk sürecinde adilliği sağlayan Medeni Usûl Kanunu (CPC) madde 131-135 ve 5 gereği, arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti için gerekli olan tüm garantileri sunması gerekmektedir³¹⁹.

Eğer mahkeme tarafından atanan arabulucu, görevlerini tam olarak yerine getiremezse, mahkeme, tarafların talebi veya görev için uygun olmamasının tespiti halinde arabuluculuk faaliyetinin durdurulmasına karar verebilir. Mahkeme dışı arabuluculuk faaliyetinde taraflardan biri veya tamamı süreci sonlandırabilir. Arabulucu, arabuluculuk görevini kötüye kullanması halinde, haksız fiile ilişkin genel kanuni hükümlere göre sorumlu olacaktır³²⁰. Şu ana kadar, mahkeme önüne böyle bir uyuşmazlık konusu gelmemiştir³²¹.

Fransa'daki temel mesleki arabuluculuk kuruluşları³²², uyulması ve sürdürülmesi gereken değerleri ve ortak uygulamaları belirten, arabulucu ve arabuluculuk etik kurallarını hazırladı. Ana ilkeler, özgürlük, bağımsızlık, tarafsızlık, gizlilik, güvenilirlik ve adillik ilkeleridir. Bir arabuluculuk kuruluşuna bağlı olan tüm arabulucular, bu ilkelere göre arabuluculuk faaliyetini yürütmelidir. Eğer arabulucu, teklif edilen uyuşmazlık çözüm anlaşmasının uygulanabilirliği, kamu düzenine uygunluğu ya da adilliği hakkında şüpheleri varsa, çözüm anlaşmasını bağlamadan önce, tarafları bir avukata danışmaya davet etmelidir. Arabulucu ve Arabuluculuk

³¹⁸ Bkz. Code civil (Medeni Kanun) Art. 255.

³¹⁹ **Ferrand**, s. 193.

³²⁰ Bkz. Code civil (Medeni Kanun) Art. 1382 ff (vd).

³²¹ **Ferrand**, s. 193.

³²² Académie de la Médiation, Association Nationale des Médiateurs Européens, Association Nationale des Médiateurs, Association pour la Médiation Familiale, Fédération Nationale pour la Médiation familiale, Fédération Nationale des Centres de Médiation, Médiation-Net, Réseau des Médiateurs en Entreprise, Union Professionnelle Indépendante des Médiateurs.

Etik Kuralları'na (Code de Déontologie du Médiateur)³²³ uymayan arabulucular, üyesi olduğu arabuluculuk kuruluşunun arabulucular listesinden çıkarılabilir³²⁴.

Fransa'da uyuşmazlık çözümü için arabuluculuk yöntemi seçildikten sonra veya arabulucu seçilmeden önce arabuluculuk faaliyetinin kalitesini ortaya koyan özel bir sistem kurulmamıştır. Bu husus, hâkimlerin taraflara arabuluculuğu nadiren önermesinin sebeplerinden birisidir. Diğer bir sebep, arabuluculuğun hukuk usûlü sürecini yavaşlatmasıdır. Hâkimler, arabuluculuğu hukuk mahkemelerinin yerine koymazlar. Sadece bazı uyuşmazlık türlerini, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine uygun görürler³²⁵.

Taraflar, arabuluculuğa razı olsunlar ya da olmasınlar, arabuluculuğu seçmekte özgürdürler. 13 Aralık 2011 tarih 2011/1862 sayılı Kanun'da belirtilen bazı aile uyuşmazlıklarının ve istisnai durumların zorunlu arabuluculuk yöntemiyle çözümü bu özgürlüğün istisnasıdır. Bu özgürlük, tarafların istedikleri zaman, hiçbir gerekçe göstermeden arabuluculuk sürecinden çekilmeleri hâli içinde mevcuttur³²⁶.

Mahkeme içi arabuluculuk faaliyetinde, arabulucuların ücreti için, taraflar ya da taraflardan biri³²⁷ mahkeme sekreteryasına (veznesine) bir avans öder³²⁸. Arabuluculuk sürecinin sonunda Medeni Usûl Kanunu (CPC) madde 131-13 uygulanır. Bu hükme göre mahkeme arabulucunun ücretinin ne kadar olacağını belirler. Arabuluculuğun niteliği ve uyuşmazlık konusunun zorluğu da dikkate alınarak, ücretin miktarını etkileyen faktörler hâkim tarafından ortaya konulur³²⁹.

Mahkeme dışı arabuluculuk faaliyetinde ise, taraflar ve arabulucu, arabuluculuk hizmeti için ödenecek ücreti görüşürler. Pek çok uyuşmazlıkta farklı

³²³ www.code_de_deontologie_commun.pdf (s.e. 11.04.2016).

³²⁴ **Ferrand**, s. 193; Bkz. Arabulucuların sorumluluklarıyla ilgili 3. bölüm Code de Déontologie du www.code_de_deontologie_commun.pdf (s.e. 11.04.2016).

³²⁵ **Ferrand**, s. 194.

³²⁶ **Ferrand**, s. 194.

³²⁷ Bkz. CPC art. 131-6(2).

³²⁸ Bkz. CPC art. 131-6(3).

³²⁹ **Ferrand**, s. 194.

arabuluculuk kuruluşları sabit bir orana sahiptirler. Bir tüzel kişi arabulucunun her bir saatine yaklaşık 250 €, bir gerçek kişi arabulucunun her bir saatine 150 €, değer belirlenmiştir. Bazı arabuluculuk kuruluşları toplam altı saat için sabit bir ücret sunar. İş uyuşmazlıkları için Paris Arabuluculuk ve Tahkim Merkezi (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris-CMAP)³³⁰ tarafından bir arabuluculuk ücret tarifesi sağlanır³³¹.

Aile arabulucularının ücreti, tarafların gelirlerine bağlıdır. Bu yüzden aile arabuluculuğu ücreti, bir saat için en az gelirli için 3 €, en yüksek gelirli için 131 € arasındadır. Arabulucu ve Arabuluculuk Etik Kuralları, aile arabulucusunun ücret belirlerken, ailenin ekonomik durumunu dikkate alması gerektiğine hükmeder. Dahası arabuluculukta ilk bilgilendirme toplantısı ücretsiz olmalıdır³³².

Arabuluculukta uyuşmazlık çözüm anlaşmaları, kendi başına icra edilebilir değildirler. Fakat tarafların mahkemenin çözüm anlaşmasını onaylamasını talep etmesiyle mahkeme çözüm anlaşmalarını icra edilebilir kılar³³³. 20 Ocak 2012 tarih 2012/66 sayılı Kararname, çözüm anlaşmalarının tenfiz kabiliyetiyle ilgili pek çok kanuni hüküm içerir³³⁴. Geleneksel arabuluculuk faaliyetinde, çözüm anlaşmasının icra edilebilirlik talebi, tüm taraflar veya tüm tarafların onayıyla taraflardan biri vasıtasıyla yapılır. Çözüm anlaşmasını onaylayan ve icra edilebilirlik şerhi veren mahkeme, uyuşmazlık konusu hakkında yargı yetkisine sahip olan mahkemedir³³⁵.

Hâkim, arabuluculuk çözüm anlaşmasını, onaylamayı ve icra edilebilir kılmayı uygun görmeyebilir. Özellikle, iş uyuşmazlıklarında, hâkim çözüm anlaşmalarını

³³⁰ www.cmap.fr (s.e. 11.04.2016).

³³¹ **Ferrand**, s.194; Arabuluculuk ücretleri uyuşmazlık konusunun değerine, tarafların durumuna, arabuluculuk faaliyetinin uluslararası olup olmama özelliğine bağlıdır. Bir saatlik arabuluculuk ücreti 250-750 € arasındadır. Bkz. <http://www.cmap.fr/cmap/cmapi-scale-of-fees/?lang=en> (s.e. 11.04.2016).

³³² **Ferrand**, s. 194.

³³³ CPC art. 131-12.

³³⁴ CPC art. 1534, 1535. Ayrıca, uzlaşma ve avukatlar yardımıyla arabuluculuk faaliyeti olmaksızın varılan çözüm anlaşmalarına CPC art. 1565-1568 uygulanır.

³³⁵ CPC art. 1565(2).

dikkatle inceler ve her bir tarafın hakkının korunup korunmadığını kontrol eder. Bunun dışında hâkim pek çok uyuşmazlıkta, kapsamlı bir inceleme değil, belirli (tarafların ücretsiz bertaraf edilmesi ve kamu güvenliği gibi) konularda sınırlı bir incelemede bulunur. Uyuşmazlıklardaki hakların kullanımının, tarafların bağımsız tasarruflarında olmadığı durumlarda (örneğin, Aile Kanunu, aile yükümlülükleri gibi) mahkeme tarafların (ailede çocukların) menfaatlerinin birbirine uygun olduğunu görmesi halinde, çözüm anlaşmasını onaylar ve icra edilebilir kılar³³⁶.

Mahkeme içi arabulucuk faaliyetinde, mahkemeler önüne gelen davalarda, uygun gördükleri uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yolu olarak arabuluculuğu önerme yetkisine sahiptirler. Fransa hükümetinin politikası da, uyuşmazlık taraflarını, mahkemeye başvurmadan önce arabuluculuğu düşünmesini teşvik eder. Hâkimin arabuluculuk önerdiği, tarafların bu öneriyi kabul ettiği hâllerde, genellikle arabuluculuk mahkeme salonunda gerçekleşmez³³⁷. Mahkeme, arabulucuyu belirli bir süre için görevlendirir. Aynı zamanda taraflara bu arabuluculuk faaliyet süresi hakkında bilgi verir³³⁸. Arabulucu, uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk görevini kabul etmediği hakkında bilgiyi, mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde mahkemeye vermelidir³³⁹. Arabulucu, tarafların arabuluculuk avansını mahkeme vizesine yatırdığının bilgisini mahkemeden aldıktan sonra, en kısa zamanda uyuşmazlık taraflarını bir araya getirmelidir³⁴⁰. Arabuluculuk sürecinin sonunda, arabulucunun ücreti mahkeme tarafından belirlenir³⁴¹.

Fransa’da hâkim, tarafları mahkeme sürecinin herhangi bir aşamasında uzlaştırmayı deneyebilir³⁴². Başka bir ifadeyle tarafları uzlaşmaya sevk eden bir

³³⁶ **Ferrand**, s. 195.

³³⁷ Ancak, bazı mahkemelerde ilk duruşmada arabulucu orada bulunabilir. Hâkimin arabuluculuk önerisini kabul eden taraflar, arabulucu ile ilk toplantıyı orada yapabilirler. Aile uyuşmazlıkları için bkz. Rapport Magendie, Célérité et qualité de la justice. La médiation, une autre voie s. 43vd. http://www.mediateurseuropeens.org/Consultez-le-rapport-Magendie_a34.html (s.e. 12.04.2016).

³³⁸ CPC art. 131-6(1).

³³⁹ CPC art. 131-7(2).

³⁴⁰ CPC art. 131-7(3).

³⁴¹ **Ferrand**, s. 196.

³⁴² CPC art. 21.

uzlaştırıcı gibi davranır. Ancak Almanya'daki mahkeme içi arabuluculuğun (guterichter) aksine, asla arabulucu olarak görev yapmaz³⁴³.

H. DANİMARKA'DA ARABULUCULUK

Danimarka'daki arabuluculuğun öne çıkan dört özelliğine dikkat çekmek gerekir. Bunlar; arabuluculuğun bir takım belirlenmiş değerlere dayanması, arabuluculuğa kolaylaştırıcı arabuluculuk tarzının hâkim olması, mevcut kanunun ilgi odağı olmaması ve arabuluculuğun eğitimli arabulucular tarafından uygulanmasıdır. Bu özellikler mevzuatta, mesleki kuruluşların etik kurallarında ve arabuluculuk uygulamalarında belirtilmiştir³⁴⁴.

İlk olarak, arabuluculuk, özünde iç içe olan bir değerler kümesine dayanır. Öne çıkan değerlerden bir tanesi, uyuşmazlığın ne hakkında olduğunu ve nasıl çözülmesi gerektiğini en iyi bilen uyuşmazlığın taraflarının oluşturduğu çift kavramıdır. Başka bir ifadeyle, taraflar kendi hayatlarının uzmanları olarak kabul edilir. Bu değer, arabuluculukta özerklik ilkesiyle gerçekleşir. Diğer değerler, tartışmalarda düşünceli, hoş ve beğenilen diyalog, şahsiyetli karakter ve samimi ilişkileri içerir³⁴⁵. Değerlerin önemi, bir yandan uygulamaya rehberlik etme yeterliliğinde, diğer yandan da, kanunun rolü, tarafların rolü ve üçüncü kişinin rolü açısından, uyuşmazlık çözümünün yetkili araçları hukuk davaları ile arabuluculuk arasındaki farkı ayırt etmede yatar³⁴⁶.

İkinci olarak, Danimarka'daki arabuluculuk, kolaylaştırıcı arabuluculuktur. Arabulucunun görevi, arabuluculuk sürecine rehberlik ederek uyuşmazlığın çözümünü tarafların bulmasını desteklemektir. Arabulucu değerlendirci arabuluculuk yaparak çözüm önerisinde bulunmaz³⁴⁷. Kolaylaştırıcı arabuluculuk,

³⁴³ Ferrand, s. 196.

³⁴⁴ Adrian, Lin, "Regulation of Dispute Resolution in Denmark: Mediation, Arbitration, Boards and Tribunals", Steffek/Unberath/Genn/ Greger/Menkel-Meadow (eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 115-133.

³⁴⁵ Bu değerler için bkz. Windelov, Vibeke, Mediation, Copenhagen 2007, s. 23 vd.

³⁴⁶ Windelov, s. 27.

³⁴⁷ Bkz. Yukarıda "Kolaylaştırıcı Arabuluculuk-Değerlendirci Arabuluculuk Ayrımı".

arabuluculuk eğitiminin büyük bölümünün temelidir ve kanunda ve etik kurallarda yerini alır. Ancak, arabuluculuk her zaman teoride sunulduğu şekliyle uygulanmamaktadır. Yine de, Danimarka’da mahkeme bağlantılı arabuluculuğa ilişkin bir istatistikte, arabulucuların esasen ağırlıklı olarak kolaylaştırıcı arabuluculuk faaliyetiyle görev yaptığını belirtir³⁴⁸.

Üçüncü olarak, arabuluculukta genel olarak uyuşmazlığın çözümü konusunda, tarafların kendi düşüncelerinde sadece hukuku dâhil etmeyi istemeleri ölçüsüyle mevcut kanunlara dayanır. Arabulucular uyuşmazlığın konusunun çözüm içeriğine ilişkin hukuk kurallarına uymak zorunda değildir. Daha ziyade arabulucular, ceza eylemlerini kapsamadığı sürece, tarafları hangi kural ve normların uygulanmasını istediklerine karar vermesi için serbest bırakma mecburiyetindedir. Arabulucular, sadece kanunun emredici hükümlerine aykırı davranmazlar³⁴⁹.

Dördüncü olarak, arabuluculuk genel olarak eğitilmiş arabulucular tarafından yapılır. Sertifika veya ulusal asgari eğitim gereksinimleri olmamasına rağmen, çoğu arabuluculuk belirli bir düzeyde temel eğitimden sonra uygulanır. Temel eğitim en az dört günden yedi güne kadar süren bir program, en çok iki yıllık kısmi zamanlı (part-time) bir üniversite seviyesinde bir program şeklinde çeşitlilik gösterir³⁵⁰. Ayrıca arabuluculuk, Danimarka’da kendi başına bir akademik alandır ve başlıca hukuk fakültelerinde müfredatta seçmeli ders olarak yer almaktadır. Bu uygulamada olduğu kadar teoride de arabuluculuğun gelişimine katkı sağlar³⁵¹.

Adalet alanında Avrupa Birliği düzenlemelerinden Danimarka’nın muafiyeti nedeniyle, Danimarka, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli

³⁴⁸ Adrian, s. 117.

³⁴⁹ Adrian, s. 117

³⁵⁰ Kopenhag Üniversitesi Hukuk Fakültesinde iki yıllık master programı için bkz. jura.ku.dk/uddannelser/efterogvidereuddannelse/master/ (s.e. 13.04.2016).

³⁵¹ Adrian, s. 117.

Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52 EC Sayılı Yönergesi'yle bağlı değildir³⁵². Yönerge irâdi olarak iç mevzuata aktarılmamıştır³⁵³.

I. Hukuk Davalarında Mahkemeye Bağlantılı Arabuluculuk

Arabuluculuk ve hukuk davaları tarihi köklere sahiptir. 1765'ten 1952 yılına kadar, Danimarka mahkeme sistemi dışında yürütülen, bir arabuluculuk kurulları sistemine sahipti. Hukuk davası açmak isteyen taraflar, mahkeme sürecini başlatmak için bir ön şart olarak arabuluculuk girişiminde bulunmaları genel kuraldı. 1952 yılında, arabuluculuk mahkemelerin içine taşındı ve mahkeme bağlantılı arabuluculuk faaliyeti oldu. Arabuluculuk, hüküm verme sürecine dâhil edildi ve yargı faaliyetinin bir parçası olarak uyuşmazlık çözümünde kullanılması istendi. Mahkeme bağlantılı arabuluculuk, yargılama sürecinin tamamlayıcı bir faaliyeti gibi devam eder. Ancak günümüz arabuluculuğuyla çok az ortak yönü vardır³⁵⁴.

Arabuluculuk, 2003 yılında hukuk davalarında, yargıya alternatif olarak kabul edilen bir pilot projenin uygulaması olarak, dört belediye mahkemesi ve bir temyiz mahkemesinde başlatılmıştır. Bu pilot proje 2005 yılında istatistiki açıdan değerlendirilmiştir³⁵⁵.

Arabuluculuk faaliyetine katılan tarafların, olumlu değerlendirmeleriyle teşvik edilen, hukuk uyuşmazlıklarında mahkeme bağlantılı arabuluculuk, 2008 yılında Danimarka Yargılama Usulü Kanunu'na (Danish Administration of Justice Act) ek olarak getirilen bölümüyle (Bölüm 27), Danimarka adalet sisteminin kalıcı bir unsuru hâline getirilmiştir. Bu getirilen kanun değişikliğinde temyiz mahkemesi hariç

³⁵² Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52 EC Sayılı Yönergesi madde 1(3). “*Bu Yönergede “Üye Devlet” terimi, Danimarka dışındaki Üye Devletleri ifade etmektedir.*” [www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF\(s.e.13.04.2016\).](http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF(s.e.13.04.2016).)

³⁵³ **Adrian**, s. 118.

³⁵⁴ **Adrian**, s. 118.

³⁵⁵ Diğer alanlarda ve diğer ülkelerde tarafların memnuniyeti üzerine yapılan çalışmalara göre, tarafların büyük çoğunluğu arabuluculuktan ya oldukça veya tamamıyla memnundu ve mahkemeye bağlı arabuluculuğu başkalarına da tavsiye edeceklerdi. Dahası değerlendirmede, davaların %64'ü tarafların çözüm anlaşmasına varmalarıyla sonuçlanmıştır. Uyuşmazlık konusu davaların sadece %5'i arabuluculuk faaliyetinin yapılması için gönderildi.

tutulmuştur. Kanun, alışılmadık bir şekilde desteklenerek Parlamento’da oybirliğiyle kabul edildi. Hükümet, tarafların çıkarları, ihtiyaçları ve geleceğine hitap eden ve tarafların mahkeme kararlarından daha tatmin edici olarak kabul ettikleri ve süreci etkileyebildikleri bir çözüm yöntemi olan arabuluculukla uyuşmazlıklarını çözebileceklerini umut etmiştir. Parlamentoda kanunlaştırma sürecinde, çeşitli taraflar farklı bir uyuşmazlık çözüm sürecinin sağlanmasını desteklemiştir. Bazıları da arabuluculuğun mahkemelerin iş yükünü azaltacağını ve daha etkili bir adalet sisteminin sağlanacağını ifade etmiştir³⁵⁶.

Temyiz mahkemesi hariç bütün mahkemeler, hukuk davalarında arabuluculuk faaliyetine ulaşım sağlamak zorundadır³⁵⁷. Arabuluculuk üzerine özel eğitim alan hâkimler ve avukatlar arabulucu olarak hizmet verirler. Arabulucular, arabuluculuğa gönderilen her dava için, mahkemenin arabuluculuk listesinden idari olarak atanırlar³⁵⁸. Dava açıldıktan ve harçları ödendikten sonra, arabuluculuk taraflara teklif edilir. Arabuluculuk faaliyetine katılım gönüllüdür (irâdidir) ve taraflar istedikleri zaman süreçten çekilebilirler. Ne arabuluculuk reddedildiği için, ne de arabuluculuk faaliyetiyle bir çözüme ulaşılamadığı için bir yaptırım uygulanmaz. Arabuluculuk süreci tüm katılanlar için gizlidir. Arabulucular, uyuşmazlığın çözümüne mahkemeyle devam edilmesi halinde, şahit olma ve delil verme yükümlülüğünden muaftırlar. Arabuluculuk taraflara ücretsiz sunulmaktadır ve yargılama sürecinin her hangi bir noktasında arabuluculuk faaliyetinde bulunulabilir. Ancak genel olarak davanın açılmasından hemen sonra kullanılan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arabuluculuk teklifi taraflarca kabul edildiğinde, yargılama

³⁵⁶ Adrian, s. 118.

³⁵⁷ Taraflar, hukuk davası süresince herhangi bir zamanda, mahkemeyle bağlantılı olmayan arabuluculuğu özel olarak seçebilirler.

³⁵⁸ 12 Ağustos 2011 tarihli Ulusal Mahkeme İdaresi tarafından gönderilen verilere göre, avukatlık geçmişine sahip arabulucular davaların %40’ına, adli geçmişe sahip olan arabulucular ise davaların %60’ına arabuluculuk etmişlerdir. Bu iki arabulucu grubu arasında hatırı sayılır bir etkileşim vardır. Mahkeme bağlantılı arabuluculuk için etik kuralların oluşturulmasında işbirliği vardır ve Mahkeme İdaresi tarafından ortak ek eğitim sunulmaktadır.

süreci durur. Mahkeme bağlantılı arabuluculuk, kolaylaştırıcı arabuluculuğu vurgulayan arabuluculuk faaliyetiyle yürütülür³⁵⁹.

Genel kural, arabulucunun çözüm için öneriler sunması ve uyuşmazlıktaki iddiaların haklılığını değerlendirmesi gibi faaliyetleri oldukça sınırlı bir düzeydedir. Sadece taraflar bu tür bir bilgi istediklerinde ve arabulucunun bu talebi uygun bulması halinde mümkündür. Avukatlar, arabuluculuk faaliyetine tarafların yanında katılabilirler fakat başlıca rolü taraflar oynar. Örneğin, taraflar bütün oturumlara katılırlar, uyuşmazlık konusu hakkındaki iddiaları taraflar ortaya koyar ve avukatlarından daha fazla konuşma yaparlar. Eğer davada arabuluculuk faaliyeti sonucunda çözüm sağlanamazsa, arabulucu davaya hâkim ya da avukat olarak katılamaz. Taraflar kabul etmedikçe arabuluculuk faaliyetiyle elde edilen bilgi ve belgeler mahkemede kullanılamaz³⁶⁰.

Eğer uyuşmazlık mahkeme bağlantılı arabuluculukla çözümlenirse, taraflar çözüm anlaşmasının mahkeme tutanaklarına eklenmesini isteyerek, anlaşmanın icra edilebilir olmasını sağlayabilirler. Bu takdirde çözüm anlaşmasının hukuki gücü, mahkeme ilâmıyla eşit olur³⁶¹. Başka bir ifadeyle çözüm anlaşması ilâm hükmünde belge olup, icra kabiliyetine sahiptir³⁶². Bu yapılmadığı takdirde, çözüm anlaşması her hangi bir sözleşme gibidir. Arabuluculuk faaliyetlerinin sonundaki çözüm anlaşmalarının çoğu, icra edilebilir niteliğe kavuşturulmaktadır. Aksi takdirde her bir taraf arabuluculuk faaliyetinden kaynaklanan ücretleri ödemek zorundadır. Arabulucunun sorumluluğu, genel kanuni düzenlemelere göredir³⁶³.

Danimarka Yargılama Usûlü Kanunu'nun 27. bölümü, arabuluculuğun tanımı, tarafların ve arabulucunun rolü, arabuluculuğa katılım ve arabuluculuk faaliyet şekli gibi konuları içine almamıştır. Bu konular sadece hükümet komisyonu tarafından

³⁵⁹ Bu tarz arabuluculuk faaliyetinin ayrıntıları için bkz. **Windelow**, Mediation, s. 29 vd.

³⁶⁰ **Adrian**, s. 119.

³⁶¹ Dahası başarılı arabuluculuk yöntemiyle çözümlenen davaların yaklaşık %50'sinde, taraflar mahkeme ilamlarında yer alabilecek konulardan başka unsurlarıda içeren çözüm anlaşmalarına varmışlardır.

³⁶² Bkz. Medeni Usûl Kanunu (Administration of Justice Act) m. 270, 478.

³⁶³ **Adrian**, s. 119.

gerçekleştirilen tasarı çalışmasında ele alınmıştır. Buna ek olarak, Ulusal Mahkeme İdaresi tarafından, mahkeme bağlantılı arabuluculuk için bir dizi etik kural düzenlenmiştir. Arabuluculuğun en önemli yönlerinin belirtildiği daha detaylı bir kanun düzenlemesi, arabuluculuğun önemini vurgulamada ve arabuluculuğu korumada daha etkili olacaktır³⁶⁴.

II. Aile Uyuşmazlıklarında Kamu Sektörü Arabuluculuğu

Bölgesel İdareler³⁶⁵, artık beraber yaşamayan aileler arasındaki velayet, şahsi münasebet tesisi, ikamet ve diğer uyuşmazlıkların çözümü için görev yapmaktadır. Bir yıllık dönemde yaklaşık 20.000 uyuşmazlığı ele alır³⁶⁶. Eğer ebeveynler aile uyuşmazlıkları hakkında bölge idaresinde bir anlaşmaya varamazlarsa, velayet ve ikamet konuları mahkemeye sevk edilirken, çocukla şahsi münasebet tesisi konusundaki kararı bölge idaresi verir³⁶⁷. Bu uyuşmazlıkları çözmek için kullanılan başlıca araç, yalnızca bir avukat veya avukatla beraber çalışan çocuklar konusunda uzman bir psikolog veya sosyal hizmet uzmanıyla birlikte yapılan idari toplantılardır. Eğer bu toplantılar anlaşma ile sonuçlanmazsa, ailelere çocuklar üzerine uzmanlığı olan biri tarafından arabuluculuk veya danışmanlık hizmeti alması önerilir³⁶⁸.

Aile uyuşmazlıklarında arabuluculuk 2001 yılında ülke çapında bir pilot proje olarak uygulamaya konulmuş ve Eylül 2004 de değerlendirilmiştir³⁶⁹. Genel olarak ebeveynlerin %71'i arabuluculuğu başarılı bulmuştur. Uyuşmazlıkların %84'ünde ebeveynler kısmen veya tamamen bir anlaşmaya varmıştır. Bu uyuşmazlıkların

³⁶⁴ Adrian, s. 120.

³⁶⁵ “Statsforvaltinger” olarak adlandırılır. Toplam beş Statsforvaltinger, beş farklı coğrafi bölgeyi kapsar.

³⁶⁶ Bkz. Statistik om forældreansvarslovens effekt i de sager, der behandles i statsforvaltningerne, Copenhagen, Family Law Department, 2011.

³⁶⁷ Bkz. Lov om Forældresvar (Ebeveyn Sorumluluk Kanunu) m. 14, 17 ve 21.

³⁶⁸ Adrian, s. 121.

³⁶⁹ Henriksen, Claus Syberg / Malmgren, Marianne / Juul, Mette Marie, Civilretsdirektoratet har bedt Center for Alternativ Samfundsanalyse, Konfliktmægling i statsamtterne, Copenhagen, CASA, 2004.

file:///C:/Users/User/Downloads/For%C3%A6ldreansvar%20Konfliktmaegling_i_statsamtern e.pdf (s.e. 14.04.2014).

%52'si yaklaşık altı ayda, %23'ü daha az bir sürede anlaşmayla neticelenmiştir. Pilot projenin başarılı bulunması nedeniyle, bu kamu sektörü arabuluculuğu devam etmiş ve 2007 yılında Ebeveyn Sorumluluk Kanunu'na dâhil edilmiştir. Kanun hükmü kısaca, eğer ebeveynler velayet, ikamet ve çocukla şahsi münasebet tesisinde ve arabuluculuk gerektiren diğer uyuşmazlıklarda anlaşmaya varamazlarsa, bölgesel idareler, ebeveyn ve çocuk arabuluculuğu hizmeti sunar³⁷⁰.

Ebeveyn Sorumluluk Kanunu, gerekli görülürse bu konular hakkında daha detaylı düzenleme yapmak için sorumlu bakanlığa yetki vermiştir³⁷¹. Bu yetki üzerine velayet, ikamet ve şahsi münasebet tesisi³⁷² üzerine bir Resmi Kararname ve bir Yönetmelik çıkartılmıştır³⁷³. Buna ek olarak etik ilkelerde bu alandaki arabuluculuğu düzenleyen hükümler içerir³⁷⁴.

Bakanlık Kararnamesi'ne göre, arabuluculuk, kabul edilebilir bir çözüm için, müzakerelerle ebeveynlere yardımı amaçlayan, üçüncü taraf kararlarına alternatif bir çözüm yöntemi olarak tanımlanır³⁷⁵. Kararname arabulucuyu, değerlendirci bir tutumdan ziyade, kolaylaştırıcı bir yaklaşım tarzıyla çalışan ve tarafsız olan şeklinde tanımlamaya devam eder.³⁷⁶

Arabuluculuk, arabulucuların ilgili oldukları kısım kadarıyla gizlidir. Devlet memurlarını kapsayan gizliliğin genel kuralı, arabulucuları da kapsar. Dahası arabuluculara uyuşmazlık konusu üzerine çalışan meslektaşlarına bilgi vermelerini engelleyen ek bir gizlilik kuralı uygulanır. Aynı şekilde tarafların rızası yoksa,

³⁷⁰ Bkz. Lov om Forældrensvar (Ebeveyn Sorumluluk Kanunu) m. 32.

³⁷¹ Lov om Forældrensvar (Ebeveyn Sorumluluk Kanunu) m. 42(5).

³⁷² Lov om Forældrensvar (Ebeveyn Sorumluluk Kanunu) m. 16-19.

³⁷³ Danimarka'da, tüzük (statute), resmi kararname (statutory Decree) ve yönetmelik (guidelines) gibi değişik düzenlemeler vardır. Bkz. **Blume**, Peter Erik, Legal Method in Danish Law, Copenhagen 2011.

³⁷⁴ **Adrian**, s. 121.

³⁷⁵ Vejledning nr 70 from 27/09/2012 om samvær, 3.6.3.2. <http://www.themis.dk/synopsis/docs/Lovsamling/Samvaersvejledningen.html>. (s.e. 15.4.2016).

³⁷⁶ **Adrian**, s. 121.

meslektaşlarının da arabuluculardan bilgi istemeleri yasaklanmıştır³⁷⁷. Taraflar için ise hiçbir gizlilik kuralı yoktur. Ancak, gizlilik ilkesi arabuluculuğun bir parçası olması nedeniyle taraflar genellikle bir iyi niyet anlaşması yaparlar³⁷⁸.

Arabuluculuk hizmeti ücretsiz olarak sunulur ve irâdidir. Ebeveynlerin şahsen arabuluculuğa katılmaları gerekir. Beraberlerinde avukat veya bir başkasını getirebilirler. Fakat genellikle getirmemeyi tercih ederler. Eğer taraflar velayet ve şahsi münasebet tesisi hususunda anlaşabilirlerse taraflar anlaşmayı icra edilebilir hale getirebilir. Bakanlığın velayet konusundaki Resmi Kararnamesi'ne göre, arabuluculuklar üç-dört saatlik, bir-kaç toplantıda gerçekleştirilir³⁷⁹. Ebeveyn Sorumluluk Kanunu'nda, çocuklarla birlikte arabuluculuk öngörülmesine rağmen, bu henüz uygulanmamıştır³⁸⁰.

Boşanma olaylarındaki çocuklar üzerine tartışmalarla ilgili Danimarka mevzuatının ana fikri; ebeveynlerin çocuklarının bakımını göz önünde bulundurarak, ortak sorumluluk ve iş birliği içerisinde çocuklarla ilgili başlıca konuları görüşerek ortak kararlar almasıdır. Mevzuat ebeveynlerin haklarından ziyade çocukların haklarını korumaya yöneliktir. Ebeveynlerin işbirliğiyle ve ebeveynlerin kendileri tarafından alınan kararlar çocuğun yüksek menfaati olarak kabul edilir. Bu düşünce tarzı son on yılda daha belirgin hale gelmiş ve mevzuata yansıtılmıştır. Ebeveyn Sorumluluk Kanunu'na arabuluculuğun dâhil edilmesi, hem bu düşünceyi vurgular hem de bölgesel idarelerin arabuluculuk hizmeti vermesini zorunlu hale getirir³⁸¹.

Bölgesel idareler sadece çocuklar üzerindeki uyuşmazlıklara değil, ayrılma ve boşanma uyuşmazlıklarını da inceler. Eşler ayrılma veya boşanmanın ana şartlarında anlaşılırsa, ayrılık ve boşanma anlaşması idari kararlar onaylanabilir. Eğer kendi başlarına veya bir sosyal görevlinin yardımıyla anlaşmaya varamazlarsa, onlara

³⁷⁷ Statutory Decree (Resmi Kararname), m. 19.

³⁷⁸ **Adrian**, s. 121.

³⁷⁹ Vejledning nr 70 from 27/09/2012 om samvær. <http://www.themis.dk/synopsis/docs/Lovsamling/Samvaersvejledningen.html> (s.e. 15.04.2016)

³⁸⁰ **Adrian**, s. 122.

³⁸¹ **Adrian**, s. 122.

arabuluculuk hizmeti sunulabilir³⁸². Bu uyuşmazlıklarda da arabuluculuk çocuklarla ilgili uyuşmazlıklarda olduğu şekliyle, bölgesel idareler tarafından sağlanır. Bazen her iki durum, tek bir arabuluculuk faaliyetinde birleştirilir. Boşanmanın şartlarında taraflar anlaşamadıkları takdirde, uyuşmazlık karar için mahkemeye devredilir³⁸³.

III. Diğer Alanlarda Arabuluculuk

Devlet destekli girişimler dışında arabuluculuk, okullar, işyerleri, doktor-hasta ilişkileri ve ev sahibi-kiracı uyuşmazlıkları gibi çeşitli alanlarda uygulanır. Bu alanlarda yapılan arabuluculuk, mahkeme yargısına bir alternatif değildir. Fakat arabuluculuk, uyuşmazlığın mahkemeye gidilmeden çözülmesini sağlayabilir³⁸⁴.

2003 yılında, bir grup Danimarka Barolar Birliği'ne³⁸⁵ kayıtlı avukat, “*Danimarkalı Arabulucu Avukatlar*”³⁸⁶ olarak adlandırılan bir organizasyon kurdu. Bugün arabuluculuk eğitimi almış 170 avukat, arabuluculuğu düzenler ve sağlar. Uyuşmazlıkların çoğu, hukuki uyuşmazlıklarla ilgili olsa da, diğer alanlarda da arabuluculuk hizmeti sunarlar. Arabuluculuk Organizasyonu, ortalama ayda bir kez talep üzerine arabulucu tayin eder. Bu Organizasyon tarafından gerçekleştirilen arabuluculuk sayısı mevcut değildir, fakat oldukça sınırlıdır³⁸⁷.

Arabulucu avukatlar tarafından yürütülen arabuluculukların genel çerçevesi, arabuluculuk faaliyetini kapsayan bir dizi etik ilkelerle birlikte, arabuluculuk faaliyetine başlanmadan önce bütün tarafların imzaladığı standart bir sözleşme ile çizilir³⁸⁸. Bu çerçeveye göre, arabuluculuk tüm katılanlar için irâdi ve gizlidir.

³⁸² Bkz. 15.01.2007 tarih 38 sayılı Evlilik Sonuçları ve Boşanma Kanunu (lovbekendtgorelse nr 38 af 15/01/2007 om ægteskabs İndgaelse og oplosning), m. 41.

³⁸³ Adrian, s. 122.

³⁸⁴ Adrian, s. 123.

³⁸⁵ Bu kuruluşa ilaveten, Danimarka Barolar Birliği, 2007 yılında başka arabuluculuk kurumu kurulmasını da destekledi. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Danimarka Arabuluculuk Enstitüsü (Mediations Instituttet). <http://mediationsinstituttet.dk> (s.e. 15.4.2016).

³⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://mediatoradvokater.dk> (s.e. 15.04.2016).

³⁸⁷ Adrian, s. 123.

³⁸⁸ Danimarka’da etik ilkelerin yanında standart sözleşmeler mevcuttur. Etik kurallar ve standart sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://mediatoradvokater.dk> (s.e. 15.04.2016).

Arabulucu avukatların görevi, taraflara uyuşmazlığın çözümünde yardımcı olmaktır. Tarafların şahsen katılmaları gerekir fakat avukatlarını da getirebilirler. Arabulucu bağımsız ve tarafsız olmalıdır. Danışman gibi davranmamalı ve çözüm önerisi sunmamalıdır. Arabulucular, değerlendirici değil kolaylaştırıcı arabuluculuk faaliyeti yaptıklarını, tarafların çözüm anlaşmasının içeriği mevcut kanunlara göre bir mahkeme ya da tahkim sonucu verilebilecek bir karara uygun olmasa da, çözüm anlaşmasına müdahale etmek zorunda olmadığını belirten bir kural edinmişlerdir³⁸⁹.

Arabuluculuk için ücret makul olmalıdır. Genel kural, her taraf kendi masraflarını üstlenmesi ve arabuluculuk ücretinin yarısını ödemesidir. Danimarka'da avukatlık ücretlerini belirleyen etik kurala göre, arabuluculukta beklenmedik durumlarda ücret alınmasına izin verilmemektedir³⁹⁰.

Danimarka'da iki ana tahkim enstitüsü arabuluculuk teklifi sunar, ancak görünüşe göre sunduğu bu arabuluculuk yapma önerisi nadiren kullanılır³⁹¹. Bu enstitülerin her biri, Danimarkalı Arabulucu Avukatlar organizasyonları gibi kurallar yayınlamışlardır³⁹². Ancak tahkim enstitülerinin rehberliği altında yapılan arabuluculuk faaliyetinde, taraflara çözüm anlaşması için öneride bulunulabildiği için önemli bir fark gösterir. Bu muhtemelen, uyuşmazlıkları tahkim sürecinde hakem kararıyla çözen tahkim enstitünün temel faaliyetinden kaynaklanan bir etkidir. Dahası, enstitünün prensiplerine göre, bir arabulucunun taraflarla tek başına şahsen görüşme yapması yasaktır. Bu husus, tahkim enstitüsünün, tahkim yargılaması sürecinde, mahkemelerdeki usûlü düzenleyen usûl kanunlarına dayanmasından ya da onlardan ilham almasından kaynaklanmaktadır³⁹³.

Arabuluculuk üzerine ilk hükümet girişimin tarihi 1994 yılına kadar uzanır. Bu arabuluculuk alanı mağdur-fail arabuluculuğu alanıdır. Bu alanda arabuluculuk ceza

³⁸⁹ <http://mediatoradvokater.dk> (s.e. 16.04.2016).

³⁹⁰ Arabuluculuk Etik Kuralları m. 4.3 ve 4.4 bkz. <http://mediatoradvokater.dk> (s.e. 16.04.2016).

³⁹¹ Danimarka Tahkim Enstitüsü (voldgiftsinstituttet) istatistiki bilgilerine göre her yıl sadece bir-kaç uyuşmazlıkta arabuluculuk yapılır. Bkz. <http://voldgiftsinstituttet.dk/en/arbitration> (s.e. 16.04.2016).

³⁹² <http://voldgiftsinstituttet.dk/en/arbitration> (s.e. 16.04.2016).

³⁹³ **Adrian**, s. 124.

yargılamasına bir alternatif değil, tamamlayıcı bir yöntem olarak teklif edilmiştir. Örnek verecek olursak, Norveç'te uygulanan yöntemden farklıdır ve tek başına alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Ancak, kullanılan yöntem arabuluculuk olduğundan burada kısaca izah etmeyi uygun bulduk³⁹⁴.

Bu arabuluculuk alanı ulusal mevzuata tabidir ve genellikle uluslararası çıkarlara bağlıdır. Mağdur-fail arabuluculuğu, birkaç polis bölgesinde pilot proje olarak uygulandıktan sonra, Ceza Konularına İlişkin Kanunu (lov nr 467 af 12/06/2009 om konfliktråd i anledning af en strafbar handling) ile, yürürlük tarihi 2010 yılından itibaren ülke çapında kullanılabilir hale geldi. Kanun teklifi sırasında parlamentodaki tartışmalarda, mağdur, fail ve toplum ayrıntılı bir şekilde ele alındı. Bu alanda arabuluculuk faaliyetinin öngörülmesinin nedeni, genel onarıcı adalet³⁹⁵ fikriyle uyumlu olmasıdır³⁹⁶.

Arbuluculuk hizmeti polisler tarafından da sunulabilir ve genellikle duruşma öncesinde mümkündür. Bu arabuluculuk faaliyeti, failin büyük ölçüde suçunu kabul ettiği durumlarda ücretsiz ve gönüllü (irâdi) olarak sunulur. Gizlilik ilkesi arabulucu için geçerli olup, taraflar için bağlayıcı değildir. Arabuluculuk faaliyetine katılım, bazı suçlar için bir ceza indirimi sebebi olabilir. Arabuluculuk eğitimi almış kişiler arabuluculuk yapabilirler. Mağdur-fail arabuluculuğuna ilişkin mevzuatta, arabuluculuğa ulaşımın kolay ve ücretsiz olması dışında arabuluculuk faaliyetine katılım için bir teşvik yoktur. Sadece hâkimin verilecek cezayı indirme olasılığı, fail için bir teşvik olabilir. Genelde, failin bu tür arabuluculuğa katılmasının nedeni mağdurdan özür dilemek, mağdurun katılma nedeni ise failden yaptığı davranış için açıklama beklemektir³⁹⁷.

³⁹⁴ Adrian, s. 124.

³⁹⁵ Onarıcı Adalet için bkz. **Johnstone**, Gerry /**Van Ness**, Daniel W., The Handbook of Restorative Justice, Cullompton 2007.

³⁹⁶ Adrian, s. 124.

³⁹⁷ Adrian, s. 125.

İ. NORVEÇ’TE ARABULUCULUK

2008 tarihli temel reform niteliğindeki Norveç Uyuşmazlık Kanunu (Tvisteloven-Tvl) ile, Norveç mevzuatında arabuluculuk için yasal bir sistem oluşturuldu. Kanunun birinci kısmı (madde 1-4), genel gereksinimler ve medeni usûl düzenlemeleriyle ilgili hükümlerdir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri çoğunlukla ikinci kısımda (m. 5-8) ele alınır. Bu bölümde, madde 5’de ön yükümlülükler, madde 6’da uzlaştırma kurullarında hakem usûlü işlemleri, madde 7’de mahkeme dışı arabuluculuk ve madde 8’de geleneksel arabuluculukla, mahkeme bağlantılı arabuluculuk düzenlenir³⁹⁸.

Norveç mevzuatında mahkeme bağlantılı arabuluculuk ve mahkeme dışı arabuluculuk için önemli tamamlayıcı düzenlemeler yapılmıştır. 28 Aralık 2007 tarihli Uyuşmazlık Kanunu Yönetmeliği (Tvistelovenforskriften) bunlardan biridir. Bu Yönetmelik hükümleri taraf masraflarını, mali teminatları, arabulucuların seçimini ve niteliklerini düzenler³⁹⁹.

Aile hukuku alanındaki mevzuat, aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğun amacı ve içeriğini, arabulucuların niteliklerini, arabuluculuk faaliyetinin yerini, arabuluculuk usûlünü düzenleyen Evlilik Kanunu’nu (Ekteskapsloven), Çocuk Kanunu’nu (Barneloven), ve Bakanlık tarafından yayımlanan arabuluculuğa ilişkin ilkeleri kapsar⁴⁰⁰.

Adli Mahkemeler Kanunu’nun (Domstolloven-Dl) birinci bölümünde düzenlenen, mahkeme sisteminin üç aşamasından biri olan ve ön uyuşmazlık çözüm organlarından birisi olarak, sınırlı yargısal yetkiyle görev yapan uzlaştırma kurullarından da bahsetmek gerekir. Uzlaştırma kurullarının sınırlı yetkisi Uyuşmazlık Kanunu (Tvisteloven-Tvl) madde 6-10’da düzenlenmiştir⁴⁰¹.

³⁹⁸ Sperr, s. 346.

³⁹⁹ Tvistelovenforskriften, bölüm 2, m. 4-9.

⁴⁰⁰ Sperr, s. 346.

⁴⁰¹ Sperr, s. 346.

Norveç’te, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52 EC Sayılı Yönerge’sinin, hukuki ve ticari uyuşmazlıklardaki arabuluculuk faaliyetleri üzerine direk bir etkisi olmamıştır. Bununla birlikte Yönerge’nin, sınır ötesi uyuşmazlıklarda dolaylı olarak bir etkisi vardır⁴⁰².

Norveç Uyuşmazlık Kanunu (Tvisteloven-Tvl), geleneksel arabuluculuğu (m. 8-2), mahkeme bağlantılı arabuluculuğu (m. 8-3, 8-4 ve 8-5) ve mahkeme dışı arabuluculuğu (m.7) ayırır⁴⁰³.

Geleneksel arabuluculuk, ya uzlaştırma kurulları⁴⁰⁴ ya da mahkeme yoluyla gerçekleştirilen, uyuşmazlık çözümünün bir türü olarak, taraflar arasındaki geleneksel uzlaşma müzakerelerini ifade eder⁴⁰⁵. Bu mahkeme dışı geleneksel uzlaşma müzakereleri, genellikle duruşma süreci ile aynı zaman diliminde gerçekleşir. Fakat bu zaman dilimiyle sınırlanmaz. Uyuşmazlığın taraflarından birinin, mahkeme ya da uzlaştırıcı grupla ayrı görüşmelerine ve tek taraflı bilgi alışverişine izin verilmez. Uzlaştırıcılar, çözüm önerisi, tavsiye ve tarafsızlıklarına zarar verebilecek diğer değerlendirmelerini taraflara sunmazlar (Tvl m. 8-2). Bu durum mahkemenin veya uzlaştırma kurullarının yapısı nedeniyle. Çünkü taraflar bir anlaşmaya varamazlar ise, uyuşmazlık konusu hakkında karar verecek hâkimler aynı hâkimler, kurul kararıyla çözülecekse kurulun görevli memurları aynı memurlar olacaktır (Tvl m.8-7/2).

Mahkeme bağlantılı arabuluculuk, bir model projeden edinilen deneyim ve prensiplere dayanılarak geliştirilen bir arabuluculuk faaliyet şeklidir. Mahkeme bağlantılı arabuluculuk, Uyuşmazlık Kanunu (Tvisteloven-Tvl), m. 8-3 ile 8-7 arasındaki hükümlerle düzenlenen özerk bir arabuluculuk sürecidir. Bu yöntemde arabulucu, tarafların menfaatlerine uygun ve karşılıklı kabul edilebilir çözüm

⁴⁰² Sperr, s. 346.

⁴⁰³ Sperr, s. 343.

⁴⁰⁴ Uzlaştırma kurulları (forliksrådet) için bkz. Tvl. m. 6-8.

⁴⁰⁵ Aslında bu arabuluculuk türüne “*sıradan arabuluculuk*” anlamına gelen “*ordinær mekling*” denilir.

bulmalarına yardımcı olur ve taraflara çözüm önerileri sunar, uyuşmazlık konusuyla ilgili hukuki ve fiili değerlendirmelerde bulunarak tarafların dayandıkları delillerin zayıf ve güçlü yönlerini açıklar (Tvl m. 8-5). Geleneksel arabuluculuğun aksine, tarafların her birisiyle arabulucu arasında ayrı toplantılara ve tek taraflı bilgi alışverişine izin verilir. Arabulucu genellikle, tarafların bir anlaşmaya varamaması halinde, uyuşmazlık konusunun çözümünde karar verici olmadığından, tarafsızlık gereksinimi, geleneksel arabuluculuktan daha azdır⁴⁰⁶.

Üçüncü olarak, Norveç Uyuşmazlık Kanunu, mahkeme dışı arabuluculuğun özel bir şeklini de düzenler. Bu tür arabuluculuk, taraflar arasındaki yazılı arabulucu sözleşmesine dayanır ve tamamen gönüllü (irâdi) bir süreçtir. Bu süreç Uyuşmazlık Kanunu madde 7’de düzenlenmiş hükümlerle yürütülür. Taraflar istedikleri her an arabuluculuk faaliyetine ara verebilir veya bitirebilir (Tvl m. 7-1). Arabulucu taraflarca seçilir veya taraflar isterse mahkeme onaylı arabulucular sicilinden, bölge mahkemesi tarafından atanır (Tvl m. 7-2). Arabulucu, tarafların belirlediği usûlü takip eder, ancak gerektiğinde belirlenen usûlü tamamlamak için mahkeme bağlantılı arabuluculuk usûlü kurallarını uygulayabilir (Tvl m. 7-3). Arabulucu tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesince hareket ederken, mahkeme bağlantılı arabuluculuğun aksine çözüm önerisi sunup, değerlendirici yaklaşımla arabuluculuk faaliyeti yapabilir (Tvl m.7-3/3). Bu anlamda arabulucu daha aktif bir role sahiptir. Başka bir ifadeyle mahkeme dışı arabuluculuk faaliyeti, hak temelli, değerlendirici ve aktif bir arabuluculuk faaliyet şeklidir⁴⁰⁷.

Ek olarak Norveç mevzuatı, ceza hukuku alanında fail ve mağdurun uzlaşmasını sağlayan, geleneksel ceza usûlüne bir alternatif olarak, uzlaştırma komiteleri aracılığıyla arabuluculuğu hüküm altına alır⁴⁰⁸.

Aile hukuku alanında Çocuk Kanunu (Barneloven), zorunlu arabuluculuğu ve Evlilik Kanunu (Ekteskapsloven) isteğe bağlı arabuluculuğu düzenler⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ Sperr, s. 344.

⁴⁰⁷ Sperr, s. 344.

⁴⁰⁸ Austbø, Anne / Engebretsen, Geir, Mekling i Rettskonflikter, Cappelen Damm 2006, s. 26.

Norveç'te özel arabuluculuğa başlıca örnek, Oslo Ticaret Odası tarafından 1984 yılında tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözümü için oluşturulan enstitüdür. 1995 yılında, bu guruba uzlaştırma, kısa yargılama ve arabuluculuk yöntemleri de eklendi⁴¹⁰. Ancak, Oslo Ticaret Odası tarafından sunulan arabuluculuk hizmeti uygulamada nadiren kullanılmaktadır⁴¹¹.

Aynı şekilde 2000'den beri, Sigorta Şikâyetleri Kurumu (Forsikringsklagekontoret)⁴¹² tarafından sunulan arabuluculuk hizmeti, sigorta sağlayıcılar ve poliçe hamilleri arasındaki uyuşmazlıklar içindir. Ancak bu tür arabuluculuk faaliyeti sınırlı bir geçerliliğe sahiptir. Şöyle ki; genelde mahkeme bağlantılı arabuluculukla aynı prensiplere dayanır fakat her iki taraf için de kanuni sunum gerektiren belgelerin eklenmesiyle daha pahalı bir hizmet haline gelir. Bu nedenle mahkeme bağlantılı arabuluculuk faaliyetinin tercih edilmesine sebebiyet vererek, arabuluculuk alanında etkili olma potansiyelini sınırlar⁴¹³.

Arabulucunun görevleri, Uyuşmazlık Kanunu'nda oldukça genel olarak belirtilmiştir. Kanun, mahkeme bağlantılı veya mahkeme dışı arabuluculuğu gerçekleştirmek için, arabulucunun gerekli uzmanlığa ve kişisel özelliklere sahip olmasını şart koşar⁴¹⁴. Arabulucular bağımsız ve tarafsız olmalıdır. Bu konuda şüpheyi yol açabilecek bütün ihtimaller, tarafları memnun edecek şekilde açıklanmalıdır. Mahkeme tarafından atanan arabulucular, tarafsızlık niteliği eksikliğinden, taraflarca reddedilebilirler⁴¹⁵. Arabulucular arabuluculuk usûlünü düzenleyip, arabuluculuk faaliyetindeki yaklaşım tarzları hakkında tarafları bilgilendirmelidir. Arabuluculuk sürecinde gereksinim duyularak ileri sürülen bilgi

⁴⁰⁹ Sperr, s. 345.

⁴¹⁰ <http://www.chamber.no/tjenester/tvistelosning> (s.e. 17.04.2016).

⁴¹¹ Sperr, s. 345.

⁴¹² Bu kurum, finansal konularda, Kamu Uyuşmazlık Kuruluna ön değerlendirme formu sağlar. Bkz. <http://www.forbrukerportalen.no/temaer> (s.e. 17.04.2016).

⁴¹³ Sperr, s. 345.

⁴¹⁴ Tvl. m. 7-2/2, m. 8-4/2, m. 8-4/4.

⁴¹⁵ Mahkeme dışı arabuluculuk için bkz. Tvl. m. 7-3/2; Mahkeme bağlantılı arabuluculuk için bkz. Tvl. m. 8-4/2.

ve belgeleri, arabuluculuk ilkeleri doğrultusunda kaydetmelidir⁴¹⁶. Arabulucular gizlilik ilkesiyle bağlıdır⁴¹⁷. Bu görevlerin ihlali halinde arabulucunun sorumluluğu açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Arabulucuların sorumlulukları mevzuatın genel hükümlerine göre değerlendirilir⁴¹⁸.

Arabuluculuk eğitimi, Danimarka ve Finlandiya gibi İskandinav komşulara kıyasla Norveç'te oldukça sadedir. Bu mütevazı eğitim seviyesi oldukça dikkat çekicidir. Arabuluculuk eğitimi, mahkeme bağlantılı ve mahkeme dışı arabuluculukta, arabuluculuğa hâkim olan ilkelerin, arabuluculuk mesleki etik kurallarının ve en iyi arabuluculuk uygulamalarının tanıtımı için gereklidir. Ulusal sertifikalandırma sisteminin yürürlükte olmadığını da belirtmek gerekir. Arabuluculuk düzenlemelerinin farklı türleri, arabuluculara görevlerini yerine getirirken uyuşmazlıkların bireysel özelliklerine göre geniş bir takdir yetkisi sağlar⁴¹⁹.

Mahkeme bağlantılı arabuluculukta, bir davayla ilgili arabuluculuk faaliyeti, arabuluculuk süreci başlamadan önceki normal mahkeme süreci ve duruşma günlerine göre ayarlanarak devam edecektir (Tvl m. 8-7/1). Arabuluculuk faaliyetini sonlandırmayla ilgili dikkate değer bir sınırlama yoktur⁴²⁰.

Mahkeme dışı arabuluculukta, tarafların arabuluculuk faaliyetine katılmayı istemeleri gerekir. Bununla birlikte, tarafların kabul edilebilir bir çözüm anlaşması için ciddi girişimde bulunmaları gerekir. Fakat taraflar çözüm anlaşması için zorlanamaz. Uyuşmazlık Kanunu açıkça tarafların istedikleri zaman arabuluculuk faaliyetini bitirebileceğini belirtir (Tvl m. 7-1/2). Taraflar, gizlilik ilkesine bağlı olarak, arabuluculuk faaliyet konusuyla ilgili şahitlik edemezler veya açıklama

⁴¹⁶ Tvl. m. 7-3/4 ve m. 8-5/5.

⁴¹⁷ Mahkeme bağlantılı arabuluculuk için bkz. Tvl. m. 8-6; Mahkeme dışı arabuluculuk için ve Mahkemeler Kanunu (Domstolloven-Dl.) m. 63a'da düzenlenen genel ilkeler için bkz. Tvl. m. 7-3/6.

⁴¹⁸ Sperr, s. 346.

⁴¹⁹ Sperr, s. 346.

⁴²⁰ Sperr, s. 347.

yapamazlar. Bu hüküm aynı zamanda mahkeme bağlantılı arabuluculukta da uygulanır (Tvl m. 7-3/6).

Mahkeme bağlantılı arabuluculukta, hem arabulucu hem de uyuşmazlığın türüne göre gerektiğinde görev yapan yardımcı kişi, hâkimin kanuna uygun görevinin bir parçasını ifa ettiği için, arabulucu hâkim olmamak kaydıyla ücreti hak eder. Arabulucunun ücretinin miktarı mahkeme tarafından takdir edilir. Taraflar ve arabulucu kendileri bir bedel belirlememişse, mahkeme, genellikle kanuni yardım sağlayıcılar için belirlenmiş olan saat ücretini esas alır (Tvl m.8-4/3). Bu durumda taraflar, ikinci yardımcı kişinin ücreti de dâhil, ek masraflardan sorumludur. Fakat genellikle ek masraflardan kaynaklanan ücreti mahkeme karşılar⁴²¹.

Taraflar, mahkeme masraflarını karşılamak zorundadır. Mahkeme bağlantılı arabuluculukta masraflarla ilgili düzenleme olmadığından, masrafların tahsili için genel nitelikteki adli hükümler uygulanır. Arabuluculuk faaliyetinin başarısız olduğu davalarda masraflar, genel mahkeme masraflarının bir parçası olarak tahsil edilir. Arabuluculuk faaliyetinin çözüm anlaşmasıyla sonuçlanması halinde, taraflar bu anlaşmada taraf masraflarının tahsiline ilişkin bir hüküm koyabilirler veya mahkemenin taktirine havale edebilirler. Anlaşmada bu konuda hüküm konulmadığı veya mahkemenin takdir ettiği kararı uygulamadıkları takdirde, her bir taraf kendi masrafını karşılar. Kanun koyucu, böyle durumlarda, genel mahkeme masraflarının tahsiline ilişkin genel düzenlemeyi (Tvl m. 20) uygulamayı öngörmemiştir⁴²².

Mahkeme dışı arabuluculukta ise, taraflar aksini kararlaştırmadığı takdirde arabulucu ve asistanın ücretlerini paylaşmalıdır (Tvl. m. 7-4). Arabuluculuk faaliyeti masrafları, arabulucu sözleşmesinin kendisine bağlıdır. Taraflar, adli arabulucular sicilinden bir arabulucuyu seçmeleri halinde (Tvl m. 7-2/1), taraflar ve arabulucu resmi olarak mahkemeden ücret takdir edilmesini talep edebilirler (Tvl m. 7-4/2).

Başarılı bir arabuluculuk, tarafları memnun eden, kısmen veya tamamen uyuşmazlığı çözen bir anlaşmayla neticelenir. Çözüm anlaşmasına, mahkeme

⁴²¹ Sperr, s. 347.

⁴²² Sperr, s. 348.

bağlantılı arabuluculuk veya mahkeme dışı arabuluculuk şekliyle ulaşılması arasında bir fark vardır. Şöyle ki; mahkeme dışı arabuluculuktaki çözüm anlaşması, bir sözleşmenin genel etkilerine sahipken, mahkeme bağlantılı arabuluculuktaki çözüm anlaşması, mahkeme kararı gibi icra edilebilir bir etkiye sahiptir⁴²³. Bu nedenle, tarafların çoğu, mahkeme bağlantılı arabuluculuk faaliyetini tercih ederler.

Esasen, bir mahkeme kararı sadece temyiz mahkemesi tarafından bozulabilir. Mahkeme kararlarına ilişkin genel düzenlemeler ve konulan sürelerle ilişkin usûl hükümleri çok katı olduğundan, mahkeme bağlantılı arabuluculuk çözüm anlaşmalarına ilişkin, sözleşme hukuku hükümleri kapsamında geçersizlik iddiasının ileri sürülebilmesi açısından, Medeni Usûl Kanunu ve Uyuşmazlık Kanunu⁴²⁴ farklılıklar içerir. Taraflardan birinin irâdesini sakatlayan hallerde çözüm anlaşmasının geçersizliği ileri sürülebilir⁴²⁵.

J. BELÇİKA'DA ARABULUCULUK

Arabuluculuk, Medeni Usûl Kanunu'nda (Code Judiciaire) detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Usûl Kanunu içinde düzenlendiği için, yargılama süreciyle ilgili olduğu sanılır. Bu hükümler, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda yapabilecekleri çözüm anlaşmasını dikkate almaksızın tarafları bağlar. Arabuluculuk bir sözleşme konusu olarak değil, bir usûl konusu olarak düzenlenmiştir⁴²⁶.

Arabuluculuk uzlaştırmadan açıkça ayırt edilir⁴²⁷. Uzlaştırma sınırlı bir alanda oldukça başarılıdır. Özellikle sulh hukuk (amtsgerichte) hâkimleri tarafından

⁴²³ Tvl. m. 8-5/6, m. 19-12/1 ve m. 19-13/1. Ancak aile hukukuna ilişkin bazı uyuşmazlıklarda bu etkiye sahip değildir. **Sperr**, s. 348.

⁴²⁴ Tvl, m. 19-12/2 ve bölüm 3 çözüm anlaşmasının sonuçlarıyla ilgilidir.

⁴²⁵ **Sperr**, s. 348.

⁴²⁶ **Verougstraete**, Ivan, "Regulation of Dispute Resolution in Belgium: Workable Solutions?" Steffek/ Unberath/Genn/ Greger/Menkel-Meadow (eds), *Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oregon 2013, s.100.

⁴²⁷ Uzlaştırma terimi, yargılama sürecinin bir bölümünde, uyuşmazlığın çözümü için hâkim tarafından yapılan bir faaliyettir. Medeni Usûl Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir ve arabuluculuk veya diğer serbest anlaşma çeşitleriyle ortak noktası yoktur. Bu konu karşılaştırmalı hukukta farklı olabilir. Yani arabuluculuk ve uzlaştırma aynı anlamda kullanılabilir. Örneğin UNCİTRAL Model Kanunu, arabuluculuk ve uzlaştırmayı birbirinden farklı görmez.

başarıyla uygulanır. Uzlaştırmayla ilgili hükümler Medeni Usûl Kanunu'nun madde 731 ve devamında ayrıca düzenlenmiştir⁴²⁸.

Arabuluculukla ilgili hükümler, 10 Ekim 1967 tarih 35 sayılı Medeni Usûl Kanunu'nda, 21 Şubat 2005 tarih 36 sayılı kanun değişikliğiyle üç bölüm halinde düzenlenerek, 30 Eylül 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴²⁹. İlk bölüm “*genel prensipler*” başlığı altında, madde 1724-1729 arasında düzenlenmiştir. İkinci bölüm “*gönüllü arabuluculuk*” başlığı altında, madde 1730-1733 arasında düzenlenmiştir. Üçüncü bölüm “*mahkeme teşvikli arabuluculuk*” başlığı altında, madde 1734-1737 arasında düzenlenmiştir⁴³⁰.

Arabuluculuk üzerine olan temel kanunlar, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52 EC Sayılı Yönergesi sonrasında değiştirilmedi. Belçika hükümeti, var olan iç mevzuat, Yönerge tarafından belirlenen başlıca konuları kapsadığı için Yönergeyi iç mevzuata koymanın gereksiz olduğunu düşündü. Daha ileri bir uygulamanın gereksiz olduğunu Avrupa Birliği Komisyonu'na resmen bildirdi⁴³¹.

Avrupa Birliği Yönergesi, yürürlüğe girdikten sonra, sadece bir önemli değişiklik yapıldı. Bu değişiklik 5 Nisan 2011 tarihli boşanma usûlüyle ilgili bir kanun değişikliğidir. Bu değişiklik hâkim, arabuluculuğa imkân tanımak için tarafları bilgilendirmek zorundadır. Bununla beraber tarafların arabuluculuğu düşünmelerine imkân sunmak için, onların inisiyatifiyle dava sürecinin durmasına izin verir⁴³². Arabuluculuk üzerine diğer bütün hükümler de, Medeni Usûl

⁴²⁸ Verougstraete, s. 100.

⁴²⁹ <http://www.droitbelge.be/codes.asp> (s.e 17.04.2016).

⁴³⁰ Bulur, Alper, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, Ankara Barosu Dergisi 2007, Yıl 65, S. 4, s. 39; Verougstraete, s. 100.

⁴³¹ Verougstraete, s. 106.

⁴³² Code Judiciaire (Medeni Usûl Kanunu, değişen yeni maddeler) m. 1254-4(1), 1255-6 ve 1280. <http://www.droitbelge.be/codes.asp> (s.e 17.04.2016).

Kanunu'nun 1427-1437 maddeleriyle yürürlüğe girmiştir. Bu hükümlere göre, iç arabuluculuk süreci ve uluslararası arabuluculuk süreci arasında bir fark yoktur⁴³³.

Genel prensipler başlığı altındaki ilk bölümde, tarafların üzerinde sulh olabilecekleri her uyuşmazlık arabuluculuğun konusu olabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca anlaşmalı boşanma ve sonuçlarından kaynaklanan uyuşmazlıklar ve birlikte yaşamaktan kaynaklanan uyuşmazlıklar gibi konular, sınırlandırmayacak şekilde arabuluculuğa elverişli uyuşmazlık konuları olarak sayılmıştır. Kamu tüzel kişilerinin arabuluculuk faaliyetine katılabilmesi sadece bir kanun ya da kraliyet kararnamesi varsa mümkündür⁴³⁴. Bu hükmün içeriği teknik nedenlerden kaynaklanmasına rağmen moral bozucudur⁴³⁵.

Taraflar aralarında yaptıkları bir sözleşmeye, sözleşmeyle ilgili ihtilaf çıkması halinde uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözümleneceğine ilişkin arabuluculuk şartı koyabilirler. Taraflardan birinin açılan davada bu şartı ileri sürmesi hâlinde hâkim dava sürecini arabuluculuk faaliyeti için durdurabilir. Arabuluculuk şartı mahkemeden geçici ve koruyucu tedbirlerin talep edilmesini engellemez. Bu talepler arabuluculuk faaliyetinin sürdürülmesini engellemez⁴³⁶.

Federal Arabulucular Komisyonu⁴³⁷ tarafından, arabuluculuk eğitim merkezlerine ve arabuluculara sertifika verilmesiyle yetkilendirme sistemi düzenlenmiştir. Gerek arabuluculuk eğitim merkezlerini gerekse arabulucuları

⁴³³ Verougstraete, s. 106

⁴³⁴ Code Judiciaire m. 1724-1, 1724-4(2); **Bulur**, Arabuluculuk Yöntemi, s. 39.

⁴³⁵ Verougstraete, s. 106

⁴³⁶ Code Judiciaire m. 1725; **Bulur**, Arabuluculuk Yöntemi, s. 39.

⁴³⁷ Code Judiciaire m. 1727; Bu madde hükmüne göre, Federal Arabuluculuk Genel Komisyonu, arabuluculukta uzman iki avukat, iki noter ve noter ve avukat olmayan iki arabulucu olarak ve Almanca ve Fransızca konuşan üyelerden eşit olarak toplam altı kişiden oluşur. Her üye dört yıllık dönem için atanır. Her aktif üyelik için yedek bir üye de atanır. Komisyon'un asil ve yedek üyeleri temel gerekçeleri gösterilerek Adalet Bakanı tarafından atanır. Komisyon kendisi başkanını, başkan yardımcısını, sekreteryasını almanca ve fransızca konuşan kişilerden alternatifli olarak ikişer yıllığına atar. Genel Komisyona tavsiye vermek üzere, üç ayrı uyuşmazlık alanında (aile uyuşmazlıkları, medeni ve ticari uyuşmazlıklar ve sosyal uyuşmazlıklar alanı olmak üzere) üç grup özel komisyon oluşturulur. Bu özel komisyonların üyelerinin oluşturulması da aynen genel komisyonda olduğu gibidir. <http://www.droitbelge.be/codes.asp> (s.e. 20.04.2016)

yetkilendiren kurum bu komisyondur. Komisyon en az aşağıdaki niteliklere sahip olan arabulucuları bu faaliyet için yetkilendirir. Arabulucunun sahip olması gerekli asgari nitelikler, uyuşmazlığın konusuna göre gerekli deneyim ve yeterlilik, arabuluculuk faaliyet alanına uygun eğitim ve deneyim, bağımsız ve tarafsız olmak, adli sicilinin temiz olması ve arabuluculuk faaliyetiyle uyumsuz olduğuna karar verilen disiplin ya da idari yaptırım cezasının olmaması şartlarıdır⁴³⁸.

Arabuluculuk faaliyetinde gizlilik ilkesi katı bir şekilde uygulanır. Gizlilik yükümlülüğü, sadece arabulucuyu değil, tarafları hatta arabuluculuk faaliyeti nedeniyle tayin edilen bilirkişiyi de kapsar. Bu açıdan Belçika'daki arabuluculuk, Almanya ve İngiltere'deki arabuluculuk faaliyetlerindeki gizlilik yükümlülüğünden daha kapsamlıdır⁴³⁹. Arabuluculuk faaliyeti sebebiyle hazırlanan belge ve bilgiler mahkeme ya da tahkim yargılamasında delil olarak kullanılamaz. Arabuluculuk faaliyeti sonundaki çözüm anlaşmasının icra edilebilirlik şerhi için tarafların isteğiyle hâkime onaylatılması bu ilkenin istisnasıdır⁴⁴⁰.

Arabulucu, arabuluculuk sürecinde uyuşmazlık konusuyla ilgili tarafların onayıyla, üçüncü kişileri gönüllü olarak dinleyebilir, uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiye başvurabilir⁴⁴¹. Her bir taraf, irâdililik ilkesi gereği istediği zaman arabuluculuk sürecini terk edebilir⁴⁴².

Arabuluculuk faaliyetiyle ilgili “*gönüllü arabuluculuk*” başlıklı ikinci bölümde, tarafların mahkemeye başvurmadan veya mahkeme sürecinde arabuluculuk yöntemine başvurabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Taraflar arabulucuyu kendileri seçebileceği gibi arabulucu ataması için üçüncü bir kişiyi de başvurabilirler⁴⁴³. Eğer arabuluculuk önerisi bir taahhütlü postayla gönderiliyor ve bir hak içeriyorsa, Medeni Kanun (Code Civil) madde 1153 gereğince resmi tebligat olarak (vadesi

⁴³⁸ Code Judiciaire m. 1726.

⁴³⁹ **Verougstraete**, s. 107.

⁴⁴⁰ Code Judiciaire m. 1728.

⁴⁴¹ Code Judiciaire m. 1728-2.

⁴⁴² Code Judiciaire m. 1729. **Bulur**, Arabuluculuk Yöntemi, s. 40.

⁴⁴³ Code Judiciaire m. 1730-1; **Verougstraete**, s. 103; **Bulur**, Arabuluculuk Yöntemi, s. 40.

gelmiş faiz için önemli) değerlendirilir. Bu bildiri, arabuluculuk teklif önerisinde ileri sürülen hakları, bir ay sınırlı süreyle askıya alır⁴⁴⁴.

Taraflar, bir aylık süre içerisinde arabuluculuk faaliyetinin kuralları altında ve arabulucunun yardımıyla karşılıklı arabulucu sözleşmesi yapmaya karar verirler. Arabulucu sözleşmesi yazılı olarak yapılır, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Arabuluculuk masrafları ve arabulucu ücreti taraflarca bu sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, taraflarca eşit olarak ödenir⁴⁴⁵. İmzalanan bu protokolün neleri içermesi gerektiği kanunda ayrıntılı olarak yazılmıştır. Bu protokolün imzalanmasıyla süreler askıya alınır. Bu askıya alınan süre, taraflar hemen anlaşamazsa, bir aylık sürenin sonunda veya taraflardan birinin ya da arabulucunun, tarafların veya diğer tarafın arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesiyle sona erer⁴⁴⁶.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar bir çözüm anlaşmasına varırsa, bu anlaşma tarafların yükümlülüklerini kesin olarak gösterir şekilde, tutanak altına alınır. Onaylı bir arabulucunun yönetiminde yapılan çözüm anlaşması, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından kabul ve tasdik edilir. Bu durumda bu çözüm anlaşması bir nihai mahkeme kararı hükmündedir. Hâkim kamu düzeni sebebiyle veya aile uyuşmazlıklarında çocukların menfaatlerine aykırı çözüm anlaşmalarını reddedebilir⁴⁴⁷. Arabuluculuk çözüm anlaşmalarının icra edilebilirliğini onaylamak için oldukça az sayıda talep vardır. Arabuluculuk çözüm anlaşmalarının icra edilebilirliğine ilişkin onay başvurularına karşı hiç bilinen ret kararı yoktur⁴⁴⁸.

Arabuluculuk faaliyetiyle ilgili “*mahkeme teşvikli arabuluculuk*” başlıklı üçüncü bölümde, hâkim nihai karara kadar son süreçte bile, davanın her aşamasında tarafların ortak talebi ya da kendi inisiyatifiyle arabuluculuk kararı verebilir. Taraflar 1721. maddeye göre Komisyon tarafından onaylı bir arabulucu üzerinde

⁴⁴⁴ Code Judiciaire m. 1730-2 ve 1730-3; **Verougstraete**, s. 107.

⁴⁴⁵ Code Judiciaire m. 1731-1.

⁴⁴⁶ Code Judiciaire m. 1731-2, 3 ve 4.

⁴⁴⁷ Code Judiciaire m. 1732, 1733.

⁴⁴⁸ **Verougstraete**, s. 109.

anlaşabilirler. Taraflar komisyonca onaylı arabulucunun 1726. maddede sayılan asgari yeterliliğe sahip olmadığını ispat ederek, hâkimden komisyonca onaylanmamış bir arabulucunun atanmasını da talep edebilirler⁴⁴⁹. Arabuluculuğu emreden herhangi bir kararda, arabulucunun adı, tarifi ve adresi belirtilmelidir ve arabuluculuk faaliyetinin başlama tarihine de yer vermelidir. Arabuluculuk faaliyeti için verilen süre 3 aydan fazla olmayacak şekilde, davanın hangi tarihe ertelendiği belirtilmelidir⁴⁵⁰. Taraflar en geç bu ertelenen duruşmada mahkemeyi arabuluculuk faaliyetinin sonucu hakkında bilgilendirir. Eğer bir çözüm anlaşmasına varamadıysa yeniden bir süre isteyebilir veya dava sürecinin devamını talep edebilirler⁴⁵¹. Taraflar arabuluculuk sürecini ya süreçleri başlatan mahkeme tensip emriyle veya duruşmada, ya dosyalanmış yazılı taleple ya da mahkeme kalemine göndererek başlatabilirler. Talepten itibaren onbeş gün içerisinde süreç programlanır. Mahkeme kâtibi, tarafları adli tebligat ile toplantıya çağırır. Taraf avukatlarını ise, davalarda olduğu gibi sıradan bir mail aracılığıyla davet eder. Taraflar isterse onlar dahi mail yoluyla davet edilir⁴⁵². Taraflar arabuluculuğu ortak bir kararla talep ettiklerinde, süreç konusundaki süre sınırı, isteklerini açık ve kesin bir şekilde belirttikleri tarihe ertelenir⁴⁵³.

Arabuluculuk sürecine başlanmasına ilişkin nihai karar, sekiz gün içerisinde adli tebligat ile arabulucuya gönderilir. Arabulucu sekiz gün içerisinde, kendi ofisindeki arabuluculuk faaliyetinin başlangıç tarihi ve saati hakkında, mahkemeyi ve tarafları sıradan bir maille bilgilendirir⁴⁵⁴. Arabuluculuk uyuşmazlığın tamamı veya bir kısmıyla ilgili olabilir. Mahkeme, arabulucunun ya da taraflardan birinin isteğiyle sürecin sonu beklenmeksizin, arabuluculuk faaliyetini sonlandırabilir⁴⁵⁵.

⁴⁴⁹ Code Judiciaire m. 1734-1.

⁴⁵⁰ Code Judiciaire m. 1734-2.

⁴⁵¹ Code Judiciaire m. 1734-3.

⁴⁵² Code Judiciaire m. 1734-4.

⁴⁵³ Code Judiciaire m. 1734-5.

⁴⁵⁴ Code Judiciaire m. 1735-1.

⁴⁵⁵ Code Judiciaire m. 1735-2, 1735-3.

Arabuluculuk sürecinin herhangi bir anında, atanan arabulucu, tarafların anlaşmasıyla başka onaylı bir arabulucuyla yer değiştirebilir. Bu anlaşma taraflar arasında imzalanarak dosyaya dâhil edilir. Taraflar arabuluculuk sürecinden vazgeçmeyi isterlerse onbeş gün içerisinde duruşma tarihi planlanır. Duruşmaya taraflar adli tebligatla, avukatları ise mail yoluyla çağrılır⁴⁵⁶.

Arabuluculuk süreci sona erdiğinde, arabulucu, tarafların bir çözüm anlaşmasına varıp varmadığı konusunda mahkemeyi bilgilendirir. Eğer arabuluculuk faaliyeti bir çözüm anlaşmasıyla sonuçlanmış ise Medeni Usûl Kanunu madde 1043'e göre, taraflar mahkemeden anlaşmanın onaylanması talep edilebilirler. Çözüm anlaşması, kamu düzenine aykırılık veya aile uyuşmazlığında reşit olmayan çocukların menfaatine aykırılık teşkil eden bir çözüm içeriyorsa mahkeme onay talebini reddedebilir. Eğer arabuluculuk çözüm anlaşması tam bir çözüm sağlamamışsa, hâkim tarafların rızasıyla arabuluculuk faaliyetinin süresini uzatabilir⁴⁵⁷. Arabuluculuğu emreden, arabuluculuk faaliyeti süresini uzatan veya arabuluculuğa son veren herhangi bir mahkeme kararına karşı temyiz mümkün değildir⁴⁵⁸.

Arabuluculuk esasen gönüllü bir süreç olarak sürdürülür. Zorunlu arabuluculuk Medeni Usûl Kanunu'nda kabul edilen konseptten oldukça uzaktır. Bu durum zorunlu uzlaştırma örneğinin (iş, toprak ve kiracı uyuşmazlıklarında) başarısını ortaya koyamamış olmasından kaynaklanır. Bir taraf, diğer tarafın arabuluculuk teklifini anlamsız bir şekilde reddetmişse, davayı kazansa bile, mahkeme sürecinin masraflarının bir bölümünü ödemek zorunda kalabilir⁴⁵⁹.

Arabulucular meslek etik kurallarına uymak zorundadır. Arabulucular İçin Avrupa Etik Kuralları'nı, onaylı arabuluculuk merkezleri iç kuralları haline getirmiş ve bu merkezlere bağlı onaylı arabulucular bu kurallara riayet edeceklerini kabul ve taahhüt etmişlerdir. Bu kurallar yapılan arabuluculuk sözleşmelerinde açıkça yer alır.

⁴⁵⁶ Code Judiciaire m. 1735-4, 1735-5.

⁴⁵⁷ Code Judiciaire m. 1736.

⁴⁵⁸ Code Judiciaire m. 1737; **Bulur**, Arabuluculuk Yöntemi, s. 41.

⁴⁵⁹ **Verougstraete**, s. 108.

Bu kuralları ihlal ve görevi kötüye kullanma halinde arabulucunun sorumluluğu akdi bir sorumluluktur. Arabuluculuk mahkeme teşvikli arabuluculuk olsa dahi sorumluluk yine de akdi sorumluluktur. Bununla birlikte, arabulucu devlete yönelik (vergi kaçırma gibi) yâda çözüm anlaşmasında bulunmayan üçüncü kişiye karşı hileli bir anlaşmayı desteklerse haksız fiilden dolayı sorumluluğu teorik olarak mümkün olabilir. Taraflar arabulucudan sağduyulu ve uzman olan herhangi bir arabulucunun görevini yaptığı şekilde bir arabuluculuk faaliyetini, kendi arabulucusundan bekler⁴⁶⁰.

Eğer arabulucu bir avukatsa ve kamu düzenine aykırı olacak şekilde bir çözüm anlaşmasına izin verir ya da denetlerse, bu anlaşmanın icra edilebilir olması sebebiyle bazı özel sorumluluklara maruz kalacaktır. Bu sorumluluk çözüm anlaşması icra edilebilir şerhi almamış olsa dahi vardır. Eğer arabulucu aile uyuşmazlıklarında sadece tavsiyede bulunup, hukuki değerlendirme (değerlendirici arabuluculuk) yapmazsa, durum farklıdır. Bu durum taraflara ve onların avukatlarının taleplerine bırakılır⁴⁶¹.

Arabuluculuk sürecinde, taraflardan biri teknik bilgisi iyi olan avukatı tarafından yardım alıyor diğeri yardım almıyorsa, arabulucunun sürecin adil olmasıyla ilgili bir sorumluluğu varmıdır? Arabulucunun, haklarıyla ilgili zayıf tarafı bilgilendirmesi gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır. Arabulucunun değerlendirici yaklaşımı mı yoksa kolaylaştırıcı yaklaşımı mı benimsemesi gerektiği hususunda henüz mahkemeler bir karar vermemiştir⁴⁶².

K. HOLLANDA'DA ARABULUCULUK

Hollanda yargı sisteminde, tüm ilk derece mahkemelerine ve tüm temyiz mahkemelerine, davaya konu uyuşmazlığı arabuluculuğa sevk yetkisi verilmiştir.

⁴⁶⁰ Verougstraete, s. 108

⁴⁶¹ Verougstraete, s. 108.

⁴⁶² Verougstraete, s. 109.

Arabuluculuğa uygun davalarda, arabuluculuğa yönlendirme imkânının sağlandığı bir sistem mevcuttur⁴⁶³.

Hollanda’da Bilimsel Araştırma ve Belgeleme Merkezi (Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum-WODC)⁴⁶⁴, mahkeme bağlantılı arabuluculuğu düzenlemek ve değerlendirmek için görevlendirilmiştir. Bu değerlendirme projesi, bir temyiz mahkemesi ve beş ilk derece mahkemesinde 1999 yılında başlamıştır. WODC, bu konudaki değerlendirmelerini 2003 yılında, Arabuluculuk için İmkân (Ruimte voor Mediation) Raporunda⁴⁶⁵ yayınladı. Araştırmanın sonucu, mahkeme sürecinden önce ve mahkeme sürecinde, müzakere ve arabuluculuk için imkânın var olduğudur. Bu araştırmanın sonucu olarak, arabuluculuğa yönlendirme 2005 yılında başlamış ve 2007 yılından itibaren tüm mahkemeler uygun buldukları davaları arabuluculuğa yönlendirebilmektedir. Ancak bu yönlendirme zorunluluk esasına değil, gönüllülük esasına dayanmaktadır⁴⁶⁶.

Mahkeme bağlantılı arabuluculukta, bir dava karara bağlanmadan önce, uyuşmazlıkların arabuluculuğa gönderilmesi genelde şu şekilde gerçekleşir. Arabuluculuk taraflara bir mektupla yazılı olarak veya arabuluculuk seçeneği bir mahkeme duruşması esnasında sözlü olarak mahkeme tarafından önerilebilir. Taraflar, arabuluculuk yöntemini bu öneriler olmaksızın kendileri de seçebilir. Yazılı yönlendirmede, taraflara gönderilen arabuluculuk önerisi mektubunun yanına bir broşür ve “*kendini sına*ma (self-test)” olarak adlandırılan bir test belgesi eklenir. Bu kendini sına

⁴⁶³ Pel, Machteld, “Regulation of Dispute in the Netherlands: Does Regulation Support or Hinder the Use of ADR”, Steffek/ Unberath /Genn/ Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 316.

⁴⁶⁴ <https://www.wodc.nl> (s.e. 08.05.2016).

⁴⁶⁵ Combrink-Kuiters, L/ Niemeijer, E./ter Voert, M., Ruimte voor Mediation, The Hauge, WODC 2003, https://mediatorsfederatienederland.nl/content/uploads/sites/2/2014/05/Ruimte_voor_mediation_2003.pdf

⁴⁶⁶ Pel, s. 316.

olmayacağına karar vermelerine yardımcı bir araçtır. Eğer sorulardan birisi olumlu olarak cevaplanırsa, arabuluculukla uyuşmazlık çözümü imkân dâhilinde görülür⁴⁶⁷.

Mahkemelerdeki idari arabuluculuk ofisini yöneten bir arabuluculuk yetkilisi vardır. Bu arabuluculuk yetkilisi, mahkemeler, arabulucular ve arabuluculuğu seçen taraflar arasındaki bağlantıyı sağlar. Bu kişi, arabuluculuk ağını muhafaza eder ve davaları arabuluculara yönlendirir. Mahkeme, duruşma sırasındaki sözlü yönlendirmeye arabuluculuk yetkilisini tayin edebileceği gibi, arabulucu yetkilisi, yazılı yönlendirmeler veya tarafların kendi yönelmeleri durumunda da yetkilidir. Arabuluculuk yetkilisi, arabuluculuğun gönüllüğe dayanan yapısı, gizliliği, taraflardan beklenen çabalar ve arabuluculuk çözüm anlaşmalarıyla mahkeme kararı arasındaki farklar hakkında tarafları aydınlatır. Tarafların arabuluculuk üzerine sordukları diğer soruları cevaplar. Ayrıca, taraflara arabulucu seçiminde yardımcı olur ve arabulucu ile taraflar arasındaki ilk toplantıyı genel kural olarak iki hafta içerisinde düzenler. Taraflar için arabulucuyu belirlemedeki zorluğun aşılması ve ilk toplantının da arabulucu yetkilisi tarafından düzenlenmesi, arabuluculuk sürecine girişi kolaylaştırma açısından önemlidir. Zira diğer ülkelerde, mahkemenin arabuluculuğa yönlendirmesinden sonra, arabulucunun seçimi ve arabuluculuk sürecine başlamanın zorlukları daha arabuluculuk sürecinin başında arabuluculuk yönlendirmelerini başarısız kılabilmektedir⁴⁶⁸.

Arabuluculuk yetkilisi, dava konusu uyuşmazlıkları, harici arabuluculara yönlendirebilir. Harici arabulucular, yargı sistemi için kurul tarafından gerekli görülen ek kuralların yanı sıra, Hollanda Arabuluculuk Enstitüsü (Nederlands Mediation Instituut-NMI)⁴⁶⁹, nun Arabuluculuk Kurallarına⁴⁷⁰ tabidirler. Hollanda

⁴⁶⁷ **Pel**, Machteld, Referral to Mediation: A Practical Guide for an Effective Mediation Proposal, Sdu Uitgevers bv The Hague, Kindle Edition 2013, s. 173.

⁴⁶⁸ **Pel**, Machteld/**Combrink**, Lia, Referral to mediation by the Netherlands judiciary, s. 31. <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Customized-conflict-resolution-Court-connected-Mediation-in-The-Netherlands-1999-2009.pdf> (s.e. 10.05.2016).

⁴⁶⁹ NMI, Holanda'da arabuluculuk için 1995 yılından beri faaliyette olan ulusal, bağımsız ve özel bir platformdur. Bu yapısı itibarıyla, Avrupada muhtemelen tektir. Geniş bilgi için bkz. **Niemeijer**, Bert/ **Pel**, Machteld, Court-Based Mediation in the Netherlands: Research, Evaluation and Future Expectations, Penn State Law Review, Vol. 110, No:2, 2005, s. 376.

Arabuluculuk Enstitüsü, 1995 yılından beri, arabuluculu meslek gruplarının üyeleri, arabuluculuk eğitim enstitüleri, çeşitli arabuluculuk organizasyonları ve hükümetle istişare ederek, arabulucular için standart kabul edilen bir sistem geliştirdi. Bu düzenlemeler hükümet tarafından standart düzenlemeler olarak kabul edilmiştir. Adli sistem veya yasal arabuluculuk büroları için çalışan arabulucular bu standartlara uymak mecburiyetindedir⁴⁷¹.

Hollanda Arabuluculuk Enstitüsü (NMI), kayıtlı arabulucuların olduğu bir sistem sunar. Enstitünün standart kuralları arabulucunun avukat olup olmamasına göre bir farklılık göstermez. Arabuluculuk etik kuralları, şeffaflık, eşitlik, tarafsızlık ve aydınlatma ilkesiyle ilgili kuralları içerir. Arabulucular bu kurallara riayet etmezlerse, taraflar şikâyet yoluna başvurabilir. Şikâyet üzerine verilen kararlar, arabulucuların haklarını ve yükümlülüklerini anlayabilmeleri için yayınlanır.

Arabulucuların görevi kötüye kullanmalarına ilişkin bir mahkeme içtihadı yoktur. Arabulucuların hepsi mesleki mesuliyet sigortasına sahiptirler. Gerek adli sistemdeki gerekse yasal arabuluculuk organizasyonlarındaki arabuluculuğa yönlendirme şubeleri, Hollanda Arabuluculuk Enstitüsü'nün (NMI) standart kurallarına uyarak, onlar adına çalışan arabulucular için sigortalılığı zorunlu kılar.

Bir dava arabuluculuğa yönlendirildiğinde, dava 3 aylık bir süre için ertelenir. Eğer bu üç aylık sürenin sonunda, arabuluculuk süreci sonlandırılmamış ve uyuşmazlığın çözüm ihtimali halen mevcutsa, taraflarında kabulüyle bu süre arabuluculuk yetkilisi tarafından uzatılabilir.

Arabuluculuğa yönlendirmeyeyle ilgili tüm veriler, arabuluculuk yetkilisinin bulunduğu idari arabuluculuk ofisinde kaydedilir. Bununla birlikte arabuluculukla ilgili tüm belgelerin yer aldığı bir arabuluculuk dosyası tutulur. Arabuluculuğun gizliliği nedeniyle bu dosya dava dosyasından ayrı tutulur. Arabuluculuk yetkilisi

⁴⁷⁰ NMI'nın standart kuralları için bkz. <http://www.nivim.nl/wp-content/uploads/2014/06/NMI-Mediation-Reglement.pdf> (s.e 10.05.2016).

⁴⁷¹ Pel, s. 320.

arabuluculuk sürecinin aşamalarını gözlemler ve sürecin sonucunun alınmasını teşvik eder. Arabuluculuk sürecinin sonunda, tamamen veya kısmen çözüm anlaşmasına varılıp varılamadığı konusunda yönlendirmeyi yapan hâkimi ve mahkemeyi bilgilendirir⁴⁷².

01 Nisan 2005 tarihine kadar, mahkeme tarafından yönlendirilen arabuluculuklarda taraflardan arabuluculuk ücreti alınmıyordu. Arabulucuların ücretleri, Adalet Bakanlığı'ndan ödenek alan mahkemeler tarafından karşılanıyordu. Nisan 2005' den itibaren, arabuluculuk sürecinde de, mahkeme sürecinde olduğu gibi yeterli mali gücü olmayan davacılar adli yardımdan yararlanmaktadır. Adli yardım alma hakkı olmayan taraflar için ise, arabuluculuğun ilk 2,5 saatinin ücreti 1 Ocak 2011 yılına kadar Adalet Bakanlığınca karşılanmıştır. Hollanda Arabuluculuk Enstitüsü'nün (NMI) Arabuluculuk Kuralları, arabuluculuk sözleşmesinin içine, arabuluculuk ücretinin yazılmasını emreder. Tarafların adli yardımı hak ettiği davalarda, arabulucunun ücretinin miktarı kanun tarafından düzenlenir. Bu durumda taraflar devlet tarafından finanse edilmiş arabuluculuk için sadece 50 € ile 120 € arası bir ücret öderler⁴⁷³.

Arabuluculuk sözleşmeleri, devlet mahkemelerinde bir hukuk davası açılmasına engel değildir. Yüksek Temyiz Mahkemesi, bir boşanma davasıyla ilgili kararında, eşlerin arabuluculukla bir anlaşmaya varma girişimlerini ve arabuluculuk sürecini istedikleri zaman sonlandırabilecekleri hakkında karar vermiştir⁴⁷⁴.

Arabuluculuk süreci sonunda tarafların çözüm anlaşmaları icra edilebilirliği iki şekilde sağlanır. Mahkeme bağlantılı arabuluculuklarda çözüm anlaşmaları, duruşma tutanaklarına geçirilerek nihai kararla sağlanır. Diğer arabuluculuklardaki çözüm

⁴⁷² Pel, s. 319.

⁴⁷³ Pel, s. 316.

⁴⁷⁴ HR 20.01.2006, LJN AU3724, NJ 2006, 74. Kararın tamamı için bkz. <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2006:AU4795> (s.e. 11.05.2016).

anlaşmalarının ise, noter senedi olarak düzenlenerek icra edilebilir⁴⁷⁵ hâle getirilmesi mümkündür⁴⁷⁶.

Medeni Usûl Kanunu (Burgerlijke Rechtsvordering-Rv), hâkim tarafından yönlendirme sonrası arabuluculukla ulaşılan çözüm anlaşmalarının uygulanması ve hâkim önünde yapılan uzlaştırma (çözüm) konferansı⁴⁷⁷ yöntemiyle ulaşılan çözüm anlaşmaları için hükümler içerir. Temmuz 2010'da Kanunun uyuşmazlık yöntemleri kısmına, yaralanma ve ölüm tazminatlarıyla ilgili olarak yeni bir hüküm eklenmiştir. Bu hükme göre, sigorta şirketleri ve zarara maruz kalan taraflar, zarara ve tarafların yükümlülüklerine ilişkin hâkimden bir karar vermesini isteyebilirler. Hâkimden aldıkları bu karardan sonra taraflar müzakerelere devam ederler. Önlerinde müzakerelere yol gösterici bir karar olduğu için uyuşmazlıklarını çözümle sonlandırmada beklenen etki elde edilmiş gibi görünmektedir⁴⁷⁸.

Hollanda'da yapılan bir araştırmada, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, uyuşmazlıklardaki filtre etkisinin %90'ı aştığı ortaya konulmuştur. Bu araştırma Hollandalı insanların uyuşmazlıklarını çözümlemede mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözmeye meyilli olduklarını ve son çare olarak mahkemeyi düşündüklerini göstermektedir. Avukatlar arasında hala, arabuluculuğa gitmeyi tavsiye etmede direnenler ve bunu avukatlık mesleğine bir saldırı olarak görenler olmasına rağmen, avukatlar mahkemeye gitmeden müvekkillerine çözüm anlaşmasını tavsiye etmeleri gerekmektedir. Hollanda Barolar Birliği Meslek Kuralları madde 3' e göre, bir avukatın dostane bir çözüm anlaşmasını, hukuk davasına tercih etmesini unutmaması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte Hollanda'daki avukatlar Avrupa Baro ve Kanun Toplulukları İş Ahlakı

⁴⁷⁵ Hollanda Medeni Usul Kanunu (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering-Rv) , madde 430(1)'e göre icra edilebilir.

⁴⁷⁶ **Pel**, s. 308, 321.

⁴⁷⁷ Uzlaştırma konferansı yöntemiyle davaların çözümlenmesi uzun zamandır oldukça yaygındır. Ancak bu seçenek kanunla düzenlenir. Hâkim bir arabulucu olarak hareket etmez. Sadece davaların zayıf ve güçlü yönlerini tartışarak ve dava duruşmaları yoluyla çözümü hızlandırır. **Pel**, s. 309.

⁴⁷⁸ **Pel**, s. 309.

Kuralları (The Code of Conduct of Council of Bars and Law Societies of Europe-CCBE)⁴⁷⁹ ile de bağılıdır. Bu kurallar gereği bir avukat davası ile ilgili ADR imkânları hakkında bilgilendirme görevi ve yükümlülüğü bulunmaktadır⁴⁸⁰.

L. JAPONYA'DA ARABULUCULUK

Japonya'da beş çeşit uyuşmazlık çözüm yöntemi vardır. Bunlar; dava, mahkeme bağlantılı arabuluculuk, idari kurumlar tarafından sağlanan tahkim/arabuluculuk, özel kurumlar tarafından sağlanan tahkim/arabuluculuk ve bütünüyle geçici kurallara dayanan müzakere, uzlaştırma ve arabuluculuk (mahkeme bağlantılı olmayan) gibi diğer kurumsallaşmamış yöntemlerdir⁴⁸¹.

Japonya'da mahkeme bağlantılı arabuluculuk faaliyeti için iki tür usûl öngörülmüştür. Bunlardan ilki, mahkeme hâkimi tarafından gerçekleştirilen mahkeme içi arabuluculuk faaliyetidir. Hukuk davası sürecinin her hangi bir aşamasında, hâkim taraflara Medeni Usûl Kanunu madde 89⁴⁸²'a göre uzlaşma önerebilir. Kanunun bu hükmü hâkimler tarafından oldukça fazla kullanılır ve çok sayıda dava anlaşma ile sonuçlandırılır. 2010 istatistiklerine göre, toplamda karara bağlanan 862.926 dava dosyasının, %32,5'i Bölge mahkemelerinde (238.483 adet dava dosyasının % 32,5'i), %12,6 sı ise ilk derece mahkemelerinde (624,443 adet dava dosyasının %12,6 sı) olmak üzere toplamda 156.238 adet dava dosyası bu yöntemle anlaşmayla çözümlenmiştir⁴⁸³.

Mahkeme bağlantılı arabuluculuk faaliyetinin ikinci türü⁴⁸⁴, hukuk mahkemesinden bağımsız olarak gerçekleştirilen arabuluculuk faaliyetidir. Burada

⁴⁷⁹ <http://www.ccbe.eu/index.php?id=32&L=0> (s.e. 12.05.2016).

⁴⁸⁰ Pel, s. 315.

⁴⁸¹ Kakiuchi, s. 269.

⁴⁸² Bu hükmün kaynağı, 1890 tarihli Japonya Medeni Usul Kanunu madde 221'dir. Japonya Medeni Usul Kanunu madde 221' in kaynağı ise, 1877 tarihli Alman Medeni Usul Kanunu'nun 269. maddesidir. Kakiuchi, s. 271.

⁴⁸³ Kakiuchi, s. 272.

⁴⁸⁴ Bu ikinci tür arabuluculuk, ilk kez 1922 de, arazi ve binaların kiralanmasıyla ilgili davalarda uygulanmıştır. 1951 de, Hukuk Uyuşmazlıklarında Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk Kanunu tarafından tüm medeni uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

arabuluculuk görevini, bir hâkim ve aşağıdaki üç grubun birinden seçilen iki ya da daha fazla kişinin katılımıyla oluşturulan arabuluculuk kurulu icra eder. Arabulucuların seçildiği bu üç grup, kanunda nitelikleri belirtilen avukatlar, medeni ve aile uyuşmazlıklarının çözümüne bilgisiyle katkı sağlayabilecek uzmanlar⁴⁸⁵ ve genel olarak sosyal hayatta yeterli tecrübesi olan kişilerden oluşur⁴⁸⁶. Arabulucu olarak atanan kişiler ilçe mahkemeleri tarafından belirlenen listelerden seçilir. Aile mahkemeleri kendi arabulucular listesine sahiptirler. Arabulucuları atama yetkisi temyiz mahkemesine aittir. Arabulucular kırk yaşını doldurmuş, dürüst, deneyimli ve yüksek ahlaki değerlere sahip kişiler olmalıdır⁴⁸⁷.

Mahkeme bağlantılı arabuluculuk faaliyeti, bütün hukuk uyuşmazlıkları içindir. Arabuluculuk faaliyeti, ilk derece mahkemesi tarafından da emredilebilir olmasına rağmen, genel olarak uyuşmazlığın taraflarından birinin yazılı başvurusuyla uygulanır. Hukuk uyuşmazlıklarında mahkeme bağlantılı arabuluculuğa başvuru, genel kural olarak bir dava şartı değildir. İstisna olarak bina kiralarının veya arazi değerinin artıp azalmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda zorunludur⁴⁸⁸. Bununla birlikte dava konusunun ve delillerin tespiti için yapılan ön inceleme duruşması sonuçlandığında, davanın tarafları arabuluculuğu reddetme hakkına sahiptir. Bu usûl kısmı aleni değildir. Tarafların bizzat katılması gereklidir. Genellikle arabuluculuk komitesi tarafından, taraflar karşı tarafın bulunmadığı bir zamanda ayrı dinlenir. Başarılı bir arabuluculuk faaliyeti sonucu tarafların anlaşması mahkeme tarafından tutanağa geçirilir. Bu anlaşma mahkeme ilâmıyla aynı etkiye sahip ve icra edilebilir niteliktedir⁴⁸⁹.

Aile mahkemelerinde, mahkeme bağlantılı arabuluculuk yöntemine başvuru, boşanma gibi aile uyuşmazlıklarında, Aile Uyuşmazlıklarında Usûl Kanunu m.

⁴⁸⁵ Örneğin; Gayrimenkul değerlendirme uzmanı, lisanslı mimarlar gibi uzmanlar, özellikle ayıplı yapı gibi uyuşmazlıkları içeren davalarda komite üyesi olarak yer alır.

⁴⁸⁶ **Kakıuchi**, s. 271.

⁴⁸⁷ **Özmumcu**, s. 153.

⁴⁸⁸ Hukuk Uyuşmazlıklarında Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk Kanunu madde 24-2.

⁴⁸⁹ **Kakıuchi**, s. 273.

257'ye göre bir dava şartıdır. Taraflar dava açmadan önce uyuşmazlık konusu hakkında arabuluculuğa başvurmak zorundadırlar. Burada da arabuluculuk faaliyetinin işleyiş usûlü, hukuk uyuşmazlıklarında mahkeme bağlantılı arabuluculukla aynıdır. 2010 verilerine göre, aile uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyetiyle uyuşmazlığı sonlandırmada başarı oranı %52,3 dür. Bu oranın, çok başarılı bir sonucun göstergesi olduğu söylenebilir⁴⁹⁰.

Japonya'da 1 Aralık 2004 tarih, 2004/151 sayılı ve 2007 yılında yürürlüğe giren ADR Kanunu (Act on Promotion of Use of Alternative Dispute Resolution)⁴⁹¹, Japon kanun koyucunun ADR'ye karşı tutumunu⁴⁹² anlamak için önemli bir kaynaktır. Japonya'da mahkeme bağlantılı arabuluculuk dışındaki, mahkeme dışı (özel) arabuluculuk faaliyetleri bu ADR Kanunu ve finansal iş alanlarda, 2009 yılında üzerinde değişiklik yapılan, Finansal Araçlar ve Kambiyo Kanunu (Financial Instruments and Exchange Act)⁴⁹³ hükümlerince yürütülür⁴⁹⁴.

Japonya'da mahkeme bağlantılı arabuluculuk dışındaki arabuluculuk faaliyetleri hakkında şu tespitlerde bulunulabilir. Genellikle arabuluculuk usûlü, arabuluculuk hizmeti sağlayıcılarına ve bu yöntemi kullanan uyuşmazlığın taraflarına bırakılır. Yani sözleşme özgürlüğü ilkesi tamamen uygulanır. Arabuluculuk usûlüyle ilgili tamamlayıcı hükümler olmadığından, arabuluculuk, arabulucu sözleşmesiyle tamamen kişisel düzenlemelere tabidir. Ancak bu ifade ek yorumlara ihtiyaç duyar. Şöyle ki;

İlk olarak, oldukça istisnai uyuşmazlıklarda arabuluculuk hizmeti belirli daimi

⁴⁹⁰ Kakiuchi, s. 273.

⁴⁹¹ Bu kanunun İngilizce çevrisi için bkz. www.japaneselawtranslation.go.jp (s.e. 20.05.2016).

⁴⁹² ADR Kanunun ana amacı, Japonyada ADR kullanımını teşvik etmektir. ADR Kanunu m.1. “*Bu kanunun amacının; insanların menfaatlerinin ve haklarının farkında olmaları amacıyla, bir uyuşmazlığın çözümü için en uygun yöntemin seçiminin uyuşmazlığın taraflarınca sağlanmasıdır.*” hükmünü içerir. Yine bu amaca yönelik olarak madde 4’de, “*ADR’nin kullanımını teşvik eden devlet, akımları araştırır ve analiz eder, kullanır ve diğer yurt içi ve yurt dışındaki uyuşmazlık çözüm yöntemi usulleriyle ilgili bilgi sağlar ve diğer gerekli tedbirleri alır. Dolayısıyla ADR yi halka tanıtmaya çalışır.*” hükmü vardır.

⁴⁹³ Bu kanunun İngilizce çevrisi için bkz. www.japaneselawtranslation.go.jp (s.e. 20.04.2016).

⁴⁹⁴ Kakiuchi, s. 279-285.

kurumlar tarafından sunulur. Sonraki uyuşmazlıklarda taraflar, bu kurumlar tarafından sağlanan arabuluculuk faaliyetine ilişkin usûl kurallarını benimser ve yaygınlaştırır. Bu anlamda, bu kurumların kuralları tamamlayıcı hükümlere benzer bir rol oynar.

İkinci olarak, arabulucuların nitelikleriyle ilgili oldukça katı kurallar vardır. Sadece avukatlar ve ADR sertifikalı arabulucu sağlayıcıları, ücret alarak arabuluculuk faaliyetinde bulunmaya izinlidirler. Bu nedenle arabuluculuk sertifikası standartları⁴⁹⁵da, arabuluculuğun içeriğini etkileyebilir. Dolayısıyla arabulucunun niteliklerine ilişkin ADR Kanunu'ndaki hükümlerde bu açıdan arabuluculuk faaliyetini etkiler.

Son olarak, uyuşmazlığın taraflarından birisi tüketici ise, Tüketici Sözleşmesi Kanunu'nun hükümleri arabuluculuk faaliyetinde uygulanabilir⁴⁹⁶.

Japonya ADR Kanunun 2002 yılında, komisyonda kanun taslak çalışmaları görülürken, aynı dönemde kanunlaşan UNCİTRAL Model Kanunu komisyona sunuldu. Ancak Japon ADR Kanun hükümlerinde bu Model Kanun'un izlerini bulmak zordur⁴⁹⁷.

Japonya'da sözleşmelerdeki, arabuluculuk şartının, mahkemede açılan davalardaki etkisi konusunda mahkeme kararı ve akademik tartışma yok denecek kadar azdır. Bunun nedeni sözleşmelerde ihtilaf halinde arabuluculuk yöntemine başvurulacağına ilişkin hükümlerin çok nadir olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak son zamanlarda ilginç bir dava⁴⁹⁸ bildirilmiştir. Tokyo Üst Mahkemesi bu davada, sözleşmedeki arabuluculuk şartının bir dava açılmasını önleyemeyeceğine karar

⁴⁹⁵ ADR Kanunu (Act on Promotion of Use of Alternative Dispute Resolution) m. 6(3), 6(4), 6(6) ve 6(9) bu standartlarla ilgili maddelerdir.

⁴⁹⁶ **Kakiuchi**, s. 285.

⁴⁹⁷ **Kakiuchi**, s. 286

⁴⁹⁸ Tokyo Üst Mahkemesinin 22 Haziran 2011 tarihli kararı. Bu karara konu sözleşmede, sözleşme sebebiyle ihtilaf çıkması halinde, uyuşmazlık iyi niyet görüşmeleri çerçevesinde 60 gün içinde çözümlenmezse, taraflardan biri davayı tarafsız bir Japon arabulucuya verebilir. Eğer arabuluculuk faaliyetiyle uyuşmazlık çözümlenemezse bu takdirde mahkemeye gidilebileceğine ilişkin, arabuluculuk şartı bulunmaktadır.

vermiştir. Gerekçe olarak, arabulucu sözleşmesinin ya da sözleşmedeki arabuluculuk şartının, tahkim sözleşmelerinin aksine hukuk davalarına başvurmanın yerini tutmayacağını belirtmiştir. İkinci gerekçe olarak da, onaylı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi için mahkeme tarafından bir davanın dört ay süreyle askıya alınmasına ilişkin ADR Kanunu madde 26'nın, sözleşmedeki bir arabuluculuk şartına binaen tarafların hukuk davası açmasına mani olamayacağını göstermiştir. Bu karara göre, bir arabulucu sözleşmesi veya bir sözleşmedeki arabuluculuk şartı, o uyuşmazlıkla ilgili olarak dava açılmasına engel değildir⁴⁹⁹.

Arabulucunun görevleriyle ilgili ADR Kanunu'nda pek çok hüküm vardır. Ancak bu hükümler⁵⁰⁰ genellikle teorik ve bir yaptırımı olmayan hükümlerdir. Arabulucunun avukat olma şartı yoktur. Ancak gizlilik yükümlülüğü Avukatlık Kanunu madde 23 gereği avukatlar için öngörülmüştür. Avukat arabulucuların bu yükümlülükleri gereği ifade ve bilgi vermeyi reddetme hakları vardır⁵⁰¹. Avukat olmayan arabulucular için, gizlilik ilkesi önerilir. Ancak bu bir yükümlülük olarak düzenlenmediğinden, avukat olmayan arabulucuların mahkemede ifade vermeyi reddetme hakları yoktur⁵⁰².

Arabuluculuk hizmetlerinin kalite standardı, Avukatlık Kanunu m. 72 ve ADR Kanunu hükümlerince desteklenir. Avukatlık Kanunu 72. maddeye göre ücret karşılığı olarak arabuluculuk ve diğer hukuki hizmetleri (hukuki danışmanlık, tahkim ve uzlaştırma gibi) ancak avukatlar sağlayabilir. Bununla beraber ADR sertifikalı

⁴⁹⁹ Kakiuchi, s. 286.

⁵⁰⁰ Örneğin, ADR Kanunu madde 2. “Uyuşmazlığın çözümü için tarafların gönüllü çabaları da gözetilerek, adil ve uygun bir yol ile ADR yöntemleri uygulanmalıdır. Uyuşmazlığın gerçek nedenlerine göre ve özel uzmanlığa dayanılarak uyuşmazlık çözümü hızlıca gerçekleştirilmelidir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine katılan kişiler önceki paragrafta ortaya konan temel kavramlara uygun olarak birbirleriyle işbirliği içerisinde olmalı ve ortak çalışma için mücadele vermeliyim.” hükmünü ihtiva eder. Bunun yanı sıra madde 6(11) göre, arabulucu adayı sertifika standartlarını sağlamalıdır. Madde 14 ise, onaylı uyuşmazlık çözüm organizasyonlarına bazı görevler yükler. www.japaneselawtranslation.go.jp (s.e. 20.05.2016)

⁵⁰¹ Medeni Usûl Kanunu (Code of Civil Prosedure) m. 197.

⁵⁰² Kakiuchi, s. 288.

arabulucular da ücret almaya yetkilidirler⁵⁰³. Elbette arabulucuların kalitesi, arabuluculuk faaliyetinin kalitesine yansıtacaktır. Bunun yanı sıra, bir arabuluculuk kurumunun arabulucusunun onaylanması için, uzmanlaştığı uyuşmazlık türünü tanımlaması ve her bir uyuşmazlığın yapısına uygun bir arabulucunun seçilmesini düzenleyen ADR Kanunu m. 6(1), (2) hükümleri, arabuluculuk faaliyetinin kalitesine yönelik düzenlemelerdir⁵⁰⁴.

Japonya’da en kuvvetli arabuluculuk şekilleri, mahkeme bağlantılı arabuluculuk ve idari kurumlar tarafından sağlanan ADR hizmetleridir. Bu iki arabuluculuk şekli rekabet halindedir. Ancak mahkeme dışı arabuluculuk faaliyet uygulamalarının bunlarla rekabet etmesi hiç mümkün görünmemektedir⁵⁰⁵.

Uyuşmazlığın taraflarından birinin, arabuluculuk sürecinden nasıl çekilebileceği, öncelikle taraflar ve arabuluculuk hizmetini sağlayanlar arasında düzenlenen sözleşme hükümlerine göre belirlenir. Genel olarak aksi kararlaştırılmadıkça, süreci sonlandırmak için ADR kurumları tarafından hazırlanan kurallar uygulanır⁵⁰⁶. ADR Kanunu, sürecin sonlandırılmasına ilişkin usûl ve durumları belirtir. Arabulucu taraflar arasında anlaşma ihtimalinin imkânsız olduğunu düşündüğü zaman arabuluculuk faaliyetini sonlandırır⁵⁰⁷.

⁵⁰³ ADR Kanunu m. 6(7) ve 6(8)’e göre, arabuluculuk ücreti sözleşmeyle belirlenir. Fakat ADR kurumlarının kuralları önemli rol oynar. ADR Kanunu m. 6 (15), onaylı arabuluculuk faaliyetleri için, kurumun ödeme ve hesaplama yöntemlerini veya miktarını belirlemesini ve bunların çok fahiş olmamasını düzenler. www.japaneselawtranslation.go.jp (s.e. 21.04.2016).

⁵⁰⁴ **Kakiuchi**, s. 288.

⁵⁰⁵ **Kakiuchi**, s. 289.

⁵⁰⁶ Örneğin; Japon Ticari Tahkim Birliği (Japan Commercial Arbitration Association-JCAA) kuralları. Madde 10. Arabuluculuğun sonlandırılması, 1. Aksi taraflar tarafından kararlaştırılmadıkça, arabuluculuk faaliyeti madde 7’ ye istinaden, arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde sonlandırılmalıdır. Arabulucunun isteğiyle bu süre uzatılabilir. 2. Aşağıda belirtilen hallerde arabuluculuk süreci sonlandırılır. (1) Birlik, madde 6 fıkra 5 belirtilen bir uyarı verdiğinde, (2) Taraflar arasında bir anlaşmaya varıldığında, (3) Önceki fıkarda belirtilen süre sona erdiğinde, (4) Arabulucu, anlaşma ihtimalinin olmadığını yazılı olarak Birliğe bildirdiğinde, (5) Taraflardan birinin arabuluculuk sürecini sonlandırmak istediğini yazılı olarak arabulucuya bildirdiğinde. 3. Arabulucunun Birliği yazılı olarak bilgilendirmesiyle, sonlanır. Bkz. <http://www.jcaa.or.jp/e/mediation/docs/rules.pdf> (s.e. 21.05.2016).

⁵⁰⁷ ADR Kanunu m. 6(7) ve (8); **Kakiuchi**, s. 289.

Mahkeme bağlantılı arabuluculuk çözüm anlaşmalarının mahkeme kararları gibi icra edilebilir olma niteliğinin aksine, mahkeme dışı arabuluculuk çözüm anlaşmaları normal sözleşme olarak kalmakta ve kendi başına icra edilebilir niteliğe sahip değildir. Ancak çözüm anlaşmasının bu zayıf tarafı şöyle aşılabılır:

Taraflar çözüm anlaşmasını, aynı arabulucuyu hakem olarak tayin ederek, tahkim anlaşması haline getirebilirler. Bu takdirde, arabuluculuk anlaşması bir tahkim kararı gibi kaydedilir⁵⁰⁸. Dolayısıyla bu tahkim kararının icra edilebilirliğinin onayı için mahkemeye başvurulabilir⁵⁰⁹. Bu yol arabuluculuk çözüm anlaşmasının icra edilebilirliğini sağlamada kullanılabilir olmakla birlikte⁵¹⁰ esasen icra edilebilen anlaşma bir tahkim anlaşmasıdır.

Arbuluculuk çözüm anlaşmasına icra edilebilirlik özelliği kazandıran diğer bir yol ise, taraflar dava açılmadan önceki anlaşmaları yapan dar yetkili mahkemeye müracaat ederek, anlaşmak için bir dilekçe verebilir⁵¹¹. Mahkeme yetkilisinin çözüm anlaşmasını kayda geçmesiyle, çözüm anlaşması icra edilebilir mahkeme kararına dönüşür⁵¹². Çözüm anlaşmasının noter senedi olarak düzenlenmesi halinde de, icra edilebilirliği sağlanır⁵¹³. Burada da icra edilebilen anlaşma esasen, bir mahkeme kararı ve bir noter senedir.

Son olarak, ADR Kanunu tüketiciler için özel hüküm getirmemiştir. Ancak, Tüketici Sözleşmeleri Kanunun tüketiciyi koruyan emredici hükümleri çözüm anlaşmaları içinde uygulanabilir. Çözüm anlaşmasında tüketicilerin hakları sınırlanmış veya tüketicinin yükümlülükleri tek taraflı olarak artırılmışsa bu

⁵⁰⁸ 2003/138 sayılı Tahkim Kanunu (Arbitration Law) m. 38(1) ve (2). İngilizceye çevrilmiş tercümesi için bkz. <http://www.japaneselawtranslation.go.jp> (s.e. 21.05.2016).

⁵⁰⁹ Tahkim Kanunu m. 46(1).

⁵¹⁰ **Kakiuchi**, s. 290.

⁵¹¹ Japon Medeni Usûl Kanunu (Code of Civil Procedure) m. 275. İngilizceye çevrilmiş tercümesi için bkz. <http://www.japaneselawtranslation.go.jp> (s.e. 21.05.2016).

⁵¹² Japon Medeni Usûl Kanunu m. 267.

⁵¹³ **Kakiuchi**, s. 290.

hükümler geçersizdir⁵¹⁴. Zira çözüm anlaşması da bir sözleşmedir.

Japonya’da ticari uyuşmazlıkların tahkim yöntemiyle çözümü için, iki temel tahkim mahkemesi bulunmaktadır. Bunlardan ilki Japon Ticari Tahkim Birliği (JCAA)⁵¹⁵’dir. İkincisi Tokyo Denizcilik Tahkim Komisyonu (Tokyo Maritime Arbitration Commision-TOMAC)⁵¹⁶, dur. Bu kurumların ana faaliyeti tahkim olmakla birlikte, kurumsal arabuluculuk hizmeti de sunmaktadırlar⁵¹⁷.

M. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ’NDE ARABULUCULUK

Amerika Birleşik Devletleri’nde uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri, resmi, gayri resmi ve yarı resmi olmak üzere üç gruptur. Aiternatif uyuşmazlık çözüm düzenlemelerinin dönüm noktası Federal Medeni Usûl Kanunu’nun⁵¹⁸, avukatlar, hâkimler ve akademisyenlerden oluşan bir komisyon tarafından hazırlanarak, Amerikan Kongresi’nin pasif onayıyla kanunlaştırıldığı 1938 yılıdır. Daha sonra 1976 yılında, Pound Konferansı’nda, Harvard profesörü Frank Sanders’in, “*Gelecekteki adalet üzerine bakış açıları*” konulu konferansı, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin resmi yargı politikalarında düşünülmesi ve uygulanmasının dönüm noktası olmuştur⁵¹⁹.

Amerika Birleşik Devletleri’nde, ADR’yi düzenleyen hukuk kaynaklarını şu şekilde sıralayabiliriz. Anayasa, 1990 tarihli Medeni Yargı Reform Kanunu (Civil Justice Reform Act of 1990-CJRA)⁵²⁰, 1996 tarihli İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu

⁵¹⁴ Tüketici Sözleşmeleri Kanunu m. 10. **Kakiuchi**, s. 290.

⁵¹⁵ Geniş bilgi için bkz. <http://www.jcaa.or.jp/e> (s.e. 22.05.2016).

⁵¹⁶ Geniş bilgi için bkz. <http://www.jseinc.org/en/tomac> (s.e. 22.05.2016).

⁵¹⁷ **Özmumcu**, s. 214.

⁵¹⁸ 304 US 64 (1938). Bu kanunla, bütün eyaletlerdeki federal bölge mahkemelerinde geçici olmayan kararlar için bu kanun hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla bu kanun, daha önceki düzenlemeyi tersine çevirir.

⁵¹⁹ **Menkel-Meadow**, Carrie, “Regulation of Dispute Resolution in the United States of America: From the Formal to the Informal to the Semi-formal”, Steffek/ Unberath /Genn/ Greger/Menkel-Meadow (eds), *Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oregon 2013, s. 420.

⁵²⁰ 28 USC § 471. Bkz. <http://codes.lp.findlaw.com/uscode/28/I/23/471>(s.e. 23.05.2016).

(Administrative Dispute Resolution Act of 1996)⁵²¹, 1998 tarihli Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Kanunu (Alternative Dispute Resolution Act of 1998)⁵²² gibi federal kanunlar, hukuk usûlündeki federal kanunlar, her bir federal bölgedeki yerel kanunlar ve gezici temyiz mahkemeleri kanunları ve uygulamalarıdır.⁵²³

Bu kanunlarla birlikte, genel hukuk içtihatları, Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi ve federal temyiz mahkemelerinden pek çok emsal karar, alternatif uyuşmazlıkların çözüm faaliyetlerinde uygulayıcılara dayanak teşkil etmektedir. Bunlara ilave olarak, Uyuşmazlık Önleme ve Çözümü için Uluslararası Enstitü (International Institute for Conflict Prevention and Resolution-CPR)⁵²⁴ ve Uyuşmazlık Çözüm Birliği (Association of Conflict Resolution-ACR)⁵²⁵ gibi özel organizasyonların arabuluculuk ve tahkim için Amerika Tahkim Birliği (American Arbitration Association-AAA)⁵²⁶ kuralları, uyuşmazlık çözüm uygulayıcılarına yol gösterici niteliktedir⁵²⁷.

1998 tarihli ADR Kanunu, alternatif uyuşmazlık çözümünü “*hâkim tarafından nezaret edilen bir yargı sürecinin dışında kalan, tarafsız ön değerlendirme, arabuluculuk, kısa yargılama ve tahkim gibi usûller yoluyla, üzerinde uyuşmazlık bulunan konuların çözümüne yardımcı olmak için, tarafsız bir üçüncü kişinin katıldığı herhangi bir usûl veya süreç*” şeklinde tanımlamıştır. Buradaki tanımda sayılan yöntemler, sınırlı olarak değil örnek olarak sayılmış olup, bu yöntemler arasında en çok kullanılan yöntem arabuluculuktur⁵²⁸.

ADR Kanunu, 1998 tarihli olmasına rağmen ADR’nin mahkemelerde

⁵²¹ 5 USC § 571. Bkz. <http://www.adr.gov/pdf/adra.pdf> (s.e. 23.05.2016).

⁵²² 28 USC 651. Bkz. <http://www.adr.gov/ADR%20ACT%201998.pdf> (s.e. 23.05.2016).

⁵²³ **Menkel-Meadow**, s. 421.

⁵²⁴ www.cpradr.org (s.e. 23.05.2016).

⁵²⁵ www.acrnet.org (s.e. 23.05.2016).

⁵²⁶ <https://www.adr.org> (s.e. 23.04.2016).

⁵²⁷ Bkz. **Gottwald**, Walther, Mediation in den USA, in: Hensler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, Köln 2004, s. 203-252; **Menkel-Meadow**, s. 421.

⁵²⁸ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 353.

kullanılması 1970 yıllarına kadar uzanır. 1970’li yıllarda ilk arabuluculuk ve tahkim yöntemine ilişkin pilot projeler uygulanmaya başlanmıştır. Bunu takiben 1980 yılında, kısa yargılama ve tarafsız ön değerlendirme gibi uyuşmazlık çözüm yöntemleri eklenmiştir⁵²⁹. Başlangıçta bu gayri resmi adalet anlayışı girişimleri, uyuşmazlığın çözümü için daha iyi seçenekler ve çözümler elde etmek amacıyla, baş yargıç Warren Burger dahil olmak üzere adli görevliler ve mahkeme uygulamalarından gelmektedir. Son yıllarda uyuşmazlık çözüm süreci çeşitliliği, süreç çoğulculuğu (process pluralism) olarak tanımlanır ve alternatif uyuşmazlık çözümü yerine, uygun uyuşmazlık çözümü (appropriate dispute resolution) terimi kullanılmaktadır.

Bu kapsamda, arabuluculuk ve tahkim usulünün birleşmesiyle oluşan yeni karma uyuşmazlık çözüm yöntemleri (arabuluculuk-tahkim “*med-arb*” veya tahkim-arabuluculuk “*arb-med*” gibi) de, bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uygulanmaya başlanmıştır. İlave olarak, avukatları ve hâkimleri içeren bir süreç olan uzlaştırma oturumu (settlement conferences), kısa jüri yargılaması (summary jury trials), dava değerlendirmesi (Michigan arabuluculuğu), uzlaşma haftası (settlement week), özel yargılama (private judging), özel jüriler (private juries), kamu hukuku alanında ombudsmanlık, ceza hukuku alanında fail-mağdur arabuluculuğu mahkeme yargılaması dışında uyuşmazlıkları çözmek için kullanılan yöntemlerdir⁵³⁰. Hem kamu, hem özel, hem de karma alanda çözüm süreç türlerinde ve yerlerinde bu kadar çok çeşit varken, ADR yöntemlerinin tamamını, bir kitapla tanıtımını düşünmeyi tasavvur etmek tek kelimeyle imkânsızdır⁵³¹.

Mahkemelerin uyuşmazlıklara yaratıcı çözüm bulmada güçlerinin sınırlı olması nedeniyle, bu şekildeki çözüm tarzından memnun olmayanlar, uyuşmazlık çözümünde profesyonellere (avukatlar ve hâkimler) ihtiyacı olmaksızın, doğrudan tarafların katılımını teşvik etmek isteyen diğerleri sonradan gayri resmi (informal) adalet hareketi olarak adlandırılan bu modeli oluşturdular. Özel sektörde yüzlerce

⁵²⁹ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 358.

⁵³⁰ **Menkel-Meadow**, s. 423; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 434.

⁵³¹ **Menkel-Meadow**, s. 423

Fortune 500 ‘e girmiş büyük şirketler ve onların geniş hukuk şirketleri, dava açmadan önce birbirleriyle uyuşmazlık çözüm süreçleri yürütmek için Kamu Kaynakları Merkezi’ne (Center for Public Resources Pledge) kaydolmuşlardır. Bu gayri resmi uyuşmazlık çözüm süreçlerinin başarısı, müzakere, arabuluculuk, tahkim ve bunların karma hallerinden oluşan çözüm süreçleri kamu anlaşmalarında daha fazla kullanılmasına yol açmıştır. Böylece mahkemeler arabuluculuk ve tahkim süreçlerini teşvik etmeye başlamış hatta bazı davalarda zorunlu hale getirmişlerdir. Bu süreçlerin kullanımı ve dönüşümü neticesinde, bu süreçler yasal olarak tanınmıştır⁵³².

Amerika Birleşik Devletleri’nde neredeyse her federal mahkeme ADR nin bazı türlerine sahiptir. Bu mahkemelerin arabuluculuk, tahkim ve diğer uyuşmazlık çözüm türlerinin kullanımları üzerine istatistiksel raporlarına göre, Newyork, California, Teksas ve Michigan gibi en kalabalık nüfuslu eyaletlerde, tarafların anlaşma oranlarının %30 ile %70 arasında olduğu tespit edilmiştir. Aslında şu an tüm federal temyiz mahkemeleri de resmi arabuluculuk programlarına sahiptir. Çoğu kadrolu, bir kaç gönüllü olmak üzere arabulucular istihdam etmektedirler⁵³³.

Amerikan Tahkim Birliği (AAA) ve Uyuşmazlık Önleme ve Çözümü için Uluslararası Enstitüsü (CPR), uyuşmazlık çözüm yöntemleri hizmet sağlayıcısı olarak, önemli ve işlevsel kuruluşlardır. CPR sanayicilerin tamamı ve uyuşmazlık çözümünü yöntemlerinin belirli türleri için resmi usûller geliştirmiştir. Bu şekilde uyuşmazlık çözümü için, petrol ve gaz, satımda tekel hakkı, sağlık hizmetleri ve hastane, çalışma yönetimi, kitlesel felaketler, ilaç kullanımı ve diğer endüstrilere özgü model kurallar ve düzenlemeler tasarlanmış ve yaygınlaştırılmıştır. Bazı endüstrilerde bu özel usûl ve kuralların başarısı, kamu adalet sisteminde tam anlamıyla yasal bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilebilirliğini sağlamıştır⁵³⁴.

⁵³² Menkel-Meadow, s. 434.

⁵³³ Menkel-Meadow, s. 434.

⁵³⁴ Menkel-Meadow, s. 438.

Endüstriye hizmet eden bu özel kuruluşlara ek olarak, 1980’lerde pek çok yeni uyuşmazlık çözüm hizmeti sağlayıcıları ortaya çıkmıştır. Hukuki Tahkim ve Arabuluculuk Servisi (Judicial Arbitration and Mediation Service-JAMS)⁵³⁵, özel uyuşmazlık çözüm servislerinin en başarılı olanlarını bulmak için, Kaliforniya’da bir devlet mahkemesinden emekli bir hâkim tarafından kurulmuştur. Şimdi pek çok ülkenin başkentlerindeki ofisleriyle, Amerika’daki bütün ticaret merkezlerine hizmet vermektedir. JAMS uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için, Paris’teki Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce-ICC), Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (London Court of International Arbitration-LCIA)⁵³⁶, Hong Kong, Kahire ve Stockholm mahkemeleriyle tahkim ve arabuluculuk alanında rekabet halindedir⁵³⁷.

1958 tarihli, Yabancı Tahkim Kararlarının Tanınması ve İcra edilebilirliğine İlişkin Birleşmiş Milletler New York Sözleşmesini (UN New York Convention for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) imzalayan ülkelerin ulusal mahkemeleri, tahkim kararlarının icra edilebilirliğini sağlarlar. Bu tahkim kararlarının icra edilebilirliği Amerika’da Federal Tahkim Kanunu (Federal Arbitration Act) hükümleriyle sağlanır. Ancak, arabuluculuk çözüm anlaşmaları için böyle bir imkân yoktur. Onların sözleşmeden daha fazla bir yaptırım gücü yoktur. Herhangi bir özel sözleşmede olduğu gibi icra edilebilirliği için dava açılmalıdır⁵³⁸.

Amerika Birleşik Devletleri’nde dini ve etnik gruplar, kendi toplulukları içerisindeki belirli uyuşmazlıklar için, kendi mahkemelerini, arabuluculuk ve tahkim servislerini uzun zamandır kullanmaktadırlar. Bu uyuşmazlık çözüm yollarında, aile uyuşmazlıklarıyla ilgili dini bir mahkemedeki anlaşma şartlarının kabulü için mahkemeye başvurulduğunda, uyuşmazlığın bir tarafının dini değil, laik hükümlere göre çözüm talep ettiğinde gerginlikler yaşanmaktadır. Son zamanlarda Oklahama,

⁵³⁵ <http://www.jamsadr.com> (s.e. 28.05.2016).

⁵³⁶ <http://www.lcia.org> (s.e. 28.05.2016).

⁵³⁷ Emekli hâkimler ve özel avukatlar, özel uyuşmazlık servisleri için günde 5.000. \$’ın üzerinde kazanmaktadırlar. **Menkel-Meadow**, s. 438.

⁵³⁸ **Menkel-Meadow**, s. 438-439.

Arizona ve Nebraska eyaletlerinde yabancı, uluslararası ve şeriat hukukunun kullanımını yasaklamak için herkesçe bilinen halk oylaması ve yasama sürecini kullanmışlardır. Ancak bu referandum süreci anayasaya aykırı olarak yapılmıştır⁵³⁹. Aile uyuşmazlıklarında dini mahkemeler, tahkim ve arabuluculuk merkezleri, Yahudiler, Hristiyanlar ve Müslümanlar tarafından kullanılmaktadır. Bu merkezlerdeki uyuşmazlık çözümüne ilişkin tahkim kararlarının icra edilebilirliği, Federal Tahkim Kanunu gereğince mahkemeler tarafından onaylanarak sağlanır⁵⁴⁰.

Mahkeme bağlantılı arabuluculuk ile özel arabuluculuğun işleyişi birkaç fark dışında aynıdır. Mahkeme bağlantılı arabuluculuk faaliyeti, bizzat mahkeme tarafından yönetilebileceği gibi, mahkeme dışındaki diğer ADR hizmet sağlayıcılarına da havale edilebilir⁵⁴¹. Federal mahkemelerde, hâkim yada sulh hâkimleriyle gerçekleştirilen uzlaştırma oturumları (settlement conferences) ADR türlerinden en yaygın olarak kullanılanı olup, esasen yapılan faaliyet arabuluculuktur. Bazı mahkemeler, belirli bir değerin altındaki hukuk davalarını ve aile hukukundan doğan belirli davaları zorunlu olarak ADR'ye göndermektedir. ADR yöntemlerinden çıkan kararlar bağlayıcı değildir. ADR yöntemlerinden çıkan tahkim⁵⁴² kararları temyiz edilebilir. Temyiz duruşmalarında dava sil baştan ele alınır. Eğer temyiz eden taraf temyiz mahkemesinden, tahkim kararından daha lehine bir karar çıkartamazsa mahkeme masraflarına katlanmak zorunda kalır⁵⁴³.

Bazı eyaletlerde, istisna tutulan davaların dışındaki hukuk davalarında ADR'ye başvuru zorunlu tutulmuştur. Bu tür adliyeler çok seçenekli adliyeler olarak isimlendirilmektedir. Taraflar ADR listesindeki yöntemlerden istedikleri uyuşmazlık çözüm yöntemini seçebilmektedir. Örneğin, New Hampshire eyalet mahkemesinde ADR yöntemleri (1. tarafsız değerlendirme, 2. Arabuluculuk, 3. Bağlayıcı olamayan tahkim, 4. Bağlayıcı tahkim olarak) sıralanmıştır. Taraflar bir yöntemi kullanma

⁵³⁹ Menkel-Meadow, s. 440. Bkz. dn. 123.

⁵⁴⁰ Menkel-Meadow, s. 440.

⁵⁴¹ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 424.

⁵⁴² Amerika'da, bağlayıcı olan tahkim ve bağlayıcı olmayan tahkim türleri bulunmaktadır.

⁵⁴³ Menkel-Meadow, s. 442.

üzerinde anlaşılmazlarsa, tarafların seçtiği yöntemlerden en küçük rakam sırasında olan yöntem kabul edilmiş sayılır. Bunun gibi Daleware eyalet mahkemesinde, taraflar bir ADR yöntemi üzerinde anlaşılmazlarsa, zorunlu olan standart yöntem arabuluculuktur⁵⁴⁴.

Tüm federal temyiz mahkemeleri, davanın taraflarına önce arabuluculuk teklif eder. Hâkimler ücretli arabulucular çalıştırmaktadır. Kolombiya bölgesi hala gönüllü avukat arabulucuları istihdam etmektedir. Esasen bütün federal mahkemeler ADR faaliyetlerini yürütmek için gönüllü avukatlar istihdam etmektedir⁵⁴⁵.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, ne federal düzeyde ne de eyalet düzeyinde kimlerin arabulucu olabileceği düzenlenmez. Arabulucular, hakemler veya gayri resmi uyuşmazlık çözme teşebbüsünde bulunan üçüncü kişiler için sertifika veya lisans belgesi gerekli değildir. Florida, Massachusetts ve Kaliforniya gibi bazı eyaletlerde, mahkemeler, arabulucular ve hakemler için standartlar ve eğitimler düzenleme girişimlerinde bulunmaktadır. Arabulucular hukukçulardan ve diğer meslek uzmanlarından olabilmektedir. Teknik bilgi gerektiren özel sözleşmelerde, arabulucular ve hakemler genellikle, inşaattan kaynaklanan uyuşmazlıklarda mühendis ve mimarlardan, finansal uyuşmazlıklarda muhasebecilerden ve aile uyuşmazlıklarında sosyal hizmet uzmanları ve psikologlardan seçilmektedirler⁵⁴⁶. Federal mahkeme bağlantılı arabuluculuk faaliyetleri için taraflar, arabulucuya cari fiyat üzerinden veya mahkemece tespit edilen fiyat üzerinden ücret öderler. Bununla birlikte gönüllü olarak ücretsiz çalışan arabulucu avukatlar da, arabuluculuk hizmeti vermektedir⁵⁴⁷.

ADR'nin çeşitli türlerinin uygulamaları hakkında değerlendirme yapmak çok

⁵⁴⁴ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 443-444; Ayrıca çok seçenekli adliyeler için bkz. **Özbek**, Mustafa, Türk Yargı Sisteminde Çok Seçenekli Adliyeler, T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı 2013, Yayın no: 32 s. 489-514. Makaleye internette erişim için bkz.

<http://acikerisim.baskent.edu.tr/handle/11727/1974> (s.e. 29.05.2016).

⁵⁴⁵ **Menkel-Meadow**, s. 442.

⁵⁴⁶ **Menkel-Meadow**, s. 444.

⁵⁴⁷ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 427.

güçtür. Uyuşmazlıkların çözümü için sunulan, bu yöntemlere ilişkin faaliyetlerin çoğu özel kalır. Bu süreçlerin sonuçlarını resmi rapor etme gereksinimi yoktur. Bu yüzden özel uyuşmazlık çözümlerinin gerçek boyutları hakkında pek çok bilinmeyen vardır. Amerika’da şimdi resmi ve gayri resmi çözüm süreçlerden daha çok, yarı resmi karma veya birleşmiş çözüm süreçleri faaldir. Asıl problem bu kadar çok farklı uyuşmazlık çözüm türünün yararının, etkililiğinin ve geçerliğinin nasıl değerlendirileceğidir⁵⁴⁸. 1990’ların ortalarında, federal hükümet, mahkemelerde ADR’nin gerçekten maliyet ve zaman kaybını azaltıp azaltmayacağını ortaya çıkarmak için RAND şirketine (RAND corporation)⁵⁴⁹ beş milyon dolarlık bir araştırma programı yaptırmıştır. RAND raporuna göre, esasen arabuluculuk, tahkim ve erken tarafsız değerlendirme yöntemlerinin kullanıldığı mahkemelerde, maliyet ve zaman kaybı azalması, oldukça düşük olarak tespit edilmiştir⁵⁵⁰. Fakat RAND raporlamasının kendisi, hareket halindeki bir hedefi çalıştığı için eleştirilmiştir. Daha küçük çaplı çalışmalar ADR yöntemlerinin, zamandan ve maliyetten tasarruf sağlamada etkili olduğunu göstermiştir. Ayrıca bu çalışmalarda, ADR yöntemlerini kullanan tarafların, bu faaliyetlerden kayda değer biçimde memnuniyet duydukları görülmektedir⁵⁵¹.

§ 7. ARABULUCULUĞUN TEMEL İLKELERİ

A. GENEL OLARAK

Nasıl ki medeni yargıda, yargılama sürecinin icra edilme usûlünü, tarafların ve hâkimlerin yetki ve yükümlülüklerini, mahkeme ile tarafların ilişkilerini belirleyen

⁵⁴⁸ Menkel-Meadow, s. 420.

⁵⁴⁹ Şirket hakkında bilgi için bkz. <http://www.rand.org> (s.e. 29.05.2016).

⁵⁵⁰ RAND Raporu hakkında geniş bilgi için bkz. Kakalik, James S./Dunworth, Terence/Hill, Laural A./ McCaffrey, Daniel/Oshiro, Marian/Pace, Nicholas M./Vaiana, Mary E., An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation under the Civil Justice Reform Act, Santa Monica, RAND Publishing, 1996.

⁵⁵¹ Menkel-Meadow, s. 437.

ilkeler varsa⁵⁵², arabuluculuk yönteminde de arabuluculuk sürecinin işleyişini, arabulucuların ve tarafların rollerini belirleyen ilkeler vardır.

Arabuluculuk süreci, uyuşmazlık çözüm yolları içerisinde kendine özgü (suigeneris) bir süreçtir. Bu süreç bir takım prensipleri takip etmektedir. Arabuluculuk süreci, devlet yargısı sürecinden ve diğer alternatif uyuşmazlık yolu süreçlerinden farklı prensiplere bağlıdır. Çünkü mahkeme yargısında 3. bir kişinin kararı ile uyuşmazlık çözümüne bel bağlanırken, arabuluculukta bizzat tarafların kendi çözümlerini kendilerinin bulması konusunda sorumluluk almaları söz konusudur. Arabuluculukta üçüncü kişi arabulucunun karar vermeye yetkisinin bulunmaması, arabuluculuğu iki taraflı bir yapıya büründürmüştür⁵⁵³.

Bir arabuluculuk usûlü ile mahkeme yargılaması usûlü arasındaki farklılıklar, arabuluculuk yöntemini usûl hukukunun katı şekilciliğinden kurtarmaktadır. Karar verici hâkimin etkisinden uyuşmazlığın taraflarını kurtarmakta ve tarafların menfaatlerini gözeten bir çözüme kavuşmasını sağlamaktadır. Ancak, şüphesiz arabuluculukta da tarafların ve arabulucuların uymakla yükümlü bulundukları usûl ilkeleri de gelişmiştir. Bu usûl ilkeleri hiçbir şekilde arabuluculuğa yabancı olan bir konu değildir. Aksine arabuluculuk, “*süreçteki adalet, sürecin sonunda da adaletin doğmasına sebebiyet verir ilkesine*” dayanmaktadır⁵⁵⁴.

Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler, öncelikle alternatif uyuşmazlık çözümü konusunda yetkili olan ABD meslek örgütü tarafından formüle edilmiştir⁵⁵⁵. Daha sonra Almanya meslek örgütleri ve nihayet Avrupa Birliği Komisyonu’nda kabul edilmiştir⁵⁵⁶.

⁵⁵² **Rüzgaresen**, Cumhur, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013, s. 27.

⁵⁵³ **Hess**, Handbuch Mediation, s. 1074.

⁵⁵⁴ **Hess**, Handbuch Mediation, s. 1074.

⁵⁵⁵ **Hager**, Günter, Konfliktund Konsens, Überlegungen zu Sinn, Erscheinungund Ordnung der Alternativen Streitschlichtung, Tübingen 2001, s. 79.

⁵⁵⁶ Tüketici Uyuşmazlıklarının Mahkeme Dışı Çözümünde Uygulanacak İlkelerle ilişkin 4.4.2001 tarihli Avrupa Birliği Komisyonu Tavsiye Kararı, ABl. EG 2001 L 109/56 ff.; **Hess**, Handbuch Mediation, s. 1074.

Arabuluculuk sürecinin içyapısına ve arabuluculuk ilkelerine riayet edildiği takdirde, uzun vadede arabuluculuğun sonunda tarafların tatmin olmaları sağlanır. Her ilkenin önemi, arabuluculuğun aşamalarına göre çok değişmektedir. Eğer ilkelere ve önemine riayet edilmez ise, uyuşmazlığın taraflarından biri mağdur edildiğine dair bir kanaate ulaşabilir veya gerçekten de mağdur olabilir⁵⁵⁷.

Arabuluculuk faaliyet sürecinin her aşamasında, arabuluculuk ilkelerine uyulmasını sağlamak arabulucunun görevidir. Arabuluculuk ilkeleri, ülkemizde olduğu gibi ya arabuluculukla ilgili kanunda yer almalı ya da arabulucu sözleşmesinde bulunmalıdır. Böylece sorumluluk ve yargılanabilirlik mümkün hale gelir. Arabuluculuk ilkelerinin uygulanmasının garantörü olan arabulucu açısından sorumluluğunun çerçevesi de bu şekilde çizilebilir⁵⁵⁸.

Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler, arabuluculuk faaliyetine ilişkin ilkeler ve arabulucuya ilişkin ilkeler olarak iki ana başlık altında dokuz alt başlıkta toplanabilir. Arabuluculuk faaliyetine ilişkin ilkeler, “irâdilik ilkesi”, “eşitlik ilkesi”, “tarafların egemenliği ilkesi” ve “gizlilik ilkesi”dir. Arabulucuya ilişkin ilkeler ise, “arabuluculuk sürecini belirli bir çerçevede sevk ve idare etme ilkesi”, “tarafsızlık ilkesi”, “aydınlatma ilkesi”, “özenle hareket etme ilkesi” ve “görevi şahsen yerine getirme ilkesi” dir. Bu ilkeler, benzer usûl hukuku ilkeleriyle birlikte incelenecektir. Ancak arabulucuya ilişkin ilkeler, aynı zamanda arabulucunun yükümlülükleri olarak HUAK’nda hüküm altına alınmış olduğundan, arabulucuya ilişkin bu ilkeleri, “Arabulucuların Yükümlülükleri” başlığı altında incelemeyi uygun bulduk.

⁵⁵⁷ **Kracht**, Stefan, “Rolle und Aufgabedes Mediators-Prinzipien der Mediation”, Haft/vonSchliefen (Hrsg), Handbuch Mediation, München 2009, s. 284.

⁵⁵⁸ **Kracht**, s. 284.

B. ARABULUCULUK FAALİYETİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELER

I. İrâdilik İlkesi

1. Genel Olarak İrâdilik İlkesi

İrâdilik ilkesi; ihtiyârilik ilkesi, gönüllülük ilkesi ve serbestlik ilkesi olarak da isimlendirilmektedir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun ikinci bölümünün başlığı “*Arabuluculuğa İlişkin Temel İlkeler*” olup, bu bölümün altındaki 3. madde “*İradi olma ve eşitlik*” başlığını taşımakta, irâdilik ilkesi maddenin 1. fıkrasında, eşitlik ilkesi de 2. fıkrasında yer almaktadır. Madde 3, fıkra 1’de “*Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçme konusunda serbesttirler.*” hükmü ile irâdilik ilkesi kanunda⁵⁵⁹, arabuluculuğun temel bir ilkesi olarak yerini almıştır.

Arabuluculuk sürecinin ön şartı, tarafların dışarıdan zorunlu kılınmadan bu sürecin gerçekleşmesini serbest irâdeleriyle istemeleridir. Bu ilkenin anlamı ve amacı, uyuşmazlığın tarafları arasında mümkün olduğunca serbest ve açık bir müzakere atmosferini sağlamaktır. Tarafların dışarıdan baskısız bir şekilde müzakere etmelerine imkân sunulması amaçlanmaktadır⁵⁶⁰.

İrâdilik ilkesi aynı zamanda tarafların zarar görmeden her zaman arabuluculuk sürecinden vazgeçebilmelerini de temin etmektedir. Arabulucunun görevi gerek katılımda, gerek sürecin devamında, gerekse sürecin sonlandırılmasında bu serbestiyetin varlığını tespit etmektir. Ancak arabulucu tarafların baskı altında olmadıklarından emin olursa, başarılı bir arabuluculuğun temelini oluşturabilir.

Fakat tarafların serbest irâdeleri ile hareket edip etmedikleri nasıl tespit edilecektir? Fiili bir zorlama şu durumda her zaman mevcuttur. Uyuşmazlığın bir tarafının çok güçlü olması nedeniyle, müzakerenin şartlarını diğer tarafa istediği gibi dikte edebiliyorsa, güçsüz olan tarafın serbest irâdesinden söz edilemez. Büyük

⁵⁵⁹ HUAK m. 3’ün hükümet gerekçesinde irâdilik ilkesinin anlamı geniş olarak anlatılmış ve zorunlu arabuluculuk yaklaşımıyla bu ilkenin tam olarak bağdaşmayacağı belirtilmiştir.

⁵⁶⁰ **Kracht**, s. 284.

kuvvet dengesizliği durumlarında bu söz konusu olabilmektedir⁵⁶¹. Arabulucunun menfaat temelli arabuluculuk yaptığını düşünerek bu ilkeyi göz ardı etmesi düşünülemez. Kaldı ki gerçekte güçsüz olan taraf için menfaat temelli bir arabuluculuk olmamış ve arabuluculuk sürecinin kazan-kazan olarak nitelenen tarafları tatmin etkisine ulaşamamıştır.

Arabulucu, taraflar arasındaki aşırı güç dengesizliğini, irâdilik ilkesini tam olarak uygulamakla giderebilir. Arabulucu bu denkleştirmeyi, serbest iradenin tam olarak varlığının gerekliliğini konu haline getirip işleyerek, güçsüz tarafın iradesini baskı altına alan unsurları bertaraf edip, tarafların süreci her zaman terk edebileceklerine onlara izah ederek yapabilir. Bunun gibi arabulucu, TBK m. 30-39 arasında düzenlenmiş bulunan iradeyi bozan, yanıltma, aldatma, korkutma ve TBK m. 26-28 arasında düzenlenmiş bulunan aşırı yararlanma hâllerinin varlığını tespit etmesi durumunda, bu irade bozukluklarını gideremiyorsa, arabuluculuk faaliyetini sonlandırmalıdır⁵⁶².

Özel hukuktaki hukuki ilişkilerde var olan irade serbestîsinin hukuk yargılama usûlündeki yansıması olan tasarruf ilkesi⁵⁶³, HMK m. 24 de düzenlenmiştir⁵⁶⁴. Özel hukuktaki irade serbestîsinin ve usûl hukukundaki tasarruf ilkesinin arabuluculuk

⁵⁶¹ Kracht, s. 285

⁵⁶² Bkz. Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları Mart-2013 m. “(8.7) Arabuluculuk bir suç işlemek amacıyla kullanılırsa, arabulucu uygun adımları derhal atmalı ve arabuluculuktan çekilmeli veya arabuluculuğu bitirmelidir. (8.8) Taraflardan biri süreci, ihtilaflı konuları ve uzlaşma seçeneklerini kavramakta güçlük çekerse veya arabuluculuğa katılmakta zorlanırsa, arabulucu, böyle bir durumdaki tarafın anlama, katılma veya kendi kararını verme kapasitesine uygun olacak şekilde yapılması gerekli imkân ve durumları araştırmalı, gerekli değişiklik veya ayarlamaları yapmalı, hatta gerekiyorsa arabuluculuğu bitirmelidir.” www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html (s.e. 18.01.2016)

⁵⁶³ Bu konuda bkz. **Meriç**, Nedim, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011; **Özbek**, İlkeler, s. 145 vd.

⁵⁶⁴ HMK.m.24 “(1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. (2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. (3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder.” şeklinde hüküm altına alınmıştır. <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.aspx?MevzuatKod=1.5.6100&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=6100> (s.e. 18.01.2016).

usulündeki yansıması ise irâdilik ilkesidir. Usûl hukukundaki tasarruf ilkesine göre, irâdi olarak açılan davada taraflar feragat, kabul veya sulh yoluyla yargılamanın tamamını veya bir kısmını, irâdi olarak sona erdirmek hakkına sahiptir. Benzer şekilde, arabuluculukta taraflar uyuşmazlık konusu hakkında arabulucuya başvurmada, süreci devam ettirip ettirmemede, sürecin sonunda bir uzlaşmaya varıp varmamada serbesttirler.

Medeni usûl hukukunda tasarruf ilkesine istisna ve sınırlama getirilen uyuşmazlıklar⁵⁶⁵, genellikle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar olup, bu tür uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesi de mümkün değildir⁵⁶⁶.

2. Mahkeme İçi ve Mahkeme Bağlantılı Arabuluculukta İrâdilik İlkesi

Almanya’da uygulanan mahkeme içi arabuluculukta hiçbir karar verme yetkisi olmayan arabulucu hâkimler (Güterichter) kanun hükümlerine (ZPO, madde 278, fıkra 5; FamFG, madde 36, fıkra 5 ve ArbGG, madde 54, fıkra 6) göre, uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kullanılan arabuluculukta yetkilidir⁵⁶⁷. Mahkeme içi arabuluculuk, adliyede yükümlü kılınan eğitim almış arabulucu hâkimler tarafından uyuşmazlık konusu üzerinde gerçekleştirilir.

Almanya’da, hâkim arabuluculukta, arabuluculuğa başvuru irâdidir. Arabulucunun hâkim olması, arabuluculuk yaklaşım tarzının hak temelli olması nedeniyle irâdilik ilkesinin güç dengesizliği olarak ihlâli çok daha zayıf ihtimal olarak görülmektedir. Burada hâkimin otoritesi, taraflara uyuşmazlıklarını arabuluculuk ile çözüme kavuşturmaları için baskı oluşturmakta, taraflar aşırı güç dengesizliğini ortaya koyacak taleplerden de çekinmektedirler⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ Ercan, Boşanma, s. 726 vd.

⁵⁶⁶ HMK m. 1, f. 2 “Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır...” hükmünü içerir.

⁵⁶⁷ Hagel, s. 87.

⁵⁶⁸ Kracht, s. 285

Amerika Birleşik Devletleri’nde ise, bölge mahkemelerinin yerel kurallarının birçoğu, davanın resen ya da taraflardan birinin talebiyle ADR’ye gönderilmesinde, hâkimin her davaya göre karar vermesini öngörmektedir. Missouri Doğu Bölgesi Yerel Kurallarının 16.6 maddesine göre, hâkim bir davayı resen veya tarafların talebiyle ADR’ye gönderebilir. Florida Güney Bölgesi Yerel Kurallarının 16.2 maddesine göre, bu maddede belirtilen istisnalar dışında, bütün hukuk davalarının arabuluculuğa gönderilmesi zorunludur. Massachusetts Bölgesi Yerel Kurallarının 16.4 maddesine göre, bütün ADR yollarının kullanılması gönüllü olup, her iki tarafın da rızasını gerektirir. Netice olarak ABD’de bölge mahkeme hâkimleri, bulundukları bölgeye göre ya tarafların iradesine ya da irade aramaksızın resen uyuşmazlık konusu davayı arabulucuya gönderebilmektedir⁵⁶⁹.

3. Zorunlu Arabuluculukta İrâdilik İlkesi

Arabuluculuğun zorunlu uygulanması, birçok yazar tarafından, arabuluculuğun temel mantığı ile uyumsuz olarak kabul edilir. Çünkü irâdilik ilkesinin bir ihlâli söz konusudur. Bu yazarlara göre arabuluculuk sürecinin sadece gönüllülük esasına göre yürütülmesi halinde başarılı olma imkânı vardır. Uyuşmazlığın taraflarının nihai bir anlaşmaya varması için gereken sadece gönüllülüktür. İrâdilik, sadece tarafların nihai bir anlaşmaya varmasında değil, daha ziyade sürecin başından beri belirleyici faktör olan serbest irâde, arabuluculuk sürecine katılımda da gereklidir⁵⁷⁰.

a. Tarafların Motivasyonu

Psikolojinin en iyi temsilcileri, tarafların arabuluculuk sürecine zorla katılımının, özellikle düşük motivasyonlu arabuluculuğu beraberinde getireceğini ileri sürmüşlerdir⁵⁷¹. Balloff/Walter’e göre, tarafların sürece zorla katılımı, sadece

⁵⁶⁹ **Özbek**, Alternatif, s. 453.

⁵⁷⁰ **Rakowsky**, s. 38.

⁵⁷¹ **Balloff**, Rainer/**Walter**, Eginhard, “Das Kinder und Jugendhilfegesetz Undberatende Interventionennach & 17, 18 IV, 28 KJHG mit Trennungs-und/oder Scheidungsfamilienunterbesonderer Berücksichtigung der Mediation in den Beratungsstellen”, Amthor/Proksch (Hrsg), Kindschaftsrecht 2000 und Mediation, Frankfurt am Main 1993. s. 165-193; **Hoffmann-Riem**, Wolfgang, Konfliktbewältigung in einerangebotsorientierten Rechtsschutzordnung, Zeitschrift für Rechtspolitik 1997, s. 190-196; **Glenewinkel**, Werner,

tarafların arabuluculuğun gönüllü kullanımını motive edecek değişikliği kabul etmelerini sağlayabilir. Arabuluculuğun özellikle daha sonra başarılı olma ihtimali varsa, bu ihtimal dahi zorunlu arabuluculuğun uygulanması için tek başına yeterlidir⁵⁷².

Benzer şekilde Bühren, başka bir gerekçeyle, bir tarafın veya her iki tarafın arzusu hilafına başlatılan zorunlu sulh sürecinin baştan itibaren başarısızlığa mahkûm olduğunu ifade etmiş ve bu sürecin başarılı olma şansını ancak tarafların tamamının bu anlaşma konusunda menfaatlerinin olmasına bağlamıştır⁵⁷³.

Heintel, uyuşmazlığın taraflarının arasında bariyerler ve yok etme arzusu gibi negatif duyguların söz konusu olduğunu, bu olumsuzluklara rağmen arabuluculuğun başarısı için ilgililerin birlikte süreci devam ettirme arzusunun bulunması gerekmektedir. Tabi ki bundan dolayı tarafların yapılan tekliflere açık olabilmesi, tarafların gönüllü olarak sürece katılmalarıyla mümkün olabilir⁵⁷⁴.

Stadler de, tarafların gönüllü yardımlarını önemsemektedir. Bu yazar gerekçesinde, arabuluculuğun diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre en büyük avantajının tarafların diledikleri zaman süreci terk edebilmelerini göstermektedir⁵⁷⁵.

Ayrıca 2002 yılında Almanya’da yapılan “*yargılama yerine arayı bulmak*” konulu bir araştırmanın sonucuna göre, hâkimler zorunlu arabuluculuğa karşı

Mediation als aussergerichtliches Konfliktlösungsmodell. Am Beispiel der Trennungs- und Scheidungsmediation in der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1999; **Heintel**, Peter, Veränderung in der Konfliktkultur, in: Falk/Heintel/Pelikan, Die Welt der Mediation, Entwicklung und Anwendungsgebiete eines interdisziplinären Konfliktregelungsverfahrens, Klagensführer 1998, s. 17-58; **Stadler**, Astrid, Aussergerichtliche obligatorische Streitsschlichtungs-Chance oder Illusion? Neue Juristische Wochenschrift 1998, s. 2479-2487; **Friedman**, Gary J., Die Scheidungsmediation - Anleitung zu einer fairen Trennung, Hamburg 1999, s. 22; **Böttger**, Andreas/**Hupfeld**, Jörg, Mediatoren im Dienste der Justiz-Begleitforschung zum Modellprojekt “*Schlichten statt richten*”, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2004, s. 155-156.

⁵⁷² **Balloff**, Rainer, Die aussergerichtliche Familienmediation in strittigen Umgangs und Sorgerechtsfällen nach Inkrafttreten der Kindschaftsrechtsreform am 1.7.1998 in Abgrenzung zur Beratung und Psychotherapie, Praxis der Rechtspsychologie 2000, s. 58.

⁵⁷³ **Van Bühren**, Hubert W., Zwangsschlichtung Neindanke!, AnwBl 1998, s. 582-583.

⁵⁷⁴ **Heintel**, s. 23.

⁵⁷⁵ **Stadler**, s. 2479.

çıkılmışlardır. Gerekçe olarak da zorunlu arabuluculuğun psikolojik etkisini göstermişlerdir. Sadece tarafların kendi istekleriyle yapılan arabuluculuğun başarılı olabileceğini ifade etmişlerdir⁵⁷⁶.

Böttger, uyuşmazlığın taraflarının kendi arzularıyla arabuluculuk sürecine katılmaları halinde bir başarı elde edilebileceğini belirtmiştir. Bu isteğin başarıyı artıracağını ve aynı zamanda tarafların süreçte daha fazla aktif olmalarını sağlayacağını vurgulamıştır⁵⁷⁷.

b. Çifte Özgürlük

Literatürde kısmen “*çifte özgürlük*” ilkesinden bahsedilmektedir. Bu bir yandan, bir arabuluculuk sürecine katılmada serbestliği, diğer yandan, arabuluculuk yöntemiyle anlaşmaya varmak ve arabuluculuk anlaşmasını tamamlamaktaki serbestliği kapsar⁵⁷⁸. Bu noktada, bu iki özgürlük “*katılım özgürlüğü*” (teilnahme freiheit) ve “*sözleşme özgürlüğü*” (abschlussfreiheit) olarak tanımlanır.

Arbuluculuğa tarafların katılımında mecburiyet düzenlemesi, tarafların sürece katılımından sonra, bu sürecin yararlarına inandığı için arabuluculuk sürecine irâdi olarak devam ediyorlarsa, başlangıçtaki gönülsüzlük ortadan kalkmış, süreç tarafların serbest iradesiyle devam ettirilip anlaşma için gerekli olan gönüllülük sağlanmıştır⁵⁷⁹.

HUAK tasarı halindeyken arabuluculuk yöntemine karşı gelmelerin sebebi, daha ziyade süreci bilmemekten ya da eksik bilmekten kaynaklanmaktaydı. Zorunlu arabuluculuk en azından topluma arabuluculuk sürecinin ne olup ne olmadığını gösterecektir. Bir örnek vermek gerekirse; incirin tadını bilmediği için incir yemeye karşı çıkanlara, zorlada olsa tadına bir baktırıp, beğenmezsen bırak yeme, beğenirsen

⁵⁷⁶ Rakowsky, s. 37.

⁵⁷⁷ Böttger/Hupfeld, s. 155.

⁵⁷⁸ Nelle, Andreas/Hacke, Andreas, Obligatorische Mediation: Selbstwiderspruch der Reforminstrument? Zeitschrift für Konfliktmanagement 2001, s. 56.

⁵⁷⁹ Lossen, Helga/Verghe, Claudius, Familienberatung bei Trennung und Scheidung-Modellprojekt im Familiengericht Regensburg, FamRZ 1993, s. 768-771.

gönüllü olarak yemeye devam edebilirsin anlayışıdır. Üstelik topluma bu kültürü kazandırmanın yargının yükünü ve maliyetini azaltma, toplum barışına katkı sağlama gibi birçok faydası olduğu düşünülerek, bu amaçla belirli uyuşmazlıklar için getirilecek zorunlu arabuluculuğun iki saate kadar olan ücretinin devlet tarafından karşılanacağı da mevcut tasarılar da ifade edilmektedir. Zorunlu arabuluculuk süreci için verilecek sürenin de kısa tutulacağı düşünüldüğünde yargılamayı uzatıcı bir etkisi de olmayacaktır. Zorunlu arabuluculuk sürecinin iyi uygulanması halinde getirisi götürüsünden fazla olacaktır.

Arabuluculuk sürecinin başında getirilen başvuru zorunluluğuyla, katılım özgürlüğü ihlal edilmiş ve arabuluculuk sürecinin tamamında irâdililik ilkesi kusursuz olarak uygulanmamış olsa da, taraflar sürecin sonunda serbest irâde ve istekleriyle anlaşmaya varmışlarsa; şayet sürecin katılımında dâhil başından beri kusursuz olarak irâdililik ilkesiyle yürütülmüş bir arabuluculuk sürecinin neticesinde de, taraflar yine aynı anlaşmaya varmış olacaklarsa, bu takdirde katılım özgürlüğündeki irâdililik ilkesi ihlâli, zorunlu arabuluculukla sağlanan sonuç açısından görmezden gelinebilir. Taraflar, arabuluculuk sürecine zorunlu olarak katıldıktan sonra, bu sürecin yararlarına inandıkları için arabuluculuk sürecine irâdi olarak devam ettiriyorlarsa, başlangıçtaki gönülsüzlük ortadan kalkmış, gönüllülük sağlanmıştır.

Bizim doktrinimizde ise, bir görüş arabuluculuğa başvurunun zorunlu olması gerektiğini ve faydalı olacağını savunurken⁵⁸⁰, diğer görüş irâdililik ilkesinin kusursuz uygulanmasını desteklemekte, zorunlu arabuluculuğun hak arama hürriyetine aykırı olabileceği ve yargılamanın uzamasına sebebiyet verebileceği iddiasıyla karşı çıkmaktadır⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ **Kuru**, Tasarı, s. 239; **Üstündağ**, Saim, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler, Yargı Dünyası, 2008/145, s. 16; **Özbek**, Mustafa, “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”, Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, TBB, Ankara 2010, s. 139; **İşıktaç**, Yasemin, Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İkilemler, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, İstanbul 2014, s. 59.

⁵⁸¹ **Pekcanitez**, Hakan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı, Medeni Usûl ve icra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir 19-20 Ekim 2007, Ankara 2008, s. 254; **Tanrıver**, , Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, s. 639;

Arabuluculuğun belirli uyuşmazlıklarda zorunlu hâle getirilmesinde, her ne kadar katılım zorunlu olsa da, devam etmek ve sonuçlandırmak tarafların isteğine bağlı olduğu için, tarafların masada kalmaya devam ettikleri her an, irâdililik ilkesi işlevini sürdürmeye devam etmektedir⁵⁸². Arabuluculukta zorunluluk, katılımda olup sürece devamda ve çözüm anlaşması yapılmasında değildir.

Sürecin devamında ve çözümde zaruret bulunmadığından dava yolu daima açık olduğu için, hâkim olan görüşe göre zorunlu arabuluculuk, adil yargılanma hakkı ilkesine aykırı değildir. Nitekim Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi'nin, arabuluculuğa başvurulmasını düzenleyen 5.2. maddesinde, *“Bu Yönerge, dava açılmasından önce veya sonra, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan milli mevzuatı, bu mevzuatın, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmasını engellememesi şartıyla etkilemez”* hükmüne yer verilmiştir⁵⁸³.

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi, 20.03.2008 tarih, 78/84 sayılı (RG. 01.07.2008 tarih, 26923 sayılı) kararında, belli değer altındaki tüketici uyuşmazlıklarında, tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurma zorunluluğuna ilişkin olarak, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunu'nun 22. maddesinin 5. ve son fıkrasının iptaline dair başvuruyu, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı bulmayarak reddetmiştir⁵⁸⁴. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararıyla ilgili yapılan

Yıldırım, M. Kâmil, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr.Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 358. Taşpolat-Tuğsavul, s. 127.

⁵⁸² **Kekeç**, s. 71.

⁵⁸³ **Özbek**, İlkeler, s. 140.

⁵⁸⁴ *Anayasa Mahkemesi 20.03.2008 Tarih, 78 E. 84 K. sayılı Kararı, “Anayasanın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. Maddede belirtilerek ‘Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.’ denilmiştir. Anayasanın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu nedenle, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce belli değer altındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurma yükümlülüğü getirilmiş, ancak bu*

değerlendirmelerde, yüksek mahkemenin, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin geliştirilmesinden yana olduğunu ve bu hususun, alternatif uyuşmazlık çözümü anlayışı adına sevindirici ve umut verici olduğu tespiti yapılmıştır⁵⁸⁵.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi de 14.02.2007 tarihli kararında, arabuluculuk yönteminin Anayasa'ya uygunluğuna ve devlet yargısına nazaran öncelik verilmeye değer olduğuna, zorunlu arabuluculuğun şikâyetçi tarafından yararsız görülüyor olmasını, arabuluculuktan vazgeçmeyi haklı gösteremeyeceğine dair karar vermiştir⁵⁸⁶.

Anayasa Mahkememiz 10.07.2013 Tarih 2012/94 E. 2013/89 K. sayılı kararı ile “...Anayasa'nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yasama organının takdir yetkisi içerisindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez.” gerekçesiyle HUAK. m. 1 f. 2'nin, Anayasanın 2, 9 ve 36.

aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa yargı yolu açık tutulmuştur. Öte yandan, tüketici sorunları hakem heyetlerinin belli değer altındaki uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararların İcra ve İflas Kanunu'nun ilâmların icrası hakkındaki hükümlere göre yerine getirileceğinin öngörülmesi, bu kararların ilâm niteliğinde olduğunu değil ilâmlar gibi infaz olunacağını göstermekte ve ilâmların yerine getirilmesi usûlüne ait bir kural koymaktadır. Bu durumda dava ve itiraz hakları önlenmediğinden hak arama özgürlüğünün kısıtlandığından da söz edilemez. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir” şeklindedir. (RG T. 01.07.2008, S. 26923).

⁵⁸⁵ **Yılmaz**, Ejder, “Avukatlık Ücretinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 382.

⁵⁸⁶ **Erişir**, Evrim, “Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa'ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.02.2007 tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı”, Prof. Dr. Bilge UMAR'a ARMAĞAN, DEÜHFD. C.11, Özel Sayı 2009, İzmir 2010, s.225 vd.

maddelerine aykırı olmadığından iptal istemini reddetmiştir⁵⁸⁷. Esasen bu karar gerekçesiyle, zorunlu arabuluculuğun, anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceğinin gerekçesini de hüküm altına almıştır.

II. Eşitlik İlkesi

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun ikinci bölümünün başlığı “*Arabuluculuğa İlişkin Temel İlkeler*” olup, bu bölümün altındaki 3. madde “*İradi olma ve eşitlik*” başlığını taşımakta, irâdililik ilkesi maddenin 1. fıkrasında, eşitlik ilkesi de 2. fıkrasında yer almaktadır. Madde 3, fıkra 2 de “*Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler.*” hükmü ile eşitlik ilkesi kanunda⁵⁸⁸, arabuluculuğun temel bir ilkesi olarak yerini almıştır. Yine, arabulucunun hak ve yükümlülüklerini düzenleyen madde 9 fıkra 2 ye göre “*Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür.*”⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ RG T. 25 Ocak 2014, S. 28893.

⁵⁸⁸ HUAK. m.3’ün hükümet gerekçesi “*maddenin 2. fıkrasında ise, arabuluculuk sürecinde tarafların eşitliği vurgulanmıştır. Taraflar bu uyuşmazlık çözüm yoluna başvururken ve süreç boyunca eşit haklara sahiptir. Eşitlik, hemen her konuda, özellikle 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. Ancak her iki çözüm yönteminde uygulanması ve alanı belirli farklılıklar taşımaktadır. Bu farklılıklar uyuşmazlık çözüm yönteminin niteliği ve tarafların bu yöntem içindeki konumlarından kaynaklanmaktadır. Kendisini diğer bir tarafla tam olarak eşit hissetmeyen veya kanunen böyle muamele görmeyen bir tarafın, uzlaşmasından değil, mecburen bir sonuca katlanmasından söz edilebilir. Kanun önünde eşit olma ve uyuşmazlık çözüm sürecinde eşit haklara sahip olma, bir uyuşmazlık hangi yolla çözülsün gözetilmesi gereken bir ilkedir. Bu ilke yargı önünde de uyuşmazlıklar çözülürken, adil yargılanma ve hukuki 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 tutulmalıdır. Benzer bir durum arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümünde de söz konusudur. Taraflardan birini dışlayarak veya ona daha az söz hakkı vererek varılan sonuçta, gerçek bir uzlaşmadan ya da anlaşmadan söz edilemez. Devlet yargısı önünde eşit olan tarafların, iradi olarak başlatıp yürüttükleri arabuluculuk sürecinde de eşit olmamaları düşünülemez. Fıkroda bu durum çok açık ve tüm süreci kapsayacak şekilde vurgulanmıştır*” şeklindedir. www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf. (s.e. 18.01.2015).

⁵⁸⁹ HUAK. m. 9. f. 2’nin hükümet gerekçesi “*...Şüphesiz bu, arabuluculuk faaliyetinin doğal bir sonucu, tarafsızlığın ve arabuluculuğa hâkim olan ilkenin de bir gereğidir. Eşit davranma, yargılamadaki anlamıyla eşitlik değildir. Burada, taraflarla iletişimde ve uyuşmazlık çözüm sürecinin gerektirdiği anlamda eşitlik söz konusudur.*” şeklindedir. www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf. (s.e. 8.01.2015)

Eşitlik ilkesi sadece Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamı bakımından değil, bütün uyuşmazlıkların yargılama usulüyle veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözüme kavuşturulmasında uyulması gereken evrensel ve anayasal bir ilkedir. Eşitlik ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesi⁵⁹⁰ ve Anayasamızın 36. maddesiyle⁵⁹¹, adil yargılanma hakkını ve hukuki dinlenilme hakkını⁵⁹² da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. İnsan onurunun zorunlu bir sonucu olarak, uyuşmazlıkların çözümünde, uyuşmazlığın taraflarının yargılamada veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde şeklen yer almaları dışında, tam olarak bilgi sahibi olmaları, kendilerini ilgilendiren uyuşmazlık konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmaları gereklidir.

Eşitlik ilkesi ile hukuki dinlenilme hakkı birbirine çok yakın olmakla birlikte tam bir şekilde örtüşmezler. Eşitlik ilkesi, hukuki dinlenilme hakkından daha geniş bir kapsama ve uygulama alanına sahiptir. Sadece yargılama anlamında değil, genel bir ilke niteliği taşımaktadır. Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesinin, yargılamanın hukuk devleti ilkesine uygun bir şekilde yürütülmesinin garantisini teşkil eden adil yargılanma hakkıyla ve bu hakkın bir unsuru olan hakkaniyete uygun yargılanmayla yakından ilgisi vardır. Bu ilkenin yargılama usûlündeki yansıması usûli eşitliği⁵⁹³ ifade eder⁵⁹⁴.

Eşitlik ilkesi ile hukuki dinlenilme hakkının kesiştiği ve birebir örtüştüğü nokta, silahların eşitliği ilkesidir denilebilir. Her iki tarafa hukuki dinlenilme hakkı sağlanırsa, silahların eşitliği ilkesinin gereği en azından şeklen yerine getirilmiş olur.

⁵⁹⁰ AİHS m. 6, Adil yargılanma hakkını düzenlemiştir.

⁵⁹¹ “A. Hak arama hürriyeti Madde 36- (Değişik:3.10.2001-4709/14 Md.) Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir...”

⁵⁹² Bu konuda bkz. **Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003; **Pekcanitez**, Hakan, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s.753-791.

⁵⁹³ Bkz. **Özmumcu**, Seda, Usuli Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine Bir Değerlendirme, Prof. Dr. Ramazan ARSLAN’a Armağan, C II, Ankara 2015, s. 1275-1299.

⁵⁹⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 255; **Özekes**, s. 49.

Ancak iki tarafın eşit olarak dinlenilmesi silahların eşitliğini sağlamaz. Her iki tarafın sahip olması gereken ya da sahip olduğu imkânları tam ve diğerini dengeleyecek şekilde kullanması silahların eşitliği ilkesinin gereğidir⁵⁹⁵.

Silahların eşitliği ilkesine göre; devlet mahkemelerinde ve tahkimde, sadece tarafların hukuksal durumlarının şekli eşitliği açısından değil, aynı zamanda tarafsız üçüncü kişinin, tarafların yargılamadaki şanslarının eşitliği açısından maddi eşitliği de gerçekleştirebilmesi gerekir⁵⁹⁶.

Arabuluculukta taraflar arasında asimetrik ilişkiler ve yapısal eşitsizlikler söz konusu olabilir. Her ne kadar arabulucu taraflar arasındaki eşitsizliği gidermek ve bunun için zayıf tarafın yanında olmakla yükümlü değil ise de, arabuluculuğun temel yapısından dolayı prensip olarak en azından bu eşitsizliği ortadan kaldırmak için teşvik edici olmalıdır. Eğer bunu gerçekleştiremeyecekse, arabulucu taraflar arasında adil bir anlaşma meydana getiremeyeceğinden dolayı arabuluculuk sürecini sonlandırması gerekir⁵⁹⁷.

Bir yargılamada hukuki dinlenilme hakkına ne kadar geniş yer verilirse, yargılama sonucunda verilen karar o kadar güçlü, hukuka uygun ve güvenli olur⁵⁹⁸. Hukuki dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramlarına göre daha geniş ve üst bir kavram olup, uyuşmazlığın taraflarının bilgilendirilmesini, açıklamada bulunmasını ve uyuşmazlık çözüm sürecine eşit şekilde etki etmesini de ifade ettiğinden, arabuluculukla da bağlantılı görülebilir. Arabuluculukta hukuki dinlenilme hakkını, uyuşmazlığın çözümünde taraflara eşit davranılması ve eşit söz hakkı verilmesi şeklinde anlamak gerekir⁵⁹⁹.

Alman hukukundaki hâkim kanaate göre arabuluculukta üçüncü kişi durumundaki arabulucunun uyuşmazlık hakkında karar vermesi söz konusu

⁵⁹⁵ **Özekes**, s. 50.

⁵⁹⁶ **Özekes**, s. 50.

⁵⁹⁷ **Hess**, Rechtsgrundlagen, s. 1076.

⁵⁹⁸ **Kuru**, Feriha, Hukuki Dinlenilme Hakkının Tebligat Hukukuna Etkisi, Prof. Dr. Ramazan ARSLAN'a Armağan, C II, Ankara 2015, s. 1075.

⁵⁹⁹ **Özbek**, İlkeler, s. 150.

olmadığından taraflara hukuki dinlenilme hakkının verilmesine gerek yoktur⁶⁰⁰. Hukuki dinlenilme hakkının amacı, mahkemede tarafların vakıaları açıkça ortaya koyabilmesini sağlamaktır. Arabuluculuk sürecinde ise, hâkimin önünde olduğu gibi, arabulucunun önünde bütün vakıaların ortaya konulmasına ihtiyaç yoktur⁶⁰¹.

Usûl hukukunun en kadim haklarından olan hukuki dinlenilme hakkı ilkesinin, arabuluculuk sürecinde de uygulanması ile ilgili tartışmalarda bu ilkenin amacından hareket etmek gerekir. Bu ilkenin temel amacı, tarafları yargılamanın bütün süreçleri hakkında bilgilendirme suretiyle, onları her şartta yargılamanın hâkimi olmalarını garanti altına almaktır. Bu ilkenin pek çok alt prensibi vardır. Eğer bu ilke hâkimin karar verebilmesi için taraflarla açık bir iletişim içinde olmasını gerekli kılıyorsa, karar verebilme yönüyle bu ilkenin arabuluculukta uygulanması gerekli değildir. Ancak diğer taraftan arabulucu tarafların getirdiği vakıalar hakkında bilgi sahibi olması ve bu sayede tarafların her şartta arabuluculuğun hâkimi olduklarını sağlamak için bu ilkeye ihtiyaç vardır⁶⁰².

Tarafları bir sonuca götürecek olan arabulucunun taraflar ile ayrı görüşmesi de caizdir. Bu durumda hukuki dinlenilme hakkı ilkesi arabulucuya, taraflardan birinin sonuca yönelik talepleri hakkında diğer tarafı bilgilendirme sorumluluğu yükler. Arabuluculuk sürecinde hukuki dinlenilme hakkı tam olarak uygulanmasa da, temel prensiplerinin korunmasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Ancak bu ilkenin uygulanmasını savunanlar dahi bu ilkenin tam olarak uygulanamayacağını kabul etmektedir. Bununla birlikte arabuluculuk sürecinde, en azından bu ilkenin asgari temel prensiplerinin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁰³.

Medeni Usûl Hukuku'nun amaçlarından biri adaletli karar vermektir. Yargılama hukukuna ilişkin olan kuralların adil olup olmadığı davayı sonlandıran bir

⁶⁰⁰ **Eidenmüller**, Horst, "Vertrags-undverfahrensrechtliche Grundlagen der Mediation: Möglichkeiten und Grenzen privater autonomen Konfliktmanagements", Breidenbach/Coester-Waltjen/Hess/Nelle/Wolf (Hrsg), Konsensuale Streitbeilegung, Bielefeld 2001, s. 45 ff.

⁶⁰¹ **Hess**, Rechtsgrundlagen, s. 1075.

⁶⁰² **Hess**, Rechtsgrundlagen, s. 1075.

⁶⁰³ **Hess**, Rechtsgrundlagen, s. 1075.

karar ile ortaya çıkacaktır. Bu yönü ile yargılama hukuku kuralları bizatihi amaç değil, uyuşmazlığı çözmek, adil bir karara varmak ve maddi gerçeğe ulaşmak için araçtır⁶⁰⁴. Yargılamanın adil olması bakımından izlenen prosedür ve uygulanan yargılama usûlünün adilliği, “*usûli adalet*” olarak nitelendirilmektedir. Nitekim yargılama sırasında yasal prosedürlerin adil bir şekilde uygulandığı hallerde, uyuşmazlığa düşenler için elde edilen sonuç olumsuz bile olsa, tarafların bu duruma olumlu tepki verdikleri gözlenmiştir⁶⁰⁵.

Arabuluculuk, arabuluculuk sürecine katılan her bir tarafa söz hakkı verme hususunda geniş fırsat veren ve taraf egemenliğinin hâkim olduğu bir yöntemdir. Aynı zamanda taraflar arasında nezaket ve saygıyı geliştirmek ve de teşvik etmek üzere tasarlanmıştır. Arabulucu, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmeyi kolaylaştıran, tarafsız ve güvenilir üçüncü kişi rolündedir. Uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk sürecinde kendilerine âdil bir şekilde muamele edilip edilmediğine veya söz hakkı verilip verilmediğine ya da nezaketle davranılıp davranılmadığına yahut karşı tarafa güvenilip güvenilmeyeceği hususunda değerlendirme yapmaktadır. Taraflar sürecin adilliği ile ilgilendiklerini ve buna önem verdiklerini göstermiştir. Bu bağlamda taraflar kendilerine adil davranıldığını düşündükleri takdirde, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tercih etme oranları yükselmektedir. Usûli adalet, tarafların uyuşmazlık çözüm yöntemlerini seçmelerinde ve belirli bir tercihe yönelmelerinde etkili bir faktör olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁰⁶.

Her başarılı usûl kanunu, çatışan usûl ilkeleri arasında makul bir uyumu sağlama teşebbüsüdür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni imzalayan devletleri, mahkeme teşkilatlarını yargılamanın makul bir sürede yapılmasını sağlayacak şekilde organize etmelerini emretmektedir⁶⁰⁷. HMK

⁶⁰⁴ **Konuralp**, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, s. 6; **Yılmaz**, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2013, s. 30.

⁶⁰⁵ **Özmumcu**, Usûli Adalet, s. 1279, 1280.

⁶⁰⁶ **Özmumcu**, Usûli Adalet, s. 1298.

⁶⁰⁷ **Rechberger**, Walter, H., “Die Verfahrenskonzentration im österreichischen Zivilprozess”, Edt. Kamil Yıldırım, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2012, s. 15.

m. 30 da düzenlenmiş bulunan usûl ekonomisi ilkesi⁶⁰⁸, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin. 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilgilidir. Bu ilke gereği hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.

Arabuluculuk yöntemiyle elde edilen çözüm, her hâlde yargılama ile elde edilen çözüme göre, daha basit, daha çabuk, daha masrafsız ve birçok yönden daha tatminkâr olacaktır. Bu nedenle Anayasa m. 141 ve HMK m. 30 hükmünce, yargılamanın etkinliğine ve uyuşmazlıkların davanın başında sona erdirilmesi hizmet etmesi bakımından uzlaşmaya dayalı çözümlerin teşvik edilmesi gerekmektedir⁶⁰⁹. Nitekim bu doğrultuda HMK. m. 137/1, 140/2-3, 320/2 de, hâkimin tarafları sulha ve arabuluculuğa teşvik edeceği belirtilmiştir. Bu hükümler hâkim için tavsiye niteliğinde olmayıp, bir görev niteliğindedir. Hâkim bu konuda sadece bilgilendirmekle kalmayıp çaba göstermelidir⁶¹⁰.

Usûl ekonomisi ilkesinin, arabuluculuk usûlündeki yansımasını HUAK m. 15 de görmek mümkündür. Bu maddenin 2. fıkrasındaki “*Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler.*” hükmünden sonra gelen 3. fıkrası “*Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür.*” şeklinde hüküm altına alınmıştır⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Bu konuda bkz. **Rüzgaresen**, s. 27 vd.; **Yılmaz**, Ejder, “Usûl Ekonomisi”, Prof. Dr. Necip Bilge'nin Anısına Armağan, AÜHFD C. 57/1, s. 243-274; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 356; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 333; **Ulukapı**, Usûl, s. 120; **Karlı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 337.

⁶⁰⁹ **Özbek**, İlkeler, s. 150.

⁶¹⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 935.

⁶¹¹ Madde aynen, HUAKY m. 19 f. 3' e yönetmelik maddesi olarak da alınmıştır.

III. Tarafların Egemenliği İlkesi

Bu ilke aynı zamanda “*şahsi sorumluluk ilkesi*” olarak da adlandırılmaktadır⁶¹². HUAK m. 2/b deki arabuluculuk tanımında⁶¹³ ve hükümet gerekçesinde bu ilkenin varlığını ve unsurlarını açıkça görmek mümkündür⁶¹⁴. HUAK m. 2/b deki, arabuluculuğun tanımı ve madde gerekçesinde, tarafların egemenliği ilkesinin en kuvvetli şekilde hissedildiği menfaat temelli ve pasif arabuluculuk yaklaşımının benimsendiği görülmekte ve tarafların egemenliği ilkesi de açıkça tarif edilmektedir.

⁶¹² Kracht, s. 285.

⁶¹³ HUAK..m.2 (b) de “*Arabuluculuk, Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” olarak tanımlanmıştır.

⁶¹⁴ Bu maddenin hükümet gerekçesi, “...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 bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütülen, gönüllü olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir. Bir başka ifade ile arabulucu uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerisinde bulunamaz. Arabulucu, sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere çözümü kendilerinin bulmasına yardımcı olur. Diğer bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler; o haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun bir şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır. Arabulucu, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir; taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz. Arabuluculuk görüşmelerinde tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bunun pekiştirilmesi ile birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini genel bir çerçevede üretip, değerlendirmeleri temin edilir. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir.” şeklindedir. Bkz. **Demir**, Mevzuat, s. 11-12.

Kanunda m. 2/b dışında, tarafların egemenliği ilkesine açıkça işaret eden maddeler HUAK m. 4⁶¹⁵, m. 13 f.1⁶¹⁶, m. 14⁶¹⁷, m. 15 f. 2⁶¹⁸, m. 17 f. 1-3⁶¹⁹, m. 18 f. 1⁶²⁰’dir. Benzer şekilde HUAKY m. 19 f. 5 de “*Arabulucu, sürecin yürütülmesi sırasında, taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz; bir çözüm önerisi ya da öneriler katalogu geliştirip, bunu onlara empoze edemeyeceği gibi, müzakereler sırasında geliştirilen bir çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için de onları zorlayamaz. Ancak taraflardan birisinin, uyuşmazlığın çözümü bağlamında, sunmuş olduğu bir önerinin, arabulucu tarafından, diğer tarafa iletilmesi ve onun bu konudaki beyanının alınması bu kapsamda mütalaa edilemez.*” hükmü yer almaktadır.

Tarafların egemenliği ilkesine göre; sürecin başlamasına, devamına ve sonlandırılmasına taraflar karar verir. Dolayısıyla arabuluculuk sürecinde de tasarruf ilkesi geçerlidir. Bu ilkenin temel prensibi olarak taraflar veya taraflardan her biri, her zaman süreci sonlandırmak suretiyle mahkeme veya tahkim yargılamasına

⁶¹⁵ “(1) *Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.*

(2) *Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar*”.

⁶¹⁶ “*Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler.*”

⁶¹⁷ “*Başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir.*”

⁶¹⁸ “*Taraflar emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler.*”

⁶¹⁹ “(1) *Aşağıda belirtilen hallerde arabuluculuk faaliyeti sona erer:*

a) *Tarafların anlaşmaya varması.*

b) *Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi.*

c) *Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi.*

ç) *Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi...*

(3) *Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir.*”

⁶²⁰ “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir.*”

başvurma hakkına sahiptir⁶²¹. Tasarruf ilkesine göre, irâdi olarak açılan davada, taraflar feragat, kabul veya sulh yoluyla yargılamanın tamamını veya bir kısmını, iradi olarak sona erdirmek hakkına sahiptir. Benzer şekilde, arabuluculukta da, taraflar uyuşmazlık konusu hakkında arabuluculuk yöntemine başvurmakta, arabulucuları seçmekte, arabuluculuk sürecinde kullanılacak usûlü seçmekte, süreci devam ettirmekte, sürecin sonunda arabulucu tarafından düzenlenen tutanağa faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına karar vermekte, sürecin sonunda bir anlaşmaya varmakta serbesttirler. Görüldüğü gibi tarafların egemenliği ilkesi, tasarruf ilkesinden çok daha geniş kapsamlıdır. Tarafların iradesi, sadece süreci başlatma, devam ettirme ve sonlandırmadan ibaret olmayıp, süreci şekillendirmede de tek söz sahibidir.

Arabulucu bir mahkeme hâkimi, hakem veya uyuşmazlık konusuna ilişkin çözüm önerisi sunan bir uzlaştırıcı değildir. Arabulucunun görevi sadece müzakereleri desteklemektir. Uyuşmazlığın çözümü noktasında taraflar, kendi çözümlerini kendileri üretmek için uyuşmazlık üzerinde çalışmaları gerekmektedir⁶²². Arabulucu bizatihi çözüm bulup, taraflara önermekle yetkili değildir. Arabulucunun tam olarak hangi yetkilere sahip olduğu doktrinde özellikle pasif ve aktif arabuluculuk yaklaşımı üzerinden uzun zaman tartışılmıştır⁶²³.

Pasif arabuluculuk yaklaşımında arabulucu öncelikle bir iletişimci ve süreç yöneticisidir. Bu yaklaşımda arabulucu, arabuluculuk sürecinin sonucuna ilişkin hiçbir sorumluluk kabul etmez. Aynı zamanda uyuşmazlığın ilgilerini bulmak için aktif olamaz. Süreç sonucu bakımından, uyuşmazlık çözümünün içeriğine nüfuz etmemek için her türlü müdahaleden kaçınması gerekmektedir. Bu, şayet bir tarafa haberi olmadığı halde bir zarar gelecekse müdahale etmeyeceği anlamına gelmez. Arabulucu uyuşmazlık konusunun içeriğiyle ilgili çözüm sunmaz. Arabulucu sadece

⁶²¹ Hess, Rechtsgrundligen, s. 1076.

⁶²² Mastronardi, Thomas F., Mediation als Weg Kunstund Technik der Vermittlung, Ittgen 2000, s. 13.

⁶²³ Kracht, s. 285.

taraflar arasındaki iletişimi sağlamaya çalışır ve tarafların kendilerinin bulduğu uyuşmazlık çözümlerini düzenler⁶²⁴.

Pasif arabuluculuk yaklaşımı Susskind tarafından eleştirilmiştir. Her arabuluculuk sürecinde uzlaşma gerçekleşmeyeceğine göre, arabuluculuğun başarısını içerikten bağımsız olarak sadece uzlaşma ile ölçmek kabul edilemez. Bundan dolayı arabulucu aktif bir rol oynamak zorundadır. Arabulucunun hem sürecin ilgilerini bulmak hem de süreçte, içerikle ilgili çözüm teklifleri getirmek görevleri arasında sayılmaktadır. Dolayısıyla arabulucunun rolü, pasif arabuluculuk yaklaşımındaki arabulucunun rolünü aşmaktadır⁶²⁵. Arabulucunun daha fazla aktif olması, taraflar arasındaki kuvvet dengesizliklerini daha etkili dengelemesine ve süreci daha iyi yönetmesine imkân sağlamaktadır. O yüzden Alman literatüründe genel itibariyle ve haklı olarak aktif arabulucu modelinden yola çıkılmaktadır⁶²⁶. Nitekim aktif arabuluculuk yaklaşımının benimsendiği mahkeme içi arabuluculukta, arabuluculuk yöntemine başvuru ve bu yolla uyuşmazlığı çözüme kavuşturma oranları çok daha yüksek olduğu görülmektedir.

Arabulucunun kendisinin süreç içerisinde uyuşmazlık konusu hakkında çözüm sunamayacağını ileri sürenler, bunun sadece tarafların egemenliği ilkesine aykırı değil, aynı zamanda arabulucunun tarafsızlığını da tehlikeye düşürdüğünü beyan etmektedirler⁶²⁷.

Tarafsızlık kavramına her zaman bir kararla bağlantılı olarak bakmamak gerekir. Tarafsızlık için belirleyici olan çözüm teklifinden ziyade uygulanan karar kriterleridir. Arabulucunun çözüm teklifinden dolayı bir tarafın kendisini ihmal edilmiş hissetmesi ve tarafsızlığın tehlikeye girmiş olduğunu hissetmesi yanlıştır. Eğer böyle bir düşünceden yola çıkacak olursak, arabulucu hiçbir zaman tarafsız olamaz. Çünkü her karar taraflardan birisi için az veya çok olumsuz olabilir. Bu aynı

⁶²⁴ **Kracht**, s. 285; **von Schlieffen/Ponchap/Rüssel/Harms**, s. 25; **Yazıcı-Tıktık**, s. 48.

⁶²⁵ **Susskind/Cruikshank** s. 142.

⁶²⁶ **Mahler/Mahler**, s. 133; **Montada/Kals**, s. 50; **Yazıcı-Tıktık**, s. 49.

⁶²⁷ **Gasner**, Helmut/**Holznagel**, Bernd/**Lahl**, Uwe, *Mediation, Verhandlungen als Mittel der Konsensfindung bei Umweltstreitigkeiten*, Bonn 1992, s. 23; **Kracht**, s. 286; **Yazıcı-Tıktık**, s. 49.

zamanda süreçle ve müzakereyle ilgili kararlar için de geçerlidir. Arabulucu tabii ki tarafsızlığını tehlikeye sokmadan içerikli alakalı yardımcı olarak taraflarla beraber çalışabilir⁶²⁸.

Tarafların sadece arabulucunun sunduğu çözüm teklifinin, tarafsız bir üçüncü şahıs tarafından yapıldığını göz önünde bulundurmaları gerekir. Burada önemli olan çözüm teklifinin yapılıp yapılmadığından ziyade nasıl yapıldığıdır. Arabulucunun sunacağı çözüm teklifinde asıl problem, arabulucunun tarafsızlığının tehlikeye girmesi değil, arabulucunun faaliyetiyle tarafların egemenliği ilkesi arasındaki sınırın gerilimidir⁶²⁹. Arabulucunun buradaki görevi, taraflara çözüm üzerinde baskısız düşünceleri için yeterli serbest alanın bırakılmasını sağlamaktır. Eğer ki taraflar özenli bir incelemeden sonra çözüm teklifine kendileri sahip çıkarlarsa, tarafların egemenliği ilkesinin bir ihlali söz konusu değildir⁶³⁰.

Kracht'a göre, aktif ve pasif arabuluculukta hukuki geçerlilik sorusunda da farklı sonuçlara varılmaktadır. Örnek olarak bir ev sahibi ve kiracısı arasındaki kira bedeline ilişkin bir uyuşmazlığın arabuluculuk sürecini düşünelim. Bu süreçte iki tarafta bilinçli olarak çok yüksek bir kirada anlaşmaktadırlar. Bir tarafın çok yaşlı olması sebebiyle oturmakta olduğu evde kalmak istemesi ve diğer tarafın bu yönü bilerek, her şartta evini kiralayacağını düşünerek kirayı yüksek talep etmesi ile anlaşmışlardır. Ev sahibi, kiracısının yaşlı olması sebebiyle taşınamayacağını bilerek, onun bu zorda kalmış hâlden yararlanmıştır. Bu sonuç tarafların egemenliği prensibine dokunmamaktadır ve pasif arabuluculuk yaklaşımına göre arabulucunun sorumluluk alanı dışında bulunmaktadır. Aktif arabuluculuk yaklaşımında arabulucu hak temelli olarak bu çözüme müdahale ederek sorumluluk alması gerekir. Tabi ki, pasif arabuluculuk yaklaşımı açısından bu durumun tarafların egemenliği ilkesine aykırı olduğu iddia edilebilir. Fakat öncelikle buradaki konu arabulucunun hak temelli olmayan bir çözümü engellemesi değildir. Onun görevi taraflara bilgi vermesi ve kritik olan noktalara işaret edip uyarmasıdır. Örneğimizden yola çıkacak olursak,

⁶²⁸ **Kracht**, s. 286.

⁶²⁹ **Montada/Kals**, s. 50.

⁶³⁰ **Kracht**, s. 286.

arabulucu araya girerek, taraflara arabuluculuk süreci sonundaki anlaşmalarını, dışarıdan avukatlar tarafından hukuki bir incelemeye tabi tutulmasını izah etmelidir. Arabulucunun bu izahı kabul görmüyorsa, en uç durumlarda son çare olarak arabuluculuk sürecinden ayrılmayı tercih edebilir. Bu şekilde tarafların egemenliği ilkesine aykırı hareket edilmemektedir. Taraflar hukuken mümkün olan imkânların dışına çıkmak istiyorlarsa, tarafların egemenliği ilkesini kısıtlayan arabulucu değil, taraflardır. Taraflar, arabulucunun konuya ilişkin bilgilendirmesinden sonra, karar verme sürecinde baskı görmeden bir sonuçta anlaşma sağarlarsa, onların bu anlaşma yetkisi tarafların egemenliği ilkesine dayanır⁶³¹.

Diğer bir problem, sürecin sonundaki anlaşmanın adil olup olmaması ve bunun tarafların egemenliği ilkesiyle nasıl bağdaşacağıdır. Kracht'a göre, genel itibariyle arabuluculuk süreci sonundaki anlaşmanın hukuki açıdan değerlendirilmemesi gerektiğidir. Adil olmayan anlaşmalar daha sonra bir taraf açısından adaletsiz olarak algılanabilirse de, burada genel, geçer ve basit bir kural geliştirmek imkânsızdır. Arabulucu, tarafların vardıkları anlaşmada menfaatler arasında aşırı bir dengesizlik varsa ve bu durum arabulucunun adalet anlayışını ölçüsüz bir şekilde aşıyorsa, aktif arabuluculuk yaklaşımına uygun olarak bu normal olamayan uç durumda süreci sonlandırmalıdır. Bunu arabulucunun tarafsızlığı ilkesini zedeleyeceğinden dolayı yapmalıdır⁶³².

Arabuluculuk mevzuatımıza göre arabulucunun görevi, taraflar arasındaki iletişimi ve süreç yönetimini sağlamaktır. Tarafların ürettikleri çözümün adil ve hakkaniyete uygun olup olmadığını değerlendirmek arabulucunun görev ve sorumluluğunda değildir. Arabulucu sadece hukuki açıdan uyuşmazlık konusunun

⁶³¹ **Kracht**, s. 287. Kracht'ın örneğindeki bu anlaşma, Alman mevzuatına göre geçersiz bir sözleşme olabileceği ihtimaline binaen verilmiştir. Örnekteki bu anlaşma mevzuatımızda TBK m. 28 de düzenlenen aşırı yararlanma hükmünce, şartları varsa tarafların iradelerinin ihlali olarak yorumlanıp iptal davasına konu olabilir. Bu durumda her ne kadar arabuluculuk mevzuatımızda pasif arabuluculuk yaklaşımı benimsenmiş ise de, arabulucunun iradilik ve eşitlik ilkesine aykırı olan bu anlaşmada bu ihlali gidermek için çaba sarf etmek görevidir. Etik Kuralların 8. madde hükmüne göre, bu ihlali gideremiyorsa süreçten çekilmelidir.

⁶³² **Kracht**, s. 287.

arabuluculuğa elverişli bir konu olup olmadığını değerlendirir⁶³³. Ancak tarafların iradelerine yönelik bir ihlâl ve baskı ile taraflar arasındaki güç dengesizliğini açıkça gösteren bir çözüm taraflarca ortaya konulmuş ise, bu takdirde arabulucunun müdahale etmesi gerekir. Örneğin, mağdur edilen tarafa kendi hukuk müşavirine danışmasını ve profesyonel yardım almasını önerebilir. Bunu başaramıyorsa arabuluculuk sürecini sonlandırmalıdır⁶³⁴. Görevini özenle ve tarafsız bir biçimde yerine getirmesi gereken arabulucunun bu görevini geniş yorumlamak gerekir. Zira arabuluculuk, arabulucunun kişisel özelliklerinin ve güvenin ön plana çıktığı bir görevdir. Bu nedenle seçilen arabulucu tarafından arabuluculuk faaliyeti bizzat yerine getirilmek zorundadır. O halde arabulucu, tarafların ortaya koyduğu çözüm anlaşmasında, taraf iradesine bir baskı veya iradeyi sakatlayan başka türlü durumların varlığını tespit etmesi halinde, bu sakatlığı gidererek, tarafların gerçekten serbest iradeleriyle bir çözüm bulmalarını sağlamalıdır. Çünkü arabulucu, arabuluculuk görevini tarafların tamamına karşı tarafsız, eşit, özenle ve tarafların tam serbest iradeleriyle bir çözüme ulaşmalarını sağlayacak şekilde yerine getirmelidir.

IV. Gizlilik İlkesi⁶³⁵

HUAK'nun “Gizlilik” başlığını taşıyan 4. maddesi 1. fıkrası “*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.*” şeklindedir. Maddenin 2. fıkrası “*Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.*” şeklinde düzenlenmiştir⁶³⁶.

⁶³³ Bunun gibi çözüm anlaşmasının ilâm niteliğinde belge olabilmesi için HUAK.m.18 f.2 ye göre mahkemeden icra edilebilirlik şerhi talep edildiğinde hâkim dahi, anlaşmanın adil ve hakkaniyete uygun olup olmadığına değil, içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya uygun olup olmadığı konusuna yönelik inceleme yapabilir. Hâkimin de inceleme yetkisi sınırlıdır.

⁶³⁴ Bkz. Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları Mart-2013 m. “(8.6) Ancak, arabulucu, uygun gördüğünde, taraflara uyuşmazlıklarını tahkim, danışmanlık, tarafsız değerlendirme veya diğer uyuşmazlık yöntemleriyle çözmeyi düşünmelerini önerebilir. ”www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html (s.e. 20.01.2016).

⁶³⁵ Geniş bilgi için bkz. **Yazıcı-Tıktık**, s. 34 vd.

⁶³⁶ Maddenin hükümet gerekçesi “*Arabuluculuk konusunda gözetilmesi gereken ilkelerden biri de gizliliktir. Tarafların devlet yargısı dışında, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığı çözmek*

Gizlilik ilkesi, uyuşmazlık çözümünde arabuluculuk yönteminin tercih edilmesinin sebebini teşkil eden en önemli ilkedir. Çünkü gizlilik ilkesi tarafların üç konudaki beklentilerinin yerine gelmesine hizmet eder.

Tarafların birinci beklentisi, uyuşmazlığın ve arabuluculuk sürecinin gizli kalmasını ve bu şekilde kişisel ve ticari itibarlarının tehlikeye girmemesini ve ilişkilerinin devamını garanti altına almak istemeleridir. İkinci beklentisi, arabuluculuk yöntemine başvurdıkları ve süreç sonunda bir anlaşmaya varamadıkları takdirde, arabuluculuk yöntemine başvurmazdan önceki durumlarına göre daha avantajlı bir duruma düşmemeleridir. Bundan dolayıdır ki, arabuluculuk faaliyeti

istemelerinin en önemli sebeplerinden biri, aralarındaki uyuşmazlığın üçüncü kişilerce bilinmesini istememeleridir. Mahkeme önünde yapılan yargılamada, özellikle duruşmaların aleni olması, temelini Anayasada bulan bir kuraldır, gizlilik istisnadır. Gizlilik, bazen tarafların mahkeme dışındaki uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmada en önemli etken olabilir. Önemli ticari 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 bir takım hususların 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 olacaktır. Bu ise çözümün daha kolay bulunmasına yardımcı olacağı gibi, duygusal tepkiler yerine, tarafların kendi kontrollerinde mantıklı çözüm arayışlarını mümkün kılacak, bundan sonra da ilişkilerin sürdürülmesine katkı sağlayacaktır. Gizlilik, tarafların kendi aralarında söz konusu olduğu gibi, arabulucu açısından da dikkat edilmesi gereken bir ilkedir. Ancak, her iki yönüyle de gizlilik, tarafların iradelerine bağlıdır. Gizliliğe aykırı davranmanın yaptırımı da ayrıca düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasında, gizliliğin arabulucuya ilişkin yönü vurgulanmıştır. Arabulucu kendisine sunulan veya başka türlü elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Ancak, taraflar isterlerse bunun aksini kararlaştırabilirler; aksini kararlaştırma açık şekilde olmalı, arabulucu açık bir irade yoksa, yorumla bir sonuca varamamalıdır. Arabulucu, bir yönüyle kendisine başvuru uyuşmazlık konusunda tarafların sırdaşıdır. 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 ya da kanuni bir zorunluluk olmadıkça sır saklama yükümlülüğü altında olacaktır. Arabulucunun bu yükümlülüğe uymaması durumunda, bu Kanunda belirtilen sicilden silinme veya cezai yaptırımlara muhatap olma sonucu ile karşılaşması söz konusu olabileceği gibi, tarafların ayrıca arabulucunun hukuki sorumluluğu yoluna gitmesi de mümkündür. Maddenin ikinci fıkrasında, gizliliğin taraflara ilişkin yönü vurgulanmıştır. Taraflar arabuluculuk faaliyetinin gizliliği konusunda aksini kararlaştırmamışlarsa bu konuda gizliliğe kendileri de uymak zorundadır. Buna rağmen taraflardan biri, kendisi ile ilgili olduğu ölçüde, zorunlu bazı sebeplerle diğer tarafla uyuşmazlığının az çok yansıması olan hususları açıklamak durumunda kalabilir. Böyle durumlarda, açık ve diğer tarafa zarar veren bir ihlâl olup olmadığı iyi tespit edilmelidir.” şeklindedir⁶³⁶.

çerçevesinde, taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü ve arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler uyuşmazlıkla ilgili bir hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda delil olarak ileri sürülemez ve bunlar hakkında tanıklık yapılamaz⁶³⁷. Üçüncü beklentisi, arabulucunun müzakerelerde edindiği bilgileri üçüncü kişilere ifşa etmemesi, hatta arabulucu özel ve ayrı oturumlarda taraflardan edindiği bilgileri açık bir rıza yoksa karşı tarafa açıklamamasıdır⁶³⁸.

Gizliliğe uyma yükümlülüğü, taraflar aksini kararlaştırmadıkça sadece arabulucu için değil, taraflar için de geçerlidir. Hatta bu yükümlülük arabulucunun yanında çalışan kişiler ile denetim ve gözetiminde ilgili mevzuatı çerçevesinde staj yapanları da kapsadığı gibi, varsa taraf vekillerini de kapsar. Bu ilke gereğince arabuluculuk faaliyeti sırasında fotoğraf çekilemez, ses ve görüntü kaydı yapılamaz (HUAKY m.6).

Gizlilik ilkesi beraberinde güvenilirliği getirmektedir. Nitekim bu ilke güvenilirlik ilkesi olarak da bilinmektedir. Bu ilkenin en önemli amacı, arabuluculuk başarısızlıkla sonuçlanırsa uyuşmazlık konusuyla ilgili açılacak bir davada, arabuluculuk süreci çerçevesinde açıklanan bilgilerin açıklayan aleyhinde kullanılmasını önlemektir. Arabulucuya bu ilkeyle yüklenen görev tarafların kendisine ve arabuluculuk sürecine güvenmelerini sağlamaktır⁶³⁹.

Arabulucunun tarafların farklı menfaat taleplerine kapsamlı bir şekilde ulaşabilmesi için taraflardan bilgi alabilmesi ve diğer tarafın bu bilgiden haberdar olmaması gerekebilir. Bunun için uygun olan yol, uyuşmazlık konusunun niteliğine göre taraflarla teke tek görüşmeler sürdürmek olabilir. Teke tek görüşme durumunda arabulucunun gizlilik yükümlülüğü çift katlıdır. İlk olarak arabulucu, dış dünyaya karşı arabuluculuk sürecini gizlemekle yükümlüdür. Bu dış ilişkide gizliliklidir. İkinci

⁶³⁷ HUAK. m. 5 “*Beyan ve belgelerin kullanılamaması*” başlığıyla bu beklentiyi düzenlemiştir.

⁶³⁸ **Yazıcı-Tıktık**, s. 54.

⁶³⁹ **Günther**, Klaus/**Hilber**, Marc, Mediation im Zivilrecht, insbesondere Wirtschaftsrecht, in: Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltpraxis, Köln 2004, s. 515.

olarak, bir tarafın güvenerek arabulucuya verdiği bilgiyi arabulucunun diğer tarafa vermemesidir. Bu da iç ilişkide gizlilik. Çoğu zaman bu tarz bilgi, yani diğer tarafın bu bilgidan haberdar olmaması, arabulucuyu uyuşmazlık konusunu başarıyla çözüme kavuşturmasını sağlamaktadır. Bu tarz uyuşmazlık çözümü, “*araç diplomasisi (shuttlediplomacy)*” olarak da tanımlanmaktadır⁶⁴⁰.

HUAK m. 8’de “*Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı veya birlikte görüşebilir. Taraflar bu görüşmelere vekilleri aracılığıyla da katılabilirler.*” hükmü yer almaktadır. Bu görüşme ve iletişimin birlikte mi ayrı mı gerçekleşeceği, yürütülen faaliyetin özelliği ve tarafların durumu ile ilgilidir⁶⁴¹. Arabulucunun taraflarla teke tek görüşmeleri problem teşkil edebilmektedir. Teke tek yapılan görüşmeler, arabulucunun tarafsızlığını tehlikeye sokma ve tarafların görüşmeleri suistimal etme risklerini taşımaktadır. Arabulucunun görevi tarafların bu hileli yönlendirme taktiklerini tanıyarak suistimali önlemek ve tarafsızlığını korumaktır⁶⁴².

HUAK m. 4’de düzenlenen gizlilik ilkesinde arabulucunun teke tek görüşmelerde taraflardan aldığı bilgiyi diğer taraftan da saklaması gerektiği (iç ilişkide gizlilik) konusundaki yükümlülük açık ve net değildir. Nitekim madde gerekçesinde de bu konuda net bir açıklama bulunmamaktadır. Kanunun genel gerekçesinde tasarının hazırlanmasında dikkate alınan Birleşmiş Milletler Uncitral Model Kanunu’nda da⁶⁴³, bir taraftan öğrenilen bilginin arabuluculuk faaliyeti içinde bulunan diğer taraftan da saklanmasını gerektiğine ilişkin net bir açıklık yoktur.

Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları (AMEUK) m. (3.4) “*Arabuluculuk sırasında taraflardan biriyle özel oturumda bir araya gelen arabulucu, bu özel oturumda edindiği hiçbir bilgiyi, bilgiyi veren tarafın rızası*

⁶⁴⁰ **Günter/Hilber**, s. 515. **Kracht**, s. 289; **Hartmann**, Christoph, “Sicherung der Vertraulichkeit”, Haft/vonSchlieffen, Handbuch Mediation, München 2009, s. 1090; **Yazıcı-Tıktık**, s. 119.

⁶⁴¹ HUAK m. 8’in Hükümet gerekçesinden.

⁶⁴² **Kracht**, s. 289.

⁶⁴³ Uncitral Model Kanunun 8. maddesinin açıklama kısmında, arabulucunun elde ettiği bilgileri karşı tarafla paylaşabilmesinin, bilginin kaynağı olan tarafın rızasına bağlı olmasının madde düzenlenirken teklif edildiği fakat, pek çok ülkede başarı ile uygulanan bu önerinin benimsenmediği ifade edilmiştir. United Nations, Uncitral Model Law, s. 40. Bkz. **Kekeç**, s. 78, dn. 299.

olmadan, doğrudan veya dolaylı olarak başka bir kişiye aktarmamalıdır” hükmünü açık olarak içermektedir. Özellikle arabulucunun cezai sorumluluğuyla ilgili yasal düzenlemede (HUAK m. 33), arabulucunun gizlilik yükümlülüğünün, arabulucunun taraflarla özel görüşme yapması hâlinde arabuluculuk faaliyeti içerisindeki diğer tarafı da kapsadığının açıkça yazılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu olmadığı takdirde, Model Etik ve Uygulama Kurallarının 3.4 maddesinde geçen açık hükmün, bu açıklık ve netlikte Kanunda da geçmesi gerekmektedir. Bununla birlikte tarafların, gizlilik ve tarafsızlık konusundaki beklentileri dikkate alındığında, arabulucuların taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça ayrı görüşmelerde bir taraftan aldığı bilgileri, uyuşmazlığın çözümü için gerekli olduğu kadarını karşı tarafla paylaşabilecekleri konusunda tarafları aydınlatmaları gerekmektedir⁶⁴⁴. Elbette ki arabulucunun uyuşmazlık çözümüne katkı sağlamayacağını düşündüğü bilgiyi diğer tarafa iletmesinin lüzum ve gereği yoktur. İlgili mevzuat ve etik kurallar, belirli durumlarda gizliliğin sınırının ne olacağı konusunda arabuluculara, mahkemelere ve taraflara kesin bir sınır koyamamaktadır⁶⁴⁵.

HUAK m. 4 deki gizlilik yükümlülüğünün, hem arabulucu hem de taraflar için getirildiği görülmektedir. Bu kişiler gizlilik yükümlülüğü nedeniyle aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeleri, arabuluculuk faaliyeti dışında kalan üçüncü kişilere ifşa edemeyeceklerdir. HUAK m. 33 f. 1 de gizliliğin ihlali başlığı ile *“Bu kanunun 4. maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* hükmü yer almaktadır. Bu maddelerde arabuluculuk faaliyeti içinde bulunan arabulucunun taraflardan birisinden aldığı bilgiyi arabuluculuk faaliyeti içinde bulunan diğer taraftan veya taraflardan birinin müzakereler esnasında diğer taraftan öğrendiği bilgiyi arabulucudan saklamasını gerektirecek açık bir kanuni düzenleme yoktur. O halde gerek arabulucunun sicilden silinme⁶⁴⁶ ve gerekse hem

⁶⁴⁴ Kekeç, s. 79.

⁶⁴⁵ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 572.

⁶⁴⁶ HUAKY m. 6 f. 3 *“Gizlilik kuralına aykırı hareket eden arabulucunun; hukuki ve cezai sorumluluğu saklı olup, sicilden silinmesine de karar verilebilir.”* hükmünü içermektedir.

arabulucu hem de tarafların tazminat sorumluluğunun yanında HUAK m. 33 deki gizliliğin ihlali ile ilgili ceza hükmüne göre de cezalandırılma sorumluluğunun ağırlığı göz önünde tutularak, hükmün sadece lafzına bakarak iç ilişkide de gizlilik yükümlülüğünün HUAK ile arabulucuya ve taraflara açık olarak yüklediğini söyleyebilmek kolay olmayacaktır. Çünkü ceza ve tazminat sorumluluğu getirmiş olan hükümlerin açık ve net olmaları gerekmektedir⁶⁴⁷.

Avusturya Hukuk Uyuşmazlıkları Federal Kanunu'nun gizliliğe ilişkin 18. maddesinde⁶⁴⁸ gizlilik yükümlülüğü arabulucuda olup, tarafların böyle bir yükümlülüğü yoktur. Arabulucunun gizlilik yükümlülüğü sicile kayıtlı arabulucular için geçerlidir⁶⁴⁹. Tarafların dışarıya karşı gizlilik yükümlülüğü olmadığı için, arabuluculuk sürecinde arabulucunun bir taraftan öğrendiği bilgiyi diğer taraftan saklamasının yani iç ilişkide gizliliğin önemi daha büyüktür.

Almanya'da arabuluculukla ilgili kanun düzenlenmeden önce mahkeme içi arabuluculukla ilgili bir uyuşmazlık çözümünde, taraflardan birisi daha sonra arabuluculuk dosyasını incelemek için Münih Eyalet Mahkemesine 10.02.2009 tarihinde müracaat ettiğinde, mahkeme gizlilik ilkesi nedeniyle bu talebini geri

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/arabuluculuk.pdf> (s.e. 21.01.2016).

⁶⁴⁷ Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları'nın gizlilik başlıklı 4. maddesinde “*Arabulucu, kanunen veya kamu düzeni gerekçesiyle zorunlu olmadıkça, arabuluculuktan veya arabuluculukla ilgili olarak ortaya çıkan bütün bilgileri gizli tutacaktır. Taraflardan birince arabuluculara verilen gizli bilgiler, bilgiyi veren taraftan izin alınmadıkça veya kanunen zorunlu olmadıkça diğer tarafa açıklanmayacaktır.*” hükmünü içermektedir. Burada bir tarafın gizli olarak verdiği bilginin diğer tarafa da açıklanamayacağı net olarak ifade edilmiştir. Kanaatimizce sorumluluk gerektiren kanun maddelerinin en az bu kadar açık kaleme alınması gerekmektedir. Metin için bkz. **Özbek**, Avrupa Birliği, s. 320.

⁶⁴⁸ **Akil**, Avusturya, s. 287-296; **İsfen**, Fedaral Kanun, s. 1325-1335; Bu 18. maddede, arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde vakıf olduğu sırları, üretilmiş yahut tevdi edilmiş dokümanları saklamak zorunda olduğu belirtilmiştir. Ancak bu yükümlülüğün sadece dışarıya karşı değil, aynı zamanda bir taraftan aldığı bilgi ve belgenin diğer taraftan da saklaması gerektiği yönünde bir açıklık yoktur. Belki bu maddede sır ifadesi kullanıldığı ve taraflar açısından gizlilik yükümlülüğü olmadığı için, bu lafızdan taraflardan biri sır olarak arabulucuya verdiği bilginin, diğer tarafa verilmemesi gerektiği kabul edilebilir. Çünkü karşı tarafa verilen bilgi, tarafların gizlilik yükümlülüğü olmadığı için dolayısıyla dışarıya verilen bilgi olacağı varsayılabilir. Ancak gizlilik yükümlülüğünün sınırları açık değildir.

⁶⁴⁹ **Öztürk /Yarar**, s. 1376; **Yazıcı-Tıktık**, s. 124.

çevirmiştir. İtiraz üzerine Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi kararında⁶⁵⁰, gizliliğin taraflar arasında değil, üçüncü kişilere karşı olduğu gerekçesiyle bu itiraz talebini kabul etmiştir. Arabuluculuk dosyasını tarafın incelemesine açmıştır. Burada mahkemece gizliliğin taraflar arasında olmadığını, tarafların hukuki menfaatinin gizlilik prensibinden önce geldiğinin ve arabuluculuk sürecindeki gizlilik prensibinin mutlak olmadığını tespiti yapılmıştır⁶⁵¹.

Düsseldorf İdare Mahkemesi, yazılı olan bir arabuluculuk sözleşmesinin yorumlanmasında, arabuluculuk sürecindeki konuşmaların dikkate alınıp alınmayacağı konusunu değerlendirmiştir. Temyiz mahkemesinde yapılmış olan bir arabuluculuk faaliyetinde özel hukuka ilişkin yazılı bir sulh anlaşması yapılmıştır. Bu sözleşmeyle ilgili bir tartışma çıkmıştır. Daha önce belediyeden çıkan bir ön imar izninin arabuluculuk faaliyeti sırasında tarafların konuşmalarıyla örtüşüp örtüşmediği ve tarafların bu konuşmalarının yazılı sulh anlaşmasında dikkate alınıp alınmadığı konusu tartışılmıştır. İdare mahkemesi bu davayı caiz olmadığından reddetmiştir. Ret gerekçesinde, arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılan yazılı anlaşmada dava açma taleplerinden feragat edildiği ve sulhun içeriğinin yazılı anlaşmaya göre belirleneceği, yapılan konuşmaların yazılı arabuluculuk sözleşmesinin materyali olamayacağı ve ayrıca bunun arabuluculuğa hâkim en temel prensip gizlilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir⁶⁵².

2008/52 EG Sayılı Belirli Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Arabuluculuk Yönergesi doğrultusunda hazırlanan, 21.07.2012 tarihli Alman “*Arabuluculuk ve Diğer Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Teşvik Edilmesine İlişkin Kanun*”un (Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung) 4. maddesi (Yönergenin 7. maddesine göre hazırlanan) gizlilik ilkesini düzenlemiştir⁶⁵³. Bu maddeye göre gizlilik yükümlülüğü sadece arabulucular ve yardımcıları içindir. Taraflar ve

⁶⁵⁰ OLG München 20.05.2009, 9 VA 5/09.

⁶⁵¹ Lilja/von Lucius/Tietz, s. 77.

⁶⁵² VG Düsseldorf 13.11.2008, 4 K 6309/07, Lilja/von Lucius/Tietz, s. 76.

⁶⁵³ Hess/Pelzer, s. 224.

vekilleriyle ilgili değildir. Taraf vekilleri bir arabuluculuk sürecinde karşı taraf hakkında öğrendiklerinden dolayı kapsamlı bir cezai ve hukuki susma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁵⁴.

Alman Arabuluculuk Kanun'unun 4. maddesinin 2. fıkrası, kamu düzeni, çocuğun yüksek menfaati, kişilerin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne ciddi zarar teşkil edebilecek hâllerin önlenmesi gizlilik ilkesinin istisnaları olarak düzenlemiştir. Arabuluculuk sonucu olarak yapılan anlaşmanın yerine getirilmesi veya icrası için bu anlaşmanın açıklanması hâli de gizliliğin istisnasıdır. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre, gizlilik yükümlülüğünün, açıklanmış olan veya sır olarak saklanmasına gerek olmayacak kadar önemsiz uyuşmazlıklarda uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır⁶⁵⁵. Buna göre örneğin taraflardan birisi diğer tarafı tehdit ettiğinde gizlilik ilkesinin arkasına saklanamayacaktır. Hakeza taraf iradesinin sakatlandığı hallerde açılacak davalarda gizlilik ilkesinin sınırlarının tartışılması gerekmektedir⁶⁵⁶.

Alman doktrinde, kanuni düzenleme öncesinde, içtihatlar tarafından giderilmeyen arabuluculuğun güvenilirlik ve gizliliğine ilişkin boşluklar, Arabuluculuk Kanunu 4. maddesi ile giderilemediği için eleştirilmiştir. Eleştirilerde bu hükmün sadece arabulucu ve yardımcıları için şahitlikten çekinme hakkını tanıdığı, bunun ötesinde bir düzenleme öngörmediği ifade edilmiştir. Bu nedenle kanuni düzenlemeden sonra da arabuluculuğa güvenin korunması için arabuluculuk sözleşmesiyle tedbirler alınması gerektiği belirtilmiştir⁶⁵⁷.

Gizlilik ilkesiyle ilgili HUAK m. 4'ün devamı niteliğinde olan, beyan ve belgelerin kullanılamamasına ilişkin HUAK m. 5⁶⁵⁸ “(1) Taraflar, arabulucu veya

⁶⁵⁴ Lilja/von Lucius/Tietz, s. 75.

⁶⁵⁵ Hess/Pelzer, s. 224.

⁶⁵⁶ Lilja/von Lucius/Tietz, s. 76.

⁶⁵⁷ Lilja/von Lucius/Tietz, s. 77.

⁶⁵⁸ HUAK. m. 5 hükümet gerekçesi “Bu hüküm, gizlilikle ilgili maddenin devamı niteliğinde olup, daha özel ve sık karşılaşılabilecek bir durumu açıklığa kavuşturmaktadır. Çözümü için arabuluculuk yoluna başvurulmuş bir uyuşmazlık hakkında, daha sonra doğrudan veya dolaylı bir yargılama yapılabilir. Bu durum, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşamamalarından kaynaklanabileceği gibi, kısmi bir anlaşma sebebiyle de ortaya çıkabilir veya taraflar bu uyuşmazlık konusunda anlaşmış olabilirler, ancak bu uyuşmazlıkla bağlantılı başka uyuşmazlıklar

arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda aşağıdaki beyan ve belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz: a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği. b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler. c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü. ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler. (2) Birinci fıkra hükmü, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır. (3) Birinci fıkra da belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkra da öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir. (4) Yukarıdaki fıkralar, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tahkimde uygulanır. (5) Birinci fıkra da belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.” hükmünü içermektedir.

ortaya çıkabilir. Arabuluculuk konusunda temel ilke olan gizlilik, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın kendisinin, içeriğinin ve uyuşmazlık içinde kullanılan bilgi ve belgelerin de gizli kalmasını gerektirir. Bu gizliliğin korunacağına olan güven, tarafları arabulucuya başvurma konusunda daha fazla teşvik edecektir. Bu sebeple, maddede, gizlilik ilkesine ilişkin olarak arabuluculuk faaliyeti sırasındaki beyan, bilgi ve belgelerin kullanılamayacağı haller, kapsamı çizilerek belirtilmiş, böylece uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütler engellenmek istenmiştir. Bu madde, gizlilikle ilgili genel hükümden daha özel bir düzenlemeyi içermekte olup, tarafların gizlilik konusunu özel olarak kararlaştırmamış olmaları hâlinde dahi, maddede belirtilen beyan ve belgelere delil olarak dayanmanın ve delil olarak dikkate alınmasının önüne geçmektedir. Şüphesiz tarafların karşılıklı açık iradeleri ile bu beyan ve belgeler delil olarak kullanılabilir. Maddenin birinci fıkrasında hangi beyan ve belgelerin, kimler tarafından ve hangi kapsamda kullanılamayacağı belirtilmiştir. Söz konusu yasak, arabuluculuk faaliyetinin taraflarını, arabulucuyu, arabuluculuk faaliyetine katılmış olsun olmasın üçüncü kişileri kapsamaktadır. Bu yasak uyuşmazlıkla ilgili doğrudan veya dolaylı bir yargılama sırasında geçerlidir da kullanılamayacağı gibi bu konuda tanıklıkta yapılamayacaktır. Yargılamanın mahkeme ya da tahkim yoluyla yapılmasının bu konuda bir önemi yoktur...” şeklinde devam etmektedir.

www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf.
(s.e 22.01.2016).

Madde ve gerekçesinden anlaşılabacağı üzere, tarafların gizlilik konusunu özel olarak kararlaştırmamış olmaları hâlinde dahi, maddede belirtilen beyan ve belgelere delil olarak dayanmanın ve delil olarak dikkate alınmasının önüne geçilmektedir. Arabuluculuk faaliyeti esnasında sunulan ve bu faaliyet nedeniyle hazırlanan belgeler, açılacak dava ve tahkim yolunda kullanılması konusu bakımından yasaklanmış delil kapsamındadır. Yani bu belgeler delil olmaya elverişli değildirler⁶⁵⁹. Esasen HUAK m. 5 f. 3 deki, bu beyan veya belgelerin, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamayacağına ilişkin düzenleme, HMK m. 189 f. 2 deki hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağına ilişkin genel düzenlemenin HUAK daki özel olarak şekillenmiş hâlidir.

Gizlilik ilkesi mutlak değildir. Taraflar aksini kararlaştırabilecekleri gibi, bunun dışında gizlilik ilkesinin iki temel istisnası vardır. İlk istisna, söz konusu bilgilerin kullanılmasının bir kanun hükmü tarafından emredilmiş olmasıdır. İkinci istisna, arabuluculuk süreci sonunda varılan çözüm anlaşmasının uygulanması ve icrası için gerekli olması halidir. Bu istisna zorunlu olduğu ölçüde uygulanacak olup, gereksiz şekilde genişletilmeyecektir. Tarafların uyuşmazlık sebebiyle sahip oldukları ve delil olarak kullanılacak tüm belgeler değil, sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler gizliliğe dâhildir.

Taraflar, gizlilik yükümlülüğünün sınırlarına ilişkin olarak, gerek arabuluculuk sürecinin tamamının veya bir kısmının gizli olmayacağına dair veya arabuluculuk faaliyeti nedeniyle kullanılan bilgi ve belgelerin delil olarak kullanılabileceğine ilişkin sözleşme yapabilirler. Bu sözleşmenin hukuki niteliği, etkilerini usûl hukuku alanında göstermesi açısından bir usûl sözleşmesidir. Tarafların, arabuluculuk sürecinde öğrendikleri bilgi ve belgelerin delil olarak kullanılıp, kullanılamayacağına veya hangi ölçüde kullanılabileceğine ilişkin sözleşmeler, HMK m. 193'e göre

⁶⁵⁹ **Pekcanitez**, Hakan, “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 790; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 140; HMK.m.188/3'e göre nasıl ki, sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar tarafları bağlamaz ise, aynı şekilde arabuluculuk faaliyeti nedeniyle elde edilen bilgi ve belgeler de delil olarak kullanılamaz. İkrarla ilgili geniş bilgi için bkz. **Kiraz**, Taylan Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2013.

yapılması mümkün olan bir delil sözleşmesidir⁶⁶⁰. Maddenin 2. fıkrasına göre, taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir. Ancak buradaki geçersizlik, arabuluculuk faaliyeti sebebiyle elde edilen deliller için değil, arabuluculuk faaliyeti yapılmamış olsaydı dahi mahkeme ve tahkimde ileri sürülebilecek delillerle ilgili sözleşmeyle getirilen sınırlama içindir. Çünkü sadece arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde elde edilebilecek delillerin mahkeme ve tahkimde delil olarak kullanılamamasının kaynağı sözleşme değil kanundur.

Medeni Usûl Hukuku'nda aleniyet ilkesi⁶⁶¹, ne kadar esas ve önemli, gizlilik istisnaysa, arabuluculuk faaliyetinde tam aksine gizlilik ilkesi o kadar esas ve önemli, aleniyet istisnadır. Ancak aleniyet ilkesinin giderek artan biçimde sınırlandırılması, hatta bazı durumlarda tamamen kaldırılması, bir hukuk politikası olarak geçerli kabul edilmektedir⁶⁶². Örneğin, Avusturya, Almanya ve İsviçre'de aile hukukundan doğan davalarda, aleniyet ilkesi geçerli değildir⁶⁶³. Uyuşmazlıklarını alenileştirmek istemeyen taraflar, çözüm için mahkeme yerine tahkim veya arabuluculuk gibi diğer seçeneklere yönelmektedirler.

C. ARABULUCUYA İLİŞKİN TEMEL İLKELER

Arabulucuya ilişkin ilkeler, “arabuluculuk sürecini belirli bir çerçevede sevk ve idare etme ilkesi”, “tarafsızlık ilkesi”, “aydınlatma ilkesi”, “özenle hareket etme ilkesi” ve “görevi şahsen yerine getirme ilkesi” olarak beş başlık altında incelenecektir. Ancak arabulucuya ilişkin ilkeler, aynı zamanda arabulucunun yükümlülükleri olarak HUAK'nda hüküm altına alınmış olduğundan, arabulucuya

⁶⁶⁰ Geniş bilgi için bkz. **Taşpınar**, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001; **Yıldırım**, Mehmet Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 258; **Bolayır**, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması ve Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014, s. 488 vd.; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 137.

⁶⁶¹ Geniş bilgi için bkz. **Kurt-Konca**, Nesibe, Medeni Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009; **Pekcanitez**, Hakan, Medeni Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, Prof. Dr. Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, s. 635-666.

⁶⁶² **Kurt-Konca**, s. 40.

⁶⁶³ **Ercan**, s. 743.

ilişkin bu ilkeleri, “*Arabulucuların Yükümlülükleri*” başlığı altında incelemek tekrar olmaması açısından uygun bulunmuştur⁶⁶⁴.



⁶⁶⁴ Bkz. Aşağıda § 10, B de “*Arabulucuların Yükümlülükleri*” başlığı altında incelenmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU'NA GÖRE ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİ UYUŞMAZLIKLAR VE ARABULUCULUK SÜRECİNİN AŞAMALARI

§ 8. ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİ UYUŞMAZLIKLAR

HUAK, hangi uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözüme elverişli olduğu konusunu, “Amaç ve kapsam” başlığı altında m. 1 f. 2’de “*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.*” şeklinde düzenlemiştir¹. O halde arabuluculuk ve arabulucu sözleşmelerinin² konusunu, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları oluşturur. Maddede geçen “*yabancılık unsuru taşıyan*” ve “*tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları*” ile madde gerekçesinde geçen “*kamu düzenine ilişkin olan hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklardan*” ne anlaşılması gerektiği izah edilecektir. Ayrıca, “*aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar*” da inceleme konumuz kapsamındadır.

¹ Maddenin hükümet gerekçesi, “*Madde ile arabuluculuk kurumunun hangi tür uyuşmazlıklarda ve hangi kayıtlarla uygulanma alanı bulacağı hükmü altına alınmıştır. Her şeyden önce arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanacağı alan, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, özel hukuk uyuşmazlıklarıdır. Öte yandan, anılan kurum, her tür hukuk uyuşmazlıklarında değil; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani “sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları” bağlamında uygulanma alanı bulacaktır. Bu durum karşısında, kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak vermeyen hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyecektir*” şeklinde kaleme alınmıştır.

² Uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan sözleşmeyi “arabuluculuk sözleşmesi”, uyuşmazlığın taraflarıyla arabulucu arasında yapılan sözleşmeyi “arabulucu sözleşmesi” olarak isimlendireceğiz.

A. YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN HUKUK UYUŞMAZLIKLARI

HUAK, bir uyuşmazlığın hangi hallerde yabancılık unsuru taşıdığını özel olarak belirtmemiştir. Türk hukukunda yabancılık unsuru, gerek doktrinde³ gerekse yargı kararlarında, bir hukuki işlem veya ilişkinin birden çok hukuk düzeniyle bağlantılı olması halini ifade etmektedir. Bu konuya karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında da ortak kabul görmüş bir tanıma rastlanmamakta, her ülkenin kendi ekonomik şartlarına ve değerlendirmelerine göre farklı kurallar benimsediği görülmektedir⁴.

Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52/EC Sayılı Yönerge'sinin "*Sınır Ötesi Uyuşmazlıklar*" başlığını taşıyan 2. maddesine göre, taraflardan en az birinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin diğer taraftan farklı bir üye devlette bulunması halinde, uyuşmazlık sınır ötesi bir uyuşmazlık olarak kabul edilecektir⁵. Bu şart, tarafların uyuşmazlık çıktıktan sonra arabuluculuğa başvurmaya karar verdiği veya arabuluculuğa mahkemece karar verildiği ya da milli hukuka göre arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu yahut taraflara arabuluculuğa başvuru konusunda bir davette bulunulduğunda mevcut olmalıdır. Yönergenin kapsamına sadece sınır ötesi uyuşmazlıklar dâhil edilmiştir. Buna karşılık Yeşil Kitap ile AB bünyesindeki tüm medeni ve ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun uygulanması amaçlanmıştır⁶.

Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 2 dikkate alındığında ise, uyuşmazlığın taraflarından birinin yabancı olması veya yabancı bir ülkede ikametgah sahibi olması

³ **Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, s. 60; **Nomer**, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2011, s. 5; **Çelikel**, Ayşe/**Erdem**, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2012, s. 8; **Akil**, Cenk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara 2014, C. I, s. 77.

⁴ Anayasa Mahkemesi 20.07.2000 T. 2000/16 E. 2000/17 K. sayılı kararının gerekçesinden alınmıştır. Bkz. RG. T. 09.11.2004 S. 25638.

⁵ **Pürselim**, Hatice Selin, Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2014, C. 20, S. 2, s. 10.

⁶ **Öztürk/Yarar**, s. 1362. Hollanda ve Birleşik Krallık gibi ülkeler Yönergedeki gibi sadece sınır ötesi arabuluculuğu düzenlemişlerdir. Almanya, Fransa, Yunanistan, Polonya, Romanya, Slovenya ve Türkiye gibi devletler ise hem sınır ötesi hem de milli arabuluculuğu düzenlemişlerdir.

veya devamlı oturması, uyuşmazlık konusu şeyin yabancı ülkede bulunması veya uyuşmazlık konusu hukuki işlemin veya sözleşmenin yabancı bir ülkede yapılması veya icra edilmesi yahut uyuşmazlığa konu olan sözleşmenin taraflarının yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmış olmaları gibi unsurları, yabancılık unsuruna örnek olarak sayılabilir⁷.

B. TARAFLARIN ÜZERİNDE SERBESTÇE TASARRUF EDEBİLECEKLERİ İŞ VEYA İŞLEMLERDEN DOĞAN ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARI

HUAK m. 1 f. 2 de yer alan, *“tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları”* ifadesinin genel çerçevesini çizmek kolay değildir. Maddi hukukta tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek haklar bir liste halinde sayılmadığından, ancak uyuşmazlıkla ilgili hükümlerin içerik ve amaçları incelenerek bir sonuca varılabilecektir. Maddenin hükümet gerekçesinden de⁸, kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları uyuşmazlıklar hakkında HUAK’nun uygulanmayacağı anlaşılmaktadır⁹.

Kamu düzeni, toplum menfaatinin korunması amacıyla bireylerin uymakla yükümlü oldukları kurallar bütünüdür¹⁰. Yargıtay, bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi konusunda, *“ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini,*

⁷ Akil, Kapsam, s. 78.

⁸ Hükümet gerekçesi, *“...her tür hukuk uyuşmazlıklarında değil; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani “sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları” bağlamında uygulanma alanı bulacaktır. Bu durum karşısında, kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak vermeyen hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyecektir”* şeklindedir.

⁹ Bilge, Turgay, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu, Edt. Işıktaç, Yasemin, İstanbul 2014, s. 93-114.

¹⁰ Akıntürk, Turgut/Ateş-Karaman, Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2012, s. 63.

toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni için ilgisi kabul edilmelidir” şeklinde görüş bildirmiştir¹¹. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklar kavramının genel çerçevesini çizmek zor bir konu iken, madde gerekçesine bir de kamu düzeni ölçütü ilave edilmiştir. Esasen zamana ve ülke şartlarına göre değişken bir ölçü olan kamu düzeni ölçüsü, TBK m. 27 ile getirilmiş genel bir ölçüdür. Anayasa Mahkemesi 10.07.2013 Tarih 2012/94 E. 2013/89 K. sayılı kararında, “*Madde metninde yer verilmese de kamu düzenine ilişkin konuların, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri alan kapsamında kaldığı hususunda herhangi bir şüphe yoktur*” tespiti bulunmuştur¹². Bu tespiti, kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıkların tamamının, mutlaka tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar olarak anlamamak gerekir. Zira aşağıdaki işlediğimiz bazı uyuşmazlık konularında görüleceği üzere, uyuşmazlık konusu bir yönü ile kamu düzeniyle ilgili olsa da, tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmaları mümkün olabilmektedir¹³. HUAK m. 1 gerekçesinde, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların, aynı zamanda tarafların sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri uyuşmazlıklar olduğu vurgusu yapılmıştır¹⁴.

TBK m. 27 “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*” hükmünü içermektedir. Bu hükmün arabuluculukla ilgili sözleşmelere bakan yönüne ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi 10.07.2013 Tarih 2012/94 E. 2013/89 K. sayılı

¹⁰ YHGK 12.12.1990 T. 3-527 E. 627 K. Huysal, s. 200.

¹² RG T. 25.01.2014, S. 28893.

¹³ Örneğin, tahliye, kira tespiti ve kat mülkiyetinden kaynaklı bazı uyuşmazlıklar ile taşınmazın aynına ilişkin tapu iptali ve tescili davalarının hem kamu düzeniyle ilgisi vardır hem de taraflar dava konusu üzerinde sulh, davadan feragat ve davayı kabul ile uyuşmazlık konusuna ilişkin tasarrufta bulunabilmektedirler.

¹⁴ HMK m. 313/2 “Sulh, ancak tarafların üzerinde serbetçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir” hükmünü içerir. Benzer şekilde HMK m. 408 “iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir” hükmünü içermektedir. Bunun gibi, Avukatlık Kanunu m. 35/A “tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konularda uzlaşma mümkündür” şeklinde hüküm ihtiva etmektedir.

kararında, hâkimin icra edilebilirlik şerhi vermesi incelemesinde, arabuluculuğa elverişliliğin yanında emredici hukuk kurallarına ve kamu düzenine aykırılık hususlarını resen inceleyeceğini belirtmiştir¹⁵. Arabuluculukla ilgili sözleşmelerde, bu aykırılıklar yer alıyorsa sözleşmeler kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) yaptırımına tabidir. Başka bir ifadeyle hukuki işlem doğmuştur¹⁶, fakat istenen sonuçları gerçekleştirmesi mümkün değildir. Butlan'da geçersizlik kesin olduğu için, tarafların bunu kabullenmesi, borçlarını bilerek ve isteyerek ifa etmeleri, aradan belirli bir sürenin geçmesi işleme geçerlilik kazandırmaz. Taraflara ifa yükümlülüğü getirmez ve ifayı talep hakkı vermez. Edimler ifa edilmiş ise, verilenler geri alınabilir. Bu amaçla istihkak, sebepsiz zenginleşme ve tapu sicilini düzeltme davaları açılabilir¹⁷.

Karşılaştırmalı hukukta, arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların kapsamı çok daha geniş tutulmuştur. Kanaatimizce olması gerekenin de bu olduğu söylenebilir. Almanya, bu kapsamı özellikle medeni ve ticari uyuşmazlıklarla sınırlandırmamıştır¹⁸. Her tür uyuşmazlık için arabuluculuğa başvurulabilir. Japonya'da, mahkeme bağlantılı arabuluculuk faaliyeti, bütün hukuk uyuşmazlıkları içindir. Arabuluculuk faaliyeti, ilk derece mahkemesi tarafından da emredilebilir olmasına rağmen, genel olarak uyuşmazlığın taraflarından birinin yazılı başvurusuyla uygulanır. Hukuk uyuşmazlıklarında mahkeme bağlantılı arabuluculuğa başvuru, genel kural olarak bir dava şartı değildir. İstisna olarak bina kiralارının veya arazi değerinin artıp azalmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda zorunludur ve bir dava şartıdır¹⁹. Belçika'da, tarafların üzerinde sulh olabilecekleri her uyuşmazlığın arabuluculuğun konusu olabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, anlaşmalı boşanma ve sonuçlarından kaynaklanan uyuşmazlıklar ve birlikte yaşamaktan kaynaklanan uyuşmazlıklar gibi belli konularda arabuluculuk yapılabileceği sınırlandırmayacak

¹⁵ RG T. 25.01.2014, S. 28893.

¹⁶ Yokluk yaptırımında ise, hukuki işlemin kurucu unsurlarından biri eksik olduğu için hukuki işlem hiç doğmamış sayılır. Dolayısıyla hiçbir sonuç meydana gelmediği için dava açmaya gerek yoktur.

¹⁷ **Ayan**, Borçlar, s. 87 vd.

¹⁸ **Hess/Pelzer**, s. 223.

¹⁹ Hukuk Uyuşmazlıklarında Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk Kanunu m. 24-2. Bkz. **Kakiuchi**, s. 273.

şekilde sayılmıştır²⁰. İsviçre’de, SwzZPO m. 197 ye göre, bir uzlaştırma yetkilisi önünde bir uzlaştırma girişiminde bulunulması bütün hukuk davaları için genel kuraldır. Bu kuralın genel istisnaları hemen bir sonraki m. 198’de sayılmıştır. Buna göre, seri yargılama usûlünün uygulandığı davalar, şahıs varlığına ilişkin davalar, boşanma davaları, ortaklıkların feshine ilişkin davalar, icra mahkemesinde görülen bir kısım davalar, sadece kanton mahkemesinin yetki alanına giren uyuşmazlıklar (SwzZPO m. 5 ve 6), asli müdahale, karşı dava, üçüncü taraf davaları ve mahkemece dava açmak için bir süre verilmiş olmasına ilişkin haller bu genel prensibin istisnalarıdır²¹. SwzZPO m. 199’a göre, parasal değeri en az 100.000 Frank olan uyuşmazlıklarda, taraflar birlikte uzlaştırma sürecinden feragat edebileceklerdir. SwzZPO m. 213(1) deki “*Taraflar birlikte karar verdikleri takdirde, arabuluculuk uzlaştırma yönteminin yerini alır*” hükmüne göre, uzlaştırmanın kapsamına giren konular, aynı zamanda arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi mümkün olan uyuşmazlık konularıdır.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların çerçevesi mümkün olduğunca geniş tutulmalıdır. Asıl önemli olan uyuşmazlığın taraflarının razı olduğu bir çözümün engellenmemesidir. Tarafların kendi uyuşmazlıklarını çözmedeki iradelerine azami önem verilmeli, arabuluculuğun kapsamı alanı en geniş şekilde yorumlanmalıdır. Anayasa Mahkemesi, İş Kanunu m. 20/1’ de yer alan “*taraflar anlaşırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür*” hükmünün iptali talebini, işçinin uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesinin yalnızca kendi iradesine ilişkin olduğu, işçinin özel hakeme gitme konusunda irâdesini kullandığında dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olacağı gerekçesiyle reddetmiştir²². Anayasa Mahkemesi bu kararıyla taraf irâdesinin hakkını vermiştir. Üstelik arabuluculuk faaliyeti sonundaki çözüm anlaşması bir üçüncü kişinin kararı değil, bizzat uyuşmazlığın taraflarının iradesidir. Bu nedenle

²⁰ Verougstraete, s. 106.

²¹ Peter, s. 47 vd.; Bkz. Kanun metni için SwzZPO m. 197, 198. <https://www.admin.ch/ch/d/sr/2/272.de.pdf> (s.e. 01.05.2016).

²² RG T. 24.11.2007, S. 26710, Anayasa Mahkemesi, T. 19.10.2005, E. 2003/66 K. 2005/72.

arabuluculuk neticesindeki çözüm anlaşmaları, hem tahkim yargılaması²³ hem de devlet yargılaması neticesi verilen üçüncü kişi kararlarından üstün tutulmalıdır.

Yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi, karşılatırmalı hukukta en gelişmiş ülkelerin tutumu da arabuluculukla uyuşmazlıkların çözümünün mümkün olduğunca sınırlandırılmaması yönündedir. Kamu düzeni gibi ölçülerle getirilmeye çalışılan sınırlandırmalar esasen yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarla ilgili çözüm anlaşmalarının milli hukuklarda icra edilebilirliğine yönelik tanıma ve tenfiz taleplerini kontrol amaçlı düzenlemelerdir²⁴.

Arabuluculuğa elverişli uyuşmazlık konuları tesbit edilmeye çalışılırken, genelde tahkime elverişlilik ölçüsünden faydalınılmaktadır. Bunun nedeni, *“ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların”*²⁵ hem arabuluculuk hem de tahkim yönteminin temel ölçütü olmasından ve doktrinde ve uygulamada tahkime elverişlilik üzerine yazılmış eserlerin ve Yargıtay kararlarının bol olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak bu ortak ölçü bizi her zaman doğru sonuca götürmez. Çünkü arabuluculuğa elverişlilik konusunun kapsamı, tahkime elverişlilik konusunun kapsamından daha geniştir. Bunun nedenlerini şöylece sıralayabiliriz;

- Tahkim yöntemi sonunda verilen karar, bir tahkim yargılaması neticesinde verilmiş üçüncü kişi kararıdır. Arabuluculuk çözüm anlaşması ise, tarafların kendi serbest iradeleri sonucu uyuşmazlıklarını çözdükleri bir sulh sözleşmesidir²⁶.

²³ **Özbek**, arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar belirlenirken tahkimden daha geniş yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Malvarlığı haklarıyla ilgili bütün hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk yönteminin konusu olabilmesini savunmuştur. **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2016, s. 1186.

²⁴ Ancak, uygulamadaki uyuşmazlık çözüm anlaşmalarına çok nadiren icra edilebilirlik şerhi talep edilmektedir. Taraflar kendi çözümlerine uyduklarından icra edilebilirlik şerhine gerek kalmamaktadır.

²⁵ Tahkim’e ilişkin olarak, HMK m. 408 *“iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir”* hükmünü içermektedir.

²⁶ Sulh benzeri bir sözleşmedir diyen görüşte mevcuttur. Bu görüşler, çözüm anlaşmalarının hukuki niteliği başlığı altında aşağıda incelenmiştir.

- Tahkim sözleşmesi veya şartı, uyuşmazlık konusu hakkında dava yolunu engellerken, arabuluculuk sözleşmesi veya şartı, dava yolunu engellememektedir. Buna karşılık arabuluculuk sözleşmesi veya şartı dava yolunu engellemez. Bu nedenle tahkime elverişlilikte tahkim sözleşmesinin yapıldığı zaman önem arzederken, arabuluculuğa elverişlilikte arabuluculuk sözleşmesinin yapıldığı zaman önem arzetmez²⁷.
- Tahkime elverişli uyuşmazlık konuları aynı zamanda, tahkimde cebri icraya elverişli uyuşmazlık konularıdır. Arabuluculuk yönteminde ise arabuluculuğa elverişli konular, cebri icraya elverişli konulardan daha geniş bir alanı kapsamaktadır²⁸.
- HMK m. 408 açıkca tahkimde, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı yönünde bir sınırlama getirilmişken, HUAK m. 1 de bu konuda bir sınırlama getirilmemiştir.

Bütün uyuşmazlık konularının arabuluculuğa elverişli olup olmadığını incelerken “*sulh, hükümlerin efendisidir*” kaidesince, tarafların çözüm anlaşmasının bütün üçüncü kişi kararlarından üstün olduğunu unutmamak gerekir. Arabuluculuğa elverişli uyuşmazlık konularını tespit ederken, bu anlayışla geniş yorumlayarak arabuluculuğa elverişliliğin genel çerçevesini mümkün olduğu kadar geniş tutmaya çalıştık. Yargıtay’ın ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin²⁹ uygulamaya ışık tutacak kararlarının da bu yönde olmasını ümit ederiz³⁰.

²⁷ Örneğin, işçi-işveren uyuşmazlıklarında tahkim sözleşmesinin hizmet aktinin feshinden sonra, tahkim şartı içeren tahliyeyle ilişkin sözleşmelerin de kira sözleşmesinden sonra yapılmış olması geçerlilik şartıdır. Zira tahkim anlaşması dava yolunu kapatmaktadır.

²⁸ Örneğin; taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar, anlaşmalı boşanma ve tesbit davalarının konuları arabuluculuğa elverişli ancak cebri icraya elverişli değildir.

²⁹ HMK m. 362 f. 1 ç) bendi “*çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar*”ı, temyiz edilemeyen kararlar içinde saymıştır. Uyuşmazlık çözümünün icra edilebilirliğine ilişkin kararlar, HUAK m. 18 f.3’e göre çekişmesiz yargı işi sayılan bu kararlara karşı istinaf yoluna gidilebilir.

³⁰ Yargıtay, kira tespiti uyuşmazlıklarında, avukatlık sözleşmelerindeki avukatlık ücretiyle ilgili uyuşmazlıklarda ve tüketici uyuşmazlıklarında tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının geçersiz olduğuna karar vermiştir. (Y. 3.HD T. 2.12.2004, 13018 E. 13409 K., Y. 3. HD, YİBK T. 19.11.1964, 2/4, Y. 13 HD. T. 25.09.2008, 3492 E. 11120 K.) in. **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 114, dn.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın istatistiklerine göre, Kasım 2016 tarihine kadar 33 farklı uyuşmazlık konusuyla ilgili toplam 4661 adet uyuşmazlık üzerinde arabuluculuk yöntemi uygulanmıştır. Uyuşmazlık konularına bakıldığında, özellikle işçi-işveren uyuşmazlıkları, nafaka, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, hisse devri, tüketici hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, taşınmaz devri, tapu iptali ve tescili gibi konularda yapılan arabuluculuk çözümleri dikkate alındığında, arabuluculuğa elverişlilik konusunda geniş yorumlama ilkesiyle genel çerçevenin geniş tutulduğunu görmek sevindiricidir. Toplam arabuluculuk süreçlerinin %96'sında uyuşmazlık konusu hakkında bir çözüm anlaşmasına ulaşılmıştır³¹.

Hangi alandaki uyuşmazlık konularının arabuluculuğa elverişli olup olmadığının incelenmesi, arabuluculuğa elverişliliğin genel çerçevesinin sınırlarını çizebilmek için gereklidir. Bu kapsamda, çekişmesiz yargı işlerinde arabuluculuğa

32; Ancak bu uyuşmazlık konularının arabuluculuğa elverişli olması gerekmektedir. Nitekim tüketici uyuşmazlıkları için TKHK m. 68/5' deki “*Bu maddetüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmaya engel değildir*” hükmü, kanun koyucunda arabuluculukla ilgili düzenlemelerde, arabuluculuğa elverişlilik konusuna nasıl baktığının bir göstergesidir. Tüketici Uyuşmazlıklarına İlişkin Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Üzerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2013/11/EU Sayılı Yönergesi’de bu yönde hükümler ihtiva etmektedir. Aynı bağlamda bir yerin kira miktarının belirlenmesi hususunda, kiraya veren de kiracı da irade serbestisi ile bir çözüm anlaşmasına varmış ve bu anlaşmayla kira sözleşmesinde belirtilen miktardan farklı bir kira miktarını kabul etmişlerse, bu çözüm anlaşması geçerlidir. Burada bir yargılama ve üçüncü kişi kararına ihtiyaç yoktur. Elbette mahkemelerin kamu düzeni adına bu nevi çözüm anlaşmalarını emsal kabul edip etmemesi başka bir konudur.

³¹ Arabuluculuk faaliyetine konu uyuşmazlık konuları; işçi-işveren uyuşmazlıkları (3693 adet), telif haklarından kaynaklanan tazminat ve alacak (252 adet), maddi-manevi tazminat (151 adet), borç-alacak ilişkisi (122 adet), sigorta hukuku (49 adet), mal rejimi (47 adet), nafaka (45 adet), sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar (44 adet), kira alacağı (42 adet), kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık (33 adet), zarar tazmini (29 adet), miras taksimi (26 adet), hisse devri (19 adet), tüketici hukukundan kaynaklanan uyuşmazlık (16 adet), ortaklığın feshi (11 adet), tahliye (8 adet), taşınmaz devri (7 adet), tazminat ihtilafının giderilmesi (7 adet), tapu iptali ve tescil (7 adet), aile hukuku (7 adet), taşınmaz taksimi (6 adet), ticari ortaklıktan ayrılma (6 adet), kat mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlık (6 adet), ön alım hakkının kullanılması (5 adet), sağlık hukuku (4 adet), taşınır iadesi (4 adet), ecrimisil - menî müdahale (3 adet), yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlık (3 adet), yerine getirme (3 adet), taşınır devri (2 adet), haksız el atmanın önlenmesi - eski haline getirme (2 adet) kaçınma sözleşmesi (1 adet) ve katılma alacağı (1 adet) olmak üzere otuzüç farklı uyuşmazlık konusudur. www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/uygulamalar/adb_uygylamalari/images/index.html (s.e. 31.10.2016).

gidilemez³². Benzer şekilde inşai davalarda da, arabuluculuğa gidilemeyeceği görüşü ileri sürülmüştür³³. Ancak bu görüş, mutlak olarak değil genel kural olarak kabul edilebilir. Örneğin, kira tespiti davaları, bir sözleşmenin içeriğinin yeniden düzenlenmesi anlamına geldiğinden niteliği gereği bir inşai dava olmakla³⁴ birlikte, arabuluculuk faaliyetinin konusu olabilir³⁵. Tespit davaları ve eda davalarının konusuna giren uyuşmazlıklar arabuluculuk faaliyetinin konusu olabilirler. Tespit davasına ilişkin uyuşmazlıklardaki (örneğin, menfi tespit davası, bir malın mülkiyetinin kime ait olduğunun tespiti gibi) çözüm anlaşmalarına, eda hükmü içermediğinden icra edilebilirlik şerhinin verilememesi, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmadığı anlamına gelmez. Arabuluculuğa elverişli uyuşmazlık konularının kapsamı, icra edilebilirlik şerhi verilebilecek uyuşmazlıkların kapsamından daha geniştir³⁶. Bu nedenle bir uyuşmazlığın konusu cebri icraya uygun olmasa da, arabuluculukla uyuşmazlık çözümünün konusu olabilir. Nitekim HUAK m. 17 f. 1'in d bendi "*Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi*"

³² HMK m. 382 f. 1 "*Çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır:*

a) *İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan hâller.*

b) *İlgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâller.*

c) *Hâkimin resen harekete geçtiği hâller*" olarak genel ölçüt getirildikten sonra, f. 2'de hangi işlerin çekişmesiz yargı işlerinden sayılacağı sayılmıştır.

³³ **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 120; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 1185.

³⁴ **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 370.

³⁵ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 820; **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, İstanbul 2001, C. VI, s. 5952. Kuru, kira tespiti uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olduğu görüşündedir. Arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar, tahkime elverişli uyuşmazlıklardan çok daha geniş yorumlanmalıdır. Zira çözüm anlaşması bir üçüncü kişi kararı değil, uyuşmazlığın taraflarının çözüm iradesidir.

³⁶ HUAK m. 18 f. 3 "*İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden de yapılabilir. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır...*" hükmünü ihtiva etmektedir. Mahkeme uyuşmazlık konusunun hem arabuluculuğa elverişliliğini hem de cebri icraya elverişliliğini inceleyecektir. Uyuşmazlığın konusu arabuluculuğa elverişli iken, cebri icraya elverişli olmayabilir.

hükmü ile, arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâllerini düzenlerken, uyuşmazlığın cebri icraya elverişli olmamasını değil, daha geniş bir kavram olan arabuluculuğa elverişli olmaması hâlini, kıstas olarak almıştır.

Aynı madde bendi, “4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi” hâlini, arabuluculuk faaliyetinin sona ermesini gerektiren bir hüküm olarak düzenlemiştir. Madde metni HUAK m. 1 f. 2’ de göz önüne alınarak değerlendirildiğinde, ilk bakışta tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarına ilave olarak, hükmün mefhumu muhalifinden ceza hukukundaki uzlaştırma kapsamındaki suçlar için arabuluculuk yöntemiyle varılan çözüm anlaşmasının, CMK m. 253 f. 15, 16 ve 17 anlamında³⁷ uzlaşma sağlayan bir belge olduğuna vurgu yapılmak için getirilen bir hüküm gibi gözükmemektedir³⁸. Ancak madde metni dikkatle incelendiğinde, uzlaştırma kapsamına girmeyen bir suçtan kaynaklı bir hukuk davasına konu olmuş ya da olabilecek bir uyuşmazlık hakkında, arabuluculuk faaliyetine son verileceğine ilişkin bir sınırlamanın varlığı görülmektedir. Bu sınırlandırmanın hiçbir haklı gerekçesi³⁹ olamaz⁴⁰. Özel hukuk

³⁷ “(15) Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır.

(16) Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler.

(17) Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder”

³⁸ Zira benzer şekilde Avukatlık Kanunu 35/A maddesine göre tarafların avukatlarıyla imzaladıkları uzlaşma belgesi de aynı görevi görmektedir.

³⁹ Maddenin adalet komisyonu gerekçesinde “Ceza Muhakemesi Kanunun 253 ve devamı maddeleri uyarınca belli suçlar hakkında taraflar uzlaşmaya gidebilirler. 253’üncü maddenin on dokuzuncu fıkrasındaki “Uzlaşmanın sağlanması hâlinde soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır” hükmü nedeniyle, tarafların uzlaşmama nedeniyle tazminat davası açabilecekleri aşıkardır. Bu nedenle ileride söz konusu olabilecek muhtemel tazminat uyuşmazlıklarının çözümü amacıyla arabulucuya başvurabilmeleri açısından taraflara şans verilmesi uygun olacaktır. Kaldı ki hukuk düzeninin çelişmezliği de bu sonucu gerektirir. Bu nedenle uzlaşma kapsamındaki suçlardan kaynaklı iş veya işlemlere ilişkin taleplerde arabuluculuğa devam edilmesi gerektiğinden Tasarının 17’nci maddesi, Alt komisyon tarafından belirtilen nedenlerle değiştirilmiş ve yapılan değişiklikler Komisyonumuzca kabul

alanına giren tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri ve üzerinde sulh olabilecekleri arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlık konusunun (HUAK m. 1 f. 2), bir arabuluculuk faaliyetinin konusu olması engellenmekle (HUAK m. 17 f. 1 d bendi), iki kanun hükmü birbiriyle çelişir hâle getirilmiştir. HUAK m. 17 f. 1 d bendinin yeteri kadar tartışılmadan ve değerlendirilmeden adalet komisyonunca gerekçelendirildiği açıktır. Bu anlamsız çelişki ve sınırlamanın acilen kanun değişikliğiyle düzeltilmesi gerekmektedir.

I. Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik ve Zorunlu Arabuluculuk

İş Kanunu’nun “*Fesih bildirimine itiraz ve usulü*” başlıklı, m. 20, “*İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. (...) ⁽¹⁾⁴¹ taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür*” hükmünü içermektedir. Anyasa Mahkemesi 19/10/2005 tarihli ve 2003/66 E. 2005/72 K. sayılı kararıyla, bu maddenin birinci fıkrasının son cümlesindeki “*taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür*” hükmünün iptali istemini, “*İşçinin, 20. maddenin 1. fıkrasındaki uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesi yalnızca kendi iradesine ilişkindir. İşçi ancak özel hakeme gitme konusundaki iradesini kullandığında, dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olacağından Anayasa’nın 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez*” gerekçesiyle oyçokluğuyla

görmüştür” şeklinde kaleme alınmıştır. Gerekçe mesnetsiz ve arabuluculuk düzenlemesinin sistematığına aykırı bir gerekçedir. Gerekçede sağlanmaya çalışılan amaç zaten m. 1 f. 2 ile sağlanmaktadır. Bu gerekçeyle konulan hüküm ise, arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlık konularının, Arabuluculuk Kanunu’nun ruhuna aykırı olarak, ölçsüz ve keyfice sınırlandırılması sonucunu doğurmuştur.

⁴⁰ Aynı görüş için bkz. **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2016, s. 1255.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi’nin 19/10/2005 tarihli ve E.:2003/66, K.:2005/72 sayılı kararıyla; bu maddenin birinci fıkrasının son cümlesinin “*Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya...*” bölümü iptal edilmiştir.

reddetmiştir⁴². Uyuşmazlığın hakeme götürülebildiği uyuşmazlıkların, arabuluculuk yöntemiyle çözümlenebileceği konusunda tereddüt etmemek gerekir.

Doktrin ve Yargıtay⁴³, iş sözleşmesinin yapılması ve devamı sırasında kararlaştırılan tahkim şartının, işçinin işveren karşısında sosyal ve ekonomik açıdan zayıf olduğu ve işverene bağımlılığı gözetilerek geçersiz sayılması gerektiği görüşünü benimsemiştir. Bu nedenle uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesine ilişkin işçi işveren anlaşmaları, ancak iş sözleşmesinin feshinden sonra yapılmış ise geçerlidir⁴⁴. Tahkim şartından farklı olarak, arabuluculukla ilgili sözleşmeler için bu tür zaman sınırlamasının bir anlamı yoktur. Zira tahkim veya hakem şartının geçerliliği, tarafların dava açma seçeneğini ortadan kaldırırken, arabuluculuk yöntemine başvuru, arabuluculuk süreci boyunca tarafların dava açma seçeneğini engellememektedir. Başka bir ifadeyle, iş sözleşmesinin feshinden önce taraflarca kabul edilmiş bir arabuluculuğa başvuru şartının, iş sözleşmesinin feshinden sonra tarafların dava açmalarını engellemeyeceği açıktır. Taraflar bu hususu bilmeden arabulucuya başvurmuş olsalar dahi, arabulucu, aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde tarafları diledikleri zaman süreçten ayrılacakları konusunda aydınlatmak zorundadır.

Feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre için ücret alacağına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvurulabileceği gibi, diğer işçilik haklarından kaynaklanan ihbar-kıdem tazminatı, ücret alacağı, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, bayram ve genel tatil ücretlerine ilişkin uyuşmazlıklara konu ibra sözleşmeleri içinde arabuluculuk yöntemine başvurulabilmesi gerekir. Bununla birlikte, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklar da arabuluculukla çözüme elverişli uyuşmazlıklardır. Ancak ibra sözleşmelerine ilişkin arabuluculuk uyuşmazlık çözüm anlaşmalarında, hizmet sözleşmelerine ilişkin ibraname ve ibra sözleşmelerini

⁴² RG T. 24.11.2007, S. 26710.

⁴³ Y. 9. HD T.26.05.2008, 10997 E. 12660 K.; Y. 9. HD T. 03.11.2008, 5830 E. 29774 K.; Y. 9. HD T. 02.02.2009, 9747 E. 891 K. in. **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 770, dn. 93.

⁴⁴ **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 116.

düzenleyen TBK m. 420'deki⁴⁵ emredici hukuk kurallarına uyulması gereklidir. Nitekim son dönemlerde Yargıtay, “fesihten sonra düzenlenen ve alacak kalemlerinin tek tek sayıldığı ibranamede irade fesadı haller ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece geçerli sayılmalıdır. Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. İbramede yer almayan işcilik alacakları bakımından borcun sona erdiğinden söz edilemez. İbramede çelişki bulunmayan ve miktar içermeyen kalemler bakımından ise borç ibra yoluyla sona ermiş sayılabilir” şeklinde kararlar vermektedir⁴⁶. Fesihten sonra tarafların serbest iradeleri ile, sayılan iş uyuşmazlıklarıyla ilgili ibra sözleşmesini, arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlık çözüm anlaşması olarak yapmalarında bir engel bulunmamaktadır. Bu konudaki uyuşmazlık çözüm anlaşmaları için, mahkemeden icra edilebilirlik şerhi talep edildiğinde hâkimin, Anayasa Mahkemesi'nin 10.07.2013 Tarih 2012/94 E. 2013/89 K. sayılı kararına uygun olarak, arabuluculuğa elverişliliğin yanında emredici hukuk kurallarına ve kamu düzenine aykırılık hususlarını resen incelemesi⁴⁷ gerekmektedir⁴⁸.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'yla, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk getirilmektedir. İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'nın “zorunlu

⁴⁵ TBK m. 420 “ Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.

İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür.

Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.

İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanır”

⁴⁶ Y. 9. HD T. 10.10.2011, 21843 E. 36476 K., Y. 9. HD T. 27.06.2012, 27931 E. 24748 K. Bkz. **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 772.

⁴⁷ RG T. 25.01.2014, S. 28893.

⁴⁸ İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir. (HUAK m.18 f.3). Çekişmesiz yargı işlerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça resen araştırma ilkesi geçerlidir. (HMK m. 385 f. 2).

arabuluculuk” başlıklı 3 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre; Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunlu olup bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Arabuluculuğa başvurmadan dava açılması hâlinde HMK m. 115 f. 2’ye göre; dava şartı noksanlığından davanın usûlden reddine karar verilecektir. Mahkeme, dava şartını davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da, dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilir (HMK m. 115 f. 1). Arabuluculuk başvurusu, karşı tarafın (karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin) yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılır (İMK m. 3 f. 2). Taraflar arabulucuyu, Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın sicile kayıtlı arabuluculardan bu madde uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlıklarına bildirdiği listeden belirler. Taraflar arabulucu üzerinde anlaşamazlar ise görevlendirme arabuluculuk bürosu tarafından yapılır (İMK m. 3 f. 3). Arabulucu her türlü iletişim vasıtasını kullanarak tarafları görevlendirme konusunda bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Arabuluculuk müzakereleri sonucunda son tutanağı düzenler, görüşmelerin tamamlandığını arabuluculuk bürosuna derhal bildirir ve son tutanağın bir örneğini gönderir (İMK m. 3 f. 4). Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir (İMK m. 3 f. 5). Tarafların arabulucu huzurunda anlaşmaları halinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre⁴⁹ aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır. Bu durumda ücret, Tarifenin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret miktarından⁵⁰ az olamaz. Tarafların arabulucu huzurunda anlaşamaması halinde ise, arabuluculuk görüşmelerinin ilk iki

⁴⁹ 2017 yılı AAÜT’nin ikinci kısmında belirlenen arabulucu ücreti, tarafların üzerinde anlaşıkları miktarın %6 sıdandan (bir arabulucunun görev yapması hâlinde) başlamak üzere kademeli olarak azalan nisbi ücrettir. Bkz. www.adb.adalet.gov.tr (s.e. 30.03.2017).

⁵⁰ 2017 yılı için 120 TL’den az olamaz.

saatlik bölümü Hazineden⁵¹, iki saati aşan kısmı ise aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre karşılanır. Hazineden karşılanan ve taraflarca ödenen arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır (İMK m. 3 f. 6). Geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerine katılmayan taraf son tutanakta belirtilir ve davada lehine karar verilmiş olsa bile, yargılama giderinin tamamını ödemeye mahkûm edilir (İMK m. 3 f. 7). Arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk hâkiminin kararıyla adli yardımdan yararlanabilir. Bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334 ila 340 ncı maddeleri kıyasen uygulanır (İMK m. 3 f. 8). Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez (İMK m. 3 f. 9). Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde 6325 sayılı Kanun hükümleri uygulanır (İMK m. 3 f. 10). Arabuluculuğa başvuru usulü, arabulucunun görevlendirilmesi ve arabuluculuk görüşmelerine ilişkin diğer hususlar Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir (İMK m. 3 f. 11).

Anayasa Mahkememiz 10.07.2013 Tarih 2012/94 E. 2013/89 K. Sayılı kararı ile “...*Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez.*” gerekçesiyle HUAK m. 1 f. 2’nin, Anayasanın 2, 9 ve 36. maddelerine aykırı olmadığından iptal istemini reddetmiştir⁵². Esasen bu karar ile zorunlu arabuluculuğun Anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceğinin tespiti yapılmıştır.

II. Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri aile hukuku uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişlidir. Aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar dikkate alındığında, bunların çoğu üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyecek

⁵¹ 2017 yılı için tarafların anlaşamaması hâlinde Hazineden ödenecek arabuluculuk ücreti ilk iki saate ilişkin olup 120 TL maktu ücrettir.

⁵² RG T. 25.01.2014, S. 28893.

uyuşmazlıklardır. Aile hukukuna hâkim olan ilkelerden ilki süreklilik ve birlik ilkesidir⁵³. Uyuşmazlık sebeplerinin ortadan kaldırılarak, ilişkinin sağlıklı biçimde devamının arzulandığı durumlarda arabuluculuk yöntemi tercih edilmelidir. Aile hukukunun insan hayatının en mahrem alanını ve süreklilik arz eden ilişkilerini düzenliyor olması, hukukun diğer sahalarında ortaya çıkan uyuşmazlıklara nazaran, aile hukuku uyuşmazlıklarının alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözümlenmesini daha değerli kılmaktadır⁵⁴.

Boşanma ve ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin konular arabuluculuğa elverişlidir. Bu bağlamda taraf mallarının paylaşımı, maddi manevi tazminat, çocuğun velayetinin kime verileceği, çocukla kişisel ilişkinin tesisi, mevcut mal rejiminin tasfiyesi, katkı payı alacağı, aile konutunun ve eşyaların paylaşımı, iştirak ve yoksulluk nafakası gibi uyuşmazlık konularında arabuluculuk mümkündür⁵⁵. Nişanlanmanın sona ermesinin bir sonucu olan hediyelerin geri verilmesiyle ilgili uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir. Ayrıca aile malları ortaklığının sona ermesine yönelik uyuşmazlıklar da arabuluculuk faaliyetinin konusu olabilir. (TMK m.380).

HUAK m. 1 f. 2'nin son cümlesi “*Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir*” hükmünü⁵⁶ içermektedir⁵⁷. Madde ve gerekçesinden açıkca anlaşıldığı üzere, uyuşmazlığının konusu ne olursa olsun eğer

⁵³ Uyumaz/Erdoğan, s. 140.

⁵⁴ Demircioğlu, Huriye Reyhan, Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği, TAAD 2015, S. 23, s. 78.

⁵⁵ Özbek, Aile Arabuluculuğu, s. 85; Akil, Kapsam, s. 84.

⁵⁶ Madde gerekçesinde “*Arabuluculuk tarafların kendilerini güvende hissedecekleri bir ortamda gerçekleştirilmelidir. Yapılan araştırmalarsa aile içi şiddet olaylarının varlığı, taraflardan birinin diğerini tehdit etmesi veya benzeri nedenlerin varlığı halinde, tarafların kendilerini güvende hissedemeyeceklerini ve eşitlik prensibinin hayata geçemeyeceğini göstermektedir. Bu nedenle aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa uygun olmadığı sonucuna varılmıştır*” tesbiti yapılmıştır.

⁵⁷ 11.05.2011 tarihli İstanbul'da imzalanan “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi” 24.11.2011 Tarih 6251 sayılı Kanunla onaylanmıştır (RG T.29.11.2011, S. 28127). Bkz. Taşpolat-Tuğsavul, s. 113, dn. 29; Özümucu, s. 290; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 1190, dn. 28, Akil, Kapsam, s. 124.

aile içi şiddet iddiası varsa, o iddiaya ilişkin olan uyuşmazlık konusu arabuluculuğa elverişli değildir⁵⁸.

Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları Mart-2013 m. 8.9 “*Arabulucu, arabuluculuk faaliyetine konu uyuşmazlıkta aile içi şiddet veya suistimal olduğunu sezerse, durumu netleştirmek için gerektiğinde arabuluculuğu ertelemek, arabuluculuktan çekilmek veya arabuluculuğu bitirmek de dâhil olmak üzere uygun tüm tedbirleri derhal almak zorundadır*” hükmünü içermektedir.

Aile hukukuyla ilgili uyuşmazlık konularının çoğu kamu düzeniyle ilgili olduğundan aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğa elverişli konular sınırlıdır. Örneğin; evliliğin mutlak butlan veya nispi butlanla sakat olup olmadığının tespiti (TMK m. 145, 148), feshi veya sona erdirilmesi davası, boşanma davası (TMK m. 161), ayrılık davası (TMK m. 170), nesebin düzeltilmesine itiraz davası (TMK m. 281), nesebin reddi davası (TMK m. 286), tanımaya itiraz (iptal) davası (TMK m. 298), babalık davası (TMK 301), evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılması (TMK m. 317) gibi davaların konusunu oluşturan uyuşmazlıklar, kural olarak arabuluculuğa elverişli değildir⁵⁹.

⁵⁸ Doktrinde Özbek ve Akil, aile içi şiddet iddiasını içeren her türlü uyuşmazlığın arabuluculuk kapsamından çıkartılmasını doğru bulmamaktadır. Esasen taraf irâdesini sakatlayan bütün hallerde uyuşmazlık çözüm anlaşmalarının iptali mahkemeden TBK hükümlerine göre istenebilir. Üstelik aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar için icra edilebilirlik şerhi talep edildiğinde incelemenin duruşmalı olarak yapılması zorunludur. (HUAK m. 18 f. 3). Hâkim elbette bu hususlara dikkat edecektir. Arabuluculuk görevini özenle yerine getirmek sorumluluğunu taşıyan arabulucu da, iradeyi sakatlayan bir durumun varlığının tespiti halinde arabuluculuk faaliyetini sonlandıracaktır. Dolayısıyla HUAK m. 1 f. 2 son cümle hükmü konulmamış olsaydı dahi mevcut mevzuat bu türlü sıkıntıları bertaraf edebilecek çerçevede ve kapasitededir. Sayılan nedenlerle bu yazarların görüşüne katılmaktayız.

⁵⁹ **Akil**, Kapsam, s. 82; Ancak aile malları ortaklığının feshi davasına (TMK m. 380, f. 1/5) konu uyuşmazlığın, arabuluculuğa elverişli olmadığı yönündeki yazarın görüşüne katılmıyoruz. Çünkü aile malları ortaklığının sona ermesi TMK m. 380 f. 1’e göre, bütün ortakların anlaşmasıyla ortaklığın sona ermesi de mümkün olduğuna göre, bu uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlıktır. Elbette icra edilebilirlik şerhi talep edilirse hâkim, cebri icra açısından emredici hukuk kurallarına uygunluğunu denetleyecektir.

Taraflar anlaşmış bile olsalar, bu sayılan davalar inşai nitelikte olduğundan, hukuki sonucun doğması ancak bir mahkeme hükmü ile mümkündür⁶⁰. Örneğin boşanma konusunda taraflar bütün yönleriyle anlaşmış olsalar da, bu anlaşma ancak aile mahkemesinde açılacak bir anlaşmalı boşanma davasında hâkimin uygun bulmasıyla hukuki sonuç doğurur. Anlaşmalı boşanma konusu uyuşmazlık, bir arabuluculuk faaliyetinin konusu olabilir⁶¹. Ancak çözüm anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi verilemez. Bu çözüm anlaşması, aile mahkemesinde açılacak bir boşanma davasında, tarafların üzerinde anlaştığı şartlar olarak sunulabilir. Hâkim, bu anlaşma şartlarını uygun bulursa, bu şartlar doğrultusunda boşanmaya karar verebilir. Bu durumda arabulucu, aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde çözüm anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi verilemeyeceğini, çözüm anlaşmasının aile mahkemesine sunulmak için yapıldığı açıkça belirtmelidir. Zira arabuluculuk faaliyeti sonundaki çözüm anlaşmasının mutlaka cebri icraya elverişli olma zorunluluğu yoktur (HUAK m.18 f.1). Başka bir ifadeyle, taraflar arabuluculuk yöntemine bir çözüm anlaşmasına varabilmek için başvurmaktadır. Bir çözüm anlaşmasına varılmış ise, bu anlaşmanın cebri icraya elverişli olması aranan bir özelliktir, ancak olmazsa olmazı değildir. Nitekim çözüm anlaşmalarına çok nadiren icra edilebilirlik şerhi talep edilmektedir.

Türk Medeni Kanunu m. 195/2 hükmü, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşlerden birinin veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebileceklerini öngörmektedir. Eşlerin bu şekilde bir müdahale talebinde bulunması halinde, hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır, onları uzlaştırmaya⁶² çalışır⁶³. Eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.

⁶⁰ Taşpolat-Tuğsavul, s. 113.

⁶¹ Belçikada anlaşmalı boşanma ve sonuçlarından kaynaklanan uyuşmazlıklar ve birlikte yaşamaktan kaynaklanan uyuşmazlıklar gibi konular, sınırlandırmayacak şekilde arabuluculuğa elverişli uyuşmazlık konuları olarak sayılmıştır. Bkz. Verougstraete, s. 106; Danimarkada bölgesel idareler bu konuda yetkilidir. Bkz. Adrian, s. 121; Japonyada boşanma gibi aile uyuşmazlıklarında Usul Kanunu m. 257 ye göre bir dava şartıdır. Bkz. Kakiuchi, s. 273.

⁶² Maddede geçen “uzlaştırma” kelimesi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi anlamında değil, “sulhe teşvik” kavramı anlamında kullanılmıştır.

Bu uzman kişiler, AMK m. 5’de sayılan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılardan olabileceği gibi, ayrıca arabulucular, uzman doktorlar, terapistler ve psikolojik danışmanlar da olabilir⁶⁴. Hâkim, uyuşmazlığın bir bağımsız arabuluculuk faaliyetiyle çözümlenmesi için tarafları teşvik edebilir⁶⁵. Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri⁶⁶ alır.

III. Taşınmaz Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Elverişlilik

Taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuk yöntemiyle çözümlenebilir. Zira taşınmaz mallar, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konulardır. Taraflar devam eden bir davada bu konudaki uyuşmazlıklarını sulh yoluyla çözebilirler (HMK m. 313). Sulh anlaşmasının konusu olabilen uyuşmazlıklar, arabuluculuk yöntemiyle de çözümlenebilir. Bu nedenle taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklardır.

Ancak arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlık konusundaki arabuluculuk çözüm anlaşması, cebri icraya elverişli olmayabilir. Tapulu taşınmazların devri ancak resmi şekilde tapu sicil memuru huzurunda yapılmasıyla mümkündür. Benzer şekilde gayrimenkul satış vaadlerinin de noterde yapılması geçerlilik şartıdır. Resmi şekil şartı, kamu düzeniyle ilgili düzenlemelerdir. Görülmekte olan bir tapu iptali ve tescili davasıyla ilgili olarak arabuluculuk faaliyeti sonucunda yapılan uyuşmazlık çözüm anlaşmalarına göre tapu dairesinin işlem yapabilmesi, ancak HMK m. 315 f. 1’e göre mahkemenin sulh sözleşmesine (uyuşmazlık çözüm anlaşması) göre, bir karar vermesi hâlinde mümkündür. Aksi halde uyuşmazlık çözüm anlaşmasına, HUAK m. 18 f. 3 gereği icra edilebilirlik şerhinin verilmesi talep edilmesi hâlinde, çözüm

⁶³ Hâkim, somut bir çözüm önerisinde bulunamaz veya uyuşmazlık konusunun zayıf ya da güçlü yönlerini hak temelli olarak değerlendiremez. Hâkim, eşlere, aile birliğinin sağlıklı bir şekilde devamı için genel olarak tavsiyelerde (nasihatlerde) bulunur ve onları sulhe teşvik eder.

⁶⁴ **Tanrıver**, Aile Mahkemeleri, s. 85; **Baktır**, s. 78; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 861.

⁶⁵ **Demircioğlu**, s. 70.

⁶⁶ Hâkim, eşlerden her birinin yapacağı parasal katkıyı belirlemek (TMK m. 196), birlikte yaşamaya ara verilmesi (TMK m. 197), eşlerden birinin borçlularına ödemeleri diğer eşe yapmalarını emretmesi (TMK m. 198), tasarruf yetkisinin sınırlandırılması (TMK m. 199) gibi önlemlere karar verebilir.

anlaşması cebri icraya elverişli olmadığından icra edilebilirlik şerhi verilemeyecektir⁶⁷. Bu durumda taşınmazın aynına ilişkin çözüm anlaşmalarının icrası, tapu sicil memuru huzurunda çözüm anlaşmasına uygun yapılacak resmi senetle veya noter huzurunda düzenleme şeklinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle ya da mahkeme içi sulhle yerine getirilebilecektir.

IV. Kira Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik

Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar dahi arabuluculuğa elverişli iken, taşınmazın aynına ilişkin olmayan kira uyuşmazlıkları da elbette arabuluculuğa elverişli olduğu söylenebilir. Her ne kadar tahkime elverişlilik konusunda tahliye ve kira tesbiti davaları kamu düzeniyle ilgisi sebebiyle tahkime elverişli sayılmamışsa da⁶⁸, arabuluculuğa elverişlilik konuları, tahkime elverişlilik konularından çok daha geniş ele alınmalıdır. Nasıl ki, bir kira sözleşmesinin yapılmasından sonra, kiracı tahliyeye ilişkin taahütte bulanabiliyor veya taraflar, kira miktarına ilişkin sözleşme maddesini, üçüncü kişi kararına gerek olmaksızın serbest iradeleriyle anlaşarak değiştirebiliyorsa, tarafların tahliye ve kira tesbitine ilişkin uyuşmazlıklar için arabuluculuk yöntemine başvurmada tereddüt etmemeleri gerekir. Arabulucuya başvurma şartının ilk kira sözleşmesinde, öncesinde ya da sonrasında olmasının da bir önemi yoktur. Çünkü arabuluculuk şartı dava seçeneğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu açıdan da tahkimden farklı değerlendirilmelidir.

V. Tüketici Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Elverişlilik

Tüketici Uyuşmazlıklarına İlişkin Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Üzerine Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2013/11/EU Sayılı Yönergesi, üye devletlerin kendi ülkelerinde kurulan ADR kurumlarının, bir çözüme zorlama gücüne sahip olup

⁶⁷ Yargıtay 1. HD T. 08.10.2007, 7358 E. 9604 K. sayılı kararıyla, Avukatlık Kanunu 35/A maddesi çerçevesinde yapılan uzlaşma tutanağının, İİK m. 38 öngörülen ilâm niteliğinde olduğunu, ancak tapudaki sicil kaydının düzeltilmesinin ve tapulu taşınmaz temliklerinin resmi şekilde yapılmasının kamu düzeniyle ilgisi olduğundan bahisle, anılan belgenin taşınmaz mülkiyetinin naklini sağlayacak nitelikte olmadığına karar vermiştir. Bkz. **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 1188.

⁶⁸ **Huysal**, s. 140. Karşı görüş için bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 820; **Kuru**, C. VI, s. 5952. Kuru, kira tespiti uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olduğu görüşündedir.

olmadıklarını belirlemeye ilişkin yetkinliğini kabul etmesine⁶⁹ rağmen, ADR yöntemleriyle uyuşmazlığın çözümünü ulusal mevzuat zorunlu kılmışsa, taraflardan tüketiciye herhangi bir aşamada süreçten çekilebilme imkânının sağlanmasını⁷⁰ ve çözüm kararının bağlayıcılığının tüketici açısından değil, tüketicinin çözüm kararını kabul etmesi halinde ancak tacir açısından mümkün olabileceğini⁷¹ hüküm altına almıştır⁷².

TKHK m. 68'e göre, belirli bir değer altındaki tüketici uyuşmazlıklarında tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur⁷³. Tüketici hakem heyetleri de, görev ve yetki alanına giren başvuruların gereğini yapmak üzere kabul etmek zorundadır⁷⁴. Bununla birlikte, m. 68 f. 1'de ilçe ve il tüketici hakem heyetlerinin uyuşmazlık konusunun değerine göre görev sınırları belirlenmiştir⁷⁵. Bu belirli değer üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz.

Tüketici hakem heyetlerinin, Yönerge'ye göre bir ADR yöntemi sayılabilmesi, ancak sürece başvuru zorunlu dahi olsa süreçten ayrılabilme serbestisinin tüketiciye sağlanması ve çözüm kararının tüketici açısından değil, tüketicinin kabul etmesi halinde tacir için bağlayıcı olacağının kabulüyle mümkündür. Mevcut düzenlemede tüketici hakem heyetinin uyuşmazlık çözümü bir ADR yöntemi değildir⁷⁶.

Tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu, TKHK m. 68/5' deki "*Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine*

⁶⁹ Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 1 ve 2(4).

⁷⁰ Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 9(2-a).

⁷¹ Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council, Art. 9(3).

⁷² <http://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/11/oj> (s.e. 16.06.2016).

⁷³ HMK m. 114 f. 2 anlamında TKHK m. 68 f. 1 hükmü, özel bir dava şartıdır.

⁷⁴ Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 6 f. 5. RG, T. 27.11.2014 S. 29188.

⁷⁵ Şu anki 2017 yılı değerleri; TKHK m. 68 f. 1 ve 4'e göre, değeri 2.400 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, 3.610 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise 2.400 Türk Lirası ile 3.610 Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur.

⁷⁶ Bkz. Yukarıda birinci bölüm Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen Tüketici Hakem Heyeti başlığı altındaki açıklamalar.

başvurmasına engel değildir” hükmü nedeniyle, tüketicilerin uyuşmazlık çözümü için arabuluculuk yöntemine başvurmasına engel değildir. Tüketicilerin alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma ve tüketici hakem heyetine başvurma arasında bir seçim hakkı vardır. TKHK’nun kamu düzenine ilişkin olması, uyuşmazlık konusu üzerinde tüketicinin mutlak tasarruf hakkını ortadan kaldırmaz⁷⁷. Bu nedenle tüketici uyuşmazlıklarının, arabuluculuk yöntemiyle çözümü mümkündür⁷⁸.

VI. Fikri Haklara İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Elverişlilik

Fikri haklar, tek başlık altında inceleniyor olsa da farklı yapıları kapsar. Patent ve marka gibi bazı fikri haklar, bir kamu otoritesi önündeki işlemlere bağlı olarak kazanılırken, telif ve know how gibi bazıları ise oluşmasından itibaren, başka bir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın kazanılır. Bazı fikri haklar kanunlarla özel olarak korunurken çipler ve ürün karakterleştirmesi gibi bazı fikri haklar genel hükümler ve haksız fiile ilişkin düzenlemelerle korunmaktadır⁷⁹.

Fikri haklar, kişilerin üzerinde serbetçe tasarruf edebilecekleri haklardır. Hak sahibi bu hakkından feragat edebileceği gibi, bu hakkını başkasına devretme ya da kullandırma yetkisine de sahiptir. Bu durum, hem telif hakkı gibi tescile tabi olmayan haklar için, hem de patent ve marka hakkı gibi sicile kayıtlı haklar için geçerlidir. Bu nedenle, fikri haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar kural olarak arabuluculuğa elverişlidir. Ancak fikri hakların tescili işleminin kurucu etkisi ve bir kamu otoritesi tarafından yerine getirilmesi nedeniyle kamu düzeniyle yakından ilgilidir. Fikri hakların hükümsüzlüğüne ilişkin davalar inşai davalardır. Bu nedenle hükümsüzlük davasına konu uyuşmazlık konusu fikri haklar arabuluculuğa elverişli ancak hükümsüzlük açısından cebri icraya elverişli değildir⁸⁰. Zira tarafların bir

⁷⁷ **Ermenek**, s. 603.

⁷⁸ Aynı görüş için bkz. **Akil**, Kapsam, s. 118.

⁷⁹ **Tekinalp**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005, s. 19; **Huysal**, s. 228.

⁸⁰ Almanya, Fransa, İtalya ve Japonya gibi ülkelerde hükümsüzlüğe ilişkin davaların tahkim yoluyla çözümlenmesi engellenmektedir. Buna karşılık, İsviçre, ABD, İngiltere, Kanada ve Belçika gibi ülkelerde hükümsüzlükte dahil tüm fikri hak uyuşmazlıkları tahkime elverişli kabul edilmiştir. Ancak bu uyuşmazlıklarda hakemlerce verilecek kararlar sadece taraflar arasında “*inter partes*” hüküm doğurmakta olup, bu kararların üçüncü kişilere etkisi “*erga omnes*” kabul edilmemiştir.

tescilli fikri hakka ilişkin uyuşmazlık çözüm anlaşması, üçüncü kişiler açısından sonuç doğurmayacağı için hükümsüzlük açısından cebri icraya elverişli olmayacaktır⁸¹. Ancak hükümsüzlük davasına konu tescilli bir fikri hakkın davacı tarafından kullanılabilmesine ilişkin taraflar arasında bir çözüm anlaşması yapılması önünde bir engel yoktur. Bu halde artık teknik anlamda bir hükümsüzlük değil, tescilli bir fikri hakkın kullanımına ilişkin bir çözüm anlaşması söz konusudur. Bu halde, şayet çözüm anlaşması bir eda hükmü içermekteyse, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi de mahkemeden talep edilebilecektir.

VII. Rekabet Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa

Elverişlilik

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun⁸² kapsamında ihlal tespiti nedeniyle bir anlaşmanın geçersizliği, bu anlaşmanın muafiyet alıp alamayacağı ya da bir birleşme/devralma işlemine izin verilip verilemeyeceğinin tespiti, Rekabet Kurulu'nun yetkisindedir⁸³. 4054 sayılı Kanunun 27. maddesi Rekabet Kurulunun görev ve yetkilerini belirlemiştir. Kurulun münhasır yetkili kılındığı konular arabuluculuğa elverişli değildir.

4054 sayılı Kanunun 56 ve devam eden maddelerinde rekabete aykırılığın özel hukuka ilişkin sonuçları düzenlenmiş ve bu uyuşmazlıkların mahkemeler aracılığıyla çözümlenmesine imkân tanınmıştır⁸⁴. Kurul'un münhasır yetkisi dışında kalan ve mahkemelerce karara bağlanması mümkün olan bu uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvurmak mümkündür.

Bkz. **Huysal**, s. 224 vd. Türkiye'de, fikri hakların hükümsüz olup olmadığı konusu, tarafların üzerinde serbetçe tasarrufta bulunabilecekleri bir konu olmadığından tahkime elverişli olmayan konulardandır. Dolayısıyla arabuluculuğa da elverişli değildir. Bkz. **Akil**, Kapsam, s. 99.

⁸¹ Cebri icraya elverişli olmamasının nedenleri; mahkemelerin münhasır yetkisi ve hükümsüzlük davasına konu hakkın mutlak hak olması nedeniyle tescilin üçüncü kişileri de bağlayıcı etkisidir.

⁸² RG T. 13.12.1994, S. 22140.

⁸³ **Uluç**, Didem, Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları, Ankara 2012, s. 66.

⁸⁴ **Huysal**, s. 259.

Rekabet Kurulu'nun kararına dayanılarak, rekabetin ihlali nedeniyle haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme kaynaklı tazminat ya da edimlerin iadesi gibi özel hukuk taleplerine ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir⁸⁵.

VIII. Takip Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Elverişlilik

Takip hukuku, genel itibariyle kamu hukukunun bir parçası olarak nitelendirilmektedir⁸⁶. Cebri icra faaliyeti kamusal niteliktedir. İcra organlarının işlemleri ve tedbirleri birer kamu tasarrufudur. Bu nedenle itirazın kaldırılması talebine, haczedilmiş mala ilişkin istihkak davasına ve icra inkâr tazminatına ilişkin uyuşmazlık konularının tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir⁸⁷. Bu davalara konu uyuşmazlıkların kamu düzeniyle olan ilişkisi açısından tahkimde olduğu gibi arabuluculuğa da elverişli olmadığı ileri sürülmüştür⁸⁸.

Tahkime elverişli olmadığı ileri sürülen bu konular tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan olduğundan arabuluculuğa elverişlidir. Zira bahse konu bu davalar HMK m. 24'deki tasarruf ilkesi gereği açılan davalar olduğu gibi, dava açıldıktan sonra da uyuşmazlık konusu üzerinde feragat, sulh ve kabul ile tarafların tasarruf yetkisi devam etmektedir. Konunun kamu düzeni ile olan ilgisi icra organlarının işlemlerinde kamu otoritesini kullanmasından kaynaklanmaktadır. Tarafların, dava konusu uyuşmazlık konusu üzerinde tasarruf hakkını engelleyici bir kamu düzeni ilişkisi yoktur.

İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen maddi hukuka ilişkin dava konularıyla ilgili uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir. Bu kapsamda, borçtan kurtulma (İİK m. 69), menfi tespit ve istirdat (İİK m. 72) davaları ile itirazın iptali davasına konu

⁸⁵ ABD ve AB üyesi ülkelerde, tazminat, iade, sebepsiz zenginleşme, uyarılma ve rekabete aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersizliği hakkındaki uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul edilmektedir. **Huysal**, s. 125; **Akil**, Kapsam, s. 100.

⁸⁶ **Aşık**, İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s. 15; **Akil**, Kapsam, s. 100.

⁸⁷ **Üstündağ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 945; **Nomer**, Devletler, s. 536.

⁸⁸ **Akil**, Kapsam, s. 101.

uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir⁸⁹. Elbette icra takibine ve ihtiyati hacze konu alacaklar da arabuluculuğa elverişli uyuşmazlık konularıdır.

Takip hukukunda külli takip kapsamında, iflasın açılması, konkordato ve sıra cetveline itiraza ilişkin uyuşmazlıklar kural olarak arabuluculuğa elverişli değildir⁹⁰. Bu durum, bu tür uyuşmazlıkların kamu düzeniyle ilişkili olmasından ve uyuşmazlık konularında İİK'nun önem derecesine göre ve eşit olarak bütün alacaklıları korumaya yönelik emredici hükümler ihtiva etmesinden kaynaklanmaktadır. İflastan sonra, İİK m. 226 uyarınca yetki sınırları içerisinde iflas idaresinin, müflise ait alacakların tahsili amacıyla borçtan kurtulma ve istirdat davalarına konu uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvurulmasında bir engel bulunmamaktadır⁹¹.

IX. Kat Mülkiyeti Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Elverişlilik

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK)'ndan⁹² doğan uyuşmazlıklar kural olarak arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklardır. Ancak Yargıtay, tahkime elverişlilik açısından bu tür uyuşmazlıkların, kamu düzeniyle ilgili olduğuna ve bu nedenle tarafların üzerinde sebestçe tasarruf edemeyeceklerine karar vermiştir⁹³. Yargıtay'a göre bunun bir nedeni, uyuşmazlıkların çözümünde görevli mahkemeyi belirleyen 33. maddenin emredici nitelikte olmasıdır⁹⁴.

Usûl hukuku bakımından, mahkemelerin görev alanlarının belirlenmesi konusu kamu düzeniyle ilgili olmakla birlikte, uyuşmazlık konusu üzerinde taraflar serbestçe

⁸⁹ Bu uyuşmazlık konularının tahkime elverişli konulardan olduğu doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. **Huysal**, s. 289; (Y 11.HD, T.04.02.1986 E. 1985/6788 K. 1986/409, Yargıtay 15.HD, T.03.04.2008, 2006/2138, K. 2008/262). in. **Akil**, Kapsam, s. 101, dip not 132 ve 134.

⁹⁰ Tahkime elverişlilik açısından bkz. **Huysal**, s. 287 vd.; **Akil**, Kapsam, s. 102.

⁹¹ **Huysal**, s. 288, (Tahkime elverişlilik açısından); **Akil**, Kapsam, s. 102, 103.

⁹² RG T. 02.07.1965, S. 12038.

⁹³ YHGK T. 03.04.1974, E. 1972/5-1450, 1974/810; Y 5.HD T. 23.02.1981 E. 813 K. 1641. in. **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 115.

⁹⁴ **Akil**, Kapsam, s. 103, dn. 148.

tasarruf edebiliyorsa, bu uyuşmazlık konusu arabuluculuğa elverişlidir. Çünkü arabuluculuk süreci bir yargılama süreci olmadığı gibi çözüm anlaşması da bir mahkeme ya da hakem kararı değildir. Bu nedenle mahkemelerin görevlerine ilişkin kurallar arabuluculuğa elverişliliğin tespiti için tek başına bir ölçü olamaz.

Bu bağlamda, kat mülkiyeti hukukuna göre üzerine düşen borçları yerine getirmeyen kat malikinin bağımsız bölümünün isteyen maliklere devrine ilişkin uyuşmazlıklar (KMK m. 25), borçlarını yerine getirmeyen kat irtifakı sahibinin arsa payı ve kat irtifakının öteki paydaşlara devrine ilişkin uyuşmazlıklar (KMK m. 26), bağımsız bölüm eklenmesine ilişkin uyuşmazlıklar (KMK m. 44) Yargıtay’a göre tahkime elverişli olmasa da⁹⁵ arabuluculuğa elverişlidir. Benzer şekilde, yazlık sitede havuza giriş saatlerinin düzenlenmesi, bağımsız bölümlerde evcil hayvan beslemek, park yerlerinin kullanılışı, çöp toplama şekli, ortak yerlerin kullanım şekli ilgili uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemine başvurulabilir⁹⁶.

Tüm bu sayılan uyuşmazlıklarda emredici hukuk kurallarına riayet edilmelidir. Bu sayılan uyuşmazlıklar için yönetim planında bir hüküm mevcutsa, örneğin; yönetim planında kat maliklerinin park yerleri açıkça belirlenmiş ise, park yerinin kullanımına ilişkin olarak iki kat malikinin arasındaki çözüm anlaşması sadece bu iki taraf için anlaşmaya uydukları sürece bir anlam ifade eder. Zira bu çözüm anlaşması cebri icraya elverişli değildir.

Yönetim planı değişikliği için KMK m. 28’e göre kat maliklerin 4/5’inin bu değişikliğe onay vermesi gereklidir. Bu halde dahi m. 33’e göre kat maliklerinin iptal davası açma hakları saklıdır. Benzer şekilde KMK m. 24’deki yasak işlerle⁹⁷ ilgili uyuşmazlıklar ne arabuluculuğa ne de cebri icraya elverişli değildir.

⁹⁵ **Belen**, Herdem, Kat Mülkiyetinde Yönetim Planına Tahkim Şartı Konulması ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 225.

⁹⁶ **Akil**, Kapsam, s. 104.

⁹⁷ KMK m. 24 “*Anagayrimenkulün, kütükte mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde hastane, dispanser, klinik, poliklinik, ecza laboratuvarı gibi müesseseler kurulamaz; kat maliklerinin buna aykırı sözleşmeleri hükümsüzdür; dispanser, klinik, poliklinik niteliğinde olmayan muayenehaneler bu hükmün dışındadır.*”

X. Cezai Şart Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik

Cezai şart, borçlunun bir borcu, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı yerine getirmeyi önceden üstlendiği bir edimdir. Cezai şartın geçerliliği asıl borcun geçerliliğine bağlıdır. Asıl borcun sona ermesi, ceza şartı da kendiliğinden sona erdirir⁹⁸. Cezai şart kural olarak bütün sözleşmeler için sözkonusu olabilir. Cezai şarta ilişkin uyuşmazlıklar kural olarak arabuluculuğa elverişlidir.

Ancak bazı sözleşmelerin nitelikleri gereği, diğer bazı sözleşmelerde ise zayıfı koruma düşüncesi ile cezai şartla ilgili sınırlandırmalar veya yasaklamalar getirilmiştir. Örneğin; 6098 sayılı TBK m. 420'ye göre, hizmet sözleşmelerinde sadece işçi aleyhine konulan cezai şart geçersizdir. TBK m. 346'ya göre, konut ve çatılı işyeri kiralarında kira bedeli ve yan giderler dışında kiracıya ilave yükümlülük ve cezai şart getirilemez. TBK m. 271 f. 3'e göre, taksitle satımlarda alıcının temerrüdü halinde cezai şart miktarı satış bedelinin yüzde onunu geçemez. TBK m. 512'ye göre, vekâlet veren ve vekil her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebileceğinden buna ilişkin cezai şart da geçersizdir⁹⁹. TMK m. 119 f. 2 gereğince nişanlanmanın evlenme ile sonuçlanmaması halinde kararlaştırılan cezai şart geçersizdir. Bu emredici sınırlandırma ve yasaklamaya ilişkin cezai şart uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli değildir.

Anagayrimenkulün, kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastahane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri ve imalathane, boyahane, basımevi, dükkan, galeri ve çarşı gibi yerler, ancak kat malikleri kurulunun oybirliği ile vereceği kararla açılabilir..." hükmünü içermektedir.

⁹⁸ **Ayan**, Borçlar, s. 65. Temerrüt nedeniyle sözleşme feshedilmişse, artık cezai şartın ödenmesi istenemez. Zira, "gecikme cezası (ifaya ekli ceza), olumlu zarar kapsamına girer ve ancak sözleşme varlığını sürdürdüğü sürece talep edilebilir". Yargıtay 15. HD T. 14.02.1996 E. 463 K. 821; Geçersiz sözleşmenin ifası istenemeyeceği gibi, feshi de dava edilemez. Bunun gibi geçersiz sözleşmede öngörülen cezai şartın istenmesi, buna dayanılarak kâr mahrumiyeti talebinde bulunulması imkânsızdır. Yargıtay 15. HD T. 23.12.2003 E. 2775 K. 6201; Haklı nedenle feshedilmiş bir tek satıcılık sözleşmesindeki cezai şart istenemez. Yargıtay 19. HD T. 05.03.2002 E. 2001/468 K. 2002/1473.

⁹⁹ **Nomer**, Haluk, N. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 333. Y 3. HD, T. 27.05.2008, E. 2008/6473, K. 2008/9508 (YKD 2008 S.9 s.1711).

TBK m. 182 “*Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler. Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez. Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir*” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Taraflar, cezai şartın miktarını serbestçe tayin edebilmektedirler. Ancak hâkim aşırı cezai şart miktarını borçlu tarafından talep edilmese bile kendiliğinden indirecektir. Hâkimin aşırı gördüğü cezai şartı indirmesi görevi bir zorunluluktur ve kamu düzenine ilişkindir. Ancak uyuşmazlık konusunun bu açıdan kamu düzenine ilişkin olması, arabuluculuğa elverişliliğini ortadan kaldırmaz¹⁰⁰. Cezai şarta ilişkin görülmekte olan bir dava üzerinde tarafların, sulh, kabul ve feragat ile davayı sonlandırabilecek tasarruf hakları devam etmektedir. Bu nedenledir ki, ödenmiş olan bir cezai şartın fahiş olduğu iddiası ile indirilmesi mahkemeden talep edilemez. Cezai şartın indirilmesine ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir.

TTK m. 22’ye göre, tacir sıfatına haiz borçlu hâkimden aşırı cezai şartın indirilmesini isteyemez. Ancak tacir olan borçlu, sözleşmenin içerdiği cezai şart miktarı ekonomik olarak mahfına neden olacak derecede yüksekse, ticari kişilik hakkına, adalet ve hakkaniyete aykırı olduğu gerekçesiyle cezai şartın tamamen kaldırılmasını veya makul düzeye indirilmesini talep edebilir¹⁰¹. Borçlu tacir sözleşmelerindeki cezai şarta ilişkin uyuşmazlıklar da arabuluculuğa elverişlidir. Zira sözleşmenin tarafları, cezai şarta ilişkin uyuşmazlık üzerinde serbestçe tasarruf edebilirler.

¹⁰⁰ Karşı yönde görüş için bkz. **Akil**, Kapsam, s. 89.

¹⁰¹ **Eren**, s. 1189; Cezai şart borçlunun iktisaden mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise, adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu tacir olsa dahi böyle bir durumda ceza iptal edilebilir. YHGK T. 20.03.1974, E. 1970/T-1053, K. 1974/422.

§ 9. ARABULUCULUK SÜRECİNİN AŞAMALARI

A. GENEL OLARAK

Bu konuyu işlerken “*arabuluculuk sürecinin aşamaları*” kavramı ile, “*arabuluculuk faaliyetinin süreç aşamaları*” kastedilmektedir. Arabuluculuk faaliyet süreci, arabuluculuk sürecinden daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Şöyle ki; “*Arabuluculuk sürecinin başlaması ve sürelere etkisi*” başlıklı HUAK m. 16 f. 1’e göre arabuluculuk sürecinin başlaması, dava açılmadan önce tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren. Dava açılmasından sonra arabuluculuk sürecinin başlaması ise, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren. Hâlbuki arabuluculuk faaliyeti, kanundaki bu dar anlamdaki arabuluculuk sürecinin başlama tarihinden önce de mevcuttur. Tarafların uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yöntemine karar vermeleri, arabuluculuk sözleşmesi yapmaları, arabulucuyu seçmeleri ve arabuluculuğa ön hazırlık faaliyetleri de bir arabuluculuk faaliyetidir. Bu sayılan arabuluculuk faaliyetleri, arabuluculuk sürecinin ilk aşamasını oluşturmaktadır. Bu nedenle “*arabuluculuk süreci*” kavramını kanundaki dar anlamıyla değil, arabuluculuk faaliyetlerinin tamamını kapsayacak şekilde “*arabuluculuk faaliyet süreci*” anlamında geniş olarak kullandığımızı belirtelim.

HUAK, arabuluculuk faaliyet sürecinin akışı hakkında belirli dar çerçeveli bir usûl öngörmemektedir. Bu yüzden arabuluculuk faaliyet süreci, resmi şekil öngören bir süreç değildir. Arabulucu ve taraflar için, arabuluculuk yönteminde uygulanabilecek usûl ve arabuluculuk yöntemini şekillendirme açısından çok fazla çeşitlilik bulunmaktadır. Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak şartıyla, arabuluculuk usûlünü serbestce kararlaştırabilirler (HUAK m. 15 f. 2). Daha

çok tercih edilen ve daha iyi olan ise, tarafların arabulucu ile birlikte, arabuluculuk faaliyet sürecinin kurallarını oluşturmalarıdır¹⁰².

Taraflarca arabuluculuk usûlü kararlaştırılmamış arabulucu, uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi için gereken usûl ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür (HUAK m. 15 f. 3). Önemli olan arabulucunun, taraflarca halen kısmen bilinmeyen arabuluculuk sürecinin akışını, anlaşılır hale getirmesidir. Arabuluculuk sürecinin temelini, HUAK’ da hüküm altına alınmış olan, “arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler” oluşturmaktadır¹⁰³. Taraflar arabuluculuk usûlü hakkında emredici hukuk kurallarına aykırı olmayan bir anlaşmaya varmışlarsa (ki bu genellikle tarafların arabulucuyla imzalamış oldukları arabulucu sözleşmesinde belirlenir), bu anlaşma ve arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler arabuluculuk faaliyetinin anayasasını oluşturur¹⁰⁴.

Arabuluculuk faaliyet sürecini beş aşamaya ayırdık. Bu süreci beş aşama olarak ele almak, değişmeyen bir kural değildir. Bu beş aşama, arabuluculuk faaliyet sürecine genel bakışı kolaylaştırmaktadır¹⁰⁵. Bazı yazarlar, bu süreci üç aşama (ön aşama, arabuluculuk aşaması ve arabuluculuğun sonuçlanması) olarak sınırlandırmıştır¹⁰⁶. Alternatif olarak altı aşamalı olarak sınıflandıran yazarlar da mevcuttur¹⁰⁷.

Arabulucunun, arabuluculuk sürecinin aşamalarını uygulama ve yönetmesi esnasında hareket alanı katı bir şekilde sınırlanmaz. Arabulucunun, emredici

¹⁰² Horstmeier, s. 56.

¹⁰³ Bkz. Yukarıda, ikinci bölüm, “Arabuluculuğa İlişkin Temel İlkeler”.

¹⁰⁴ Kracht, s. 280.

¹⁰⁵ Scheuermann, Dorothea, Mediation bei Trennung und Scheidung, Frankfurt am Main 2013, s. 76-83; Horstmeier, s. 57; Lenz, s. 23-31; Taşpolat-Tuğsavul, s. 177.

¹⁰⁶ Claude-Helene, Mayer, Trainingshandbuch Interkulturelle Mediation und Konfliktlösung, Waxmann 2008, s. 86 vd.; Bühring-Uhle, s. 66; Kekeç, s. 128 vd.

¹⁰⁷ Mondata/Kals, s.179-222; Kessen, Stefan/Troja, Markus, “Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess”, Hatf/von Schlieffen, Handbuch Mediation, Münih 2009, s. 293. Yazarlar, bizim dördüncü aşama olarak ele aldığımız “Uyuşmazlık Çözüm Seçeneklerinin Aranması ve Değerlendirilmesi” konusunu, ikiye ayırarak “Uyuşmazlık çözüm seçeneklerinin aranmasını” ayrı, “değerlendirilmesini” ayrı aşama olarak incelediği için altı aşama olarak ele almıştır.

nitelikteki süreç kurallarına uymak dışında, sürecin belirli aşamalarının sırasına uymak veya her aşamasını illa işleyerek tatbik etmek zorunluluğu yoktur. Arabulucunun, sürecin hangi aşamasında bulunduğunu bilmesi ve uyuşmazlığın çözümü için bir sonraki uygun adımın hangisi olacağının farkında olması gerekir. Takip edeceği aşama hakkındaki planı hazır ve açık olmalıdır. Bu halde arabulucu sakin ve soğukkanlı hareket eder ve aşamalar arasında gerektiğinde ileri geri hareket edebilir. Bu ilke, arabulucunun uyuşmazlığın çözümü için, bir taraftan azami esneklik içerisinde hareket ederken diğer taraftan amaca uygun hareket etme zorunluluğunu ifade eder¹⁰⁸.

Uyuşmazlıklar, uyuşmazlığın niteliğine ve taraflarına göre, arabuluculuk sürecinin başlamasıyla çok kısa bir sürede çözümlenebilmektedir. Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın istatistikî verilerine göre; tüm arabuluculuk yöntemiyle çözümlenen uyuşmazlıkların %92' si bir gün ve bir günden daha kısa sürede çözümlendiği görülmektedir. Bu veri okunurken bu uyuşmazlıkların % 79'unun işçi-işveren uyuşmazlıkları olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Uygulamadaki tecrübeler, bu sürenin bir haftadan daha fazla uzamasının uyuşmazlık çözüm ihtimalinin giderek azaldığının bir işareti olduğunu göstermektedir¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Kracht, s. 279.

¹⁰⁹ http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/uygulamalar/adb_uygylamalari/images/index.html (s.e. 31.10.2016).

B. BİRİNCİ AŞAMA: ARABULUCULUĞA BAŞVURU, ARABULUCUNUN SEÇİLMESİ, ARABULUCULUĞA ÖN HAZIRLIK VE ARABULUCU SÖZLEŞMESİ

I. Arabuluculuğa Başvuru¹¹⁰

1. Uyuşmazlığın Çözümü İçin Arabuluculuk Yöntemine Karar Verilmesi

Arabuluculuk yönteminin uygulanabilmesinde ilk adım, tarafların aralarında çıkması muhtemel bir uyuşmazlık için uyuşmazlık doğmadan önce veya doğmuş bir uyuşmazlığın bulunması hâlinde, uyuşmazlıklarını arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesine karar vermiş olmalarıdır. Bu takdirde taraflar doğabilecek ya da doğmuş uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesi için arabuluculuk sözleşmesi yapabilecekleri gibi, doğrudan arabulucuya da başvurabilirler. Nitekim HUAK' nun “*Arabuluculuk Faaliyeti*” başlıklı dördüncü bölümünün, “*Arabulucuya başvuru*” başlıklı, m. 13 f. 1 “*Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp teşvik edebilir.*” hükmünü içermektedir¹¹¹.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda, mahkeme ön inceleme aşamasında, tahkikata başlamadan önce tarafları sulhe ve arabuluculuğa teşvik eder. (HMK. m. 137 f. 1, m. 140 f. 2-3, m. 320 f. 2). Mahkemenin bu teşvik

¹¹⁰ Karşılaştırmalı hukukta genelde, arabuluculuk faaliyetinin ilk aşaması, arabulucunun seçimi ve arabulucu ile tarafların imzaladıkları arabulucu sözleşmesiyle başlamaktadır. Tarafların doğacak ve doğmuş uyuşmazlıklarını arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmelerine ilişkin kararları ve tarafların kendi arasındaki yaptıkları arabuluculuk sözleşmesi veya maddi hukuk sözleşmelerindeki arabuluculuk yöntemine başvurma şartı, arabuluculuk faaliyet aşamalarından önce incelenmiştir. **Kessen/Troja**, s. 293-319; **Horstmeier**, s. 56-70; Ancak bu konuya ilişkin mevzuatımızdaki düzenleme (HUAK m. 13), “*Arabuluculuk Faaliyeti*” başlıklı dördüncü bölüm içerisinde düzenlemiş olduğundan “*arabuluculuğa başvuru*” kısmını da, kanuni düzenlemeye uygun olarak ilk aşama içerisinde incelemeyi uygun gördüm.

¹¹¹ Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52/EC Sayılı Yönergesi'nin 5. maddesine göre, taraflar mahkemeye başvurmadan önce ya da başvurduktan sonra uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülmesini tercih edebilecekleri gibi, mahkeme de tarafları bu konuda bilgilendirip teşvik edebilir. HUAK ve HMK'daki arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler Yönergenin 5. maddesiyle uyumludur.

görevi ön inceleme aşamasında mutlak olup, bundan sonraki yargılama sürecinde davanın her aşamasında sonuç vereceği umulan hallerde, hâkimin bu yetkiyi kullanmasında bir engel yoktur (HUAK m. 13)¹¹².

Bir uyuşmazlık konusu hakkında dava açıldıktan sonra, tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri halinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir (HUAK m. 15 f. 5)¹¹³. Bu şekilde mahkemenin yargılamayı ertelemesi ve erteleme süresini uzatması, usûl hukuku alanında yargılamayı erteleyici bir etki yapacaktır¹¹⁴.

HUAK m. 13 f. 2 ise, “*Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır*” hükmünü¹¹⁵ içermektedir¹¹⁶. Bu hükme göre, bir arabuluculuk teklifine cevap süresi 30 gündür. Bu süre teklifin karşı tarafa ulaşmasından itibaren başlar. Taraflar anlaşarak bu süreyi kısaltabilecekleri gibi daha da uzatabilirler. Uyuşmazlığa ilişkin bir dava açılmadan veya davanın görülmesi sırasında taraflardan

¹¹² Maddenin hükümet gerekçesi, “...Ayrıca, bir dava açıldıktan sonra mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir. Bir davanın başında veya yargılamanın ilerleyen aşamalarında, taraflar arasındaki uyuşmazlık konuları iyice belirlendikten sonra, özellikle tarafların çok az konuda uyuşmazlık içinde oldukları ya da bir anlaşma zemini bulunduğu tespit edilirse, mahkemenin, tarafları bu yola teşviki yararlı olacaktır...” şeklinde kaleme alınmıştır.

¹¹³ Bu hüküm fıkrası (HUAK m. 15/5), her ne kadar “arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi” başlıklı madde 15 içerisinde yer almış ise de, düzenleme yeri isabetli seçilmemiştir. Bu fıkranın, “Arabulucuya başvuru” başlıklı madde 13 de düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

¹¹⁴ HUAK m. 15 f. 5 hükümet gerekçesi “Beşinci fıkarda, dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurulması hâlinde bunun yargılamaya etkisi düzenlenmiştir. Bu durumda mahkeme yargılamayı üç ay süreyle erteleyecek bu süre içerisinde sonuç elde edilemez ise yine tarafların başvurusu üzerine süre üç ay daha uzatılacaktır. Yani arabulucuya başvurunun belirtilen sürelerle yargılamayı erteleyici bir etkisi olacaktır.”

¹¹⁵ Hüküm aynen, HUAKY m. 17 f. 2 ye de alınmıştır.

¹¹⁶ Maddenin hükümet gerekçesi, “İkinci fıkarda, sürecin iki tarafça ortak bir şekilde başlatılmamış olması ihtimali düzenlenmiştir. İki taraf ortak bir şekilde süreci başlatmamış olabilir; sadece taraflardan birisinin teklifte bulunması söz konusu ise, diğer tarafın bu teklife cevabı beklenektir. Karşı taraf, teklifin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde olumlu cevap vermezse, teklifi reddetmiş sayılacaktır. Ancak, taraflar anlaşarak bu süreyi kısaltabilecekleri gibi daha da uzatabilirler” şeklinde kaleme alınmıştır. Bkz. **Demir**, Mevzuat, s. 28.

birinin arabulucuya başvuru teklifine, diğer taraf 30 gün içinde olumlu cevap vermemiş ise, teklif reddedilmiş sayılır.

Görölmekte olan bir davanın duruşmasında, taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifini, karşı taraf hemen reddetmemiş ise; mahkeme, bu teklife cevap süresini beklemelidir. Maddenin hükümet gerekçesindeki “*diğer tarafın bu teklife cevabı beklenecektir*” şeklindeki ifade tarzından, kanun koyucunun iradesinin bu şekilde yorumlanması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu süre zarfında olumlu cevap verilmemişse, teklif reddedilmiş sayılarak mahkeme davayı görmeye devam edecektir. Şayet bu süre içinde karşı taraf teklife olumlu cevap verirse, bu takdirde HUAK m. 15 f. 5 hükmünce, mahkeme yargılamayı üç ayı geçmemek üzere erteleyecektir. Bu erteleme süresi tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir.

2. Arabuluculuk Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği

Bir arabuluculuk faaliyetinde üç tür sözleşmeden bahsedilebilir. Birincisi arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıklarını çözmek istediklerine dair taraflar arasında yapılan arabulucuk sözleşmesidir. İkincisi, tarafların arabulucu ile yapmış oldukları arabulucu sözleşmesidir. Üçüncüsü ise, arabuluculuk sürecinin sonunda tarafların uyuşmazlık çözümüne ilişkin yaptıkları çözüm anlaşmasıdır. Bu sözleşmelerden ikincisi yani arabulucu sözleşmesi, arabuluculuk faaliyet süreç ve aşamalarının yürütülmesi için en önemli olan sözleşmedir¹¹⁷. Ancak bu başlık altında inceleme konumuz, tarafların kendi aralarında yapmış oldukları ilk arabuluculuk sözleşmesidir¹¹⁸.

Taraflar arasında, ileride doğabilecek uyuşmazlıklarını veya doğmuş olan uyuşmazlıklarını arabulucuk yöntemiyle çözümlenmesini öngören arabuluculuk sözleşmelerine pek rastlanılmamaktadır. Bu tür sözleşmelerin yaygınlaşması,

¹¹⁷ Koch, Ludwig, “Einführung”, Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, Köln 2004, s. 29.

¹¹⁸ Nitekim karışıklığa meydan vermemek için, arabulucu ile tarafların yaptıkları sözleşmeye “arabulucu sözleşmesi”, tarafların arabulucunun katılımı olmadan kendi aralarında uyuşmazlık halinde arabuluculuk yöntemine başvurma için yaptıkları sözleşmeye “arabuluculuk sözleşmesi” olarak isimlendirmeyi uygun bulduk. Aynı şekilde kullanımlar için bkz. Yazıcı-Tıktık, s. 156, 189, Taşpolat-Tuğsavul, s. 101, 143.

toplumumuzdaki arabuluculuk kültürünün yaygınlaşmasıyla doğru orantılıdır. Arabuluculuk sözleşmesiyle taraflar, maddi hukuk alanında doğan ve doğabilecek uyuşmazlıklarını, öncelikli olarak arabuluculuk yöntemiyle çözmeye çalışacaklarını taahhüt etmektedirler. Taraflar, bu yöndeki iradelerini aralarındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen asıl maddi hukuk sözleşmesinde bir arabuluculuk şartı (klozu) ile ortaya koyabilecekleri gibi, sadece arabuluculuk yöntemine ilişkin ayrı bir arabuluculuk sözleşmesi de yapabilirler. Arabuluculuk sözleşmesinin yapılmış olması, tarafların arabuluculuk yöntemi hakkında kısmen de olsa bilgi sahibi olduğunu gösterir. Tarafların önceden kendi rızalarıyla arabuluculuk yöntemini benimsemiş olmaları, arabuluculuk süreci sonunda uyuşmazlığın çözüm ihtimalini kuvvetlendirmektedir¹¹⁹.

Arabuluculuk sözleşmelerinde, maddi hukuk açısından düzenlenmesi gereken en önemli madde, tarafların uyuşmazlıklarının çözümünde bir arabulucunun desteğiyle uyuşmazlık konusu üzerindeki hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesidir. Bu hakların ve yükümlülüklerin belirlenmesi arabuluculuk sözleşmesindeki, olmazsa olmaz (essentialia negotii) hükümlerdendir. Tarafların arabuluculuk yöntemine katılma yükümlülüğü bir müzakere yükümlülüğüdür. Başka bir ifadeyle, arabuluculuk oturumlarına katılma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, arabuluculuk yöntemine genel teşvik yükümlülüğüdür. Bu anlamda tarafların arabuluculuk yöntemine katılmak için her türlü adımı atmaları gerekir. Arabuluculukta, uyuşmazlık çözüm anlaşmasına ulaşma mecburiyeti olmadığı için, arabuluculuk yöntemine teşvik yükümlülükleri, arabuluculuk sürecine yönelik olup, arabuluculuğun amacına yönelik değildir¹²⁰.

Arabuluculuk sözleşmelerinde, arabuluculuk yöntemine genel teşvik yükümlülüğünün dışında, arabuluculuk usûlü için bir takım yükümlülük ve ilkeler belirlenebilir. Örneğin; bilgi ve belgelerin sunulması yükümlülüğü, gizlilik yükümlülüğü, arabuluculuk usûlünün açık ve adaletli olması, arabuluculuk usûlünün belirlenmesi, tarafların bizzat oturumlarda bulunma yükümlülüğü ve masrafları paylaşma yükümlülüğü gibi konular tarafların istekleri doğrultusunda

¹¹⁹ Kekeç, s. 142.

¹²⁰ Volkmann, s. 58.

düzenlenebilir¹²¹. Ancak tercih edileni ve daha doğru olanı, tarafların arabulucu ile birlikte arabuluculuk faaliyet sürecinin kurallarını birlikte oluşturmalarıdır¹²². Arabuluculuk yöntemine genel teşvik yükümlülüğü dışındaki hak ve yükümlülüklerin arabulucunun da tecrübesinden ve uzmanlığından yararlanılarak, arabulucu sözleşmesinde arabulucu ve taraflarla birlikte belirlenmesi daha faydalı ve akıllıca olanıdır.

Arabuluculuk sözleşmesinin hukuki niteliği, ait oldukları hukuk alanına göre bir usûl sözleşmesi mi yoksa bir maddi hukuk sözleşmesi mi olduğu konusu tartışmalıdır. Usûl sözleşmeleri, gerçek usûl sözleşmeleri¹²³, usûl hukukuna ilişkin yan etkisi bulunan maddi hukuk sözleşmeleri¹²⁴ ve karma sözleşmeler¹²⁵ olarak üç kategoride sınıflandırılabilir¹²⁶. Arabuluculuk sözleşmesi etkilerini, hem maddi hukuk hem de usûl hukuku alanında gösterebilmektedir. Tarafların arabuluculuk sözleşmesine, uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yöntemine başvurulmadan dava yoluna başvurulamayacağına ilişkin bir hüküm koyması hâlinde, bu hüküm yargılama aşamasında etki doğurmaya yönelik bir hüküm olduğundan usûle ilişkin bir düzenleme olacaktır. Uyuşmazlık konusu hakkında hukuk davası açıldıktan sonra, dava konusu uyuşmazlığın çözümü için tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde, mahkemece üç ayı geçmemek üzere yargılamayı erteleyeceği ve bu sürenin birlikte başvuru hâlinde üç ay daha uzatılabileceğine ilişkin hüküm (HUAK m. 15, f. 5) etki ve sonucunu usûl hukuku alanında da göstermektedir. Ayrıca Adalet Bakanlığı bir kısım uyuşmazlıklar için zorunlu arabuluculuğu getirme çalışmaları yapmakta ve bu uyuşmazlıklar için arabuluculuk yöntemine başvuruyu bir dava şartı olarak düzenlemeyi öngörmektedir. Bu anlamda arabuluculuk sözleşmesi etki ve sonuçlarını hem maddi hukuk hem de

¹²¹ Volkmann, s. 59.

¹²² Horstmeier, s. 56.

¹²³ Örneğin; yetki sözleşmesi ve kanun yolundan feragat sözleşmesi.

¹²⁴ Örneğin; Maddi hukuk sözleşmesinde ifa yerinin belirtilmiş olması halinde, ifa yerinin HMK m. 10 'a göre genel yetkili mahkemeye bir yetkili mahkeme seçeneği eklemesi.

¹²⁵ Örneğin; Tahkim sözleşmesi. Sulh sözleşmesi

¹²⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 211; Taşpolat-Tuğsavul, s. 105.

usûl hukuku alanında gösterir¹²⁷. Arabuluculuk sözleşmesi, ait oldukları hukuk alanına göre karma nitelikli bir sözleşmedir¹²⁸.

Arabuluculuk sözleşmesi kanunla düzenlenmemiştir. Türk Borçlar Kanunu veya diğer kanunlarda düzenlenmiş olan sözleşmeler için “*tipik sözleşmeler*” veya “*isimli sözleşmeler*” deyimini kullanılır. Kişilerin sözleşme hürriyeti çerçevesinde yapmış oldukları ancak kanunla düzenlenmemiş olan sözleşmeler “*atipik sözleşmeler*” veya “*isimsiz sözleşmeler*” olarak ifade edilir. Atipik sözleşmeler, kendisini “*sui generis sözleşmeler*”, “*karma sözleşmeler*” ve “*bileşik sözleşmeler*” olarak gösterir¹²⁹. Kanaatimizce bu açıdan baktığımızda arabuluculuk sözleşmesi, atipik sözleşmelerden¹³⁰ suigeneris bir sözleşmedir. Arabuluculuk sözleşmesinin süresi, arabuluculuk sürecinin çözüm anlaşmasıyla veya başarısızlıkla sonuçlanmasıyla (HUAK m. 17)¹³¹ son bulur¹³². Ancak sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler, sözleşme süresinin bitmesinden sonra da devam eder.

Taraflarlardan birinin arabuluculuk sözleşmesinde bulunan arabuluculuk yöntemine başvurmadan dava yoluna başvurulamayacağına ilişkin hükmün aksine, doğrudan dava açması hâlinde, diğer tarafca mahkemede sözleşmeye aykırılığın ileri sürülmesi durumunda mahkemenin ne yönde karar vermesi gerektiği konusunda

¹²⁷ Volkman, s. 57, 58.

¹²⁸ Bkz. aynı yönde görüş için, Ildır, s. 68; Taşpolat-Tuğsavul, s. 105; Yazıcı-Tıktık, s. 199. Ancak arabuluculuk sözleşmeleri gibi, alternatif uyuşmazlık sözleşmeleri etkilerini, ağırlıklı olarak maddi hukuk alanında doğurmaktaysa bir maddi hukuk sözleşmesi olduğu görüşünü savunanlar da vardır. Bu yönde görüş için bkz. Doğan, Mehmet, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi, İstanbul 2008, s. 65.

¹²⁹ Ayan, Borçlar, s. 113 vd.

¹³⁰ Eidenmüller, Vertrags, s. 63; Volkman, s. 62; Alman hukukunda arabuluculuk sözleşmesinin bir adi ortaklık sözleşmesi olduğu görüşü de ileri sürülüp tartışılmıştır. Tartışmalar için bkz. Volkman, s. 60 vd. Yazıcı-Tıktık, s. 194 vd.

¹³¹ “Arabuluculuğun sona ermesi” başlıklı HUAK m. 17 hükümet gerekçesi, “Maddede, arabuluculuk faaliyetinin hangi hallerde sonuçlanmış sayılacağı, bunun şekli ve sonuçları belirtilmiştir. Birinci fıkrada, dört halde arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği kabul edilmektedir. Buna göre, taraflar anlaşmaya varmışlarsa; taraflara danıştıktan sonra, arabulucu bu faaliyet için artık çaba harcamanın gereksiz olduğunu tespit ederse; taraflardan biri, karşı tarafa ya da arabulucuya bu faaliyetten çekildiğini bildirirse veya taraflar bir anlaşma olmaksızın bu süreci sona erdirirlerse, arabuluculuk faaliyeti son bulacaktır” şeklinde kaleme alınmıştır.

¹³² Eidenmüller, Vertrags, s. 63; Volkman, s. 62.

çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler, davanın mesmu olmadığından reddedilmesi gerektiği görüşü¹³³, arabuluculuk itirazı ileri sürülerek davanın usûlden reddedilmesi gerektiği görüşü¹³⁴, arabuluculuk yöntemine başvuruyu ilk itiraz olarak değerlendirip usûlden reddetmesi gerektiği görüşü¹³⁵, mahkemenin davayı belirli bir süreliğine (arabuluculuk yöntemi için öngörülen süre kadar) ertelemesi gerektiği görüşü¹³⁶ ve arabuluculuk sözleşmesinin zımni olarak ortadan kalkacağı görüşü¹³⁷ olarak sıralanabilir.

Almanya’da uyuşmazlık konusu hakkında bir tarafın, sözleşmedeki arabuluculuk yöntemine başvurulacağına ilişkin şarta dayanarak itiraz etmesi halinde, mahkeme tarafından dava geçici süre kabul edilemez olarak reddedilebilecektir¹³⁸.

Aynı şekilde Fransız Temyiz Mahkemesi 8 Nisan 2009 tarihinde davaya konu sözleşmedeki, uyuşmazlık durumunda arabuluculuğa başvurulacağına ilişkin şarta ilişkin olarak, arabuluculuk yöntemi denenmeden davanın görülmesinin kabul edilemeyeceği yönünde karar vermiştir. Bu şekilde davanın kabul edilemezlik itirazı, temyiz süreci prosedürünün ilk başlangıcında dahi ileri sürülebilir¹³⁹.

Belçika’da, taraflar sözleşmeye uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözümleneceğine ilişkin arabuluculuk şartı koyabilirler. Taraflardan birinin açılan davada bu şartı ileri sürmesi halinde hâkim dava sürecini arabuluculuk faaliyeti için durdurabilir. Arabuluculuk şartı mahkemeden geçici ve koruyucu tedbirlerin talep

¹³³ **Volkman**, s. 66.

¹³⁴ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri 2016, s. 787.

¹³⁵ **Namlı**, Mert, Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları, Arabuluculuk Yasa Tasarısı Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 103.

¹³⁶ **Yazıcı-Tıktık**, s. 201.

¹³⁷ **İldır**, s. 65; **Doğar**, s. 56; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 108.

¹³⁸ **Unberath**, s. 1320.

¹³⁹ **Ferrand**, s. 192.

edilmesini engellemez. Bu talepler arabuluculuk faaliyetinin sürdürülmesini engellemez¹⁴⁰.

Hollanda’da arabuluculuk sözleşmeleri, devlet mahkemelerine bir hukuk davası açılmasına engel teşkil etmez. Yüksek Temyiz Mahkemesi, bir boşanma davası ile ilgili kararında, eşlerin arabuluculukla bir anlaşmaya varma girişimlerini ve arabuluculuk sürecini istedikleri zaman sonlandırabileceklerine dair karar vermiştir¹⁴¹.

İsviçre’de taraflar uyuşmazlık çıkması halinde belirli bir süre için, uyuşmazlık konusu hakkında mahkemeye müracat etmeden, arabuluculukla uyuşmazlık çözümünü denemek konusunda anlaşabilirler. İsviçre doktrininde ve uygulamada hâkim görüşe göre, böyle bir anlaşma geçerlidir¹⁴². Bu yükümlülüğü ihlal eden taraf sorumlu hale gelir. Ancak bu sözleşme, bir mahkemeyi bağlamaz. Çünkü adalete erişim hakkı tarafların tasarrufunda değildir. Taraflardan herhangi biri sözleşmedeki arabuluculuk şartına rağmen dava açabilir¹⁴³.

Benzer şekilde Japonya’da Tokyo Üst Mahkemesi bir davada, davaya konu sözleşmedeki arabuluculuk şartının¹⁴⁴ bir dava açılmasını önleyemeyeceğine ilişkin karar vermiştir¹⁴⁵. İlk gerekçesinde, arabulucu sözleşmesinin ya da sözleşmedeki arabuluculuk şartının, tahkim sözleşmelerinin aksine hukuk davalarına başvurmanın yerini tutmayacağını belirtmiştir. İkinci gerekçesinde ise, onaylı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi için mahkeme tarafından bir davanın dört ay süreyle askıya alınmasına ilişkin ADR Kanunu m. 26’nın, sözleşmedeki bir arabuluculuk şartına binaen tarafların hukuk davası açmasına mani olamayacağını göstermiştir. Bu karara

¹⁴⁰ Code Judiciaire m. 1725; **Verougstraete**, s. 106.

¹⁴¹ **Pel**, s. 308, 321.

¹⁴² Görüşler için bkz. **Rugle/Gelzer**, Vor Arts 213-218 comment; **Meier**, Zivilprozessrecht, s. 598.

¹⁴³ **Meier**, s. 402.

¹⁴⁴ Bu karara konu sözleşmede, sözleşme sebebiyle ihtilaf çıkması halinde, uyuşmazlık iyi niyet görüşmeleri çerçevesinde 60 gün içinde çözümlenmezse, taraflardan biri davayı tarafsız bir Japon arabulucuya verebilir. Eğer arabuluculuk faaliyetiyle uyuşmazlık çözümlenemezse bu takdirde mahkemeye gidilebileceğine ilişkin, arabuluculuk şartı bulunmaktadır.

¹⁴⁵ Tokyo Üst Mahkemesinin 22 Haziran 2011 tarihli kararı. in. **Kakiuchi**, s. 286.

göre, bir arabulucu sözleşmesi veya bir sözleşmedeki arabuluculuk şartı, o uyuşmazlıkla ilgili olarak dava açılmasına engel değildir¹⁴⁶.

HUAK düzenlenen arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerden özellikle m. 3 de düzenlenen irâdilik ilkesinin düzenleniş şekli ve madde gerekçesi¹⁴⁷ dikkate alındığında, taraflardan birisinin arabuluculuk yöntemine başvurmadan dava açması “arabuluculuğa başvurmadan vazgeçme” serbestîsi olarak görülmelidir. Aksi anlayış, sözleşme ile zorunlu arabuluculuk yönteminin kabulü veya irâdilik ilkesinin sınırlarının daraltılabileceği anlamına gelir. Hâlbuki kanun koyucu, diğer bazı maddelerde “*taraflarca aksinin kararlaştırılabileceğini*” açıkca öngörerek kanun hükmünün aksini öngörebilme veya sınırlarını değiştirme imkânını tanımıştır. İradilik ilkesinin düzenlendiği m. 3’te ise, taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği veya irâdilik ilkesinin sınırlarının daraltılabileceği öngörülmemiştir. Tam aksine, madde gerekçesindeki “*Tarafların istedikleri zaman bu süreçten çekilebilecekleri*” ve “*...mahkeme önünde yapılan yargılamalarda da, kötünîyetle dava açan ya da dürüstlük kuralına aykırı davranan taraflar için bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak, bu yaptırımın uygulanması tarafları mahkeme dışında çözüme zorlamak sonucu doğuramaz*” ifadeleri, irâdilik ilkesinin sınırlarının daraltılamayacağına ilişkindir.

Ayrıca HUAK m. 15, f. 5 hükmü, mahkeme, ancak tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmesi halinde yargılamayı üç ay erteleyeceğini

¹⁴⁶ Kakiuchi, s. 286.

¹⁴⁷ HUAK m. 3 hükümet gerekçesi “*Ancak, bu yaptırımın uygulanması tarafları mahkeme dışında çözüme zorlamak sonucu doğuramaz; aksi halde herkesin meşru vasıta ve yollardan hak arama özgürlüğüne sahip olduğu konusundaki Anayasa hükmüne aykırılık meydana gelir. Gönülsüz ve isteksiz, sırf mecbur olunduğu için başlayan böyle bir süreçten başarılı sonuç da elde edilemez. Tarafları zorla masaya getirmek mümkün olsa da zorla masada tutmak ve müzakere zemini yakalamak mümkün değildir. Ayrıca, gönülsüz yapılan bir anlaşma da kalıcı olmayacak, en azından uygulama aşamasında bir çok sorun çıkacaktır. Taraflar, sürecin iradî olması çerçevesinde, arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında da sürecin hangi kapsamda ve nasıl yürütüleceğini belirleyebilirler. Arabuluculuk faaliyetinin iradî olmasının gereği olarak, tarafların başladıkları bu süreci devam ettirip ettirmemek konusunda da serbestileri söz konusudur. Taraflar istedikleri zaman bu süreçten çekilebilirler, onların artık bu yolla uyuşmazlığı çözmek istememelerini de kabul etmek gerekir. Bu sürecin nasıl sonuçlandırılacağı da taraflara bağlıdır*” şeklinde kaleme alınmıştır.

ve birlikte talep halinde üç ay uzatabileceğini öngörmüştür. Kanun koyucu burada öngörebilme imkânı olmasına rağmen, arabuluculuk sözleşmesinin varlığı halinde böyle bir ertelemeyi veya davanın usûlden reddini öngörmemiştir. HUAK m. 3 ve m. 15 f. 5 düzenlemeleri karşısında, kanuni bir düzenleme olmadan arabuluculuk sözleşmesindeki hükümlere dayanılarak, taraflardan birinin açtığı davanın usûlden reddi veya ertelenmesi mümkün değildir.

3. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması ve Sürelere Etkisi

Arabuluculuk sürecinin başlaması, HUAK m. 16'ya göre, uyuşmazlık konusu hakkında bir davanın açılmasından önce de sonra da mümkündür. Bu nedenle arabuluculuk sürecinin başlaması ve sürecin işlemesi, arabulucunun seçilmesinden önce veya sonra olabilmektedir. Uyuşmazlık konusu hakkında bir dava açılmadan önce, arabuluculuk sürecinin başlaması, ancak arabulucunun seçiminden sonra mümkündür. HUAK'nun "*Arabuluculuk sürecinin başlaması ve sürelere etkisi*" başlıklı, m. 16 f. 1 birinci cümlesi "*Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar*" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Uyuşmazlık konusu hakkında bir dava açılmadan önce, arabulucunun uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk sürecinin devam ettirilmesi konusunda taraflarca anlaşmaya varmasına ilişkin tutanağın tarihi, arabuluculuk sürecinin başlangıç tarihidir.

Arabulucunun seçilmesinden önce arabuluculuk sürecinin başlaması, ancak uyuşmazlık konusu hakkında bir dava açılmış ise mümkündür. HUAK m. 16 f. 1'in ikinci cümlesi "*Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.*" hükmünü içermektedir. Bu madde hükmüne göre, uyuşmazlık konusu hakkında bir dava açılmasından sonra üç şekilde arabuluculuk süreci başlamaktadır. Dava açıldıktan sonra;

- Mahkemenin tarafları arabuluculuk yöntemine davetini, tarafların kabul ettikleri tarih,
- Tarafların arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıklarını çözme konusunda anlaşmaya vardıklarını, duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri tarih,
- Duruşma sırasında tarafların, arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıklarını çözme konusunda anlaşmaya vardıklarını beyan etmeleri ve bu beyanların tutanağa geçirildiği tarih,

arabuluculuk sürecinin başlangıcıdır. Derdest bir davaya konu uyuşmazlık hakkında arabuluculuk süreci bu tarihlerden itibaren işlemeye başlar.

Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona erdirilmesine kadar geçen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz (HUAK m. 16 f. 2)¹⁴⁸. Arabuluculuğun sona ermesine ilişkin hâller ise HUAK m. 17 f. 1’de¹⁴⁹ ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. HUAK m. 17 f. 2’deki “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu*

¹⁴⁸ HUAK m. 16 hükümet gerekçesi “*Bir uyuşmazlığın çözümü için, ister yargı yoluna ister yargı dışında bir yola başvurulmuş olsun, bir hak kaybının doğmaması açısından, bunun sürelerle etkisi önem taşımaktadır. Bu konudaki tereddüt ve yanlışlıkların önüne geçmek için, arabuluculuk faaliyetinin başlamasının sürelerle etkisi ayrıca düzenlenmiştir. Bu çerçevede dava açılmadan önce veya sonra arabulucuya başvuru konusunda bir ayırım yapılmıştır.*

Birinci fıkrada, dava açılmadan önce ve dava açıldıktan sonra arabuluculuk sürecinin hangi andan itibaren başlayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu yolla arabuluculuk faaliyetinin başlaması ile zamanaşımı ve arabuluculuğun konusu olan hak ve taleplerin ileri sürülmesine ilişkin süreler hakkındaki tereddütler giderilmeye çalışılmıştır.

İkinci fıkrada, arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen sürenin, uyuşmazlık konusu olan hakka ilişkin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Böylece arabuluculuk faaliyeti sebebiyle geçirilen sürelerin taraflar açısından hak kaybına neden olması önlenmek istenmiştir” şeklinde kaleme alınmıştır.

¹⁴⁹ Arabuluculuğun sona ermesine ilişkin HUAK m. 17 f. 1“(1) Aşağıda belirtilen hâllerde arabuluculuk faaliyeti sona erer: a) Tarafların anlaşmaya varması. b) Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi. c) Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi. ç) Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi. d) Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi.” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Belge taraflar veya vekillerince imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır” hükmüne göre tutulan bu tutanak, arabuluculuğun ne şekilde sona erdiğini göstermektedir. Arabuluculuk sürecinin başlamasından arabuluculuk sürecinin sona ermesini belgelendiren bu tutanak tarihine kadar geçen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz¹⁵⁰.

Bir uyuşmazlık konusu hakkında dava açıldıktan ve arabuluculuk süreci işlemeye başladıktan sonra¹⁵¹, taraflar arabulucuya başvuramazlarsa, arabuluculuk süreci ne zaman sona erecektir? Bu takdirde taraflardan birinin veya her ikisinin arabuluculuk yöntemine başvurmadan vazgeçtiklerine dair mahkemeye vereceği dilekçe tarihi veya duruşmadaki bu yöndeki beyanlarının tutanağa geçirildiği tarih, arabuluculuk sürecinin sona erdiği tarih olarak kabul edilmelidir. Her hâlde arabuluculuk süreci Kanunda belirtilen (HUAK m. 15 f. 5) üç aylık erteleme süresinin geçmesiyle sona erecektir. Tarafların birlikte başvurusu üzerine bu süre üç aya kadar uzatılabilir.

II. Arabulucunun Seçilmesi

HUAK’na göre kimlerin arabulucu olabileceği ve nasıl seçileceği sorusunun cevabını vermeden önce, genel olarak iyi bir arabulucunun hangi yeteneklere sahip olması gerektiği konusu izah edilmelidir. Yetenekli ve işinin ehli bir arabulucuda olması gereken özellikler¹⁵² şunlardır:

¹⁵⁰ Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52/EC Sayılı Yönerge’sinin 8. maddesine göre, üye devletler, bir uyuşmazlığı arabuluculukla çözme çabası içerisinde olan tarafların, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin dolması gerekçesiyle dava açma veya tahkime başvurma imkânını engellememeli, tam aksine tarafların bu haklarını teminat altına almalıdırlar. HUAK m. 16 f. 2, Yönerge’nin 8. maddesiyle uyumludur.

¹⁵¹ Bkz. HUAK m. 16 f. 1’in ikinci cümle.

¹⁵² Simkin’e göre, iyi bir arabulucu olmak zor değildir. Bunun için bir arabulucuda bulunması gereken özellikler şunlardır;

Hz. Eyyüp peygamberin sabrı

Bir İngilizin inadı ve dürüstlüğü

Bir İrlandalının espiyi yapma yeteneği

- Tarafların karşılıklı olarak birbirlerini anlamasını teşvik edebilme yeteneği
- Kızışmayı ve gerginliği önleyebilme yeteneği
- Tarafların manipulatif taktiklerini anlama ve durdurma yeteneği
- Taraflar arasındaki güç dengesizliğinden kaynaklanabilecek problemleri telafi edebilme yeteneği
- Farklı bakış açılarından uyuşmazlığa ışık tutabilme yeteneği
- Birçok uyuşmazlık çözüm seçenekleri elde edebilme yeteneği
- Uyuşmazlık çözüm ihtimalini artırmak için sürdürülebilir fırsatları iyileştirme yeteneği¹⁵³

Arabulucu arabuluculuk sürecini yönetir ve bu sürecin sorumluluğunu üstlenir. Arabulucu, arabuluculuk sürecinde taraflara hukuki danışmanlık yapmaması gerekir. Bu nedenle avukat arabulucular, arabuluculuk faaliyetini icra ederken başlangıçta zorlanmaktadırlar. Çünkü avukatların her uyuşmazlık için bir hazır çözümleri vardır. Zira uyuşmazlıklara çözüm bulamayan avukat, yeteneksiz avukat olarak algılanır. Arabulucunun her uyuşmazlığa bir çözüm önermesi, arabuluculuk faaliyeti açısından bir meslek hatasıdır. Ancak eğitim ve uygulama ile bu meslek hatası giderilebilir. Bu takdirde hukukçuluk vasfı arabulucuda aranan ve uyuşmazlık çözümüne katkı sağlayan bir niteliğe dönüşür.

Taraflar dışındaki üçüncü kişiler uyuşmazlığın sadece bir kısmını görebilmektedir. Üçüncü kişilerin görebildikleri bu kısım için taraflara kendilerince iyi bir çözüm önerisi sunması hâlinde, tarafların bu sunulan çözüm önerisinden mutlu olmadıklarını gördüklerinde şaşırırmaktadırlar. Arabuluculuk öğretisine göre,

Bir maraton koşucusu atletin kondüsyonu

Bir Amerikan futbolcusunun (halfback) kaçma becerisi

Machiavellinin kurnazlığı

Bir psikiyatrisin insan tanıma becerisi

Bir dilsizin sır saklama becerisi

Bir gergedanın dayanıklılığı

Hız. Süleyman Peygamberin bilgeliği, Bkz. von Schlieffen/ Ponchap/Rüssel/Harms/Wright, s. 41.

¹⁵³ **Mondata/Kals**, s. 17.

uyuşmazlık konusunun uzmanları, o uyuşmazlığın taraflarıdır. Uyuşmazlığın uzun vadede nasıl bertaraf edileceğini en iyi taraflar bildiği için, uyuşmazlık çözümünü de onlar bulmalıdır¹⁵⁴. Nitekim bu bakış açısıyla hazırlanan HUAK’nda, tarafların egemenliği ilkesi ve menfaat temelli arabuluculuk sistemi kabul edilmiş olması nedeniyle, uyuşmazlığın çözümünü arabulucu değil taraflar kendileri bulmalıdır. Arabulucu sürecin yöneticisi ve çözüm bulmada tarafların yardımcısıdır.

HUAK “Arabulucunun seçilmesi” başlığı altında düzenlenen m. 14 “Başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir.” şeklindedir. Maddenin hükümet gerekçesi de¹⁵⁵ dikkate alındığında, taraflar arabulucunun seçiminin üçüncü bir kişi ya da kurum tarafından yapılmasını da kararlaştırabilirler. Bu şekilde kararlaştırmamışlarsa arabulucu veya arabulucuları taraflar birlikte seçeceklerdir. Taraflar veya tarafların arabulucuyu seçmek için kararlaştırdıkları kişi ve kurumlar, arabulucuyu HUAK m. 19¹⁵⁶’da düzenlenmiş bulunan arabuluculuk siciline kayıtlı arabulucular arasından seçmeleri gerekmektedir¹⁵⁷. Arabuluculuk siciline kayıt şartları HUAK m. 20¹⁵⁸ de hüküm altına alınmıştır. Arabuluculuk siciline kayıt olabilmek için diğer şartların yanında mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak, arabuluculuk eğitimini tamamlayarak Adalet Bakanlığınca yapılan yazılı ve sözlü

¹⁵⁴ von Schlieffen/ Ponchap/Rüssel/Harms/Wright, s. 40.

¹⁵⁵ Hükümet gerekçesi “Madde 14- Maddede arabulucunun seçim yöntemi düzenlenmiştir. Taraflar, arabulucunun bir üçüncü kişi ya da kurum tarafından seçimi gibi başka bir usul belirtmemişlerse, arabulucu veya arabulucuları birlikte seçeceklerdir.” şeklinde kaleme alınmıştır.

¹⁵⁶ Arabulucular sicilinin tutulmasına ilişkin HUAK m. 19 “(1) Daire Başkanlığı, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yapma yetkisini kazanmış kişilerin sicilini tutar. Bu sicilde yer alan kişilere ilişkin bilgiler, Daire Başkanlığı tarafından elektronik ortamda da duyurulur. (2) Arabulucular sicilinin tutulmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁵⁷ Aksi halde, arabuluculuk siciline kayıtlı olmayan bir arabulucu tarafından yapılan arabuluculuk faaliyeti HUAK kapsamında bir arabuluculuk faaliyeti olmadığından, taraflar ve arabulucu bu kanunun getirdiği hak ve yükümlülüklerle bağlı olmazlar.

¹⁵⁸ Arabulucular siciline kayıt şartlarına ilişkin HUAK m. 20 “(1) Sicile kayıt, ilgilinin Daire Başkanlığına yazılı olarak başvurması üzerine yapılır. (2) Arabulucular siciline kaydedilebilmek için; a) Türk vatandaşı olmak, b) Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak, c) Tam ehliyetli olmak, ç) Kasten işlenmiş bir suçtan mahkûm olmamak, d) Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak, gerekir. (3) Arabulucu, sicile kayıt tarihinden itibaren faaliyetine başlayabilir.” hükmünü içermektedir.

sınavda başarılı olmak gerekir. Bir arabulucu, ancak sicile kayıt tarihinden itibaren arabuluculuk faaliyetine başlayabilir.

III. Arabuluculuğa Ön Hazırlık

HUAK m. 15 f. 1 “Arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder” hükmünü içermektedir. Arabulucunun seçilmesinden sonra, arabulucu, ilk arabuluculuk toplantısının gerçekleştirilebileceği uygun tarihler hakkında uyuşmazlığın taraflarıyla görüşecektir¹⁵⁹. Bu nedenle arabulucu, arabuluculuk sürecini sadece yönetmekle değil, aynı zamanda süreci organize etmekle de yükümlüdür¹⁶⁰. Arabulucu, taraflarla görüşerek iletişim kurduğunu ve arabuluculuk faaliyetine başladığını mutlaka belgelendirmelidir (HUAKY m. 11 f. 2¹⁶¹; Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 8.11)¹⁶². Çünkü dava açılmadan önce arabuluculuk yöntemine başvurulması hâlinde bu belge, arabuluculuk sürecinin başlaması ve sürelerle etkisi bakımından gereklidir (HUAK m. 16).

¹⁵⁹ Arabuluculuk Avrupa Etik Kuralları, m. 1(2). “Arabulucu, arabuluculuk oturumunun gerçekleştirilebileceği uygun tarihler hakkında uyuşmazlığın taraflarıyla görüşecektir. Arabulucu, görevi kabul etmeden önce, arabuluculuğu yönetme tecrübesi ve yeterliliği konusunda kendinden emin olacaktır ve taraflarca talep edilmesi hâlinde, geçmişteki eğitimi ve tecrübesiyle ilgili olarak bilgi verecektir” <http://www.arabulucu.com/arabuluculukta-etik/arabuluculara-iliskin-avrupa-etik-kurallari> (s.e. 11.11.2016).

¹⁶⁰ Horstmeier, s. 58.

¹⁶¹ HUAKY “Taraflarla görüşme ve iletişim kurulması” başlıklı m. 11 “(1) Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir ve iletişim kurabilir. Taraflar bu görüşmelere vekilleri aracılığı ile de katılabilirler.

(2) Arabulucu, taraflarla görüşülerek iletişim kurulduğuna, arabuluculuk faaliyetine başlandığına, bu faaliyete ilişkin işlem ve eylemlerin doğru bir biçimde uygulandığına ve nihayetinde arabuluculuk faaliyetinin sona erdirildiğine yönelik fiili durum ve aşamaları belgelendirir; belge arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Taraflar veya vekillerince imzalanmaz ise sebebi belirtilmek sureti ile sadece arabulucu tarafından imzalanır” hükmünü içermektedir.

¹⁶² Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları Mart – 2013, m. 8.11 “Arabulucu, taraflarla görüşülerek iletişim kurulduğuna, arabuluculuk faaliyetine başlandığına, bu faaliyete ilişkin işlem ve eylemlerin doğru bir biçimde uygulandığına ve nihayetinde arabuluculuk faaliyetinin sona erdirildiğine yönelik fiili durum ve aşamaları mutlaka belgelendirmelidir” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Arabuluculuk sürecinde arabulucunun organizasyon yükümlülüğü çerçevesinde bir takım teknik görevler üstlenmesi gerekmektedir. Uygun bir toplantı ve müzakere atmosferinin oluşturulması buna dâhildir¹⁶³. Arabulucu, uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilecek seçenek ve ihtimallerin araştırılmasına, müzakere edilmesine ve görüşülmesine yardımcı olacak elverişli ortamı, fiziki şartları ve iklimi sağlar¹⁶⁴.

Öncelikle müzakerenin yapılacağı yer belirlenir. Bu yerin mümkün olduğunca tarafsızlık ve eşitlik ilkeleri gözetilerek belirlenmesi gerekir. Arabuluculuk faaliyeti ve müzakereler için seçilen mekân tarafsız bir yer olmalıdır. Taraflardan birinin mekânı yerine, tarafsız arabulucunun bu süreçlerde kullanmak için hazırladığı bürosunda yapılması tercih edilmelidir. Eğer büyük gruplar söz konusu ise, dışarıdan bir otelin veya şehir salonunun bir seminer odası hazır hale getirilebilir. Müzakere yeriyle, tarafların ikamet ettikleri yer veya şirket merkezleri arasındaki coğrafi uzaklıkta arabulucu tarafından dikkate alınmalıdır. Tarafların farklı varış zamanları, uyuşmazlık konusu üzerinde muhtemel dikkat dağıtma faktörleri olarak önemsenmelidir. Özellikle farklı saat dilimlerinden gelen taraflar dikkate alınarak dinlenilmiş halde müzakerelere başlama zamanı ayarlanmalıdır. Müzakere yeri ve zamanı tüm tarafların kendisini rahat, huzurlu ve güvende olduğunu hissettirecek bir yerin ve zamanın özelliklerini taşımalıdır. Böylece tarafların arabuluculuk sürecine girişi ve devamı kolaylaştırılmış olur¹⁶⁵.

Müzakere atmosferiyle alakalı doğru bir oturma ve oda düzenlemesi yapılmalıdır. Taraflar oturma düzeninde birbirlerini ve arabulucuyu görebilmelidir. Tercih edilmesi gereken masa şekli yuvarlak olmalıdır. Yuvarlak masa arabulucuya hâkimiyet ve aynı anda tarafların hepsine hitap edebilme imkânı verir. Bununla beraber masada köşelerin ve karşıtların olmaması, psikolojik olarak tarafların işbirliğine katkı sağlar. Yuvarlak masa yoksa, eşit kenarlarıyla eşitliği simgeleyen

¹⁶³ Heussen, s. 409.

¹⁶⁴ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 571.

¹⁶⁵ Kracht, s. 282.

kare masa tercih edilmelidir. Oturulan sandalyelerin ebat ve yüksekliğinin eşit olmasına¹⁶⁶, mümkünse birebir aynı olmasına dikkat edilmelidir.

Müzakere yerinde uygun teknik teçhizatı bulundurmak da arabulucunun görevidir. Örneğin, dizüstü bilgisayar, flaş bellek, yazıcı, pano, sunucu çantası gibi teknik araçlar hazır edilmelidir. Toplantı bir odada olacaksa içecekler de hazır edilir. Arabulucu, odada yaratıcı çözümleri desteklemek adına belirli bir ikram cömertliği sağlamalıdır. Ortam söz konusu olan hedef kitleye göre ayarlanmalı, taraflar kendilerini iyi hissetmelidir¹⁶⁷.

Bir arabuluculuk toplantısı bir buçuk saatten fazla sürdürülmemelidir. Şayet arabuluculuk toplantısı uzun bir zaman dilimini kapsayacaksa, oturumlarda makul aralar verilir. Büyük gruplarla yapılan ticari arabuluculuklardaki toplantılar daha uzun sürebilir. Bu takdirde en geç bir buçuk saatte bir mola verilmelidir¹⁶⁸.

Arabulucunun organizasyon ve aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde, arabuluculuğun mahiyeti hakkında tarafların bilgilendirilmesi, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişliliğinin değerlendirilmesi, tarafların arabuluculuğa başvurmadaki hedef ve beklentileri, arabuluculuk usûlünün belirlenmesi, arabulucunun görev alanının kapsamı, arabuluculuk ücreti ve arabuluculuk sürecine kimlerin katılacağı gibi konular bu ilk toplantının konularıdır. Çünkü bu konular, hem organizasyon ve aydınlatma yükümlülüğünün bir sonucu, hem de arabulucu ile taraflar arasında yapılacak arabulucu sözleşmesinin kapsayacağı alanlardır¹⁶⁹.

IV. Arabulucu Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği

Arabulucu sözleşmesi, arabulucunun seçiminden sonra taraflar ile arabulucu arasında sözleşme hürriyeti çerçevesinde yapılan ve şekle bağlı olmayan bir sözleşmedir. Sözleşmenin yazılı yapılması tarafların hak ve yükümlülüklerinin ispatı açısından tavsiye edilen şekildir. Arabulucu sözleşmesi, arabuluculuk faaliyetinin

¹⁶⁶ Kekeç, s. 158.

¹⁶⁷ Heussen, s. 410.

¹⁶⁸ Heussen, s. 414; Kracht, s. 283.

¹⁶⁹ Kessen/Troja, s. 295, 296; Horstmeier, s. 58.

yürütülmesi için en önemli sözleşmedir¹⁷⁰. Bu sözleşme ve HUAK’nda düzenlenmiş bulunan arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler ve kurallar, ilgili arabuluculuk sürecinin anayasasıdır¹⁷¹. Bununla birlikte, kanunda öngörülen pek çok hususun aksinin kararlaştırılması, bu doğrultuda irâdilik ve tarafların egemenliği ilkelerinin kendilerini daha baskın bir şekilde göstermesi arabulucu sözleşmesiyle mümkündür. Arabulucu sözleşmesi, arabuluculuk sürecine klavuzluk etme açısından kanunun da önündedir. Çünkü kanunda öngörülen kuralların pek çoğunun taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği veya kapsamının taraflarca belirleneceği hüküm altına alınmıştır. HUAK m. 4, m. 13 f. 1, m. 14, m. 15 f. 2, m. 17 f. 1-3, m. 18 f. 1 gibi hükümler, örnek maddeler olarak sayılabilir.

Arabuluculuk sözleşmesi (uyuşmazlık konusunun taraflarının yaptığı sözleşme) ile arabulucu sözleşmesi (tarafların arabulucu ile yaptığı sözleşme), birbirinden ayrı sözleşmeler olsa da, bu iki sözleşmenin unsurları bazen tek bir sözleşmede de toplanabilir¹⁷². Bazı uyuşmazlık konularında, arabuluculuk hakkında bilgisi olmayan taraflar sadece bu yöntemin ne olduğunu anlamak için bir arabulucuya müracet etmiş olabilir. Bunun gibi taraflardan biri arabulucuya müracatla, uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözümü için arabulucu vasıtasıyla diğer tarafı davet etmiş olabilir. Diğer taraftan aynı arabulucuda daha önce benzer uyuşmazlıklarını çözmüş olan taraflar, arabuluculuk yönteminin faydalarını bilerek bir sözleşme yapmadan da arabulucuda buluşmayı kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda tarafların uyuşmazlıklarını arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesi için bir arabulucuya başvurmaları ve bu arabulucuyu süreci yönetmek için yetkilendirmeleriyle bir arabulucu sözleşmesi kurulmuş olur. Arabulucu sözleşmesinin bir tarafı arabulucu diğer tarafı uyuşmazlığın taraflarıdır.

Bir arabulucu sözleşmesinde, taraflar, uyuşmazlık konusu, tarafların hedef ve beklentileri, aydınlatma yükümlülüğünün sınırları¹⁷³, uyuşmazlığın çözümünde

¹⁷⁰ Koch, s. 29.

¹⁷¹ Kracht, s. 280.

¹⁷² Yazıcı-Tıktık, s. 154.

¹⁷³ HUAK m. 11 deki arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğü, arabuluculuk faaliyetinin başında mutlaklıdır. Tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi

uygulanacak arabuluculuk usûlü, arabulucunun uyuşmazlık çözümündeki rolü ve görevinin sınırları, gizlilik yükümlülüğünün sınırları ve arabuluculuk ücreti gibi tarafların ve arabulucunun hak ve yükümlülükleri yer alır. Sözleşmede sadece arabulucunun içerik olarak arabuluculuk sürecini yönetme yükümlülüğü değil, aynı zamanda süreci organize etme yükümlülüğünün sınırları da belirlenebilir¹⁷⁴. Arabulucu sözleşmesiyle güvence altına alınan yükümlülükler, ana ve yan yükümlülükler olarak tasnif edilebilir. Arabulucunun ana yükümlülüğü, arabuluculuk sürecinde taraflar arasındaki müzakerelere eşlik etmek ve sözleşme veya kanunla belirlenmiş ilkelere göre süreci yönetmektir. Tarafların ana yükümlülüğü, arabulucunun ücretini ödeme yükümlülüğüdür. Yan yükümlülükler ise, arabuluculuk için gerekli organizasyon şartlarının sağlanmasıyla ilgili yükümlülüklerdir¹⁷⁵.

Arabulucu sözleşmesi, etkilerini maddi hukuk alanında gösterdiğinden bir maddi hukuk sözleşmesidir¹⁷⁶. Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarında arabulucu sözleşmesini bir hizmet sözleşmesi olarak nitelendiren görüşler mevcuttur¹⁷⁷. Alman hukukunda vekâlet sözleşmelerinin ücretli olabileceği kabul edilmediği için, uzmanlık gerektiren serbest meslek faaliyetlerine ilişkin sözleşmeler hizmet ve eser sözleşmeleri içerisine sokulmaya çalışılmaktadır¹⁷⁸. Avusturya hukukunda, arabulucunun temel yükümlülüklerinden birisi olan özen gösterme borcunun hakkıyla uygulanabilmesi için eser sözleşmesinin hükümlerinin de göz ardı edilmemesi gerektiği savunulmuştur¹⁷⁹. Ayrıca Alman ve Avusturya hukuklarında

aydınlatmakla yükümlüdür. Arabulucu sözleşmesinde bu başlangıçtaki mutlak aydınlatma yükümlülüğüne ilave aydınlatma yükümlülükleri de kararlaştırılabilir. Ancak aydınlatma yükümlülüğünün sınırı, “arabulucu hukuki uyuşmazlıkla ilgili taraflara hukuki ya da mesleki tavsiyelerde bulunamaz” kuralıdır. Bkz. HUAK m. 2 ve Model Etik ve Uygulama Kuralları Mart 2013 m. (1.2).

¹⁷⁴ Horstmeier, s. 57.

¹⁷⁵ Schwarz, s. 77.

¹⁷⁶ Aynı yönde görüşler için bkz. Kekeç, s. 139; Taşpolat-Tuğsavul, s. 144; Yazıcı-Tıktık, s. 156;

¹⁷⁷ Schwarz, s. 76; Eidenmüller, Vertrags, s. 71; Taşpolat-Tuğsavul, s. 145; Yazıcı-Tıktık, s. 159; Gabriel, s. 100 vd.

¹⁷⁸ Taşkın, s. 34.

¹⁷⁹ Rechberger/Simotta, s. 961; Schwarz, s. 76; Hizmet sözleşmelerinde işçinin özen gösterme borcunun derecesinin eser sözleşmesine göre daha hafif olmasına göre, arabulucu sözleşmesinin aynı zamanda eser sözleşmesine dayandırılmaya çalışılması gözden kaçmamalıdır.

düzenlenmiş bulunan hizmet sözleşmesi ile iş sözleşmesinin unsurları arasındaki farklılıklara dikkat edilmelidir. İş sözleşmesinde bir işverene bağımlılık unsuru ön plandayken, hizmet sözleşmesinde işverene bağımlılık unsuru zayıftır veya hiç yoktur. Hizmet veren işin akışını kendisi düzenlemekle bunu değiştirme imkânına da sahiptir. İş bizzat kendisi ifa edebileceği gibi bir başka vekil aracılığıyla da ifa edebilir. Hizmet veren kişinin belirli bir yerde bulunma zorunluluğu yoktur. Örneğin, özel ders veren dil öğretmenleri, hukuk danışmanları, serbest ticaret ajanları, anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, kontrolörler ve reklam dağıtıcıları bu anlamda serbest hizmet sözleşmesiyle çalışmaktadırlar. Bu çalışanların, işverene bağlı olarak iş sözleşmesiyle çalışan işçilerde olduğu gibi ihbar, kıdem tazminatı, resmi tatil, yıllık izin hakları gibi İş Kanunu'ndan kaynaklanan sosyal hakları bulunmamaktadır¹⁸⁰. Netice itibarıyla karşılaştırmalı hukukta arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliğinin bir hizmet sözleşmesi olarak görülmesinin değerlendirilmesinde, o ülkedeki hizmet sözleşmesinin kanuni unsurlarındaki farklılıkların da dikkate alınması gerekir.

Türk hukukunda, iş sözleşmesi ve hizmet sözleşmesinin unsurları incelendiğinde her iki sözleşmenin de unsurlarının aynı olduğu görülmektedir. Bu unsurlar, bir işin görülmesi, ücret ve işverene bağımlılık unsurlarıdır¹⁸¹. Bu açıdan İş Kanunu m. 8 f. 1'de tanımlanan¹⁸² iş sözleşmesi ile TBK m. 393 de tanımlanan¹⁸³ hizmet sözleşmesinin unsurları arasında (Alman ve Avusturya hukukunun aksine) bir farklılık bulunmamaktadır.

İş Kanunu m. 8 ve TBK m. 393 de tanımlanan iş ve hizmet sözleşmesinin unsurları, arabulucu sözleşmesinin unsurlarıyla tam olarak örtüşmemektedir. Arabulucu sözleşmesinde arabulucunun taraflara bağımlılık unsuru

¹⁸⁰ Brodil, Wolfgang/Risak, Martin E./Wolf, Christoph, Arbeitsrecht in Grundzügen, Lexis Nexis 2013, s. 15.

¹⁸¹ Sümer, s. 37 vd.

¹⁸² İş Kanunu m.8 “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tâbi değildir.” hükmünü içermektedir.

¹⁸³ TBK m. 393 “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir.” hükmünü içermektedir.

bulunmamaktadır. Tam aksine arabulucunun bağımsız ve tarafsız olması gerekmektedir¹⁸⁴. Ayrıca hizmet sözleşmesindeki bağımlılık unsurunun bir sonucu olan, işverenin işçiyi denetleme ve ona talimat verme hakkı, arabulucu sözleşmesinde taraflar için söz konusu olmaz. Bu nedenlerle arabulucu sözleşmesi, İş Kanunu ve TBK’nda tanımlanan iş ve hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemez¹⁸⁵.

Arabulucunun, arabuluculuk süreci sonunda mutlaka çözüm anlaşmasına ulaşma ya da uyuşmazlık çözümü için karar verme yükümlülüğü¹⁸⁶ de bulunmadığı için¹⁸⁷, arabulucu sözleşmesi bir eser sözleşmesi¹⁸⁸ de değildir¹⁸⁹. Arabulucu ancak uyuşmazlık çözümünde tarafların yardımcısı ve sürecin yöneticisidir.

Vekâlet sözleşmesi TBK m. 502 f. 1’de “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, prensip olarak vekâlet sözleşmesi bir tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Sözleşmenin asli unsuru vekilin müvekkile karşı bir iş görme yükümlülüğü altına girmesidir. Sözleşmede bu işgörme karşılığı ücret ödeneceği kararlaştırılmış veya belirli bir iş görme karşılığında ücret ödeneceği özel kanun hükmüyle ya da teamül gereği belirlenmiş ise bu durumda vekâlet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak nitelendirilir. Nitekim TBK m. 502 f. 3 “*Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır*” hükmünü içermektedir.

¹⁸⁴ HUAK m. 9 f. 2’ ye göre, arabulucunun taraflardan birisine tarafsızlığını etkileyebilecek şekilde bir bağı var ise, arabulucu tarafları bu konuda aydınlattıktan sonra, ancak tarafların birlikte arabulucudan, arabuluculuk görevini yapmasını ve sürdürmesini talep etmesi halinde arabuluculuk faaliyetini sürdürebilir.

¹⁸⁵ Aynı görüşte olanlar için bkz. **Kekeç**, s. 140; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 145; **Yazıcı-Tıktık**, s. 163; Hakem sözleşmelerinin de aynı gerekçelerle hizmet sözleşmesi veya iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğine dair bkz. **Taşkın**, s. 25, 30.

¹⁸⁶ Hakem sözleşmesine bağlı olarak hakemin verdiği karar açısından dahi, hakem sözleşmesinin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğine dair bkz. **Taşkın**, s. 27.

¹⁸⁷ **Volkmann**, s. 58.

¹⁸⁸ TBK m. 470 “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere eser sözleşmesinin en önemli unsuru, bir tarafın sonuç odaklı bir eser meydana getirme yükümlülüğü altına girmesidir. Arabulucu sonuç odaklı bir eser meydana getirme değil, tarafların uyuşmazlıklarına kendi çözümlerini bulmada yardımcı olma ve bu süreci yönetme yükümlülüğü altına girmektedir.

¹⁸⁹ Aynı görüş için bkz. **Yazıcı-Tıktık**, s. 160.

Bu hüküm ile, “vekâletin ivazsızlığı” yönündeki kanuni karinenin, “vekâletin ivazlılığı” yönünde tersine çevirildiği görüşü giderek yaygınlık kazanmaktadır¹⁹⁰. TBK m. 502 f. 2’de “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır*” hükmü, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin, kanunda düzenlenmemiş olan diğer iş görme sözleşmelerine de, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağını belirtmektedir.

Vekâlet sözleşmesi bir iş görme sözleşmesidir. Vekilin edimi, maddi edimlerden farklı olarak vekilin malvarlığından değil, bizzat vekilin bedensel ve zihni faaliyetinden kaynaklanır. Vekâlet sözleşmesinin asli unsurları, bir iş veya hizmetin görülmesi, vekâlet verenin menfaatine iş veya hizmet görülmesi, iş veya hizmet görmede zaman kaydına bağlı olunmaması, görülen iş ve hizmetin kanunda düzenlenmiş başka bir iş görme sözleşmesinin konusunu oluşturmaması ve vekilin iş veya hizmet görmesi neticesinde başarılı bir sonuç elde etme garanti yükümlülüğü altında bulunmaması olarak sıralanabilir¹⁹¹. Vekâlet sözleşmesinin asli olmayan unsurları ise, vekilin ücreti, vekilin müvekkile karşı bağımsızlığı¹⁹² ve sözleşmenin her zaman sona erdirilebilme¹⁹³ hakları şeklinde sıralanabilir¹⁹⁴.

Vekâlet sözleşmesine ilişkin bu açıklamalardan sonra arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliğinin bir vekâlet sözleşmesi¹⁹⁵ olduğu söylenebilir¹⁹⁶. Arabulucu

¹⁹⁰ **Gümüş**, s. 130.

¹⁹¹ **Yalçınduran**, s. 34 vd.; **Yavuz**, Cevdet/**Özen**, Burak/**Acar**, Faruk, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2009, s. 522; **Gümüş**, s. 124 vd.; **Yazıcı-Tıktık**, s. 163.

¹⁹² Hizmet sözleşmesinin aksine vekalet sözleşmesinde vekil bağımsız bir konumdadır. Vekil iş veya hizmeti, vekâlet verenin sahip olduğu talimat verme hakkıyla sınırlı olarak zamansal, mekânsal ve maddi bakımdan sahip olduğu bağımsızlıkla, istediği gibi görebilir. Sonuçta bağımsızlık unsuru vekalet sözleşmesini, hizmet sözleşmesinden ayıran unsurdur. Bkz. **Gümüş**, s. 126.

¹⁹³ TBK “*Tek taraflı sona erdirmeye*” başlıklı “*MADDE 512-Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sonaerdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” hükmünü içermektedir.

¹⁹⁴ **Yalçınduran**, s. 45 vd.

¹⁹⁵ Hâkim görüşe ve Yargıtaya göre, hakem sözleşmesi de, bir vekâlet sözleşmesidir. HGK 06.12.1969 T. 969 E. 866 K. “*Yargıtay hukuk kısmının 13/5/1964 gün 1-3, 64/1 esas ve 3 sayılı içtihadı birleştirme kararına göre taraflarla hakemler arasındaki ilişki akdi bir niteliktedir.*”

sözleşmesinde, arabulucunun ana yükümlülüğü, arabuluculuk sürecinde taraflar arasındaki müzakerelere eşlik etmek ve sözleşme veya kanunla belirlenmiş ilkelere göre süreci yönetmektir. Yan yükümlülükleri ise arabuluculuk için gerekli organizasyon şartlarının sağlanmasıyla ilgili yükümlülüklerdir¹⁹⁷. Arabulucunun bu ana ve yan yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesinde vekilin vekâlet verenin bir işini görme veya bir işlemini yapma yükümlülüğüdür. Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini özenle, tarafsız bir şekilde ve bizzat yerine getirir. (HUAK m. 9 f. 1). Vekil de, vekâlet görevini özenle, dürüstlük kurallarına uygun ve genel kural olarak bizzat yerine getirir¹⁹⁸. Taraflar arabulucuyu serbest iradeleriyle seçerler ve istedikleri zaman görevine son verebilirler. Vekâlet veren de istediği vekili serbest iradesiyle seçip, her zaman görevine son verebilir. Hem arabulucu sözleşmesinde, hem vekâlet sözleşmesinde arabulucunun ve vekilin ücreti bu sözleşmelerin zorunlu unsuru değildir. Görüldüğü üzere vekâlet sözleşmesinin kapsamı, arabulucu sözleşmesinin

Tarafların teklifi üzerine hakemlik yapmayı kabul eden kişiler vekâleten onlara ait bir işin yapılmasını üzerlerine almışlardır. O halde taraflar arasındaki bağ bir vekâlet aktidir.” Bkz. Taşkın, s. 35; Benzer şekilde, mimarlık sözleşmesi, hekimlik sözleşmesi, avukatlık sözleşmesi, danışmanlık sözleşmesi ve taşınmaz yönetim sözleşmeleri de, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Yalçınduran, s. 65 vd.; Gümüş, s. 132 vd.

¹⁹⁶ Aynı yönde görüş için bkz. Özbek, Tahlil, s. 1144; Taşpolat-Tuğsavul, s. 145; Benzer şekilde, arabulucu sözleşmesinin vekâlet sözleşmesine benzediğini ve vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin arabulucu sözleşmesine en uygun düzenlemeler olduğu yönünde görüş için bkz. Kekeç, s. 152; Arabulucu sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini, arabulucu sözleşmesinin isimsiz bir iş görme sözleşmesi olduğu da ileri sürülen görüşler arasındadır. Yazıcı-Tıktık, s. 165. Yazar bu görüşünü “arabulucunun uyumsuzluğun her iki tarafında menfaatine uygun bir şekilde, tarafsız ve bağımsız hareket etme yükümlülüğü arabulucu sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayıran en temel özelliklerden birisidir. Bunun yanı sıra arabulucunun şahsen ifa yükümlülüğü mutlak olup, vekalette vekilin işi bizzat görme yükümlülüğü bakımından getirilen istisnalar arabulucu bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. Bu nedenle arabuluculuk sözleşmesi tipik bir vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilemez” şeklinde gerekçelendirmiştir. Ancak kanaatimizce, vekilin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile işi bizzat görme yükümlülüğü vekâlet sözleşmesinin asli unsurları içerisinde yer almamaktadır. Bu unsurlar asli olmayan unsurlar içerisinde de kararlaştırılabilir. Vekalet sözleşmesinde de vekil kural olarak sözleşmeden doğan iş görme borcunu bizzat ifa etmek zorundadır. (TBK m. 506 cümle 1). Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde vekil, işi başkasına yaptırabilir. (TBK m. 506 cümle 2). Bu durum istisna olup vekâlet sözleşmesinin asli unsurunu oluşturmaz. Bu nedenle vekâlet sözleşmesi, arabulucu sözleşmesinin kapsamından daha geniş olup, arabulucu sözleşmesini de kapsayacak çerçevededir.

¹⁹⁷ Schwarz, s. 77.

¹⁹⁸ Başpınar, s. 121 vd.

kapsamından daha geniş olmakla birlikte, arabulucu sözleşmesini de kapsama alanı içerisine almaktadır.

C. İKİNCİ AŞAMA: BİLGİLENDİRME VE DURUM TESPİTİ

Arabuluculuk sürecinde, arabulucunun hareket alanı sınırsız değildir. Arabulucu ile sürece katılan taraflar arasında yapılan arabuluculu sözleşmesi ve arabuluculuk sürecine ilişkin ilkeleri de kapsayan arabuluculuk mevzuatı arabuluculuk sürecinin çerçevesini sınırlayarak çizer.

HUAK m. 15 f. 2 *“Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler”* hükmünü, m. 15 f. 3 ise, *“Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür”* hükmünü içermektedir. Arabuluculuk usûlünü, tarafların arabulucuyla birlikte belirlemesinde büyük fayda vardır. Arabulucu, uyuşmazlığı belirli bir süreç çerçevesi içerisinde çözüme götürür. Arabulucunun başarısı bu çerçeveye bağlıdır. Ancak arabulucunun çerçeve içerisindeki faaliyet alanı katı bir şekilde sınırlanmaz. Arabulucu, sürecin belirli aşamalarının sırasına uymak veya her aşamasını mutlak surette tatbik etmek zorunda değildir. Arabulucu uyuşmazlığın çözümü için, bir taraftan azami esneklik içerisinde hareket ederken diğer taraftan bu amaca uygun hareket eder. Arabuluculuğun avantajları bundan doğmaktadır¹⁹⁹.

Arabuluculuk sürecinin başında, arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğü mutlaktır. Bu yükümlülüğün kapsamı arabuluculuğun esasları, arabuluculuk süreci ve sonuçları hakkındadır (HUAK m. 11). Arabuluculuk sürecinin ilk toplantısında arabulucunun yapacağı açılış konuşmasının, aydınlatma yükümlülüğünü ve belirlenen arabuluculuk usûlünün ve mevzuatın sınırlarını çizdiği süreç çerçevesini kapsaması gerekir. Açılış konuşmasından sonra mevcut uyuşmazlık konularının tesbitine ve uyuşmazlık konusuyla ilgili maddi vakıaların açıklanmasına geçilir.

¹⁹⁹ Kracht, s. 279.

I. Arabulucunun Açılış Konuşması

Arabuluculuk açılış konuşması, arabuluculuk sürecinin giriş kapısıdır²⁰⁰. Arabulucunun açılış konuşmasının, HUAK m. 11 de düzenlenen arabulucunun “ *tarafları aydınlatma yükümlülüğü*” ve HUAK m. 15 de düzenlenen “ *arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde yürütüleceğine ilişkin çerçeveyi*” kapsaması gereklidir. Arabuluculuk görevi, kişisel özelliklerin ve güvenin ön plana çıktığı bir görev olduğu için arabulucu tarafından bizzat yerine getirilmek zorundadır (HUAK m. 9 f. 1)²⁰¹. Bu görevin ve dolayısıyla açılış konuşmasının yerine getirilmesi kısmen ya da tamamen bir başka kimseye bırakılamaz.

Arabulucu, arabuluculuk unvanını da belirterek²⁰² kendisini tanıtarak açılış konuşmasına başlar. Arabulucunun arabuluculuk tecrübesiyle ilgili kısa bir bilgi vermesi ve tarafların arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıklarını çözmek istemiş olmalarının ayrıcalığını ve güzelliğini ifade etmesi, tarafların kendilerini güvende ve rahat hissetmelerini sağlayacak bir unsurdur. Arabulucunun açılış konuşmasının, irâdilik ve eşitlik ilkesini (HUAK m. 3), tarafların egemenliği ilkesini (HUAK m. 2/b; HUAKY m. 19 f. 5), gizlilik ilkesini (HUAK m. 4), tarafların arabuluculuk usûlünü serbestçe kararlaştırabileceklerini, kararlaştırılan usûl çerçevesinde arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde yürütüleceğini (HUAK m. 15), arabuluculuk faaliyeti sırasındaki belge ve bilgilerin daha sonra dava yolunda ve tahkimde kullanılamayacağını ve bu konularda tanıklık yapılamayacağını (HUAK m. 5), aksi taraflarca kararlaştırılmamış ise gizlilik ilkesine riayet edilmemesi halinde ilgilinin cezalandırılabileceğini (HUAK m. 33), arabulucunun arabuluculuk görevini özenle ve tarafsız olarak yerine getireceğini, tarafsızlığından şüphe edilmesi gereken haller var ise bunun bilgisini (HUAK m. 9) ve arabuluculuk ücretinin bilgisini (HUAK m. 7) kapsaması gereklidir. Özellikle arabuluculuk sürecinin sonunda tarafların bir

²⁰⁰ HUAK m. 16 f. 1 c. 1’e göre, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarih, arabuluculuk sürecinin başlangıcıdır.

²⁰¹ HUAK m. 9 f. 1 “ *Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir*” hükmünü içermektedir.

²⁰² HUAK m. 6 f. 2 “ *Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sırasında bu unvanı belirtmek zorundadır*” hükmünü içermektedir.

çözüm anlaşmasına varabilmesi halinde, anlaşma belgesine mahkemesince icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle hukuken ilâm niteliğinde sayılacağına bilgisi de (HUAK m. 18) arabuluculuk açılış konuşmasında yer almalıdır. Taraflar ilk toplantı öncesi, arabulucu ile görüşerek kısmen veya tamamen bu bilgileri almış olsalar bile, hem aydınlatma yükümlülüğünün tam olarak yerine getirildiğinin tutanakla belgelenmesi (HUKY m.11 f. 2)²⁰³ açısından, hem de bütün tarafların huzurunda bu bilgilerin yeniden verilmesi taraflara psikolojik destek sağlaması açısından önemlidir.

Arabulucu, açılış konuşmasından sonra tarafların sordukları sorulara özenle cevap vermelidir. Taraflardan birinin veya her ikisinin arabululuk yöntemini tam ve gerektiği şekilde anlamamış olması, uyuşmazlık çözümünün başarıyla sonuçlanma ihtimalini azaltabilir. Bu nedenle arabuluculuk yönteminin net olarak anlaşılmasını sağlamak, arabulucunun görevidir. Arabulucu, tarafların arabuluculuk sürecini anladıklarından ve serbest iradeleriyle sürece katıldıklarından emin olmalıdır²⁰⁴.

II. Durum Tespiti

Arabulucu sözleşmesi ve arabulucunun açılış konuşmasından sonra, taraflar arasındaki uyuşmazlık konularının toplanması ve tesbitiyle asıl arabuluculuk süreci başlamaktadır²⁰⁵. Uyuşmazlık konularıyla ilgili maddi vakıaların açıklanması için taraflara söz hakkı verilir. Taraflar avukatlarıyla birlikte veya tarafları temsilen avukatları arabuluculuk sürecine katılıyorsa²⁰⁶, uyuşmazlık konusunun hukuki

²⁰³ HUKY m. 11 f. 2 “Arabulucu, taraflarla görüşülerek iletişim kurulduğuna, arabuluculuk faaliyetine başlandığına, bu faaliyete ilişkin işlem ve eylemlerin doğru bir biçimde uygulandığına ve nihayetinde arabuluculuk faaliyetinin sona erdirildiğine yönelik fiili durum ve aşamaları belgelendirir; belge arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Taraflar veya vekillerince imzalanmaz ise sebebi belirtmek sureti ile sadece arabulucu tarafından imzalanır” hükmünü içermektedir.

²⁰⁴ Horstmeier, s. 63.

²⁰⁵ Horstmeier, s. 63.

²⁰⁶ HUAK m. 8 “Arabulucu tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir ve iletişim kurabilir. Taraflar bu görüşmelere vekilleri aracılığıyla da katılabilirler” hükmünü içerir. Tarafların arabuluculuk sürecine vekilleriyle birlikte katılabileceklerine ilişkin düzenleme HUAK tasarı halindeyken yer almıyordu. Bu hüküm, TBMM Adalet Komisyonu tarafından Avukatlık Kanunu m. 2 ve HMK m. 74 gereği vekile tanınan temsil yetkisinin arabuluculuk yönteminde de

yönleri de açıklanabilir. Avukatın vekil sıfatıyla arabuluculuk sürecine katılabilmesi, vekâletnamesinde bu konuda özel yetki verilmiş olmasına bağlıdır (HMK m. 74). Tarafların temel iddiaları, savunmaları ve dayanakları bu aşamada belirlenir²⁰⁷.

Bu aşamada, önceden arabuluculuk usûlü kararlaştırılmamış ise, mahkeme sürecinde olduğu gibi tarafların veya avukatlarının iddia ve savunmalarını dilekçeler şeklinde mi sunacakları, yoksa oturumlarda sözlü olarak mı sunum yapacakları kararlaştırılır. Somut uyuşmazlıklarda, uygun anlatım becerisine sahip olan tarafların, kâğıt ve yazım hazırlığından vazgeçip sözlü olarak sunum yapmaları muhtemelen daha faydalıdır. Çünkü sözlü sunum önemli unsurları ihtiva etmektedir. Her iki hâlde de arabulucu, tarafların sunumlarını özetlemeli ve tarafların uyuşmazlık konularını tek tek ortaya çıkartmalıdır. Bu şekildeki arabuluculuk faaliyeti, belirsizlikleri ortadan kaldırmakta ve üzerinde tartışma olan ve olmayan konuları ortaya çıkarmaktadır²⁰⁸. Tarafların sunumunun arabulucu tarafından özetlenmesi bir tarafın uyuşmazlık konusuna bakış açısının, diğer tarafça daha iyi anlaşılmasına da yardımcı olacaktır.

Arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için “*uyuşmazlık konularının iyi işlenmesi gerektiği*” konusunda tarafların dikkatini çekmelidir. Bütün tarafların, uyuşmazlık konusu somut olayları mümkün mertebe değerlendirme yapmaksızın anlatmaları sağlanmalıdır. Bununla birlikte uyuşmazlık konularına ilişkin tarafların kişisel bakış açıları ortaya çıkartılmalıdır. Bu faaliyetlerin şeffaflık ve saygı sınırları içerisinde gerçekleştirilmesi arabulucunun yönetimiyle sağlanmalıdır²⁰⁹.

Uyuşmazlık konularının toplanması aşamasında, taraflardan biri diğer tarafa suç isnad ederek yıkıcı bir faaliyet içinde bulunabilir. Bu durumda arabulucu, uyuşmazlık konularını farklı formüle ederek değerlendirme yapmadan suçlamaları objektif hale getirerek tespit etmek zorundadır. Aynı zamanda arabulucu, objektif gerçeklerden ziyade subjektif algılara da yoğunlaşmalıdır. Arabulucu, taraflarca ileri

kullanılabileceğini açıkça belirtmek amacıyla konulmuştur. Bkz. HUAK. m. 8 Adalet Komisyonu gerekçesi.

²⁰⁷ Taşpolat-Tuğsavul, s. 178.

²⁰⁸ Horstmeier, s. 63.

²⁰⁹ Kessen/Troja, s. 296.

sürülen konuların görüş birliği olan kısımları ile uyuşmadıkları kısımları tespit etmelidir²¹⁰.

Durum tespiti aşamasında arabulucu, uyuşmazlık konuları hakkında bilgi toplamalı ve bu konuları önem sırasına göre hiyerarşik olarak sıralamalıdır. Bu aşamanın ara sonucu kayıt altına alınarak belgelendirilebilir. Toplanan bu uyuşmazlık konularının hangilerinin öncelik sırasına göre ele alınması konusunda bir anlaşmaya varılmalıdır. Durum tespiti aşamasının sonunda arabulucu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın bütün arka planlarıyla geçmişini ve taraflara şahsi etkisini tespit etmiş olmalıdır. Bu tespit, taraflar arasındaki uyuşmazlık hattının nereden geçtiğinin bilinmesi açısından önem arz eder²¹¹.

Durum tespiti aşaması şu açıdan önemlidir. Tarafların doğrudan konuşması, onları duygularından arındırır ve ileride doğru karar vermelerine yardımcı olur. Tarafların karşılıklı iddialarını ve savunmalarını dinlemeleri, arabuluculuk sürecinde çözüm anlaşmasına varamadıkları takdirde, olası bir davada neyle karşılaşabileceklerini görmelerini sağlar. Bu görüş açısı, tarafların süreç içerisinde yumuşamasına neden olur. Bu aşamada taraflar ve arabulucu, çözüm anlaşmasına engel olan unsurları netleştirebilirler²¹².

D. ÜÇÜNCÜ AŞAMA: UYUŞMAZLIĞIN ARKASINDAKİ TARAF İHTİYAÇLARININ (MENFAATLERİNİN) VE TALEPLERİNİN BELİRLENMESİ

Bu aşama tarafların, uyuşmazlığın arkasındaki gerçek ihtiyaçlarını ve taleplerini ortaya çıkarma aşamasıdır. Arabulucu, uyuşmazlığın taraflarının kendi ihtiyaçlarını ve taleplerini fark etmelerine ve bunları dile getirmelerine yardımcı olur. Aynı zamanda arabulucu, tarafların karşılıklı olarak birbirlerinin ihtiyaç ve taleplerini anlamasına destek olur. Bu suretle tarafların menfaat odaklı gerçek ihtiyaçlarının ve taleplerinin ortaya çıkarılması, taraflar arasında bir çözüm

²¹⁰ Horstmeier, s. 64.

²¹¹ Horstmeier, s. 64.

²¹² Kekeç, s. 180.

anlaşmasının mümkün olup olamayacağı konusunda taraflara ipuçları verir. Arabulucu, toplanılan taraf taleplerinin bütünlüğünü kontrol eder²¹³.

Bir uyuşmazlık konusunda, taraflardan birinin hukuki talep sonucu, gerçek ihtiyacından farklı anlaşılabilir. Örneğin; bir boşanma davasının fer'i sonuçlarından çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin olarak, babanın çocuğu ile haftada üç gün görüşme talebinin arkasında, çocuğuyla irtibatı kaybetmeme ihtiyacı yatmaktadır. Bir arabuluculuk sürecinde, babanın asıl ihtiyacının çocukla olan irtibatı kaybetmemek olduğu belirlendiğinde, iki tarafın da kabul edebileceği çözüm seçeneklerini ortaya çıkarmak mümkün olabilecektir²¹⁴.

Taraflar, karşılıklı olarak birbirlerinin uyuşmazlığın arkasındaki gerçek ihtiyaçlarını tanıdıklarında uyuşmazlığın çözümü daha da kolaylaşmaktadır. Burada arabulucu önemli bir görevi üstlenmektedir. Arabulucu, tarafların hukuken şekillendirdikleri taleplerinin yerine, tarafların asıl ihtiyaçlarını merkeze getirmektedir. Arabulucu, hukuki taleplerden ziyade taraflarla birlikte uyuşmazlığın asıl çekirdeğini aramaktadır. Asıl ihtiyaçların teşhisi, çözüm için önemlidir. Çünkü tarafların asıl ihtiyaçları, uyuşmazlığın gözükmeyen sebepleri olabilir²¹⁵.

Tarafların gerçek ihtiyaçlarını ortaya çıkarmak, arabulucunun yüksek iletişim kabiliyetine bağlıdır. Çünkü çoğu zaman uyuşmazlığın arkasındaki taraf ihtiyaçları açık açık taraflarca ortaya konulmamaktadır. Bu asıl ihtiyaçlar arabulucunun yardımıyla ortaya çıkarılmaktadır. Bunun için arabulucu, soru, dile getirme, açıklama ve yansıtma gibi teknikler kullanır. Arabulucu, arabuluculuk sürecinin odaklandığı uyuşmazlık alanlarını, taraflara gösterebilecek şekilde çaba harcar²¹⁶.

Arabubulucu bu amaca yönelik olarak taraflarla birlikte veya ayrı²¹⁷ görüşebilir (HUAK m.8). Arabulucu, yürütülen arabuluculuk faaliyetinin özelliği ve tarafların

²¹³ Kessen/Troja, s. 297.

²¹⁴ Horstmeier, s. 64.

²¹⁵ Horstmeier, s. 65.

²¹⁶ Horstmeier, s. 65.

²¹⁷ Özel oturumlar için bkz. Kekeç, s. 181-187.

durumuna göre²¹⁸ taraf ihtiyaçlarının ortaya çıkartılmasında hangi görüşme şeklinin faydalı olacağına inanıyorsa onu uygulamalıdır. Arabulucunun taraflar ile ayrı görüşmesi halinde, hukuki dinlenilme hakkı ilkesi gereğince arabulucu, taraflardan birinin sonuca yönelik talepleri hakkında diğer tarafı bilgilendirmelidir. Arabuluculuk sürecinde hukuki dinlenilme hakkı tam olarak uygulanmasa da, temel prensiplerinin korunmasına dikkat edilmesi gerekmektedir²¹⁹. Arabulucu, arabuluculuk sürecinde uyuşmazlığın çözümü için tarafları anlaşmaya teşvik eden bir üçüncü kişi olarak tarafsız ve bağımsız olmalı ve taraflara eşit mesafede olduğunu hissettirmelidir²²⁰. Bu bağlamda tarafların, kendilerine arabulucunun adil davrandığını düşündükleri oranda, arabuluculuk sürecini sürdürmeleri ve sonucunda çözüm anlaşmasına ulaşma ihtimali yükselecektir.

Arabulucunun yardımıyla ortaya çıkartılan asıl taraf ihtiyaçları bir konu ve değer sistemine göre tasnif edilmelidir. Bu tespit ve tasnif, bir tarafın diğer tarafın ihtiyaçlarını anlamasına yardımcı olur. Aynı zamanda taraflara farklı bakış açılarını görebilme imkânı sağlar. Böylece taraflar, sadece kendi bakış açılarının tek doğru olmadığına, diğer bakış açılarının da gerçekçi ve savunulabilir olduğunun farkına varabilir²²¹.

E. DÖRDÜNCÜ AŞAMA: UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM SEÇENEKLERİNİN ARANMASI, OLUŞTURULMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu aşamada taraflar, tespit edilen esas ihtiyaçlar ve menfaatler üzerinden arabulucunun yardımıyla çözüm seçenekleri ararlar ve oluştururlar. Bunun için önce beyin fırtınası (brainstorming) yapılır ve başka yaratıcı çözüm teknikleri kullanılır²²². İhtiyaçlar temelinde yeni çözüm seçeneklerin keşfedilmesi, sürecin başlangıcındaki uyuşmazlık pozisyonu için gerekli olduğu düşünülen çözüm aşılarak mümkün olur. Bu çözüm seçeneklerini çoğaltma arayışı “*pastayı büyütme*” (kuchenvergrößerung)

²¹⁸ HUAK m. 8 hükümet gerekçesi.

²¹⁹ Hess, Rechtsgrundligen, s. 1075.

²²⁰ Hess, Rechtsgrundligen, s. 1073.

²²¹ Horstmeier, s. 65.

²²² Horstmeier, s. 65; Taşpolat-Tuğsavul, s. 179.

teknîği olarak ifade edilmektedir. Tarafların çözüme yönelik her türlü çözüm seçenekleri toplanır. Taraflar, uyuşmazlığın çözümü için geleceğe yönelik olarak kendi ihtiyaçlarını karşılayacak ve her iki tarafında kabul edebileceği çözüm seçeneklerini arayıp bulmalıdır. Bu aşamada, ilk adımda bir değerlendirme ve eleştiri yapılmamakta, sadece çözüm seçenekleri toplanmaktadır. Çözüm seçeneklerinin toplanmasından sonra, toplanan çözüm seçeneklerinin değerlendirilmesine geçilmektedir²²³.

Tarafların farklı yaklaşımlarla buldukları uyuşmazlık çözüm seçenekleri toplandıktan sonra değerlendirmeye geçilir. Değerlendirme yapılırken hangi çözüm seçeneklerinin tarafların ihtiyaçlarına en çok uyduğuna bakılır. Bunun için taraflar ve arabulucu beraberce, tarafların ihtiyaçları üzerine bina edilen çözümün, hangi ölçülere göre ihtiyaçlara hakkını verip vermediğine bakar. Somut çözüm yaklaşımlarında gerektiğinde dışarıdan uzmanlar getirtilebilir. Uzmanlar, hukuki, vergisel, ekonomik veya teknik uzmanlık gerektiren alanlarda, tarafların kendi bakış alanlarına alternatif bakış açıları kazandırabilir. Daha farklı uyuşmazlık çözüm seçeneklerinin oluşturulmasına yardımcı olur²²⁴.

HUAK m. 15 f. 4 “*Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz*” hükmünü içermektedir²²⁵. Yargısal bir yetki kullanmayan ve karar verici konumunda olmayan arabulucu ve onun faaliyetine ilişkin olarak konulan bu hüküm ve gerekçesi, kıyaslama yapılamayacak iki ayrı alanın konusu olduğu için esasen gereksizdir. Çünkü yargısal bir yetki kullanan hâkimin bilirkişi incelemesi yaptırması, tanık dinlemesi ve keşif yapması, karar için yapması gereken yargısal faaliyetlerdir. İrâdilik ve tarafların egemenliği ilkesinin hâkim olduğu ve yargısal bir faaliyet

²²³ Kessen/Troja, s. 298; Horstmeier, s. 65.

²²⁴ Horstmeier, s. 65.

²²⁵ Maddenin hükümet gerekçesi, “...Arabulucu, uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımcı olan, çözüm ortamını hazırlayan kişi konumundadır; ancak karar veren kişi değildir. Arabulucunun yetkilerinin sınırlarının belirlenmesi bakımından bu açık düzenlemeye yer verilmiştir. Bu çerçevede hâkimin yargılama faaliyeti ile ilgili yaptığı işlemler, özellikle tahkikat işlemleri, örneğin keşif, bilirkişiye başvurma gibi işlemler arabulucu tarafından yapılamaz. Buna bağlı olarak yargısal yetki kullanılması ve zorlayıcı bir takım işlemler, arabuluculuk faaliyetinde söz konusu olamaz...” şeklinde kaleme alınmıştır.

yapılmayan arabuluculuk sürecinde, tarafların uyuşmazlık konusu hakkında çözüm seçeneği oluşturmak için uzman getirtmeleri, uyuşmazlık konusu olan somut yer üzerinde inceleme yapmaları veya tanıkların görgüsüne başvurmaları teknik anlamda birer yargısal faaliyet olarak nitelendirilemez. Çünkü bu faaliyetler, HMK anlamında, bir yargılamanın tahkikat aşamasında hâkim tarafından yapılan yargısal nitelikteki faaliyetlerden değildir. Bu nedenle bu tür arabuluculuk faaliyetlerine, HMK'nın bilirkişilik, tanıklık ve keşif ile ilgili hükümleri kıyasen dahi uygulanamaz.

Bu bağlamda arabuluculuk faaliyeti sırasında uyuşmazlık çözüm seçeneği oluşturmak için, tarafların uzman görüşüne başvurmaları, uyuşmazlık konusuyla ilgili bir yeri incelemeleri (örneğin bir tazminat talebinde kusur oranlarını anlamak ve bu doğrultuda çözüm seçeneği oluşturmak için tarafların kaza mahallini beraberce incelemeleri) ve tanık dinlemeleri²²⁶ mümkündür. Bu faaliyetler, tarafların uyuşmazlık çözüm seçeneği oluşturmak için yaptıkları faaliyetlerdir. Esasen bu sayılan faaliyetleri arabulucu değil, onun yardımıyla uyuşmazlığın tarafları yapmaktadır. Arabulucu yargılama faaliyeti olarak bir tahkikat yapmamaktadır. Arabulucu aktif arabuluculuk yaparak bir çözüm önerisi de sunmamaktadır. Bu nedenle arabuluculuk faaliyeti hâkimin yargısal yetki kullandığı bir faaliyet olarak nitelendirilemez.

Değerlendirici veya kolaylaştırıcı arabuluculuk yaklaşımlarından hangisinin benimsenmesi gerektiği konusunda henüz bir mahkeme kararı bulunmayan Belçika'da arabulucu, arabuluculuk sürecinde uyuşmazlık konusuyla ilgili tarafların onayıyla, tanıkları gönüllü olarak dinleyebilmekte ve uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiye başvurabilmektedir²²⁷.

İrâdilik ve tarafların egemenliği ilkesinin hâkim olduğu ve yargısal bir faaliyet yapılmayan arabuluculuk sürecinde, tarafların uyuşmazlık konusu hakkında çözüm seçeneği oluşturmak için uzman getirtmeleri, uyuşmazlık konusu olan somut yer üzerinde inceleme yapmaları veya tanıkların görgüsüne başvurmaları teknik anlamda birer yargısal faaliyet olarak nitelendirilemez. Nitekim Anayasa Mahkemesi

²²⁶ Buradaki tanıklık, bir olay hakkında bir kişinin gördüğünü ya da bildiğini herhangi bir üçüncü kişiye aktarmasından farklı değildir. Usûl hukukunun sonuç bağladığı anlamda yargısal bir faaliyet değildir.

²²⁷ Verougstraete, s. 103, Code Judiciaire m. 1729.

10.07.2013 T. 2012/94 E. 2013/89 K. sayılı kararında “...*Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir...*” ifadesiyle, arabuluculuğun bir yargılama faaliyeti olmadığını vurgulamıştır. O halde, arabuluculuk sürecindeki faaliyetler, hâkim tarafından yapılan yargısal veya benzeri faaliyetlerden değildir. Buna ilaveten çözüm seçeneği oluşturmak için tarafların gerçekleştirdiği faaliyetler, esasen arabulucudan ziyade tarafların faaliyeti olduğu için, HUAK m. 15 f. 4 hükmünün bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir²²⁸. Ancak bu hükmün tartışma zemini oluşturmaması için, kanun maddesinde gerekli düzenleme daha açık olarak yapılmalıdır.

Bu aşamada taraflar, her iki taraf için de en çok başarı vaad eden çözüm seçeneğinin uygulanabilirliği üzerinde pazarlık ederler. Aynı zamanda çözüm seçenekleri, müzakere edilebilecek en iyi alternatif (Best Alternative to Negotiated Agreement, BATNA) ve müzakere edilebilecek en kötü alternatif (Worst Alternative to Negotiated Agreement, WATNA) açısından incelenecektir. En ideal çözüm seçeneği olarak, kazanan-kaybeden durum (win-lose situation) seçeneği değil, her iki tarafında kazandığı kazan-kazan durum (win-win situation) seçeneği hedeflenmelidir²²⁹.

Hukuki arka planlı uyuşmazlıklarda (örneğin ticari arabuluculuklarda), tarafların uyuşmazlığa bakış açısı ve uzlaşma alanı çoğu zaman kazan-kazan durumundan ziyade, daha çok tehdit oluşturan bir mahkeme konusu dava tarafından şekillenmektedir. Arabuluculuk konusu işlenirken güzel bir örnek olarak anlatılan portakal örneği²³⁰, taraflar arasındaki benzer ihtiyaçlar ve menfaatler söz konusu

²²⁸ Bilirkişilerden görüş alınabilmesi gerektiği yönde bkz. **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 1239; Olması gereken hukuk açısından benzer değerlendirmeler için bkz. **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 181.

²²⁹ **Horstmeier**, s. 66; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 165, 166.

²³⁰ Mutfakta iki kişi var. Ortada her ikisinin de istediği bir adet portakal söz konusu. Çözümün ne olduğunu düşünürdünüz. Portakalı ortasından ikiye bölerler ve her biri bir parçayı alabilir. Bu genellikle doğrudan doğruya çözüme odaklandığımız için bulduğumuz çözümdür. Hadi bu iki insanın hikâyesinin devamında ne yaptığına bakalım. Birisi elindeki yarım portakalla meyve sıkıcısına gider ve elindeki parçanın suyunu sıkmaya başlar. Az da olsa içmek için portakal suyu elde etmiştir. Diğeri ise zorlanarak yarım portakalın kabuğunu rendeleyip yapacağı portakallı kek

olduğunda çoğu zaman bir anlam ifade etmemektedir. Bu durumda, uyuşmazlık konusuna ilişkin bir mahkemedeki hukuki mücadele sonucunun, en iyi ve en kötü alternatifi olabilecek çözüm seçenekleri üzerinde değerlendirme yapılır. Bu değerlendirmeyi arabulucu değil, taraflar yapmalıdır. Bunun için tarafların, dava masrafları, davada hangi taleplerinin karşılık bulabileceği ve bunun hangi ticari sonuçlarının bulunduğu hakkında iyi ve gerçekçi bir bakış açısına sahip olmaları gerekir²³¹. Bunu sağlamak için taraflar, hukuk danışmanlarından ve uzmanlardan yeterince istifade ederek, benzer konudaki bir hukuk davasının yaklaşık sonuçlarını görebilmelidir. Bu durumun tesbiti, tarafların arabuluculuk süreci sonunda çözüm anlaşmasına ulaşma ihtimalini kuvvetlendirir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık alanları çoksa, çözüm seçeneklerini ayrı ayrı geliştirmek daha faydalıdır. Bu durumda çözüm seçeneklerinin uygulanabilirliği açısından senkronize edilmesi gerekir. Arabuluculuk süreci taraflar arasında katı bir tutum sergilenerek geçiyor veya taraflar bir karar veremiyorsa, arabulucu daha aktif bir rol almalıdır. Arabulucu, taraflarla teke tek görüşme gibi teknikleri de kullanarak tarafların ulaşacağı bir çözüm anlaşmasının bir mahkeme kararına tercih edilmesi gerektiğini hatırlatmalı ve bir çözüm anlaşması için teşvik edici olmalıdır²³². Ancak arabulucu, taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez²³³.

için az miktarda esans elde etmiştir. Doğrudan çözüm bulmaya girişmek yerine ihtiyaçlarını tartışmışlar mıydı? Her ikisi de ihtiyaç duydukları tüm portakala sahip olabilirdi. Taraflardan birisi portakalın suyuna, diğeri kabuğuna ihtiyaç duyuyordu. Bir tarafın bir portakalın suyunun tamamını, diğer tarafın bir portakalın kabuğunun tamamını alabilmeleri arabuluculuk yöntemiyle mümkündür. Bkz. **Horstmeier**, s. 66; (Bu portakal örneğinin değişik bir versiyonunu, Sayın Arabuluculuk Daire Başkanımız Hakan Öztatar bey, bütün arabuluculuk tanıtım ve arabuluculuk kültürünün yerleşmesine ilişkin toplantılarda dile getirmektedir). Örneği dinlemek için bkz. <http://blog.arbulucu.com/2008/03/kazan-kazan-yaklasimi-win-win-approac> (s.e. 20.11.2016).

²³¹ **Duve**, Christian/**Eidenmüller**, Horst/**Hacke**, Andreas, Mediation in der Wirtschaft, Köln 2011, s. 243.

²³² **Horstmeier**, s. 66.

²³³ Arabulucu bu faaliyeti sırasında HUAK. m. 2/b deki arabuluculuk tanımında ve maddenin hükümet gerekçesinde ‘‘...Diğer bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler; o haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun bir şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır. Arabulucu, tarafların üzerinde

Almanya’da Arabuluculuk Kanunu m. 2(3) hem aktif hem de pasif arabuluculuğa izin verir. Arabulucu taraflar arasında iletişimi sağladığı gibi, tarafların talep etmesi halinde, taraflarla ayrı ayrı görüşerek içerik olarak da çözüme katkıda bulunabilir²³⁴. Çözüm önerisi sunabileceği gibi, tarafların talep etmesi halinde “*son teklif*”²³⁵ süreciyle, tarafların sundukları son tekliflerden birini de seçebilir²³⁶. Arabulucunun daha fazla aktif olması, taraflar arasındaki kuvvet dengesizliklerini daha etkili dengelemesine ve süreci daha iyi yönetmesine imkân sağlamaktadır. O yüzden Alman literatüründe genel itibarıyla ve haklı olarak aktif arabulucu modelinden yola çıkılmaktadır²³⁷. Arabulucunun kendisinin süreç içerisinde uyuşmazlık konusu hakkında çözüm sunamayacağını ileri sürenler, bunun sadece tarafların egemenliği ilkesine aykırı değil, aynı zamanda arabulucunun tarafsızlığını tehlikeye düşürdüğünü de beyan etmektedir²³⁸. Ancak arabulucu, tarafsızlığını tehlikeye sokmadan içerikle alakalı yardımcı olarak taraflarla beraber çalışabilir²³⁹. Tarafların sadece arabulucunun sunduğu çözüm önerisinin, tarafsız bir üçüncü şahıs tarafından yapıldığını göz önünde bulundurmaları gerekir. Arabulucunun sunacağı çözüm önerisinde esas problem tarafsızlığın tehlikeye girmesi değil, arabulucunun faaliyeti ile tarafların egemenliği ilkesi arasındaki gerilim hattıdır²⁴⁰. Arabulucunun buradaki görevi, taraflara çözüm önerisi üzerinde

anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir; taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz. Arabuluculuk görüşmelerinde tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bunun pekiştirilmesi ile birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini genel bir çerçevede üretip, değerlendirmeleri temin edilir. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir...’’ şeklinde kaleme alınan hüküm çerçevesinde hareket eder.

²³⁴ Horstmeier, s. 87.

²³⁵ Bkz. Yukarıda Birinci Bölüm, “*Karşılaştırmalı Hukukta Diğer Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Son Teklif*” başlığı altındaki açıklamalar.

²³⁶ Horstmeier, s. 66, 67.

²³⁷ Mahler/Mahler, s. 133; Montada/Kals, s. 50.

²³⁸ Gasner/Holznagel/Lahl, s. 23; Kracht, s. 286; Yazıcı-Tıktık, s. 49.

²³⁹ Kracht, s. 286.

²⁴⁰ Montada/Kals, s. 50.

baskısız düşünmeleri için yeterli serbest alanın bırakılmasını sağlamaktır. Kaldı ki arabulucudan çözüm önerisi sunmasını isteyen taraflardır. Eğer taraflar, özenli bir incelemeden sonra çözüm önerisine kendileri sahip çıkarlarsa, tarafların egemenliği ilkesinin bir ihlali söz konusu değildir²⁴¹.

Mevzuatımızda olması gereken hukuk açısından, uyuşmazlık çözüm seçeneklerinin aranması, oluşturulması ve değerlendirilmesi aşamasında, tarafların talep etmesi halinde arabulucunun aktif arabuluculuk faaliyetinde bulunmasına, yani somut çözüm önerisi getirebilmesine imkân tanınmalıdır. Tarafların egemenliği ilkesinin hâkim olduğu arabuluculuk yönteminde tarafların talep etmesi halinde aktif arabuluculuğun engellenmesinin bir gerekçesi olamaz. Arabulucunun çözüm önerisi sunmasını taraflar talep ettiğinden, tarafların egemenliği ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Taraflar hukuken mümkün olan imkânların dışına çıkmak istiyorlarsa, tarafların egemenliği ilkesini kısıtlayan arabulucu değil, tarafların kendisidir. Nasıl ki, taraflar gizlilik ilkesinin aksini kararlaştırabiliyorsa (HUAK m. 4), her iki tarafın talep etmesi hâlinde arabulucunun çözüm önerisi sunması, tarafsızlık ilkesine ve tarafların egemenliği ilkesine aykırılık teşkil etmez. Arabulucunun bu aşamadaki somut çözüm önerisi, sadece taraflara uyuşmazlığın çözümüne ilişkin yeni bir bakış açısı kazandıracaktır. Arabulucunun uyuşmazlığa ilişkin çözüm önerisinden sonra, taraflar baskı görmeden başka bir çözüm seçeneğinde anlaşma sağlarsa, onların bu anlaşma yetkisi tarafların egemenliği ilkesine dayanır. Nitekim aktif arabuluculuk yaklaşımının benimsendiği ülkelerde arabuluculuk yöntemine başvuru ve bu yolla uyuşmazlığı çözüme kavuşturma oranlarının çok daha yüksek olduğu görülmektedir²⁴². Olması gereken hukuk açısından tarafların talep etmesi hâlinde, arabulucunun çözüm önerisi sunabilme imkânını sağlayan aktif arabuluculuk yaklaşımının da mevzuatımızda düzenlenmesi gereklidir.

²⁴¹ Kracht, s. 286.

²⁴² Bkz. Yukarıda İkinci Bölüm, “Arabuluculuk Faaliyetinin Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri ve Gelişimi”.

F. BEŞİNCİ AŞAMA: ARABULUCULUK FAALİYETİNİN SONA ERMESİ

HUAK'nun “Arabuluculuğun sona ermesi” başlıklı 17. maddesi 1. fıkrası “Aşağıda belirtilen hâllerde arabuluculuk faaliyeti sona erer: a) Tarafların anlaşmaya varması. b) Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi. c) Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi. ç) Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi. d) Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi” hâllerini, arabuluculuk faaliyetini sona erdiren hâller olarak tek tek sayarak hüküm altına almıştır²⁴³. Hüküm benzer şekilde HUAKY m. 21 f. 1’e de aktarılmıştır.

Ayrıca AAÜT m. 4’de, tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmaya varmış olması, taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi ve uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suç ile ilgili olduğu hususları ortaya çıkmasıyla veya taraflardan birinin ölümü ya da iflâsı halinde arabuluculuk faaliyetinin sona ereceği ve arabulucunun ücrete hak kazanacağı belirlenmiştir.

AAÜT m. 5’e göre, arabuluculuk faaliyeti devam ederken uyuşmazlık, arabuluculuk faaliyetinin konusuz kalması, feragat, kabul veya sulh gibi arabuluculuk yolu dışındaki yöntem ve nedenlerle de arabuluculuk faaliyetinin sona

²⁴³ Madde 17’nin 1. fıkrası gerekçesi “Birinci fıkrada, dört halde arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği kabul edilmektedir. Buna göre, taraflar anlaşmaya varmışlarsa; taraflara danışıldıktan sonra, arabulucu bu faaliyet için artık çaba harcamanın gereksiz olduğunu tespit ederse; taraflardan biri, karşı tarafa ya da arabulucuya bu faaliyetten çekildiğini bildirirse veya taraflar bir anlaşma olmaksızın bu süreci sona erdirirlerse, arabuluculuk faaliyeti son bulacaktır” şeklinde kaleme alınmıştır.

ereceği ve arabulucunun bu hâlde ücretin tamamına hak kazanacağı hüküm altına alınmıştır.

I. Arabuluculuk Faaliyetinin Bir Çözüm Anlaşmasına Varılmadan Sona Ermesi

HUAK m. 17 f. 1 de, tarafların çözüm anlaşmasına varması hâlini düzenleyen a) bendi dışındaki hâller, bir çözüm anlaşmasına varılmadan arabuluculuk faaliyetini sona erdiren hâller, b) bendinden itibaren şu şekilde sıralanmıştır.

1. Arabuluculuk Faaliyetinin Devamı İçin Daha Fazla Çabanın Gereksiz Olduğunun Tespiti

HUAK m.17f.1 b) bendi “*Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi*” hâlini, arabuluculuk faaliyetini, çözüm anlaşmasına ulaşılmadan sona erdiren hâllerden biri olarak düzenlemiştir. Arabuluculuk için daha fazla çaba sarf etmenin gereksizliğinin tespiti arabulucu tarafından yapılacaktır. Ancak arabulucunun bu tespiti tek başına arabulucuk faaliyetini sonlandırmak için yeterli değildir. Çünkü arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerden olan tarafların egemenliği ilkesine göre sürecin başlamasına, devamına ve sonlandırılmasına taraflar karar verir. Bu ilkenin varlığı hükümde geçen “*Taraflara danışıldıktan sonra*” ifadesiyle bir kez daha vurgulanmıştır.

2. Taraflardan Birinin Arabuluculuk Sürecinden Çekilmesi

HUAK m.17 f. 1 c) bendi “*Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi*” hâlini, arabuluculuk faaliyetini, çözüm anlaşmasına ulaşılmadan sona erdiren bir diğer hâl olarak düzenlemiştir. Bu hüküm irâdilik ilkesinin bir sonucudur. Nitekim HUAK m. 3 f. 1’de “*Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçme konusunda serbesttirler*” hükmü ile düzenlenen irâdilik ilkesi gereği taraflardan biri, arabuluculuk sürecinden istediği zaman vazgeçebilir.

Doktrinde “*çifte özgürlük*” ilkesinden bahsedilmektedir. Bu bir yandan, bir arabuluculuk sürecine katılmada serbestliği, diğer yandan, arabuluculuk yöntemiyle anlaşmaya varmak ve arabuluculuk anlaşmasını tamamlamaktaki serbestliği kapsar²⁴⁴. Arabuluculuk sürecine katılmada irâdilik ilkesine, zorunlu arabuluculukla ilgili düzenlemelerle sınırlamalar getirilebilse de, arabuluculuk sürecinden çekilmede irâdilik ilkesi mutlaklıdır.

3. Tarafların Birlikte Arabuluculuk Faaliyetini Sona Erdirmesi

HUAK m. 17 f. 1 ç) bendi “*Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi*” hâlini, arabuluculuk faaliyetini, çözüm anlaşmasına ulaşılmadan sona erdiren hâllerden bir diğeri olarak düzenlemiştir. Tarafların arabuluculuk faaliyetini sona erdirmek için anlaşmaları da bir sona erme sebebi olarak zikredilmiştir. Taraflardan birinin dahi çekilmesinin mümkün olduğu arabuluculuk sürecini, her iki tarafın birlikte sona erdirebilmesi gayet tabiidir. Bu hükümde, irâdilik ve tarafların egemenliği ilkeleri kendini göstermektedir. .

4. Uyuşmazlığın Arabuluculuğa Elverişli Olmadığının Tespit Edilmesi²⁴⁵

HUAK m. 17 f. 1 d) bendi “*Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi*” hâlini, arabuluculuk faaliyetini, çözüm anlaşmasına ulaşılmadan sona erdiren hâllerden bir diğeri olarak düzenlemiştir.

Esasen uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığının tespiti, arabuluculuğa ön hazırlık aşamasında en geç ilk arabuluculuk toplantısında arabulucu tarafından yapılmalıdır. Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde, arabuluculuğun kapsamı hakkında tarafların bilgilendirilmesi ve uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişliliğinin değerlendirilmesi gibi konular,

²⁴⁴ Nelle/Hacke, s. 56.

²⁴⁵ Bu konu yukarıda, “*Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş veya İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları*” bölümünde geniş olarak incelenmiştir.

bu ilk toplantının konularıdır²⁴⁶. Ancak bu husus ilk toplantıda arabulucu tarafından tespit edilememişse, arabuluculuk faaliyet sürecinin herhangi bir aşamasında uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmadığına tespitinin yapılmış olması, arabuluculuk faaliyetinin sona erme sebebidir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, arabuluculuk faaliyetini sona erdiren hâlin, çözüm anlaşmasının cebri icraya elverişli olmadığına tespiti değil, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmadığına tespitidir.

5. Arabulucunun Taraflara Diğer Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerini Önermesi ve Arabuluculuk Faaliyetini Sona Erdirmesi

Arabulucu, HUAK m. 17 f. 1 sayılan arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlleri dışındaki bazı durumlarda, arabuluculuk sürecini sonlandırabilir. Bu durum, ilk bakışta tarafların egemenliği ilkesine aykırı gibi gözükebilir. Arabulucunun görevi, taraflar arasındaki iletişimi ve süreç yönetimini sağlamaktır. Arabulucu, hukuki açıdan sadece uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli bir konu olup olmadığını değerlendirir²⁴⁷. Tarafların ürettikleri çözümün adil ve hakkaniyete uygun olup olmadığını değerlendirmek arabulucunun görevi ve sorumluluğunda değildir. Ancak tarafların arasındaki aşırı güç dengesizliğini açıkça gösteren bir çözüm seçeneği taraflarca ortaya konulmuş ise, bu takdirde arabulucunun taraflara etik kurallar gereği müdahalede bulunması gerekebilir.

Tarafların vardıkları çözüm anlaşması, menfaatler arasında aşırı bir dengesizlik içeriyorsa ve arabulucunun adalet anlayışını ölçsüz bir şekilde aşıyorsa, bu normal olmayan durumda Arabuluculara İlişkin Model Etik ve Uygulama Kuralları uygulanmalıdır. Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları Mart-2013 m. 8.6 “*Ancak, arabulucu, uygun gördüğünde, taraflara uyuşmazlıklarını tahkim, danışmanlık, tarafsız değerlendirme veya diğer uyuşmazlık yöntemleriyle çözmeyi düşünmelerini*

²⁴⁶ Kessen/Troja, s. 295, 296; Horstmeier, s. 58.

²⁴⁷ Bunun gibi çözüm anlaşmasının ilâm niteliğinde belge olabilmesi için HUAK. m. 18 f. 2 ye göre mahkemeden icra edilebilirlik şerhi talep edildiğinde hâkim dahi, anlaşmanın adil ve hakkaniyete uygun olup olmadığına değil, içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya uygun olup olmadığına konusuna yönelik inceleme yapabilir. Hâkimin de inceleme yetkisi sınırlıdır.

önerebilir” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Arabulucu için önemli olan, tarafların çözüm anlaşmasını anlamaları ve bu anlaşmayı maddi ve hukuki durumun farkında olarak yapmalarını sağlamaktır²⁴⁸. Arabulucu, kararların taraflarca bilerek ve sahîh rızayla alınmasını ve tarafların tamamının anlaşmanın hükümlerini anlamasını sağlayacak uygun tedbirleri alacaktır²⁴⁹. Arabulucu, taraflardan birinin çözüm anlaşmasını anlamadığını ve mevcut durumun farkına varamadığını görürse, mağdur edilen tarafa kendi hukuk müşavirine danışmasını ve profesyonel yardım almasını veya başka bir uyuşmazlık çözüm yöntemiyle uyuşmazlığı çözmesini önerebilir²⁵⁰. Arabulucunun arabuluculuk sürecini yönetme ve aydınlatma yükümlülüğü bu alanı da kapsamaktadır²⁵¹. Böyle bir durumda, etik kurallar gereği bu önerinin yapılmamış olması arabulucunun tarafsızlığı ilkesini de zedeleyecektir²⁵².

Arabulucu, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş bulunan iradeyi bozan, yanıltma, aldatma, korkutma²⁵³ ve aşırı yararlanma²⁵⁴ hâllerinin varlığını tespit etmesi

²⁴⁸ Horstmeier, s. 67.

²⁴⁹ Bkz. Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları m. 3.3 c. 1.

<http://www.arbulucu.com/arbuluculukta-etik/arbuluculara-iliskin-avrupa-etik-kurallari> (s.e. 25.11.2016).

²⁵⁰ Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları Mart-2013 m.8.8 “*Taraflardan biri süreci, ihtilaflı konuları ve uzlaşma seçeneklerini kavramakta güçlük çekerse veya arabuluculuğa katılmakta zorlanırsa, arabulucu, böyle bir durumdaki tarafın anlama, katılma veya kendi kararını verme kapasitesine uygun olacak şekilde yapılması gerekli imkân ve durumları araştırmalı, gerekli değişiklik veya ayarlamaları yapmalı, hatta gerekiyorsa arabuluculuğu bitirmelidir*” hükmü ve m. 8.10 “*Aynı şekilde, arabulucu, kendisi de dâhil olmak üzere bir katılımcının varlığının, arabuluculuğun bu Kurallara göre yönetilmesine zarar verebileceğine inanırsa, gerektiğinde arabuluculuğu ertelemek, arabuluculuktan çekilmek veya arabuluculuğu bitirmek de dâhil olmak üzere gerekli uygun tedbirleri derhal almalıdır*” hükmü, arabulucunun gerektiğinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirebileceğini açıkça düzenlemiştir.

²⁵¹ Bkz. Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları m. 3.1 cümle 4 “*Arabulucu, taraflar arasındaki olası güç dengesizliğini ve hukuk kurallarını, tarafların açıklamak isteyebileceği arzuları ve uyuşmazlığın kısa sürede çözülmesi ihtiyacı da dâhil olmak üzere, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, arabuluculuğu uygun bir şekilde yönetecektir. Taraflar, belirli kuralları esas almak suretiyle veya diğer bir şekilde, arabuluculuğun yönetim şekli hakkında arabulucuyla anlaşmakta özgürdürler*”

²⁵² Kracht, s. 287.

²⁵³ TBK. m. 30-39.

²⁵⁴ TBK. m. 28.

halinde, bu irâde bozukluklarını gideremiyorsa, arabuluculuk faaliyetini sonlandırmalıdır²⁵⁵. Çözüm anlaşmasının içeriği TBK m. 27'deki “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*” hükmünün kapsamına giriyorsa, arabulucu tarafları bu aykırılıkları gidermeleri için aydınlatmalıdır. Buna rağmen çözüm anlaşmasının kesin hükümsüzlük sonucunu doğuran aykırılıklar taraflarca giderilmiyorsa, arabulucu, arabuluculuk faaliyetini sonlandırmalıdır.

Arabulucunun ve tarafların tüm çabalarına rağmen çözüm anlaşmasına ulaşılamayabilir. Ancak bu durum uyuşmazlığın başka bir şekilde çözülemeyeceği anlamına gelmez. Bu nedenle ileride olabilecek çözüm ihtimallerini korumak için masadan saygı kurallarına riayet edilerek kalkılmalıdır. Taraflardan birinin kusurlu olduğu düşünülse bile, tarafları sıkıntıya sokmayacak bir açıklama yapılmalı, gerekirse arabulucu başka bir uyuşmazlık çözüm yöntemiyle uyuşmazlığın çözülmesi için yol gösterici olmalıdır²⁵⁶.

II. Arabuluculuk Faaliyetinin Sonunda Tutulan Tutanak

HUAK m. 17 f. 2 ye göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmışları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilmesi zaruridir. Bu tutanağın, mutlaka arabulucu tarafından tutulması gerekir. Bu tutanak, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Bu tutanak taraflar veya vekillerince imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır²⁵⁷.

²⁵⁵ Bkz. Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları Mart-2013 m.8.7“*Arabuluculuk bir suç işlemek amacıyla kullanılırsa, arabulucu uygun adımları derhal atmalı ve arabuluculuktan çekilmeli veya arabuluculuğu bitirmelidir*” şeklinde kaleme alınmıştır. www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html (s.e. 28.11.2016)

²⁵⁶ Kekeç, s. 195.

²⁵⁷ Fıkranın hükümet gerekçesi “*Arabuluculuk faaliyeti sona erdiğinde, arabulucu bunu bir tutanakla belgelendirecektir. Böylece, arabuluculuk faaliyetinin sona erip ermediği veya ne zaman sona erdiği konusunda bir tereddüt doğmayacaktır. Bu tutanakta, tarafların anlaşmışları ya da*

HUAK m. 17 f. 3'e göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, tarafların egemenliği ilkesi gereğince, arabuluculuk faaliyetinin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, aydınlatma yükümlülüğü çerçevesince bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar²⁵⁸.

HUAK m. 17 f. 4'e göre, arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeler ile ikinci fıkraya göre düzenlenen tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Bu beş yıllık süre son arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderir²⁵⁹.

III. Arabuluculuk Faaliyetinin Çözüm Anlaşmasıyla Sona Ermesi

HUAK m.17 f.1 a) bendi “*Tarafların anlaşmaya varması*” hâlini, arabuluculuk faaliyetini sona erdiren bir hâl olarak düzenlemiştir. Arabuluculuk yönteminin amacı, tarafların kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak olduğuna göre²⁶⁰, bir çözüm anlaşmasıyla arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi, en çok istenilen sona erme hâlidir.

anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı belirtilecek; tutanağın altı, arabulucu, taraf veya vekillerince imzalanacaktır. Bu tutanağın asıl fonksiyonu, sürecin sona erdiğini belgelendirmesidir” şeklinde kaleme alınmıştır.

²⁵⁸ Fıkranın hükümet gerekçesi “*Tutanakta yer alacak diğer hususları taraflar serbestçe kararlaştırabilirler. Zira, taraflar, fazla bir ayrıntıya yer vermek istemeyebilirler, faaliyetin gizli kalmasını arzu edebilirler. Ancak taraflar, eğer isterlerse daha ayrıntılı ve içeriğini kendilerinin belirlediği bir tutanak düzenleyebilirler. Arabulucu da, düzenlenecek tutanak, bunun içeriği ve sonuçları hakkında tarafları bilgilendirecektir. Bu sayede, tutanağı nasıl düzenleyecekleri konusunda taraflar daha sağlıklı karar verebileceklerdir*” şeklinde kaleme alınmıştır.

²⁵⁹ Fıkranın hükümet gerekçesi “*Dördüncü fıkrafta, özellikle daha sonra ortaya çıkacak tereddütlerin giderilmesi ve arabuluculuk faaliyetinin belgelendirilebilmesi için, arabulucuya belge saklama yükümlülüğü yüklenmiştir. Saklanacak belgeler, arabulucuya başvuru bildirim, arabulucuya tevdi edilen belgelerin asıl veya kopyaları ile faaliyetin sonunda tutulan tutanaktır. Arabulucu, bu belgeleri bir dosya hâlinde beş yıl süre ile saklamalıdır. Bu süre, faaliyet sonunda tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır*” şeklinde kaleme alınmıştır.

²⁶⁰ HUAK m. 2 f. 1 b) bendi ve hükümet gerekçesi.

1. Çözüm Anlaşması ve Hukuki Niteliği

HUAK m. 18 f. 1'e göre, çözüm anlaşmasının yazılı bir şekilde yapılma zarureti yoktur. Çözüm anlaşmasının yazılı yapılması tarafların isteğine bağlıdır²⁶¹. Ancak çözüm anlaşmasının yazılı olarak yapılması, geleceğe yönelik olarak uyuşmazlık çözümünün sürekliliğini sağlar. İleride çözüm anlaşması şartlarında yeni bir uyuşmazlık çıkmaması için yazılı yapılması en uygun olan şekildir²⁶². Çözüm anlaşmasının yazılı şekilde yapılması, icra edilebilirlik şerhi verilebilmesi için gereklidir.

Çözüm anlaşmasının kapsamı, sözleşme özgürlüğü ve tarafların egemenliği ilkesince taraflarca serbestce belirlenir. Çözüm anlaşmasının bir yazılı belge olarak düzenlenmesi hâlinde, bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Arabulucunun imzasının çözüm anlaşmasında bulunmaması, borçlar hukukundaki genel hükümler çerçevesinde sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Ancak çözüm anlaşmasına icra edilebilir şerhinin verilebilmesi için anlaşmanın taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması şarttır (HUAK m. 18 f. 1). Tarafların anlaştığı şekilde çözüm anlaşması belgesinin düzenlenmesi arabulucunun görevidir. Ancak, çözüm anlaşmasının arabulucu tarafından düzenlenmesi zaruri değildir. Taraflar veya vekillerince de düzenlenebilir. Çözüm anlaşmasının icra edilebilir nitelikte hazırlanabilmesi için gerekli hukuki uzmanlık bilgisine ihtiyaç vardır.

Çözüm anlaşmaları, bir sözleşme olduğundan sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin genel hükümlere tâbidir. Sözleşmeye arabulucunun da imza atmış olması bunu değiştirmez. Arabulucu aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde, çözüm anlaşmasının geçersizliğine sebep olabilecek aykırılıklar konusunda tarafları uyarmalı ve bu aykırılıkları bertaraf etmeye çalışmalıdır. Örneğin; TBK m. 27 de sayılan “*kesin hükümsüzlük*” hâlleri, m. 28 deki “*aşırı yararlanma*” hâli ve m. 30-39 da düzenlenen “*yanılma, aldatma ve korkutma*” gibi irâde bozukluğuna sebep olan hâllerden kaynaklanan aykırılıkları gidermelidir. Aksi takdirde taraflarca ileride sözleşmenin

²⁶¹ Arabulucular İçin Avrupa Etik Kuralları m. 3.1 cümle 3 “*Arabuluculuk anlaşması, taraflarca talep edilirse, yazılı hâle getirilecektir*” hükmünü içermektedir.

²⁶² Horstmeier, s. 67.

kesin hükümsüzlüğü²⁶³ veya iradesi bozulan tarafca iptali²⁶⁴ ileri sürülebilecektir. Benzer şekilde çözüm anlaşması TBK m. 20 anlamında genel işlem koşulları ihtiva ediyorsa, TBK m. 21'e göre, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi, karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Arabulucunun buna imkân vermemesi için, genel işlem koşullarının varlığı hakkındaki bilgiyi açıkça verdikten sonra, karşı tarafın bu koşulları anlayarak kabul ettiğini gözlemleyerek tutanağa geçirmelidir.

Hukuki niteliği itibariyle arabuluculuk çözüm anlaşmaları genel olarak maddi hukuka ilişkin bir sulh (mahkeme dışı sulh) sözleşmesidir²⁶⁵. Ancak taraflar, uyuşmazlığın konusuna göre başka bir sözleşme türüyle de uyuşmazlıklarını sonlandırabilirler. Örneğin; bir kira sözleşmesinin feshine veya kiralanan

²⁶³ TBK m. 27' ye göre, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” Böyle bir sözleşmeden hiç hüküm doğmaz. Sözleşme kurulduğu andan itibaren, hiç kurulmamış gibidir.

²⁶⁴ TBK m. 39'a göre, İrâdesi yanılma, aldatılma veya korkutulma dolayısıyla bozulmuş olan taraf, bu sözleşmeyi iptal edebilir. Bu sözleşmenin yaptırımı tek taraflı bağlamazlıktır. Sadece irâdesi bozulmuş olan tarafı bağlamaz. Bunun için iptal iradesini (sözleşme ile bağlı olmadığını) açıklaması gerekli ve yeterlidir. Ayrıca mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Bu iptal iradesinin açıklanması bir yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Bir yıllık hak düşürücü süre, yanılma ve aldatmayı öğrendiği tarihten, korkutmada ise korkutmanın etkisinin kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Bu bir yıllık hak düşürücü sürede, iptal iradesi ileri sürülmez ise sözleşmeye icazet verilmiş (onanmış) sayılır. Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz. Bkz. **Akıntürk/Ateş-Karaman**, s. 59; Bunun gibi TBK m. 28'e göre, aşırı yararlanma yüzünden zarara uğramış olan taraf, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde, sözleşmeyle bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

²⁶⁵ Alman doktrininde de, arabuluculuk çözüm anlaşmasının Borçlar Kanunu (BGB) § 779'a göre bir sulh sözleşmesi olduğu ya da kendine özgü (suigeneris) bir sözleşme olduğu görüşü ileri sürülmektedir. Bkz. **Horstmeier**, s. 67; ADR yöntemleriyle ulaşılan çözüm anlaşmaları için bkz. **Özbay**, s. 395; Sulh benzeri bir sözleşme görüşü için bkz. **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 185; **Kekeç**, s. 24; Aynı şekilde sulh sözleşmesi olduğu görüşü için bkz. **Çelikoğlu**, Cengiz Topel, “6325 Sayılı HUAK'a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi”, Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan, Ankara 2014, C. I, s. 707; **Kıyak**, Emre, Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Belgenin Hukuki Niteliği, TAAD 2015, Yıl 6, S. 21, s. 529.

gayrimenkulün tahliyesine ilişkin bir uyuşmazlık, taraflar arasında kabul edilen yeni bir kira sözleşmesiyle de çözümlenebilir.

Sulh, tarafların mahkeme önünde veya mahkeme dışında aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek için yaptıkları bir sözleşmedir. HMK m. 313 f. 1²⁶⁶ mahkeme içi sulh sözleşmesini tanımlamıştır. Sulh sözleşmesinin unsurları, bir uyuşmazlığın bulunması ve bu uyuşmazlığın giderilmesi için karşılıklı fedakârlıkta bulunulmasıdır²⁶⁷. Taraflar görülmekte olan bir davadaki uyuşmazlıkla ilgili çözüm anlaşmalarına, HUAK m. 18 f. 2'ye göre icra edilebilirlik şerhi talep etmek yerine, çözüm anlaşmasını (mahkeme dışı sulh sözleşmesini), dava dosyasına sunarak mahkeme içi sulhe de dönüştürebilirler²⁶⁸. HMK m. 315 f. 1'e göre, sulh, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. Mahkeme, taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre; sulhe göre karar verilmesini istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığına karar verir.

Arbuluculuk yönteminin esnekliği, tarafların talep etmesiyle çözüm anlaşmalarının mahkeme içi sulh gibi farklı usûlle hukuki sonuç doğurmasına imkân verdiği gibi, tarafların istemesi ve çözüm anlaşmasını vekilleriyle birlikte imza altına almaları hâlinde, Avukatlık Kanunu m. 35/A'daki şartları içeriyorsa çözüm anlaşması uzlaşma tutanağı şeklinde de düzenlenebilir. Bu takdirde uzlaşma tutanağı Avukatlık Kanunu 35/A'ya göre, İcra ve İflas Kanunu m. 38 anlamında ilâm

²⁶⁶ HMK m. 313 f. 1 “*Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir*” hükmünü içerir.

²⁶⁷ **Ulusan**, Banu, “Sulh Sözleşmeleri”, Yedi Tepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, 2011/2-2012/2, Prof. Dr. Erdal ADAL’a Armağan, s. 976 vd.; **Akil**, Cenk, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, C. XVI, S. 4, s. 2.

²⁶⁸ Taraflar, mahkeme dışı sulh sözleşmesini mahkemeye verirler ve buna göre sulh olduklarını bildirirlerse, sulh sözleşmesinin mahkemeye ibraz edildiği duruşma tutanağına yazılır (HMK m. 154 f. 3/f). Bu halde mahkemeye verilen yazılı sulh sözleşmesinin içeriğinin ayrıca tutanağa geçirilmesine gerek yoktur. Çünkü duruşma tutanağında, eklendiği yazılı olan belgelerin içeriği de tutanak metni hükmündedir (HMK m. 154 f. 4). Ancak bu hâlde, mahkemeye verilen yazılı sulh sözleşmesinin duruşmada taraflar önünde okunması, okunduğunun da duruşma tutanağına yazılması ve ondan sonra tutanağın taraflara imza ettirilmesi gerekir (HMK m. 154 f. 3/ç). Böylece mahkeme dışı sulh, mahkeme içi sulha dönüşür. Bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 535.

niteliğindedir. Benzer şekilde taraflar çözüm anlaşmasının içeriğini düzenleme şeklinde noter senedine de bağlayabilirler. Para borcu ikrarını içeren düzenleme şeklindeki noter senetleri İİK m. 38’e göre ilâm niteliğinde belgedir.

Çözüm anlaşması, tarafların iradelerini açıkça ortaya koymalı, basit, kolay ve anlaşılır şekilde kaleme alınmalıdır. Çözüm anlaşmasının içeriği, bütün taraflar için gerçekçi ve yerine getirilebilir olmalıdır²⁶⁹. Çözüm anlaşması aynı zamanda cebri icraya elverişli şekilde hazırlanmalıdır.

Ancak çözüm anlaşmalarının pek azına icra edilebilirlik şerhi talep edilmektedir. Çünkü taraflar kendi serbest iradeleriyle buldukları çözüm anlaşmasına uyduklarından, çözüm anlaşmasına ilâm niteliğinde belge niteliği kazandırmaya ihtiyaç duymamaktadırlar. Ayrıca bu durum, arabuluculuğun ruhuna ve özellikle gizlilik ilkesine daha uygun bir hâl arz etmektedir. Şu ana kadar herhangi bir istatistikî bilgi bulunmamakla birlikte, kendi yaptığım²⁷⁰ ve diğer arabulucu arkadaşlarımdan yaptığı arabuluculuk uygulamalarından edindiğim kanaat, çözüm anlaşmalarına çok nadir olarak mahkemelerden icra edilebilirlik şerhi talep edilmekte olduğudur. Çünkü uyuşmazlığın tarafları çözüm anlaşmasına uymaktadırlar.

2. Çözüm Anlaşmasının İcra Edilebilirliği

Çözüm anlaşmasının içeriği kapsam ve icra edilebilirliğe elverişliliği yönüyle gözden geçirildikten sonra, taraflarca ve arabulucu tarafından imzalanır. Her ne

²⁶⁹ Çözüm anlaşmasının içeriğinin etkili olabilmesi için SMART formülü bir yardımcıdır.

S=Spezifisch (Kendine özgü şartlar): Kimin, ne zaman ve nasıl yapıyor olduğu belirlenmelidir.

M=Messbar (Ölçülebilirlik): Çözüm anlaşması, pozitif, davranış odaklı ve objektif olarak ölçülebilir olmalıdır.

A=Annehmbar (Kabuledilebilirlik): Çözüm anlaşmasının içeriği, bütün taraflar için gerçekçi ve yerine getirilebilir olmalıdır.

R=Realitätsnah (Gerçekçilik): Çözüm anlaşmasının şartları mevcut olanla ilişki kurar, ancak anlaşmanın uygulanmasına engel teşkil edebilecek sebeplerin ele alınması çözüm anlaşması için ön şarttır.

T=Terminiert (Süre): Çözüm anlaşması uygun vadeler öngörmelidir. Bu süreler ileride bir bilanço görüşmesinde ideal olarak öne sürülmelidir. **Horstmeier**, s. 68.

²⁷⁰ 2017 yılına kadar arabulucu olarak imza attığım otuzun üzerindeki çözüm anlaşmasının hiç birinde icra edilebilirlik şerhi talebine ihtiyaç olmamıştır.

kadar çözüm anlaşmasının bir sözleşme olarak kabulü için sadece taraflarca imzalanmış olması yeterli ise de, arabulucu tarafından imzalanmamış olan bir çözüm anlaşması için icra edilebilirlik şerhi talep edilemez. HUAK m. 18'e göre, çözüm anlaşmasında tarafların imzasının yanında arabulucunun imzası, icra edilebilirlik şerhinin talep edilebilmesi için zaruridir. Arabulucunun imzası, maddi hukuka ilişkin olan bir sözleşmeye özel bir nitelik kazandırmakta²⁷¹, sözleşmeyi kuvvetlendirmekte ve bu sözleşmenin icra edilebilirliğinin önünü açmaktadır. Arabulucunun ve tarafların imzasına ilişkin şekil şartı icra edilebilirliğe ilişkindir²⁷². Arabulucunun imzasını taşımayan sadece taraflarca imzalanan çözüm anlaşması, sözleşme hukukuna uygun geçerli bir sözleşmedir. Çünkü esasen bir çözüm anlaşmasını, yazılı bir belgeye bağlama zarureti yoktur (HUAK m. 18 f. 1). Fakat bu geçerli sözleşme, arabulucunun imzasını taşımadığından icra edilebilirlik şerhi talep edilemeyen bir sözleşmedir.

Çözüm anlaşması, hukuki bir ilişkinin tespitinden ziyade, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmeyi sağlayabilecek eda emirleri içermelidir. İcra edilebilirlik şerhi içeren çözüm anlaşmasının, icraya konulduğu zaman tereddüt içermemesi gerekmektedir. Çözüm anlaşmasının ilâm niteliğinde bir belge sayılması isteniyorsa, icra edilmeye elverişli bir mahkeme hükmü şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir.

HUAK m. 18 f. 2 “*Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır*” hükmünü içermektedir.

²⁷¹ Taşpolat-Tuğsavul, s.191.

²⁷² Karşılaştırmak için bkz. Kıyak, s. 531; Taşpolat-Tuğsavul, s. 191.

HUAK m. 18 f. 3 “İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden de yapılabilir. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır” hükmüyle, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi konusunda mahkemenin yapacağı işin niteliği ve özelliği belirtilmiştir.

Almanya’da, mahkeme içi arabuluculuk ile gerçekleştirilen çözüm anlaşmaları ZPO m. 794(1)’e göre icra edilebilir niteliktedir. Diğer taraftan, diğer çözüm anlaşmaları noter veya mahkeme öncesinde devlet ya da devlet onaylı uzlaştırma kurumu tarafından düzenlenmiş veya onaylanmış olabilir. Şayet noter arabuluculuk sürecine dâhil olduysa, bir icra edilebilirlik beyannamesi düzenleyebilir²⁷³.

Avusturya’da, genellikle bir arabuluculuk anlaşması, hemen icra edilebilir olmayan mahkeme dışı bir sulhu içerir. Avusturya Medeni Usûl Kanunu (ÖstZPO) yeni m. 433a ile yazılı bir arabuluculuk sözleşmesinin içeriğine ilişkin bir dava açmaksızın, yazılı bir arabuluculuk anlaşmasını, her bölgesel mahkemede bir mahkeme uzlaşmasıyla sonuçlandırmak artık mümkündür. Bu mahkeme uzlaşması, bir mahkeme ilâmı ile aynı hak ve yükümlülüklerini taşır. Başka herhangi bir mahkeme ilâmı gibi, bu arabuluculuk anlaşması nedeniyle alınan mahkeme uzlaşma kararı hemen uygulanabilir²⁷⁴.

İsviçre’de, bir uyuşmazlığın tarafları, Medeni Usûl Kanunu (SwzZPO) m. 197-212 hükümlerince yapılacak bir uzlaştırma toplantıları yerine arabuluculuğu tercih ederse veya mahkemede dava konusu uyuşmazlık tarafların istemesiyle arabuluculuğa gönderilirse, arabuluculuk süreci sonundaki çözüm anlaşması

²⁷³ Hess/Pelzer, s. 228.

²⁷⁴ Mayr/Nemeth, s. 80.

kolaylıkla icra edilebilir. Taraflar birlikte, çözüm anlaşmasının mahkeme tarafından veya alternatif olarak uzlaştırma yetkilisi tarafından onaylanmasını talep edebilirler²⁷⁵. Eğer taraflardan biri çözüm anlaşmasına, irâdede bozukluk, hata ve benzeri sebeplerle itiraz etmek isterse, Medeni Usûl Kanunu m. 328(1)-c bendine göre, adli sürecin yeniden açılması için mahkemeye başvurmalıdır²⁷⁶. Mahkemelerin gönderdiği veya uzlaştırma toplantıları yerine tercih edilen arabuluculuk dışındaki arabuluculuk çözüm anlaşmaları sıradan bir sözleşme olarak görülür. Eğer bu sözleşme hükümlerine göre, bir taraf yükümlü olduğu borcu ifadan kaçınırsa, diğer borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi uyuşmazlık konusu hakkında dava açılabilir. Başka bir ifadeyle dava ve uzlaştırma süreci bağlantılı olmayan çözüm anlaşmalarının icra edilebilirliği için anlaşmanın onayı mahkemeden istenemez. Ancak bu tür çözüm anlaşmalarının, dava sürecinde mahkeme içi sulh sözleşmesi olarak hükme esas alınması mümkündür²⁷⁷.

İtalya’da, 28/2010 sayılı KHK m. 12’ye göre, arabuluculuk süreci sonundaki bütün uyuşmazlık çözüm anlaşmaları, mahkemeye ibraz edilip ve uygun bulunmasıyla icra edilebilir olduğu hüküm altına alınmıştır. Diğer mahkeme kararları gibi, çözüm anlaşması arabulucu tarafından resmi kayda girer ve sonrasında tarafların mal varlığı üzerine haciz koyma yetkisi veren bir icra emri haline gelir. Sınır ötesi uyuşmazlık çözüm anlaşmalarında, anlaşmanın uygulanacağı yerin mahkeme başkanının, yazılı çözüm anlaşmasını onaylaması gerekmektedir²⁷⁸.

Fransa’da hâkim, iş uyuşmazlıklarında çözüm anlaşmalarını dikkatle inceler ve her bir tarafın hakkının korunup korunmadığını kontrol eder. Bunun dışında hâkim pek çok uyuşmazlıkta, kapsamlı bir incelemede değil, belirli (tarafların ücretsiz bertaraf edilmesi ve kamu güvenliği gibi) konularda sınırlı bir incelemede bulunur. Uyuşmazlıklardaki hakların kullanımının, tarafların bağımsız tasarruflarında olmadığı durumlarda (örneğin, Aile Kanunu, aile yükümlülükleri gibi) mahkeme

²⁷⁵ Peter, s. 89.

²⁷⁶ Meier, s. 402.

²⁷⁷ Meier, s. 402.

²⁷⁸ De Palo/E Oleson, s. 260.

tarafların (ailede çocukların) menfaatlerinin birbirine uygun olduğunu görmesi hâlinde, çözüm anlaşmasını onaylar ve icra edilebilir kılar²⁷⁹.

Danimarka’da, uyuşmazlık mahkeme bağlantılı arabuluculukla çözümlenirse, taraflar çözüm anlaşmasının mahkeme tutanaklarına eklenmesini isteyerek, anlaşmanın icra edilebilir olmasını sağlayabilirler. Bu takdirde çözüm anlaşmasının hukuki gücü, mahkeme ilâmıyla eşit olur. Başka bir ifadeyle ilâm hükmünde belge olup, icra kabiliyetine sahiptir²⁸⁰. Bu yapılmadığı takdirde, çözüm anlaşması her hangi bir sözleşme gibidir²⁸¹.

a. Çözüm Anlaşmasına İcra Edilebilirlik Şerhinin Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme

HUAK m. 18 f. 2’ye göre, taraflar, fıkra 1’e göre düzenlenen çözüm anlaşmasının icra edilebilirliğine ilişkin mahkemeden şerh talep edebilirler. Taraflar uyuşmazlık konusu hakkında bir dava açmadan arabuluculuğa başvurmuşlarsa, çözüm anlaşmasının icra edilebilirliğine ilişkin şerh, asıl uyuşmazlık hakkında görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeden talep edilebilir. Başka bir ifadeyle uyuşmazlık konusu hakkında bir dava açılması hâlinde hangi mahkeme görevli ve yetkili olacaksa, icra edilebilirliğe ilişkin şerhin verilmesi de, o mahkemeden talep edilecektir.

Yine aynı madde fıkrasına göre, uyuşmazlık hakkındaki davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulmuşsa, çözüm anlaşmasının icra edilebilirliğine ilişkin şerhin verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu durumda icra edilebilirlik şerhi için görevli ve yetkili mahkeme, uyuşmazlığa ilişkin davanın görülmekte olduğu mahkemedir. İcra edilebilirlik şerhini içeren çözüm anlaşması, ilâm niteliğinde belge (İİK m.38) sayılır.

HUAK tasarı hâlindeyken, m. 18 f. 2’nin hükümet gerekçesinde, icra edilebilirlik şerhi konusunda görevli mahkeme olarak bu konuda uzman olan icra

²⁷⁹ **Ferrand**, s. 195.

²⁸⁰ Medeni Usûl Kanunu (Administration of Justice Act) m. 270, 478.

²⁸¹ **Adrian**, s. 119.

mahkemesini görevlendirmişti. Ancak bu fıkra tasarı halinde iken yapılan eleştiriler²⁸² dikkate alınarak adalet komisyonu gerekçesiyle yukarıdaki şekilde kanunlaştırılmıştır.

Kanaatimizce asıl uyuşmazlıkla ilgili görevli mahkeme, söz konusu uyuşmazlıkla ilgili kamu düzeni sınırlarını ve emredici hükümleri en iyi bilebilecek mahkemedir. Her ne kadar, mahkemenin icra edilebilirlik şerhi hakkındaki incelemesi HUAK m. 18 f. 3'e göre, çözüm anlaşmasının içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıysa da, görevli mahkeme aynı zamanda, emredici hukuk kurallarını ve kamu düzenine ilişkin hususları resen incelemek durumunda olduğundan²⁸³, görevle ilgili düzenleme yerindedir. Ancak yetki konusundaki düzenleme, gereksiz bir sınırlama getirdiğinden isabetli olmamıştır. Tarafların çözüm anlaşmasına icra edilebilirlik şerhini, çekişmesiz yargı işlerinde yetkiyi düzenleyen HMK m. 384'de olduğu gibi, talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesinden talep edebilmesini sağlayacak şekilde basit ve kolaylaştırıcı bir düzenleme daha uygun olurdu. Hâтта Türkiye'nin her yerindeki mahkemeler dahi yetkili kılınabilir²⁸⁴.

Nitekim, Avusturya Medeni Usûl Kanunu (ÖstZPO) yeni m. 433a ile yazılı bir arabuluculuk sözleşmesinin içeriğine ilişkin bir dava açmaksızın, yazılı bir arabuluculuk anlaşmasını, her bölgesel mahkemede bir mahkeme uzlaşmasıyla sonuçlandırmak mümkündür²⁸⁵.

²⁸² Bu tasarı Kuru tarafından, uyuşmazlık hakkında dava açıldıktan sonra arabulucuya başvuru hâlinde, çözüm anlaşmasına, davanın görüldüğü mahkeme tarafından; dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde ise, asıl uyuşmazlık hakkında görevli olan mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhinin verilmesi gerektiği noktasında eleştirilmiştir. Yetkili mahkeme konusunda ise arabulucunun faaliyette bulunduğu yer mahkemesi olması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. **Kuru**, Tasarı, s. 241 vd.; Taşpolat bu görüşe katılmaktadır. **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 191, dn. 272; “*İcra mahkemelerinin görevli olması gerektiği*” hakkındaki karşı görüş için bkz. **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 1260.

²⁸³ Anayasa Mahkemesi, 10.07.2013 T. 2012/94 E. 2013/89 K.

²⁸⁴ Yetkili mahkeme konusunda aynı yönde görüş için bkz. **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 1260.

²⁸⁵ **Mayr/Nemeth**, s. 80.

b. Mahkemenin İnceleme Usûlü ve İncelemenin Kapsamı

HUAK m. 18 f. 3, icra edilebilirlik şerhi verilmesi işinin, çekişmesiz yargı işi olduğunu²⁸⁶ ve mahkemece buna ilişkin incelemenin dosya üzerinden de yapılabileceğini hüküm altına almıştır. Çekişmesiz yargı işleri, hem şekli hem de maddi anlamda bir yargısal faaliyettir²⁸⁷. Çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usûlü uygulanmakta ve mümkün olduğu hâllerde duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden karar verilmektedir²⁸⁸. Bu genel kurala, HUAK m. 18 f. 3'ün ikinci cümlesi, bir istisna getirmiştir. Arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, icra edilebilirlik şerhi verilmesi incelemesi mutlaka duruşmalı olarak yapılır. Zira hüküm emredici niteliktedir.

HUAK m. 18 f. 3'ün üçüncü cümlesine göre, mahkemenin icra edilebilirlik şerhi verilmesi incelemesinin kapsamı, çözüm anlaşmasının içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı konularıyla sınırlıdır. Bu hükümle tarafların arabulucuya başvurulamayacak konularda anlaşma belgesi düzenlemeleri ve icrası mümkün olmayan bir belgeye de ilâm niteliği tanınması engellenmek istenmiştir.

HMK m. 382 ile 388 arasında düzenlenen çekişmesiz yargı işlerinde, aksine bir hüküm bulunmadıkça re'sen araştırma ilkesi geçerlidir (HMK m. 385 f. 2). Mahkeme çözüm anlaşmasının içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişliliğinin yanında, emredici hukuk kurallarına ve kamu düzenine ilişkin hükümlere aykırılıkları da

²⁸⁶ HMK m. 382 f. 1, genel olarak hangi işlerin çekişmesiz yargı işi sayılacağı konusunda üç ölçüt koymuş olup, f. 2 ile, çekişmesiz yargı işlerinden sayılan işler tek tek sayılmıştır. Ancak bu sayım sınırlı değildir. Karşılaştırmalı hukukta Almanya'da, Medeni Usûl Kanunundan (ZPO) ayrı düzenlenmiş olan 1898 tarihli "*Çekişmesiz Yargı Kanunu*" 2009 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. 2009 yılında ise, "*Aile Hukuku İşleri ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Uygulanan Usul Hakkında Kanun*" yürürlüğe girmiştir. İsviçre'de Federal Medeni Usul Kanunu'nda çekimesiz yargı işleri hakkında bir hüküm bulunmamakla birlikte, hızlandırılmış usulün (Summarisches Verfahren) uygulanacağı hâlleri düzenleyen m. 245-247'de yer alan uzun listedeki işlerin çoğu çekişmesiz yargı işidir. **Budak**, Ali Cem, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2013, s. 524.

²⁸⁷ **Kuru**, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 10.

²⁸⁸ HMK m. 385 f. 1 "*Çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usûlü uygulanır*" hükmünü içermektedir. Basit yargılama usulünü düzenleyen "*ön inceleme ve tahkikat*" başlıklı HMK m. 320 f. 1 hükmü, "*Mahkeme, mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir*" şeklinde düzenlenmiştir.

re'sen incelemek durumundadır²⁸⁹. Anayasa Mahkemesi 10.07.2013 Tarih 2012/94 E. 2013/89 K. sayılı kararında, hâkimin icra edilebilirlik şerhi vermesi incelemesinde, arabuluculuğa elverişliliğin yanında emredici hukuk kurallarına ve kamu düzenine aykırılık hususlarını da re'sen inceleyeceğini belirtmiştir²⁹⁰. Mahkeme incelemesi bununla sınırlı olup, bunun dışında maddi hukuka ilişkin bir inceleme ve değerlendirme yapamaz²⁹¹. Bu nedenle mahkeme, çözüm anlaşmasında tarafların ve arabulucunun imzalarının bulunmasını (HUAK m. 18 f. 1), arabulucunun, arabulucular siciline kayıtlı olmasını (HUAK m. 6) ve TBK m. 27 'de sayılan kesin hükümsüzlük hâlleri gibi emredici ve kamu düzenine ilişkin hükümleri de resen göz önünde bulunduracaktır²⁹².

Bir çözüm anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi verilmesi talep edildiğinde, anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde, arabuluculuk faaliyet sürecindeki bilgiler açıklanıp delil olarak kullanılabilir. Nitekim gizlilik ilkesi (HUAK m. 4) ve buna bağlı olarak beyan ve belgelerin kullanılamamasının istisnası HUAK m. 5 f. 3'de düzenlenmiştir. Bu fıkra, *“Birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hâkem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan ve belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir”* şeklinde hüküm altına alınmıştır.

HMK m. 388, kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde, çekişmesiz yargı kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğini hüküm altına

²⁸⁹ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 1262; Kekeç, s. 207; Taşpolat-Tuğsavul, s. 195; Çelikoğlu, s. 708.

²⁹⁰ RG T. 25.01.2014, S. 28893.

²⁹¹ İsviçre'de Medeni Usûl Kanunu (SwzZPO) madde 217 hükmü, incelemenin kapsamı hakkında bir standart ortaya koymamıştır. İnceleme sınırlarının kapsamı hakkında bir kısım yazarlara göre, bu inceleme sadece iradeyi sakatlayan geçersizlik, anlaşma hükümlerindeki tutarsızlık ve icra edilebilirlik yönleriyle sınırlı tutulmalıdır. Ancak bu konudaki hâkim görüş ise, mahkeme, çözüm anlaşmasının ayrıca taraflardan birisi için oldukça adaletsiz veya uygunsuz olup olmadığının denetimini de yapması yönündedir. Bkz. Peter, s. 93; Meier, s. 595.

²⁹² Taşpolat-Tuğsavul, s. 195; Çelikoğlu, s. 708; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 1262.

almıştır²⁹³. Ayrıca ilâmlardan farklı olarak, ilâm niteliğinde sayılan belgeler maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Bu nedenle mahkeme, tamamlanabilir eksiklikler veya giderilebilir kusurlar nedeniyle icra edilebilirlik talebini reddetmesi hâlinde, taraflar bu eksikliklerini tamamlandıktan sonra yeniden maktu harç ödeyerek, icra edilebilirlik şerhi talep edebilir²⁹⁴. Hatta hâkim, çözüm anlaşmasında bir eksiklik olmamasına rağmen hukuka aykırı olarak icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebini reddetmiş ve şekli anlamda kesinleşmiş olsa da, gerekçesini göstererek bu kararı iptal ederek, değiştirip düzeltebilir.

“Hükümün kapsamı” başlıklı HMK m. 297 f. 2’ye göre, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında, açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir. Bu nedenle açık olmayan hükümler ile şarta bağlı hükümler cebri icraya elverişli değildir. Şarta bağlı hükümler kesinlikten ve sadelikten uzaktır²⁹⁵. İcra edilebilirlik şerhi talep edilen çözüm anlaşmalarındaki hükümlerin tereddüt uyandırmayacak şekilde belirli, açık ve şarta bağlanmamış olması gerekir²⁹⁶.

HUAK m. 18 f. 3’ün dördüncü cümlesi, çözüm anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak başvuruda maktu harç alınacağı hüküm altına alınmıştır. Mahkemece verilecek kararlar üzerine istinaf yoluna gidilmesi hâlinde de maktu harç alınacağı öngörülmüştür. Şayet taraflar çözüm anlaşması belgesini, icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka resmi işlemlerde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır (HUAK m. 18 f. 3 son cümle). Nitekim arabuluculuğun özendirilmesi için tarafların imzaladıkları çözüm anlaşması

²⁹³ HMK m. 388’in hükümet gerekçesi “*çekişmesiz yargı kararlarının maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olamayacağı hususu açıkça vurgulanmış ve bu suretle hâkimin gerekçesini göstererek, önceki kararı iptal etme, değiştirme ve düzeltme yetkilerinin bulunduğu işaret edilmiştir*” şeklinde kaleme alınmıştır.

²⁹⁴ Çelikoğlu’na göre mahkeme, icra edilebilirlik şerhi verilmesi için başvuran tarafa, düzeltilebilir kusurların ve tamamlanabilir eksikliklerin giderilmesi için süre verebilmelidir. **Çelikoğlu**, s. 708; Ancak basit yargılama usûlünde ve HUAK’nda buna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

²⁹⁵ **Üstündağ**, s. 804; **Tanrıver**, Süha, Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu, Makalelerim I, Ankara 2005, s. 83-87; **Akil**, Sulh, s. 13-14.

²⁹⁶ **Önen**, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 157; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 192.

belgesinin maktu damga vergisi ve maktu harca tâbi olacağı HUAK'nun genel gerekçesinde de açıkça vurgulanmıştır.

c. İcra Edilebilirlik Şerhi İçeren Çözüm Anlaşmasının İlâm Niteliğinde Belge Sayılması

Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan çözüm anlaşması bir mahkeme hükmü olmayıp, borçlar hukukuna tâbi bir maddi hukuk sözleşmesidir²⁹⁷. Bununla beraber HUAK m. 18 f. 2 son cümlesi, icra edilebilir şerhi içeren çözüm anlaşmalarını, ilâm niteliğinde belge saymıştır. Arabuluculuk faaliyeti yargısal bir faaliyet olmadığı hâlde, mahkemenin çözüm anlaşmasına icra edilebilir şerhi vermesi yargısal bir faaliyettir. Çözüm anlaşması, ancak icra edilebilirlik şerhinin verilmesiyle İİK m. 38 anlamında ilâm niteliğinde belge sayılır. Bu nedenle mahkemenin icra edilebilirlik şerhi verilmesi kararı, usûlî nitelikte inşai bir karardır²⁹⁸.

İlâm niteliğinde sayılan belgeler, ilâmlardan farklıdır. İlâm niteliğinde sayılan belgeler, sadece ilâmlı icranın konusunu oluşturabilmeleri açısından ilâm niteliğinde sayılmaktadır. İlâmlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği hâlde, ilâm niteliğinde sayılan belgeler maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Ayrıca çekişmesiz yargı kararlarının, aksine hüküm bulunmadıkça maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği HMK m. 388'de açıkça düzenlenmiştir.

İcra edilebilirlik şerhi verilmiş bir çözüm anlaşması, ilâm niteliğinde sayıldığından ilâmların icrasına konu olur. İcra edilebilir şerhi verilmemiş olan çözüm anlaşmalarının uygulanmasını sağlamak amacıyla açılan bir davada, çözüm anlaşması delil olarak kullanılabilir²⁹⁹. Zira gizlilik ilkesine (HUAK m. 4) bağlı

²⁹⁷ Taşpolat-Tuğsavul, s. 198.

²⁹⁸ Çelikoğlu, s. 708; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 1261; Hakem kararlarının mahkemece onanması kararları için bkz. Önen, Ergun, İnşai Dava, Ankara 1981, s. 157.

²⁹⁹ Karşılaştırmak ve aynı yönde görüş için bkz. Kıyak, s. 541; Karşı görüş için bkz. Bulur, Değerlendirmeler, s. 506. Yazar gizlilik ilkesi gereği, çözüm anlaşmasına, anlaşmanın aleni olduğunun belirtilmesi ya da çözüm anlaşmasının icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebileceklerinin yazılması gerektiğini ileri sürmektedir. HUAK m. 18 de icra edilebilirlik şerhi verilmesi için böyle bir şart düzenlenmemiştir. Kanaatimizce HUAK m. 4 ve 5' deki gizlilik ilkesine ilişkin hükümler, çözüm anlaşması dışındaki bilgi ve belgeleri kapsamaktadır. Zira HUAK m. 5 f. 3 çözüm anlaşmasının uygulanması ve icra edilebilirliği için gerekli olduğu ölçüde bilgi ve

olarak, arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgelerin delil olarak kullanılamayacağına ilişkin HUAK m. 5 f. 1 ç) bendi hükmü çözüm anlaşması belgesinin uygulanması için delil olarak kullanılmasını kapsamaz³⁰⁰. HUAK m. 5 f. 1 hükmü ile delil olarak kullanılamayacak ve tanıklık yapılamayacak beyan ve belgeleri saymıştır. Burada sayılan belgeler, taraflarca yapılan arabuluculuk daveti, bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, taraflarca ileri sürülen görüşler, teklifler, öneriler, vakıalar ve iddia kabulleridir. Birinci fıkrada sayılan bu hâller iki tarafın kabul ettiği sözleşme için gerekli icap ve kabul niteliğinde irade beyanları olmayıp, tek taraflı açıklamalardır. Aynı şekilde birinci fıkranın ç) bendinde “*sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler*” den kasıt ise, tek taraflı açıklamalara ilişkin arabulucu tarafından tutulan tutanaklardır. Nitekim madde gerekçesinde bu belgeler örnek olarak sayılmıştır. HUAK m. 5’in hükümet gerekçesi “(örneğin, arabuluculuğun başında, tarafların bir takım ikrarları, müzakere sonucunda ara sonuç olarak hazırlanan belge ya da tutanaktaki borç ikrarı ya da kusur oranı kabulü gibi), bu belgeler daha sonra yargılama aşamasında kullanılamayacaktır” şeklinde kaleme alınmıştır. Ancak bu sayılan belgelerin delil olarak kullanılmasına ilişkin yasaklama dahi mutlak olmayıp sınırlıdır. HUAK m. 5 f. 3’ün son cümlesi “*Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir*” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Kanun gizlilik ilkesini çözüm anlaşmasının uygulanması ve icra edilebilirliği için gerekli olduğu ölçüde sınırlandırmıştır.

HUAK m. 5’in birinci fıkrasında teferruat kabilinden olan yukarıda bahsedilen birçok belge sayılmışken, arabuluculuk yönteminin amacı olan en temel belge çözüm

belgenin açıklanmasını gizlilik ilkesinin istisnası olarak hüküm altına almıştır. Kanun hükmü ile istisna tutulmuş bir konunun, çözüm sözleşmesinde ayrıca istisna tutulmasına gerek ve lüzüm yoktur. Aksine çözüm anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi verilmesi istenmiyor ve çözüm anlaşmasının da taraflarca gizli kalması isteniyorsa çözüm anlaşmasına taraflar bu yönde hükümler koyabilir.

³⁰⁰ Arabuluculukta gizlilik ilkesinin genel olarak amacı, arabuluculuk süreci bir çözüm anlaşmasına ulaşılmadan sona ermesi hâlinde, burada kullanılan beyan ve belgelerin açılmış veya ileride açılacak bir hukuk davasında ve tahkimde kullanılmasının önüne geçmektir. Bu şekilde arabuluculuk yönteminde her şeyin rahatça taraflarca ileri sürülebilmesi ve arabuluculuk yönteminin başarıya ulaşması hedeflenmiştir.

anlaşmasının sayılmaması kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir (HUAK m. 5 f. 3). Çözüm anlaşması belgesine, taraflar ayrıca gizliliğe ilişkin diledikleri hükümleri koyabilirler. Hatta dilerlerse çözüm anlaşması belgesini icra edilebilir şerhi verilemeyecek şekilde de düzenleyebilirler (HUAK m. 18 f. 1). İcra edilebilir şerhi talep edilemeyecek şekilde hazırlanmış (örneğin, arabulucunun imzasının bulunmaması veya sözleşmenin şarta bağlı sulh sözleşmesi olarak düzenlenmiş olması hâlinde) çözüm anlaşmasının şartlarına uyulmaması halinde, taraflar çözüm anlaşmasına dayanarak, çözüm anlaşmasının uygulanması için dava açabilir³⁰¹. Yine benzer şekilde çözüm anlaşmasına aykırı şekilde açılmış bir davada, çözüm anlaşmasının uygulanması için çözüm anlaşmasının delil olarak kullanılmasında tereddüt etmemek gerekir.

Benzer şekilde Alman Arabuluculuk Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrası, arabuluculuk faaliyeti sonucunda yapılan çözüm anlaşmanın yerine getirilmesi veya icrası için bu anlaşmanın açıklanması hâlini gizliliğin istisnası olarak düzenlemiştir³⁰².

d. Mahkemenin İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Kararlarına Karşı Kanun Yolu

Çözüm anlaşması belgesine icra edilebilir şerhi verilmesine ilişkin mahkeme kararlarına karşı, hukuki yararı bulunan ilgili taraf istinaf yoluna maktu harç yatırarak başvurabilir (HUAK m. 18 f. 3 c. 4). İstinaf yoluna başvuru neticesi bölge adliye mahkemelerinin kararına karşı temyiz yolu kapalıdır (HMK m. 362 f. 1/ç)³⁰³.

³⁰¹ İsviçre'de mahkeme bağlantılı veya uzlaştırma toplantısı yerine tercih edilen arabuluculukta, varılan çözüm anlaşmasının mahkeme tarafından veya alternatif olarak uzlaştırma yetkilisi tarafından onaylanmasını taraflar birlikte talep edebilirler. Mahkemelerin gönderdiği veya uzlaştırma toplantıları yerine tercih edilen arabuluculuk dışındaki arabuluculuk çözüm anlaşmaları sıradan bir sözleşme olarak görülür. Eğer bu sözleşme hükümlerine göre, bir taraf yükümlü olduğu borcu ifadan kaçınırsa, diğer borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi uyuşmazlık konusu hakkında dava açılabilir. **Meier**, s. 402.

³⁰² **Lilja/von Lucius/Tietz**, s. 76.

³⁰³ HMK m. 362 f. 1 ç) bendine göre, çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar hakkında temyiz yoluna başvurulamaz.

HMK m. 342 f. 2/e' ye göre, istinaf dilekçesinde, başvuru sebepleri ve gerekçesi gösterilmelidir. Zira HMK m. 355 f. 1'in ilk cümlesi, istinaf incelemesinin kapsamını, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlandırmıştır. Ancak hemen arkasında gelen cümlede sınırlamanın istisnasını hüküm altına almıştır. Buna göre, bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğünde bunu re'sen gözetir. Bu istisna hüküm nedeniyle, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu (HMK m. 385 f. 2) icra edilebilirlik şerhinin verilmesi talebiyle ilgili kararların istinaf incelemesinde, istinaf yoluna başvuru dilekçesinde, başvuru sebepleri gösterilmemiş olsa da, bölge adliye mahkemesi bu sebepleri re'sen inceleyecektir. İstinaf incelemenin kapsamı, çözüm anlaşmasının içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişliliğinin yanında emredici hukuk kurallarına ve kamu düzenine aykırılık konularıyla sınırlıdır. Yani bölge adliye mahkemesi de, çözüm anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi verilmesinde görevli olan mahkemenin inceleme kapsamıyla³⁰⁴ aynı sınırlandırmaya tâbidir (HUAK m. 18 f. 3). Bölge adliye mahkemesi bunların dışında, istinaf yoluna başvuru dilekçesinde bir talep olsa bile, çözüm anlaşmasının içeriğine yönelik bir inceleme yapamaz³⁰⁵.

Şekli anlamda kesinleşen mahkeme kararlarına karşı artık kanun yollarına başvurulamaz³⁰⁶. Ancak bu kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, çözüm anlaşması, TBK m. 27 de sayılan “*kesin hükümsüzlük*” hâlleri, m. 28 deki “*aşırı yararlanma*” hâli ve m. 30-39 da düzenlenen “*yanılma, aldatma ve korkutma*” gibi irâde bozukluğuna sebep olan hâllerden kaynaklanan hukuka aykırılıklar ve TBK m. 20 vd. anlamında genel işlem koşulları ihtiva ediyorsa, yeniden dava açılması mümkündür. Bu nedenle icra edilebilir şerhi verilmiş bir çözüm anlaşması, istinaf yoluna gitmeden veya gittikten sonra şeklen kesinleşmiş olsa dahi, çözüm anlaşmasına konu uyuşmazlık konusu hakkında yeniden bir dava açılması hâlinde kesin hüküm itirazında bulunulamaz³⁰⁷. İcra edilebilir şerhi verilmiş

³⁰⁴ RG T. 25.01.2014, S. 28893. Anayasa Mahkemesi 10.07.2013 Tarih 2012/94 E. 2013/89 K.

³⁰⁵ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 1263; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 197.

³⁰⁶ **Kuru**, Usûl, s. 3527.

³⁰⁷ Derdest bir dava konusu hakkındaki çözüm anlaşması, şayet mahkeme içi sulh usûlüne göre karara bağlanmış ise, bu karar kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur (HMK m. 315 f. 1). Fakat bu

bir çözüm anlaşmasına karşı, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden yargılamanın yenilenmesi talebinde de bulunulamaz³⁰⁸.

İsviçre’de, mahkeme tarafından veya alternatif olarak uzlaştırma yetkilisi tarafından onaylanmış bir çözüm anlaşmasına, taraflardan biri, hata, hile ve korkutma gibi irade bozukluğuna ilişkin sebeplerle itiraz etmek isterse, Medeni Usûl Kanunu SwzZPO m. 328(1) c bendine göre, adli sürecin yeniden açılması için mahkemeye başvurabilir³⁰⁹.

Norveç’de, aynı şekilde mahkeme bağlantılı arabuluculuk çözüm anlaşmalarına ilişkin, sözleşme hukuku hükümleri kapsamında geçersizlik iddiasının ileri sürülebilmesi açısından, Medeni Usûl Kanunu ve Uyuşmazlık Kanunu³¹⁰ farklılıklar içerir. Taraflardan birinin irâdesini sakatlayan hâllerde çözüm anlaşmasının geçersizliği ileri sürülebilir³¹¹.

Yabancı unsurlu icra edilebilirlik şerhi verilen bir çözüm anlaşması, ilgili yabancı devlette tanınması ve tenfizi için sunulabilir. Benzer şekilde yabancı arabuluculuk ilâmlarının belirli şartlar altında Türk mahkemelerinde tanınması ve tenfizi talep edilebilir³¹². Nitekim 2008/52 sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi,

hâlde dahi, irade bozukluğu ya da aşırı yararlanma hâllerinde sulh hükmünün iptali için dava açılabilir (HMK m. 315 f. 2).

³⁰⁸ **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 198.

³⁰⁹ **Meier**, s. 402.

³¹⁰ Tvl, m. 19-12(2). ve bölüm 3 çözüm anlaşmasının sonuçlarıyla ilgilidir.

³¹¹ **Sperr**, s. 348.

³¹² **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 807. Yazarlara göre, Çekişmesiz yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, bu kararların kesin hüküm ve kesin delil için tanınması söz konusu olmaz. Buna karşılık inşai nitelikteki çekişmesiz yargı kararlarının inşai etkisinin kabulü için, MÖHUK m. 58 f. 1 hükmüne göre tanınması istenebilir. Türkiye’de idari bir işlemin yapılabilmesi için MÖHUK m. 58 f. 3 hükmüne göre ayrı bir tanıma davası açabilir. Kaldı ki, bazı yabancı ülkelerde arabuluculuk çözüm anlaşmalarına ilişkin kararlar, hem şekli anlamda hem de maddi anlamda kesinleşmeleri mümkün olacak şekilde düzenlemelere tabi tutulmuştur. Örneğin, Avusturya Medeni Usûl Kanunu (ÖstZPO) yeni m. 433a ile, çözüm anlaşmasını her bölgesel mahkemede bir mahkeme uzlaşmasıyla sonuçlandırmak artık mümkündür. Bu mahkeme uzlaşması, bir mahkeme ilâmının taşıdığı aynı hak ve yükümlülüklerini taşır. Almanya’da mahkeme içi arabuluculuk kararları bir mahkeme ilâmıdır. İsviçre’de onaylanan çözüm anlaşmaları, bir mahkeme ilâmı ile aynı etkileri doğurur (SwzZPO m. 217). Kanunda şekli ya da maddi anlamdamı hükmün kesinleşeceğine ilişkin bir açıklık olmamakla birlikte, doktrinde

“Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların icra edilmesi başlıklı” m. 6 f. 4 hükmüne göre, icra edilebilir kılınmış bir anlaşma, başka bir üye devlette tanınması ve tenfizi için uygulanacak hükümleri etkilemeyecektir. Başka bir ifadeyle Yönerge’nin bu hükmü, çözüm anlaşmasının tanıma ve tenfize ilişkin bir mahkeme kararı olmadan doğrudan tanınması ve tenfizi anlamında bir hüküm değildir. Diğer mahkeme ilâmları gibi, tanıma ve tenfiz için ilgili ülkede dava açılması gerekmektedir³¹³.

3. Çözüm Anlaşması Belgesiyle İcra Takibi Yapılması

Çözüm anlaşmalarına icra edilebilirlik şerhi verilmesi talep edilerek ilâmlı icra takibine konu edilmesi neredeyse yok denecek kadar azdır. Ancak bu konuda henüz bir istatistik mevcut değildir. Zira çözüm anlaşmasına tarafların karşılıklı rızalarıyla ulaşıldığından, taraflar anlaşma şartlarına uymaktadır. Çözüm anlaşmasına uyulmadığı takdirde, icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle ilâmlı icra tâkibiyle anlaşma şartlarının yerine getirilmesinin mümkün olduğu bilgisinin, arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde taraflara verilmesi de, çözüm anlaşmasına uyma iradesini pekiştirmektedir. Bu durum arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlık çözümünün tercihe ve takdire şayan olduğunun en temel göstergesidir. Arabuluculuk faaliyeti neticesinde varılan çözüm anlaşması, yargılama ile elde edilen çözüme göre birçok yönden daha tatminkârdır³¹⁴. Bu durum, “sulh hükümlerin efendisidir” sözünü³¹⁵, daha anlaşılır kılmaktadır.

hükümün her iki anlamda da kesinlik teşkil edeceğini açıkca belirten yazarlar mevcuttur. (**Brunner, Alexander/Gasser, Dominik/Schwander, Ivo, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich, St. Gallen 2011, s. 1308; Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, s. 971; Kaynaklar için bkz. Taşpolat-Tuğsavul, s. 66)** Ayrıca diğer çözüm anlaşmalarının dava sürecinde mahkeme içi sulh sözleşmesi olarak hükme esas alınması mümkündür. Bkz. Yukarıda İkinci Bölüm, “Arabuluculuk Faaliyetinin Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri ve Gelişimi” başlığı altındaki açıklamalar.

³¹³ **Pürselim**, s. 15. Üye devletler, Hukuki ve Ticari Meselelerde Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 22 Aralık 2000 Tarih ve 44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü veya Aile Meseleleri ve Velayet Sorumluluğu Meselelerinde Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfiziyle İlgili 27 Kasım 2003 Tarih ve 2201/2003 sayılı Konsey Tüzüğü ve ilgili düzenlemelere göre üye devletler icra edilebilir kılınmış çözüm anlaşmasının tenfizini sağlamak zorundadır.

³¹⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 933.

İcra edilebilir şerhi verilmiş çözüm anlaşması belgesi, ilâm niteliğinde belge sayıldığından (HUAK m. 18 f. 2), ilamlı icra takibine koyulabilir (İİK m. 24-41). Alacaklı elindeki ilâm niteliğindeki belgeyi, dilediği icra dairesine (İİK m. 34) vererek takip talebinde bulunur. Takip talebine ilâm niteliğindeki belgenin tarihi, numarası ve özeti yazılır. Takip alacaklısından yalnız başvurma harcı alınır, peşin harç alınmaz³¹⁶. İlâm niteliğindeki çözüm anlaşması belgesine ihtiyati haciz talep edilmesi halinde İİK m. 259 f. 3'e göre, teminat gerekip gerekmediği mahkemenin takdirindedir³¹⁷. İcra takip talebini alan icra dairesi, borçluya bir icra emri gönderir. İcra memurunun diğer ilâm niteliğinde sayılan belgelerde (İİK m. 38) olduğu gibi³¹⁸, cebri icraya elverişliliği inceleme yetkisi yoktur. Bu yetki HUAK m. 18 f. 2 ve 3'e göre, sadece icra edilebilir şerhi vermeye yetkili ve görevli mahkemeye ve istinaf yoluna başvurulması halinde ilgili bölge adliye mahkemesine aittir³¹⁹.

İcra edilebilirlik şerhi verilmemiş çözüm anlaşmasına dayanılarak ilâmsız icra takibi de yapılabilir. İcra müdürlüğünce gönderilen ödeme emrine borçlu tarafından itiraz edilmesi hâlinde mahkemeye itirazın iptali davası açılabileceği gibi (İİK m. 67), icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını da talep edilebilir (İİK m. 68). Çünkü arabulucunun imzasını taşıyan çözüm anlaşması İİK m. 68 f. 1'e göre, resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dâhilinde ve usulüne göre verdikleri bir belgedir. Nitekim arabuluculuk görevi, bir kamu hizmeti olup ancak arabuluculuk siciline kayıtlı olarak idarenin verdiği yetkiyle yürütülmektedir³²⁰.

³¹⁵ Ansay, s. 200.

³¹⁶ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2012, s. 392; Danıştay 9. Dairesinin, 03.07.1991 T. 1991/840 sayılı kararı ve Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 13.08.1991 gün ve 15-79-35591 sayılı Genelgesi'ne göre peşin harç alınmayacaktır. Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku, C. III, Ankara 1993, s. 2161; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 1265.

³¹⁷ Hâlbuki ihtiyati haciz talebi bir mahkeme ilâmına dayanılarak talep edilmesi hâlinde İİK m. 259 f. 2'ye göre teminat aranmaz. Ayrıca bkz. HMK. m. 85 f. 1/ç.

³¹⁸ Örneğin; Avukatlık Kanunu m. 35/A ya göre hazırlanmış uzlaşma tutanakları.

³¹⁹ Karşılaştırmak için bkz. Çelikoğlu, s. 713.

³²⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 14. Baskı, s. 1105; Çelikoğlu, s. 715.



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ARABULUCULARIN HAKLARI, YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE HUKUKİ SORUMLULUĞU

§ 10. ARABULUCULARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Arabulucu sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle bir vekâlet sözleşmesi olarak görüldüğünden, Türk Borçlar Kanunu'ndaki vekilin hak ve borçları ve sorumluluğuna ilişkin hükümler ve buna ilişkin açıklamalar, niteliğine uygun düştüğü ölçüde arabulucunun hak ve yükümlülükleri ve sorumluluğu için de uygulama alanı bulacaktır. Kaldı ki, vekâlet sözleşmesini düzenleyen TBK m. 502 f. 2'de "*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır*" hükmü mevcuttur. Bu hüküm gereğince arabulucu sözleşmesi, hukuki nitelik olarak vekâlet sözleşmesi dışında kendine özgü bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilse dahi, arabulucu sözleşmesine vekâlete ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Vekil, vekâlet sözleşmesiyle müvekkile karşı bir iş veya hizmet görmesi edimini borçlanmaktadır. İş görme fiili, hukuki işlemlere ilişkin olabileceği gibi, maddi fiillere ilişkin de olabilir. Bu bakımdan, İsviçre ve Türk hukuku, Fransız, İtalyan ve Avusturya hukuk sistemlerinden ayrılmaktadır. Söz konusu hukuk sistemlerinde vekâlet, sadece hukuki işlemlerin yapılmasına ilişkin olabilir¹. Maddi fiillere ilişkin vekâlette ise vekil, müvekkili adına hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri işler yapmadığından onun adına hak kazanması veya borç yüklenmesi söz konusu değildir. Bu yüzden Alman, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde vekâlet, temsilden farklı düzenlenmiştir. Gerçekten vekâlet sözleşmesi uygulamada çok çeşitliliğe sahiptir².

¹ **Dürr**, Carl, Werkvertrag und Auftrag, Kommentar Obligationenrecht (OR), Vira 1983, s. 106.

² **Başpınar**, s. 73. Örneğin, hekimin hastayı muayene veya ameliyat etmesi, hukukçu bir öğretim üyesinin mütala vermesi, mimarın bir binayı kontrol etmesi, özel dedektifin bir kimse hakkında bilgi toplaması, bankanın veya özel istihbarat bürosunun bir kimsenin mali durumu hakkında başkasına bilgi vermesi, öğretmenin özel ders vermesi, ses sanatçısının şarkı söylemesi, bir eser yada hizmet sözleşmesi olmaksızın bir yerin temizliğinin yapılması, avukat, noter, eksper, hakem sözleşmeleri, mimarlık ve mühendislik sözleşmeleri, gayrimenkul yöneticilik sözleşmeleri, hukuki

Arabulucu sözleşmesi, maddi fiillere ilişkin vekâlet sözleşmesinin bir çeşididir. Arabulucunun arabulucu sözleşmesiyle üstlendiği ana edim borcu, özenli bir şekilde arabuluculuk sürecini yönetmek ve tarafların uyuşmazlık çözümlerini kendilerinin bulmalarına yardımcı olmaktır³ (HUAK m. 2 f. 1/b). Arabuluculuk faaliyetinin amacı, her şartta ve her bedelle bir çözüm anlaşması sağlamak değildir. Arabulucu, uyuşmazlığın çözüme ulaşmasındaki destek çabalarında, sonucun başarılı olmasından sorumlu değildir. Başka bir ifadeyle arabuluculuk faaliyetinin sonucunda tarafların bir çözüm anlaşmasına varamamasından sorumlu değildir (HUAK m. 17). Arabulucu, arabuluculuk sürecini yönetmekte ve daha çok sonucu açık olarak, tarafların uyuşmazlık konusu ile ilgili kendi kaderlerini kendilerinin belirlemesine, bu doğrultuda kendi sorumlulukları içerisinde kendi menfaatlerine uygun bir çözüm anlaşmasına ulaşmalarına destek olmaktadır⁴.

Arabulucu ana edim borcunu ifa ederken kanundan doğan yan edim yükümlülüklerini de yerine getirmek zorundadır. Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü ve sır saklama yükümlülüğü gibi yan edim yükümlülükleri de vardır. Arabulucunun ana edim ve yan edim yükümlülüklerinin yorumlanmasında, sadece arabulucunun yükümlülüklerine ilişkin kanuni çerçeve ve uyuşmazlık taraflarının arzu ve menfaatleri değil, aynı zamanda arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerin de dikkate alınması gerekir⁵.

HUAK'da arabulucuların hak ve yükümlülükleri, TBK'da düzenlenmiş bulunan vekilin hak ve yükümlülüklerinden daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. HUAK, özel bir kanundur. Arabuluculuk faaliyetiyle ilgili bu Kanunda bir hüküm bulunmaması hâlinde niteliğine uygun düştükçe TBK'nın vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanabilecektir. HUAK'dan kaynaklanan bu hak ve yükümlülükler aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir. Aynı şekilde bu hak ve yükümlülükler HUAKY'de de yer almaktadır. Ayrıca Türkiye Arabuluculuk Kurulu

himaye, nakliye sözleşmeleri, banka sözleşmeleri, muhasebeci sözleşmeleri gibi sözleşmeler maddi fiillerin yapılmasına ilişkin vekâlet sözleşmelerine örnekler.

³ Greger/Unberath, s. 44.

⁴ Gläßer, s. 117.

⁵ Gläßer, s. 117.

Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları (Mart-2013)⁶ ile söz konusu hak ve yükümlülükler etik kurallar içerisinde de vurgulanmıştır.

HUAK'nın üçüncü bölümünün başlığı “*Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*” dir. Bu bölümde; arabulucu unvanının kullanılması (m. 6), ücret ve masrafların istenmesi (m. 7), taraflarla görüşme ve iletişim kurulması (m. 8), görevin özenle, tarafsız ve şahsen yerine getirilmesi (m. 9), reklam yasağı (m. 10), tarafların aydınlatılması (m. 11) ve aidat ödenmesi yükümlülüğü (m. 12) düzenlenmiştir. Kanunda üçüncü bölüm dışındaki maddelerde de arabulucuların hak ve yükümlülüklerine ilişkin hükümler mevcuttur. Bunlar; gizlilik yükümlülüğü (m. 4 ve m. 33), arabuluculuk faaliyeti sebebiyle hazırlanan beyan ve belgelerin kullanılamaması yükümlülüğü (m. 5), arabuluculuk tutanağını tutma ve Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderme yükümlülüğü (m. 17), arabulucular siciline kayıt olma yükümlülüğü (m. 20) ile ilgili maddelerdir. Ayrıca HUAKY m. 19 f. 9 hükmü, arabulucuların, yargı organları ve elektronik alt yapısını tamamlamış kamu kurum ve kuruluşları ile bilgi ve belge alışverişini elektronik ortamda yapabileceklerine ilişkindir.

A. ARABULUCULARIN HAKLARI

I. Arabuluculuk Unvanını ve Bu Unvanın Sağladığı Yetkileri Kullanma Hakkı

HUAK m. 6 f. 1, “*Sicile kayıtlı arabulucular, arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahiptirler*” hükmünü içermektedir⁷.

⁶ İş bu kurallar, Türk Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucuları için Model Etik ve Uygulama Kuralları ve Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları başta olmak üzere, tüm modern ülkelerin etik ve uygulama kuralları dikkate alınmak suretiyle, arabuluculuk sistemimize ve ülkemizin sosyal ve kültürel değerleri ile gerçeklerine uyumlu olacak şekilde, Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanmış olup, Arabuluculuk Kurulu tarafından gözden geçirilerek onaylanmıştır.

www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teşkilat/mevzuat/etik_kurallar.html (s.e 12.12.2016).

⁷ Hüküm aynen Yönetmelik hükmü olarak alınmıştır. HUAKY m. 9 “(1) *Sadece sicile kayıtlı olan arabulucular, arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahiptirler.*

Hükümden anlaşılacağı üzere arabuluculuk unvanını kullanma hakkı, sadece arabulucular siciline kayıtlı arabulucularındır. Bu unvanın sağlamış olduğu, arabulucu sözleşmesi ve arabuluculuk mevzuatından doğan yetkileri ancak sicile kayıtlı arabulucular kullanabilirler.

Kanunda ve Yönetmelikte geçen hüküm, Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 6'da “*Yalnızca sicile kayıtlı olan arabulucuların, arabulucu unvanını ve unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkı bulunmakta olup, Sicile kayıtlı olmayanların böyle bir hakkı ve hakkı kullanma halleri söz konusu olamaz*” şeklinde tekrarlanmıştır. Taraflar uyuşmazlıklarını sicile kayıtlı olmayan üçüncü bir kişi yardımıyla çözebilirler. Ancak bu durum uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olan üçüncü kişiye HUAK anlamında arabuluculuk sıfatını kazandırmaz. Kanunda belirtilen yetkileri vermez. Böyle bir uyuşmazlık çözüm faaliyeti arabuluculuk mevzuatında belirtilen sonuçları doğurmaz⁸.

Arabuluculuk unvanının kullanımı, arabulucuların bir hakkı olduğu gibi aynı zamanda arabuluculuk faaliyeti esnasında bir yükümlülüktür. HUAK m. 6 f. 2'ye göre arabulucu, arabuluculuk faaliyeti esnasında bu unvanını belirtmek zorundadır. Hüküm benzer şekilde, Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 6.1'de, “*Arabulucu, arabuluculuk faaliyetine başlamadan önce bu unvanını taraflara hatırlatmakla yükümlüdür*” şeklinde ifade edilmiştir.

II. Ücret ve Masraf İsteme Hakkı

HUAK m. 7 f. 1 “*Arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Arabulucu ücret ve masraflar için avans da talep edebilir*” hükmünü içermektedir⁹. Aynı maddenin ikinci fıkrası, “*Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte*

(2) *Arabulucu, arabuluculuk faaliyetine başlamadan önce bu unvanını taraflara bildirmek zorundadır*” hükmünü içermektedir.

⁸ HUAK m.6'nın hükümet gerekçesi.

⁹ Bkz. Bu hüküm aynen HUAKY m. 10 f. 1'e alınmıştır. Ayrıca Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m.7'de de düzenlenmiştir.

bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir ve ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılanır” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Arabulucunun ücret ve masraf isteme hakkının kaynağı arabulucu sözleşmesidir¹⁰. Arabulucunun ücret ve masraf isteme hakkı, arabuluculuk sürecini yönetme ve taraflara kendi çözümlerini bulmada yardımcı olma asli yükümlülüğünün ve diğer yan yükümlülüklerinin karşılığıdır. Arabuluculuk ücretinin tespitinin kaynağı ise arabulucu sözleşmesi veya HUAK’na göre düzenlenen Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi’dir.

Arabulucuk ücretine ilişkin hükümler, HUAK, HUAKY, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi (AAÜT) ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları (AMEUK) ile düzenlenmiştir. AAÜT m.1 f.1’de “*Özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında geçerli bir ücret sözleşmesi yapılmamış olan veya ücret miktarı konusunda arabulucu ile taraflar arasında ihtilaf bulunan durumlarda, 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 26/1/2013 tarihli ve 28540 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ve bu Tarife hükümleri uygulanır*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümlere göre arabuluculuk ücreti konusunda, önce taraflar ile arabulucu arasında yapılmış ücret sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Arabuluculuk ücretine ilişkin bir sözleşme yapılmamış veya bu konuda bir ihtilaf mevcutsa, HUAK, HUAKY ve AAÜT hükümleri uygulanacaktır.

¹⁰ Doktrinde Yazıcı-Tıktık, arabuluculuk ücret ve masraflarının arabulucu sözleşmesinden değil de, arabuluculuk sözleşmesinden de kaynaklanabileceğini ileri sürmüştür. Tarafların ücretin ücretin birlikte ödenmesi hususunda birbirlerine karşı olan borcunun arabuluculuk sözleşmesinden doğduğunu belirtmiştir. **Yazıcı-Tıktık**, s. 166. Kanaatimizce, taraflar arabuluculuk sözleşmesinde arabulucu ücretini birlikte ödeyeceklerini kararlaştırmış olsalar bile, başvurdıkları arabulucu ile taraflar arasında arabulucu sözleşmesi kurulmakta olup, arabulucunun ücret ve masraf isteme hakkı, arabulucu sözleşmesinden doğmaktadır. Ayrıca arabulucu sözleşmesi uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu arasında kurulurken, arabuluculuk sözleşmesi sadece uyuşmazlığın tarafları arasında kurulmaktadır. Nitekim yazar, uyuşmazlık taraflarının birbirine olan borcu açısından bu sonuca ulaşmıştır. Arabulucunun ücret ve masraf isteme hakkı her hâlde arabulucu sözleşmesine dayanır. Ancak arabulucuya ödenecek ücretin kim tarafından hangi oranda ödeneceği arabuluculuk sözleşmesinde de kararlaştırılabilir. Kaldı ki ileride inceleneceği üzere uyuşmazlığın tarafları, arabulucuya karşı arabuluculuk ücretinden dolayı müteselsilen sorumludur.

1. Arabuluculuk Ücretinin Tespiti¹¹

a. Arabulucu Sözleşmesiyle Ücretin Tespiti

Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan AAÜT göre belirlenir (HUAK m. 7 f. 2, HUAKY m.10 f. 2). Kanun ve Yönetmelikte geçen “*Aksi kararlaştırmadıkça*” hükmü ile, arabuluculuk ücretinin taraflar ve arabulucu arasında serbestçe kararlaştırılabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu sözleşme serbestisinin belirli sınırları vardır.

HUAK m. 7 f. 3, “*Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret alamaz. Bu yasağa aykırı işlemler batıldır*” hükmünü içermektedir. Bu hüküm, aynı zamanda Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları (AMEUK) m. 7 ve Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi (AAÜT) m. 2 f.4’de düzenlenmiştir¹². Arabulucunun temel görevi, arabuluculuk sürecini yönetmek ve tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardımcı olmaktır (HUAK m. 2 f. 1/b). Arabulucunun bu görevi dışında, belirli kişiler için aracılık yapmak veya belirli kişileri tavsiye etmek için ücret alamayacağı ve sözleşme yapamayacağı, yapmış olsa da geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır.

Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları, m. 7.1 “*Arabuluculuk ücreti ve masraflarıyla ilgili olarak, taraflar, mevzuattaki hükümlerin aksine bir usul kararlaştırmışsa; arabulucu, arabuluculuk süreci başlamadan önce, ücret ve masrafları kimin karşılayacağı hususunda, tarafların bir anlaşma yapmalarını sağlamalıdır*” hükmünü içermektedir. Ücret ve masrafla ilgili bu hüküm, arabuluculuk mevzuatındaki ücret ve masrafla ilgili emredici hükümlerle ilgili olmayıp, ancak bu konuda aksi kararlaştırılabilen hükümlerle ilgilidir (HUAK m. 7

¹¹ **Özbek**, Mustafa Serdar, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, Prof. Dr. Ali Rıza OKUR’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2014, C. 20 S. 1, s. 1119-1156.

¹² AAÜT m. 2 f. 4 “*Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak herhangi bir ücret talep edemez. Bu yasağa aykırı olarak tesis edilen işlemler hükümsüzdür*” şeklinde düzenlenmiştir.

f. 2). Başka bir ifadeyle bu hüküm, ücretin kim tarafından, ne şekilde ödeneceği hakkındaki usûle ilişkindir.

Arabulucu sözleşmesinde ücreti serbetçe kararlaştırmanın diğer bir sınırı, Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları (AMEUK) m. 7.3’ te düzenlenmiştir. Bu düzenleme, “*Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin sonucuna veya kısmen de olsa başarısına bağlı olarak bir ücret anlaşması yapamaz.*” şeklindedir. Bu hüküm, arabuluculuğun niteliğine uygun olan bir yaklaşımdır¹³. Nitekim arabulucu, uyuşmazlığın çözüme ulaşmasındaki destek çabalarında, sonucun başarılı olmasından yani çözüm anlaşmasıyla neticelenmesinden sorumlu değildir.

Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları (AMEUK) m. 7.4’de arabuluculuk ücreti belirlenirken, hangi hususların dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. AMEUK m. 7.4 “*Arabulucu, ücretini belirlerken; uyuşmazlık konusunun türü ve karmaşıklığı, kendisinin nitelikleri, arabuluculuk sürecinde gereken süre ve somut uyuşmazlık türündeki arabuluculuk hizmetlerinin rayiç değeri gibi, konuyla ilgili bütün etkenleri dikkate almak suretiyle, hakkaniyete ve dürüstlüğe uygun bir şekilde hareket etmelidir*” hükmünü içermektedir. Arabulucu sözleşmesinde, ücret belirlenirken bu hüküm ile konulmuş esaslara dikkat edilmesi gerekir.

Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi (AAÜT) m. 1 f. 2 “*Bu Tarifede belirlenen ücretlerin altında arabuluculuk ücreti kararlaştırılmaz. Aksine yapılan sözleşmelerin ücrete ilişkin hükümleri geçersiz olup, ücrete ilişkin olarak bu Tarife hükümleri uygulanır*” hükmünü içermektedir¹⁴. Bu hükme göre, arabulucu sözleşmesinde, Ücret Tarifesi’nde belirlenen ücretlerin altında bir ücret belirlenemez. Ücret belirlenmiş olsa da geçersizdir.

Şayet arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında AAÜT’ndeki asgari miktarın üzerinde bir arabuluculuk ücreti ödenmesi kararlaştırılmış ise, arabulucu sözleşmesinin yazılı olarak yapılması, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi’nde

¹³ Dost, Süleyman, Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, TBB Dergisi 2014, S. 115, s. 455.

¹⁴ RG T. 27.12.2016, S. 29931

belirlenen asgari ücretin uygulanmaması açısından gerekli olabilir. Zira ücret miktarı konusunda ihtilaf çıkması hâlinde, AAÜT m.1 f.1’de “...arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında geçerli bir ücret sözleşmesi yapılmamış olan veya ücret miktarı konusunda arabulucu ile taraflar arasında ihtilaf bulunan durumlarda, ...bu Tarife hükümleri uygulanır” hükmü gereği, Tarife hükümlerine göre arabuluculuk ücreti tespit edilecektir.

b. Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesiyle Ücretin Tespiti

Bazı meslekler bakımından ücretin asgari ve azami miktarlarına ilişkin ücret tarifeleri, ilgili kamu kurumları veya meslek birlikleri tarafından belirlenmektedir. Hekimler için Türk Tabipleri Birliği, diş hekimleri için Türk Dişhekimleri Birliği, mimar ve mühendisler için Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği ve avukatlar için Türkiye Barolar Birliği gibi meslek kuruluşları, alınacak ücretin asgari miktarını belirlemeye yetkili kılınmışlardır¹⁵. Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi (AAÜT), Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulan Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yıllık olarak hazırlanır ve Arabuluculuk Kurulu tarafından onaylanır. Arabuluculuk Kurulu gerekirse tarifiede değişiklik de yapabilir (HUAK m. 28 f. 2, m. 30 f. 1/1, m. 31, m. 32 f. 1/g; HUAKY m. 4 f. 1/l).

Arabuluculu sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan AAÜT’ne göre belirlenir ve ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılanır (HUAK m. 7 f. 2, HUAKY m. 10 f. 2). AAÜT m. 9 “Arabuluculuk ücretinin takdirinde, arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınır” hükmü ve AAÜT m. 3 f. 1 “Aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk ücreti taraflarca eşit ödenir” hükmünü içermektedir. Kanun ve Yönetmelik hükmü, Tarifiede iki ayrı maddede tekrar edilmiştir.

Uyuşmazlığın taraflarının ücret ve masraflara eşit olarak katlanmaları arabuluculuğun amacına da uygundur. Zira arabuluculukta uyuşmazlığın taraflarının

¹⁵ Başpınar, s. 87.

ortak menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır. Ancak taraflar dilerse, arabulucu sözleşmesinde bunun aksine hüküm koyabilirler¹⁶.

AAÜT m. 2'ye göre, Tarifede yazılı arabuluculuk ücreti, uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasını sağlamak amacıyla, arabuluculuk faaliyetini yürüten arabulucular siciline kayıtlı kişiye, sarf ettiği emek ve mesainin karşılığında, uyuşmazlığın taraflarınca yapılan parasal ödemenin karşılığıdır. Arabuluculuk faaliyeti süresince arabulucu tarafından düzenlenen evrak ve yapılan diğer işlemler ayrı ücreti gerektirmez. Arabulucu, arabuluculuk süreci başlamadan önce yapmış olduğu masrafları arabuluculuk teklifinde bulunan taraf veya taraflardan isteyebilir.

AAÜT'nin ek birinci kısmında, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk ücreti, uyuşmazlık konusunun türüne, harcanan zamana (saat ücreti olarak) ve uyuşmazlık konusunun tarafların sayısına göre maktu olarak düzenlenmiştir. AAÜT'nin ek ikinci kısmında ise, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukuki uyuşmazlıklarda çözüm anlaşması sağlanması hâlinde arabuluculuk ücreti, anlaşılan miktarın üzerinden arabulucunun sayısı da dikkate alınarak yüzdelik oranına göre nisbi olarak düzenlenmiştir.

AAÜT m. 7'ye göre, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk ücreti, AAÜT'nin eki birinci kısmına göre saat ücreti olarak (maktu olarak) belirlenir. Konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukuki uyuşmazlıklarda çözüm anlaşması sağlanması halinde arabuluculuk ücreti ise, AAÜT'nin eki ikinci kısmına göre anlaşılan miktar üzerinden nisbi olarak belirlenir. Arabuluculuk sürecinin sonunda çözüm anlaşması sağlanamaması halinde, arabuluculuğun konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukuki uyuşmazlık olsa bile arabulucu, arabuluculuk ücretini AAÜT'sinin birinci kısmına göre maktu saat ücreti ister.

İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'yla, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade uyuşmazlıklarında getirilen zorunlu arabuluculuk

¹⁶ HUAK m. 7 hükümet gerekçesi.

yönteminde (İMK m. 3), tarafların arabulucu huzurunda anlaşmaları hâlinde arabuluculuk ücreti, AAÜT'nin ikinci kısmına göre¹⁷ anlaşılan miktar üzerinden arabulucunun sayısı da dikkate alınarak yüzdelik oranına göre nisbi olarak düzenlenmiştir. Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu ücreti taraflarca eşit şekilde karşılanır. Bu durumda ücret, Tarife'nin birinci kısmında belirlenen iki saatlik ücret miktarından¹⁸ az olamaz. Tarafların arabulucu huzurunda anlaşamaması halinde ise, arabuluculuk görüşmelerinin ilk iki saatlik bölümü Hazine'den¹⁹, iki saati aşan kısmı ise aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde, AAÜT'nin birinci kısmına göre maktu saat ücreti olarak karşılanır. Hazine'den karşılanan ve taraflarca ödenen arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır (İMK m. 3 f. 6).

AAÜT m. 7'de ve İMK (Tasarı) m. 3 f. 6'da düzenlenen arabuluculuk ücret tarifesine göre ücret, bazı açılardan arabuluculuğun niteliğine ve vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere ters gibi gözükmektedir²⁰. Arabulucunun görevi, arabuluculuk sürecini yönetmek ve tarafların kendi uyuşmazlık çözümlerini bulmalarına yardımcı olmaktır. Çözüm anlaşmasına ulaşamamasından arabulucu sorumlu değildir. Arabuluculuğun konusu para veya para ile değerlendirilebilen bir hukuki uyuşmazlık olsa bile çözüm anlaşması sağlanamaması hâlinde, arabulucunun ücretini AAÜT'nin birinci kısmına göre maktu ücret olarak, çözüm anlaşması sağlanmışsa Tarife'nin ikinci kısmına göre nisbi ücret olarak talep edeceği hükmü, arabulucunun görev ve sorumluluğuyla bağdaşmayan bir hüküm niteliğindedir. Burada arabuluculuk yönteminin başarı oranını artırmak amacıyla hareket edildiği ortadadır. Ancak arabulucunun sarfettiği emeğin karşılığı olan ücreti, çözüm anlaşmasının yapılıp yapılmadığına bakarak farklı tayin etmek, bir çelişki oluşturmuştur.

¹⁷ 2017 yılı AAÜT'nin ikinci kısmında belirlenen arabulucu ücreti, bir arabulucunun bulunması hâlinde tarafların üzerinde anlaştıkları miktarın %6'sından (birden fazla arabulucunun görev yapması hâlinde % 9'undan) başlamak üzere kademeli olarak azalan nisbi ücrettir. Bkz. www.adb.adalet.gov.tr (s.e. 30.03.2017).

¹⁸ 2017 yılı için 120 TL'den az olamaz.

¹⁹ 2017 yılı için tarafların anlaşamaması hâlinde Hazineden ödenecek arabuluculuk ücreti ilk iki saate ilişkin olup 120 TL maktu ücrettir.

²⁰ Vekâlet sözleşmelerinde başarı ücretinin caiz olup olmadığı hakkında doktrindeki olumlu ve olumsuz görüşler için bkz. **Yalçınduran**, s. 124-132.

Nitekim AAÜT'deki bu düzenleme şekli, Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 7.3'e göre, "*Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin sonucuna veya kısmen de olsa başarısına bağlı olarak bir ücret anlaşması yapamaz*" hükmünün düzenleme amacı ile çelişmektedir. AAÜT'nin ek ikinci kısmına göre; arabuluculuk ücreti belirlenirken "*üzerinde anlaşılan miktarın*" esas alınması ile, arabulucuk ücretinin miktarı, arabuluculuk faaliyetinin sonucuna bağlanmıştır. Etik kural düzenlemesi ile, arabuluculuk faaliyetinin sonucuna ve kısmen başarısına göre arabulucu ve taraflar arasında ücret anlaşması yapılması yasaklanırken, Tarife ile arabuluculuk faaliyetinin sonuç ve başarısına göre ücret belirlemede bir sakınca görülmemiştir.

Aktif bir arabulucu olarak bu çelişkinin nasıl giderilmesi gerektiğini düşündüğümüz zaman, bütün arabuluculuk konuları için Tarife'nin ek birinci kısmını uygulamayı düşünmek, çözüm anlaşmasına bağlanan farklılığı gidermek adına bir çözüm olarak gözükebilir. Ancak bu durumda da, başka türlü rahatsızlıklar ortaya çıkabilir. Örneğin; Tarifenin birinci kısmını esas aldığımızda, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen büyük miktartlı hukuki uyuşmazlıklarda uyuşmazlıkların çözümünü saat ücretine bağlamak orantısız olarak tatminkâr değildir. Bu aynı zamanda büyük çoğunluğu avukat olan arabulucuların, uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemi yerine, dava yolu ile çözmeyi istemelerine neden olan bir faktör olabilir. İşin bu yönünü düşünerek saat ücretini artırmak ise, küçük miktartlı veya konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukuki uyuşmazlıklara uygun düşmeyebilir. Kanaatimizce açıklanan nedenlerle, arabuluculuk ücretini belirlerken ücretin miktarını, yürürlükte olan AAÜT'de yer aldığı gibi arabuluculuğa ilişkin uyuşmazlık konusunun değerine ve kısmen arabuluculuk yönteminin başarısına bağlamakta bir sakınca görmüyoruz²¹. Çünkü bazen insan psikolojisi ve sosyoloji bilimi dikkate alınmadan sadece hukuk tekniği açısından değerlendirme yapmak, yapılan değerlendirme hukuken doğru bile olsa beklenen faydayı getirmeyebilir. Ancak bunun için yukarıdaki çelişkili düzenlemenin mümkün olduğunca AAÜT ile

²¹ Doktrinde başarıya bağlı vekâlet ücreti kararlaştırmanın caiz olduğunu, Hatemi/Serozan/Arpacı, Aday, Günergök, Karateke, Başpınar, Sungurtekin-Özkan, Toothman/Ross, Miller ve Twyman gibi yazarlar ileri sürmüştür. Bkz. **Yalçınduran**, s. 124 vd.

uyumlu hale getirilmesi gereklidir. Başka bir ifadeyle Tarife ile getirilen ve etik kurala aykırı görülme yen düzenleme şeklinin, arabulucu ücret sözleşmelerinde de esas alınmasının etik kurallara aykırı görülmemesi gerekir.

AAÜT m. 4'e göre, arabuluculuk faaliyetinin, gerek tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmaya varmış olması, gerek taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, gerekse taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi ve tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi sebepleriyle (HUAK m. 17 f. 1/a, b, c ve   bentleri) veya taraflardan birinin ölümü ya da iflâsı halinde arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hallerinde, arabuluculuk faaliyetini yürütme görevini kabul eden arabulucu, Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır. Arabuluculuk faaliyetine başlandıktan sonra, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaştırma kapsamına girmeyen bir suç ile ilgili olduğu hususları ortaya çıkar ve bu sebeplerle de arabuluculuk faaliyeti sona erdirilir ise (HUAK m. 17 f. 1/d bendi), sonradan ortaya çıkan bu durumlarla ilgili olarak eğer arabulucunun herhangi bir kusuru yoksa, arabuluculuk faaliyetini yürütme görevini kabul eden arabulucu, Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır.

Benzer  ekilde AAÜT m. 5'e göre, arabuluculuk faaliyeti devam ederken uyuşmazlık, arabuluculuk faaliyetinin konusuz kalması, feragat, kabul veya sulh gibi arabuluculuk yolu dışındaki yöntem ve nedenlerle giderilirse arabulucu, ücretin tamamına hak kazanır.

Aynı uyuşmazlığın  z m ne ilişkin AAÜT'nin eki birinci kısmında belirtilen hallerde yani konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukuki uyuşmazlıklarda, arabuluculuk faaliyetinin birden çok arabulucu tarafından yürütülmesi durumunda, her bir arabulucuya Tarifede belirtilen ücret ayrı ayrı ödenir (AAÜT m. 3 f. 2). Aynı uyuşmazlığın  z m ne ilişkin AAÜT'nin eki ikinci kısmında belirtilen hallerde yani konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyetinin birden çok arabulucu tarafından

yürütülmesi durumunda, Tarifede birden fazla arabulucu için belirtilen orandaki ücret her bir arabulucuya eşit bölünerek ödenir (AAÜT m. 3 f. 3).

AAÜT m. 6'ya göre, somut bir uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi sırasında, yeni uyuşmazlık konularının ortaya çıkması halinde arabulucu, her bir uyuşmazlık için ayrı ücrete hak kazanır.

2. Arabuluculuk Ücretinin Muacceliyeti ve Zamanaşımı

Türk arabuluculuk doktrininde arabulucu sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle hâkim görüşe göre²², bir vekâlet sözleşmesidir. TBK m. 502 f. 2'ye göre vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, TBK'nda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır. Bu hüküm gereğince arabulucu sözleşmesi, başka bir tür isimsiz sözleşme olarak nitelendirilse dahi, arabulucu sözleşmesine vekâlete ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı açıkça hüküm altına alınmıştır.

Bu doğrultuda arabuluculuk ücret alacağı, TBK'nda düzenlenen vekâlet sözleşmesinde vekilin ücret alacağında olduğu gibi arabulucu sözleşmesinin kurulmasıyla doğar²³. Ancak ücret alacağı sözleşmenin kurulmasıyla doğsa da, arabulucu ücretini muaccel hale gelmeden isteyemez. Vekâlet sözleşmesinde kural olarak vekil daha önce ifa ile yükümlüdür. Ancak bu kuralın aksi kararlaştırılabilir. Aksi kararlaştırılmamışsa vekil önce kendi iş görme borcunu yerine getirecek, ancak bu iş görme borcunun ifasından sonra ücret alacağının tamamını müvekkilden talep edecektir²⁴.

Nitekim “*Ücret ve masrafların istenmesi*” başlıklı HUAK m. 7 hükmü bu paralelde bir düzenlemedir. Maddenin birinci fıkrası “*Arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir*” hükmüyle muacceliyet şartını, arabuluculuk faaliyetinin yapılmış olmasına bağlamıştır. Benzer şekilde

²² Taşpolat-Tuğsavul, s. 145; Kekeç, s. 152; Özbek, Tahlil, s. 1144;

²³ Yalçınduran, s. 210; Azınlık görüşü ise, ücret alacağının doğumu için vekâlet (arabuluculuk) görevinin yerine getirilmesi gerekir. Bkz. Gümüş, s. 180;

²⁴ Yalçınduran, s. 210.

maddenin ikinci fıkrası, aksi kararlaştırılmamışsa arabuluculuk ücretinin, arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan AAÜT’ne göre belirleneceğini hüküm altına almıştır. Bu hükme göre arabuluculuk ücretinin belirlenmesi, arabuluculuk faaliyetinin sona ermesiyle mümkündür. Arabuluculuk ücreti belirlenmeden muaccel olacağı düşünülemez. Arabuluculuğun sona erme hâlleri ise HUAK m. 17 f. 1’de ve AAÜT m. 4’de açıkça düzenlenmiştir²⁵.

Arabulucu ücretinin muaccel olacağı tarih arabulucu sözleşmesinde kararlaştırılmış ise, kararlaştırılan bu tarih esas alınır. Arabulucu sözleşmesinde belirlenen bu tarih aynı zamanda borçlunun temerrüde düşme tarihidir (TBK m. 117). Arabulucu sözleşmesinde ödeme zamanına ilişkin bir düzenleme yoksa arabulucunun ücreti arabuluculuk faaliyetinin sona ermesiyle muaccel olacaktır. Ancak muaccel hâle gelen ücret ödeme borcu ödenmez ise, borçlunun temerrüde düşürülmesi için TBK m. 117’ye göre arabulucu ihtar çekip, TBK m. 120’ye göre temerrüt faizi talep edebilir²⁶. Sadece fatura gönderilmesi ihtar sayılmaz. Ancak faturanın üzerindeki, bedel ödenmediği takdirde dava açılacağı ya da icra takibi yapılacağı veya temerrüt faizi işletileceği veya vade farkı alınacağına ilişkin kayıtlar ihtar olarak kabul edilebilir²⁷.

HUAK’da arabuluculuk ücretinin zamanaşımına ilişkin bir hüküm yoktur. Vekâlet sözleşmeleri için TBK m. 147 f. 1/5 bendi ile 5 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Arabulucu sözleşmelerine de uygulanacak bu hüküm gereği arabuluculuk ücretine ilişkin alacak hakları da, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren beş yılda zamanaşımına uğrayacaktır²⁸.

²⁵ Bkz. Yukarıda üçüncü bölüm “*Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi*.”

²⁶ **Özbek**, Tahlil, s. 1144.

²⁷ **Yalçınduran**, s. 211.

²⁸ **Özbek**, Tahlil, s. 1146; **Dost**, s. 460.

3. Uyuşmazlık Taraflarının Arabuluculuk Masraf ve Ücret Ödeme Yükümlülüğü

Arabuluculu için bir hak olan ücret ve masrafları isteme hakkı, arabulucuya başvuran taraflar için ise temel yükümlülüktür²⁹ (HUAK m. 7 f. 1, m. 30 f. 1/1, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi-AAÜT m. 1 f. 2). Bu bakımdan uyuşmazlık taraflarının, arabuluculuk sürecine aktif olarak katılmaları ve çözüm anlaşmasına varmak için işbirliği yükümlülükleri yan yükümlülükleri olup, asli edim yükümlülüğü arabuluculuk ücretinin ve arabulucunun yaptığı masrafların ödenmesidir. Arabuluculuğa ilişkin irâdilik ilkesi gereği, taraflar yan yükümlülüklerini arabulucuya karşı yerine getirmek zorunda olmamalarına rağmen, asli edim yükümlülüğü olan arabuluculuk ücretini arabulucuya ödemekle yükümlüdürler³⁰.

Arabuluculuk ücret ve masraflarından tarafların müteselsilen sorumlu olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, her ne kadar Alman hukukunda arabulucu sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak kabul edilerek arabulucuya karşı tarafların müteselsilen sorumlu olduğu (BGB § 421) ifade edilmiş ise de, Türk hukuku bakımından, aksi kararlaştırılmadıkça ücret ve masrafların taraflarca eşit olarak karşılanacağı hüküm altına alındığından (HUAK m. 7, HUAKY m. 10) uyuşmazlık taraflarının müteselsilen sorumluluğu söz konusu değildir³¹. Bu görüşü destekler nitelikte bir görüşe göre, müteselsil sorumluluğun kanundan veya sözleşmeden doğan istisnai bir durum olduğundan tarafların müteselsil sorumlu olmayacağı kanaatindedir³².

²⁹ Doktrinde arabuluculuk ücretinin Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesiyle bir yükümlülük olarak belirlenmesi ve asgari miktarın altında ücret kararlaştırılamayacağına ilişkin hükümler eleştiri konusu olmuştur. Bkz. **Özbek**, Tahlil, s. 1129 vd.; Özel hukuk ilkeleriyle bağdaşmayan ve Kanun ve Yönetmelik ile yasaklanmayan bir durumun, AAÜT ile yasaklanmasının kanun yapma tekniği açısından yerinde olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. **Dost**, s. 457.

³⁰ **Yazıcı-Tıktık**, s. 166.

³¹ **Yazıcı-Tıktık**, s. 167.

³² **Dost**, s. 459.

Başka bir görüşe göre arabulucu, arabuluculuk sürecinde her iki tarafa da hizmet etmiştir. Taraflar arabuluculuk süreci sonunda bir çözüm anlaşmasına varmışlarsa bu arabulucunun desteğiyle olmuştur. Bu sebeple taraflar arabuluculuk ücretinden müteselsil sorumlu olmalıdırlar. Nitekim Avukatlık Kanunu m. 165’de benzer bir anlayışla avukatlık ücreti açısından müteselsil sorumluluk benimsenmiştir³³.

HUAK m. 7 hükmü, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça “*masraf ve arabuluculuk ücretinin taraflarca eşit olarak karşılanacağını*” hüküm altına almıştır³⁴. TBK’nun “*Birlikte vekâlet verenlerin ve birlikte vekillerin sorumluluğu*” başlıklı m. 511 f. 1 hükmü, birlikte vekâlet verenlerin vekile karşı müteselsil olarak sorumlu olacağını hüküm altına almıştır. Arabulucu sözleşmesiyle, arabuluculuk sürecini yönetmesi ve uyuşmazlık çözümünde yardımcı olması için uyuşmazlığın tarafları birlikte, arabulucuyu vekil olarak tayin etmektedir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, HUAK m. 7 f. 2 arabuluculuğun masraf ve ücretinden uyuşmazlık taraflarının ne oranda sorumlu olduklarını düzenlemektedir. Tarafların arabulucuya karşı sorumluluklarının kapsamı açısından ise birlikte vekâlet verilmesinde sorumluluğun müteselsil olduğunu belirleyen TBK m. 511 f. 1 hükmünün esas alınmasının doğru olacağı kanaatindeyiz. HUAK daha özel bir kanun olmakla birlikte, birlikte vekâlet verilmesi halinde sorumluluğun müteselsil olacağına ilişkin TBK m. 551 f. 1 hükmü, TBK m. 502 f. 2 hükmü gereğince uygulama alanı bulur. HUAK m. 7 f. 2 de düzenlenen tarafların arabuluculuk masraf ve ücretini eşit olarak karşılama sorumluluğu, TBK m. 551 f. 1 hükmüyle çelişmez. Çünkü HUAK m. 7 tarafların ödemesi gereken masraf ve ücret miktarını, TBK m. 551 f. 1 ise, bu belirlenen miktardan arabulucuya (birlikte vekâlet verilmiş vekile) karşı tarafların müteselsilen sorumlu olduğunu belirtmektedir.

Müteselsil borçluluk gereği masraf ve ücretin tamamını ödemek durumunda kalan taraf, diğer taraftan HUAK m. 7 f. 2 gereği ödediği miktarın eşit olmasını sağlayacak şekilde rucuen talepte bulunabilecektir.

³³ Özbek, Tahlil, s. 1137.

³⁴ Ücretin eşit olarak ödeneceği hükmü AAÜT m.3 f.1’de de yer almaktadır.

4. Arabuluculuk Ücreti ve Adli Yardım

Arabuluculuk ücreti ve masrafların adli yardımla karşılanmasına ilişkin mevzuatımızda bir düzenleme yoktur. Arabuluculuk ücret ve masrafları uyuşmazlığın taraflarınca karşılanmaktadır. Bu durum yargı yükünün hafifletilmesi ve toplumsal barışın sağlanması amacına hizmet eden arabuluculuk açısından giderilmesi gereken bir olumsuzluktur. Görülmekte olan bir dava sürecinde arabuluculuğa başvurulması hâlinde HMK m. 334-340 hükümlerine göre adli yardımdan yararlanma imkânının tanınması, arabuluculuğun yaygınlaşması açısından faydalı olacaktır³⁵.

CMK'da düzenlenen uzlaştırma ve uzlaştırmacı için tanınan imkânların benzeri arabuluculuk ve arabulucular için de tanınmalıdır. Uzlaştırmacıya Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen tarifeye göre ücret ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır (CMK m. 253 f. 22).

5. Karşılaştırmalı Hukukta Arabuluculuk Ücreti³⁶

Almanya'da arabulucuların ücretleri kanun tarafından düzenlenmez. Genellikle taraflar arasında karar verilir. Avukatlık Ücret Kanunu (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, RVG) m. 34(1)'e göre, arabulucu olarak görev yapan avukatlar ücretlerini kapsayan bir sözleşmeye göre çalışmalıdır. Eğer ücret konusunda bir anlaşma yoksa standart uygulama ücretini kapsayan medeni hukuk hükümleri uygulanır. Uygulamada ticari uyuşmazlıklarda saat başı 200-600 Pound, aile uyuşmazlıklarında saat başı 50-250 Pound arasındadır. Taraflar bu ücretleri ödemek zorundadır³⁷.

³⁵ **Özbek**, Tahlil, s. 1146; **Tanrıver**, Makalelerim II, s. 254; **Kekeç**, s.222; **Dost**, s. 471.

³⁶ Diğer ayrıntılar için bkz. Yukarıda İkinci Bölüm “*Arabuluculuk Faaliyetinin Karşılaştırmalı Hukukta Yeri ve Gelişimi*”.

³⁷ **Tochterman**, Mediation in Germany, s. 542.

Avusturya’da arabulucunun ücreti, taraflar ile arabulucu arasındaki arabulucu sözleşmesinin hükümlerine göre belirlenir³⁸.

İsviçre’de arabuluculuk masrafları genel olarak taraflarca karşılanır. Taraflar genellikle, arabulucu ile taraflar arasında imzalanan arabuluculu sözleşmesinde ücret konusunda anlaşır. Federasyon ve Kantonlar’da, arabuluculuk ücretlerine ilişkin kanuni düzenlemeler henüz yapılmamıştır. Eğer taraflar arabuluculuk masraflarını karşılamak için mali imkânlara sahip değilse, çocuklarla ilgili maddi olmayan konularda ve mahkeme tarafından düzenlenen arabuluculuk faaliyetinin masrafları devlet tarafından ödenir³⁹.

İngiltere ve Galler’de devlet arabuluculuğu düzenlemez. Herhangi bir profesyonel kuruluş, arabuluculuk faaliyetlerinde yetkilendirme ve kontrolüne ilişkin, genel bir yetkilendirme ve denetim gücüne sahip değildir. Arabuluculuk ücreti taraflarca serbestçe kararlaştırılır⁴⁰.

İtalya’da, arabulucuların ücretleri 145/2011 sayılı Bakanlık Kararnamesiyle belirlenirken, ücret kesin bir şekilde belirtilmemiştir. Kararnamede, arabuluculuk kurumlarının uyuşmazlığın değerine göre alabilecekleri maksimum maliyet sınırını belirler. Arabulucu ücretini arabuluculuk kurumu ile görüşür. Normal olarak, ücreti önceden belirlenen rakamın bir yüzdesi olacaktır. Arabulucu asla uyuşmazlığın taraflarından doğruca ücret almaz. Arabulucunun ücreti, bağlı bulunduğu arabuluculuk kurumu tarafından ödenir⁴¹. Zorunlu arabuluculuk sürecinde taraflarca ilk oturum için ödenecek ücret; uyuşmazlığın değeri 250.000 €’ya kadar olan uyuşmazlıklarda 40 €+KDV, 250.000 €’dan fazla olan uyuşmazlıklarda 80 €+KDV dir. Bu ücretler yapılacak ilk oturum için gerekli masrafları karşılamak üzere alınmaktadır. Arabulucunun alacağı ücret için ise Bakanlığın tarifesine göre 65 € ile

³⁸ **Mayr/Nemeth**, s. 79.

³⁹ **Peter**, s. 102; **Meier**, s. 401.

⁴⁰ **Genn/Riahi/Pleming**, s. 169.

⁴¹ **De Palo/Keller**, s. 692.

9.200 € arasında ücret alabilmektedirler. İlk toplantı için ise herhangi bir ücret almamaktadırlar⁴².

Fransa'da, mahkeme içi arabuluculuk faaliyetinde, arabulucuların ücreti için, taraflar ya da taraflardan biri mahkeme sekreteryasına (veznesine) bir avans öder⁴³. Arabuluculuk sürecinin sonunda CPC madde 131-13 uygulanır. Bu hükme göre mahkeme arabulucunun ücretinin ne kadar olacağını belirler. Arabuluculuğun niteliği ve uyuşmazlık konusunun zorluğu da dikkate alınarak, ücretin miktarını etkileyen faktörler hâkim tarafından ortaya konulur⁴⁴. Mahkeme dışı arabuluculuk faaliyetinde ise, taraflar ve arabulucu, arabuluculuk hizmeti için ödenecek ücreti görüşürler. Pek çok uyuşmazlıkta farklı arabuluculuk kuruluşları sabit bir orana sahiptirler. Bir tüzel kişi arabulucunun her bir saatine yaklaşık 250 €, bir gerçek kişi arabulucunun her bir saatine 150 €, değer belirlenmiştir. Bazı arabuluculuk kuruluşları toplam altı saat için sabit bir ücret sunar. İş uyuşmazlıkları için Paris Arabuluculuk ve Tahkim Merkezi (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris-CMAP) tarafından bir arabuluculuk ücret tarifesi sağlanır. Aile arabulucularının ücreti, tarafların gelirlerine bağlıdır. Bu yüzden aile arabuluculuğu ücreti, bir saat için en az gelirli için 3 €, en yüksek gelirli için 131 € arasındadır. Arabulucu ve Arabuluculuk Etik Kuralları, aile arabulucusunun ücret belirlerken, ailenin ekonomik durumunu dikkate alması gerektiğine hükmeder. Dahası arabuluculukta ilk bilgilendirme toplantısı ücretsiz olmalıdır⁴⁵.

Danimarka'da mahkeme bağlantılı arabuluculuk ücretsizdir. Arabuluculuk faaliyetinin sonunda yapılan çözüm anlaşmaları, icra edilebilir niteliğe kavuşturulmaktadır. Bunu yapmadıkları takdirde taraflar arabuluculuk ücreti ödemek zorundadırlar. Mahkeme dışı arabuluculuk için ücretin makul olması gerektiği düzenlenmiştir. Genel kural, her taraf kendi masraflarını üstlenir ve arabuluculuk ücretinin yarısını öder, şeklindedir. Danimarka'da avukatlık ücretlerini belirleyen

⁴² **Bartolomeo/Triscari**, s. 5.

⁴³ CPC art. 131-6(2) ve (3).

⁴⁴ **Ferrand**, s. 194.

⁴⁵ **Ferrand**, s. 194

etik kurala göre, arabuluculukta beklenmedik durumlarda ücret alınmasına izin verilmemektedir⁴⁶.

Norveç'te mahkeme bağlantılı arabuluculukta, hem arabulucu hem de uyuşmazlığın türüne göre gerektiğinde görev yapan yardımcı kişi, hâkimin kanuna uygun görevinin bir parçasını ifa ettiği için, arabulucu hâkim olmamak kaydıyla ücreti hak eder. Arabulucunun ücretinin miktarı mahkeme tarafından takdir edilir. Taraflar ve arabulucu kendileri bir bedel belirlememişse, mahkeme, genellikle kanuni yardım sağlayıcılar için belirlenmiş olan saat ücretini esas alır (Tvl. m. 8-4.3). Bu durumda taraflar, ikinci yardımcı kişinin ücreti de dâhil, ek masraflardan sorumludur. Fakat genellikle ek masraflardan kaynaklanan ücreti mahkeme karşılar⁴⁷. Mahkeme dışı arabuluculukta ise, taraflar aksini kararlaştırmadığı takdirde arabulucu ve asistanın ücretlerini paylaşmalıdır (Tvl. m. 7-4). Arabuluculuk faaliyeti masrafları, arabuluculuk sözleşmesinin kendisine bağlıdır. Taraflar, adli arabulucular sicilinden bir arabulucuyu seçmeleri halinde, taraflar ve arabulucu resmi olarak mahkemeden ücret takdir edilmesini talep edebilirler (Tvl. m. 7-4.2)⁴⁸.

Belçika'da arabuluculuk masrafları ve arabulucu ücreti taraflarca bu sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, taraflarca eşit olarak ödenir (Code Judiciaire m. 1731-1)⁴⁹.

Hollanda'da 01 Nisan 2005 tarihine kadar, mahkeme tarafından yönlendirilen arabuluculuklarda yer almak ücretsizdi. Arabulucuların ücretleri, Adalet Bakanlığından ödenek alan mahkemeler tarafından karşılanıyordu. Nisan 2005' den itibaren, arabuluculuk sürecinde de, mahkeme sürecinde olduğu gibi yeterli mali gücü olmayan davacılar adli yardımdan yararlanmaktadır. Adli yardım alma hakkı olmayan taraflar için ise, arabuluculuğun ilk 2,5 saatinin ücreti 1 Ocak 2011 yılına kadar Adalet Bakanlığınca karşılanmıştır. Hollanda Arabuluculuk Enstitüsü'nün (NMI) Arabuluculuk Kuralları, arabulucu sözleşmesinin içine, arabuluculuk ücretinin

⁴⁶ Adrian, s. 124.

⁴⁷ Sperr, s. 347.

⁴⁸ Sperr, s. 347.

⁴⁹ Verougstraete, s. 107.

yazılmasını emreder. Tarafların adli yardımı hak ettiği davalarda, arabulucunun ücretinin miktarı kanun tarafından düzenlenir. Bu durumda taraflar devlet tarafından finanse edilmiş arabuluculuk için sadece 50 € ile 120 € arası bir ücret öderler⁵⁰.

Japonya’da Avukatlık Kanunu m. 72’ye göre, ücret karşılığı olarak arabuluculuk ve diğer hukuki hizmetleri (hukuki danışmanlık, tahkim ve uzlaştırma gibi) ancak avukatlar sağlayabilir. Bununla beraber ADR sertifikalı arabulucular da ücret almaya yetkilidir. ADR Kanunu m. 6(7) ve 6(8)’e göre, arabuluculuk ücreti sözleşmeyle belirlenir. Fakat ADR kurumlarının kuralları önemli rol oynar. ADR Kanunu m. 6(15), onaylı arabuluculuk faaliyetleri için, kurumun ödeme ve hesaplama yöntemlerini veya miktarını belirlemesini ve bunların çok fahiş olmamasını düzenler⁵¹.

Amerika Birleşik Devletleri’nde federal mahkeme bağlantılı arabuluculuk faaliyetleri için taraflar, arabulucuya cari fiyat üzerinden veya mahkemece tespit edilen fiyat üzerinden ücret öderler. Bununla birlikte gönüllü olarak ücretsiz çalışan arabulucu avukatlar da, arabuluculuk hizmeti vermektedir⁵².

III. Taraflarla Görüşme ve İletişim Kurma Hakkı

HUAK m. 8 f. 1 “*Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir ve iletişim kurabilir. Taraflar bu görüşmelere vekilleri aracılığıyla da katılabilirler*” hükmünü içermektedir. HUAK m. 15 f. 6’da benzer şekilde, tarafların arabuluculuk müzakerelerine bizzat veya vekilleri aracılığıyla katılabilecekleri düzenlenmiştir. Vekiller⁵³, arabuluculuk sürecine, ancak vekâletnamede bu konuda özel yetki verilmiş olması hâlinde katılabilirler (HUAKEY m. 19 f. 7).

Arabulucunun taraflarla birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı görüşme ve iletişime gerçekleştireceği, yürütülen arabuluculuk faaliyetinin özelliği ve tarafların durumu

⁵⁰ Pel, s. 316.

⁵¹ Kakuchi, s. 288.

⁵² Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 427.

⁵³ Vekillerden kasıt avukatlardır. HUAK m. 8 ve m. 15 f. 6’nın Adalet Komisyonu gerekçesinde, Avukatlık Kanunu m. 2 ve HMK m. 74’de düzenlenmiş avukat aracılığıyla temsil edilebilme yetkilerinin, arabuluculuk sürecinde de kullanılabileceği açıklanmıştır.

ile ilgili olacaktır. Sadece görüşme değil, ondan daha geniş anlamı olan iletişim kurma ifadesine özellikle yer verilmiştir. Çünkü sağlıklı iletişim, arabuluculuk yönteminin temelinde yatan anlayışı ifade etmektedir⁵⁴.

Arabulucu, arabuluculuk sürecini yönetmek ve tarafların kendi uyuşmazlık çözümlerini bulmalarını sağlamak için hem kendisinin taraflarla hem de tarafların birbirleriyle olan iletişimini sağlamakla görevlidir (HUAK m. 2 f. 1/b). Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 8'e göre, arabulucu taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştırarak, birbirlerini anlamalarını teşvik edip, tarafların ihtiyaç ve menfaatlerini belirlemeleri için onlara yardım etmeli ve tarafların kendilerine ait bir anlaşmaya varmalarını sağlayabilmek amacıyla yaratıcı problem çözme tekniklerini kullanmalıdır. Dolayısıyla arabulucunun taraflarla görüşmesi ve iletişim kurması hem hakkı hem de yükümlülüğüdür.

IV. Yargı Organları ve Kamu Kurum ve Kuruluşlarından Elektronik Ortamda Bilgi ve Belge Talep Edebilme Hakkı

HUAKY m. 19 f. 9 “*Arabulucular, yargı organları ve elektronik altyapısını tamamlamış kamu kurum ve kuruluşları ile bilgi ve belge alışverişini elektronik ortamda yapabilirler*” hükmünü içermektedir. Bu hüküm, arabuluculuk faaliyetiyle ilgili bilgi ve belge verisi açısından gizlilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Hüküm, gizlilik ilkesinin sınırları kapsamında sadece arabulucunun bilgi ve belge alabilirliği açısından kabul edilebilir. Ancak arabuluculuk mevzuatımızda, menfaat temelli pasif arabuluculuk yaklaşımı öngörüldüğünden, bu elektronik ortamda bilgi ve belge alışması arabulucunun hukuki bir değerlendirme yapması için değil, tarafların hangi çözüm seçeneğinde anlaşmaları gerektiği noktasında birbirlerini ikna için kullanmak amacıyla uygun olarak kullanılabilir.

⁵⁴ HUAK m. 8 hükümet gerekçesinden.

B. ARABULUCUNUN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. Arabuluculuk Sürecini Belirli Bir Çerçeve de Sevk ve İdare Etme (İlkesi) Yükümlülüğü

Arabuluculuk sürecini yönetme ve tarafların kendi uyuşmazlık çözümlerini üretmelerine yardımcı olma görevi, arabulucunun asli edim yükümlülüğüdür. Mevzuatımıza göre arabulucunun görevi, taraflar arasındaki iletişimi ve süreç yönetimini sağlamaktır. HUAK. m. 2 f. 1/b hükmüne göre, arabuluculuğun tanımı ve maddenin hükümet gerekçesinden anlaşılacağı üzere, tarafların egemenliği ilkesinin en kuvvetli şekilde hissedildiği menfaat temelli ve pasif arabuluculuk yaklaşımının benimsendiği görülmektedir. Bu bakımdan arabulucunun, emredici hükümler haricinde taraf irâdesine uyma yükümlülüğünden sözedilebilir.

Arabulucu, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları ve ortak paydaları tespit eder. Ancak taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez. Arabulucu, tarafların birbirleriyle iletişim kurmasına, ortak menfaatlerini anlamalarına, somut duruma göre işlerlik kazanabilecek kendi çözüm seçeneklerini üretmelerine ve değerlendirmelerine yardımcı olur.

Arabuluculuk faaliyeti, diğer uyuşmazlık çözüm süreçlerinden farklı olarak, süreç çerçevesine uyulmayı gerektirir. Arabuluculuğun avantajları bundan doğmaktadır. Arabulucu, karar vericinin görevini üstlenmez fakat uyuşmazlığı belirli bir süreç çerçevesi içerisinde çözüme götürür. Arabulucunun başarısı bu çerçeveye bağlıdır. Ancak arabulucunun çerçeve içerisindeki faaliyet alanı katı bir şekilde sınırlanmaz. Arabulucu, sürecin belirli aşamalarının sırasına uymak veya her aşamasını illa işleyerek tatbik etmek zorunda değildir. Arabulucunun, sürecin hangi aşamasında bulunduğunu bilmesi ve uyuşmazlığın çözümü için bir sonraki uygun adımın hangisi olacağının farkında olması gerekir. Takip edeceği aşama hakkındaki planı hazır ve açık olmalıdır. Bu halde arabulucu sâkin ve soğukkanlı davranarak, aşamalar arasında gerektiğinde ileri geri hareket edebilir. Bu yükümlülük,

arabulucunun uyuşmazlığın çözümü için, bir taraftan azami esneklik içerisinde hareket ederken diğer taraftan amaca uygun hareket etme zorunluluğunu ifade eder⁵⁵.

Uyuşmazlık çözüm sürecinde, arabulucunun hareket alanı sınırsız değildir. Arabulucu ile sürece katılan taraflar arasında yapılan arabulucu sözleşmesi ve arabuluculuk sürecine ilişkin ilkeleri de kapsayan arabuluculuk mevzuatı sürecin çerçevesini sınırlayarak çizer. Arabulucu sözleşmesi ve arabuluculuk mevzuatı süreç çerçevesinin garantörleridir.

1. Arabulucu Sözleşmesi⁵⁶

Arabucu sözleşmesi, arabuluculuk süreç çerçevesi için en önemli sözleşmesidir⁵⁷. Bu sözleşme, ilgili arabuluculuğun anayasasıdır⁵⁸. Arabuluculuğun anayasasına gösterilmesi gereken özenin derecesi ile arabuluculuk faaliyetinin başarısı doğru orantılıdır.

Arabulucu sözleşmesinde öngörülen sürecin, tarafların anlaşması ile sonuçlanmasında arabulucunun çok çeşitli yükümlülükleri vardır. Arabulucu, sözleşmenin içeriğinin süreç içerisinde şekillenmesinde dikkatli ve özenli olmak zorundadır. Arabulucu sözleşmesi, arabuluculuk sürecinde rol oynayan ve uyuşmazlık çözümünün başarısını destekleyici sürecin içyapısını düzenleyen kuralları içermelidir⁵⁹. Örneğin; arabuluculuk sürecinde hangi usûlün uygulanacağını kararlaştırmalıdır. Bunun gibi arabuluculuk faaliyetinde tarafların egemenliği ilkesi hâkim olduğundan, taraflar kendi iradeleriyle sözleşmeyi diledikleri gibi şekillendirebilir. Taraflar gizlilik ilkesinin uygulanmayacağı konusunu dahi kararlaştırabilir. Tarafların arabuluculuk faaliyetinde egemenlik alanları çok geniş ve esnektir.

⁵⁵ **Kracht**, s. 279.

⁵⁶ Ayrıntılı açıklama için bkz. Yukarıda Üçüncü Bölüm “*Arabulucu Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği*”.

⁵⁷ **Koch**, Ludwig, Einführung, in: Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, Köln 2004, s. 29.

⁵⁸ **Kracht**, s. 280.

⁵⁹ **Kracht**, s. 280.

2. Arabuluculuk Usûlünün Kararlaştırılması ve Uygulanması

HUAK. m. 15 f. 2⁶⁰ de düzenlenmiş olan, “*Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler.*” hükmü, tarafların arabuluculuk usulünü ve bu suretle arabuluculuk sürecinin çerçevesini serbestçe çizebileceklerini göstermektedir. Hüküm, aynen yönetmelik hükmü olarak da HUAKY. m. 19 f. 2’de de geçmektedir.

Arabuluculuk sürecine ilişkin usûl kuralları, arabulucu sözleşmesiyle belirlenebileceği gibi, bu sözleşmeden ayrı olarak da, taraflar arabulucunun uygulamasını istedikleri usûlü arabulucudan talep edebilir. Emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak şartıyla tarafların belirlediği usûl kurallarını uygulamak ve bu çerçevede hareket ederek uyuşmazlığın çözümü için taraflara yardım etmek arabulucunun görevidir. Uygulanacak usûl taraflarca kararlaştırılabilirse de, bu usûlün yöneticisi, iletişimcisi, eğitimcisi ve çözüm müzakerelerinin destekleyicisi arabulucudur.

Arabuluculuğa ilişkin usûl kurallarının belirlenmesine rağmen, taraflarca arabuluculuk sürecinde bu kurallara riayet edilmediğinde, arabulucunun süreci tekrar belirlenen usûle oturtması gerekir. Bir taraftan taraflara kendilerinin koymuş olduğu kuralları ihlal ettiklerini göstermesi, diğer taraftan kararlaştırılan bu usûlün tarafların isteklerine artık uymadığından uyarlanmasının gerekip gerekmediğine dikkat çekmesi gerekir. Tarafların usûle ilişkin kurallara uyması için bu objektif dikkat çekme yeterlidir. Ancak arabulucu somut olayda duygusal bir eğilim fark ederse ve bu duyguların serbest bırakılmasının avantaj olabileceği kanaatindeyse, bu duygusal boşalığa izin verdikten sonra taraflara şu soruyu sorabilir: Uyuşmazlığın yapıcı çözümünü bu tarz bir usûlle mi elde edeceğinizi düşünüyorsunuz? Arabulucunun

⁶⁰ Hükümet gerekçesi, “*Arabuluculuk niteliği gereği esnek bir yapıya sahiptir. Bu sebeple katı ve sıkı kurallara bağlı değildir. Bunun sonucu olarak da taraflar, arabuluculuk faaliyetinin nasıl yürütüleceğini ve izlenecek usulü serbestçe kararlaştırabilirler.*” şeklindedir. www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf. (s.e. 18.01.2016)

görevi, tarafları bu şekilde hünerli ve ustaca müdahalelerle belirlenmiş arabuluculuk usûlüne y nlendirmektedir⁶¹.

Bununla birlikte arabulucu, tarafların esaslı menfaatlerinin açığa çıkmasına yardımcı oldukça, belli bazı seçeneklerin uyuşmazlığın çözümünde önceden belirlenenlerden daha uygun olduğunu görebilir. Arabulucu bu tür muhtemel çözüm seçeneklerinin keşfedilip geliştirilmesinde taraflara yardımcıdır⁶². Bu gibi durumlarda taraflar birlikte önceden belirli olan sürece ilişkin usûl kurallarını serbestçe değiştirebilirler.

Arabuluculuk usûlüne riayet edilmemesi veya ihlâli, arabulucunun rolünü ciddi anlamda etkilemektedir. Çünkü arabuluculuk süreç çerçevesine uyulmasını garanti altına almak onun görevidir. Arabulucunun bu noktadaki müdahaleleri tarafsızlığını tehlikeye atması anlamına gelebilir. Bu sebeple arabulucu bu tür müdahalelerde, her zaman tarafsızlığını tehlikeye atmayacak şekilde hareket etmeye odaklanmalıdır. Arabulucu, süreçte uygulanacak usûlün bizzat tarafların kendileri tarafından konulduğunu izah ederek, müdahalesinin tarafgir olduğuna dair izlenimi giderebilir. Bu durumda arabulucu kendisinin değil, tarafların koyduğu usûl kuralları çerçevesinde çalışmakta ve bu çerçeveyi korumaktadır⁶³.

Taraflar, gerek arabuluculuk sözleşmesinde gerekse ayrıca bir arabuluculuk us l  belirlememiş veya usûl seçimini arabulucuya bırakmış olabilirler. Bu takdirde arabulucu, uyuşmazlık konusuna, tarafların durumuna ve somut olayın özelliklerine göre arabuluculuk mevzuatı çerçevesinde uyuşmazlık çözümü başarısını sa layaca ına inandığı en uygun us l  tatbik eder (HUAK m. 15 f. 3). Bu durumda arabulucunun uygulayacağı usûl kurallarının anayasası arabuluculuk mevzuatıdır. Arabulucu, bu çerçevede arabuluculuk sürecini sevk ve idare eder.

HMK m. 32 ‘‘*Yargılamanın sevk ve idaresi*’’ başlığı altında ‘‘(1) *Yargılamayı, hâkim sevk ve idare eder; yargılama düzeninin bozulmaması için, gerekli her türlü*

⁶¹ Kracht, s. 281.

⁶²  zbek, Alternatif Uyuşmazlık   z m , s. 570.

⁶³ Kracht, s. 280.

tedbiri alır.” hükmünü içermektedir. Bu ilke, hâkimin usûl hukuku kuralları çerçevesi içerisinde yargılamayı sevk ve idare edeceğini ortaya koyar. Arabuluculuk yönteminde, belirli bir çerçevede hareket etme ilkesi, tarafların kararlaştırdığı ya da arabuluculuk mevzuatınca çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde arabulucunun, arabuluculuk sürecini özenle sevk ve idare edeceğini ortaya koymaktadır. Bu açıdan usûl hukukundaki yargılamanın sevk ve idâresi ilkesinin arabuluculuktaki iz düşümü, belirli bir çerçevede sevk ve idare etme ilkesidir. Bu ilke, aynı zamanda HMK m.30 da düzenlenen usûl ekonomisi ilkesiyle de bağlantılıdır. Çünkü arabulucunun, arabuluculuk sürecini düzenli bir biçimde yürütmesi, makul süre içerisinde sonuçlandırması ve gereksiz gider yapılmasını önlemesi de görevlerindendir.

3. Teknik Görevler⁶⁴

Her süreçte olduğu gibi, arabuluculuk faaliyetinde de arabulucunun bir takım teknik görevler üstlenmesi gerekmektedir. Uygun bir müzakere atmosferinin oluşturulması buna dâhildir⁶⁵. Arabulucu, uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilecek seçenek ve ihtimallerin araştırılmasına, müzakere edilmesine ve görüşülmesine yardımcı olacak elverişli ortamı, fiziki şartları ve iklimi sağlar⁶⁶.

Öncelikle müzakerenin yapılacağı yer belirlenir. Bu yerin mümkün olduğunca tarafsızlık ve eşitlik ilkeleri gözetilerek belirlenmesi gerekir. Arabuluculuk faaliyeti ve müzakereler için seçilen mekân tarafsız bir yer olmalıdır. Yani bir tarafın mekânı yerine tarafsız arabulucunun bu süreçlerde kullanmak için hazırladığı bürosunda yapılması tercih edilmelidir. Eğer büyük gruplar söz konusu ise, dışarıdan bir otelin salonunu bir seminer odası hazır hale getirilebilir. Müzakere yeriyle, tarafların ikamet ettikleri yer veya şirket merkezleri arasındaki coğrafi uzaklıkta arabulucu tarafından dikkate alınmalıdır. Tarafların farklı varış zamanları, uyuşmazlık konusu üzerinde muhtemel dikkat dağıtma faktörleri olarak önemsenmelidir. Özellikle farklı

⁶⁴ **Heussen**, Benno, “Die Organisation von Mediationsverhandlungen”, Hatf/von Schlieffen (Hrsg), Handbuch Mediation, Münih 2009, s. 407-431; **von Schlieffen**, Katharina Grafın, “Propädeutikum”, Hatf/von Schlieffen (Hrsg), Handbuch Mediation, Münih 2009, s. 3-67.

⁶⁵ **Heussen**, s. 409 vd.

⁶⁶ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 571.

saat dilimlerinden gelen taraflar dikkate alınarak dinlenilmiş halde müzakerelere başlama zamanı ayarlanmalıdır. Müzakere yeri ve zamanı tüm tarafların kendisini rahat, huzurlu ve güvende olduğunu hissettirecek bir yerin ve zamanın özelliklerini taşımalıdır. Böylece tarafların arabuluculuk sürecine girişi ve devamı kolaylaştırılmış olur⁶⁷.

İkinci olarak, müzakere atmosferiyle alakalı doğru bir oturma ve oda düzenlemesi yapılmalıdır. Taraflar oturma düzeninde birbirlerini ve arabulucuyu görebilmelidir. Arabulucu, odada yaratıcı çözümleri desteklemek adına belirli bir ikram cömertliği sağlamalıdır. Ortam söz konusu olan hedef kitleye göre ayarlanmalı, taraflar kendilerini iyi hissetmelidir⁶⁸.

Son olarak, arabuluculuk oturumlarının yapılacağı yerde uygun teknik teçhizatı bulundurmak da arabulucunun görevidir. Örneğin, diz üstü bilgisayar, flaş bellek, yazıcı, pano, sunucu çantası gibi teknik araçlar hazır edilir. Oturum bir odada olacaksa içecekler de hazır edilir. Şayet arabuluculuk uzun bir zaman dilimini kapsayacaksa, oturumlarda makul aralar verilir. Tek bir oturum bir buçuk saatten fazla sürdürülmemelidir. Büyük gruplarla yapılan ticari arabuluculuklarda daha uzun süren oturumlar bazen engellenemez. Ancak en geç bir buçuk saatte bir mola verilmelidir⁶⁹.

4. Arabuluculuk Müzakerelerinin Desteklenmesi⁷⁰

Arabuluculuğa çatışma teorisi açısından bakıldığında, arabulucunun kendisi çatışmaya katılmamaktadır. Arabulucunun esas görevi taraflar arasında iletişimin kurulmasını sağlamak ve devamını özenle desteklemektir. Arabulucudan beklenen görev danışmanlık değil, rehberlik ve koçluktur⁷¹.

⁶⁷ **Kracht**, s. 282.

⁶⁸ **Heussen**, s. 410.

⁶⁹ **Heussen**, s. 414; **Kracht**, s. 283.

⁷⁰ Geniş bilgi için bkz. **Schweizer**, von Adrian, “Techniken des Mediators-Übersicht”, Hatf/von Schlieffen (Hrsg), Handbuch Mediation, Münih 2009, s. 321-362.

⁷¹ **Schweizer**, s. 335.

Arabulucu görevini ifa ederken, kullanması gereken temel tekniklerden birisi aktif dinlemedir. Burada arabulucu konuşmacıyı dinleyip, onu anladığını ve ciddiye aldığının sinyalini verir. Bu kelimelerden ziyade sesli olmayan (nonverbal) sahada beden diliyle olur. Örneğin; tasdik anlamında başı sallamak, el hareketleri yapmak gibi hareketler olabilir. Böylece pozitif bir atmosfer oluşur ve bu da iletişime katkı sağlar. Tarafların bütün sorunlarını açmalarını motive eder. Bu teknik, arabuluculuğun hemen her safhasında uygulanmaktadır⁷².

Diğer bir temel teknik ise, arabulucunun söyleneni yansıtması ve tekrar etmesidir. Arabulucu konuşan tarafın söylediklerini kendi kelimeleriyle tekrardan özetlemektedir. “*Sizi doğru mu anladım, siz şunu mu istiyorsunuz...*” gibi başlangıç cümleleriyle konuşan tarafı özetler. Böylece diğer tarafların daha iyi algılaması sağlanmaktadır. Aynı zamanda bu teknikle ifadenin kendisi daha da netleşir. Konuşmacı da hemen ifadesinin nasıl anlaşıldığına dair geri bildirim alır ve reaksiyon gösterebilir. Tarafsız arabulucunun tekrarlamaıyla tarafların birbirini dinlememesinin ve farklı konularda konuşmalarının önüne geçilebilir⁷³.

Bu temel tekniklerin yanında arabulucu başka teknik ve araçları da kullanabilir. Örneğin; soru tekniklerine sahip olup, bunları uygun bir şekilde kullanabilmelidir. Her somut uyuşmazlık konusu, kendine has karmaşık özellikler göstermesi nedeniyle genel geçer bağlayıcı kurallar bulunmamaktadır⁷⁴.

Arabulucu, tarafların birbirlerinin temel menfaatlerini anlamalarında yardımcıdır. Uyuşmazlıkların çoğunda, taraflar ne istediklerini önceden belirler ve kendilerini bu belirli konuma sabitlerler. Tarafların konumları “*ne istedikleri*”, temel menfaatleri ise “*bunları neden istedikleridir*”. Arabulucu, tarafların kendi temel menfaatlerini dikkatle incelemelerini sağlayarak, tarafların sabit konumlarında pozitif yönde değişiklikler sağlayabilir⁷⁵.

⁷² Eidenmüller, Verhandlungsmanagement, s. 49 ff; Kracht, 283.

⁷³ Kracht, s. 283.

⁷⁴ Eidenmüller, Verhandlungsmanagement, s. 69; Kracht, s. 283.

⁷⁵ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 570.

5. Arabuluculuk Faaliyetinin Kapanış Kontrolü

Başarılı bir arabuluculuk faaliyet sürecinin sonunda taraflar genellikle uyuşmazlığı bir çözüm anlaşmasıyla neticelendirirler. Arabuluculuk faaliyetinin sonunda uyuşmazlığın nasıl sona erdirildiği ve tarafların arasında gelecekte nasıl bir ilişki olacağı bir tutanağa yazılır. Nitekim HUAK. m. 17 f.1 de arabuluculuğun sona erme hallerini düzenlemiş ve a) bendinde, *“Tarafların anlaşmaya varması”*nı arabuluculuk faaliyetini sona erdiren ilk hâl olarak saymıştır. Maddenin 2. fıkrası, *“Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenen bu belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Belge taraflar veya vekillerince imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır.”* şeklinde olup, 3. fıkrası ise *“Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar.”* hükmünü içermektedir.

“Tarafların anlaşması” başlıklı HUAK m. 18 f. 1 de *“Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır.”* hükmü mevcuttur⁷⁶. Arabuluculuk faaliyetinin sonunda tutulacak tutanak ve sonuçları hakkında arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğü m. 17 f. 3’den kaynaklanan bir yükümlülüktür. Bu hükümler arabulucunun aydınlatma yükümlülüğünün çerçevesini çizmektedir.

Arabulucu bu çerçevede, tutulan arabuluculuk tutanağıyla arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde sonlandığı, anlaşma olmadan veya bir anlaşmaya varılarak sonlandırılan arabuluculuk faaliyetinin sonuçları hakkında tarafları bilgilendirir.

⁷⁶ Maddenin hükümet gerekçesi *“Arabuluculuk faaliyetinin niteliği gereği, anlaşmaya varılması hâlinde sıkı kurallar konulmamıştır. Anlaşmanın kapsamı ve şekli, taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanması hâlinde faaliyetin sonunda tutulan tutanak bir anlaşma belgesi niteliğindedir. Bu belge bir önceki maddeye uygun olarak, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanacaktır...”* şeklinde kaleme alınmıştır. www.kgm.adalet.gov.tr/TasariSamaLari/KanunLasi/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf. (s.e. 18.01.2016)

Arabuluculuk faaliyeti neticesi taraflar bir çözüm anlaşmasına varmışsa, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanacak bu anlaşma belgesine, tarafların talebi ile mahkemeden icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle ilâm niteliğinde belge sayılacağıın bilgisi verilir. Bununla birlikte mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verilirken, mahkeme incelemesinin kapsamı hakkında da bilgi verilir.

Arabulucunun, arabuluculuk mevzuatımızın benimsediği menfaat temelli ve pasif arabuluculuk yaklaşımına göre, anlaşma konusunun içeriğinin hukuki dayanakları hakkında bilgi vermesi ve değerlendirme yapması mümkün değildir. Bu yükümlülük, hak temelli ve aktif arabuluculuk yaklaşımını benimsemiş ülkelerde farklılık arz edebilir. Başka bir ifadeyle, farklı arabuluculuk yaklaşım tarzlarında arabulucu, taraflar çözüm anlaşmasını imzalamadan, anlaşma taslağı üzerinde hukuki bir değerlendirmeye yönelik çalışma yapabilir ve tarafları danışman avukatlarından destek almaları için yönlendirebilir⁷⁷.

Farklı arabuluculuk yaklaşım tarzlarında, arabuluculuk süreci sonunda tarafların vardıkları çözüm anlaşmasını arabulucu, gerçeğe uygunluk değerlendirmesinden geçirmektedir. Bununla tarafların vardıkları çözüm anlaşması hak temelinden uzaksa, gerçek durumu algılamaları ve düşüncelerine bu gerçekliği dâhil etmeleri sağlanır. Böylece bir tarafın uyuşmazlık konusu çatışmanın sıcaklığından dolayı ileride pişman olabileceği bir karar vermesi engellenir. Bu aynı zamanda tarafların kabul ettikleri çözüm anlaşmasını yürütmelerini ve uymalarını garanti altına alır. Bu gerçeğe uygunluk değerlendirmesi yaklaşımı doktrinde “*hakikat ajanlığı (agent of reality)*” olarak isimlendirilmektedir⁷⁸. Arabuluculuk mevzuatımızda benimsenen menfaat temelli ve pasif arabuluculuk yaklaşımında bunun yeri yoktur.

Kracht’a göre, arabulucu, arabuluculuk sürecinde görevinin hakkını vermiyorsa, arabuluculuğun sonucunun uzun vadede kalıcı olup olmayacağı şüphelidir. Şayet bir taraf sonradan çözümün hukuki açısını görmediğini fark ederse, belki kendine göre adaletli olmayan sonucu düzeltmeye kalkabilir. Örneğin; bir kadın

⁷⁷ Kracht, s. 281.

⁷⁸ Kekeç, s. 106; Kracht, s. 283; Özbek, s. 571.

eş aile arabuluculuğunda nafaka hakkına sahip olduğunu bilmeden evlilik sonrası nafaka hakkından feragat ettiğinde, ileride böyle bir hakkı olduğunu öğrenmesi hâlinde kendisine haksızlık edildiğini düşünecektir. Bu defa, mağlup zayıf taraf farklı çatışma alanlarında (örneğin; çocuklarla alakalı ziyaret kuralları gibi), daha önceki kendisine göre haksız olan sonuca savaş açacaktır. Arabulucunun önemli görevi taraflar açısından şeffaflığı ve bu bilgilendirmeyi sağlamasıdır⁷⁹.

Arabulucunun hak temelli gerçeğe uygunluk değerlendirme yapma yasağı mutlak değildir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşma taraflar arasındaki güç dengesizliğinden kaynaklanan bir nedenle kabul edilemez bir anormallik arz ediyorsa, arabulucu, HUAK m. 17 f. 3’de geçen “*Arabulucu bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar*” hükmünü geniş yorumlayarak, tarafları danışman hukukçularından fikir ve destek alabilecekleri yönünde aydınlatmalıdır. Nitekim Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları Mart-2013⁸⁰, (8.6) maddesi “*Ancak, arabulucu, uygun gördüğünde, taraflara uyuşmazlıklarını tahkim, danışmanlık, tarafsız değerlendirme veya diğer uyuşmazlık yöntemleriyle çözme*yi düşünmelerini önerebilir.” hükmünü içermektedir⁸¹. Bu etik kural açık bir şekilde arabulucunun uygun görmesi hâlinde taraflara danışmanlık veya tarafsız değerlendirme hizmeti alabilmelerini önerebileceğini belirtmiştir. Hiç olmazsa bu şekilde, menfaat temelli ve pasif arabuluculuk yaklaşımında, taraflar arasındaki güç dengesizliğinin giderilemediğine ilişkin eleştirinin haklılık payı asgari şartlarda giderilmiş ve yapılan çözüm anlaşması sonrası, kendisini mağlubiyet psikolojisi altında hisseden bir tarafın başka alanlarda yeni uyuşmazlıklar ortaya çıkarması engellenmiş olur.

⁷⁹ Kracht, s. 282.

⁸⁰ HUAK. m. 32 f. 1 a) bendi “*Arabuluculuk hizmetlerine ilişkin temel ilkeler ile arabuluculuk meslek kurallarını belirlemek*” görevini, Arabuluculuk Kurulu’nun görevleri arasında saymıştır. Arabuluculuk Kurulu da, bu yetkisine binaen, başta Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları olmak üzere, diğer modern ülkelerin etik ve uygulama kurallarını dikkate alarak Mart 2013 tarihli Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları başlığı altında arabuluculuk meslek kurallarını belirlemiştir.

⁸¹ www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html (s.e. 28.01.2016).

Almanya Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesi 1998 yılında verdiği bir kararda⁸², avukat arabulucunun tarafların ileri sürdüğü olayları sorgulama ve irdeleme yükümlülüğünü azaltmıştır. Çünkü arabulucu, kendi çözümlerini kendileri üretecek taraflara karşı tarafsız kalmak zorundadır ve karar verme pozisyonunda değildir⁸³. Benzer şekilde Lübeck İş Mahkemesi verdiği bir kararda⁸⁴ arabulucu olarak görevlendirilen bir avukat arabulucunun yanlış bir hukuki bilgi vermesi nedeniyle sorumluluğunun avukat gibi mi yoksa farklı mı olması gerektiği sorusunun cevabını vermiştir. Mahkeme kararında avukat arabulucunun sorumluluk kapsamını arabuluculukta sınıra indirmiş yani daha hafifletmiştir. Avukat arabulucunun hukuki bilgi vermesi durumunda sorumluluk sınırının hukukçu olmayan arabulucularla eşit tutulması eleştirilmiştir⁸⁵. Alman Arabuluculuk Kanunu da, arabulucuların sorumluluğu hususunda bir değişiklik getirmemiştir.

Danimarka’da, arabulucunun çözüm için öneriler sunması ve uyuşmazlıktaki iddiaların haklılığını değerlendirmesi gibi faaliyetleri oldukça sınırlı bir düzeydedir. Sadece taraflar bu tür bir bilgi istediklerinde ve arabulucunun bu talebi uygun bulması halinde mümkündür⁸⁶.

II. Tarafsızlık (İlkesi)⁸⁷ Yükümlülüğü

HUAK.’nın “Görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi” başlığı altındaki m. 9’da “(1) Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir. (2) Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hal ve şartların varlığı halinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir. (3) Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. (4)

⁸² OLG Hamm 20.10.1998, 28U 79/97.

⁸³ Lilja/von Lucius/Tietz, s. 70.

⁸⁴ AG Lübeck NJW 2007, 3789.

⁸⁵ Lilja/von Lucius/Tietz, s. 70.

⁸⁶ Adrian, s. 119.

⁸⁷ Bu yükümlülük aynı zamanda arabuluculara ilişkin bir ilkedir.

Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez” hükmü tarafsızlık ilkesini içermektedir⁸⁸.

Tarafsızlık kavramının, hukuki çerçeve içerisinde tam bir tanımlama şekli bulunmamaktadır. Tarafsız kavramı basit ve ifade gücü olmayan bir kavramdır. Bu kavramın kapsayıcı bir tanımlamasını arıyorsak, şunu idrak etmemiz gerekir ki; tarafsızlık kavramı, kanun koyucunun yasama faaliyetiyle ortaya çıkardığı bir kavram olmayıp, pek çok kavram gibi kendiliğinden gelişmiş olan bir kavramdır⁸⁹.

Arabulucu, arabuluculuk sürecinde uyuşmazlığın çözümü için tarafları anlaşmaya teşvik eden bir üçüncü kişi olarak tarafsız ve bağımsız olmalıdır⁹⁰. Tarafsızlığa ilişkin hüküm ilk önce arabulucunun şahsıyla ilgilidir. Bu ilke çok kuvvetli bir şekilde arabulucu şahsın kişiliğine bağlıdır. İkinci olarak, arabuluculuk sürecinde arabulucu tarafından verilen kararlarda tarafsızlığın sağlanması

⁸⁸ Maddenin hükümet gerekçesi “Arabulucunun önemli bir yükümlülüğü, tarafsızlık ve işini özenle yapmasıdır. Birinci fıkra bu durum açıkça belirtilmiştir. Arabuluculuk faaliyeti her iki tarafın güvenini korumayı gerekli kılmaktadır. Bu da ancak, arabulucunun iki tarafa eşit mesafede ve tarafsız kalması ile mümkündür; aksi hâlde sürecin sağlıklı işlemesi söz konusu olamaz...İkinci fıkra, güven ortamının ve arabulucunun tarafsızlığının korunabilmesi için, özel bir vurgulama yapılmıştır. Eğer tarafsızlıktan şüpheyi gerektiren bir durum ortaya çıkarsa, bu şüpheyi gidermekte yine arabulucunun görevi olup, tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Böylece herhangi bir yanlış anlaşılma sebebiyle, sürecin kesilmesinin önüne geçilecek, iletişim korunacaktır. Bu arabuluculukta şeffaflık anlayışının da bir gereğidir. Ancak taraflar arabulucuya olan güvenlerini koruyorlarsa ve her ikisi de talep ederse, arabulucu görevini sürdürebilir. Üçüncü fıkra, ilk iki fıkranın devamı olarak, arabulucunun taraflara eşit davranma yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır. Şüphesiz bu, arabuluculuk faaliyetinin doğal bir sonucu, tarafsızlığın ve arabuluculuğa hakim olan ilkenin de bir gereğidir. Eşit davranma yargılamadaki anlamıyla eşitlik değildir. Burada, taraflarla iletişimde ve uyuşmazlık çözüm sürecinin gerektirdiği anlamda eşitlik söz konusudur. Dördüncü fıkra, arabuluculuğun tarafsız bir şekilde yürütülmesini sağlamak ve ortaya çıkacak sakıncalara engel olmak bakımından daha önce bir uyuşmazlıkta arabulucu olarak görev yapan kişilerin, daha sonra aynı uyuşmazlıkla ilgili açılan davada ve yargı sürecinde avukat olarak görev üstlenmeleri yasaklanmıştır.” şeklindedir. www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf. (s.e. 18.01.2015)

⁸⁹ Breidenbach, s. 170; Kracht, s. 270.

⁹⁰ Hess, Rechtsgrundlagen, s. 1073.

gereklidir⁹¹. Arabulucu iki tarafa da eşit mesafede bulunması gerekir. Arabuluculuk sürecine ilişkin eşitlik ilkesi taraflara göre değerlendirilirken, tarafsızlık ilkesindeki eşitlik arabulucuya göre değerlendirilmektedir.

Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları (AMEUK) m. 2'ye göre, tarafsızlık, taraf tutulmaması ve önyargılı olunmaması demektir. Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürütürken tarafsız olmak ve tarafsızlığını tartışmalı hale getirecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. Bu sebeple, arabulucu, şayet arabuluculuğu tarafsız bir şekilde yönetemeyecek ise arabulucu olma teklifini reddedecektir. Arabulucu, arabuluculuğu tarafsız bir şekilde yönetemeyeceğine kanaat getirdiği takdirde de hangi aşamada olursa olsun derhâl bu süreçten çekilmelidir. Ayrıca, arabulucu uyuşmazlık konusu ve içeriği bakımından da tarafsız olmalıdır. Bu kural kapsamında; arabulucu, taraflardan birinin kişisel karakterine, geçmişine, inanç ve değerlerine ve arabuluculuktaki performansına veya başka bir sebebe dayanarak taraf tutmamalı veya önyargılı davranmamalıdır. Arabulucu, kendisinin fiilî veya görünüşteki tarafsızlığından kuşku duyulmasına yol açacak şekilde, taraflara değerli bir hediye, yardım, borç veya değerli başka bir mal vermemeli ve onlardan da kabul etmemelidir.

Arabulucunun şahsının tarafsızlığı, hiçbir tarafa yakın ve bağlantılı olmamasını ifade eder⁹². Özellikle ekonomik anlamda bir bağlantı olmaması gerekir. Taraflara yakınlıktan kasıt ise, HMK' da düzenlenen hâkimin davaya bakmaktan yasaklılık (m. 34) ve ret (m. 36) sebeplerinin olması halinde olduğu gibi, arabulucunun taraflarla hısımlık ve akrabalık ilişkisinin varlığını ifade ettiği gibi, maddi anlamda arkadaşlık ilişkilerini de ifade etmektedir.

Arabuluculuk sürecinde verilen kararlarda tarafsızlık ise, arabulucunun süreç yönetiminde ve taraflar arasında iletişimin kurulması ve devamının sağlanmasında verdiği kararlarında tarafsızlığı ifade eder. Örneğin, bir aile hukuku uyuşmazlığında kadın olan tarafın “*acaba ben ne kadar nafaka alabilirim?*” sorusuna, arabulucunun

⁹¹ **Prengel**, Frauke, Die Rolle des juristischen Beraters in der Mediation, Hamburg 2009, s. 27; **Kracht**, s. 270.

⁹² **Hess**, Rechtsgrundlagen, s. 1073.

kadının alabileceği nafakaya ilişkin hesap yapıp beyanda bulunması bu süreçte tarafsızlığın ihlâli anlamına gelir⁹³.

“*Arabulucunun tarafsızlığı nasıl sağlanır?*” sorusuna verilecek cevap şudur; birincisi arabulucunun seçilme sürecinde gösterilecek özenle, ikincisi arabulucunun şahsında bulunan özellikler nedeniyle arabulucunun tarafsızlığı ile sağlanabilir.

Arabulucunun uyuşmazlığın esasına ilişkin, hâkim gibi karar verme yetkisi elbette yoktur. Arabulucu, arabuluculuk sürecinde müzakerelerde takip edilecek usûlün çerçevesi hakkında kararlar vermesi gerekmektedir. İşte arabulucunun bu kararlarındaki tarafsızlığın ölçüsü nedir? Carl Schmitt de, tarafsızlık ile karar arasındaki ilişkiyi görmüş ve eğer bir karar varsa ancak o zaman tarafsızlığın korunup korunmaması sorusunun gündeme gelebileceğini ifade etmiştir⁹⁴. Bu anlamda karar kavramını geniş anlamda yorumlamak gerekir. Bazen aktif olmayan bir pasif duruş bile bir karar teşkil edebilir. Örneğin, arabulucudan uyuşmazlığın konusu hakkında hukuki danışmanlık talebinde bulunan tarafa, arabulucunun hiçbir bilgi vermemesi de tarafsızlığı açısından bir karardır⁹⁵.

Arabulucu için tarafsızlık ölçüsü, arabuluculuk sürecinde verdiği kararların değerlendirilmesiyle ortaya çıkar. Hâkimin yargıda karar verirken tarafsızlık ölçüsü, olaya uygun kanun maddesini objektif olarak uygulamasıdır. Arabuluculukta arabulucunun tarafsızlık ölçüsü ise, eğer varsa arabuluculuk sözleşmesinde öngörülen kurallara ve arabuluculuk mevzuatındaki çerçeveye arabulucu tarafından objektif olarak uyulması ve bunların uygulanmasıdır. Taraflarla arabulucu arasında yapılmış bir arabulucu sözleşmesi varsa arabulucunun taraflarca belirlenen çerçeve içerisinde hareket ederek karar vermesi gerekmektedir. Bu durumda, nasıl ki hâkim karar verirken mevcut kanunlara bağlıysa, arabulucu da sadece arabulucu sözleşmesinde düzenlenen kurallara ve arabuluculuk mevzuatında düzenlenen kurallara bağlı kalacaktır. Bunun sonucu olarak arabuluculuk süreci sonucunda

⁹³ **Kracht**, s. 272.

⁹⁴ **Schmitt**, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin 1996, s. 114.

⁹⁵ **Kracht**, s. 271.

ortaya çıkan anlaşma taraflardan birinin tam istediği gibi olmasa bile, bu durum arabulucunun tarafsızlığına hâlel getirmez⁹⁶.

Bu nedenle doktrinde⁹⁷ ileri sürüldüğü gibi arabuluculuk sürecinde nispi tarafsızlık söz konusu değildir. Nispi tarafsızlık görüşü, arabulucunun her hareketinin arabulucunun tarafsızlığını tehlikeye düşürebileceğinin kabulüne dayanmaktadır. Hâlbuki yukarıda anlatılan ölçülerden anlaşılacağı üzere, arabulucunun tarafsızlığının değerlendirilmesi için sadece karar ölçüsü dikkate alınmalıdır. Bu nedenle arabulucu tarafsızlığında şüpheyi düşürmeksizin sürece müdahil olabilir. Bundan dolayı da hâkimlerde olduğu gibi arabulucunun nispi tarafsızlığı söz konusu olmaz⁹⁸.

HUAKY m. 8 “*Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürütürken tarafsız davranmak zorunda olup, tarafsızlığı hakkında şüpheyi yol açacak tutum ve davranışta bulunamaz*” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bu maddenin, arabulucunun nispi tarafsız olamayacağı ilkesine uygun değerlendirilmesi gerekmektedir. Yani süreçteki arabulucunun her tutum ve davranışı, arabuluculuk sürecinde arabulucunun verdiği kararlara etkisi açısından değerlendirilmelidir. Arabulucunun tutum ve davranışı geniş anlamda karar niteliği taşımıyorsa, tarafsızlık değerlendirmesinde dikkate alınmamalıdır.

Arabulucunun bazı durumlarda bir tarafı, diğer bazı durumlarda diğer tarafı tutması gerektiğini savunan yazarlar⁹⁹ olmuştur. Bu yazarlara göre arabulucu tarafsız olamaz. Arabulucu esasen bütün tarafların tarafındadır¹⁰⁰.

Montada ve Kals ise, tarafsızlık kavramına daha farklı bir açıdan bakmaktadır. Arabulucu, müzakerelerde arabuluculuk sürecinin tarafında olması gerekir. Yani

⁹⁶ **Kracht**, s. 275.

⁹⁷ **Sünderhauf**, Hildegund, Mediation bei der ausser gerichtlichen Lösung von Umwelt konflikten in Deutschland, Schriften des Vereins für Umweltrecht, Taschenbuch 1997, s. 219.

⁹⁸ **Kracht**, s. 271

⁹⁹ Nina L. Dulabaum ve Sabine Runkel

¹⁰⁰ **Dulabaum**, Nina L., Mediation: Das ABC, Beltz 2001, s. 19.

arabulucu, taraflardan ziyade arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşması için sürecin devam ettirilmesi ve tarafların anlaşmasının sağlanması tarafındadır¹⁰¹.

Almanya’da Karlsruhe Yüksek Eyalet Mahkemesi medeni hukuk¹⁰² ve ceza hukuku¹⁰³ alanında arabuluculuk sürecinde arabulucunun tarafsızlık yükümlülüğüyle ilgili iki karar vermiştir. Mahkemenin medeni hukuk alanındaki kararı, aile hukukunda boşanma konusuyla ilgili bir arabuluculuk faaliyetinde arabulucunun tarafsızlığı hakkındadır. Taraflar uyuşmazlık konusuyla ilgili arabuluculuk görevi yapması için bir avukat arabulucuya yetki vermişlerdir. Arabulucu avukat daha önceden bir tarafın vekilliğini yapmıştır. Mahkeme konuyla ilgili olarak, arabulucunun daha önceden taraflardan birine vekillik etmiş olmasının arabuluculuk yapmasına engel teşkil etmeyeceği şeklinde karar vermiştir¹⁰⁴.

Arabuluculuk mevzuatımıza göre de yukarıda açıklandığı üzere, arabulucunun bunun gibi tarafsızlığından şüphe gerektiren hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu konularda taraflar arabulucu tarafından bilgilendirilecektir. Bu bilgilendirmeye rağmen taraflar birlikte arabulucunun görevi üstlenmesini veya sürdürmesini talep etmeleri hâlinde arabulucu, arabuluculuk görevini icra edebilir (HUAK m.9 f.2).

Karlsruhe Yüksek Eyalet Mahkemesi ceza hukuku alanındaki başka bir kararında, bir arabuluculuk faaliyetinden sonra arabulucunun taraflardan birinin lehine aynı uyuşmazlık konusu hakkında vekillik görevini üstlenmesini taraflara ihanet olarak görmemiştir¹⁰⁵. Bu mahkeme kararı doktrinde Knöfel tarafından eleştirilmiştir. Tarafsız bir arabulucunun daha sonra aynı uyuşmazlık hakkında taraf seçmesini kabul edilemez olarak nitelendirmiştir¹⁰⁶. Nitekim daha sonra yürürlüğe giren Alman Arabuluculuk Kanunu’nda bu durum açıkça yasaklanmıştır. Bizim arabuluculuk mevzuatımızda da aynı yasak mevcuttur (HUAK m. 9 f. 4).

¹⁰¹ **Montada/Kals**, s. 46.

¹⁰² OLG Karlsruhe NJW 2001, 3197.

¹⁰³ OLG Karlsruhe ZKM 2003, 133.

¹⁰⁴ OLG Karlsruhe NJW 2001, 3197,3198.

¹⁰⁵ OLG Karlsruhe ZKM 2003, 133,135.

¹⁰⁶ **Lilja/von Lucius/Tietz**, s. 73.

HUAKY m. 12 f. 4 “Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra, hâkimlik, hakemlik ve bilirkişilik yapamayacağı gibi avukat olarak da görev üstlenemez” hükmünü içermektedir. Yönetmelik hükmü gizlilik ilkesi ve buna bağlı olarak bilgi ve belgelerin kullanılması yasağıyla uyumludur. Ancak hakemlik bu hükmün kapsamından çıkarılmalıdır¹⁰⁷. Zira bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan MED-ARB (Arabuluculuk-Tahkim) yöntemi önce arabuluculuğu, tarafların anlaşamaması hâlinde daha sonra tahkim yöntemini kapsamaktadır. Nitekim Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ndeki Aile Meclisi, eşler arasındaki uyuşmazlıklarda önce arabuluculuk yöntemini uygular, eşler anlaşamadığı takdirde hakem olarak bağlayıcı karar verebilmekteydi. Günümüzde Med-Arb yöntemi karşılaştırmalı hukukta bir ADR yöntemi olarak uygulanmaktadır. Ayrıca HUAK m. 9 f. 4 ile sadece avukat için getirilen bu sınırlama, Kanunda öngörülen sınırı aşacak şekilde Yönetmelikle genişletilmiştir.

III. Aydınlatma (İlkesi) Yükümlülüğü

HUAK’nun “Tarafların aydınlatılması” başlıklı 11. maddesi “(1) Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür” şeklinde hüküm altına alınmıştır¹⁰⁸.

Aydınlatma ilkesinin esası nedir sorusuna verilecek cevap şudur; arabuluculuk sürecinde arabulucu tarafından, arabuluculuk yönteminin ne olduğu, arabuluculuk

¹⁰⁷ Tarman, Zeynep Derya, Tarafsız Bir Üçüncü Kişi Aynı Uyuşmazlıkta Hem Hakem Hem de Arabulucu Olabilir mi? Legal Hukuk Dergisi, 2010/86, s. 468; Taşpolat-Tuğsavul, s. 150; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016, s. 1230.

¹⁰⁸ HUAK m. 11’in hükümet gerekçesi, “Sicile kayıtlı olarak arabuluculuk faaliyetini yürüten ve bu unvanı kullanan arabulucu, yürüttüğü faaliyet konusunda önemli bilgi ve tecrübeye sahiptir. Bu sebeple arabulucu, tarafları faaliyetin başında aydınlatmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, arabuluculuğun esasları, sürecin işlemesi ve sonuçlarını kapsamaktadır. Faaliyet hakkında yeterince bilgi sahibi olan taraflar, bu süreci daha iyi kavrayacak ve bu faaliyet daha sağlıklı bir şekilde yürütülebilecektir. Arabulucunun, aydınlatma yükümlülüğü, başlangıçta mutlak, ayrıca süreç içinde de gerekli durumlarda, bilgilendirme ve aydınlatma faaliyetinde bulunmalıdır. Özellikle, sürecin aksamaya başladığı anlarda ve durumlarda, bu daha da önemlidir. Zira, arabulucunun en önemli görevi, anlaşma zeminini korumak, tarafları masada tutmaktır” şeklinde kaleme alınmıştır. www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf. (s.e 18.01.2016)

faaliyetinin nasıl yapılacağı, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığı, arabulucunun görevinin ne olduğu, arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerin ne olduğu ve ne anlama geldiği, tarafların bu süreçte hangi haklara sahip olduğu, arabuluculuk sürecinde veya sonunda anlaşıp anlaşamadıkları takdirde bunun sonuçları, özellikle tarafların anlaşmaya varması durumunda düzenlenecek olan anlaşma belgesinin mahkemesince icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle birlikte ilâm niteliğinde belge hâlini kazanacağıyla ilgili konularda tarafların bilgilendirilmesidir. Böylece, hem tarafların arabuluculuk faaliyeti hakkında tam bir bilgi sahibi olmaları neticesinde emin ve rahat hareket etmeleri hem de sürecin gelecek için getireceği sonuçların kabulü sağlanmış olur. Bu açıdan aydınlatma ilkesi arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşmasında çok önem arz eden bir ilke ve yükümlülüktür.

Nitekim HUKUKY'nin “*Tarafların aydınlatılması*” başlıklı 14. maddesi “(1) Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında, şahsen ve doğrudan aydınlatmakla yükümlüdür. Ancak, bu yükümlülüğü yerine getirirken tarafsızlığı hakkında şüpheye yol açacak tutum ve davranışlardan kaçınır. (2) Arabulucu, tarafları arabuluculuk yoluyla çözümlenen hukuki uyuşmazlıklar ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmaya varması durumunda düzenlenecek olan ve mahkemesince şerh verilmesi ile birlikte ilâm niteliğinde belge hâlini kazanan, anlaşma belgesinin nitelik ve hukuki sonuçları hakkında özellikle bilgilendirir” şeklindedir.

Arabuluculuk mevzuatımız, pasif arabuluculuk yaklaşım tarzını benimsediğinden arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü, aktif arabuluculukta olduğu gibi çözümün içeriğine ilişkin olmayıp, arabulucunun uzmanlık ve hukuk bilgisini kapsamaz. Tam aksine arabulucu bu tür bilgiyi vermekten kaçınmalıdır.

Aydınlatma ilkesi, daha ziyade aktif arabuluculukta tarafsızlık ilkesiyle bir gerilim hattı oluşturmaktadır. Arabulucu tarafından uyuşmazlık konusunun içeriğine ilişkin uzmanlık ve hukuki bilgi vermesi hâlinde tarafsızlık sınırlarını korumak zordur. Bu husus özellikle aktif arabuluculukta tarafların arabulucunun uzmanlık bilgisinden istifade etmek istediklerinde ortaya çıkar. Kracht konuyla ilgili iki örnek verir. Birinci örneğinde, arabuluculuk sürecinde eşlerin ayrılması sürecinde kadının ayrılıyor olduğu kocasından nafaka isteyebileceğini bilmemesi halinde arabulucunun

müdahale ederek bilgilendirmesi hâlini vermektedir. İkinci örneğinde de, evlilikleri boyunca ev işlerini ev hanımı gibi yapan ve yarım günde dışarıda çalışan erkeğin ayrılırken eşinden nafaka talep edebileceğini bilmemesi halinde arabulucunun bilgilendirmesinin bir tarafgirlik olarak anlaşılabileceğinden bahsetmektedir. Kracht, böyle bir yanlış anlaşılmanın arabulucu tarafından aydınlatma ilkesi işaret edilerek, bu gibi durumlarda objektif olarak bilgi vermesi gerektiği ve sürecin şeffaf olarak sürdürüldüğü izah edilerek önlenebileceğini ifade etmektedir¹⁰⁹. Ancak bu açıklamalar, tavsiye ve telkinler yapabilen ve uyuşmazlığın sona ermesi için çözüm önerisinde bulunabilen hak temelli aktif arabuluculuk yaklaşımı için bir anlam ifade eder.

Arabuluculuk mevzuatımızda benimsen menfaat temelli pasif arabuluculuk yaklaşımında arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü daha sınırlıdır. Özellikle uyuşmazlığın konusuna ilişkin aydınlatma, uyuşmazlık konusunun üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen iş veya işlemlerden olup olmadığı hakkında olacaktır. Menfaat temelli pasif arabuluculuk yaklaşımında arabulucu, uyuşmazlık konusunun içeriğinin maddi hukuk normlarıyla ne ifade ettiğinin çözümlemesini yapmak ve tarafların buldukları çözümün adil olup olmadığı hakkında değerlendirme yaparak aydınlatmada bulunmak durumunda değildir¹¹⁰.

Arabulucu, arabuluculuk sürecinin başında mutlak olan aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde şu durumun bilgisini vermelidir; kendisinin hukuk normları karşısında haklıyı haksızı bulmak veya adil bir karar vermek gibi bir yetkisinin ve görevinin olmadığını, bu konuda bir kanaati olsa dahi bunu söylemeyeceğini ve kendisinin görev ve işlevinin taraflar arasındaki iletişimi sağlamak, süreci sürdürmek, yönetmek ve tarafların kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olmak olduğunu tam ve açık olarak anlatıp, tarafları aydınlatmalıdır. Tarafların, ulaştıkları çözüm anlaşması adil olmadığı takdirde, arabulucunun buna mani olacağı beklentisinden tamamen kurtulmaları gerekmektedir. Ancak o zaman, arabuluculuk süreci sonunda yaptıkları çözüm anlaşmanın aynı zamanda adil bir anlaşma olmasını istemeleri halinde dışarıdan

¹⁰⁹ Kracht, s. 288.

¹¹⁰ Kracht, s. 288.

uzman yardımıyla tarafsız değerlendirme ve hukuk müşavirlerinden danışmanlık hizmeti almaları gerektiğini bilirler. Arabulucu, taraflar arasındaki güç dengesizliği nedeniyle çözüm anlaşmasının hakkaniyetten uzak olduğunu görmesi halinde, aydınlatma ve özen yükümlülüğü çerçevesinde taraflara bu şekilde dışarıdan destek alabileceklerini önerebilir¹¹¹.

Tarafların egemenliği, eşitlik ve gizlilik ilkelerinin neyi ifade ettiği, tarafların arabuluculuk usûlünü serbestçe kararlaştırabilecekleri, kararlaştırılan usûl çerçevesinde taraflarla nasıl görüşüleceği, arabuluculuk faaliyeti sırasındaki belge ve bilgilerin daha sonra dava yolunda ve tahkimde kullanılamayacağı, bu konularda tanıklık yapılamayacağı, gizlilik ilkesine riayet edilmemesi halinde ilgilinin altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılabilmesi, arabuluculuk görevini özenle ve tarafsız olarak yerine getireceği, tarafsızlığından şüphe edilmesi gereken haller var ise bunun bilgisini vereceği ve yaptığı arabuluculuk görevi çerçevesinde alması gereken ücret hakkında tarafları aydınlatması, arabulucunun aydınlatma yükümlülüğünün gereğidir. Özellikle arabuluculuk sürecinin sonunda tarafların bir çözüm anlaşmasına varabilmesi halinde, anlaşma belgesine mahkemesince icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle hukuken ilâm niteliğinde sayılacağının bilgisinin de verilmesi gerekmektedir. Bu yükümlülük arabuluculuk faaliyetinin başında yapılması gerektiğinden, arabulucunun seçimiyle birlikte ilk toplantıda arabulucunun açılış konuşması sırasında bu yükümlülüğünü yerine getirmelidir.

Arabulucunun, arabuluculuk faaliyetinin esasları, süreci ve sonuçları hakkındaki asli aydınlatma görevinin yanında, taraflar arasındaki güç dengesizlikleri nedeniyle ortaya çıkabilecek anormalliklere karşı, arabulucu doğrudan uzmanlık bilgisi vermek yerine, konu hakkında dışarıdan uzman yardımı alabileceklerini ve konuyu avukatlarıyla istişare edebileceğinin bilgisini de vermesi gerekmektedir. En azından pasif arabuluculuk yaklaşımı hakkında ileri sürülen eleştirilerdeki

¹¹¹ Bkz. Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları Mart-2013 m. (8,6) “*Ancak, arabulucu, uygun gördüğünde, taraflara uyuşmazlıklarını tahkim, danışmanlık, tarafsız değerlendirme veya diğer uyuşmazlık yöntemleriyle çözmeyi düşünmelerini önerebilir.*” hükmünü içermektedir. www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html (s.e. 18.01.2016).

mahzurların bir nebze olsun giderilmesi için bu gereklidir. Bu açıdan aydınlatma ilkesinin geniş yorumlanması gerekir¹¹².

Arabulucu, aydınlatma ilkesi bağlamında tarafların arabuluculuk usûlünü tam olarak anladıklarından ve yeterli bilgiye dayanarak anlaşmaya vardıklarından emin olmalıdır. Bu nedenle arabulucu, tarafların uyuşmazlık çözümü niyetiyle ihtiyaç duydukları bilgiyi öğrenebilmeleri için onlara gerekli olan zamanı vermelidir. Bu amaçla toplantıları erteleyebilir ya da bir başka güne yayabilir¹¹³.

Medeni Usûl Hukuku'ndaki hâkimin davayı aydınlatma ödevi¹¹⁴ HMK. m.31 de¹¹⁵ düzenlenmiştir. Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün hedefi, yargılama sonucu verilecek hüküm ile maddi gerçeği tespit etmek ve hukuki uyuşmazlıkların esastan çözülmesini sağlamaktır. Söz konusu ilkenin yardımıyla hâkim, tarafların iddia ve taleplerindeki eksiklik, belirsizlik ve çelişkileri gidermeye çalışarak adil ve maddi gerçeği tespit eden kararlar verecektir. Bu ilke, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme haklarının gerçekleştirilmesi bakımından da çok önemlidir¹¹⁶.

Arabuluculuk faaliyetindeki aydınlatma yükümlülüğü sürecin başında mutlak ve arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkındadır. Hâkimin aydınlatma yükümlülüğü ise yargılama usûlünün esasları, süreci ve sonuçları hakkında olmadığı gibi, onun aydınlatma yükümlülüğü mutlak olamayıp ancak aydınlatılmanın zorunlu kıldığı durumlar içindir. Hâkimin aydınlatma ödevi, maddi gerçeğin tespiti ile sonuçta adil bir kararın verilmesine hizmet etmekte iken, arabulucunun aydınlatma ödevi tarafların arabuluculuk yöntemini tam olarak tanımalarına ve bu suretle uyuşmazlığın çözümünü kendilerinin bularak, kabullenmelerine hizmet eder. Esasen,

¹¹² Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları Mart-2013 m. 8(6).

¹¹³ **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 567. Ayrıca doktrindeki görüşler için bkz. s. 566-567.

¹¹⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Karaaslan**, Varol, Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013.

¹¹⁵ HMK m. 31 de “(1) Hâkim uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.” şeklinde hâkimin davayı aydınlatma ödevi hüküm altına alınmıştır.

¹¹⁶ **Karaaslan**, s. 55 vd.

genel olarak arabulucu aydınlatma görevini bizzat kendisi yaparken, hâkim açıklattırılması gerekli eksiklik ve çelişkilerin giderilmesini davanın taraflarından ister.

Medeni Usûl Hukuku'ndaki ve arabuluculuk faaliyetindeki aydınlatma ilkesinin kesiştiği kısımlarda vardır. Arabulucu da, tarafların iletişiminin daha sağlıklı olması ve bir tarafın diğer tarafı daha iyi anlayabilmesi ve varsa çelişkilerin giderilmesi için taraflardan bilgi ve açıklama isteyebilir. Bu açıdan aktif arabuluculuk yaklaşımında, bu kesişen alanın daha da genişleyeceğini söylemek mümkündür. Bir bütün olarak değerlendirildiğinde, HUAK. m.11 deki aydınlatma ilkesinin, HMK m. 31 deki aydınlatma yükümlülüğünden çok daha geniş kapsamlı ve farklı olduğu söylenebilir.

IV. Özenle Hareket Etme (İlkesi) Yükümlülüğü

HUAK. m. 9 f. 1 “*Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir*” hükmünü içermektedir. Arabulucunun özen borcuna ilişkin bu maddenin hükümet gerekçesi “...Ayrıca, uyuşmazlık çözümünde arabulucu görevini özenle yürütmek durumundadır. Taraflar arasındaki iletişimin korunması, uyuşmazlığı çözecek ortamın yaratılması arabulucuya bağlıdır. Bu sebeple, arabulucu, bu özen yükümlülüğünü zedeleyecek, süreci zorlaştıracak tutum ve davranışlardan kaçınmak durumundadır. Arabuluculuk, kişilik özellikleri ve güvenin ön plana çıktığı bir görev olduğu için bizzat yerine getirilmek zorundadır; bu görevin yerine getirilmesi kısmen ya da tamamen bir başka kimseye bırakılamaz...” şeklinde kaleme alınmıştır¹¹⁷. Bu madde ve gerekçesi arabulucuya, arabuluculuk faaliyetine başlarken, taraflar arasındaki iletişimi kurup bu iletişimin devamını korurken, uyuşmazlık çözüm ortamını hazırlarken ve arabuluculuk faaliyetini sonlandırırken, sürecin bütün aşamalarında arabuluculuk görevini özenle ifa etme görevini yüklemiştir. Hüküm benzer şekilde HUAKY m. 12 f. 1’de de düzenlenmiştir. Arabulucu, özen yükümlülüğü altında hareket eder ve görevini bizzat kendisi ifa eder.

¹¹⁷ www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf.(s.e. 18.01.2016).

Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları'nın 8. maddesi "*Arabuluculuk Sürecinin Niteliği, Görevin Özenle İfası ve Taraflarla İletişim Kurma Kuralı*" başlığının altında, "...Dolayısıyla, arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve bizzat kendisi yerine getirmek zorunda olup, görevini; bu kurallara uygun olarak makul sürede, emniyet içinde, uygun katılımcıların huzurunda, tarafların veya vekillerinin katılımıyla, usulü hakkaniyeti de gözetip, taraflara yeterli söz hakkı vererek, katılımcılar arasında karşılıklı saygı gösterilmesini de sağlayacak şekilde yerine getirmelidir..." şeklinde kaleme alınmıştır¹¹⁸.

Özen borcu, arabulucunun üstlendiği borcun ifası için zorunlu olan ve kendisinden beklenen irâde, azim, dikkat, itina, basiret, fikri ve bedeni becerilerin toplamıdır¹¹⁹. Arabulucunun edimini özenle ifa etmiş sayılabilmesi için basiretli ve tedbirli hareket etmiş olması gerekir. Çünkü uyuşmazlığın taraflarının vekili sayılan arabulucu, hafif kusurundan dahi sorumludur¹²⁰.

Arabulucunun özen borcu, bir asli edim ve yan edim yükümlülüğü¹²¹ değildir. Asli edim yükümlülüğü, sözleşmeden beklenen asıl amaçla ilgili yükümlülükler olup, somut borç ilişkisinin hukuki niteliğini ve tipini belirler. Arabulucunun, arabuluculuk sürecini yönetmesi ve uyuşmazlığın taraflarına kendi çözümlerini bulmalarına yardımcı olma yükümlülüğü asli edim yükümlülüğüdür. Özen borcu arabulucunun organizasyon yükümlülüğü gibi bir yan edim yükümlülüğü de değildir. Örneğin, arabulucunun, arabuluculuk oturumunun yapılacağı yeri belirlemesi bir yan edim yükümlülüğüdür. Bu arabuluculuk oturumlarının yapılacağı yer belirlenirken, tarafların ikamet ettikleri yer veya şirket merkezleri arasındaki coğrafi uzaklıkların dikkate alınarak, arabuluculuk oturumlarına gelen tarafların eşit şekilde dinlenmiş halde gelebilecekleri bir yer olmasının arabulucu tarafından dikkate alınması ise bir özen borcu yükümlülüğüdür.

¹¹⁸ www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html (s.e. 18.01.2016).

¹¹⁹ Bkz. Vekâlet sözleşmesinde özen borcunun tanımı için, **Başpınar**, s. 127.

¹²⁰ **Başpınar**, s. 157.

¹²¹ Asli edim ve yan edim yükümlülüğü ayrırımı için bkz. **Ayan**, Borçlar, s. 24 vd.

Gerçekten özen borcu asli ve bağımsız bir varlığa sahip değildir. Özen borcu bu asli edim ve yan edim yükümlülüğünün ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Özen borcu, asli ve yan edim yükümlülüğünün ihlâlinin bir şartıdır. Özen borcunun ihlâli, asli edim veya yan edim yükümlülüğünün kötü ifasına sebep olur. Bu sebeple özen yükümlülüğünün ihlali hâlinde, tarafların arabulucu aleyhine aynen ifa davası açması, takip talebinde bulunması veya ifadan vazgeçerek tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Özen borcunu ihlâl, tek başına sözleşmenin müspet ihlâlini oluşturmaz. Ancak borcun gereği gibi ifa edilmemesinden (kötü ifadan) doğan zararların giderimi için TBK m.112'ye dayanılarak tazminat talep edilebilir¹²². Burada talep edilebilecek müspet zarar, borç özenli bir şekilde ifa edilmiş olsaydı, uyuşmazlık tarafının içinde bulunacağı durumla şimdiki durumunun arasındaki farka göre belirlenir¹²³. Kötü ifa, arabuluculuk süreci sonunda bir çözüm anlaşmasına varılmasını veya istenildiği şekilde varılmasını engelleyebilecek kadar önem arz etmektedir. Ancak bu durumu belirleyecek objektif bir kıstasın tesbiti oldukça güçtür.

Arabulucu özen borcunu gereği gibi yerine getirememiş olmasına rağmen, uyuşmazlık taraflarının beklediği ve onları tatmin eden bir sonuçla gerçekleşmişse, tarafların özen borcuna aykırılıktan dolayı tazminat talep edebilmesi mümkün değildir. Bu durum aynı zamanda arabulucunun, arabuluculuk süreci sonunda bir çözüm anlaşmasına varılmasını garanti etmediğinin de göstergesidir¹²⁴.

Avusturya'da arabulucular, Medeni Kanun'un genel hükümlerine tabidirler. Avusturya Medeni Kanunu m. 1299'a göre, arabulucular uzman olarak nitelendirilir ve yüksek özen gösterme yükümlülüğü altındadır. Ancak arabulucu, arabuluculuk sürecinin sonucunun içeriği, kalitesi veya çözüm anlaşmasıyla sonuçlanmasından sorumlu değildir¹²⁵.

¹²² Başpınar, s. 158.

¹²³ Nomer, Borçlar, s. 248; Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 126.

¹²⁴ Vekâlet sözleşmeleri için bkz. Başpınar, s. 159.

¹²⁵ Schwarz, s. 50.

V. Görevi Şahsen Yerine Getirme (İlkesi) Yükümlülüğü

Borçlunun borcu şahsen yerine getirmesi, bizzat borçlunun kişisel nitelik ve yeteneklerinin önem taşıdığı borç ilişkilerinde söz konusu olur. Vekâlet sözleşmelerinde güven unsurunun taşıdığı önem dolayısıyla, vekil sözleşme konusu işi, kural olarak bizzat kendisi yapmakla yükümlüdür. TBK m. 506 f. 1 “*Vekil, vekâlet bocunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir*” hükmünü içermektedir.

Ancak hukuki niteliği itibariyle bir vekâlet sözleşmesi sayılan arabulucu sözleşmeleri için arabuluculuk mevzuatı, TBK m. 506 f. 1’in ikinci cümlesinde vekâlet sözleşmeleri için öngörülen bu istisnayı tanımamıştır. Çünkü arabulucunun tercih edilmesinde kişisel nitelik ve yetenekleri çok daha belirgin olarak önem arzetmektedir. Bu sebeple arabulucu her hâlde, arabuluculuk görevini şahsen yerine getirmek zorundadır.

Nitekim HUAK. m. 9 f. 1’e göre, arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir. Arabulucunun görevini şahsen yerine getirmesine ilişkin olarak bu maddenin hükümet gerekçesi “...Arabuluculuk, kişilik özellikleri ve güvenin ön plana çıktığı bir görev olduğu için bizzat yerine getirilmek zorundadır; bu görevin yerine getirilmesi kısmen ya da tamamen bir başka kimseye bırakılamaz...” şeklinde kaleme alınmıştır. Bu madde hükmü arabulucuya, sürecin bütün aşamalarında arabuluculuk görevini özenle ve bizzat ifa etme görevini yüklemiştir. Hüküm benzer şekilde HUAKY m. 12 f. 1’de “Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve bizzat kendisi yerine getirmek zorunda olup, bu görevini kısmen dahi olsa bir başkasına devredemez” şeklinde vurgulanmıştır. Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. 8, arabulucunun görevini bizzat kendisinin yerine getirmek zorunda olduğunu belirtmiştir.

VI. Sır (Bilgi ve Belge) Saklama Yükümlülüğü

Bu yükümlülük, gizlilik ilkesinin bir sonucudur. HUAK’nun “Gizlilik” başlığını taşıyan m. 4 f. 1 “Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu,

arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür” şeklindedir¹²⁶. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar (HUAK m. 4 f. 2).

HUAKY m. 6’ya göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Arabuluculuk faaliyeti sırasında fotoğraf çekilemez, ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Gizlilik kuralına aykırı hareket eden arabulucunun, hukuki ve cezai sorumluluğu saklı olup, sicilden silinmesine de karar verilebilir. Gizlilik kuralına uyma yükümlülüğü, arabulucunun yanında çalışan kişiler ile denetim ve gözetiminde ilgili mevzuatı çerçevesinde staj yapanları kapsadığı gibi, varsa taraf vekillerini de kapsar.

Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları’na göre arabulucu, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, arabuluculukta öğrendiği bütün bilgileri gizli tutmalıdır (AMEUK m. 3.1). Arabulucu, tarafların arabuluculukta nasıl hareket ettiği hakkında, sürece katılmayan kişilere bilgi vermemelidir (AMEUK m. 3.2). Arabulucu, arabuluculuğa eğitim, araştırma ve değerlendirme için katılırsa, tarafların ismini saklamalı ve onların gizliliğe ilişkin haklı beklentilerine uygun davranmalıdır (AMEUK m. 3.3).

¹²⁶ Maddenin hükümet gerekçesi “...Maddenin 1. fıkrasında, gizliliğin arabulucuya ilişkin yönü vurgulanmıştır. Arabulucu kendisine sunulan veya başka türlü elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Ancak, taraflar isterlerse bunun aksini kararlaştırabilirler; aksini kararlaştırma açık şekilde olmalı, arabulucu açık bir irade yoksa, yorumla bir sonuca varamamalıdır. Arabulucu, bir yönüyle kendisine başvurulmuş uyuşmazlık konusunda tarafların sırdaşıdır. 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 ya da kanuni bir zorunluluk olmadıkça sır saklama yükümlülüğü altında olacaktır. Arabulucunun bu yükümlülüğe uymaması durumunda, bu Kanunda belirtilen sicilden silinme veya cezai yaptırımlara muhatap olma sonucu ile karşılaşması söz konusu olabileceği gibi, tarafların ayrıca arabulucunun hukuki sorumluluğu yoluna gitmesi de mümkündür...” şeklinde kaleme alınmıştır. www.kgm.adalet.gov.tr/TasariSamaIari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf. (s.e. 18.01.2016).

Sır saklama yükümlülüğün en önemli amacı, arabuluculuk başarısızlıkla sonuçlanırsa uyuşmazlık konusuyla ilgili açılacak bir davada, arabuluculuk süreci çerçevesinde açıklanan bilgi ve belgelerin açıklayan taraf aleyhinde kullanılmasını önlemektir. Arabulucu bu yükümlülüğe uymakla uyuşmazlık taraflarının kendisine ve arabuluculuk sürecine güvenmelerini sağlamaktadır¹²⁷.

HUAK m. 8'e göre, arabulucu, tarafların her biri ile ayrı veya birlikte görüşebilir. Teke tek yapılan görüşmeler, arabulucunun tarafsızlığını tehlikeye sokma ve tarafların görüşmeleri suistimal etme risklerini taşımaktadır. Arabulucunun bu suistimallere karşı dikkatli olması gerekir¹²⁸. Teke tek görüşme durumunda arabulucunun gizlilik yükümlülüğü çift katlıdır. İlk olarak arabulucu dış dünyaya karşı arabuluculuk sürecini gizlemekle yükümlüdür. Bu dış ilişkide gizliliklidir. İkinci olarak, bir tarafın güvenerek arabulucuya verdiği bilgiyi diğer tarafa vermemesidir. Bu da iç ilişkide gizliliklidir. Arabulucu özel oturumda bir taraftan elde ettiği bilgiler bakımından diğer tarafa karşı da sır saklama yükümlülüğü altındadır. AMEUK m. (3.4) *“Arabuluculuk sırasında taraflardan biriyle özel oturumda bir araya gelen arabulucu, bu özel oturumda edindiği hiçbir bilgiyi; bilgiyi veren tarafın rızası olmadan, doğrudan veya dolaylı olarak başka bir kişiye aktarmamalıdır”* şeklinde hüküm altına alınmıştır. Çoğu zaman bu tarz bilgi, yani diğer tarafın bu bilgiden haberdar olmaması, arabulucuyu uyuşmazlık konusunu başarıyla çözüme kavuşturmasını sağlamaktadır. Bu tarz uyuşmazlık çözümü, araç diplomasisi (*shuttle diplomacy*) olarak da tanımlanmaktadır¹²⁹.

HUAK. m. 4' de düzenlenen gizlilik ilkesinde arabulucunun özel görüşmelerde taraflardan aldığı bilgiyi diğer taraftan da saklaması gerektiği (iç ilişkide gizlilik) konusundaki yükümlülük açık ve net değildir¹³⁰. Zira maddenin hükümet gerekçesi,

¹²⁷ **Günther/Hilber**, s. 515.

¹²⁸ **Kracht**, s. 289.

¹²⁹ **Günter/Hilber**, s. 515; **Kracht**, s. 289; **Hartmann**, s. 1090; **Yazıcı-Tıktık**, s. 119.

¹³⁰ Kanunun genel gerekçesinde tasarının hazırlanmasında dikkate alınan Birleşmiş Milletler Uncitral Model Kanunu'nda da bir taraftan öğrenilen bilginin arabuluculuk faaliyeti içinde bulunan diğer taraftan da saklanması gerektiğine ilişkin net bir açıklık yoktur. Uncitral Model Kanunun 8. maddesinin açıklama kısmında, arabulucunun elde ettiği bilgileri karşı tarafla paylaşabilmesinin, bilginin kaynağı olan tarafın rızasına bağlı olmasının madde düzenlenirken teklif edildiği fakat pek

dış ilişkide gizlilik esas alınarak yazılmıştır. İç ilişkide gizlilik yükümlülüğünün Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları (AMEUK) m. (3.4)'de geçtiği açıklıkta Kanunda da yer alması gerekmektedir. Bunun özellikle arabulucunun cezai sorumluluğunu düzenleyen HUAK m. 33'ün¹³¹ ve arabulucunun sicilinden silinmesini düzenleyen HUAKY m. 6 f. 3'ün¹³² iç ilişkide gizlilik açısından uygulanabilmesi için gerekli olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte tarafların gizlilik ve tarafsızlık konusundaki beklentileri dikkate alındığında arabulucuların, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça özel görüşmelerde bir taraftan aldığı bilgileri, uyuşmazlığın çözümü için gerekli olduğu kadarını karşı tarafla paylaşabilecekleri konusunda tarafları aydınlatmaları gerekmektedir¹³³. Arabulucunun uyuşmazlık çözümüne katkı sağlamayacağını düşündüğü bilgiyi diğer tarafa iletmesi, gerekli olmadığı gibi etik de değildir.

Almanya'da arabuluculukla ilgili kanun düzenlenmeden önce mahkeme içi arabuluculukla ilgili bir uyuşmazlık çözümünde, taraflardan birisi daha sonra arabuluculuk dosyasını incelemek için Münih Eyalet Mahkemesi'ne 10.02.2009 tarihinde müracaat ettiğinde, mahkeme gizlilik ilkesi nedeniyle bu talebini geri çevirmiştir. İtiraz üzerine Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi kararında¹³⁴, gizliliğin taraflar arasında değil, üçüncü kişilere karşı olduğu gerekçesiyle bu itiraz talebini kabul etmiştir. Arabuluculuk dosyasını tarafın incelemesine açmıştır. Burada mahkemece gizliliğin taraflar arasında olmadığını, tarafların hukuki menfaatinin gizlilik prensibinden önce geldiğinin ve arabuluculuk sürecindeki gizlilik prensibinin mutlak olmadığını tespiti yapılmıştır¹³⁵.

çok ülkede başarı ile uygulanan bu önerinin benimsenmediği ifade edilmiştir. United Nations, Uncitral Model Law, s. 40. Bkz. **Kekeç**, s. 78.

¹³¹ HUAK m. 33 f. 1 “Bu kanunun 4. maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır” hükmünü içermektedir.

¹³² HUAKY m. 6 f. 3 “Gizlilik kuralına aykırı hareket eden arabulucunun; hukuki ve cezai sorumluluğu saklı olup, sicilinden silinmesine de karar verilebilir.” hükmünü içermektedir.

¹³³ **Kekeç**, s. 79.

¹³⁴ OLG München 20.05.2009, 9 VA 5/09.

¹³⁵ **Lilja/von Lucius/Tietz**, s. 77.

Avusturya Hukuk Uyuşmazlıkları Federal Kanunu'nun gizliliğe ilişkin 18. Maddesine göre, gizlilik yükümlülüğü arabulucuda olup, tarafların böyle bir yükümlülüğü yoktur¹³⁶. Arabulucunun gizlilik yükümlülüğü sicile kayıtlı arabulucular için geerlidir¹³⁷. Tarafların dışarıya karşı gizlilik yükümlülüğü olmadığı için, arabuluculuk sürecinde arabulucunun bir taraftan öğrendiği bilgiyi diğer taraftan saklamasının yani iç ilişkide gizliliğin önemi daha büyüktür.

Uyuşmazlık konusuyla ilgili bir dava açıldığında veya tahkim yoluna başvurulduğunda, arabuluculuk faaliyeti nedeniyle ileri sürülen beyanlar ve hazırlanan belgeler delil olarak ileri sürülemez ve bunlar hakkında tanıklık yapılamaz (HUAK m. 5 f. 1). Delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Ancak söz konusu bilgiler, bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya çözüm anlaşmasının uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir (HUAK m. 5 f. 3). Bir hukuk davasında ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculuk faaliyeti sırasında sunulmuş olmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez (HUAK m. 5 f. 5). Bu yükümlülük arabulucuyu, uyuşmazlığın taraflarını ve arabuluculuğa katılanlarda dâhil üçüncü kişileri kapsar. Taraflar, gizlilik yükümlülüğünün sınırlarına ilişkin olarak, gerek arabuluculuk sürecinin tamamının veya bir kısmının gizli olmayacağına dair veya arabuluculuk faaliyeti nedeniyle kullanılan bilgi ve belgelerin delil olarak kullanılabileceğine ilişkin sözleşme yapabilir (HUAK m. 4 f. 1). Bu sözleşmenin hukuki niteliği, etkilerini usûl hukuku alanında göstermesi açısından bir usûl sözleşmesidir.

Almanya Düsseldorf İdare Mahkemesi yazılı olan bir arabulucu sözleşmesinin yorumlanmasında, arabuluculuk sürecindeki konuşmaların dikkate alınıp alınmaması değerlendirilmiştir. Temyiz mahkemesinde yapılmış olan bir arabuluculuk faaliyetinde özel hukuka ilişkin yazılı bir sulh anlaşması yapılmıştır. Bu sözleşmeyle ilgili bir tartışma çıkmıştır. Daha önce belediyeden çıkan bir n imar izninin arabuluculuk faaliyeti sırasında tarafların konuşmalarıyla örtüşüp örtüşmediği ve tarafların bu konuşmalarının yazılı sulh anlaşmasında dikkate alınıp alınmadığı

¹³⁶ Akil, Avusturya, s. 287 vd; İsfen, s. 1325 vd.

¹³⁷ ztrk/Yarar, s. 1376; Yazıcı-Tıktık, s. 124.

konusu tartışılmıştır. İdare mahkemesi bu davayı caiz olmadığından reddetmiştir. Ret gerekçesinde, arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılan yazılı anlaşmada dava açma taleplerinden feragat edildiği ve sulhun içeriğinin yazılı anlaşmaya göre belirleneceği, yapılan konuşmaların yazılı arabuluculuk sözleşmesinin materyali olamayacağı ve ayrıca bunun arabuluculuğa hâkim en temel prensip gizlilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir¹³⁸.

Alman Arabuluculuk Kanunu'nun 4. maddesinin 2. Fıkrası; kamu düzeni, çocuğun yüksek menfaati, kişilerin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne ciddi zarar teşkil edebilecek hâllerin önlenmesi gizlilik ilkesinin istisnaları olarak düzenlemiştir. Arabuluculuk sonucu olarak yapılan anlaşmanın yerine getirilmesi veya icrası için bu anlaşmanın açıklanması hâli de gizliliğin istisnasıdır. Aynı maddenin 3. fıkrasında, gizlilik yükümlülüğünün, açıklanmış olan veya sır olarak saklanmasına gerek olmayacak kadar önemsiz uyuşmazlıklarda uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır¹³⁹. Buna göre, örneğin taraflardan birisi diğer tarafı tehdit ettiğinde gizlilik ilkesinin arkasına saklanamayacaktır. Hakeza taraf irâdesinin sakatlandığı hallerde açılacak davalarda gizlilik ilkesinin sınırlarının tartışılması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁴⁰.

Alman Arabuluculuk Kanunu m. 4'e göre, gizlilik yükümlülüğü sadece arabulucular ve yardımcıları içindir. Uyuşmazlığın tarafları ve vekilleriyle ilgili değildir. Alman doktrinde, kanuni düzenlenme öncesinde, içtihatlar tarafından giderilmeyen arabuluculuğun güvenilirlik ve gizliliğine ilişkin boşlukların, Arabuluculuk Kanunu 4. maddesi ile de giderilememesi eleştiri konusu olmuştur. Eleştirilerde bu hükmün sadece arabulucu ve yardımcıları için şahitlikten çekinme hakkını tanıdığı, bunun ötesinde bir düzenleme öngörmediği ifade edilmiştir. Bu nedenle arabuluculuk sözleşmesiyle daha kapsamlı tedbirlerin alınması gerektiği belirtilmiştir¹⁴¹.

¹³⁸ VG Düsseldorf 13.11.2008, 4 K 6309/07, **Lilja/von Lucius/Tietz**, s. 76.

¹³⁹ **Hess/Pelzer**, s. 224.

¹⁴⁰ **Lilja/von Lucius/Tietz**, s. 76.

¹⁴¹ **Lilja/von Lucius/Tietz**, s. 77.

HUAK m. 33 hükmü, gizlilik yükümlülüğünün ihlali ile bir kişinin hukuken korunan menfaatine zarar vermesine neden olan kişi için altı aya kadar hapis cezası öngörmektedir. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlıdır. Ayrıca bu yükümlülüğün ihlâli arabulucular sicilinden silinmeyle ve tazminat sorumluluğuyla neticelenebilir.

VII. Arabuluculuk Tutanağı Tutma, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne Gönderme ve Dosya Saklama Yükümlülüğü

HUAK m. 17 f. 2, arabulucuya, arabuluculuk faaliyeti sonunda bir tutanak belgesi hazırlama yükümlülüğü getirmiştir¹⁴². Arabulucu tarafından tutulan bu tutanağa, arabuluculuk faaliyetinin sonunda tarafların anlaştıkları veya anlaşamadıkları ya da arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı yazılır. Tutanak arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Tutanak belgesi taraflar veya vekillerince imzalanmazsa, sebebi belirtilerek sadece arabulucu tarafından imzalanır. Hüküm emredici olduğundan aksi taraflarca kararlaştırılamaz. Hükümde belirtilen tutanak arabulucu tarafından tutulmak zorundadır.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tutulan tutanağa, arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde sonuçlandığı dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu bu tutanak ve sonuçları hakkında tarafları aydınlatmakla yükümlüdür (HUAK m. 17 f. 3). Arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde sonuçlandığı dışında tutanakta yer alacak konular, taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Taraflar bir çözüm anlaşmasına varmışlarsa, bu anlaşmanın içerik ve ayrıntılarını gizli tutabilecekleri gibi, çözüm anlaşmasının içeriğini ve ayrıntılarını tutanağa geçirtebilirler.

Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği bu son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içerisinde Adalet

¹⁴² HUAK m. 17 f. 2, “Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Belge taraflar veya vekillerince imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır” hükmünü içermektedir.

Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne göndermek zorundadır (HUAK m. 17 f. 4 son cümle).

Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları m. (8.11) “*Arabulucu, taraflarla görüşülerek iletişim kurulduğuna, arabuluculuk faaliyetine başlandığına, bu faaliyete ilişkin işlem ve eylemlerin doğru bir biçimde uygulandığına ve nihayetinde arabuluculuk faaliyetinin sona erdirildiğine yönelik fiilî durum ve aşamaları mutlaka belgelendirmelidir*” şeklinde hüküm içermektedir. Bu etik kural, HUAK m. 17 ve HUAKY m. 21’de öngörülen arabulucunun arabuluculuk faaliyeti sonunda, arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde sonuçlandığının bir tutanak ile belgelendirilme yükümlülüğünü aşacak şekilde bir belgelendirme yükümlülüğü getirmiştir. Etik kural ile getirilen bu yükümlülükler, taraflarla görüşülerek iletişim kurulduğuna, arabuluculuk faaliyetine başlandığına ve bu faaliyete ilişkin işlem ve eylemlerin doğru biçimde uygulandığına dair fiili durum ve aşamaların belgelendirilmesidir. Ancak bu belgeler, arabuluculuk faaliyeti sonunda arabulucu tarafından düzenlenen son tutanak gibi Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü’ne gönderilemez. Çünkü bu belgeler, gizlilik ilkesi gereği saklanması gerekli belgelerden olup aksi davranış cezai ve hukuki sorumluluk doğurur. Bu belgeler, mahkeme, hakem ya da herhangi bir idari makam tarafından istenemez (HUAK m. 4 ve m. 5).

Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti nedeniyle kandisine yapılan bildirimleri, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeler ile bir örneğini Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü’ne gönderdiği arabuluculuk faaliyeti sonuç tutanağını ihtiva eden arabuluculuk dosyasını beş yıl süreyle saklamak zorundadır (HUAK m. 17 f. 4).

Saklamaya ilişkin bu hüküm benzer şekilde Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları’nda da düzenlenmiştir. AMEUK m. 12’ye göre arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın birer örneğini taraflara vermelidir. Bu tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren mevzuatta belirtilen bir aylık sürede Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü’ne göndermelidir. Arabulucu, Kanunda öngörülen sürelerin sonuna kadar arabuluculuk sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin güvenli bir şekilde saklanmasını temin etmek zorundadır.

VIII. Arabulucular Siciline Kaydolma Yükümlülüğü

HUAK'nun beşinci bölümünün başlığı “*Arabulucular Sicili*” dir. Bu ana başlık altında m. 19 arabulucular sicilinin tutulmasını, m. 20 arabulucular siciline kayıt şartlarını ve m. 21 arabulucular sicilinden silinmeyi düzenlemiştir.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yapma yetkisini kazanmış arabulucuların sicilini tutar. Bu sicilde yer alan kişilere ilişkin bilgiler, Daire Başkanlığı tarafından elektronik ortamda da duyurulur (HUAK m. 9 f. 1). Arabulucular Sicili'nin tutulmasına ilişkin usûl ve esaslar HUAKY m. 23-25 arasında düzenlenmiştir.

Arabulucular Sicili'ne kayıt, ilgilinin Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na yazılı olarak başvurusu üzerine yapılır. Arabulucular Sicili'ne kaydedilebilmek için; Türk vatandaşı olmak, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak, tam ehliyetli olmak, kasten işlenmiş bir suçtan mahkûm olmamak, arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Adalet Bakanlığı'nca yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak gerekir. Arabulucu, ancak sicile kayıt tarihinden itibaren arabuluculuk faaliyetine başlayabilir (HUAK m. 20; HUAKY m. 24).

1. Arabuluculuk Eğitimi

Arabuluculuk yönteminin başarılı olabilmesi ve yaygınlaşması, iyi eğitim almış arabulucuların hizmet vermesine ve kazanacakları tecrübeleri uygulamaya koyabilmelerine bağlıdır. Yetersiz arabulucular arabuluculuk yöntemine daha işin başında zarar verebilirler. Yetersiz ve eğitimsiz arabulucular, arabuluculuğun ikinci sınıf bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu fikrinin oluşmasına sebep olabilir¹⁴³. Oysa işinin uzmanı, eğitilmiş ve yeterli arabulucular, yaptıkları başarılı uygulamalar ile “*sulh hükümlerin efendisidir*” düsturunun doğruluğunu ve arabuluculuğun birinci sınıf ve yargılama üstü bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğunu gösterebilirler.

Arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültesinin tamamlanmasından sonra alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgileri, iletişim teknikleri,

¹⁴³ Kekeç, s. 122.

müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren eğitimi ifade eder (HUAK m. 22). Arabulucu olacak kişilere asgari otuz altı saati teorik ve on iki saati uygulamalı olmak üzere toplam kırk sekiz saat arabuluculuk eğitimi verilir (HUAKY m. 26 f. 2)¹⁴⁴.

Arabulucunun mutlaka hukukçu olması şartı doktrinde eleştiri konusu olmuştur¹⁴⁵. Uyuşmazlığın türüne göre mühendislere, tıp doktorlarına, iktisatçılara, mimarlara ve psikologlara da arabuluculuk eğitimi alarak kendi uzmanlık alanlarında arabuluculuk faaliyeti yapabilme imkânı tanınabilir. Bu imkânın tanınması, daha geniş şekilde arabuluculuk yönteminin sahiplenilmesine ve arabuluculuğun gelişimine katkıda bulunacaktır. Arabulucu çözüm önerisi sunamasa da, arabulucunun uyuşmazlık konusunun uzmanı olması nedeniyle uyuşmazlık taraflarının makul ve kabul edilebilir çözüm seçenekleri bulmasına yardımcı olacağı

¹⁴⁴ HUAKY m. 26 f. 3/6'ya göre, “Teorik eğitimin altı saati (a) bendinde belirtilen arabuluculuk için gerekli olan temel hukuk bilgisinin, otuz saati ise (b) bendinde belirtilen arabuluculuk için gerekli olan teknik bilginin ve becerinin verilmesinden oluşur. a) Arabuluculuk için gerekli olan temel hukuk bilgisi eğitimi; arabuluculuğa elverişli alanlar, yargılama aşamasında arabuluculuğa başvurulması hâlinde dikkat edilmesi gereken hususlar, arabuluculuk müzakereleri sonunda yapılması gereken işlemler ile bir anlaşmanın ortaya çıkması hâlinde bu anlaşmanın düzenlenmesi ve hukuki niteliği gibi hususları kapsar. b) Teknik bilgi eğitimi; iletişim becerileri ve beden dili, müzakere yöntemleri, toplantı yönetimi, psikoloji, gelişim psikolojisi, kişilik, davranış bozuklukları, öfke kontrolü ve sosyal psikoloji ile sorun çözme becerileri, uyuşmazlık analizi ve uyuşmazlık çözümünde uygulanacak yöntemler, arabuluculuk süreci ve arabuluculukta uyulması gereken etik kurallar gibi arabuluculuğa yönelik eğitimleri içerir. (4) Uygulama eğitimi; adayların bireysel ve gruplar hâlinde sistematik teknikleri kullanma becerilerini geliştirmelerini sağlayacak örnek uyuşmazlık çözüm çalışmaları ile uygulama gözetimi faaliyetlerini içerir. Bu kapsamda; eğitim alanlardan örnek bir uyuşmazlık senaryosu ortaya koymaları ve arabuluculuk yöntemini kullanarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaları, akabinde eğitmenlerle birlikte grup değerlendirmeleri yapmaları beklenir. (5) Arabuluculara, arabuluculuk eğitim izni verilen kuruluşlarca teorik ve uygulamalı, toplam sekiz saatten az olmamak üzere yılda en az bir defa yenileme eğitimi verilir. Arabulucular her yıl verilen bu sekiz saatlik eğitime katılmak zorundadırlar. (6) Eğitime katılanların, belgeye dayalı ve eğitim kuruluşlarınca kabul edilen haklı bir mazeretleri olmadıkça arabuluculuk eğitimi süresince verilen ders ve çalışmalara katılımları zorunludur. Eğitim kuruluşlarınca, adayların derslere devam durumunu gösteren çizelge düzenlenir ve kabul edilebilir haklı bir mazereti bulunmaksızın derslerin 1/12'sine devam etmeyenlerin eğitim programıyla ilişkisi kesilir.”

¹⁴⁵ Kekeç, s. 147; Özümucu, s. 330; Taşpolat-Tuğsavul, s. 159-160. Yazarlara göre ilk etapta arabulucunun hukukçulardan oluşması uygun olmuştur. Ancak ileriki zamanlarda başka uzmanlık alanlarındaki uzmanlara da arabulucu olabilme imkânının tanınması gerekir.

gözden kaçırılmamalıdır. Avukat arabulucular, arabuluculuk faaliyetini icra ederken başlangıçta zorlanmaktadır. Çünkü avukatların her uyuşmazlık için hazır bir çözümleri vardır. Avukat arabulucunun her uyuşmazlığa bir çözüm önermesi, arabuluculuk faaliyeti açısından bir meslek hatasıdır. Eğitim ve uygulama ile bu meslek hatası giderilebilir. Bu takdirde arabulucunun hukukçu olması aranan bir niteliktir.

Arbuluculuk eğitimi üniversitelerin hukuk fakülteleri, Türkiye Barolar Birliği veya Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilir. Bu kuruluşlar Adalet Bakanlığı'ndan izin alarak eğitim verebilirler. İzin verilen eğitim kuruluşlarının listesi elektronik ortamda yayımlanır (HUAK m. 23 f. 1; HUAKY m. 28 f. 1).

Almanya'da arabulucu olabilmek için hukukçu olma şartı yoktur. Arabuluculuk Kanunu'nun 5 ve 6. maddeleri, Yönerge'nin 4. maddesinde yer alan, arabuluculuğun kalitesinin sağlanması amacıyla hizmet edecek şekilde, sertifikalı arabulucu (zertifiziertermediator) unvanını ileri sürerek, arabuluculuk yönteminin kalitesini korumayı amaçlamıştır. Kanun, Federal Adalet Bakanlığı'na arabulucuların eğitim zorunluluğuyla ilgili, daha ayrıntılı düzenleme yapma yetkisini vermiştir. Ancak bu husus sadece sertifikalı arabulucular içindir. Sertifikasız arabulucular için ne tür kurallar uygulanacağı net değildir. Ayrıca, Arabuluculuk Kanunu'nun madde 5, bent (1)'e göre, sertifikasız arabulucular, arabuluculuk sürecini yönetecek yeterli bilgi ve deneyime sahip olduklarını da kanıtlamak zorundadır¹⁴⁶.

İsviçre'de arabuluculuk görevi; avukatlar, psikologlar ve diğer mesleklerden gelen deneyimli kişiler ile sosyal hizmet uzmanları tarafından yerine getirilir. Arabulucular, çeşitli ulusal ve bölgesel kuruluşlar, gruplar ve enstitülerde organize olur¹⁴⁷. Hem ulusal hem de bölgesel arabuluculuk kuruluşlarının amacı,

¹⁴⁶ **Klowait**, zertifizierter Mediator, s. 228; **Klowait**, Jürgen, Verordnungsermächtigung, s. 245; **Hess /Pelzer**, s. 223.

¹⁴⁷ **Alexander**, s. 379. Ulusal kuruluşlar, İsviçre Arabuluculuk Dernekleri Federasyonu (Schweizerischer Dachverband Mediation-SDM)¹⁴⁷, İsviçre Arabuluculuk Derneği (Schweizerischer Verein für Mediation-SVM), İsviçre Ticari Arabuluculuk Odası (Schweizer Kammer für Wirtschaftsmediation-SKWM), İsviçre Arabuluculuk Forumu (Mediationsforum Schweiz), Arabuluculuk Enstitüsü (Institut für Mediation-ifm), Ceza Hukukunda Arabuluculuk Derneği (Verein Mediation im Strafrecht) ve İsviçre Barolar Birliği (Schweizerischer Anwaltsverband-SAV) dir. Bununla birlikte bölgesel kuruluşlar, Cenevre

arabuluculuğu yaygınlaştırmak ve bir meslek olarak arabuluculuğa yüksek standartlar sağlamaktır. Bu kuruluşlardan bir tanesinin arabulucu olarak üyesi olabilmek için en az 120 saat eğitim alınmalıdır¹⁴⁸. Ayrıca bu kuruluşların bazıları, üyelerinin düzenli bir şekilde arabulucu olarak çalışacaklarını ispatlamalarını istemektedir¹⁴⁹.

Belçika’da Federal Arabulucular Komisyonu tarafından, arabuluculuk eğitim merkezlerine ve arabuluculara sertifika verilmesiyle yetkilendirme sistemi düzenlenmiştir. Gerek arabuluculuk eğitim merkezlerini gerekse arabulucuları yetkilendiren kurum bu komisyondur. Komisyon en az aşağıdaki niteliklere sahip olan arabulucuları, arabuluculuk faaliyet için yetkilendirir. Arabulucunun sahip olması gerekli asgari nitelikler, uyuşmazlığın konusuna göre gerekli deneyim ve yeterlilik, arabuluculuk faaliyet alanına uygun eğitim ve deneyim, bağımsız ve tarafsız olmak, adli sicilinin temiz olması ve arabuluculuk faaliyetiyle uyumsuz olduğuna karar verilen disiplin ya da idari yaptırım cezasının olmaması şartlarıdır¹⁵⁰.

Hollanda’da Hollanda Arabuluculuk Enstitüsü (NMI), arabuluculuk için 1995 yılından beri faaliyette olan ulusal, bağımsız ve özel bir platformdur. Bu Enstitü 1995 yılından beri, arabuluculu meslek gruplarının üyeleri, arabuluculuk eğitim enstitüleri, çeşitli arabuluculuk organizasyonları ve hükümetle istişare ederek, arabulucular için standart kabul edilen bir sistem geliştirmiştir. Bu düzenlemeler hükümet tarafından standart düzenlemeler olarak kabul edilmiştir. Adli sistem veya yasal arabuluculuk büroları için çalışan arabulucular bu standartlara uymak mecburiyetindedir¹⁵¹. Enstitünün standart kuralları arabulucunun avukat olup

Arabuluculuk Grubu (Groupement pro Mediation in Geneva), Mendrisio Eş ve Aile Merkezi (Centro Coppia e Famiglia in Mendrisio), Zürih Arabuluculuk Merkezi (Mediation Centre Zürich) ve Basel Bölgesi Arabuluculuk Derneği (Verein Mediation Region Basel) dir. Bkz. İkinci Bölüm İsviçre’de Arabuluculuk.

¹⁴⁸ İsviçre Arabuluculuk Dernekleri Federasyonu (Schweizerischer Dachverband Mediation-SDM) ve İsviçre Arabuluculuk Derneği (Schweizerischer Verein für Mediation-SVM) arabulucuları en az 200 saatlik eğitimden geçmekte ve SDM arabulucusu ve SVM arabulucusu unvanını kullanmaktadırlar.

¹⁴⁹ **Meier**, s. 381.

¹⁵⁰ Code Judiciaire m. 1726, **Verougstraete**, s. 100.

¹⁵¹ **Pel**, s. 320.

olmamasına göre bir farklılık göstermez. Avukatlar arasında hâlâ, arabuluculuğa gitmeyi tavsiye etmede direnenler ve bunu avukatlık mesleğine bir saldırı olarak görenler olmasına rağmen, avukatların mahkemeye gitmeden müvekkillerine çözüm anlaşmasını tavsiye etmeleri gerekmektedir. Hollanda Barolar Birliği Meslek Kuralları madde 3' e göre, bir avukatın dostane bir çözüm anlaşmasını, hukuk davasına tercih etmesini unutmaması gerektiği hüküm altına alınmıştır¹⁵².

Japonya'da arabulucuların nitelikleriyle ilgili oldukça katı kurallar vardır. Sadece avukatlar ve ADR sertifikalı arabulucu sağlayıcıları, ücret alarak arabuluculuk faaliyetinde bulunmaya izinlidirler. Bu nedenle arabuluculuk sertifikası standartları, arabuluculuğun içeriğini etkileyebilir¹⁵³.

İngiltere ve Galler'de arabuluculuk uygulama prosedürünü kontrol eden bir Arabuluculuk Kanunu yoktur. Arabulucuların eğitimlerini, atamalarını veya performanslarının değerlendirilmesi devlet kontrolü altında değildir¹⁵⁴. Mahkemeler, mahkemeye bağlı arabuluculuk programlarında, özel arabulucular kullanarak çalışırlar¹⁵⁵.

Danimarka'da arabuluculuk kendi başına bir akademik alandır ve başlıca hukuk fakültelerinde müfredatta seçmeli ders olarak yer almaktadır. Bu uygulamada olduğu kadar teoride de arabuluculuğun gelişimine katkı sağlamaktadır¹⁵⁶.

2. Arabuluculuk Sınavı

Arabuluculuk eğitimini tamamlayanların sicile kayıt olabilmeleri için HUAKY'ne uygun olarak yapılacak yazılı¹⁵⁷ ve uygulamalı sınavlarda¹⁵⁸ başarılı

¹⁵² Pel, s. 315.

¹⁵³ ADR Kanunu (Act on Promotion of Use of Alternative Dispute Resolution) m. 6(3), 6(4), 6(6) ve 6(9) bu standartlarla ilgili maddelerdir. Bkz. **Kakiuchi**, s. 285.

¹⁵⁴ **Boon/Earle/Whyte**, s. 26.

¹⁵⁵ **Genn/Riahi/Pleming**, s. 166.

¹⁵⁶ **Adrian**, s. 117.

¹⁵⁷ HUAKY m. 39 f. 1-2'ye göre yazılı sınav, klasik veya test usulü şeklinde yapılır. Yazılı sınav, Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı, Türkiye ve Orta-Doğu Amme İdaresi Enstitüsü veya yükseköğretim kurumları arasından Adalet Bakanlığı'nca belirlenecek bir kuruluşa yaptırılabilir.

olmaları zorunludur. Başarılı olanların sınav sonuçları, sicile kayıt işlemleri tamamlanıncaya kadar geçerliliğini korur (HUAKEY m. 32). Yazılı sınav, yılda iki kez, uygulamalı sınav ise yazılı sınav sonuçları açıklandıktan sonra yapılır. Uygulamalı sınava katılacaklar yazılı sınavın sonucuna göre belirlenir. Sınavların yapılacağı yer, tarih ve saat Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nca belirlenir. Sınavların yeri, tarihi ve saati Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün internet sayfasında yayımlanmak suretiyle duyurulur (HUAKEY m. 33). Yazılı ve uygulamalı sınavın konusu, mevzuat uyarınca arabuluculuk eğitimi sırasında verilen konuları kapsar (HUAKEY m. 34). Yazılı ve uygulamalı sınavlarda ayrı ayrı olmak üzere her bir sınavdan yüz üzerinden en az yetmişbeş puan alanlar başarılı sayılırlar (HUAKEY m. 40 f. 1).

3. Arabucular Sicilinden Silinme

Arabuluculuk Daire Başkanlığı, arabuluculuk için aranan koşulları taşımadığı hâlde sicile kaydedilen veya daha sonra bu koşulları kaybeden arabulucunun kaydını siler. Daire, Kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmediğini tespit ettiği arabulucuyu yazılı olarak uyarır. Bu uyarıya uyulmaması hâlinde arabulucunun savunmasını aldıktan sonra, gerekirse adının sicilden silinmesini Arabuluculuk Kurulu'ndan talep eder. Arabulucu, arabulucular sicilinden kaydının silinmesini her zaman isteyebilir (HUAKEY m. 21; HUAKEY m. 25).

HUAKEY'nin öngördüğü yükümlülükleri birden çok arabuluculuk faaliyetinde yerine getirmediği tespit edilen arabulucu, yazılı olarak uyarılmasına rağmen uyarının gereğini yerine getirmiyorsa, savunmasının alınmasının ardından arabulucunun adı sicilden silinebilecektir¹⁵⁹.

¹⁵⁸ HUAKEY m. 39 f. 3'e göre uygulamalı sınav, sınav kurulunun huzurunda ve hazırlatılan senaryolardaki uyuşmazlıkların, sınava girenlerce, uyuşmazlık çözme ve arabuluculuk adımları izlenerek çözüme kavuşturulmasının sağlanması şeklinde uygulamalı olarak yapılır.

¹⁵⁹ HUAKEY m. 21 f. 2'nin hükümet gerekçesi, “ ...özellikle, 4,9,10 ve 11inci maddelerdeki yükümlülüklerin yerine getirilmediğinin tespit edilmesi ve aidat ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmediğinin tespit edilmesi ve aidat ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hâlinde önem kazanmaktadır. Buna göre, arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde, kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutma yükümlülüğünü yerine getirmemişse, görevini özenle, tarafsız bir biçimde sürdürmemişse, reklam yasağına aykırı

Arabuluculuk siciline kayıtlı olmayan bir arabulucunun arabuluculuk faaliyeti HUAK hükümlerine göre sonuç doğurmaz. Sicilde kaydı olmayan arabulucu, bu Kanunun arabulucu için öngördüğü haklar ve yükümlülükler kapsamında olmadığı gibi, arabuluculuk faaliyeti sonunda bir çözüm anlaşmasına ulaşılmış ise bu anlaşmaya icra edilebilir şerhi verilmesi de talep edilemez. Böyle bir çözüm anlaşması, sözleşme hukuku hükümlerine tabidir. Sicile kayıtlı olmayan arabulucu ile taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği vekâlet sözleşmesidir. Bu sözleşmenin tarafları, HUAK'nun değil, TBK'nun m. 502-514 arası vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin öngördüğü hak ve yükümlülüklerle tâbidir.

Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları (AMEUK) m. 6'ya göre, yalnızca sicile kayıtlı olan arabulucuların, arabulucu unvanını ve unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkı bulunmakta olup, sicile kayıtlı olmayanların arabulucu unvanını ve arabulucuya ait yetkileri kullanmaları söz konusu olamaz.

IX. Reklam Yasağına Uyma Yükümlülüğü

Arabulucuların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında arabulucu, avukat ve akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır (HUAK m. 10)¹⁶⁰. Arabulucular, ülke içinde işbirliği yaptıkları ve başka kentlerdeki arabulucuları, arabulucu bürolarını; irtibat bürosu ve benzeri tanımlarla, işbirliğini

davranışlarda bulunmuşsa, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmamışsa veya yıllık aidatını ödememiş ise ve yapılan yazılı uyarıya rağmen bu tür yükümlülüklerini yerine getirmemeyi sürdürmüşse ve özellikle bu tür davranışlar birden çok arabuluculuk faaliyetine ilişkin olarak tespit edilmişse, savunması alındıktan sonra söz konusu fiillerin sabit sayılması hâlinde sicilden silinebilecektir” şeklinde kaleme alınmıştır.

¹⁶⁰ HUAK m. 10 hükümet gerekçesi “Maddede, arabulucular bakımından reklam yasağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı, bir uyuşmazlığı çözmeye yardımcı olmakta görev alan arabulucuların niteliklerine uygun düşmeyecek şekilde reklam yaparak arabuluculuğun amacı dışında uygulanmasının önüne geçilmesidir. Bu çerçevede arabulucuların iş elde etmek için reklam niteliğindeki her türlü teşebbüs ve hareketleri, özellikle de tabela ve basılı kâğıtlarında yanlış anlaşılmaya ve tarafları yanlış yönlendirmeye sevk edecek şekilde unvan ve ibare kullanmaları da yasaklanmıştır. Arabulucular, tabela ve basılı kâğıtlarında akademik unvanları ile arabuluculuk unvanını kullanabilirler. Bu düzenleme avukatlık mesleği bakımından reklam yasağına ilişkin düzenlemeye paralel niteliktedir” şeklinde kaleme alınmıştır.

genelleştirecek ve süreklilik kazandıracak biçimde açıklayamazlar, duyuramazlar (HUAKY m. 13 f. 1).

Arabulucunun açacağı internet sayfasının alan adı, sadece arabulucunun adı soyadı ve unvanını içerebilir. Arabulucu, iş sağlama amacına yönelik olacak ve haksız rekabete yol açacak şekilde, özel amaçlı arama motorlarına, rehberlerine, listelerine, veri tabanlarına ve benzerlerine kayıt olamaz, kayıt edilmesine rıza gösteremez. Ancak, iş sağlama amacına yönelik olmamak ve haksız rekabete yol açmamak kaydıyla, internet sayfasını özel amaçlı arama motorlarına kayıt edebilir, anahtar kelime olarak da; sadece adı soyadı ve unvanı ile bulunduğu şehrin adını kullanabilir (HUAKY m. 13 f. 2-3).

Arabulucu, internet kullanıcılarını kendi sitesine yönlendirecek şekilde internet kısa yolları kullanılmasına izin veremez ve reklam yapamaz. Tabela ve basılı kâğıtlarda, sadece birinci fıkrada belirtilen unvanlar, birlikte çalışma hâlinde, “*arabuluculuk bürosu*” ibaresi ile büronun bulunduğu kat ve büro veya daire numarası, telefon numarası, internet adresi ve elektronik posta adresi bilgileri yer alabilir. Bunların dışındaki bir unvana, deyme, şekle, ambleme ve Türkçe dışında yabancı dillerde ifade edilen şekil, işaret, resim, fotoğraf ve benzerlerine yer verilemez (HUAKY m. 13 f. 4-5).

Tabela, bina cephelerine, büro balkonu ve pencerelerine, büronun bulunduğu binanın giriş kapısının yanına, giriş holü veya koridoruna, büro giriş kapılarının yanına asılabilir. Ancak; birden fazla tabela asılamaz. Tabela yerine ışıklı pano kullanılamaz, tabela ışık verici donanım ile süslenemez. Tabelada en çok iki renk kullanılabilir. Dış cephe tabelasının boyutu 100 cm x 150 cm’ yi geçemez (HUAKY m. 13 f. 6-7).

AMEUK m. 6’ya göre arabulucu, tabela ve basılı kâğıtların kullanımında mevzuata uygun hareket etmelidir. Arabulucu, tanıtımını yaparken dürüst bir tutum ve davranış sergilemelidir. Nitelikleri, tecrübesi, hizmetleri ve ücreti konusunda vereceği bilgiler doğru olmalı, yanıltıcı bilgiler vermemelidir. Arabulucu, iş kartviziti, basılı evrak veya bilgisayar iletişimleri gibi tanıtıma yönelik tüm evrak ve iletişimlerinde, arabuluculuk sürecinin sonuç ve başarısı hakkında kısmen de olsa söz

veremez, çözüm garantisi vaad edemez. Arabulucu hiçbir şekilde Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları'na aykırı şekilde reklam yapamaz.

Arabulucular İçin Avrupa Etik Kuralları¹⁶¹ m. 1.2 “*Arabulucu, arabuluculuğun gerçekleştirilebileceği münasip tarihler hakkında taraflarla görüşecektir. Arabulucu, atanmayı kabul etmeden önce, arabuluculuğu yönetme tecrübesi ve yeterliliği konusunda kendinden emin olacaktır ve talep edilirse, geçmişteki eğitimi ve tecrübesiyle ilgili olarak bilgi verecektir*” hükmünü ve m. 1.3 “*Arabulucular, çalışmalarını meslekî, güvenilir ve onurlu bir şekilde tanıtabilirler*” hükmünü içermektedir. Bu hükümler reklam yasağıyla çelişmez. Çünkü m. 1.2’de taraflarca arabulucudan talep edilmesi halinde arabuluculuk eğitimi ve tecrübesi hakkında bilgi verme yükümlülüğü, m. 1.3’de ise, arabulucunun çalışmalarını dürüstlük kuralına uygun bir şekilde taraflara tanıtabilme hakkını ifade etmektedir. Bu hakkın arabulucu tarafından sadece atanmış olduğu uyuşmazlığın taraflarına kullanılması, arabuluculuk sürecinin bir çözüm anlaşmasına ulaşarak başarıyla neticelenmesine yardımcı olabilir.

Benzer bir hüküm Alman Arabuluculuk Kanunu’nda yer almaktadır. Alman Arabuluculuk Kanunu madde 3 bent (5)’e göre, arabulucu, talep üzerine, kendi arabuluculuk eğitimi ve deneyiminin yanı sıra, tarafları profesyonel geçmişi hakkında bilgilendirmek zorundadır¹⁶².

IX. Aidat Ödeme Yükümlülüğü

Arabuluculardan sicile kayıtlarında giriş aidatı ve her yıl için yıllık aidat alınır. Giriş aidatı ve yıllık aidatlar genel bütçeye gelir kaydedilir (HUAK m. 12)¹⁶³.

¹⁶¹ Avrupa Komisyonu’nun desteğiyle, bir grup ADR uygulayıcısı tarafından geliştirilmiş ve 2.7.2004’de Brüksel’de yapılan bir konferansta ortaya konulmuştur. Uygulanması gönüllü olan ilkelere. Avrupa Birliği’nin herhangi bir kurumunca resmen kabul edilmiş değildir. Bkz. **Özbek**, Avrupa Birliği, s. 317-320.

¹⁶² **Goltermann**, s. 196.

¹⁶³ HUAK m. 12 f. 1’in hükümet gerekçesi “*Bir çok faaliyet ve iş alanında olduğu gibi, arabulucu da, kayıtlı olduğu sicile giriş ve faaliyetini sürdürebilmek için aidat ödemekle yükümlü kılınmıştır. Bu, hem bir aidiyet anlamı taşımaktadır hem de bu alanda ortaya çıkacak gerekli giderlerin karşılanmasına yönelik kaynak sağlayacaktır. Birinci fıkra bu amaçla giriş ve yıllık aidat yükümlülüğünü düzenlemiştir*” şeklinde kaleme alınmıştır.

Aidatlar, her yıl için Maliye Bakanlığı tarafından ilân edilen yeniden değerlendirilme oranında artış yapılarak Arabuluculuk Kurulu tarafından belirlenir. Yıllık aidat her yılın ocak ayı sonuna kadar ödenir. Aidatların ödendiğine dair belgelerin bir örneği, ilgililerince en geç bir ay içinde Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderilir (HUAKY m. 16).

Doktrinde, arabuluculuk aidat yükümlülüğü haklı olarak eleştiri konusu olmuştur. İdare hukuku anlamında devlet memuru olmayan arabulucuların, genel bütçeye gelir olacak şekilde arabuluculuk siciline kayıtlarında giriş aidatı ve yıllık aidat ödemeleri uygun değildir. Arabulucular devletten bir hizmet almamaktadır. Adalet Bakanlığı arabulucuların meslek odası da değildir. Arabulucular bir meslek odası ve birlik olarak örgütlendikleri takdirde, bu oda veya birliğe aidat ödeme yükümlülüğü öngörülebilir¹⁶⁴.

§ 11. ARABULUCUNUN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Arabulucunun sorumluluğu, doktrinde gittikçe daha fazla işlenirken¹⁶⁵ uygulamada az rastlanılan bir konudur. Ülkemizde bu konuyla ilgili henüz bir mahkeme kararı veya içtihat bulunmamaktadır. Bunun sebebi arabulucu ve taraflar arasındaki sorumluluk ve görev taksiminde, arabulucunun görevi icra ederken çok büyük bir esnekliğe sahip olması ve dolayısıyla arabulucunun sorumluluk şartlarının ispat güçlüğünden kaynaklanmaktadır¹⁶⁶.

Arabulucunun sorumluluğunun şartları için borçlar hukukunun genel hükümlerine bakılması gerekir. Zira HUAK arabulucunun hukuki sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme öngörmemiştir. Sadece gizlilik yükümlülüğünün ihlali halinde cezai sorumluluk öngörmüştür (HUAK m.33). Bu nedenle arabulucunun hukuki sorumluluğu için aşağıdaki aşamaları içerir bir sorgulama yapmak gerekir.

¹⁶⁴ **Özbek**, Tahlil, s. 1150. Yazara göre, arabulucuların sicile giriş ve yıllık aidat ödeme yükümlülüğü, haksız ve dayanaksız bir uygulamadır. Nitekim arabuluculuğa benzer bir hukuki statüde olan bilirkişi ve hakemlerin bir aidat ödeme yükümlülükleri yoktur. Bu nedenle HUAK m. 12'nin yürürlükten kaldırılması gerekmektedir.

¹⁶⁵ **Yazıcı-Tıktık**, s. 179-186; **Demir**, Şamil, Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu, (Edt) Işıқтаç, Yasemin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu- I, İstanbul 2014, s. 115-145.

¹⁶⁶ **Gläßer**, s.118.

- Arabulucu niçin sorumludur, hangi fiille hangi yükümlülüğü ihlâl etmiştir?
- Yükümlülük ne zaman ihlâl edilmiştir ve nasıl ispatlanabilir?
- Bu yükümlülük ihlâlinde arabulucu kusurlumudur?
- Bu yükümlülük ihlâlinden ne tür zarar meydana gelmiştir?
- Bu zarar ile yükümlülük ihlâli arasındaki illiyet bağı nasıl kurulabilir?

Özellikle arabulucunun özenle hareket etme yükümlülüğünün ihlâlinin tespiti konusunda standart bir şablon belirlemek mümkün değildir. Bu bağlamda arabuluculuk sürecinin esnekliği ve çeşitliliğinden dolayı arabuluculuğun sorumluluğunu sınırlı sayıda ortaya koymak mümkün olmadığı gibi, bu şekilde bir sınırlama arzu da edilmez. Bu nedenlerle arabulucunun sorumlu tutulabileceği hâller, somut olaylar karşısında mahkeme kararları ve içtihatlarla ortaya çıkabilir¹⁶⁷.

Arabulucunun yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde, bu ihlâlin niteliğine göre¹⁶⁸ arabulucunun sorumluluğu sözleşme veya haksız fiile dayandırılabilir. Bu takdirde sözleşmeden doğan tazminat talepleri ve haksız fiilden doğan tazminat talepleri yarışır. Arabulucunun yükümlülüğünü ihlâl etmesinden zarar gören taraf, dilediği sorumluluk sebebine dayanarak talepte bulunabilir¹⁶⁹. Talepte bulunan herhangi bir hukuki sebebe dayanmamışsa, hâkim, en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir (TBK m. 60). Sözleşmeden doğan sorumluluk sebebine dayanmak, birçok açıdan daha elverişlidir. Örneğin arabulucu sözleşmesine (vekâlet sözleşmesi)¹⁷⁰ dayanan sorumlulukta zamanaşımı beş yıl iken (TBK m. 147 f. 5), haksız fiilden doğan sorumlulukta zamanaşımı iki yıldır (TBK m. 72).

¹⁶⁷ Gläßer, s.118.

¹⁶⁸ Örneğin, arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün ihlâlinde sözleşmeden ve haksız fiilden doğan tazminat talepleri yarışır.

¹⁶⁹ Yazıcı-Tıktık, s.182.

¹⁷⁰ Arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliği itibariyle bir vekâlet sözleşmesi olduğunu ve arabulucu sözleşmesine niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağını (TBK m. 502 f .2) “Arabulucu Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği” başlığı altında yukarıda incelemiştik.

A. ARABULUCUNUN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Arabulucu sözleşmesine dayanan sorumlulukta bir yükümlülüğün ihlâli; yükümlülüğün hiç ifa edilmemesi veya kötü ifa edilmesi ya da süresinde ifa edilmemesi şeklinde gerçekleşebilir. Arabulucu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, uyuşmazlık taraflarının bundan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür (TBK m. 112 ve m. 114 f. 1). Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır (TBK m. 114 f. 2).

I. Borcun İfa Edilmemesi

Arabulucu, borçlu olduğu edimleri şahsen ifa etmesi gerekir (HUAK m. 9 f. 1). Arabulucunun ana edim borcu (arabuluculuk sürecinin sevk ve idaresi, uyuşmazlık taraflarının kendi çözümlerini üretmesinde yardım) bir yapma borcudur. Arabulucu bu yapma borcunu, ifa etmesi mümkünken hiç yerine getirmiyorsa, şahsen yerine getirilmesi gereken bu borcun zorla yerine getirilerek aynen ifa ettirilmesi mümkün değildir. Nitekim TBK m. 113 f. 1'e göre yapma borcunun ifa edilmemesi hâlinde, uyuşmazlığın tarafları tazminat isteyebilir¹⁷¹.

Arabulucunun edim borcunun ifası, sonradan arabulucunun sorumlu tutulamayacağı şekilde imkânsızlaşırsa, borç sona erer (TBK m. 136 f. 1)¹⁷². Örneğin, arabulucunun uzun süre edim borcunu yerine getiremeyecek şekilde hastalanması hâlinde borç sona erer. Diğer taraftan arabulucunun ücret isteme hakkı düşer¹⁷³. Şayet arabulucu edim borcunu ifa etmeden masraf ve arabuluculuk ücreti için uyuşmazlığın taraflarından avans almış ise (HUAK m. 7 f. 1), bu aldıklarını sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK m.77-82) göre iade eder (TBK m.136 f.2).

¹⁷¹ Alman Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı için bkz. BGB m. 611 Abs. 1.

¹⁷² Alman Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı için bkz. BGB m. 275.

¹⁷³ Alman Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı için bkz. BGB m. 326 Abs. 1.

II. Borcun Kötü İfa Edilmesi

Arabulucunun edim borcunu kötü ifa etmesinde de bir ifa vardır. Ancak her açıdan bütün gerekliliklerin yerine getirilmemesi hâlinde kötü ifadan bahsedilebilir. Dolayısıyla kalite ve nitelik açısından yükümlülük ihlâli söz konusudur. Arabuluculuk faaliyeti objektif bir edim standardına uymadığı zaman bir yükümlülük ihlâlinden sözedilebilir¹⁷⁴. Bu şekilde objektif bir standart şimdiye kadar ayrıntılı olarak belirlenmemiştir. Özellikle arabuluculuk süreç yönetiminin esnekliği açısından geniş bir hareket alanı bulunduğundan, sorumluluk şartları açısından belirsizlikler mevcuttur¹⁷⁵.

Bununla birlikte HUAK’nda, arabulucular için bir takım yükümlülükler listesi açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Sorumlulukla ilgili asgari standartlar arabuluculuk faaliyetleri için açıkça bildirilmiştir. Bu kapsamda kötü ifaya örnek olarak başlangıçtaki aydınlatma yükümlülüğünün (HUAK m. 11) ihlâlini gösterebiliriz. Bunun gibi özellikle karmaşık uyuşmazlıkların çözümünde uzmanlık gerektiren bilgilerin edinilmesi taraflar için gerekliyse, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarını uzmanlardan bilgi alınması noktasında aydınlatmalıdır (AMEUK m. 8.8)¹⁷⁶.

Ayrıca arabuluculuk sürecinin hangi aşamada olduğuna bakılmaksızın şu hâllerde asgari standartların ihlâl edildiği varsayılır. Bilerek veya istemeyerek ya da dikkatsizlik sebebiyle arabulucunun taraflara eşit davranmayarak tarafsızlık yükümlülüğünü (HUAK m. 9) ihlâl etmesi kötü ifadır. Bunun gibi gizlilik yükümlülüğünün (HUAK m. 4-5) ihlâl edilmesi veya hukuki danışmanlık verilmesi veya hatalı bilgi verilmesi kötü ifaya örnek olup, sorumluluk gerektirir (TBK m. 112).

¹⁷⁴ Greger/Unberath, § 2, Rn. 85 ff.

¹⁷⁵ Gläßer, s.121.

¹⁷⁶ AMEUK m.(8.8) “Taraflardan biri süreci, ihtilaflı konuları ve uzlaşma seçeneklerini kavramakta güçlük çekerse veya arabuluculuğa katılmakta zorlanırsa, arabulucu, böyle bir durumdaki tarafın anlama, katılma veya kendi kararını verme kapasitesine uygun olacak şekilde yapılması gerekli imkân ve durumları araştırmalı, gerekli değişiklik veya ayarlamaları yapmalı, hatta gerekiyorsa arabuluculuğu bitirmelidir” hükmünü içermektedir. Aynı sonuca yönelik hüküm Alman Arabuluculuk Kanunu (MedG) m. 2 Abs. 6 Satz 2’de yer almaktadır. Klowait, s. 273 vd.

Özen borcunun ihlâli de, asli edim veya yan edim yükümlülüğünün kötü ifasına sebep olur. Özen borcu bu asli edim ve yan edim yükümlülüğünün ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Özen borcu asli ve bağımsız bir varlığa sahip değildir. Özen borcunu ihlâl, tek başına sözleşmenin müspet ihlâlini oluşturmaz. Ancak borcun gereği gibi ifa edilmemesinden (kötü ifadan) doğan zararların giderimi için TBK m. 112'ye dayanılarak tazminat talep edilebilir¹⁷⁷. Arabulucunun özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alanda basiretli bir arabulucunun göstermesi gereken davranış esas alınır (TBK m. 506 f. 3).

Burada talep edilebilecek müspet zarar, borç özenli bir şekilde ifa edilmiş olsaydı, uyuşmazlık tarafının içinde bulunacağı durumla şimdiki durumunun arasındaki farka göre belirlenir¹⁷⁸. Arabulucu özen borcunu gereği gibi yerine getirememiş olmasına rağmen, uyuşmazlık taraflarının beklediği ve onları tatmin eden bir sonuçla gerçekleşmişse, tarafların özen borcuna aykırılıktan dolayı tazminat talep edebilmesi mümkün değildir. Bu durum aynı zamanda arabulucunun, arabuluculuk süreci sonunda bir çözüm anlaşmasına varılmasını garanti etmediğinin de göstergesidir¹⁷⁹.

Arabulucunun edimini kötü ifasında, arabulucu sözleşmesinin özelliğinden¹⁸⁰ dolayı tarafların, arabuluculuk ücretinin indirilmesini isteme hakları yoktur¹⁸¹. Arabulucu, sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle yükümlülüğünü ihlâl ederse, bu ihlâl kadar oluşabilen arabuluculuk ücreti isteme hakkı düşmektedir. Ancak ücret isteme hakkının düşmesi için yükümlülüğün ihlâline kadar arabuluculu tarafından yerine getirilen edim bir fayda sağlamamalıdır. Bunun tespiti, arabulucunun yükümlülüğünü ihlâl ettiği noktaya kadar olan arabuluculuk sürecine bakılarak değerlendirilir. Örneğin, arabuluculuk sürecindeki ihlâl anına kadar uyuşmazlığın

¹⁷⁷ Başpınar, s. 158.

¹⁷⁸ Nomer, Borçlar, s. 248; Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 126.

¹⁷⁹ Vekâlet sözleşmeleri için bkz. Başpınar, s. 159.

¹⁸⁰ Arabulucu sözleşmesi Türk doktrinine göre vekâlet sözleşmesi, Alman ve Avusturya doktrinine göre hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi nedeniyle.

¹⁸¹ Greger/Unberath, § 2, Rn. 77.

tarafları çözüm anlaşması yapabilecekleri bir noktaya gelmiş ise artık arabuluculuk ücreti bertaraf edilemez¹⁸².

III. Borcun Süresinde İfa Edilmemesi

Arabulucun edim borcunun ifasını geciktirmesi derhal temerrüde düşmesi anlamına gelmez. Arabulucunun temerrüdü için, her şeyden önce ifanın gecikmesinin uyuşmazlığın taraflarına yüklenebilecek sebeplerden meydana gelmemesi gerekir. TBK m. 117 f. 1'e göre temerrüt için ihtar gerekir. Ancak arabulucu sözleşmesinde edimin ifa edileceği gün (ilk toplantı tarihi) belirlenmişse veya sözleşmede öngörülen usûle göre bir gün belirlenmişse bu günün geçmesiyle ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer (TBK m. 117 f. 2). Böyle bir gecikme bir yükümlülük ihlâlidir.

Bununla birlikte HUAK m. 15 f. 1'e göre, arabulucu seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet etmelidir. Ayrıca m. 15 f. 3'e göre arabulucu uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi için gereken usûl ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür. Bu açık hükümler nedeniyle, arabulucunun edim borcunun ifasını geciktirmesi, arabulucunun temerrüdüyle birlikte özen borcunun ihlâli anlamına da gelir. Hatta HUAK'daki bu düzenleme nedeniyle, arabulucu, TBK anlamında henüz temerrüde düşmeden de, hızlı hareket etmediği için özen borcunu ihlâl etmiş olabilir.

Arabulucu sözleşmesinde arabulucunun kişiliği ve güven unsuru çok önem arzettiğinden, arabulucunun temerrüdü hâlinde TBK m. 125 f. 1'in öngördüğü edimin ifasıyla birlikte gecikme sebebiyle tazminat talep hakkı seçeneği söz konusu olmaz¹⁸³. Bu durumda uyuşmazlığın tarafları, edimin ifa edilmesinden vazgeçtiklerini bildirerek edimin ifa edilmemesinden doğan müspet zararın¹⁸⁴

¹⁸² Gläßer, s. 122.

¹⁸³ Velalet sözleşmesinde benzer yönde görüş için bkz. Başpınar, s. 248.

¹⁸⁴ Müspet zarar, borçlu edimini gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının malvarlığı ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki farktır. Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur: sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müspet zararının tazminine dair talep hakkı alır. Burada sözleşmenin feshedilmesinden değil borcun ifa edilmemesinden

giderilmesini isteyebilir ya da arabulucu sözleşmesinden dönerek sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle uğradığı menfi zararın¹⁸⁵ giderilmesini isteyebilirler (TBK m. 125 f. 2 ve 3). Uyuşmazlığın tarafları dilerse temerrüde ilişkin hükümlerin yerine özen borcunun ihlâline dayanarak TBK m. 112 hükmüne göre, kötü ifadan doğan müspet zararın giderimini isteyebilir.

IV. Sorumsuzluk Anlaşması

Arabulucu kasten veya ihmal ile yükümlülüğünü ihlâl ediyorsa sorumludur. Nitekim TBK m. 112'ye göre arabulucu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe doğan zararı gidermekle yükümlüdür.

Arabulucunun sorumluluğu, sorumsuzluk anlaşmasıyla bertaraf edilemez. Çünkü TBK m. 115 f. 3'e göre "*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yatkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*" Arabuluculuk mesleği, uzmanlık gerektiren bir hizmet olup, HUAK'daki şartların yerine getirilmesi ve Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na Arabulucu Siciline kayıt edilmesiyle icra edilebilir.

B. ARABULUCUNUN HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Arabulucunun sır saklama yükümlülüğünü ihlâl etmesinden doğan bir sorumluluktur. Arabulucunun sorumluluğu, uyuşmazlık taraflarının genel şahsi haklarının veya uyuşmazlığa taraf işletmelerin kuruluş ve işleyişiyle ilgili hakların gizlilik ilkesine aykırı bir fiille ihlâl edilmesinden doğar¹⁸⁶. Ayrıca arabulucu, uyuşmazlığın tarafları dışında üçüncü kişilere karşı haksız fiil teşkil eden hareketlerinden sorumludur.

doğın zarar söz konusudur. Örneğin, mahrum kalınan kâr gibi zararlar. Bkz. **Ayan**, Borçlar, s. 278; **Eren**, s.530.

¹⁸⁵ Menfi zarar, sözleşmenin hüküm ifade etmemesinden kaynaklanan zararı ifade eder. Bu bağlamda arabuluculuk sözleşmesinden dönülünceye kadar uyuşmazlık taraflarının yapmış oldukları masraflar menfi zarardır. Örneğin arabuluculuk oturumlarının yapılacağı yerin kiralanmasından doğan zararlar. Bkz. **Ayan**, Borçlar, s. 204; **Eren**, s. 530.

¹⁸⁶ **Gläßer**, § 2 Rn 36. Alman Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı için bkz. BGB § 823 Abs. 1.

Tazminat hakkının çeşitleri ve kapsamı, haksız fiillerden doğan borçlara ilişkin TBK m. 49-77 hükümlerine göre şekillenir¹⁸⁷. Buna göre maddi tazminatın yanı sıra, kişilik haklarının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat da isteyebilir (TBK m.58)¹⁸⁸.

C. İLLİYET BAĞI VE ZARAR

Arabuluculuk sürecinde tazminat sorumluluğu için sadece bir yükümlülüğün ihlali değil bununla birlikte bir zararın varlığı ve bu zarar ile yükümlülüğün ihlali arasında illiyet bağının varlığı gerekir. Zarar, sır saklama, aydınlatma, tarafsızlık ve özenle hareket etme gibi yukarıda sayılan arabulucunun yükümlülüklerin birinin veya birkaçının ihlali neticesinde meydana gelmelidir. Ancak bu yükümlülük ihlallerinin ve bundan doğan zararların tespit ve ispatı çok zordur¹⁸⁹.

Arabulucu için, arabuluculuk sürecinin sonunda bir çözüm anlaşmasına varılamamış olmasından bir sorumluluk doğmaz. Arabulucunun başarılı bir sonuç elde etme yükümlülüğü yoktur. Aynı zamanda arabulucu tarafından hiç ifa edilmeyen arabuluculuk faaliyetinden doğan bir zararın tespiti de çoğunlukla zordur¹⁹⁰. Arabuluculuk süreci açısından özellikle kira masrafları ve yeni yapılacak arabuluculuk müzakeresi için ekstra masraflar zarar olarak düşünülebilir. Zarar genellikle uyuşmazlığın arabuluculuk faaliyetiyle müzakere edilmemesinden ve devamında daha büyük sorun hâline gelmesinden doğar. Örnek olarak, uyuşmazlık konusu olan inşaatın durdurulması gösterilebilir. Ancak bu tür zararların tazmini zor gerçekleşir. Çünkü geciktirme veya sorunun daha büyümesinde uyuşmazlık taraflarının da ortak kusurları var olabilir. Ayrıca sorumluluğu doğuracak illiyet bağının ispatı da kolay değildir¹⁹¹.

¹⁸⁷ Alman Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı için bkz. BGB § 249 vd.

¹⁸⁸ TBK m. 58'e göre manevi tazminat, arabulucu sözleşmesinden doğan sorumluluk hâlleri için de mümkündür (TBK m. 114 f. 2).

¹⁸⁹ Gläßer, s. 123.

¹⁹⁰ Greger/Unberath, § 2 Rn 74 ff.

¹⁹¹ Gläßer, s. 123.

D. ARABULUCULAR İÇİN DİKKATE ALINMASI GEREKEN UYARILAR

Arabulucu kötü ifayı önlemek adına mümkün olduğunca sistematik bir şekilde şahsi kalitesini koruma ve geliştirme açısından önlemler almalıdır. En iyi sorumluluk önlemi, iyi bir eğitim ve arabuluculuk sürecinde taraflar ile arabulucu arasında iyi bir ilişkiye dayanan profesyonel davranış biçimidir.

Arabulucunun alacağı diğer bir önlem, taraflarla beraber yapılan ilk görüşmede kabul edilen şartları uygun bir şekilde arabulucu sözleşmesine geçirmektir. Bu arabulucu anlaşmasında tarafların ödev ve sorumlulukları ile sorumlu olmadıkları yükümlülükler gösterilmelidir. Arabulucunun yükümlülüklerinin arabulucu sözleşmesiyle kısıtlanması taraflar ile arabulucu arasındaki güveni sarsabileceği göz önünde tutulmalıdır.

Yazılı bir arabulucu sözleşmesinde yapılmamış ise arabulucu, tarafların ödev ve sorumlulukları hakkında aydınlatıcı bilgi vermelidir. Ayrıca arabuluculuk süreciyle ilgili görüşmeleri tutanağa geçirmelidir. Arabulucunun bu tutanaklara, ispat yükümlülüğü ve arabuluculuk sürecinin istikrarlı bir şekilde devamı için mümkünse tarafların da imzalarını alması tavsiye edilir¹⁹².

Sürekli aktif olan arabulucular standart arabulucu sözleşmesi kullanırlar. Bunlar birçok sözleşme için genel işlem şartları oluşturabilir¹⁹³. Genel işlem şartlarının geçerliliği TBK m. 20-25 hükümlerine tâbidir.

Arabulucuların mali sorumluluk sigortası yaptırması tavsiye edilir¹⁹⁴.

¹⁹² **Fritz**, Roland /**Pielsticker**, Dietrich, Mediationsgesetz-Kommentar, Handbuch, Mustertexte, Luchterhand 2013, § 2 Rn 21.

¹⁹³ **Gläßer**, § 2 Rn 38.

¹⁹⁴ Avusturya'da arabulucuların, arabuluculuk siciline kayıt olabilmeleri için mesleki sorumluluk sigortası yaptırması bir ön şarttır. Almanya'da avukatlık sigortaları aynı zamanda arabuluculuk faaliyetinden doğan zararları kapsar. Çünkü arabuluculuk faaliyeti Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA) § 18' göre bir avukatlık faaliyetidir. **Gläßer**, s. 124 f.

SONUÇ

“Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri” başlıklı bu çalışmamızda, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde en yaygın olarak kabul gören ve kullanılan arabuluculuk yöntemi, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle kıyaslanarak değerlendirilmiştir. Bunun için karşılaştırmalı hukuka geniş olarak yer verilmiştir. Bu bağlamda uzlaştırma yöntemini, *“bir mahkeme ya da kurum içinde tarafsız üçüncü kişi konumundaki hâkimin veya uzlaştırma yetkilisinin çözüm (ya da hüküm) önerisi sunması veya dava konusunu değerlendirmesi ile hak temelli bir çözümün hedeflendiği, arabuluculuğa göre daha resmi ve irâdi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi”* olarak tanımlayarak, arabuluculuk yöntemi ile arasındaki sınır net olarak çizilmiştir.

Arabuluculuk faaliyetinin, kadim kültürümüzdeki uygulamaları ve hukuk sistemimizde ilk defa ne şekilde yer aldığı ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Hukuk sistemimizde arabuluculukla ilgili gördüğümüz Mecelle madde 1851 hükmü ve arabuluculuk-tahkim (med-arb) yönteminin bir örneği olan Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ndeki Aile Meclisi, o dönemde arabuluculuk yönteminin en ileri örneklerini oluşturmaktadır. Geleneksel olarak yüz yıllardır uyguladığımız arabuluculuk yöntemini, bir asırdan önce hukuk sistemimize dar anlamda da olsa yerini almıştır. Geliştirmemiz gereken arabuluculuk yöntemi, ülkemizin o dönemde geçirdiği sıkıntılar nedeniyle ihmal edilmiştir. Son döneme geldiğimizde Avrupa Birliği’ne uyum yasaları çerçevesinde, yargı sisteminin artan yükü de gözetilerek arabuluculuk yöntemi hukuk sistemimize yeniden dâhil edilmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 22 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe girmesi sevindirici bir gelişmedir.

Hukuk sistemimizde yürürlükte olan arabuluculuğa benzer uyuşmazlık çözüm yöntemleri değerlendirilerek sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırma uyuşmazlık çözüm yöntemlerini somut olarak örneklendirme ve uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin sınırlarının çizilmesinde yardımcıdır. Tüketici hakem heyetinin uyuşmazlık çözümü, bozucu şarta bağlı zorunlu tahkim olup bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Avukatlık Kanunu m. 35/A’ya göre uyuşmazlık çözümü, alternatif

uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan müzakere yöntemidir. Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun ve İş Mahkemeleri Kanunu'na göre uyuşmazlıkların çözümü arabuluculuk veya uzlaştırma yöntemi olmayıp sadece sulhe teşviktir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanuna göre zorunlu tahkim dışındaki uyuşmazlık özümü, Kanunda arabuluculuk olarak ifade edilmiş ise de zorunlu uzlaştırma yöntemidir. Sigorta Kanunu'na göre sigorta tahkim komisyonunun uyuşmazlık çözümü, ihtiyari tahkimdir. Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun uyuşmazlık çözümü, kararlarının kesinliğini Anayasa'dan alan bir zorunlu tahkimdir.

Arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıkların özömlenmesinin, uyuşmazlık taraflarının ilişkilerinin korunmasına ve gelecekte devamına imkân sağlayarak toplumda sosyal barışın tesisine, uzlaşma kültürünün oturmasına ve mahkemelerin yükünü azalmasına hizmet etmektedir. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan çözüm anlaşması, bir yargılama sonucu verilecek en iyi üçüncü kişi kararından çok daha üstün ve faydalıdır. Uyuşmazlık çözümünde arabuluculuk şekillerini geniş olarak inceleyerek, mevcut hukukumuzdaki arabuluculuk şeklinin menfaat temelli pasif arabuluculuk yaklaşımı olduğunun tespiti yapılmıştır. Olması gereken hukuk açısından tarafların talep etmesi hâlinde aktif arabuluculuk yaklaşımına da fırsat verilmelidir. İlave olarak mahkeme içi arabuluculuk ve zorunlu arabuluculuk faaliyetleri, karşılaştırmalı hukukta yer alan başarılı düzenlemeleri ve uygulamaları göz önüne alınarak hukuk sistemimize dâhil edilmelidir. Özellikle Almanya'da ki mahkeme içi arabuluculuk yönteminin ve İtalya'da ki zorunlu arabuluculuk yönteminin başarılı uygulamaları gözden kaçırılmamalıdır. Almanya'da uygulanan mahkeme içi arabuluculuk ve İtalya'da uygulanan zorunlu arabuluculuk uygulamalarının istatistikî bilgileri değerlendirilerek arabuluculuk kültürünün yerleşmesindeki katkılarına ayrıca dikkat edilmelidir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde arabuluculukla hedeflenen çözüm anlaşmasına ulaşmak için arabuluculuk sürecinde takip edilen aşamalar ve bu aşamaların da arabulucunun ve tarafların rolü belirlenmiştir. Arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerin, arabuluculuk faaliyetine ilişkin sınırların çizilmesindeki etkileri ortaya konulmuştur. Arabulucuya ilişkin temel ilkeler, ilk kez

iki ana katagoriye ayrılmış ve dokuz ilke olarak incelenmiştir. Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeleri, mümkün olduğunca HMK da yer alan usûl ilkeleriyle birlikte değerlendirilmiştir. Arabulucuya ilişkin olan ilkeleri ayırmak, arabulucunun yükümlülükleri konusunun daha kapsamlı incelenmesi sonucunu doğurmuştur.

Arabuluculuğa elverişli uyuşmazlık konusu işlenirken özellikle arabuluculuğa elverişlilik konusu ile çözüm anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi verilmesi konusu arasındaki sınırı ortaya koymuş olmamız, arabuluculuğa elverişliliğin kapsamının niçin tahkime elverişliliğin kapsamından daha geniş tutulması gerektiği sorusuna verilecek cevaplardan biri olmuştur. Bir uyuşmazlık konusuna ilişkin çözüm anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi verilmesi mümkün olmadığı hâlde, aynı uyuşmazlık konusu arabuluculuğa elverişli olabilmektedir.

Arabuluculuk sözleşmesi, arabulucu sözleşmesi ve çözüm anlaşması olmak üzere bir arabuluculuk faaliyetinde yapılabilecek üç sözleşme türünü hukuki nitelikleriyle birlikte değerlendirilmiştir. Özellikle arabulucu ile uyuşmazlık tarafları arasında yapılan arabulucu sözleşmesinin, arabuluculuk sürecinin anayasası olduğu vurgulanmıştır. Arabulucu sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu gözetilerek, birlikte vekâlet ilişkisini düzenleyen TBK m. 511 hükmüne göre tarafların eşit olarak karşılamaları gereken (HUAK m. 7 f. 2) masraf ve ücret alacağı için arabulucuya karşı müteselsilen sorumlulukları söz konusu olmalıdır.

Çözüm anlaşmasına mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle ilâm niteliğinde belge sayıldığını, ancak arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde taraflara bu bilgiyi vermesinin tarafların kendi çözümlerine sahip çıkmalarını sağlamaktadır. Bu nedenle çözüm anlaşmalarına icra edilebilirlik şerhi talebine genellikle ihtiyaç duyulmamaktadır.

Arabuluculuktaki gizlilik ilkesi, çözüm anlaşmasının uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde kullanılmasını kapsamamaktadır (HUAK m. 5 f. 3). Ayrıca iç ilişkide gizlilik yükümlülüğüne Kanunda açık olarak yer verilmemiştir. Arabulucunun bir taraftan ayrı oturumda elde ettiği bilgiyi uyuşmazlığın diğer tarafından saklama yükümlülüğünün olup olmadığı HUAK'da net olarak

düzenlenmelidir. Mevcut düzenleme bu konuda tartışmaların devamına zemin hazırlayacak niteliktedir.

Arabulucu, sadece hâkim tarafından yapılabilecek yargısal bir yetkinin kullanımı olarak nitelendirilebilecek işlemleri yapamaz (HUAK m. 15 f. 4). Bu bağlamda özellikle yargılama faaliyetindeki tahkikat işlemlerinden olan tanık dinleme, keşif yapma ve bilirkişiye başvurma işlemlerini yapamaz. Ancak arabulucunun yapamayacağı bu işlemleri, tarafların yapamayacağına ilişkin bir yasaklama bulunmamaktadır. Örneğin taraflar, çözüm seçeneği üretebilmek için uzman görüşü alabilir, gerektiğinde uyuşmazlıkla ilgili yerleri gezip inceleyebilir ve konu hakkında bilgisi olanları dinleyebilir. Bu faaliyetler yargısal bir faaliyet olmadığı gibi, arabulucu tarafından değil uyuşmazlığın taraflarınca icra edilen faaliyetlerdir. Hatta Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları'nın bazı maddeleri, tarafları gerektiğinde bir uzman veya danışmana yönlendirmeyi arabulucuya bir görev olarak yüklemektedir (AMEUK m. 8.6). Ancak olması gereken hukuk açısından konuyu tartışmalı zeminden çıkarmak için ek kanuni düzenleme yapılması faydalı olacaktır.

Arabulucuların hak ve yükümlülükleri, mümkün olduğunca karşılaştırmalı hukuktaki mahkeme kararları da dikkate alınarak işlenmiştir. Arabulucunun yükümlülüklerini ihlâl ettiği bazı hâllerde, arabulucu sözleşmesinden doğan sorumluluğa veya haksız fiilden doğan sorumluluğa dayanılabilir. Bu takdirde sözleşmeden doğan tazminat talepleri ile haksız fiilden doğan tazminat talepleri yarışmaktadır. Arabulucunun yükümlülüğünü ihlâl etmesinden zarar gören taraf, dilediği sorumluluk sebebine dayanarak talepte bulunabilir. Taraflar açısından arabulucunun sözleşmeden doğan sorumluluğuna dayanılması daha avantajlıdır. Arabulucu sözleşmesine dayanan talepler, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere ve beş yıllık zaman aşımına (TBK m. 147 f. 5) tâbidir.

Uyuşmazlığın tarafları arasında, bir çözüm anlaşmasıyla sulhu amaçlayan arabuluculuk yöntemi için ne kadar çalışılırsa yine de az kalacaktır. Çünkü çalışılan konu çok değerlidir. Arabuluculuk kültürünün yaygınlaşması şüphesiz insan

kalitemizin dolayısıyla toplum kalitemizin arttığının delilidir. Yargı sisteminin düzgün işlemesine rağmen bir toplumda arabuluculuk kültürünün yaygın olması, o toplumu oluşturan insan kalitesinin yüksek olduğunun işaretidir.



KAYNAKLAR

- Adrian, Lin** :“Regulation of Dispute Resolution in Denmark: Mediation, Arbitration, Boards and Tribunals”, Steffek/Unberath/Genn/ Greger/Menkel-Meadow (ed), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 115-133.
- Akan, Pınar** :Arabuluculuk ve Deniz Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Uygulanması, Ankara 2013.
- Akgündüz, Ahmet,** :“Hakem”, İslam Ansiklopedisi, C. 15, s. 172-173.
- Akıncı, Ziya** :“Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, BATİDER, 1996, C. 18, S. 4, s. 93-109.
- Akıncı, Ziya** :Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007.
- Akıntürk, Turgut/**
- Ateş-Karaman, Derya** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2012.
- Akil, Cenk** :“Avusturya Hukuk Uyuşmazlıkları Fedaral Kanunu”, İÜHFM C.LXX, S. 2, 2012, s. 287-296. (Avusturya).
- Akil, Cenk** :“Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, C.XVI, S. 4, s. 1-18. (Sulh).
- Akil, Cenk** :“Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun Yapısı ve Kararlarının Hukuki Niteliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013 C. 19, S. 3, s. 379-403.
- Akil, Cenk** :“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Ankara 2014, C.I. s. 75-139. (Kapsam).

- Akkan, Mine** :Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, MİHDER, 2007/I, S.6, s. 29-68.
- Alangoya, Yavuz** :“Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesi Toplamasındaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında”, Yavuz Alangoya Makaleler, İstanbul 2012, s. 283-331.
- Alexander, Nadja Marie** :Global Trends in Mediation, Kluwer Law International 2006.
- Ansay, S. Şakir** :“Sulh”, AÜHFD 1943, C.I, S. 2. s. 200-209.
- Aras, Bahattin** :“Aile Mahkemelerinde Yargılama Usulü Dergisi”, ABD 2007/65, S. 2, s. 158-178.
- Arslan, Ramazan/
Tanrıver, Süha** :Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001.
- Aşık, İbrahim** :İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006.
- Atalı, Murat** :“6502 Sayılı Kanun’un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Ankara 2014, C. 1, s. 397-418.
- Auer, Anton** :“Ombudsmann”, Schlichtung und Wirtschaftsmediation, Rechtsbeistand 35. Jahrgang, Heft 1/2005, s. 2-4.
- Austbø, Anne /
Engebretsen, Geir** :Mekling i Rettskonflikter, Cappelen Damm 2006.
- Avery, Robert/Bezmez, Serap/Edmonds, G. Anna/
Yaylalı, Mehlika** :Redhouse Sözlüğü, İstanbul 1994.
- Ayan, Mehmet** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2007. (Borçlar).
- Ayan, Serkan** :Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.
- Ayverdi, İlhan** :Kubbealtı Lugatı, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C. I, 4. baskı, İstanbul 2011.

- Baktır, Selma** :Aile Mahkemeleri, Ankara 2003.
- Balloff, Rainer/**
- Walter, Eginhard** :“Das Kinder-und Jugendhilfegesetz Und beratende Interventionen nach §§ 17, 18 IV, 28 KJHG mit Trennungs-und/oder Scheidungsfamilien unter besonderer Berücksichtigung der Mediation in den Beratungsstellen”, Amthor/Proksch, Kindschaftsrecht 2000 und Mediation, Frankfurt am Main, 1993. s. 165-193.
- Balloff, Rainer** :“Die aussergerichtliche Familienmediation in strittigen Umgangs-und Sorgerechtsfallen nach Inkrafttreten der Kindschaftsrechtsreform am 1.7.1998 in Abgrenzung zur Beratung und Psychotherapie”, Praxis der Rechtspsychologie 2000, s. 48-60.
- Bartolomeo, Fabio/**
- Triscari, Giancarlo** :(Adalet Bakanlığı İstatistik Genel Müdürü ve Arabuluculuk Sorumlusu), TC. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının 19-23 Ekim 2015 İtalya Çalışma Ziyareti Tutanakları.
- Başlar, Kemal** :“Anayasa Yargısında “Davaya Bakmakta Olan Mahkeme Kavramı””, Anayasa Yargısı İncelemeleri, Ağustos 2006, s. 219 – 257.
- Başpınar, Veysel** :Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004.
- Belen, Herdem** :“Kat Mülkiyetinde Yönetim Planına Tahkim Şartı Konulması ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000. S.205-228.
- Bilge, Turgay** :“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı”, Işıқтаç, Yasemin (Edt), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu-I, İstanbul 2014, s. 93-114.

- Bilmen, Ömer Nasuhi** :“Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye” Kamusu, İstanbul 1968.
- Blake, Susan/ Brown, Julie/**
- Sime, Stuart** :A Practical Aproach to Alternative Dispute Resolution, Oxford University Press 2014.
- Blume, Peter Erik** :Legal Method in Danish Law, Copenhagen 2011.
- Bolayır, Nur** :Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması
Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014.
- Boon, Andrew/Earle, Richard/**
- Whyte, Avis** :“Regulating Mediators”, Legal Ethics, Avis 2007, V. 10 (1), s. 26-50. (http://www.academia.edu/172402/Regulating_Mediators).
- Böttger, Andreas/**
- Hupfeld Jörg** :“Mediatoren im Dienste der Justiz-Begleitforschung zum Modellprojekt “Schlichten statt richten”, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2004, s. 155-156.
- Briedenbach, Stefan** :Mediation Structur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995.
- Breidenbach, Stephan/**
- Henssler, Martin** :Mediation für Juristen, Köln 1997.
- Brodil, Wolfgang/Risak, Martin E./**
- Wolf, Christoph** :Arbeitsrecht in Grundzügen, Lexis Nexis, 2013.
- Brown, Henry/**
- Marriott, Arthur** :ADR Principlesand Practice, London 2011.
- Budak, Ali Cem** :Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2013.
- Budak, Ali Cem** :“6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’a Göre Tüketici Hakem Heyetleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014 Özel Sayı, İzmir 2015, C. 1, s. 77-103.

- Bulur, Alper** :“Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, ABD, Yıl 65, S. 4, Güz 2007, s. 30-46. (Arabuluculuk Yöntemi)
- Bulur, Alper** :“Avukatlık Kanunu m. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, TBB Dergisi, 2010, S. 89, s. 196-241. (Avukatlık Kanunu)
- Bulur, Alper** :“6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, Ankara 2015, C. I, s. 499-514. (Değerlendirmeler).
- Bulur, Alper** :Ankara Arabulucular Derneği 1. Yıl Konuşmaları, Zorunlu Arabuluculuk Paneli (https://www.youtube.com/watch?v=1NOXKK-Q_V4sns=em).
- Brunner, Alexander/Gasser, Dominik/Schwander, Ivo** :Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich, St. Gallen 2011.
- Bush, Robert A.B./Folger, Joseph P.** :The Promise of Mediation The Transformative Approach to Conflict, Arabuluculuk ve Getirileri Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı, Çev. Dr. Gamze Sart, Ankara 2013.
- Bühning-Uhle, Christian** :Arbitration and Mediation in International Business, Designing Procedures for Effective Conflict Management, TheHague-London-Boston, 1996.
- Caia, Francisco/Sorbi, Francesca** :TC. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının 19-23 Ekim 2015 İtalya Çalışma Ziyareti Tutanakları.
- Candan, Turgut** :Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, Maliye ve Hukuk Yayınları, Temmuz 2006.

- Claude-Helene, Mayer** :Trainingshandbuch Interkulturelle Mediation und Konfliktlösung, Waxmann 2008.
- Conen, Claudia** :Wirtschaftsmediation: Juristische und betriebswirtschaftliche Aspekte zum Einsatz der Mediation in Unternehmen, Frankfurt am Main 2014.
- Cormick, G.W.** :The “Theory” and Practice of Environmental Mediation, The Environmental Professional, Vol. 2 1980.
- Çeker, Orhan** :Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Konya 2012.
- Çelikel, Ayşe/
Erdem, Bahadır** :Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2012.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel** :“6325 Sayılı HUAK’a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi”, Prof. Dr. Ejder YILMAZ’a Armağan, C. I, Ankara 2014, s. 669-723.
- Çetin, H. Soner** :“Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaşma”, TBB Dergisi, Y. 2009, S. 82, s. 1-33.
- Demir, Şamil** :Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Mevzuatı, Ankara 2014. (Mevzuat)
- Demir, Şamil** :Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Ankara 2014.
- Demir, Şamil** :“Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu”, Edt. Işıқтаç, Yasemin, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu-I, İstanbul 2014, s. 115-145. (Sorumluluk).
- Demircioğlu, H. Reyhan** :“Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği”, TAAD 2015, S. 23, s. 45-84.

- De Palo, Giuseppe /**
E Oleson, Ashley :“Regulation of Dispute Resolution in Italy: The Bumps in the Road to Successful ADR”, Steffek/Unberath /Genn/ Greger/Menkel-Meadow (eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 239-268
- De Palo, Giuseppe/**
Keller, Lauren :“Mediation in Italy, Alternative Dispute Resolution for All”, Hopt K.J./Steffek F. (eds), Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford 2013, s. 667-697.
- De Urso, Leonardo** :İtalya ADR Merkezi yöneticisi, TC. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının 19-23 Ekim 2015 İtalya Çalışma Ziyareti Tutanakları.
- Doğar, Mehmet** :Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Sözleşmesi, İstanbul 2008.
- Dost, Süleyman** :“Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi, Yıl 2014, S.115, s. 450-476.
- Dörtok-Abacı, Zeynep** :“Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri”, OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, 2006, S. 20, s. 105-115.
- Dulabaum, Nina L.** :Mediation: Das ABC, Beltz 2001.
- Duss-von Werdt, Joseph** :Mediation in Europa, Studienbrief der Fernuniversität, Hagen 1999.
- Duss-von Werdt, Joseph** :“Systemische Aspekte”, Haft/von Schlieffen, Handbuch Mediation, München 2009, s. 231-265.
- Duve, Christian/Eidenmüller, Horst/**
Hacke, Andreas :Mediation in der Wirtschaft, Köln 2011.

- Dürr, Carl** :Werkvertrag und Auftrag, Kommentar Obligationenrecht (OR), Vira 1983.
- Eidenmüller, Horst** :“Verhandlungsmanagement durch Mediation”, Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, Köln 2004, s. 49-98. (Verhandlungsmanagement).
- Eidenmüller, Horst** :“Vertrags-und verfahrensrechtliche Grundlagen der Mediation: Möglichkeiten und Grenzen privatautonomen Konfliktmanagements”, Breidenbach /Coester-Waltjen/Hess/Nelle/Wolf, Konsensuale Streitbeilegung, Bielefeld 2001, s. 45-76. (Vertrags)
- Ekinci, Ekrem Buğra** :“Akim Kalan Bir Teşebbüs: Osmanlı Aile Kanunu”, Tarih ve Medeniyet, S. 43, Ekim 1997, s. 50-52.
- Epidendio, Tomaso** :TC. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının 19-23 Ekim 2015 İtalya Çalışma Ziyareti Tutanakları.
- Ekşi, Nuray** :Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, İstanbul 2013.
- Ercan, İbrahim** :“Aile Mahkemelerinde Uyuşmazlığın Sulh Yoluyla Çözülmesi”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 63-102. (Sulh).
- Ercan, İbrahim** :“Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri”, Prof. Dr. Ramazan ARSLAN’a Armağan C. I, Ankara 2015, s. 721-748. (Boşanma).
- Eren, Fikret** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
- Erişir, Evrim/Tekin, Ceren** :“Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap”, MİHDER 2008, S. 9, s. 131-165.

- Erişir, Evrim** :“Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa’ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.02.2007 tarihli Alman Fedaral Anayasa Mahkemesi Kararı”, Prof. Dr. Bilge UMAR’a ARMAĞAN, DEÜHFD. C.11, Özel Sayı 2009, İzmir 2010, s. 225-235.
- Erişir, Evrim** :“Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü”, Edt. Inceoğlu, Murat, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar), İstanbul 2015, s. 43-122.
- Ermenek, İbrahim** :“Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, 2013, S. 1-2, s. 563-630.
- Ferrand, Frederique** :“Regulation of Dispute Resolution in France: Evolutions and Challenges”, Steffek/Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow, Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 175-207.
- Friedman, Gary J.** :Die Scheidungsmediation-Anleitung zu einer fairen Trennung, Hamburg 1999.
- Fritz, Roland /**
- Pielsticker, Dietrich** :Mediationsgesetz-Kommentar, Handbuch, Mustertexte, Luchterhand 2013.
- Gabriel, Simon** :Die Haftung des Mediators im schweizerischen Rechtssystem, Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern, Bern 2008.
- Gasner, Helmut/Holznagel, Bernd/**
- Lahl, Uwe** :Mediation Verhandlungen als Mittel der Konsensfindung bei Umweltstreitigkeiten, 1992.

- Genn, Hazel/Riahi, Shiva/**
Pleming, Katherine :“Regulation of Dispute Resolution in England and Wales: A Sceptical Analysis of Government and Judicial Promotion of Private Mediation”, Steffek/Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution, ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013.
- Gerçek, Adnan** :Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara 2006.
- Gläßer, Ulla/**
Schroeter, Kirsten :Gerichtliche Mediation-Grundsatzfragen, Etablierung sserfahrungen und Zukunftsperspektiven, Baden-Baden 2011.
- Gläßer, Ulla** :“Verfahren; Aufgaben des Mediators”, Klowait, Jürgen/Gläßer Ulla (Hrsg), Medationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014,s. 106-192.
- Glenewinkel, Werner** :Mediation als ausergerichtliches Konfliktlösungsmodell. Am Beispiel der Trennungs- und Scheidungsmediation in der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1999.
- Goldberg, Stephen B./Sander, Frank E.A./Rogers, Nancy H./**
Cole, Sarah Rudolph :Dispute Resolution, Negotiation, Mediation, an Other Processes, Fourth Ediation, New York 2003.
- Goldsmith, Jean Claude** :Report by the Working group on Means of Alternative Dispute Resolution, Alternative Dispute Resolution in Europe, Paris 1995.
- Goltermann, Nils** :“Offenbarungspflichten; Tätigkeitsbeschränkungen”, Klowait, Jürgen/Gläßer Ulla (Hrsg), Medationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014,s. 193-209.

- Goltermann, Nils** :“Verschwiegenheitspflicht”, Klowait, Jürgen/Gläßer Ulla (Hrsg), Mediationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s. 210-228.
- Gorchs-Gelzer, Béatrice** :Regard critique sur l'ordonnance n 2011-140 transposant la directive médiation, Droit et procédures 2012.
- Gottwald, Peter** :“Medeni Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz”, Çev. Sema Taşpınar, AÜHFD 2002/1, s. 1-17.
- Gottwald, Walther** :“Mediation in den USA”, Hensler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, Köln 2004, s. 203-252.
- Gottwald, Walter** :Gerichtsnähe Mediation-Erfahrungen und Lehren aus dem Modellprojekt in Niedersachsen, in: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina Graf, Handbuch Mediation, München 2009, s. 963-986. (Handbuch)
- Göksu, Mustafa** :“Tarafların Sulhe Teşvik Edilmesinde Etkili Bir Örnek: İngiliz Hukuk Yargılamasında Resmi Sulh Önerileri”, TBB Dergisi, Yıl 2014, S. 115, s. 277-314.
- Greger, Reinhard/**
- Unberath, Hannes** :Mediationsgesetz, Kommentar, München 2012.
- Gümüş, Mustafa Alper** :Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2013.
- Günther, Klaus/**
- Hilber, Marc** :“Mediation im Zivilrecht, insbesondere Wirtschaftsrecht”, Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltpraxis, Köln 2004, s. 485-538.
- Haas, Esther/Wirz, Toni** :Mediation, Konflikte lösen im Dialog, Zürich 2006.
- Hagel, Ulrich** :“Begriffbestimmungen” Klowait, Jürgen/Gläßer Ulla (Hrsg), Mediationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s. 85-105.
- Hager, Günter** :Konflikt und Konsens, Überlegungen zu Sinn, Erscheinung und Ordnung der Alternativen Streitschlichtung, Tübingen 2001,

- Hartmann, Christoph** :“Sicherung der Vertraulichkeit”, Haft/von Schlieffen, Handbuch Mediation, München 2009.
- Hehn, Markus** :Entwicklung und Stand der Mediation-ein historischer Überblick, in: Haft/von Schlieffen, Handbuch Mediation, München 2009, s. 175-195.
- Heintel, Peter** :“Veränderung in der Konfliktkultur”, Falk/Heintel/Pelikan, Die Welt der Mediation, Entwicklung und Anwendungsgebiete eines interdisziplinären Konfliktregelungsverfahrens, Klagenfurt 1998, s. 17-58.
- Henriksen, Claus Syberg / Malmgren, Marianne / Juul, Mette Marie** :Civilretsdirektoratet har bedt Center for Alternativ Samfundsanalyse, Konfliktmægling i statsamterne, Copenhagen, CASA, 2004.
- Henssler, Deborah R.** :“Does ADR Really Save Money? The Jury’s Still Out”, The RAND Reprint Series, Reprinted from The National Law Journal 1994.
- Henssler, Martin / Koch, Ludwig** :Mediation, Anwaltspraxis, Köln 2004.
- Hees, Burkhard** :“Rechtsgrundlagen der Mediation”, Haft, Fritjof / von Schlieffen, Katharina Graf (Hrsg), Handbuch Mediation, München 2009, s. 1053-1086.
(Rechtsgrundlagen)
- Hess, Burkhard** :“Die Entwicklung Der Gerichtsweginternen Mediation in Deutschland”, Almanya’da Mahkeme İçi Arabuluculuğun Gelişimi, Çev. Nedim Meriç, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukcuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2010, s. 255-294.
(Gerichtsweginternen)

- Hess, Burkhard/**
Pelzer, Nils :“Regulation of Dispute Resolution in Germany: Cautious Steps towards the Construction of an ADR System”, Steffek/Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 209-238.
- Heussen, Benno** :“Die Organisation von Mediationsverhandlungen”, Hatf/von Schlieffen, Handbuch Mediation, Münih 2009, s. 407-431.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang** :“Konfliktbewältigung in einer angebotsorientierten Rechtsschutzordnung”, Zeitschrift für Rechtspolitik 1997, s. 190-196.
- Horstmeier, Gerrit** :Das neue Mediationsgesetz, Einführung in das neue Mediationsgesetz für Mediatoren und Medianden, München 2013.
- Huysal, Burak** :Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010.
- İldır, Gülgün** :Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.
- İlhan, Cengiz** :Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye), Ankara 2011.
- İlhan, Cengiz** :Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2006.
- İsfen, Osman** :“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Fedaral Kanun”, MİHDER 2006/3, S. 5, s. 1325-1334. (Federal Kanun).
- İsfen, Osman** :“25 Nisan 2000 tarihli Hukuk Davalarında Mahkeme Dışı Mecburi Uzlaşmaya ve Mahkemeler Teşkilatına Dair Hükümlerin Değiştirilmesine İlişkin Bavyera Eyaleti Kanunu”, MİHDER, 2006/3, S. 5, s. 1335-1348.

- İste-Arlanoğlu, Cansu** :“ABD Teksas Eyaleti’nde Arabuluculuk Uygulamaları”, Edt. Işıқтаç, Yasemin, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, İstanbul 2014, s. 83-91.
- Işıқтаç, Yasemin** :Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İkilemler, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, İstanbul 2014.
- Jauernig, Othmar** :Zivilprozessrecht, München 2007.
- Johnstone, Gerry /**
- Van Ness, Daniel W.** :The Handbook of Restorative Justice, Cullompton 2007.
- Kakalik, James S./Dunworth, Terence/Hill, Loral A./**
- McCaffrey, Daniel/Oshiro, Marian/ Pace, Nicholas M./**
- Vaiana, Mary E.** :An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation under the Civil Justice Reform Act, Santa Monica, RAND Publisching, 1996.
- Kakiuchi, Shusuke** :“Regulation of Dispute Resolution in Japan: Alternative Dispute Resolution and its Background”, Steffek/ Unberath /Genn/ Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 269-296.
- Kaplan-Güler, Beyhan** :Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, İstanbul 2014.
- Karaaslan, Varol** :Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013.
- Karadaş, İzzet** :6100 Sayılı HMK’nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara 2013.
- Karagülmez, Ali/**
- Ural, Sezai** :Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003.
- Karakoç, Yusuf/**
- Sunuş, İlhan, Cengiz** :Mecelle, Ankara 2011.

- Karaman, Hayrettin** :Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul 1982.
(Mukayeseli)
- Karaman, Hayrettin** :İslamın Işığında Günün Meseleleri, İstanbul 2000.
- Karşlı, Abdurrahim** :Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012.
- Kekeç, Elif Kısmet** :Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2. baskı, Ankara 2014.
- Kessen, Stefan /**
Troja, Markus :“Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess”, Hatf/von Schlieffen, Handbuch Mediation, Münih 2009, s. 293-319.
- Kıyak, Emre** :“Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Belgenin Hukuki Niteliği”, TAAD 2015, Yıl 6, S. 21, s. 523-548.
- Kiraz, Taylan Özgür** :Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2013.
- Klowait, Jürgen** :“Aus-und Fortbildung des Mediators; zertifizierter Mediator”, Klowait, Jürgen/Gläßer Ulla (Hrsg), Medationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014,s. 228-244. (zertifizierter Mediator)
- Klowait, Jürgen** :“Verordnungsermächtigung”, Klowait, Jürgen/Gläßer Ulla (Hrsg), Medationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014,s. 245-288. (Verordnungsermächtigung).
- Klowait, Jürgen /**
Gläßer, Ulla :Mediationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014.
- Koch, Ludwig** :Einführung, in: Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, Köln 2004.
- Kodek, Georg E. /**
Mayer, Peter G. :Zivilprozessrecht, Wien 2011.
- Konuralp, Haluk** :20. Yüzyıl Sonunda Medeni Usul Hukuku Sorunlarına Bir Bakış, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, Yıl 2, S. 10.

- Konuralp, Haluk** :“75. Yılda Cumhuriyet Yargı Düzeninin Düşünsel ve Yapısal Kesiti Üzerine Bazı Gözlemler”, Yeni Türkiye 1998 S. 23-24, s. 3820-3825.
- Konuralp, Haluk** :Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009.
- Kracht, Stefan** :“Rolle und Aufgabe des Mediators-Prinzipien der Mediation”, Haft/von Schlieffen, Handbuch Mediation, München 2009, s. 267-292.
- Kressel, Kenneth** :“Mediation”, Deutsch, Morton/Coleman, Peter T., The Handbook of Conflict Resolution, San Francisco 2000, s. 522-545.
- Kurt-Konca, Nesibe** :Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009.
- Kuru, Baki** :Nizasız Kaza, Ankara 1961.
- Kuru, Baki** :“Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler”, İBD 1984, S. 4-6, s. 166-186.
- Kuru, Baki** :İcra ve İflas Hukuku, C. III, Ankara 1993.
- Kuru, Baki** :Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001. (C. I-VI). (Usûl).
- Kuru, Baki** :Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler”, MİHDER 2010 S. 2, s. 237-246. (Tasarı).
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/**
- Yılmaz, Ejder** :Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/**
- Yılmaz, Ejder** :İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2012.
- Kuru, Feriha** :“Hukuki Dinlenilme Hakkının Tebligat Hukukuna Etkisi”, Prof. Dr. Ramazan ARSLAN’a Armağan, C II, Ankara 2015, s. 1073-1110.

- Küçükgüngör, Erkan** :“Türkiye Futbol Federasyonunun Tahkim Kurulunun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği”, AÜHFD 2001, C. 50, S. 4, s. 137-146.
- Lattanzi, Giorgio** :(İtalya Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili), TC. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının 19-23 Ekim 2015 İtalya Çalışma Ziyareti Tutanakları.
- Lenz, Cristina** :Mediation und ihre gesetzliche Verankerung in Deutschland, Wien 2008.
- Liebscher, Christop** :“Using ADR Techniques in Arbitration”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukcuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2010.
- Lilja, Anna Julka/von Lucius, Julian/**
- Tietz, Andreas** :“Blick auf die bisherige Rechtsprechung zum Thema Mediation”, Klowait Jürgen/Glaser Ulla (Hrsg), Mediationgesetz, Baden-Baden 2014.
- Lossen, Helga/**
- Verghe, Claudius** :Familienberatung bei Trennung und Scheidung-Modellprojekt im Familiengericht Regensburg, FamRZ 1993, s. 768-771.
- Löer, Lambert** :“Übergangsbestimmung”, Klowait, Jürgen/Glaser Ulla (Hrsg), Medationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014,s. 305-308.
- Löer, Lambert** :“Ausschluss von der Ausübung des Richteramtes”, Klowait, Jürgen/Glaser Ulla (Hrsg), Medationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014,s. 309-312.
- Löer, Lambert** :“Gütliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich”, Klowait, Jürgen/Glaser Ulla (Hrsg), Medationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014,s. 317-333.

- Mahler, Gisela /**
Mahler, Hans-Georg :“Mediation in der Praxis”, Duss-von Werdt/ Mahler / Mahler (Hrsg.), Mediation-Die Andere Scheidung, Stuttgart 1995, s. 129-143.
- Mamouna, Elli Markela/**
Papadopoulou, Tatiana :Avrupa Birliği’nde Aile ve Hukuk Davalarına İlişkin Arabuluculuk Usulüne Vurgu ile Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Mekanizmaları ve İcra Davalarındaki Uygulamaları, İcra Dairelerinin Etkinliğinin Arttırılması TR-2009-IB-JH-02.
- Mastronardi, Thomas F.** :Mediation als Weg Kunst und Technik der Vermittlung, Ittigen 2000.
- Mayr, Peter G.** :“Die Mediationsgesetze von Österreich und Liechtenstein”, Liechtensteinische Juristen-Zeitung, 2008, s. 90-100.
- Mayr, Peter G./**
Nemeth Kristin :“Regulation of Dispute in Austria: A Traditional Litigation Culture Slowly Embraces ADR”, Steffek/Unberath/Genn/ Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 65-91.
- Meier, Isaak** :“Regulation of Dispute Resolution in Switzerland: Mediation, Conciliation and Other Forms of ADR in Switzerland”, Steffek/Unberath/Genn/ Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 363-418.
- Meier, Isaak** :Schweizerische Zivilprozessrecht, Zürich 2010. (Zivilprozessrecht).
- Meierhoefer, Barbara S.** :Court-Annexed Arbitration in Ten District Courts, Federal Judicial Center 1990.

- Menkel-Meadow, Carrie** :“Regulation of Dispute Resolution in the United States of America: From the Formal to the Informal to the Semi-formal”, Steffek/ Unberath /Genn/ Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 419-454.
- Meriç, Nedim** :Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011.
- Montada, Leo/ Kals, Elisabeth** :Mediation, Ein Lehrbuch auf psychologischer Grundlage, Beltz 2007.
- Namlı, Mert** :Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları, Arabuluculuk Yasa Tasarısı Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2008.
- Nelle, Andreas/ Hacke, Andreas** :“Obligatorische Mediation: Selbstwiderspruch oder Reforminstrument?”, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2001, s. 56-62.
- Niemeijer, Bert/ Pel, Machteld** :“Court-Based Mediation in the Netherlands: Research, Evaluation and Future Expectations”, Penn State Law Review, Vol. 110, No: 2, 2005, s. 345-380.
- Nomer, Haluk** :N. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.
- Nomer, Ergin** :Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2011.
- Odyakmaz, Zehra/ Çınarlı, Serkan** :İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği, Ankara 2013.
- Oğuz, Özgür** :Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2016.
- Oğuz, Arzu/**

- Özden-Merhacı, Selin** :“Fikri Mülkiyet Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Amerika Örneği”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. 2, Ankara 2015, s. 1163-1179.
- Ortloff, Karsten-Michael** :Richterauftrag und Mediation, in: Breidenbach, Stephan / Henssler Martin, Mediation für Juristen, Köln 1997.
- Öktem, Niyazi** :Önsöz, İlhan, Cengiz, Mecelle, Ankara 2011.
- Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/**
- Çağan, Nami** :Vergi Hukuku, Ankara 2008.
- Önder, Akil** :“Sulh Teşebbüsü ve İhbar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İle Medeni Kanunda Tadilat İcrasına İhtiyaç Var mıdır?”, Adalet Dergisi 1942, S. 1-12, s. 1035-1045.
- Önen, Ergun** :Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- Önen, Ergun** :İnşai Dava, Ankara 1981. (İnşai).
- Özafşar, Memmet Emin/Ünal, İsmail Hakkı/**
- Ünal, Yavuz/Erul, Bünyamin/Martı, Huriye/**
- Demir, Mahmut** :Hadislerle İslam, Hadislerin Hadislerle Yorumu, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara 2015.
- Özbay, İbrahim** :“Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD), C. VIII, S. 2004/3-4, s. 387-418.
- Özbay, İbrahim** :“Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD), C. X, S. 2006/3-4. (Alternatif).
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?”, Ankara Barosu Dergisi 1999, S. 2-3, s. 187-204.

- Özbek, Mustafa Serdar** :“Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesine göre Arabuluculuk”, ABD 2001, S. 3, s. 113-139. (35/A’ya Göre Arabuluculuk)
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk” Konulu Tavsiye Kararı”, DEÜHFD 2005/1, s. 127-166.
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı”, DEÜHFD 2005/2, s. 71-102. (Aile Arabuluculuğu).
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma”, AÜHFD 2005/3, s. 289-321
- Özbek, Mustafa Serdar** :“İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usüller (I)”, TBB Dergisi 2005/56, s. 90-132.
- Özbek, Mustafa Serdar** :“İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usüller (II)”, TBB Dergisi 2005/57, s. 82-134.
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502. (Avrupa’da Arabuluculuk)
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim”, MİHDER 2006, S. 2, s. 907-927.
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, TBB Dergisi 2007/68. s. 265-320. (Avrupa Birliği)
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi”, AÜHFD 2007, S. 1, s. 183-231. (Avrupa Konseyi).
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usûl ve Esasları”, AÜHFD 2007, S. 4, s. 123-205
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Adalete Ulaşmanın İyileştirilmesi ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne Yöneliş”, Hukuk Merceği 7, Konferans ve Paneller, Ankara Barosu 2007, s. 379-384.

- Özbek, Mustafa Serdar** :“Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırıcı Avukatlık”, Hukuk Merceği 7, Konferans ve Paneller, Ankara Barosu 2007, s. 534-577.
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Uyuşmazlık Çözümünün Ekonomik Değerlendirmesi ve Karar Ağacı Analizi”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 11 Ocak 2008, Ankara Barosu 2009, s. 105-112.
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”, Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2010, s. 107-154. (İlkeler)
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Uzlaşma”, Hukuk Merceği 11, Konferans ve Paneller, Ankara Barosu 2010, s. 387-396.
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması”, Kazancı Hukuk Dergisi, 2010, S. 1, s. 116-183.
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Kamu İhale Hukuku Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları”, İhale Hukukunda Uygulamada Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Yolları, Ankara 2012, s. 169-188.
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Çocuk Adalet Sisteminde Onarıcı Adalet Anlayışı ve Çocuk Arabuluculuğu”, Uluslar arası Çocuklar İçin Adalet Sempozyumu, Ankara 5-7 Aralık 2012, Adalet Bakanlığı, Türkiye Adalet Akademisi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, UNICEF Türkiye, Ankara 2013, s. 27-53.
- Özbek, Mustafa Serdar** :Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2013. (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü).
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Türk Yargı Sisteminde Çok Seçenekli Adliyeler”, T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı 2013, Yayın no: 32 s. 489-514.

- Özbek, Mustafa Serdar** :“Arabuluculuk”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Eğitimi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2014, s. 1-39.
- Özbek, Mustafa Serdar** :“Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili”, Prof. Dr. Ali Rıza OKUR’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2014, C.20 S.1, s. 1119-1156. (Tahlil).
- Özbek, Mustafa Serdar** :Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2016. (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2016).
- Özdamar, Mehmet** :“Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, 2013/1-2, s. 831-855.
- Özekes, Muhammet** :Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.
- Özmumcu, Seda** :Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul 2013.
- Özmumcu, Seda** :“Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, İÜHFM, C.LXXI, 2013, S. 1. s. 1369-1389. (Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici)
- Özmumcu, Seda** :“Usuli Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Ramazan ARSLAN’a Armağan, C II, Ankara 2015, s. 1275-1299. (Usûli Adalet)
- Özmumcu, Seda** :“Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli”, İÜHFM 2015, C. LXXIII, S. 2, s. 325-356.
- Öztan, Bilge** :Aile Hukuku, Ankara 2004.

- Öztatar, Hakan** :“Genel Olarak Arabuluculuk”, Işıқтаç, Yasemin, (Edt) Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, İstanbul 2014, s. 9-19.
- Öztekin, Selçuk** :“Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılama, Aksaklıklar-Çözüm Önerileri”, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, 1996/10, s. 494-501
- Öztekin, Selçuk** :“Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış”, MİHDER, 2009/2, s. 221-249. (Sigortacılık)
- Öztürk, Necla/
Yarar, Güven** :“AB 2008/52/EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. II, Ankara 2015, s. 1351-1386.
- Özguç, Ali İhsan** :Boşanma, Evlenmenin İptali, Ayrılık Davası, Tanıma Tenfiz Aile Mahkemesi İlişkisi, İzmir Barosu Dergisi, 2004, S. 1.
- Paul, Christoph C.** :“Ausergerichtliche Konfliktbeilegung über Folgesachen”, Klowait/Gläßer (Hrsg), Mediationsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2014, s. 354-358.
- Pekcanitez, Hakan** :“Tüketici Mahkemeleri”, İstanbul Barosu Dergisi, 1996/1-2-3, s. 141-162.
- Pekcanitez, Hakan** :“Tüketici Sorunları Hakem Heyeti”, İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 1996, Yıl 6, s. 40-58. (Tüketici)
- Pekcanitez, Hakan** :“Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, Prof. Dr. Faruk Erem’e Armağan, Ankara 1999, s. 635-666.
- Pekcanitez, Hakan** :“Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s. 753-791.

- Pekcanıtez, Hakan** :“Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayınları, İzmir 2000, s. 51-74.
- Pekcanıtez, Hakan** :“Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), S. 5. Aralık 2005. s. 12-16. (Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri).
- Pekcanıtez, Hakan** :“Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 789-850.
- Pekcanıtez, Hakan** :“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı”, Medeni Usûl ve icra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir 19-20 Ekim 2007, Ankara 2008, s. 247-264.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/**
- Özekes, Muhammet** :Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2012.
- Pel, Machteld** :“Regulation of Dispute in the Netherlands: Does Regulation Support or Hinder the Use of ADR”, Steffek/ Unberath /Genn/ Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 297-328.
- Pel, Machteld** :Referral to Mediation: A Practical Guide for an Effective Mediation Proposal, Sdu Uitgevers bv The Hague, Kindle Edition 2013. (Referral).
- Petek, Hasan** :“Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları”, İzmir Barosu Dergisi, 2000, S. 3, s. 11-54.
- Peter, James T.** :Gerichtsnahe Mediation, Kommentar zur Mediation in der ZPO, Bern 2011.
- Pilartz, Annegret** :Mediation im Arbeitsrecht, München 2013.

- Polat, Malike** :Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010.
- Prantl, Heribert** :“Das Recht war ein Kampf”, Süddeutsche Zeitung v. 12.1.2011. www.sueddeutsche.de/politik/media-ti-on-an-deutschen-gerichten-geissler-fuer-alle-1.1045301
- Prengel, Frauke** :Die Rolle des jüristischen Beraters in der Mediation, Hamburg 2009.
- Prütting, Haans** :“Mediation im Arbeitsrecht”, Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina Grafın, Handbuch Mediation, München 2009, s. 515-533.
- Prütting, Hanns** :“Mediation und Rechtsstaat”, çev. Nedim Meriç, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukcuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, s. 216-251.
- Pürselim, Hatice Selin** :“Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2014, C. 20, S. 2, s. 1-21.
- Raiffa, Howard** :Negotiation Analysis, The Belknap Press of Harvard University Press 2002.
- Rakowsky, Rebekka** :Obligatorische Mediation, Zulassigkeit und Zweckmasigkeit im allgemeinen Zivilrecht sowie im elterlichen Scheidungskonflikt, Hamburg 2013.
- Rechberger, Walter H./ Simotta, Daphne Ariane** :Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, Wien 2010.
- Rechberger, Walter, H.** :Die Verfahrenskonzentration im österreichischen Zivilprozess, Der. Kamil Yıldırım, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2012.
- Riskin, Leonard** :Understanding Mediators, A Grid fort he Perplexed, Negotiation Theory And Strategy, New York 2002.

- Riskin, Leonard L.** :“Decision-Making in Mediation: The New Old Grid and The New New Grid System”, Notre Dame Law Review, Vol. LXXIX, December 2003. s. 1-53.
- Risse, Jörg** :Das Mediationengesetz-eine Kommentierung, German Arbitration Journal 2012.
- Risse, Jörg/
Wagner, Christof** :“Mediation im Wirtschaftsrecht”, Haft/von Schlieffen, Handbuch Mediation, München 2009, s. 553-587.
- Rugle, Peter/Gelzer, Philipp** :“Mediation”, Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik (eds), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Vor Arts 213-218 comment, Helbing & Lichtenhahn 2013.
- Rüzgaresen, Cumhur** :Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013.
- Sarisözen, Serhat M.** :Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma, Ankara 2011.
- Scheuermann, Dorothea** :Mediation bei Trennung und Scheidung, Frankfurt am Main 2013.
- Schmitt, Carl** :Der Hüter der Verfassung, Berlin 1996.
- Schwarz, Karin** :Mediation und Collaborative Law unter besonderer Berücksichtigung relevanter Rechtsbereiche im österreichischen Zivilrecht, Frankfurt am Main 2011.
- Schweizer, von Adrian** :“Techniken des Mediators-Übersicht”, Hatf/von Schlieffen, Handbuch Mediation, Münih 2009, s. 321-362.
- Sıgri, Ünsal/
Varoğlu, A. Kadir** :Müzakere ve Arabuluculuk, İş, Yönetim, Diplomasi ve Hukukta Uyuşmazlıkların Çözümü, Ankara 2013.

- Sperr, Anneken Kari** :“Regulation of Dispute Resolution in Norway: Vertical and Horizontal Relatory Strategies”, Steffek/Unberath/Genn/Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s.329-361.
- Spindler, Gerald** :“Gerichtsinterne Mediation in Niedersachsen”, Universitätsverlag Göttingen 2006, file:///C:/Users/User/Downloads/mediation.pdf
- Spühler, Karl/Tenchio, Luca/**
- Infanger, Dominik** :Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010.
- Stadler, Astrid** :“Aesergerichtliche obligatorische Streitsshlchtung-Chance oder Illision?”, Neue Juristische Wochenschrift 1998, s. 2479-2487.
- Steffek, Felix/Unberath, Hannes/Genn, Hazel/Greger, Reinhard/Menkel-Meadow, Carie** :Regulating Dispute Resolution, ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013.
- Steffek, Felix** :“Principled Regulation of Dispute Resolution: Taxonomy, Policy, Topics”, Steffek /Unberath /Genn /Greger /Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroad, Oregon 2013, s. 33-61.
- Struc, Tatjana** :Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht, Berlin 2009.
- Susskind, Lawrence/**
- Cruikshank, Jeffry** :Breaking the Impasse Consensual Approaches to Resolving Public Disputes, New York 1987.
- Sungurtekin-Özkan, Meral** :“Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, MİHDER 2005/2, s. 353-369.

- Sünderhauf, Hildegund** :Mediation bei der aussergerichtlichen Lösung von Umweltkonflikten in Deutschland, Schriften des Vereins für Umweltrecht, Taschenbuch 1997.
- Sümer, Hâluk Hâdi** :“Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı’nın Resmi Arabuluculuk ve Tahkim Konusunda Getirdiği Yenilikler”, Sicil, Haziran 2012, s. 50-61.
- Sümer, Halûk Hâdi** :İş Hukuku, Konya 2014.
- Şahin-Ceylan, Şule** :Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009.
- Şanlı, Cemal** :Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2005.
- Şen, Yusuf** :“İslam Hukukunda Arabuluculuk”, Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2012/2, C.11, S.22, s. 105-135.
- Tanrıver, Süha** :“Hukuk Yargısı (Madeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, Makalelerim I, Ankara 2005, s. 211-236 (Adil Yargılanma).
- Tanrıver, Süha** :“Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu”, Makalelerim I, Ankara 2005, s. 83-87.
- Tanrıver, Süha** :“Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB Dergisi, 2006, S. 64, s. 151-177. (Özellikle Arabuluculuk)
- Tanrıver, Süha** :“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 637-656.
- Tanrıver, Süha** :“Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi”,

Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2025-2036. (Arabuluculuk ve Uzlaştırma)

- Tanrıver, Süha** :“Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, Makalelerim II (2006-2010), Ankara 2011. s. 3-31.
- Tanrıver, Süha** :“Hukuk Yargısının Temel Sorunları ve Bu Bağlamda Alınması Gereken Temel Önlemler”, Makalelerim II (2006-2010), Ankara 2011, s. 115-142.
- Tanrıver, Süha** :Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014.
- Tarman, Zeynep Derya** :“Tarafsız Bir Üçüncü Kişi Aynı Uyuşmazlıkta Hem Hakem Hem de Arabulucu Olabilir mi?”, Legal Hukuk Dergisi, 2010/86, s. 463-471.
- Taşkın, Âlim** :Hakem Sözleşmesi, Ankara 2000.
- Taşpınar, Sema** :Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
- Taşpolat -Tuğsavul, Melis** :Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- Tekinalp, Ünal** :Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005.
- Tercan, Erdal** :“Türk Aile Mahkemeleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2003, C. 52, S. 3, s. 19-53.
- Tochtermann, Peter** :Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators, Mohr Siebeck Tübingen 2008.
- Tochtermann, Peter** :“Mediation in Germany: The German Mediation Act- Alternative Dispute Resolution at the Crossroads”, Hopt, Klaus J./Steffek, Felix (Eds), Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford 2013, s. 521-584. (Mediation in Germany)
- Töpel, Elisabeth/**
- Pritz, Alfred** :Mediation in Österreich, Die Kunst der Konsensfindung, Wien 2005.

- Triscari, Dott Giancarlo** : (İtalyan Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Sorumlusu), TC. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 19-23 Ekim 2015 İtalya Çalışma Ziyareti Tutanakları.
- Trossen, Arthur** : “Integrierte Mediation”, Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina Grafın, Handbuch Mediation, Münih 2009, s. 987-1005.
- Tutumlu, Mehmet Akif** : Türk Hukuk Sisteminde Tüketici Hakem Heyetleri, Ankara 2016.
- Türnüklü, Abbas** : “Sunuş”, Bush/Folger, Arabuluculuk ve Getirileri, Çev. Gamze Sart, Ankara 2013.
- Ulaş, Işıl** : “Sigortacılıkta Tahkim”, Prof. Dr. Seza Reisoğlu’na Armağan, BATİDER 2007, C. XXIV, S. 2.
- Uluç, Didem** : Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları, Ankara 2012.
- Ulukapı, Ömer** : “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1996, C. 5, S. 1-2, Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan, s. 77-101.
- Ulukapı, Ömer** : “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hâkim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi”, SÜHFD, 1998/1-2, s. 713-732.
- Ulukapı, Ömer** : “Avukatlık Kanununda Değişiklik yapılmasına Dair 4667 Sayılı Kanunla Getirilen “İlam Niteliğinde Belge” Üzerine İnceleme”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s. 447-461.
- Ulukapı, Ömer** : Medeni Usul Hukuku, Konya 2014. (Usul)
- Ulukapı, Ömer/**
- Kıyak, Emre** : “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi”, Prof. Dr.

- Ramazan Arslan'a Armağan, Ankara 2015, C. 2, s. 1645-1698.
- Ulusan, Banu** :“Sulh Sözleşmeleri”, Yedi Tepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, 2011/2-2012/2, Prof. Dr. Erdal ADAL'a Armağan, s. 975-992.
- Unberath, Hannes** :“Mediationsklauseln in der Vertragstaltung- Prozessuale Wirkungen und Wirksamkeit”, Neue Juristische Wochenschrift 2011, s. 1320-1321.
- Uşan, M. Fatih** :Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009.
- Uyumaz, Alper,** :”Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, SÜHFD C. 20, S. 1, 2012, s. 103-132.
- Uyumaz, Alper/
Erdoğan, Kemal** :“Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, DEÜHFD, C. 17, S. 1, 2015, s. 119-169.
- Ünal, Mehmet** :“Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi”, AÜHFD 1977, C. XXXIV, S. 1-4, s. 195-231.
- Üstündağ, Saim** :Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000.
- Üstündağ, Saim** :“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler”, Yargı Dünyası, 2008/145, s. 11-17. (Düşünceler)
- van Bühren, Hubert W.** :“Zwangsschlichtung-Nein danke!”, AnwBl 1998, s. 582-583.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** :“Evlenme ve Boşanma Hukukumuzda Medeni ve Cezai Bakımdan ne gibi Tadilâta İhtiyaç Vardır?”, Adalet Dergisi 1944, s. 1-12.

- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** :Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1951.
- Verougstraete, Ivan** :“Regulation of Dispute Resolution in Belgium: Workable Solutions?” Steffek/ Unberath /Genn/ Greger/Menkel-Meadow (Eds), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Oregon 2013, s. 93-113.
- Vogel-Etienne, Ueli/ L.Koch, Annegret** :Mediation in a nutshell, Zürich 2014.
- Volkman, Judith** :Mediation im Zivilprozess, Rechtliche Rahmenbedingungen für ein gerichtliches Mediationsangebot, Frankfurt am Main 2006.
- von Bargen, Jan Malte** :“Gesetzliche Grundlagen gerichtlicher Mediation”, Gläßer, Ulla/ Schroeter, Kirsten (Hrsg), Gerichtliche Mediation, Grundsatzfragen, Etablierungsverfahren und Zukunftsperspektiven, Berlin/Hamburg 2011, s. 29-56.
- von Schlieffen, K. Graf** :“Propädeutikum”, Hatf/von Schlieffen, Handbuch Mediation, Münch 2009, s. 3-67.
- von Schlieffen, Katharina Graf /Ponchap, Reiner/Rüssel, Ulrike/ Harms, Torsten** :Mediation und Streitbeilegung, Verhandlungstechnik und Rhetorik, Berlin 2006.
- Windelov, Vibeke** :Mediation, Copenhagen 2007.
- Wright, Martin** :Justice for Victims and Offenders: A Restorative Response to Crime, Waterside Press 1996.
- Yalçınduran, Türker** :Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2007.
- Yavuz, Cevdet/Özen, Burak/ Acar, Faruk** :Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2009.
- Yazıcı-Tıktık, Çiğdem** :Arbuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.
- Yeğengil, Rasih** :Tahkim (L’arbitrage), İstanbul 1974.

- Yeşilirmak, Ali** :“Kurumsal Arabuluculuk Kurallarının Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı IX, Ankara 2010. s. 155-181.
- Yeşilirmak, Ali** :Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011.
- Yıldırım, M. Kâmil** :Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- Yıldırım, M. Kâmil** :“İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 337-360.
- Yılmaz, Elif** :“Uzlaşma Müessesesinin Hukuki Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, Y. 2009, S.1-2, s. 321-351. (Hukuki Nitelik).
- Yılmaz, Ejder** :“Aksak Adaletten İşleyen Adalet”, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı 1996, S. 10, s. 470-493.
- Yılmaz, Ejder** :“Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, TBB, 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 843-856.
- Yılmaz, Ejder** :“Avukatlık Ücretinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 361-383.
- Yılmaz, Ejder** :İş Mahkemeleri Kanunu’nun Değiştirilmesi İhtiyacı, Sicil, İş Hukuku Dergisi 2007 S. 8, s. 5-12.
- Yılmaz, Ejder** :“Usul Ekonomisi”, Prof. Dr. Necip Bilge’nin Anısına Armağan, AÜHFD 2008/1, C. 57, s. 243-274.
- Yılmaz, Ejder** :Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2013.

- Yılmaz, Muzaffer Ercan** :“Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk Süreci”,
Kazancı Hukuk Dergisi 2006, S. 21-22, s. 96-110.
- Zevkliler, Aydın** :Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun,
Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, İzmir 1996.



DİĞER KAYNAKLAR

www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf

<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Asp?MevzuatKod=1.5.6100&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=6100>

<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Asp?MevzuatKod=1.5.6502&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=6502>

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf

www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>

www.cedr.com

www.adrcenter.com

www.mediation-bedrijfsleven.nl

www.cmap.fr

www.vgh.bayern.de/mediation.htm

www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/gerichte/amtsgerichte/wolfratshausen/familie/infoblatt_mediation.pdf

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0011>

<http://www.bgbl.de>

<http://www.sueddeutsche.de/politik/mediation-an-deutschen-gerichten-geissler-fuer-alle-1.1045301>

<http://www.acas.org.uk/index.aspx?articleid=2011>

<http://www.nfm.org.uk/index.php/family-mediation/mediation-information-meeting-miam>

www.restorativejustice.org.uk

www.civilmediation.org/about-cmc

www.familymediationcouncil.org.uk

http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Kasim/italya_calisma_ziyareti/italya_calisma_ziyareti.pdf

http://www.giurdanella.it/2013/09/23/mediazione_testo_coordinato/

http://www.iepj.fr/themes/iepj/images/upload/Regard_critique_sur_lordonnance_n2011-1540.pdf

file:///C:/Users/User/Downloads/code_de_deontologie_commun.pdf

<http://www.cmap.fr/cmap/cmmaps-scale-of-fees/?lang=en>

http://www.mediateurseuropeens.org/Consultez-le-rapport-Magendie_a34.html

file:///C:/Users/User/Downloads/For%C3%A6ldremyndighed%20Konfliktmaegling_i_statsamterne.pdf

<http://www.themis.dk/synopsis/docs/Lovsamling/Samvaersvejledningen.html>

<http://mediationsinstitutet.dk>

<http://mediatoradvokater.dk>

<http://voldgiftsinstitutet.dk/en/arbitration>

<http://www.chamber.no/tjenester/tvistelosning>

<http://www.forbrukerportalen.no/temaer>

<http://www.droitbelge.be/codes.asp>

www.japaneselawtranslation.go.jp

<http://www.jcaa.or.jp/e/mediation/docs/rules.pdf>

<http://www.jseinc.org/en/tomac>

<http://codes.lp.findlaw.com/uscode/28/I/23/471>

<http://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>

<http://www.adr.gov/ADR%20ACT%201998.pdf>

www.cpradr.org

www.acrnet.org

<http://www.jamsadr.com>

<http://www.rand.org>

<http://www.lcia.org>

<http://acikerisim.baskent.edu.tr/handle/11727/1974>

<http://www.mediation-svm.ch>

<https://www.admin.ch/ch/d/sr/2/272.de.pdf>

<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/7221.pdf>

<https://www.admin.ch/ch/d/sr/9/935.61.de.pdf>

<https://www.admin.ch/ch/d/sr/2/220.de.pdf>

<https://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7221.pdf>
www.swiss-mediators.org
www.mediation-svm.ch
www.skwm.ch
www.mediationsforum.ch
www.ifm-suisse.ch
www.medistaargau.ch/index.php?id=33
www.mediations.ch
www.coppiafamiglia.ch
mediation-basel.ch
<https://www.wodc.nl>
https://mediatorsfederatienederland.nl/content/uploads/sites/2/2014/05/Ruimte_voor_mediation_2003.pdf
<https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Customized-conflict-resolution-Court-connected-Mediation-in-The-Netherlands-1999-2009.pdf>
<http://www.nivim.nl/wp-content/uploads/2014/06/NMI-Mediation-Reglement.pdf>
<http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2006:AU4795>
<https://www.adrededucation.org/media/5045/federal%20arbitration%20act.pdf>
<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/651>
[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/courtannarb.pdf/\\$File/courtannarb.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/courtannarb.pdf/$File/courtannarb.pdf)
<http://www.profeco.gob.mx>
<http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/AL%C4%B0-CEM-BUDAK.pdf>
<http://www.tff.org/default.aspx?pageID=236>
<http://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Profesyonel-Futbolcularin-Statusu-ve-Transferleri-Talimati-11.08.2016.pdf>
<https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2016/08/Genelge-34-M%C3%BC%C5%9Fteri-Uyu%C5%9Fmazl%C4%B1klar%C4%B1-Hakem-Heyeti-Y%C3%B6nergesi-Hk..pdf>
http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2016/nisan/fransa_raporu/fransa_raporu.pdf
<http://www.arabulucu.com/ceza-hukukunda-uzlasma/ceza-muhakemesi-hukukunda-uzlasma-uzlastirmaci-egitimi-rehber-kitapcik>

http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/uygulamalar/adb_uygylamaları/images/index.html

<http://www.arabulucu.com/arabuluculukta-etik/arabuluculara-iliskin-avrupa-etik-kurallari>

<http://www.verginet.net/dtt/11/Vergi-Sirkuleri-2017-10.aspx>

www.kadısicilleri.org

