

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

TÜRK, RUS VE KAZAK HUKUKU BAKIMINDAN
ARABULUCULUK

Orymbek TOİKİN

Danışman
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

2024

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

TÜRK, RUS VE KAZAK HUKUKU BAKIMINDAN
ARABULUCULUK

Orymbek TOİKİN

Danışman
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

İZMİR- 2024

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum "Türk, Rus Ve Kazak Hukuku Bakımından Arabuluculuk" adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

13.02.2024

Orymbek TOIKIN

İmza



ÖZET

Doktora Tezi

”Türk, Rus Ve Kazak Hukuku Bakımından Arabuluculuk”

Orymbek TOIKIN

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Arabuluculuk, bir çatışmanın ortaya çıkabileceği hemen hemen tüm alanlarında uygulanabilmesine rağmen, modern dünyada, arabuluculuk gibi anlaşmazlıkların (çatışmaların) mahkeme öncesi barışçıl çözümü için alternatif yöntemler hala tam olarak kullanılmamaktadır. Bu çalışmanın amacı Türkiye, Rusya ve Kazakistan hukukunda arabuluculuğu incelemektir. Çalışmada, arabuluculuğun bir uyuşmazlık çözme yolu olarak tanımlanması ile Türkiye, Rusya ve Kazakistan hukukundaki özel uygulamasını ortaya çıkarmak hedeflenmektedir.

Yakın zamana kadar, bu çalışma konusunu oluşturan ülkelerde arabuluculuk yerine dava açması tercih edilmekteydi. Ancak ilgili ülkelerde arabuluculuk alanındaki mevzuatın gelişmesiyle birlikte arabuluculuk, uyuşmazlıkları (çatışmaları) çözmenin alternatif yollarından biri olarak giderek yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Arabuluculuğun faydalarından biri zamandan ve paradan tasarruf etmektir. Ayrıca, arabuluculuğun taraflarının uyuşmazlığın çözüm arayışındaki aktif konumu, taraflar için karşılıklı yarar sağlayan bir çözüm bulma şansını artırmaktadır. Arabuluculuk prosedürü, tarafların gönüllülüğü, gizliliği, işbirliği ve eşitliği, arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkeleri temelinde tarafların karşılıklı iradesi ile yürütülür.

Çalışmanın asıl amacı Türkiye, Rusya ve Kazakistan hukuku örneğini kullanarak, uyuşmazlıkların çözümünde yeni bir yol olarak arabuluculuğun

incelenmesidir. Doktora tezinin konusunu araştırmak için modern bilimsel yöntemler kullanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Türk Hukuku, Rus Hukuku, Kazak Hukuku, Arabuluculuk.



ABSTRACT
Doctoral Thesis
Doctor of Philosophy(PhD)
Mediation In Turkish, Russian and Kazakh Law
Orymbek TOIKIN

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law
Private Law Program

Although mediation can be applied in almost all areas where a conflict may arise, in the modern world, alternative methods for the peaceful settlement of disputes (conflicts) before a trial, such as mediation, are still not fully used. The aim of this study is to examine mediation in the law of Turkey, Russia and Kazakhstan. In the study, it is aimed to define mediation as a way of dispute resolution and to reveal its special application in the law of Turkey, Russia and Kazakhstan.

Until recently, it was preferred to file lawsuits instead of mediation in the countries that constitute the subject of this study. However, with the development of legislation in the field of mediation in the relevant countries, mediation has become increasingly widely used as one of the alternative ways to resolve disputes (conflicts). One of the benefits of mediation is to save time and money. In addition, the active position of the parties to the mediation in the search for a solution to the dispute increases the chances of finding a mutually beneficial solution for the parties. The mediation procedure is carried out by the mutual will of the parties on the basis of the principles of voluntariness, confidentiality, cooperation and equality of the parties, impartiality and independence of the mediator.

The main purpose of the study is to examine mediation as a new way to resolve disputes using the example of the law of Turkey, Russia and

Kazakhstan. Modern scientific methods have been used to investigate the subject of the doctoral thesis.

Keywords: Turkish Law, Russian Law, Kazakh Law, Mediation.



TÜRK, RUS VE KAZAK HUKUKU BAKIMINDAN ARABULUCULUK

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiii

GİRİŞ	1
-------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

ARABULUCULUK HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ KAVRAMI VE TÜRLERİ	5
A. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Kavramı	5
B. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri	15
1. Müzakere	20
2. Tarafsız ön değerlendirme	22
3. Vakıaların Saptanması veya Tespiti	22
4. Kısa duruşma	23
5. Arabuluculuk-Tahkim	25
II. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK ARABULUCULUK	26
A. Arabuluculuk Kavramı ve Tanımı	26
B. Arabuluculuğun Temel Özellikleri	29
C. Arabuluculuğun Avantajları ve Yararaları	33
1. Genel Olarak	33
2. Zamandan Tasarruf Edilme Durumu	35
3. Masraflardan Tasarruf Edilme Durumu:	36

III. ARABULUCULUĞA İLİŞKİN DÜNYA'DAKİ GELİŞMELER VE TEMEL ULUSLARARASI DÜZENLEMELER	39
A. Arabuluculuğa İlişkin Dünya'daki Gelişmeler	39
B. Arabuluculuğa İlişkin Temel Uluslararası Düzenlemeler	45
IV. ARABULUCULUĞUN TEMEL İLKELERİ	52
A. Arabuluculuğun Temel İlkeleri	52
1. İradî olma (Gönüllülük)	52
2. Gizlilik	57
3. Arabuluculukta Eşitlik	63
B. Arabuluculuğun Diğer İlkeleri	64
1. Bir Arabulucunun Varlığı	64
2. Arabulucunun Tarafsızlığı	65
3. Arabulucunun Yetkisinin Taraflardan Kaynaklanması ve Tarafların Yetkisi	67
4. Arabulucunun Bağlayıcı Bir Karar Verememesi	68

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ARABULUCULUK

I. ARABULUCULUĞUN TÜRKİYE'DE GELİŞİMİ VE TEMEL YAPI	71
A. Arabuluculuğun Türkiye'deki Gelişimi	71
B. Arabuluculuğa İlişkin Kurumsal Alt Yapı ve Arabuluculuk Kurumları	79
C. Arabulucu Olmanın Temel Şartları ve Arabulucuya İlişkin Düzenlemeler	81
II. ARABULUCULUĞUN GEÇERLİ OLDUĞU VE UYGULANDIĞI ALANLAR	84
A. İhtiyarî Arabuluculuk	84
B. Zorunlu Arabuluculuk	90
1. İşçi-İşveren Uyuşmazlıkları	92
2. Ticari Uyuşmazlıklar	94
3. Tüketici Uyuşmazlıkları	97
4. Kira Uyuşmazlıkları	101

5. Kat Mülkiyetinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar	102
6. Tarım Kanunundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar	103
III. ARABULUCULUK SÜRECİNİN İŞLEYİŞİ	105
A. Genel Olarak	105
B. Arabuluculuk Öncesi Aşama ve Arabulucuya Başvuru	106
C. Arabuluculuk Müzakerelerin Yürütülmesi	111
D. Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi	113
E. Arabuluculuk Sonunda Anlaşmaya Varılması Halinde Anlaşmanın Özellikleri	117
F. Arabuluculuk Giderleri ve Sorumluluk	121
IV. ZORUNLU ARABULUCULUK VE ÖZELLİKLERİ	122

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

RUS HUKUKUNDA ARABULUCULUK

I. ARABULUCULUĞUN RUSYA'DAKİ GELİŞİMİ VE TEMEL YAPI	128
A. Arabuluculuğun Rusya'daki Gelişimi	128
B. Arabuluculuğa İlişkin Kurumsal Alt Yapı ve Arabuluculuk Kurumları	166
C. Arabulucu Olmanın Temel Şartları ve Arabulucuya İlişkin Düzenlemeler	168
II. ARABULUCULUĞUN GEÇERLİ OLDUĞU VE UYGULANDIĞI	172
A. İhtiyarî Arabuluculuk	172
B. Zorunlu Arabuluculuk	173
III. ARABULUCULUK SÜRECİNİN İŞLEYİŞİ	175
A. Genel Olarak	175
B. Arabuluculuk Öncesi Aşama ve Arabulucuya Başvuru	177
C. Arabuluculuk Müzakerelerinin Yürütülmesi	178
D. Arabuluculuk Faaliyetlerinin Sona Ermesi	179
E. Arabuluculuk Sonunda Anlaşmaya Varılması Halinde Anlaşmanın Özellikleri	180
F. Arabuluculuk Giderleri ve Sorumluluk	182
VII. ZORUNLU ARABULUCULUK VE ÖZELLİKLERİ	183

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KAZAK HUKUKUNDA ARABULUCULUK

I. ARABULUCULUĞUN KAZAKİSTAN'DAKİ GELİŞİMİ VE TEMEL YAPI	188
A. Arabuluculuğun Kazakistan'daki Gelişimi	188
B. Arabuluculuğa İlişkin Kurumsal Alt Yapı ve Arabuluculuk Kurumları	211
C. Arabulucu Olmanın Temel Şartları ve Arabulucuya İlişkin Düzenlemeler	213
II. ARABULUCULUĞUN GEÇERLİ OLDUĞU VE UYGULANDIĞI ALANLAR	222
A. İhtiyarî Arabuluculuk	222
B. Zorunlu Arabuluculuk	227
III. ARABULUCULUK SÜRECİNİN İŞLEYİŞİ	230
A. Genel Olarak	230
B. Arabuluculuk Öncesi Aşama ve Arabulucuya Başvuru	232
C. Arabuluculuk Müzakerelerin Yürütülmesi	233
D. Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi	235
E. Arabuluculuk Sonunda Anlaşmaya Varılması Halinde Anlaşmanın Özellikleri	237
F. Arabuluculuk Giderleri ve Sorumluluk	242
IV. ZORUNLU ARABULUCULUK VE ÖZELLİKLERİ	244
SONUÇ	248
KAYNAKÇA	253

TABLÖLAR LİSTESİ

Tablo 1: Anlaşmazlık Yönetim ve Çözüm Yaklaşım ve Yöntemleri	s. 6
Tablo 2: Genel Arabuluculuk Kursu Programı İçin Yaklaşık Müfredat	s. 218
Tablo 3: Uzmanlaşmış Arabuluculuk Kursu Programı İçin Yaklaşık Müfredat	s. 220
Tablo 4: Arabulucu Eğitimcileri İçin Eğitim Kursu Programı İçin Yaklaşık Müfredat	s. 221
Tablo 5: Kursların Serfitika	s. 221



KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Ankara Barosu Dergisi
ABD	Amerika Birleşik Devleti
AD	Adalet Dergisi
ADR	Alternative dispute resolution (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü)
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	Arabuluculuk Kanunu
Aşa.	Aşağıda
AÜEHED	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi
Arabuluculuk	Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesi
AÜT	Asgari Ücret Tarifesi
AvK	Avukatlık Kanunu
AY	Anayasa
AİEPÇEK	Kazakistan Cumhuriyeti Hükümeti'nin Arabulucular İçin Eğitim Programı Çerçevesinde Eğitim Kuralları
BATNA	Best Alternative to a Negotiated Agreement (Müzakere Edilmiş Bir Anlaşmaya En İyi Alternatif)
BMT	Birleşmiş Milletler Tüzüğü
B.	Bası
BDT	Birleşmiş Devletler Topluluğu
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CEN-	Avrupa Danışma Kurulu
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
c.	Cümle
CPR	International Institute For Conflict Prevention and Resolution (Uluslararası Çatışma Önleme Çözümü Enstitüsü)
CivPR	Civil Procedure Rules (İngiltere Hukuk Usûlü Kuralları)
ÇTD	Çalışma Toplantı Dergisi
Çev.	Çeviren

DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	Dipnot
EAB	European Advisory Council (Avrupa Danışma Konseyi)
E.	Esas
Ed.	Editör
FHMUK	Fransız Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu
FY	Federal Yasa (Федеральный Закон)
FZ	Federal Zakon (Yasa) (Федеральный Закон)
FY AUÇPH	Federal Yasa Bir Aracının Katılımıyla Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Prosedürü Hakkında (arabuluculuk prosedürü) (Федеральный Закон «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» .
f.	fıkra
HD	Yargıtay Hukuk Dairesi
a.	article (madde)
HGK	Hukuk Genel Kurul
HMK	6100 Sayılı Hukuk Muhakemeler Kanunu
HUAK	6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK	Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunun
İİK	İcra İflâs Kanunu
İşMahK.	Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
İş MK	7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
İşK.	4857 Sayılı İş Kanunu
İSGHD	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İTMK	İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu
İz.B.D.	İzmir Barosu Dergisi
Karş.	Karşılaştırınız
KC MK	Kazakistan Cumhuriyeti Medeni Kanunu
KC HMUK	Kazakistan Cumhuriyeti Hukuk Muhakemeleri Usulü

	Kanunu
KC İŞK	Kazakistan Cumhuriyeti İş Kanunu
KC İd.K	Kazakistan Cumhuriyeti İdari Kanunu
KC İd UK	Kazakistan Cumhuriyeti İdari Usul Kanunu
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
K.	Karar
Krş.	karşılaştırınız
m.	Madde
MHB	Milletlerarası Hukuk Bülteni
MİHDER	Medeni Usûl Ve İcra İflâs Hukuk Dergisi
MMYKS	Majestelerinin Mahkemeler ve Yargıç Kürsüleri Servisi, (MMYKS)
MO (“ROM“)	Milli Oda “Rusya Arabulucular Örgütü“(Национальная палата «Российская организация медиаторов»). «Российская организация посредников» (НПО «РОМ»)
MEF	Milli Emekilik Fonu
RF HMUK	Rusya Federasyonu Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu
RF MK	Rusya Federasyonu Medeni Kanunu
RF İK	Rusya Federasyonu İdari Kanunu
RF İD UK	Rusya Federasyonu İdari Usul Kanunu
RF TUK	Rusya Federasyonu Tahkim Usûl Kanunu
MTO	(ICC)-İnternational Chamber of Commerce) Milletlerarası Ticaret Odası
OSAGO	Sigorta için yapılan sözleşmesi kapsamındaki ödemelerle ilgili Anlaşmazlıklar (Споры о выплатах по договору страхования)
RG	Resmî Gazete
RF	Rusya Federasyon’u
UNSİTRAL	Intited Nations Commission on International Trade Law (BM Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu)
SAK	Sivil Arabuluculuk Konseyi

SSCB	Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
s.	Sayfa
s.K.	Sayılı Kanun
S	Sayı
SPb	Devlet Konseyi (bazen kısaltılmış Devlet Konseyi)-1810-1906 Tüm Rusya İmparatoru altındaki en yüksek yasama kurumu, daha sonra 1906-1917’de –yasama devlet organı, aslında-parlamentonun üst meclisi alt meclis-Devlet Duması ile birlikte var olan Rus İmparatorluğu
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBĐ	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	Türk Ticaret Kanunu
USA	United States of America (Amerika Birleşik Devletleri)
vb	ve benzeri
vd.	ve devamı
vs.	ve sair
Y	Yargıtay
Y.	Yıl
Yön	Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu önetmeliği
Yuk.	Yukarıda
YD	Yargıtay Dergisi
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
USAID	United States Agency for International Development
UYAP	Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi

GİRİŞ

İnsanlar arasındaki sosyolojik ilişkilerde orataya çıkan ve bazı durumlarda topluma yansıyan uyuşmazlıklar, isteyerek ya da istemeyerek esas anlaşmazlıkların oluşmasına sebep olmaktadır. Uyuşmazlıklarının sayıca ve tür olarak artışı, tarafların menfaatlerini temel alan ve en kısa yoldan çözüm sunan alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin gözden geçirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Aksi durumda, arabuluculuk yöntemini teorik hem de pratik açıdan iyice anlayıp incelemeyen ve değerlendirmeden istediğimiz beklentiye kavuşamayacağız. Gelişmiş devletlerin uyuşmazlıklarda arabuluculuğu uygulamaları ve bu yöndeki başarıları ve ona yapılan eleştirilerine istanaden geliştirilmesi, hatta hukuk sistemindeki arabuluculukla ilgili kanuna yapılan değişiklikler dahil incelenecektir. Daha arabuluculuğun doğru dürüst yayılmadığı devletlerde onların sebepleri araştırılarak, pratik kullanımdaki arabuluculuğun toplumda tanımlanmasına değer verilip ve teorik yaklaşımda arabuluculuk sürecinin gerekli düzeyde yayılamaması nedenleri tez araştırmamızda incelenecektir. Çünkü gündemdeki bu hususun bir taraftan arabuluculuğa gerekli mefhum düzenlemeleri ve diğer taraftan da çözüm yöntemlerinin uyuşmazlık sırasında ortaya çıkışı olarak görmek gerekir. Aynı zamanda da bu tür çalışmalar arabuluculuk konusunda önemli bir boşluğu doldurması beklenmektedir. Bununla beraber devletin çeşitli nedenlerle dava açılmadan ihtilaf başlangıcında tarafları doğru yöntemlerde yönlendirmesi gerekir. Bu bağlamda arabuluculuğa ilişkin kurumsal alt yapı ve arabuluculuk kurumlarının sistemleştirilmesi için kanun koyucunun arabuluculuğun geliştirilmesinden ilgili kurumu adıl muamele unsuru olarak görmesi, arabuluculuk süreci ve geleceği için en gerekli yol niteliğindedir. Dünya genelinde bir hukuki uyuşmazlığın ortaya çıkması demek, tarafların türlü sosyal, medenî ilişkilerden doğan hak, yükümlülük ve sorumluluklarını taahhüt ettikleri gibi yerine getiremediklerinden doğması demektir. Yoksa arabuluculuk yönteminde uyuşmazlık konuları üzerinde işlevler geleceğe odak olarak çalışması beklenmelidir, temelede tarafların gelecekteki menfaatlerine odaklanması beklenmelidir¹.

¹ Melis Taşpolat Tuğsavul, “Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)”, Ankara, 2012, s. 21.

Genelde davalı taraflar, bir uyuşmazlık ortaya çıkınca, hep kendi çıkarlarından yana olmayıp, bazen uyuşmazlığı çözmenin daha kısa yoldan istikbal için önemli olduğunu düşünmelidirler. Aksinde uyuşmazlığı, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemiyle çözmenin karşılığında, işi mahkemeye kadar devam ettirmede, davadan doğabilecek ek masrafları ve kısmen ek kayıpları düşünmek zorunda kalırlar. Dahası uyuşmazlıklar artık ortaya çıkınca taraflar menfaat izlemelerinden dolayı, bazen işi kısa yoldan çözmenin yerine iyice çelişkileştirmelerinin de eksik olmadığını kabul etmek gerekiyor. Bu durumda süreç tarafları daha gerginliğe uğratarak, işi daha da zorlaştırarak ve çözüm için sadece profesyonel arabulucular katkısıyla sonuçlandırmaya doğrudan doğru sebep oluşturmaktadır. Taraflarla baştan iletişim kurma sırasında ticari iş ilişkilerden doğabilecek menfaat zıtlığı da gözetlenerek, taraflarla temas kurma sırasında işe profesyonel bir hukukçu katmanın önemli olduğu bir gerçektir. Aksi durumda yapılan tüm çabalarımıza rağmen, arabuluculuğun uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak gördüğümüz beklentilere kavuşa bilmemizde, başarısızlığımıza sebep de yaratmış olabiliriz. Çünkü arabuluculuk uygulanması için sadece kanunen öngörülmüş sürenin gerekli olduğu bağlılığını itirazsız kabul etmemeliyiz. Bu anlamda öğretide süre konumu ile ilgili herhangi eleştiri bulunmamaktadır. Ayrıca arabuluculuğu her yönden tasarruf etme çabası üç devletin de yaklaşımında ön planda tutulmuştur. İşin özetleme durumuna gelirsek de şu şekilde; belli ki taraflar esas önemli detayları küçümseyip bazen de acemiliklerinden veya menfaatlerini fazla düşünmelerinden önemli detayları kaçırabilme durumu sebep yaratmaktadır ve bulunma deneyimi de varlıktadır. Bu tür yaklaşımda taraflar, uyuşmazlıklarda AUÇ yöntemlerini uygulayarak daha kısa yoldan çözebilmenin yerine, işi daha zorlaştırarak dezavantaja döndürme gibi meydana bulunmaları da rastlanmaktadır.

İdarî, cezaî, medenî (telif hakkı), iş ve aile, tüketici hukuklarındaki uyuşmazlıkların ortaya çıkması bu tür sebeplerden oluşmaktadır. Ayrıca uyuşmazlıkların kısa yoldan iyi sonuçlanması konumunda, çözüm alternatifleri koşul çeşitlerinde belirli bir hukuki nitelikli çözüm yöntem karma sıfatına getirilmesidir.

Değişik konulardaki hukuki uyuşmazlıklar ve anlaşmazlık çeşitlerinin ortaya çıkması, bizlere bu konuda teorik açıdan güncellemeye ve farklı görünüşleri bir daha değişik koşullarla özgü özelliklerini iyice araştırmaya sebep olmaktadır.

Her devlet, mevcut istatistiksel bilgilere dayanarak, uzlaşma şeklinde alternatif çözüm yöntemlerini uygular. Ayrıca taraflar arasındaki ihtilafları çözmede, gerekli tedbirleri alırlar. Alternatif yöntemlere başvuran taraflar, soru olumsuz sonuçlanırsa, mahkeme nezdine çıktığına kadar yine de uyuşmazlıkların çözümü için gerekli tüm çabayı denemeye gayret edeceklerdir. Esas çözüm yöntemleri konumunda, hangi hukuk dalında en çok uyuşmazlığın olduğu üzerinden de gerekli işlemler yapılır.

Sonuç itibarıyla bir dava, taraflara çatışmanın muracat çözümü için uzman kişiye başvurmada sebep yaratacak olduğu anlaşılıyor nasılsa, aksi durumda taraflar davayı devlet mahkemesine kadar ulaştırmak zorunda kalırlar. Bazen de daha mahkeme bünesinden tam mahkemelik dava haline gelmeden, mevcut uyuşmazlık hususu tarafları karşılıklı uzlaşma yolunda anlaşarak dava dışı çözüm yoluna yöneltilmelidir. Taraflar, bir uyuşmazlıkla karşılaşınca kendilerine göre çözüm arama konusunda bir alternatif çözüm yolundan yana olmalıdırlar. Bu yolda birden bir somut yol olarak seçilen arabuluculuk usulü, uyuşmazlık (anlaşmazlıkların) çözüm yolu çeşitlerinden de bir tanesidir; ayrıca bu tür hususlarda menfaat çatışmaları sırasında hukuki uzlaştırma yolu olarak ta tercih edilmesidir. Uygulamada, devlet genelinde arabuluculuk, bir çözüm yaratmada ihtiyaç görülmektedir ve pratik olaylardan değişik hukuk dallarından somut oluşturan durumun kanunen yönlendirilmesi arabuluculuk sırasında uyuşmazlık konumunda çözüm için gerçek yöntemler arayıp bulmada özgü özellikleriyle iyi onurla sonuçlandırmayı hedef tutmuştur. Esas arabuluculuk kimin haklı kimin haksız olduğunu bulmaktan ziyade yapıcı çözümler aramaya odaklanır. Arabuluculuk süreci, anlaşmazlığın kişisel ve duygusal yönlerini dikkate alabilir ve katılımcıların zaman ihtiyaçlarına, istikbala dönük ilişki devam ettirme düşüncesine göre kolayca da uyarlanabilir. Aslında arabuluculuk süreci, gizli bir süreçtir, bu nedenle çözüm uygulanırken katılımcıların özel çıkarları alanı tamamen korunup ve dikkate alınıp önem verilmesi gereklidir. Anlaşmazlığa katılanların yaratıcı yeteneklerini kullanmaları konumunda ihtiyacda bulunup ve anlaşmazlık çözüldükten sonra

geleceğe bakmalarını sağlar. O yüzden tarafları AUÇ yönlendirmek, yürürlükte olan HUAK önemli role sahiptir. Bu anlamda uygulanmaya sokulan arabuluculuk yöntemi, her devlet için kendi çabası sınırında gerekli yasal düzenlemeler için gerekli çalışmalar gündemindedir. İleride AUÇ sisteminin başlangıcı, gelişmesi ve uygulanması açısından kıyas edecek olduğumuz üç devlet; Türk, Rus, Kazak hukuku bakımından arabuluculuk hakkındaki temel ilkeleriyle bilgileri açıklanacaktır. AUÇ yöntemleri, arabuluculuk türleri, onların uygulamadaki özellikleri ve arabuluculuğa ilişkin dünyadaki gelişmeler ve düzenlemeler nedir. Ayrıca tez konusu olan devletlerde arabuluculuğun uygulamada işlevi ve yürüşü, problemleri, gelişimi ve onlarla ilgili doktrindeki görüşler değerlendireceğimiz konular arasındadır. Yaşadığımız ile karşılaştığımız uyuşmazlıkların Arabuluculuk Kanunu Tasarısında kabul edilip yürüye geçecek kuralların uygulamadaki özelliği açısından ne gibi sorunlar yaşanıyor, onlar ileride açıklanacaktır. Arabuluculuğun devlet mahkemesine eşlik yaratıp yaratmaması hususunda, incelediğimizdeki devletler arasında kıyas neticesindeki araştırmalarımız ayrıca kaleme alınacaktır. Arabuluculukla ilgili incelemeye gayret edecek olan eserlerde doktrin özelliği, yaşadığımız hayatta AUÇ yöntemlerinin uygulanması yönünden iyi bir ilerleme adımı olduğunu da kabul etmeliyiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARABULUCULUK HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ KAVRAMI VE TÜRLERİ

A. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Kavramı

Esas konumuz alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlık sırasında çözüm için bir yaklaşım, bir metod, bir çıkış yol olarak değerlendirilmektedir. Tez konumuz olan üç devletin; Türk, Rus ve Kazak hukuk sistemindeki arabuluculuğun temel ilkeleri nedir ve onların yeri, onların çözüm yöntemi sıfatındaki rolü açıklanacaktır. Doktrinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uyuşmazlıklarda uygulanma durumu ve yaydırıcı olmasa da, yargı yoluna engel olmayan hatta ona eşlik eden taraflar iradeleri önem veren prosedür olarak ve çözüm yollarında esneklik imkan sağlayan bir usûl olduğu anlaşılmaktadır. Bununla beraber alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerini dışlamayan ve onlara yardımcı nitelikte olduğu da ifade edilebilir. Hatta alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ihtilaflarda çoğu zaman dünya genelinde en çok kullanılan ve talepte bulunan bir çözüm prosedürüdür. Bu durumun nedenleri, arabuluculuğun yargısal çözümü fonksiyonu ihtiyacda bulununca bir tamamlayıcı etkide olabilmesidir².

Anlaşmazlıkla karşılaşan tarafların genelde farklılıklarını yönetmede kendi yaklaşımları ve önerdikleri yöntemleri mevcuttur. Menfaat çatışması sebep yaratan taraflar, bir hukuki ilişkiden kaynaklanan sorun üzerinde istedikleri amaç ve güdülen farklılıklardan dolayı ana sebep oluşturabilir. Bu durumda Moor tarafından hazırlıkta bulunan şema, uyuşmazlık yönetimi konusunda bize fikir vermektedir. Şemadaki özellik ise, fikir ayrılıklar bazen resmiyete dönüşmeden de halledilir durumları bellidir. Anlaşmazlık başlangıcında taraflar yeniden yaratılmış anlaşmazlığın kendi kendinden çözülmeyeceğinden ne kadar tahminli olsa bile bu rahatsızlıktan

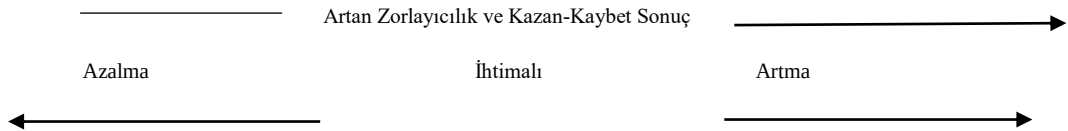
² Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven; “**Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**”, 2.Baskı-İstanbul, Kasım 2019, s.8.

hoşlanmadıklarından dolayı bir birinden kaçınmaya bile çalışabilirler, tartışma usulunun önemli olmadığını benimsemeyebilir, hatta bu durumun bir şekilde düzelebileceğine inanmaya da bilir veya her hangi bir netice sunmada hazırlıksız olabilirler.

Zaman zarfı içerisinde taraflar artık anlayacaklar ki uyuşmazlıktan kaçınmanın mümkün olmadığını, gerginlik bir şey kazandırmayacak anlamına gelince, bu sırada taraflar farklılıklarını hal etmek için resmî olmayan yoldan müracatta bulunacaklar tartışmalarını çözmeye gayret edecekler. Sonuç itibarıyla karşılaşan anlaşmazlıklar tarafları bir çözüme kavuştururlar veya sorunu çözüme kavuşturacak istek ve becerikliğin eksikliğinden bir tarafa atılır³.

Tablo 1: Anlaşmazlık Yönetim ve Çözüm Yaklaşım ve Yöntemleri

Taraflara Ait Özel Kararlar	Edilmiş	Üçüncü Tarafların Kararı	Özel	Hukuki (Kamusal) Otoriter üçüncü bir tarafın karar alma yetkisi	Hukuk Dışı Zorlayıcı Karar Verme Yetkisi
Anlaşmazlıktan Resmî Arabuluculuk kaçınma ve Sorun Çözme	Gayri Müzakere Tartışma	İdari Karar ve Hakemlik		Yargı Yasal Kararı Kararı	Şiddet Şiddet İçermeyen- Doğrudan Eylem



Kaynak: Moore, s.6.; Kekeç, s.11.

³ Moore, s.6.; “Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler”, 6325 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 3.Baskı, Ankara 2016, Elif Kısmet Kekeç, s.11.

Arabuluculuk, ortaya çıkan bir uyuşmazlık sırasında, tarafların işi daha iyi niyetle ve ilişkilerini muhafaza ederek mahkeme yargısına başvurunun arka plana düşünerek, tarafsız bir üçüncü kişi veya kişilerin aracılığıyla mevcut uyuşmazlığı çözme konusunda anlaşmalara istinaden meydana gelen usûle verilen isimdir⁴.

Bireyler arasındaki ilişkiler bazen uyuşmazlıkla sonuçlanması gayet doğaldır⁵. Bu ortamda uyuşmazlığın çıkmasını engellemek için alınabilecek karar olabildiğince tedbirli davranış gerektirir⁶. Hatta taraflar aralarındaki anlaşmazlığı belli bir yere gelerek, bulunarak ve fikir alış verişi katkısında bulunma noktasında çözecekler ise anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönüş yapmadan da sonuç yaratması mümkündür⁷.

Gelen ve mecbür bir üçüncü kişinin aracılığı dışında veya mahkeme yargısı olmadan bir sonuç elde edemeyecek ihtilâftan kaynaklanan, menfaat çatışmalarından doğan rakip zıtlık getiren belli bir husus üzerindeki taraflardan bahsediyoruz.

Tarafların ana gayesi uyuşmazlığı ortadan kaldırmak ve taraf olarak isteklerinin iradilik eşitlik, gönüllük çerçevesinde müzakere etmektir. Bu nedenle yaygın kullanımıyla alternatif uyuşmazlık çözümü, geleneksel uyuşmazlık çözüm yollarına alternatif sunan bütün uyuşmazlık çözüm yollarını kapsamaktadır. Pratik açıdan ise, hukukçularca öngörülmüş çözüm yolu, dava açmadan uyuşmazlığı

⁴ Bkz. İldır, s.88; Özbek, m.35/A, s. 123; Goodman, s. 20; Kekeç, s.520-521; Kekeç, s. 22.

⁵ Kekeç, s. 11.

⁶ Konu üzerinde yardımcı olabilecek bir düzenleme talebinde bulunmaktadır. Noterlerin işlevleri fonksiyonu yerine getirilmesi düşünülen ve yeniliklerden birisi kapsamında, noterlerin danışmanlık işlevi öne geçmeye ihtiyacda bulunmaktadır ve onun için faaliyet düzenlenmektedir. Bununla hukukî ilişkilerin baştan, ileride çıkması muhtemel tüm hukukî sorunların çıkışını önleyebilecek nitelikte biçimlendirilmesi hedef görülmektedir. Esas hedef yapılandırma şeklindeki “hukukî mühendisliği” sıfatındaki bir hizmetten yararlanmasına önem görülmektedir. (Arslan/Tanrıver, s.211); Tanrıver, Noterlerin işlevleri Alanındaki Yeni Gelişmeler, s.17; Tanrıver, Kanun Tasarısı Taslağı, s.58; Tanrıver, Avrupa Birliğinde Noterlik, s.583,588). Şu an için Noterlik Kanunu’nda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, ilgili Kanun’un 1. maddesi, noterlere hukukî anlaşmazlıkların doğumunu önleme görevini vermek suretiyle, onların danışmanlık ve dolayısıyla hukuk mühendisi olma görevlerini üstü kapalı bir durumda belirtmiş olması (Tanrıver, Noterlerin İşlevleri Alanındaki Yeni Gelişmeler, s.19; Tanrıver, Kanun Tasarısı Taslağı, s.60). Genellikle pek çok sözleşmeye imza atan şirketler başta olmak üzere koruyucu avukatlığın önemi konusunda ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s.292.

⁷ Karakoç, **Vergi Yargılaması**, s.39 vd.; Karakoç, Sistem, s.1194; Karataş Durmuş, **Uzlaşma**, s.10 vd. Taraflar arasındaki bağlantılı bir nikbinliği (davacının yargılama prosedüründen daha beklentili bir isteğe kavuşma duruma ulaşma; davalının ise yargılama sonucunda uğramayı düşündüğü beklentisinin daha az oranla rastlanması) tarafların anlaşmada zorlaştıracak ve ayrıca onların yargısal çözüme gelmelerine sebep yaratacaktır. Taraflarca bağlantılı bir pesimizm (tarafların yargılama prosedüründe daha azına razı olacakları yaklaşımı) beklentisi yaklaşımında bulunmakla taraflar arasında anlaşma mümkün olabilecek, sıkıntıya yargı yoluyla çözüm arattırmayacaktır. Bkz. Canyaş, **Uzlaşma**, s.185-187.; Burcu Demirbaş Aksüt, “**Vergi Anlaşmazlıklarının Çözüm Yolu Olarak Uzlaşma**”, 1. Baskı-İstanbul, Ocak 2021, s.9.

çözme sürecini ifade etmektedir. Bu nedenle alternatif uyuşmazlık yolu ile sonuç, uyuşmazlıklarla ilgili olarak mahkemelere gitmeden elde edilen, mahkeme dışı veya alternatif olarak tercih edilen ilgili yolları (yöntemleri, usûlleri) kapsamaktadır. Söz edilen yolların asıl hedefi, daha ziyade küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendir meyen uyuşmazlıkların, adlî bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmektedir⁸. Alternatif uyuşmazlık çözümleri, devlete ait yargı yetkisinin mevcut egemenliğine herhangi bir zarar vermeden işlerlik kazanan, yargıyla entegre biçimde uyuşmazlık çözümünde uygulanma alanı bulan ve hukuk sistemini zenginleştiren bir süreçler ve mekanizmaları bütünü sıfatındadır⁹.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kavramı, yargıya rekabet eden ve onun yerini almaya çalışan bir mekanizma gibi algılanmasına sebep oluşturan 'alternatif uyuşmazlık çözümleri' tabiri yerine, amaç ve işlevinin daha iyi bir biçimde tanımlanmasına hizmet eden dostane uyuşmazlık çözüm yöntemleri kavramının kullanmasının daha uygun olduğu ifade edilmektedir. Ama bu görüşe tarafcı olmak ana kavramın bütünlük mağnasına aykırılık yaratmamaktadır. Esas uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde “dostane“ gibi yöntem bulunmamaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, karakteristik özellikleri, iradîlik (gönüllülük), eşitlik, gizlilik, dürüstlük (güvenirlik) ve samimilik, bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunma ve tarafların yargıya başvuru hakkının varlığı tanımlanıp tamamlayıcılık özellikleri bulunmaktadır¹⁰. Açıklanan bu özellikler sadece alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının karakteristik özellikleri değil, ayrıca arabuluculuk kanunun da bile alternatif uyuşmazlık çözümlerinin temel ilkeleri olarak gösterilmektedir. Dolayısıyla AUÇ yöntemi usûlen baştan yaşandığı işlemleri dahil olmak üzere bir alternatif sıfatını kazanmasıdır ve bu tür tanımla kendisini arattıran bir yöntem olarak, yenilenmiş bir durumda bulunmasıdır. Yoksa esas AUÇ devlet yargıç sistemine rekabet yaratmamakla bulunup, sadece eşlik yaratan, hatta işi hafifletici vazifesini tam mağnasıyla yürütmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını ayrıntılı varlığıyla incelenmek gerekir. Genelde mahkemelerdeki arabuluculuk uygulaması iki şekilde gerçekleşmesine karşılaştığımız; bu sonuçta mahkemenin kendi bünyesinde

⁸ Pekcanitez, s.14; Ildır, s.61-64.; Özbek, s.155-174.

⁹ Pekcanitez, s.15.; Tanrıver, s.28.

¹⁰ Tanrıver, s. 28.

arabuluculuk hizmetinin sunulması söz konusudur ya da taraflar, mahkeme dışında bu hizmetin özel arabuluculuk hizmetini sunucularına yönlendirilmeyle işlem görecektir¹¹. Örnek, İngiltere mahkeme dışında özel arabuluculuk hizmeti sağlayıcılarından yararlanmasıdır. Ayrıca tam tersine de Slovenya'daki durum, arabuluculuk sistemi mahkeme bünyesinde sunulan bir hizmet sayılır ve arabuluculuğun da devlet mahkemesiyle bütünleştiği sistemleştirilmiştir. Verilen örnek, arabulucuların mahkemeye bağlı hizmet vermesi ve mahkeme tarafından hem finans edilip hem de eğitilip ve kontrol altında da bulunarak lisanıslandırılması durumu anlatılmaktadır¹².

Az evvel yukarıda verdiğimiz bilgilere istinaden bir arabuluculuk AUÇ hizmetini sunmanın üç acıdan önem taşımanın neler olduğunu açıklarsak: Birincisine göre, mahkemelerin görevlendirilen birisi tarafların uyuşmazlıkların çözmelerine yardımcı olmaktır ve bu anlamda mahkeme, vatandaşlarına uygun seçeneğe (bu dava yolu veya tarafsız ön değerlendirme olabilir) ulaşma imkânı sağlamalıdır. Özelliği de şu, mahkeme dışı özel sektördekilere (gücü yetmeyen kişileri) uğraşmanın ve yerine nasılsa mahkeme binasında da bu hizmetin sunulması daha uygun bulunması. İkincisi ise, dosya daha mahkemeye gelene kadar kişisel iken, mahkemeye geldikten sonra, artık bir kamusal bir seviyeye ulaşırılığı¹³. Yalnız bu sırada artık mahkeme bir şekilde, AUÇ'nin kalitesini garanti etmelidir¹⁴.

Mahkemelerce AUÇ'nin hizmeti sunmasının üçüncü yolu, vatandaşların karşılaştığı uyuşmazlıklarını çözmeleri hususu mevcut olan kamusal sorumlulukları ve kanunları açıklayarak uygulama görevlerini yerine getirmeden kaynaklanan sorumluluk sayılır. Eğerde tarafların sorularında yardımcı olacak tarafsız kişileri mahkemelerde bulamaması varsa, adalet sisteminde sorgulamalarına sebep yaratır. Anlaşıyor ki, AUÇ'nin sadece özel sektöre bağlı kalması, anlaşıldığı gibi kişisel adalet sisteminin yaratılmasına imkan sağlar. Bu anlamda da mahkemelerin barışı

¹¹ Zalar, s.55; Özbek,s.326.; Kekeç, s.216.

¹² Genel anlamda kabul edilen bu görüş ise, mahkemeler, gönderdikleri bu dosyalarla ilgili olarak, uyuşmazlık çözüm programında sunulan hizmetin kalitesinden sorumludur (bu konuda bkz. Shaw,s.155,dn.1;156) Burada risk altında olan sadece kıt kaynakların boşa gitmesi değil, kullanıcıların ve nihayetinde toplumun adalet sisteminden memnuyetsizliğinin oluşması ve ona olan güveninin kaybolmasıdır (Shaw, 155); Kekeç s.217.

¹³ Zalar, s.55; Kekeç, s.216.

¹⁴ Kekeç,s.216.

koruyucu ve içtihat yapıcı özelliklerini, mahkeme bünyesindeki bir AUÇ programına göre fazlasıyla zarara uğratma durumunda bulunması¹⁵.

Mesela, İngiltere’de, mahkeme dışında özel arabuluculuk hizmeti vesile edenlerden istifade etmektedir. Bu prosedür üzerindeki arabuluculuk, hukuk davasından ayrı bir süreç dönüşmekte bulunup ve mahkemenin işlemlerinin haricinde kabul edilmiş olduğu sayılır¹⁶. Ayrıca çeşitli görüş sahipleri bazı yönlerden eleştirilere yine de tabi kalmaktadır. Esas mahkemede AUÇ özenini takdim etmek üç yönden tasarlamaya önem vermektedir; ilki zaten mahkemelerin görevlerini vatandaşların uyuşmazlıklarını çözmede yardıma bulunmaktadır ve anlamda mahkeme ise, vatandaşlarını münasip bir çözümü elde etmesine imkân sağlamış bulunur. Diğerisi dosyanın mahkeme gelişine kadar kişisel olup ve mahkemeye geliş sonrası da kamusal bir surete çekilmesidir¹⁷. Bu nedenle ziki edilen ikisinin mahkeme katımlı oluşundan dolayı AUÇ’nin kalitesini garanti edilebilmesi denilmektedir Peki bu eleştiri maruzluktaki nedir. Scimessa’a göre bu eleştirilerin hangi şekilde özetlendiğini ileride ayrıca üzerinde duracağız. Max Weber’in görüşleri¹⁸ alternatif uyuşmazlık çözümüne diğer eleştiriden bir tanesi AUÇ’in teorik bir temelden yokluğu ve onun daha da ileri hukukî gelenekler ve bireysel uygulayıcıların kapsamının özeti, taraflar arasındaki eşitsizlikleri dikkata almadan uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceğine bakılmasının doğru olamadığı; yöntemin kullanım zamanına ilişkin gerçek deneyimlerine daha bağlı kalmasıdır.

Bu kapsamda, nedenler tanımlı olması ‘neden’ ve ‘ne zaman’ olduğu belirlenmeden, nasıl olacağını yeterli sayıp alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sadece toplumsal kontrolün bir yedeği olduğu yeterli görülüp haklı kılacağı belirtilmiştir¹⁹. AUÇ mahkemelerce katkıda bulunan üçüncü görev yolu, tarafların

¹⁵ Bu konuda bkz. Kramer, Xandra E.: Avrupa’da Usul Hukukunun Yeknesaklaştırılmasına Yönelik Büyük Bir adım: Avrupa Küçük Talepler Usulü Avrupa Yeknesaklaştırma Çalışmalarının Başarıları, Yeni Özellikleri ve Bazı Temel Sorunlar”, (Çev. Ayşe Gülin Güralıp), Halûk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009, s.595-630; s.597 vd.; Kekeç, s.217.

¹⁶ Zalar, s.55;Kekeç, s.216.

¹⁷ Esas anlamda makule geçen görüşün, mahkemeler, gönderdikleri dosyalarla ilgili taraf anlamında, uyuşmazlık çözüm programı genelinde takdim edilen hizmetin kalitesinden sorumlu olduğu ortadadır (bununla ilgili bkz. Shaw.s.155,dn.1;156). İşte risk altında bulunan durum kıt kaynakların faydasızlığı değil, kullanıcıların ayrıca sonunda toplum adaletini memnuniyetsizliğe uğratma ile ona güveninin suistimal etmektir (Shaw, s.155); Kekeç, s.216.

¹⁸ Scimecca, 216 vd.: Kekeç, s.14.

¹⁹ Alman sosyolog ve düşünür Max Weber’in görüşleri, anlaşmazlık teorisinin daha kapsamlı doğrultusunda bulunduğu, doktrince tercihte bulunması (Scimecca, s.214). Hatta Weber’in

uyuşmazlıklarını çözmelerinde varlıkta bulunan kamusal sorumluluklarını ve kanunları izah ederek uygulamada bulunmaları. Scimecca tarafından yapılan bu eleştiriye, Weber’ci anlaşmazlık teorisi ışığında ve anlaşmazlığın kavranmasını sağlayacak bir ortamıyla çözüm bulmaya gayret etmiştir. Durumun özeti, karşılaşılan anlaşmazlıkta, anlaşmazlığın temel sebebi taraflar arasındaki güçlerin eşitsizliğinden kaynaklanmaktadır. AUÇ bahsettiğimiz bu durumda, yani tarafların eşit olmadığı ortamda varmış gibi göz kapatarak çözmeye mücadele ederse, böyle bir yaklaşım iyi bir sonuç veremes ve aynı karşılaşmada bu süreç sadece toplumsal kontrolünü yansıtıcı bir durum olduğunu hissettirir ve bir parçası olarak ta kalır.

Eleştiriye göre, alternatif uyuşmazlık çözümünün bireysel sorumluluğu uyuşmazlığın ana sebebi olarak tanınmasıdır. Bunun neticesinde, uyuşmazlıkların sebebi olarak yapısal eşitsizlikleri dikkata alınmaz, şikâyetler görmezden gelinir ve temel sosyal yapıya hiç sorgulanmaz ya da bazen de sorguya alınır. Varsayım mantığıyla açıklarsak; Mantıklı bireyler, uyuşmazlıklarını çözebilme yetkisinde olmalıdır; aksi durumda onlarla yaşarlar. Weber’ci anlaşmazlık teorisinin bu yukarıda zikir ettiğimiz ikinci eleştiriye karşılığı sayılır, topluma odaklanması, çünkü baştan esaslı bir teori olmasıdır²⁰.

Diğer bir eleştiri, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bazen de yetersiz kalma durumundan bahsedilecek. Bu görüşe göre, AUÇ yöntemleri belli uyuşmazlık türlerinde yoğunlaşır, örneğin, iş, çevre, aile hukuku gibi diyelim. Ama bunlarda yaygın olan şiddet, otoritelere²¹ karşılaşmak veya hukuk kurallarına aykırılık görülmez olması ve üçüncü kişinin rolü de sınırlı kalması gibi durum. Yapılan seçeneklerdeki, tarafların anlaşmazlığını ortaya koyarak, çözebilme, sona erdirmek gayretiyle yeterli kapasiteleri varlığı; ihtiyaç duyulan seçenek, hasım taraflar

anlaşmazlı teorisini özetlersek neleri içerdiğini böylece sıralayabiliriz: 1) Anlaşmazlıklar sosyal hayata özgü kavramlardır ve onun için de her zaman göz önünde bulunmaktadır. 2) Toplumda güçler, gruplar ve bireyler arasında farklı dağıtılmıştır. 3) Hangi toplum olursa olsun sosyal düzene gelince, güçlü olan kişilerin zayıf olan kişiler için koymuş olduğu ve ihlâli hâlinde yaptırıma bağlanmış olan kurallar ve emirler ile sağlanabilmesi mevcuttur. 4) Toplumsal yapı ve toplumun normatif sistemi, durumu iyi olmayan kişilerden ziyade etkilenir ve bu kişilerin menfaatlerini temsil etmesiyle tanılmaktadır. 5) Sosyal değişimler esas daha güçlü kişilere zarara uğrattır. Dolayısıyla güçlü kişiler, çoğu kez mevcut durumdan yanadırlar ve zarar verici değişikliklere de karşılıklı bulunurlar.

6) Bununla beraber, toplumun yaşadığı değişiklikler bu değişikliklerden yararlanacak ve bunları hal edecek güce sahip kişilerle çözülür. Bu mağınada güçlü kişiler, bir değişiklikten yararlanacak düşüncede ise, bu tür desteklemede tereddüt yaşamayacağı belli. (Duke, s.69-70); Kekeç, s.14-15.

²⁰ Kekeç, s.15.

²¹ Kekeç, s.15.

arasındaki iletişimi kolaylaştırmak bir süreç esnasında eldetmek çabasıdır. Diğer bir eleştiri konusu, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin siyasî ve kamusal örgütlere alternatif olarak ifa edilmesidir ve bu yönden toplumla bağlantısı olmadığının düşüncesindedir. Dahası, tarafların, ana gayeyi ne kadar tercih ettikleri ön planda olsabile, isteksizliklerinden ötürü olaya anlamamış gibi yaklaşımlarıyla, üçüncü kişinin sağlamak istediği mücadeleler boşuna çıkmış olur olması anlaşılıyor. Bu sırada Weberci teoriye göre²², siyasi anlaşmazlıkların güç üzerinde olduğu göstergesidir ve bu arada da hukuk sistemi meşruluğa dayanacağı gayet doğaldır deliniyor. Taraflara düşen görev ise, ne kadar yanlış anlaşılmalara varlığına göre, iletişim eksiklerini yoklama gibi çalışmaları ile mücadeleleri arattırmadan, sadece gücün rolünü değerlendirme üzerinde kalırlığı²³. Çünkü adaletin yerini bulması toplumun birliğini geliştirecek, ayrıca toplumun üyelerine adaletin dağılımına katılma imkanlarını armağan etecektir.

Üzerinde durulan başka bir noktayın ne olduğunu açıklayalım. Bu görüş, üçüncü kişinin tarafsızlığının zaten kendi başına bir varsayım olmasıdır. Üçüncü kişi uzlaşmayı destekler; ama eşit olmayanlar arasındaki mevcut avantajlar, varılacak anlaşmanın nasılsa taraflı olmasına sebep oluşturur. Bu sırada da AUÇ meselenin çok azı dışında uygulayıcıları tarafsızlığı sorgulamaz ve tarafsızlık, eşitsizlik yaratılsa bile uygulanacaktır. Dolayısıyla netice itibarıyla üçüncü kişi, varsayılan tarafsızlığı yapılan işlemiyle mevcut durumu eşit olmadığına rağmen desteklemiş etkisinde bulunuyor. Weberci anlaşmazlık teorisine göre, anlaşmazlığı anlamada ve çözmede tarafsızlık veya akıla uygunluk değil, güç ve onun eşit olmayan çözümü kilit rol oynadığı mantığı ortadadır. Bu durumda üçüncü taraf, gücün rolüne bağlı olarak, böylesine dengesiz bir güç ortamının zayıf tarafı nerede ve ne zaman anlaşmaya zorlayacağına her zaman önem vermelidir.

Başka bir eleştiri, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temel amacının kayıp etme durumudur. Sıralanan bu görüş sahiplerinin fikirlerini tamamen olmasa da kısmen yoka çıkartmak mümkün olmuyor. Ancak tamamen Weberci yaklaşımı gibi konumu sırf anlaşmazlık çözümünde çözücü rolde güç öncelik kazanır olmasını kabul edemeyeceğiz. Bu anlamda dengesiz ayarı ne kadar zayıf olsabile, taraf

²² Weberci teorisi, esasında güç ve çözümün temeli kuvvetlendirme için bkz. Kekeç, s.17.

²³ Kekeç, s.16.

mecbürlemeyle çözümü kabul etmeyebilir. Belki de nasılsa güçlü tarafın sunduğu bir teklif de olabilir, ancak diğer tarafca uygun olmayan teklif üzerinde çok rahatça reddedilebilir olması da mümkündür.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının asıl hedefi ve en iyi uygulama alanı olarak, kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıklarda taraflar arasında çözülebilecek uyuşmazlıklarda ihtilafları büyütmeden, aynı zamanda da varlıkta bulunan mahkeme yükünü katlamadan, çözücü işlevde bulunmasıdır²⁴. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla yargısal çözümden farkı üzerinde durarsak, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları tarafların iradelerini esasa alarak, zorlama durumunun olmaması ve gönüllü katılımı ile tarafların menfaatleri korumayla imkan sağlamasıdır. Alternatif çözüm yolları, diğer çözüm yollarını dışlamadan, onların yanında ve onlara yardımcı olabilir bir nitelikte bulunmalıdır²⁵, esas yararlanmak isteyen, ilgi veya merak edenin mürakat edeceği bir yöntem olarak da anlaşılabilir²⁶. Arabuluculuk sürecin daha kolay ve basit olması, çözümün kişisel tatmine ve barışa hizmet ediyor olması arabuluculuğun farklandırır. Dolayısıyla yöntemlerin uygulanmasına gelince oldukça az formalite, daha az zaman, daha az masraf ile az gerilimeye karşılık, taraflarca fazla kontrolün sağlanması, iletişim ve menfaat odaklı yaklaşımlara önem verilme gibi metodlar, kalıcı çözümleri meydana getirmesyle yargısal yönleri tamamen kapamış etmesidir²⁷. Az yukarıda dile getirdiğimiz uyuşmazlık çözüm yöntemlerindeki bilgiler genelinde en klasik yoldan taraf iradelerinin ise, en az önem verildiği çözüm yöntemlerindendir ve diğer yönden taraf iradelerinin etkisine daha fazlasıyla önem verilen yöntemler üzerinde yapılan bir sıralama şu şekildedir :

- Devlet mahkemesi kararıyla sonuçlanan çözüm
- Tahkim yargısı
- Arabuluculuk

²⁴ Pekcanitez H., s.15; Tanrıver, Sosyolojik Bir Bakış, s.821 vd.; Tanrıver, Alternatif, s.152; Özekes, Pekcanitez Usûl, C.III s.2806; Özekes, Arabulucu.s.42; Özbek, Alternatif, s.191 vd.; Özbek, Adalet Ulaşma, s.137 vd.; Kaplan, s.116; Kekeç, s.13; Taşpolat Tuğsavul, s. 24; Ildır, s.26 vd.; Biçkin,s.35.; Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.8.

²⁵ Pekcanitez, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, s.15; Özekes, Arabulucu.s.42. Ayrıca bkz.İbrişim, s.83; Tanrıver, Arabuluculuk, s.168; Bulur, s.33;Öztek, Tasarı, s.274; Özbek, Armağan, s.262; Özbek, İdari Uyuşmazlık, s.92. Benzer olarak bkz. “Türkiye Nörel Birliği”, s.53; Ildır, ÖzelJakem, s.13,15.; Kekeç, s.60.

²⁶ Konuralp, Tasarı, s.283.Ayrı yönde bkz.Özekes, Tebliğ, s.5, Taşpolat Tuğsavul, s.24; Kekeç.s.60.

²⁷ Özekes, Arabuluculuk, s.43; Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s. 10.

- Taraflar isteklerinden kaynaklanan müzakere

Görüldüğü gibi, bu sıralamadaki ilk ikisi öncelik yargısal çözüme bağlılık taşıdığı anlaşılıyor ve diğer son ikisi de, arabuluculuk ve müzakere yolu yargılamayla bağlılığı olmaksızın, pratik uygulamadan dolayı daha net tanımlan esnekliğe yön veren çözümlerdendir ve bu nedenle yargı dışı tarafların anlaşmasına bağlı kalmaktadır²⁸.

Arbuluculuk (uzlaştırma), uyuşmazlıkla karşılaşan tarafları, anlaşma koşullarındaki uyuşmazlık yaratan hususun müzakere edebilmeleri çözüm öğretmeyi hedef edip ve onların birbirlerini anlamaları için bir araya gelip, iletişimi kolaylaştırmak için amaç sağlayan, tarafsız bir üçünü şahısın (arbulucunun) gönüllü bir faaliyet alanı olduğu da denilmektedir²⁹.

Doktrindeki savunulan diğer bir görüş, arabuluculuk, taraflar arasındaki anlaşmazlığı kalıcı sıfatında ve o yüzden de çözmek amaçla yaşanan özel bir uzlaştırma yöntemi olarak böyle tanımlanmış oluyor³⁰.

Arbuluculuk, üçünü şahıs arabulucuya bağımsız ve tarafsız olarak, çatışan tarafların ikisi için de müşterekce desteklenebilecek bir çözüm üzerinde ve kabul edilebilecek, kısa zamanda da ulaşmaktaki karşılıklı menfaatlerinden yola çıkarak, anlaşmazlığın çözümünde çatışan taraflara yardımda bulunduğu bir uzlaştırma yöntemidir. Kanımca, bu benzer görüş sahibi dahil olarak, arabuluculuğun esas amacı ve görevi zıt tarafların kendi istekleriyle bir araya gelmeden ve karşılıklı anlaşmadan arabuluculuk ve arabulucu bu yöntemleri tek başına bir uyuşmazlığı çözücü olamayacağını anlamalıdır.

Belirttiğimiz sıralamada AUÇ, karşılığında ADR yöntemlerinin çeşitleri ve esas tarafsız üçüncü kişi veya kilişlerin katılımıyla gerçekleşen³¹ her tür çözüme

²⁸ Brown/Marriott, s.127; Bush Folger, s.8; Buhring-Uhle,s. 273;Cornelius/Faire,s.211;Kekeç-Arbuluculuk,s.23-25; Nolan-Haley-Alternative Dispute Resolution, s.62; Yazıcı Tıktık,Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s.8-9;Yılmaz Sözlük; Özbek, s.658.

²⁹ Pel, Machted: Referral to Mediation: A practical guid for an effective mediation proposal, The Hague 2008, s.19; Özbek, s.658.

³⁰ Özbek, s.658.

³¹ AUÇ genelde üçüncü kişinin katılımıyla beraber bu zorunlu değildir. Örneğin, doğrudanmüzakereler, yalnız başına tarafların katılımından oluşan bir AUÇ yoludur. Yalnız, doktrinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tanımında yer alması gereken ilk ilkesi, daha çözüme bağlanmadan üçüncü bir etkili şahsın müdahalesini gektiren görüş sahipleri (Yılmaz, s.846;İldır, s.27, Armağan, s.386; Özbay, Uzlaştırma, s.388; Ozbay, s.463) yerine, herhangi bir tarafsız kişinin katılımı olmadan da alternatif uyuşmazlık çözüm yolundan tarafcı olduğunu belirten görüş, bize

alternatif uyuşmazlık çözüm yolları verilmektedir (AUÇ/ADR-Alternatif Dispute Resolutions)³² arabuluculuk ve diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile sınırlı olmayıp diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine de uzanabilmektedir. Ayrıca taraflar yöntem olarak uyuşmazlıkların çözümünde uygulamak üzere çeşitli çalışmalar yapabilirler. Hedef uyuşmazlıkların daha erkenden, daha kalıcı ve sağlıklı sıfatta iş yükünü azaltmak, esnekliği daha bunun karşısında memnuniyeti artırarak çözümü yolunda farklı yöntemler değerlendirip uygulanmakta ve arayış sürecinde bulunmaktadır.

B. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Günlük hayatımızda insani ilişkilerimizden kaynaklanan irtibatlarımızı daha iyi iletişimde oluşturmaya gayret ediyoruz. Ancak bazen, anlaşmazlıkta baştan ilişki sırasında taraflar olarak titiz bir şekilde düşünemediğimiz detayları, iş kontrolden çıkınca ve ihtilafa dönünce ilk sırada işi çözmeye yine de zaman bulamıyoruz, gayret edemiyoruz. Herhangi bir iş başında alınan taahhütlerimizi yerine getiremediklerimizden dolayı kaynaklanan anlaşmazlıklar, tarafları hep doğrudan çelişkeli duruma sokuyor olmasıdır. Zaten bir anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönüş noktası zaten zıt tarafları zor ve sıkı duruma düşmeye sebep oluşturmasıdır ve ondan ötürü ortaya gerginlik, kırgınlık ve üzüntüler doğurmasına ana sebep yaratmaktadır. Esas tez konumuz olan bu tür hususlar, karşılaştığımız veya araştırma sırasında karşılaşılabilecek olduğumuz durumlar, yaşantılar söz konusudur. İşte böyle bir sürecin tek çözüm noktası, her zaman hukukî açıdan yorum ister. Bu nedenle iş hayatı tecrübesinden sıyrılmış ve sistemleştirilmemiş, yeterli tatmin edilmemiş bir pratik çözüm noktası doğrudan doğruya bu tür sürece öncüllük etme varsayımı gerekliliğini getirmektedir.

Böyle bir ortamda kendi menfaatlerini koruyarak harekette bulunan taraflar, uyuşmazlığı daha başlangıç aşamasında fazla gecikmeden, en kısa ve en uygun sürede, taraflar menfaatlerini koruyacak gerekli seviyede kendilerine göre yöntem uygulayarak sorunu baştan çözmelidir. Yoksa anlaşmazlık doğuşundan, bizzat

göre uygun olduğunu diyebiliriz(Özbek, s.127,dn.3;Özbek, Çözüm Türleri, s.200; Küçükgüngör, s.54; Tanrıver, Arabuluculuk, s.160; İbrişim, s. 76; Kekeç, s.13.

³² Kekeç, s.13

tarafllara bizzat yansıtıldığına kadar hukuk yoluyla işin çözülmeye çalışılması ve uyuşmazlığın kritik bir döneme girdiğinde ancak klasik yöntem yollarıyla çözümlmesine bir çare buldurur. İşte bu tür yaşantıyla karşılaşmanın tek sebebi de kişiler arasındaki menfaatlerinden kaynaklanan, menfaat ve rekabet sorularından yansıyan çatışma doğmadan veya doğunca hukuki bir çözüme ihtiyaç bulunmasıdır. Oysa topluma yansımayan tüm niteliği ile mevcut bir çatışma veya ihtilaf sadece çıktığı kendi alanını alehdar eder olduğu doğaldır. Hukuki ihtiyaç görünümüyle bu gayeyi ihtiyaç bulur ve mevcut dengeyi sağlamak zorunda kalınır. Çünkü bazen olumsuz tarafla sosyal dengeyi de bozuyor olmasıyla bellidir. Dolayısıyla taraflar arasındaki ilişkinin toplumda devam etmesi için gerekli hukuki tedbirlerin zamanında kullanır olması ve bu tür işlerde uygulanmış yönleri geçmişteki yanlışla bozulan hakkın düzeltilmesine dönük çaba gösterilmeli doğrusunun da geliştirilmesi ön planda bulunmalıdır.

Kaçınılması mümkün olmayan bir anlaşmazlıkta menfaatten kaynaklanan bir isteği meydana getirir ve bu nedenle menfaat zıtlığının gözetleyen taraflar, itham durumlarından dözemezsele herhalde anlaşmazlık bir uyuşmazlığa dönüşebilir. Nitekim ortaya çıkan anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönmesi taraflar için de iyi bir süreç olmayacağı bellidir. Çünkü anlaşmazlık, çatışma yoluyla devam ederse, tarafları menfaatler karşılığına uğratacağından dolayı, sonuçta nasılsa uyuşmazlığa döneceği gayet doğaldır. Örneğın, bir inşaat projesini yapmak için yapılan anlaşmada, ilk ödemeden sonra sipariş veren (arsa sahibi) verdiği sipariş projesinden vazgeçip, ön ödemesi olarak verilen bakiyeyi de geri istemesinde bir anlaşmazlık söz konudur. Vazgeçme sebebine gelince, sipariş veren, yaptırılan inşaat projesini şehir mimarlığı departmanı dairesinden izin onayınan verilmemesine yansıtıyor ve bu nedenle, mimar dairesi yetkilisinin de inşaat projesini onaylamayıp red etmesinden kaynaklanıyor. Ama arsa sahibi (sipariş veren) ise, bu itirazı inşaat projecinin yetkisiz olduğundan kaynaklandığını iddia ediyor halbuki inşaat projesi, projeci tarafından tamamen bitmesine rağmen, kalan bakiyeyi anlaşma üzerinde projeciye ödemenin yerine, ilgili sebep üzerinde ilk ödenen parayı bile geri istemesinden anlaşmazlık çıkıyor. Böyle bir hukuki ilişki taraflar arasında uyuşmazlığın oluşmasına ana sebep yaratıyor. Halbuki esas proje belediye imar müdürlüğünün itirazı sebebi idi, arsanın bina yapılması için bölgenin şehir planlamasına

uymadığından kaynaklanmasındır. Anlaşmazlığın çıkış sebebi, projenin sipariş üzerinde yaptığı bir projeyi siparişi tarafından bitince vazgeçilip, verdiği parayı da geri istemesi şeklinde özetlenebilir. Bu nedenle proje anlaşması esasında ödediği avansı siparişçinin geri isteme talebine hak görerek uyuşmazlığa ana sebep yaratmış olmasıdır³³. Tarafların işbirliğini reddetmesinden veya tarafların hukuk düzeni kendi ürettikleri çözüme izin vermiyorsa ve bu tür durumda iş hüküme ihtiyaç sayılıp bu çözüm yöntemi öne geçerlilik üstlenir olması. Oysa tarafların serbest iradeleri de geçerlilik role sahip olmayıp bu durumda devlet yargısı esasa alınacaktır³⁴. Uyuşmazlık, anlaşmazlığa izleme kazandırması, onların bir talep üzerinde kalması, doğrudan doğruya kamusal bir hal oluşturmasıdır. İhtilaflı tarafların üzerinde kalması yahut menfaati tahkip ederken temas dengesinin sağlanmaması mevcut görüşlerinin menfaatlerini gözetleyerek üzerinde durması ve görüşleri ile sonuçlanır. Bu durumda taraflar, menfaatleri üzerinde durarak talepte bulunurlarmış.

Ayrıca, mevcut bir uyuşmazlık varken, ona tarafların sürekli katlanması ya da hukuk yoluyla bunun devam etmesi söz konusu olamaz. Böyle bir durumun gerçekleşmesi ilk kişisel ilişkiler temasından başlanarak, sonradan da yayılarak hukuki ve kanuni yolla çözülmesi söz konusudur. Bugün çözüm yöntemleri bakımından, taraflar arasında işbirliğine dayalı barışçı yöntemlerin devam etmesi gerekir veya anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönerek tarafların karar mekanizmasında doğrudan yer almaktadırlar. Potensiyel bir çatışma durumu oluşturan anlaşmazlık, bazen toplumu yansıyan bir talebe dönebilir ve sonradan da aleni bir hale gelirse o zaman uyuşmazlık başlamış olur³⁵. Yaşantı hayatımızdaki karşılaştığımız anlaşmazlıklar, hem taraflar iradelerini muhafaza ederek hem de barışçı yöntemlerden belli bir ölçüde yararlanarak sonuçlanması da mümkündür. Taraflar bazen ne kadar emek sarf ettiğimize rağmen, hatta bir mahkeme öncesinde, mahkeme sırasında veya mahkeme sonrasında bir anlaşmaya varamazlar. Ancak tarafların anlaşmaya varılamamış olması, uyuşmazlığın başka bir türlü çözülemeyeceği anlamına da gelmez. Ancak arabuluculuk her uyuşmazlığı çözecek

³³ 18 Ağustos 2018 Tarihli Kazakistan Cumhuriyeti Almatı Şehirler Arası Ticaret Mahkemesi Kararı.

³⁴ Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.6.

³⁵ Özekes, Pekcanıtez, Usûl, C.III, s.2803 vd.; Kekeç s.4 vd. Anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramları birbiri yerine kullanılsa da aynı kavramlar değildir (Özbek, Alternatif, s.111 vd.). Uyuşmazlık tanımı hakkında bkz.Özbek, Alternatif,s.118; Ildır,s.22;Çelikoğlu, s.673; Uyuşmazlık, anlaşmazlığın bir alt başlığıdır ve anlaşmazlığın aleni ve somutlanmış halidir. Kekeç, s.5 .; Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.2.

mağnasında da bir yöntem yoktur. Üstelik mahkeme öncesinde, mahkeme sırasında veya mahkeme sonrasında hatta temiz aşamasında bile taraflar bir anlaşmaya varabilirler³⁶. Bu mağnada arabuluculuk her uyuşmazlığı bir şekilde çözümleyecek gibi bir usûl anlamını da taşımaz . Az yukarıda delindiği gibi, tarafların temyiz aşamasında bile anlaşmaları mümkündür ve her zaman bir uyuşmazlık çözüm yöntemini denemek isteyebilirler. Esas amaç, arabuluculuk sürecinin tarafları için her zaman esnek olması ana hedef olmalıdır. Arabuluculuk süreci içinde arabulucunun ana görevi de bu süreç boyunca yönetici sıfatında bulunmasıdır. Bu nedenle arabulucunun taraflarca iyi bir temasta bulunması gerekir. Sürecin sağlıklı bir şekilde yürebilmesi için sırf samimiyetlik yetersiz olup ve eşitlik, sabırlık, dürüstlük ve dengeyi sağlamak için de güven kazanması ancak bir anlaşmaya varabilmeleri düşüncelerine her zaman fırsat yaratır (HUAK m. 11,Yön. m.1 3/1) . Bu sırada arabulucunun prosedürü olarak taraflar için süreç devamında farklı çözümleri değerlendirme ve geliştirmelerine, mümkün olabilecek ihtimallerin artırılmasına yardımda bulunmak gibi ek görevi de devam etmektedir³⁷ .

İş ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda kullanılan alternatif çözüm yöntemi arabuluculuk dışında başka bir alternatif çözüm yöntemleri de mevcuttur. Türk hukukunda 22/6/2012 tarihli 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kabul edildiğinden itibaren, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve uygulama sırasındaki yeri dahil olarak işin özünde bu yenilik kurumsal ve etkinlik kullanımıyla devreye girmiştir. Alternatif uyuşmazlık yöntemleri, devlet yargı organlarıyla her hangi bir rekabette bulunmayan, yargılama hakkı ile müdahale işlevinde faaliyet sürdürmeyen, dışlama gibi fonksyon yaratmayan ve yaratamayan, bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak faaliyete devam eden metod şekilidir³⁸. Bu anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin mevcut durumu, devlet yargı başvuru yoluna engel olmadan, hatta bazen belli bir düzeyde de yargıya eşlik eden farklı ve esnek yollarında imkan tanınmasıyla ayıklanmış bir usûl veya yöntem olduğu anlaşılmaktadır.

³⁶ Kekeç, s.195.

³⁷ Ekmekçi, Özekes, Atalı Seven, s. 76-77.

³⁸ Pekcanitez Hakan, s.15;Tanrıver Suha, Sosyolojik Bir Bakış, s.821 vd.;Tanrıver , Alternatif, s.152; Özekes , Pekcanitez, Usûl, C.III s.2806; Özekes, Arabulucu, s.42; Özbek, Alternatif,s.191 vd.; Özbek, Adalet Ulaşma, s.137 vd.; Kaplan , s.116; Kekeç, s.13; Tuğsavul, s.24; Ildır, s.26 vd.; Biçkin ,s.35.; Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s. 8.

Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içindeki yaygın olan arabuluculuk deyince, uyuşmazlık çözümünde niteliği açısından bazen tamamlayıcı bir sıfatta olduğu da ifade edilebilir. Çünkü bazen, arabuluculuk sayesinde tarafların varılan anlaşmalarına bağlılık taşıyarak, diğer alternatif uyuşmazlık yöntemlerine her hangi bir zarar vermeden, uyuşmazlığa aradan çözüm bulup kaldırmada prosedür tamamen gerçekleşiyor. Diğer bir görüş sahipleri, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının asıl hedefi ve en iyi uygulama alanı olarak, kamu düzenini ilgilendirmemesi taraf iradeleri başta olmak üzere, daha uyuşmazlıklar taraflar arasında çözülebilecek durumun varlığı ve uyuşmazlığı büyütmeden, aynı zamanda da mahkeme yüküne katlamadan, çözülebilir imkan yaratıp oluşturması olarak görmektedirler³⁹.

Bu nedenle tarafların arabulucuğa başvurması, süreci devam ettirmesi, sonuçlandırması veya süreçten vazgeçmede serbestdir, uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmede ve anlaşmaya varılmada iradi, serbestçe hareket edebilmelidirler⁴⁰. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu maddesinin 3/1. ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği maddesinin 5/1. göre öngörülmüyor⁴¹. Arabuluculuğun diğer bir temel ilkesi eşitliktir. Bununla ilgili HUAK m.3/2. ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği 5/2 süreci boyunca taraflar eşit haklar sahiptir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini doktrinde bazı yazarlar 'çözüm türleri'⁴² olarak ta tanımaktadır. Bu çözüm türleri şu şekilde sıralanabilir;

1. Müzakere
2. Tarafsız ön değerlendirme,
3. Vakıaların saptanması veya tespiti,
4. Kısa duruşma,
5. Arabuluculuk-Tahkim.

³⁹ Pekcanitez, s.15; Tanrıver , Sosyolojik Bir Bakış, s.822; Özekes , Arabulucu.s.42.Yazıcı Tıktık,s.6; Ekmekçi, Özekes, Atalı , Seven , s.8.

⁴⁰ Benzer görüşte Kekeç, s.71; Özbek, Alternatif, s.608; Taşpolar Tuğsavul, s.126-127; Yazıcı Tıktık, s.36; Kaplan,s.136.; Ekmekçi, Özekes, Atalı , Seven , s.28.

⁴¹ HUAK, Kanun Numarası: 6325 Kabul Tarihi: 7/6/2012 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih : 22/6/2012, Sayı: 28331, Yayımlandığı Düstur: Tertip : 5, Cilt: 52.

⁴² Tanrıver Suha, “**Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk**”, Ankara, 2020 s.31.

1. Müzakere

Müzakere, ortak bir çıkarı gözetleyerek, tarafları temsil eden şahıslar aracılığıyla menfaat sahiblerinin isteği üzerinde azami faydayı elde etmek amaçla gerekli iletişimlerde bulunmayı ifade etmektedir. Aslında bir neticeye varınca alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tümünde müzakere mevcut olduğunu anlamalıyız. Anlaşıyor ki, taraflar doğrudan veya temsilcileri katkısıyla görüşürler ve bu tür görüşmede üçüncü kişi katkıda bulunamaz⁴³. Ayrıca müzakere, karşılıklı tarafların fikir alış-verişinde bulunarak bir anlaşmaya varmalarını hedef eden ve tüm alternatif yöntemlerinde mevcut bir alternatif uyuşmazlık çözüm türüdür. Müzakere yöntemi, özellikle devletler arasında uyuşmazlıkların diplomatik yolla çözüm kavuşturulmasında sıkça kullanılan bir konumundadır⁴⁴ ve günlük hayatımızdaki alternatif uyuşmazlık çözümlerinde de temel bir enstrüman sıfatındadır⁴⁵. Müzakere yaklaşımları genelde dört gruptan oluşmaktadır ve onlar; mücadelecilik yaklaşım, işbirlikli yaklaşım, problem çözücü yaklaşım ve iyileştirici yaklaşım olarak ayrıştırılmaktadır⁴⁶. Bu sayılan müzakere yaklaşımlarından her hangi birisinin daha iyi olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü; konu, tarafların beklentileri, koşulları, insani davranışları, çıkarları ve pazarlık bilgileri, müzakereye katılan kişi ve konuların sayısına göre etkilenme durumuna bağlı kalmaktadır⁴⁷. Yalnız en önemlisi, kişisel olarak en rahatlatıcı yöntemle müzakerin yapılmasıdır. Şunu da demek gerekir, müzakerelerde yalnız bir yöntemin uygulanması gibi bir zorunluk yoktur. Bazen duruma göre, müzakere konularına farklı yöntemler uygulanarak karışık bir usûl izlenebilir olması da mümkündür. Arabuluculuk, gerek mücadelecilik gerek işbirlikli yöntemlerin uygulanmasında yardımda bulunabilir veya hiç olmazsa uygulamayı daha az riskli hale getirip denemede yapılabilir.

Anlaşıldığı gibi alternatif uyuşmazlık yöntemi olarak müzakere, her konu üzerinden yapılabilir. Örneğin, aile içi sorunlardan uluslararası seviyede gerçekleştirilen her türlü iş ve siyasal sorunları da içerebilir. Genelde müzakere kavramı hakkında baya tanım yapılmasına rağmen esas aynı sonuçlara

⁴³ Özbek Serdar, Adaletle Ulaşma, s.138 vd; Tanrıver S., Alternatif, s. 160; Kaplan Y., s.117 vd.

⁴⁴ Soysal, s.212 ; Tanrıver, s.32.

⁴⁵ Tanrıver, s.32.

⁴⁶ Kekeç, s.45 .

⁴⁷ Goodpaster, s.327; Golann/Folberg, s.34.; Kekeç, s.45.

varılmaktadır. Bu nedenle müzakerelerde ihtiyaçların karşılanması üzerine bir amaç güdülmemektedir. Madem kişilerin ihtiyaçları tamamen karşılansaydı müzakereye ihtiyaç duyulmazdı. Bununla beraber müzakerelerde her iki tarafın da ihtiyacının karşılanması ana hedef olarak görülmektedir⁴⁹. Dolayısıyla müzakere, tarafların iletişimini sağlamakta olmayıp pazarlama, sayış, psikoloji, sosyoloji, uyuşmazlıklar çözümünü de içeren bir davranış toplamı sıfatındadır⁵⁰.

Diğer bir görüş, telif hakkı sahibimiz bu saydığımız arabuluculuk temel ilkelerine ek olarak bu temel ilkeler dışında şu şekilde özetlenip yardımda olabilecektir; Arabuluculuk”üçüncü bir kişinin yardımıyla sürdürülen müzakere” olarak tanımlanır. Arabuluculuk müdahalesi de zıt taraflar arasındaki uyuşmazlığa yeni bir dinamik vereceği tanımında olduğu söyleniyor. O yüzden de daha anlaşmaya varmadan, karşılarında ne gibi engellerle yaşayacakları ve onların ne gibi gayrette bulunacakları açıklanıyor⁵¹.

Arabuluculuğun baştan ve ana amacı, ihtilafli taraflar arasındaki ayrılıkların ilk te olsun müzakere sırasındaki tespit üzerinde onların giderilmesi üzerinde uzlaştırmaya gayret etmek ve onunla ilgili gereken çaba göstermektir. Genelde arabuluculuk sözleşmesi henüz arada uyuşmazlık yokken herhangi bir ilişkiden doğabilecek muhtemel uyuşmazlıkları göze alarak bu uyuşmazlığın ise arabuluculuk katkısıyla çözüleceğini tahminle kararlaştırma düşüncesinden meydana getirilmesidir. Böyle bir durumda tahmin, tarafların uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözeceklerine taahhüt etmiş olurlar⁵². Taahhüt şartının düzenlenmesi taraflarca ayrı bir sözleşmeyle kaleme alınarak yapılmasıyla mümkündür. Bu durum kanunda daha net bir şekilde öngörülerek kanun koyucu tarafından işlem görmüş. Oysa taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirliği ile mahkemece arabulucuya tarafları başvurmayla yönlendirmesi teşvik edebileceğiyle usulu ile tanılmaktadır. Müzakerenin alternatif uyuşmazlık yöntemlerinde böyle bir uygulama prosedürü tez konusu olan tüm devletler için geçerlidir.

⁴⁹ Abdullah Soysal ve Yasemin Yalçın, Örgütlerde Farklılıkların Yönteminde Yeni bir Yaklaşım: Müzakereci Kişilik, **Makale, Dergi**, Cilt-1, Sayı:1-27-41, s.29, 2016.

⁵⁰ Acuff F.L., Uluslararası Müzakere –Dünyanın Herhangi bir Yönünde Herhangi Bireyle, Herhangi Bir Konuyu Müzakere Etme (Çeviren S.Demirci).; Soysal, Yalçın, Makale, s. 29.

⁵¹ Goldberg/ Sander/Rogers, s.123.; Kocaoğlu, s.21-24; Özbek-Arabuluculuk Yöngergesi, s.196; Scanlon, s.2.: Özbek. s. 667.

⁵² Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.55.

2. Tarafsız ön değerlendirme

Taraflar, uyuşmazlığın çözümlünü elde etmeleri için, bağımsız üçüncü kişi tarafından daha işin başında, uyuşmazlığın oluşumu, gelişimi ve bundan sonraki kayıdedeceği seyiri hakkında ve onun üzerinde mutabakata vardıkları objektif ve deneyimli üçüncü bir kişi başkanlığıyla yürütölmesini öngören alternatif uyuşmazlık çözüml yöntemine, tarafsız ön değerlendirme yöntemi olarak adlandırılmaktadır⁵³. Bu durumda prosedürün gerçekleştirilmesinde gereken ve izlenmesi gereken zorunlu bir bir prosedür yoktur⁵⁴.

Bu yöntemde tarafların sundukları bilgi ve belgeleri esasında uyuşmazlığın ortaya çıkışı, gelişimi ve istikbale doğru nasıl bir süreç izlenmeli ve onunla nasıl karşılanabileceği hakkında, bir uzman tarafından değerlendirmede sunulup ve çözüml yönelik bir rapor hazırlanması şeklinde bölümlerden oluşmaktadır. Tarafsız ön değerlendirmedeki taraf uyuşmazlık hakkında yeni bir bakışa sahip olur ve izlenmesi gereken yön ve yöntemle ilgili bir karara ulaşırlar⁵⁵. Yukarıda bahsedilenleri sonuçlarsak şu şekilde değerlendirebiliriz; arabulucu, uyuşmazlığın taraflarından her hangi birisini temsil edemez ve vekili mağnasında da bulunamaz, herkesle süreç boyunca eşit davranmalıdır. Hatta süreç içerisinde arabulucunun üstlendiği işlevin yapısı bunu zorunlu kılmaktadır. Ayrıca arabulucunun vekilden farklılığı, üstlendiği arabuluculuk görevini mutlak suretle şahsen yerine getirme zorunluğudur; daha net dersek bu görevin kısmen ya da tamamen deviri gibi bir durumun kanunda olanağı öngörölmemiřdir⁵⁶.

3. Vakıaların Saptanması veya Tespiti

Vakıaların saptanması veya tespiti yönteminde, vakıa saptayıcısı, tarafların sundukları bilgileri dinler, onları değerlendirir ve analiz eder. Ayrıca, taraflar ve tanıklardan ek bilgi gerekiyorsa, ayrı ayrı görüşmeler yapılır, sorunun derinlenmesine, araştırma ve incelenmesine yüklenir ve faaliyet sonunda da öneri

⁵³ İldır , s.83; Soysal,s.284; Pekcanitez , s.16; Küçükğüngör , s.57; Tanrıver , s.32.

⁵⁴ Soysal, s.214; İldır,s.84.;Tanrıver, s.32.

⁵⁵ Pekcanitez, s.16; İldır,s.80.; Tanrıver,s.34.

⁵⁶ Tanrıver, s.85 .

içeren veya içermeyen bir rapor tutar ve onu ilgili taraflara sunar. Tarafların kendi aralarında varmış oldukları mutabakat üzerinde görevlendiren üçüncü bir kişi aracılığıyla açıklığa kavuşturulmasını hedefleyen bir yöntem⁵⁷ tanımındadır. Ama bu yöntemin uyuşmazlığın ilk aşamasında uygulanacak ve taraflara için de sadece yeni bir bakış aşamasını oluşturmaya fırsat sağlayan, bağlayıcılık taşımayan bir yöntem olduğu görüşü mevcuttur . İsmi zikir edilen yöntemin doğrudan bir uyuşmazlığı çözmekten ziyade, uyuşmazlığın temelindeki vakıaların doğru tespitini, tarafların da bu yönde konuya yaklaşımlarını sağlamasıdır⁵⁸. Bir taraftan vakıaların saptanması ile bilirkişiliğin benzerlik göstermiş gibi bir durumu mevcutluğunu kabul etmeliyiz. Ama yargılamadaki süreçte bilirkişilik teknik anlamda sadece bir başvurulmuş delil sıfatındadır, vakıa saptanması bir delil sıfatını taşıyamaz. Hatta bu yöntem hakem-bilirkişilik gibi bir nitelik te kazandıramaz. Dolayısıyla bu yöntem bir hakem-bilirkişilikteki bağlayıcılık niteliğini taşıyor ve yargılamada doğrudan sonuç doğurmuyor⁵⁹.

Vakıaların saptanması prosedüründe taraflar bir delil elde etmekten çok çözüme çabalar vakıaların saptanmasına, esas diğer alternatif uyuşmazlıkları tamamlamak için ve vakıaların saptanmasına gerek duyulmasında muracatta bulunmaktadır. Türk hukukunda vakıaların saptanması ile ilgili açıkça düzenleyen bir hüküm olmasa da, uygulanmasına engel olan bir düzenleme yoktur⁶⁰. Ayrıca tarafların iradelerine uygun olup ta bu yöntemin kullanmasında bir sakınca olmadığı anlaşıyor.

4. Kısa duruşma

Kısa duruşma, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişiyle taraf temsilcilerin katılımıyla, bağlayıcılık arz etmeyecek bir şekilde çözüm bulmak yahut çözüm önerisi işlevin geliştirmek üzere, uyuşmazlığı, adeta bir problemiymiş içselleştirerek ve gizlilik ortamında ele almasını, incelemesini ve değerlendirmesini önem veren bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

⁵⁷ Ildır, s.79; Pekcanıtez, s.16; Tanrıver, s. 34.

⁵⁸ Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven,s.13.

⁵⁹ Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven,s.13.

⁶⁰ Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.14.

Bir diğerk bağılayıcılığı olmayan durum⁶¹ AUÇ yöntemi doktrinde kısa duruşma (mini trials) olarak tanılan adı mevcuttur. Kısa duruşma özelliğı de, yönetici sıfatında olan bir kurul ile tarafsız olan üçüncü kişinin⁶² varlığı, problemi gizlilik sırasında çözmeyi hedef görmektedir⁶³. Bu nedenle arabuluculuk, uzlaşma ve ihtiyari tahkimi bünyesinde barındıran karma usûl tanımındadır⁶⁴.

Taraflar bahsedilen uyuşmazlık çözüm süreci sırasında, tahkip edilecek yöntemin çerçevesin uyararak, bu durumda kimlerin sürecin işleyişine katılacakları ve onların hangi aşamaları içereceğı, anlaşmanın ne kadar yararlı olup olmayacağını seçmede serbest olacaklarını, hatta bu uygulamada temel birkaç kurala uymak şartıyla ve mevcut uyuşmazlığa özgü bir yöntem dahi geliştirebilirler⁶⁵.

Bu sırada kurulun görevi taraflar veya temsilcilerince arz edilenleri dinler, eğer bilgiler elde edildi ise onları değerlendirir, tanıklara açıklanması gereken soruları göndebilir ve çözümü göze alarak görüşmelere katılır⁶⁶. Yöntemdeki yapılacak veya yapılması gereken işlemler tarafların her birinin sunacak olan iddiaları ile delillerini tamamen bir çözümü elde etmek için derhal harekete geçirir değerlendirir ve kural olarak ellerinden gelen tüm çabayı bir çözüm önerisinde bulunmak için sarf ederler olmasıdır. Önerinin taraflarca kabûlü istinasında, anlaşmaya varılmasını sağlamak için taraflar, tarafsız üçüncü kişiden bağılayıcılık arz etmeyecek biçimde, bulunan çözümün arabulucu tarafınca anlaşma düzenlenmesini isteyebilirler.

⁶¹ Buradaki özellik kurula karar almada bağılayıcılık karar tanıma yetkisi (İldır, s.108,113; Tanrıver, Arabuluculuk, s.164). Ama bu durumda ise, kısa duruşma mutabakatında bir hükûn alınması söz konusu ya da şirket temsilcileri çözüm noktasında bunu kararlaştırmış olmalıdırlar (İldır, s.114. Ayrıca bkz. Singer, s.62).; Kekeç, s.19.

⁶² Bu kişi konusunda uzman deneyimli olmalı, arabulucuda aranması gereken özellikleri taşımalıdır (Wilkinson, s.175; Goldberg/Sander/Rogerds/Cole, s.278; Şanlı, Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, s.464;İldır,s.110;Biçkin, s.39). Tarafsız üçüncü kişinin emekli bir hakim olması ve onun da sık karşılaşılan bir durumdur. İşte çözüm yoluna gelince “rent a judge” adını sahiplendiğı ile ilgili bkz Akıncı,s.106. Rent a judge (ya da private judge), yani özel hakim, emekli bir hâkimin tıpkı bir hakem gibi uyuşmazlığı önem verip dinlemesi ve aynı zamanda da sanki mahkemedeymiş gibi karar almasıdır. Böyle bir durum zamandan kazandıran ve uyuşmazlığı da gizli tutan bir yöntem yoludur (Allison, s.172;Coulson, s.6;Crane, Honorable John F.; “The Use of Private Judges Donovan Leisure, Newton & Irvine ADR Practice Book, New York 1990, s. 181-201, s.182; Özbay, s.470-471) ; Kekeç, s.19.

⁶³ Singer, s.59; Wilkinson,s.172; Goldberg/Sander/Rogerds/Cole, s.297.; Alison,s.175;Şanlı, s.403; İldır,s.108;Tanrıver, Arabuluculuk, s.164; Özbek, Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni İşlevleri,s.53; Biçkin,s.39.; Kekeç, s.19.

⁶⁴ Özbek, Çözüm Türleri, s.200; ayrıca bkz.Çetin, s.443.;Kekeç,s.19.

⁶⁵ İldır, s. 108 ; Tanrıver, s.36.

⁶⁶ İldır,s.108; Tanrıver, s.36.

5. Arabuluculuk-Tahkim

Bu yöntemin karma bir yapıya sahip olduğu ile ilgili görüşler bulunmaktadır . Bünyesinde hem arabuluculuk hem de tahkim barındıran bu yöntemin özelliği, taraflar önce arabulucuğa başvururlar, arabuluculuk süreci istenen beklentiye kavuşturamazsa (başarıklık getirmezse), uyuşmazlığın çözümü için artık tahkim yolu ile devam edilmektedir. Bu nedenle “**arabuluculuk-tahkim**“ arabuluculukla tahkimin birleşik uygulandığı bir sistem niteliğindedir. Uyuşmazlık sırasında arabulucu sıfatında görev alan kişi daha sonra hakem olarak uyuşmazlık hakkında karar verici kişiye dönüşebilir ⁶⁷ .

Uyuşmazlıkların daha kısa sürede, daha kalıcı ve sağlıklı, esnek ve bunun yanında memnuniyeti artırarak çözümü için değişik yöntemler arayışı söz konusudur. Esas uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanımıyla paralel olarak yargının daha kaliteli işlemesi, bu sırada da uyuşmazlık için tercih edilen yol, süre ve sonuçla göze alan ve tercih edilen uygulamalar ön plana çıkmaktadır. Örneğin, mahkeme yönetimi, dava ve yargıda zaman yönetimine dönük çalışmalar, hatta yargıda da elektronik gelişim kullanımı, yargı işleyişi için büyük verilerin filtre edilmesi ve doğru kullanımı, yapay zekâ arayışları gittikçe armaktadır. Türk Cumhuriyeti bu konularda kısmen de olsa katılanarak dahil olduğu uluslararası çalışmalar ve komisyonlarla devam etmektedir⁶⁸.

Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun, hakemlerin direnme kararı veremeyeceklerine dair 25.01.2006 tarihinde verdiği karar dikkat çekicidir⁶⁹. Tahkimin yargı yolu dışında kaldığı ve hakemlerin bir mahkeme sıfatında olamayacağı gerekçelerinden hareket edilerek şu hususların altlarını çizilmiştir;

..burada, tüm düzenlemelerde yer alan “Mahkeme” kavramı üzerinde yaklaşımda yarar vardır,-Anayasa’nın 142. Maddesi uyarınca, tabi mahkemeler kuruluşu kanunla kurulabilir olması⁶⁹ . Mahkemelerin uyuşmazlığın doğmasından önce kurulmuş olması gerekir. Hiç kimse kanunen

⁶⁷ Ildır, s.102.; Kekeç, s.20; Biçkin,s.38; Yeşilırmak, MED-ARB, s.182-183 vd. Bu yöntem karma bir özellik gösterdiği gibi, taraflar kendi aralarında anlaşarak bu yöntemi uygunluk içerisinde imkân tanımakta mevcuttur; Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.16 .

⁶⁸ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.10.

⁶⁹ YGK-HGK.E.2006/25K.2006/5.T.25.1.2006

⁶⁹ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, “**Meden Usul Hukuku**”, İstanbul, 2021, s. 194.

tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz (Türk Anayasa md.37/1). – Türk yargı sisteminde kural olarak, yargı yetkisinin kullanılmasında asıl yetkili organ “Devlet Mahkemeleri”dir.-Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler eliyle kullanılır.-Hakkı tecavüze uğrayan ve tanınmayan kimse hakkını tespit ettirmek ve diğer tarafı o hakkı yerine getirmeye zorlamak için, ancak devlet mahkemelerine başvurabilir. Zor kullanıma ve yaptırım gücü de yasalarla ve sadece devlet mahkemelerine verilmiş yetkilerdir . Mahkeme sıfatı deyince öyle bir yetki Mahkemeleri için sadece Devlet kabul edilebilir bir sıfattır...⁷⁰.

Bu nedenle de, direnme hakkının sadece devlet mahkemeleri için kabul edildiği anlaşılmaktadır.

II. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK ARABULUCULUK

A. Arabuluculuk Kavramı ve Tanımı

Genel hukuki anlamda, arabuluculuk süreci, çatışmanın üçüncü, tarafsız, ilgisiz bir tarafını içeren anlaşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerden biridir. Karşılıklı tarafların, anlaşmazlıkları için bir arabuluculuk sayesinde, taraflar anlaştilar ise bu anlaşma arabuluculuk anlaşması sayılmaktadır ve uyuşmazlığı çözmede bir yardımcı olan yöntem olarak kabul edilmektedir. Arabuluculuk yöntemi faaliyeti, uyuşmazlık çözümü bir arabulucu katılımıyla gerçekleşmektedir. Tabi ki, kendi başına arabuluculuk prosedürünün uygulanmasında taraflar çatışma çözümünün hızlı ve verimli bir şekilde sonuçlanmasını ister. Ancak tarafların menfaatleri uygunluk içerisinde bir üçünü kişinin(arabulucunun) katılımıyla müdahale edilmesine rağmen, bu prosedürü yürütebilen arabulucu, sürecin gönüllü bir usûl olduğunu anlaması da zaten ana görevidir. Böylece arabuluculuk prosedürü, esas anlamıyla devlet mahkemelerinde dava dosyası ağırlığını azaltmada sürekli olarak yardımda bulunmakta olup, dosya yoğunluğunu elverişli bir şekilde hafifletmesinde, mahkemelerde uzun süreli bekleyen davaların sayısının azalmasında imkan sağlayabilen bir yöntem olarak tanınmaktadır. Diğer yandan herhangi bir devletin yasal kurumları gibi değil, arabuluculuk kurumunun hukuki

⁷⁰ Alangoya-Tahkim s.20 vd.; Alangova/Yıldırım/Deren-Yıldırım s.566 vd.;Kuru-Usul VI s.5875 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul; § 89; Pekcanitez/Atalay/Özekes § 21; Sanders, Pieter; Arbitration, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 12, Tübingen 1996, s.5; Üstündağ-Usul, s.935 vd.; Özbek, s.211.

bağlayıcılık çözümde olmayıp, her zaman bir uyuşmazlıkta beklendiği gibi bir sonuç da elde edilmeyebilirliği, dolayısıyla düzenlemeleri başka bir şekilde tahmin etmek mümkün değildir. Arabuluculuk tanımını genel bir anlamda açıklamak gerekirse; uyuşmazlığı iki veya ikiden de fazla kişilerin uyuşmazlığın çözümünü sağlamak amaçla göhüllü, etkili, tarafsız ve ehil bir arabulucu katkısı ile yürütülen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi çeşididir⁷¹. Diğer bir tanıma göre arabuluculuk; tarafları konuşmak ve müzakerede bulundurmak maksıdıyla tarafların bir araya gelmesini sağlayan ve kendi çözümlerini kendileri bulmalarını amaçlayan bağımsız, tarafsız bir konumda katkıda bulunan üçüncü kişi tarafından temasa geçmelerine yardımda bulunan gönüllü bir prosedürdür⁷². Çünkü kanunda arabuluculuk tanımı,

sistematik teknikleri uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde katkıda bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerini üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi

(şeklinde HUKM.2/1,b).

Arabuluculuk, tarafsız bir üçüncü kişi aracılığıyla hasım taraflar arasındaki uyuşmazlığı müzakere sırasında bağlayıcılığa tabi tutmayan ama tarafların isteği üzerine çözüme bağlanabilen bir uyuşmazlık çözüm sıfatındaki süreçtir. Arabuluculuğun amacı da tarafların kendi istekleri ve menfaatlerini koruyarak bir sonuca ulaşmasıdır. Arabuluculuk, arabulucunun taraflarla bir araya gelerek,

⁷¹ Garner, Bryan A.: Black's Law Dictionary, B.8, USA 2004, s.1003; Alexander, Nadja: *Mediation in Practise: Common Law and Civeil Law Perspectives Compared*, İnernational Trade and Business Law Annual, 2001, Vol.6, s.12 (Mediation); More, s. 8; Steffek, Felix: *Mediation in the European Union: An İntroduction*, s.1: <https://e.justice.europa.eu/home.do> (Erişim Tarihi: 20.06.2019); Bercovitch, Jacob: *İnternational Mediation*, Journal of Peace Research, 1991, Vol.28, No.1, Special İssue on İnternational Mediation, s.3; Kaufman, Sanda / Duncan, George T.: *A Formal Framework for Mediator Mechanisms and Motivations*, Journal of Conflict Resolutions, 1992, Vol.36, No. 4, s.690; Curran, Deirdre: *Workplace Mediation in İreland: Bridging the Research-Practice Gap*, Journal of Mediation and Applied Conflict Analysis, 2015, Vol.2, No..1, s.175; Güven Yazar, Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, s.8., İstanbul, 2019.

⁷² Benzer tanımlar için bkz.: Ersen Perşen, Gizem: *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerindeki Yeri*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özelhukuk Bülteni, Y.31, S.2, 2011, s.177; Ptcanıtez Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Mhammet; *Medeni Usûl Hukuku*, B.6, İstanbul 2018, s.607-608; İldır, s.88 vd.; Özmümcü, Seda: *Uzakdoğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, B.3, İstanbul 2013, s.19 vd. (Uzakdoğu'da Arabuluculuk); Yılmaz, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, B.10, Ankara 2011, s.97 (Sözlük); Kekeç, s.23 vd.; Brown, Henry/Marriot, Arthur: *ADR Principles and Practice*, London 1999, s.127.; Yazar, s.8-9.

birbirleriyle müzakere yürütebilmeleri ve anlaşabilmeleri esasında iletişimi daha da kolaylaştırmaya yapılan çalışma, *gönüllü bir usûl* şeklini teşkil etmektedir⁷³.

Birleşmiş Milletlerin'in 2022 tarihinde yayınladığı Uluslararası Ticarî Arabuluculuğa İlişkin Model Kanun'da arabuluculuk, " taraflarına aralarındaki sözleşme veya mevcut hukukî ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların barışçı yollarla ortadan kaldırılması için üçüncü kişi veya kişilerin yardımına başvurusu" anlamında belirlenmiştir⁷⁴. Belki de bu anlamda süreç, neticeli bir bağlayıcılık yaratamayabilir, eklenti ya da istek karşılamayabilir ama niteliğiyle bir ara sonuç ortaya çıkabilir. Öte yandan arabuluculuğun doktrinde kabul gören diğer bir görüş şu şekildedir : Arabuluculuk, taraflar arasındaki anlaşmazlığı kalıcı ve kesin olarak çözmeyi sağlayan özel bir uzlaştırma yöntemi olarak tanımlanmıştır⁷⁵.

Başka bir görüşle; Arabuluculuk, bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişi tanıyan arabulucunun, çatışan tarafların her ikisi için de istenebilecek ve kabul edilebilecek şartlarla taraflarca desteklenebilecek bir çözüme kısa zaman içinde ulaşmaktaki karşılıklı menfaatlerinden yola çıkarak, anlaşmazlığın çözümünde çatışan taraflara yardım ettiği bir uzlaştırma yöntemidir⁷⁶. Yukarıda açıkladığımız gibi arabuluculuk esasında, uyuşmazlıkla karşılaşan tarafların sorunu, tarafsız üçüncü kişinin (arabulucunun) katkısıyla çözmeye çalışmaları söz konusudur. Bu nedenle arabuluculuğun tarafları için üçüncü kişi arabulucu çabası, taraflara gösterdiği müdahale mevcut usûlleri tamamlayan alternatif uyuşmazlık çözüm yaratması olarak karşılanmaktadır .

Arabuluculuk süreci, dava daha açılmadan önce arabulucuya başvuru halinde, tarafların davetle edilmeleri ve onların bir araya gelerek toplanmasıyla sürecin

⁷³ Tanrıver, Armağan, s.827, Ayrıca bkz. Bates/Edwards, s.38.; Kekeç, s.23.

⁷⁴ UNCITRAL Model Law On International Commercial Conciliation 2002, Article 1/III. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki Tavsiye Kararı'nda da buna çok yakın mağnada bir tanım kullanılmıştır. İşte tavsiye kararının amaçları istikametinde arabuluculuk, " bir veya daha fazla arabulucu yardımıyla tarafların aralarındaki uyuşmazlık konuları üzerinde müzakere ettikleri bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir" (Mediation in Civil Matters Recommendation Rec (2002)10 Adopted by The Committee of Ministers of The Council of Europe on 18 September 2002 and Explanatory Memorandum, Strasburg 2003, principle 1); Kekeç,s. 23-24.

⁷⁵ Brown/Marriott s. 127; Bush Folder s.8; Bühring-Uhle s. 273; Cornelius/Faire s.211; Kekeç-Arabuluculuk s. 23-25;Nolan-Haley-Alternative Dispute Resolution s.62; Yazıcı Tıktık, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s. 8-9; Yılmaz-Sözlük s.97.; Özbek s. 658.

⁷⁶ Akan, Pınar, "Arabuluculuk ve Deniz Hukuku'na İlişkin İhtilaflarda Uygulanması", Ankara 2013, s.12-13; Kocaoğlu s.17-20; Kovach, Kimberlee K.:Mediation (The Handbook of Resulation, San Francisco 2005, s. 304-317), s.304; Kovach-Principles and Practice s.26 ; Riskin-Mediation s.29.; Özbek, s.659 vd.

devam edeceği ve böyle bir toplanma tutanakla beigelendirileceği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı öngörülmüştür (HUAK m.1/1,m.16/1).

Arabuluculuk, diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde karşılaşmayan bir dizi yarar barındırmaktadır. Arabuluculuğun temel özelliklerini açıklarken, arabulucunun sunduğu prosedür, resmi ve esnek süreç olarak değişik yaklaşımlarda hem arabulucu hem de katılımcılar tarafına imkan tanımak, koşullarda bulunmak ve değerlendirmek gibi bir imtiyazlı sunumundadır. Arabuluculuk, uyuşmazlıkla karşılaşmış tarafları bir anlaşmanın koşullarıyla durumu müzakere yoluyla bir araya görüşmeye toplama, tarafların uzlaşmasını veya birbirlerini anlamalarına imkan sağlamak, bu sırada da taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştıran, tarafsız biri üçüncü kişinin (arabulucunun) aracılığıyla yürütülen gönüllü bir işlemdir⁷⁷. Ancak öğretilerde bazı görüşler, arabuluculuğu, bağlayıcı usûller için kullanmakta ve tarafsız üçüncü kişinin, hukuk kurallarıyla bağlı olmaksızın uyuşmazlığın çözümü hakkında karar verdiği bir yöntem olarak da değerlendirmektedir⁷⁸.

Arabuluculuk yönteminden yararlanmak isteyen taraflar, sonuca varırken, çatışma durumunda yarattığı yorucu duygusallıktan kurtulmuş vazifte bulunmaları ayrıca önemlidir. Bu durumda tarafları arabuluculuğa yönlendiren ve tercih ettiren sebepleri şu şekilde sıralanıyor; zamandan tasarruf edilme, masraftan tasarruf edilme⁷⁹ gibi temel özellikleri de mevcuttur.

B. Arabuluculuğun Temel Özellikleri

Arabuluculuğun temel özelliklerini şu şekilde açıklayabiliriz; arabulucunun, uyuşmazlıkların yargısal yollar ile sonuçlanmasında veya gerekirse uzlaşma, barışçı çözüm yöntemleriyle çözümünde tarafsız bir üçüncü kişi olması gerekir. Üstelik üçüncü bir kişinin katkısıyla çözüme ulaşacaktır. Arabuluculuk, en genel anlamıyla, taraflarla beraber bir üçüncü kişinin katılımıyla faaliyet gösteren bir müzakere

⁷⁷ Brown/ Marriot, s.127; Bush/Folger, s.8.; Bühring-Uhle s.273.; Cornelius/Faire, s.211; Kekeç, s.23-25; Nolan-Haley, s.62; Tıktık, s.8-9; Yılmaz, s.97.; Özbek s.658.

⁷⁸ Bühring-Uhle s.273.; Özbek s.659.

⁷⁹ Akan, s.14- 37; Birke, s.1099; Kekeç-Arabuluculuk, s.87-95; Kovach-Mediation, s.305; Nolan-Haley-Alternative Dispute Resolution, s.64; Özbek,-Arabuluculuk Yönergesi, s.194; Scanlon, s.1-2; Özbek, s.663-664 vd.

usuludur⁸⁰ . Yargısal çözüm yollarında üçüncü kişi konumundaki süje, bağımsız bir arabulucu veya hakem ya da hakim de olabilir. Genelde barışçı çözüm yollarında, bu görevi çoğunlukta arabulucu üstlenmektedir. Arabuluculukta, uyuşmazlığın çözüm sürecinde bağımsız bir veya birden fazla üçüncü kişi taraflara yardımcı olmaktadır. Nitekim arabulucu olmadan tarafların kendi aralarında yapacağı görüşmeler, diğer barışçı çözüm yollarından biri olan “görüşme“ olacaktır. Arabuluculuk prosedürü, taraflara özgür bir görüşme ortamını sağlamak suretiyle aralarındaki iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve ayrıca bu sırada tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardım edecek bir usuldür⁸¹. Bu mağnada arabuluculuğun, tarafların serbest iradeleriyle başvurulduğu,ve uyuşmazlık konusu ile ilgili verdiği kararı taraflara zorla kabul ettirme gibi yetkisi olmayıp veya sınırlı bir şekilde kabul ettirme yetkisi olan, ayrıca görevlendirilen üçüncü kişice yönlendirme ile uyuşmazlıkların her iki tarafca kabul edilen veya edilebilir bir sulh ile çözümlenmesini amaç eden yöntem sıfatında anlamak gerekir⁸² . Çoğu zaman uyuşmazlığın getirmiş olduğu huzursuzluk durum, taraflar arasında bir gerginlik ortam oluşmasına sebep olmakta, bu da birebir görüşmelerin yapılmasına engel olmaktadır. İşte böyle bir ortamda, rızâ çözüm için, uyuşmazlık yapısını iyi bilen üçüncü bir kişinin yardımına ihtiyaç duyulur.

Üçüncü kişi statüsündeki arabulucunun uyuşmazlık faaliyetindeki amacı, tarafların düşünceleri ile yaklaşımlarını etkileyerek veya daha nitelikli bir şekilde doğrudan görüşme yöntemini sağlamak mevcut bir uyuşmazlık ilişkisindeki etkinin dinamiklerin değiştirilmesi ve böylece tarafların tartışmalı olan konularda anlaşmaya varmalarına imkan sağlanmasıdır. Buna rağmen, tarafların arabulucunun katılımına hevesli olmaları veya tavsiyede bulunacağı her şeyi yerine getireceği anlamını taşımamaktadır; yalnız, hem tarafların arabulucunun varlığını onayladıkları hem de

⁸⁰ Kekeç, s.162.

⁸¹ Melis Taşpolat Tuğsavul, “**Türk Hukukunda Arabuluculuk**”, s.27, Ankara, 2012.

⁸² Haft, s.248-249. Doktrinde Sander tarafından yapılan bu tanım, arabuluculuk yöntemini iki kategoriden oluşturmuş. İlki ise, hukuki yönlendirmeyi gerektirmektedir. Bu yöntemle göre, taraflar arabulucudan hukuki sunumlarda bulunmasını isterler. Daha da net arabulucu uyuşmazlığın mahkeme karşısında görülmesinde hakimin hangi kararı vereceğini tahmin eder olması ve bu istikametinde de tarafların anlaşmasına yardımda bulunması ve aynı şekilde de hukuki danışmanlık hizmette bulunmasıdır. İkinci kategoriye göre, arabulucu tarafların menfaat ve ihtiyaçlarını muhafaza ederek uyuşmalık çözümü ile ilgili taraflara yardımda bulunurlar. Sunulan bu yöntem ise, varlık tamamen tarafların istekleri ve aralarında bulunan ilişkileri ön planda bulundurulmalıdır. Bkz. Sander, s.33; Tuğsavul, s.27.

aralarındaki yaklaşım farklılıkları nasıl mücadele sürdürecekleri konusundaki önerileri ciddiyle dikkate alacakları anlamını taşır⁸³.

Şimdi biraz karmaşık gibi gözükse bile özellikle 19. Yüzyıl'ın sonu 20. Yüzyıl'ın başında uluslararası seviyede barışı sağlamayı öngören konferanslar neticesinde Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümü Konusunda 1899-1907 La Haye Sözleşmesi imzalanmış, savaş kurallarının saptanmasına ilişkin uluslararası toplantılar yapılmıştır⁸⁴. Milletlerarası uyuşmazlıkların barışçı yollar ile çözümüne dair 1907 La Haye Sözleşmesinin 4' üncü maddesi arabulucunun görevini, karşılıklı iddiaları telif etmek ve uyuşmazlığa taraf devletler arasındaki düşmanlık hislerini yatıştırmak olarak tarif etmektedir.

Modern dünyada yan yana konumlanan iki komşu devlet arasında yaşanan bir uyuşmazlık, aynı bölgede yaşayan diğer devletleri de sosyolojik, ekonomik ve birçok farklı faktör açısından sürekli olarak sıkıntıya sokmaktadır. Savaş bölgesindeki iki devlet, kendi bölgesinde barış, huzur ve güvenliği sağlamak amacıyla dolaylı olarak bölge devletleri arasında yaşanabilecek olası bir uyuşmazlık durumunda, bu uyuşmazlığı çözme gayretinde ilk bulunacak olanlar yine komşu ve bölgedeki diğer devletler olmaktadır. Örneğin, 24 Şubat 2022 tarihinde, Rusya tarafından Ukrayna'ya karşı düzenlenen özel operasyon sırasında atılan füze sayısının sınırı yoktur, birden çok Ukrayna şehrinin yerle bir edilmesi sebebiyle iki taraftan ölen binlerce askerin yanı sıra ölen sivil insanların sayısı 10 000'i geçmektedir⁸⁵. Aynı şekilde, Filistin ile İsrail arasındaki asırlardır devam eden çatışmaların son bulması ancak arabuluculuk yoluyla müzakereden geçmektedir. Ama ne yazık ki, bu tür savaşlar tarafların daha meseleler büyümeden, durum çatışma aşamasına gelmeden iyi düşünemedikleri, ilerisini doğru dürüst göremedikleri ve kendi çıkarlarını fazlasıyla ön planda tuttuklarından dolayı yaşanmaktadır. Uluslararası kuruluşlara genellikle başka hiçbir devlet veya güçlü devlet temsilcilerin etkili bir aracı olamadığı ya da olabilecek konumda olmadığı için başvurulur. Bunun bir sonucu uluslararası kuruluşlara sıklıkla en zorlu durumların sunulduğu ya da sorunların en zoru ile karşılaşması rastlanıyor⁸⁶.

⁸³ Moore, s.16; Kekeç, s.77.

⁸⁴ La Haye konferanslarına kadar olan dönemde yapılan antlaşmalar için bkz. Lütem, a.g.e., s. 14-15.; Muhammed Erdal, Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Bir Müzessese "Sürekli hakemlik Mahkemesi", **Hukuk ve Bilişim 3.Nesil Hukuk Dergisi**, s.2877- 2878.

⁸⁵ Ayrıntılar için bkz. <https://www.dw.com/oon-s-nacala> (09.05.2023). İnternette Alındığı Tarih: 10.10.2023.

⁸⁶ by James O.C. Jonah, The United Nations and International Conflict: the Military Talks at Kilometre Marker-IOI, page, 176-177.

Arabuluculuk yönteminin belki de en önemli özelliklerinden biri, üçüncü kişi konumundaki arabulucunun tarafsız olmasıdır. Arabulucu, kullanılacak yöntemi seçerken ve çözüm seçeneklerini değerlendirirken her iki tarafa eşit davranmalı, tarafsızlığını gölgeye düşürebilecek menfaatlara sahip olmaktan kaçınmalı ve taraflardan herhangi biriyle, tarafsızlığına şüphe yaratacak bir bağlantı kaçınılmalıdır. Tarafsızlık tanımını açıklamada İngilizce iki kelimeden türemektedir: Impartiality ve neutrality. Bunların ikisi de Türkçe’de tarafsızlık anlamına gelen kelimelerdir.

Impartiality, arabulucunun, diğer müzakerecilerden onların menfaatları veya savunduları çözüm önerileri karşısında önyargısız olması ve birini diğerinden destekler amaçla ve hareketlerden uzak durmalıdır. Şunu da belirtmek gerekir ki, bu anlatılan tarafsızlık olma anlamı, arabulucunun hem kişilerden hem de konulardan uzak kalma anlamını taşımamakta, eğerde doğru bir ifade ile, arabuluculuğun taraflarla eşit davranmasıdır⁸⁷. Diğer bir ifade ile arabulucu, varlıkta bulunan kişisel deneyimlerini performansını düşüreceğini hissetmeli veya tarafların davranışından kaynaklanan durumlar varsa, tarafların hepsi kabul etmediği müdetçe görevinden vazgeçmelidir⁸⁸. Ancak bu tanışıklığın önemi olup olmaması ve bu durumu öğrenen taraflar artık kendilerine verilen bilgi üzerindeki çekilip çekilmemesi kararı taraflarca verilmektedir⁸⁹. Uyuşmazlıkla ilgili ilgili geçmişte yaşananlar, memnuniyetsizlikler, yanlış anlaşmalar, mağduriyetlere dayanan çözümün olasılızlığına neden olmaktadır. Ayrıca buradaki amaç edilen sonuç; oldukça iki tarfin tatminini sağlayacak istikbale dönük neticeler beklenmelidir⁹⁰.

Kanımca, esas görev arabulucu olunca böyle bir prosedürde tamamen tarafsız olabilmek kolay bir görev olmadığı bellidir. Buradaki gerekim, kişisel tercihi taraflara bırakabilmek ve böylece yansıtılan düşüncelerin süreç sonunda tarafları üzüntüye, moral kırıklığına uğratmamak anlamında daha önemlidir. Diğer bir yazarımızca, önem verilen değer ve tanımın usûl hukukundaki yeni eğilimin bu yönde olduğudur⁹¹. Arabuluculuk faaliyeti tarafların arabulucuya karşı önyargısı ile

⁸⁷ Kekeç, s.62.

⁸⁸ Moore, s.53,215-216.Ayrıca bkz.McKay, s.472;Goodman, s.31;Kovach, s.124.:Kekeç, s.64.

⁸⁹ McKay,s.472. Benzer yönde bkz. Craver,s.576; Kekeç, s.64.

⁹⁰ Alexander/Ade/Olbrish, s.79; Sen, s.30.; Tuğsavul, s.123.

⁹¹ Pekcanitez’e göre, bir mahkeme kararı ne kadar adil olursa olsun, sulh sonucunda elde edilen çözüm kadar kalıcı ve etkili olamazlığı. Sulh ile elde edilecek çözüm usûl hukukunda öncelikli

devam ederse, bu durum uyuşmazlığı çözmeye yönelik ilerlemeyi ciddi şekilde etkileyebilir. Arabulucu taraflara adil bir şekilde davranan dengeli bir prosedür yürütmek zorundadır. Böylece sonuca ilişkin herhangi bir maddi beklenti içerisinde olmamalıdır.

Genelde arabuluculuk faaliyetinin temelinde yatan belirgin özelliklerden biri, arabulucunun tarafları bağlayıcı nitelikte bir karar verme yetkisinin olmamasıdır. Arabulucu, uyuşmazlığın çözümünde son sözü söyleyen ve uyuşmazlığı mutlak olarak çözüme kavuşturan bir etkiye sahip olmadığından dolayı, onun görevi sadece taraflara, yargısal yollara başvurmaya gerek kalmadan, uyuşmazlığı çözüme konusunda yardım etmekten oluşmaktadır. Bu nedenle arabuluculuğun uyuşmazlığın esası hakkında ve arabulucunun bu süreçteki rolü ile yapılan görüşler sadece tavsiye niteliğindedir. Nitekim arabulucu bir karar merci organı olmayıp, arabuluculuk da hüküm verme esasına dayalı bir yöntem değil, karşılıklı anlaşmaya dayalı bir çözüm niteliğinden ibarettir.

Arabuluculuğun başarılı olabilmesi, tarafların gönüllü olarak ve istekle bu işi yapmalarına bağlıdır. Gönülsüz yapılan bir eylemden verim alınamayacağı aşikâr-очевидный olduğuna göre, taraf devletlerin arabulucudan yardım almaları konusunda gönüllü olmaları asli bir şarttır. Bu bakımdan arabuluculuk yapmak isteyen devlet veya uluslararası örgüt, uyuşmazlık halindeki taraflara arabuluculuğu dayatamaz. Taraflar arabuluculuk yoluna başvurmayı kabul edip etmemekte tamamen serbesttirler. Bunun aksi olması, arabuluculuğun başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olabilir.

C. Arabuluculuğun Avantajları ve Yararaları

1. Genel Olarak

Arabuluculuk yolu mahkemeye düşen kişiler temel olarak uzayan dava süreçlerinden, kendini anlatamamış olmaktan ya da yapılan onca masrafa rağmen tatmin olunmamış hak ile adalet duygularından söz eder. Subjektif yanları olmakla birlikte, bu yakınmaların çoğu doğrulukta içerir. Peki bunları aşmanın ve daha tatmin

hedef edilmelidir (Pekcanıtez, Yargının Hızlandırılması, s.65; Pekcanıtez/Yeşilova, s. 337; ayrıca bkz.Özbek, s.140,dn.47); Kekeç, s. 67.

edici bir sonuca ulaşmanın yoluna bakalım. Hukuk alanına getirilen yeni düzenleme ile bekli de kısmen ve denenmesi gereken bir usûl olarak Arabuluculuk kurumu bu sorunları aşmayı ve taraflara güçlü ve uygun çözümler getirmeyi hedeflendirilmiş mi? Arabuluculuk sürecinde güç, eşit taraflar arasındadır ve en uygun çözüme ulaşmak için idari olmak, konuşma, tartışma, anlaşılma, anlaşma ortamı sağlamak gerekir. Bu görüşmeler yaratıcı çözümlere açıktır ve yasal mevzuatın sınırı olmaksızın sizin çözümünüz odaklıdır. Oysa taraflar için daha tatmin edici çözümleri getirebilmek için önemlidir. Süre açısından uyuşmazlığa bağlı olmakla birlikte, bir günde çözülebildiği gibi ortalama bir ay içinde anlaşma sağlamak mümkün olabilir. Herhangi bir sözleşmeden/anlaşmadan farklı olarak arabulucu ile yapılan anlaşmanın özelliği, tarafları bağlayıcı olduğu gibi mahkeme hükmü gücünde bir ilam niteliğiyle hukuki koruma sağlamak sıfatındadır. Şimdi de onların avantajların kıyas edersek şu şekildedir:

- Dava sürecinde ihtilaf ve kutuplaşma var iken; arabuluculuk işbirliği ve uzlaşmayı getirir.
- Dava süreci iş ilişkilerinde bozucu etki yaratırken; arabuluculuk taraflar için sürdürülebilir gelecek ilişkilerini sağlar ve dostane ilişkilerde kalma imkanı sağlar.
- Dava sürecinde yasal süreçlere bağlılık vardır; aksine arabuluculuk ise menfaat temelli olup taraflar için en uygun ve yaratıcı seçeneklere ulaşılmasını devam ettirir ve sağlar.
- Davalarda görülen ispat çarelere bağlı kalır, arabuluculukta menfaat temelli taraflar için anahtar/çözümleyici işlevli araçlar sunulur, seçilir.
- Resmi/usûli kanun üzerindeki kurallar değil; tarafların iradeleriyle şekillenen özel usûllerle yapılandırılır, değerlendirilir.
- Mahkeme genellikle kazan/kaybet denkleminde yasaya dayalı hüküme bağlılık taşırken; arabuluculuk kazan/kazan prensibi ile ticari sürdürülebilirlik, ilişkilerin devamı ve adil olma yönünün geliştirilmesi üzerinde hareketlerde bulunur.
- Dava yolu hak temelli ve sorun odaklı tasarlar iken; arabuluculuk menfaat ve sonuç odaklı seçeneğe bağlı kalır.

- Dava yolu hem zaman aşımından hem de masraf hususunda devam eder ve yıpratıcılık sıfarıyla devam ederken; arabuluculuk bu sırada daha net, ilişkileri geliştirici, değerlendirici ve daha az masrafla tamamlayabilme fırsatına sahiptir.

Son olarak, arabuluculukla tamamlanan anlaşma sonuç itibarıyla ulaşılan ilam gibi kabul edilir ve mahkeme hükmü niteliğindedir. Tüm resmi makamlarda da geçerliliği söz konusudur. Tüm varlığıyla dava yolu ile kazanılan karar gücündedir. Aşağıda detaylı şekilde tasarruflama ayrıntıların açıklayacağız:

2. Zamandan Tasarruf Edilme Durumu

Her hangi bir uyuşmazlığın ortaya çıkışı çözüm yolunda erken veya geç bir zamana ihtiyacı bulunacağı bellidir. İşin doğrusu da haksızlığın mümkün olduğu kadar isabetli bir sürede çözülmesi önemlidir⁹²; maalesef mahkemeler çoğu zaman bu görevlerini yerine getirmede eksik kalmaktadır. Ama bunun nedenlerine gelince sebelerinden bir tanesinde mahkemelerin aşırı iş yükü altında bulunmaları, prosedür ayrıntılığı, hâkimin davayı açıklarken dikkat etmesi gereken hukuki ilkenin fazlalığına yansımaktadır⁹³. Arabuluculukta taraflar, uyuşmazlıkla karşılaşınca, alternatif çözüm yöntemini seçerken zaman aşımından, örneğin gün, haftalarla ifade eden bir çözüm süresinin kazanç yarattığı hesap üzerinden iş görmeni belirler ve onu tercih ederler. Nitekim arabuluculuğun işlemde hızlı bir süreç yaratışı, aynı şekilde de hem zamandan hem de masraftan tasarruf edilme gibi taraflara bir imkan oluşturmaktadır. Diğer yönden, belirli bir sürece bağlı olmakta bulunup, sonuçta zaman kaybına uğrayan kişiler hem devlete hem de adalete olan güvenini kayıp

⁹² Yılmaz, Adalet Hizmetleri, s.63. “...geciken adaletin de bir adaletsizlik olduğundan hareketle ...” 1.HD, 11.09.1996,8913/9700(YKD 1997/1,s.14); “Çok geç gelen bir hukukî himaye, hukukî himaye olmaktan çıkar” (Alangoya, İlkeler, s.89; benzer olarak bkz. Yaşamış,s.305; Yılmaz, Aksak Adaletten İşleyen Adalet, s.474; Kılıçoğlu,s.291. Yargının geciktiği bir ülkede gerçek bir hukukî korumanın varlığından söz etmek mümkün olmuyor (Pekcanitez, Yargı Reformu, s.104,106). Yargının hızlandırılması, doğrudan etkin hukukî koruma mağnasına gelemes (Akkan, Mine: “Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma”, MİHDER 2007/I, s.29-68, s.40,58) ; Kekeç, s.87.

⁹³ Bkz.Kuru, Yargılamanın Çabuklaştırılması, s.167 vd.; Üstündağ, Sorular ve Çözüm Yolları, s.280 vd.; Onur, İsmet: “Yargının Hızlandırılması”, Yeni Türkiye, 1996/10, s. 442-446, s.443 vd.; Özbek, Öneri, 186-187. Bun konularla ilgili olarak ayrıca bkz.Yılmaz, Adalet Hizmetleri, s.69-70; Pekcanitez, Geciken Adalet, s.24 vd.; Özbek, Tedbirler, s.215,223; Gilles (Şev. Ejder Yılmaz), s.761; Tanrıver, s.71; Kekeç,s. 88.

eder olması⁹⁴. Hatta, bu süreçte uyuşmazlık tarafları bu işe yakınlarını da katacak durumda büyüebilmektedirler⁹⁵ böylece taraflardan birisinin iflâs etmesi, hastalanması veya ölümü gibi durumlar ve sebeplerindendir⁹⁶. İşin pratik açısından bakarsak, artık uluslararası bir ifade kazanan tanım; en kötü uzlaşma en iyi yargısal çözümden daha iyidir ifadesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının devlet yargısına göre tercih edilmesini özetlemektedir⁹⁷. Sonuç olarak arabuluculuk, taraflar için ne kadar kendi çıkarlarından yana olsa da işin başında zamanlarını nasıl verimli kullanabilmeleri arayışında ve hesabında bulundurmalarıdır. Aynı zamanda da tarafların konuya bu tür yaklaşımları, uyuşmazlıkları daha erken sonuca bağlamada düşünce yaratır, fırsat tanır ve sonuç oluşturur düşüncesindeyim.

3. Masraflardan Tasarruf Edilme Durumu:

Arabuluculuk prosedürünün kademeli yaklaşımı veya kullanılışı taraflara masraflardan tasarruf edilmesine imkan sağlar. Aynı şekilde de tarafların da arabuluculuk usûlüne tedbirli yaklaşımı ile uygulama işlevi masraflardan tasarruf edilmesini sağlar. Hatta arabuluculuk faaliyeti yargı yolu ve tahkime nazaran daha hesaplı bir uyuşmazlık yöntemi olsa da belli ki bünyesinde bazı masrafları barındırmak zorundadır⁹⁸. Zira arabulucunun yaptığı hizmeti karşılığında belli bir ücret ödenmelidir. Ayrıca arabuluculuk süreci başarısızlıkla sonuçlanırsa tahkim ya da devlet yargısı yöntemlerine benzer başvuruabileceği konularda bir tereddüt yaşanmamaktadır⁹⁹. Bu tür bir deneyim taraflara mahkeme harçları ve avukatlık

⁹⁴ Pekcanitez, s.15; Tanrıver, Sosyolojik Bir Bakış, s.822; Özekes, Arabulucu.s.42.Yazıcı Tıktık,s.6; Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.8.

⁹⁵ **Türkiye Noterler Birliği**, s.48; Şanlı, Uyumazlıklar ve Çözüm Yolları, s. 461. Benzer olarak bkz. Pekcanitez/Atalay, Özekes, s.933.; Kekeç, s.88.

⁹⁶ Bir davanın söz konusu olduğu hallerde, avukatın, davanın gidişatını somut olayın özelliklerine göre değerlendirerek, karşılaşılabilecek sıkıntılar hakkında müvekkilini uyarması ve uygun olan hallerde anlaşma yolunu teşvik etmesi gerekir (**Sungurtekin-Özkan**, s.364; **Sungurtekin-Özkan**, Avukatın Rolü, s.137; **Türkiye Noterler Birliği**, s.54).; Kekeç,s.88.

⁹⁷ Yılmaz, s.845; Pekcanitez/Atalay,Özekes, s.42; Özbek, Çözüm Türleri,s.191. Ayrıca bkz.Knebel/ Clay,s.15-16, Zayıf bir sulh, isabetli de olsa bir mahkeme kararına tercih edilmektedir (Pekcanitez, Yargının Hızlandırılması, s.65; Pekcanitez/Yeşilova, s.337; Kekeç, s.88.

⁹⁸ Yazar, “**Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk**”, s.151.

⁹⁹ Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s.497. UNSİTRAL, Arabuluculuk Kurallarına göre, gösterilen faaliyet sonucunda düzenlenen anlaşma belgesi tahkim şartını içerebilir. Bu durumda anlaşma belgesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar çözüm sırasında tahkime müracatta bulunabilecekler. Doktrinde anlaşmaya yönelik kaynaklanan uyuşmazlığın tahkim yolu ile sonuçlanmasına bağlı

ücretlerinden kurtulma fırsatı yaratmış olur. Genelde mahkeme yargısı birçok prosedürden oluşmaktadır, bir yandan gecikirken, diğer yandan da masrafların artmasına uğratmaktadır. Davayı kayıp etme gibi tereddütünü yaşayan taraf, ek olarak buna artan dava harç olabilmesi herkes için karşılaşılabilecek bir gerçektir, o acıdan da tereddüt ettirmesi de gayet doğaldır. İşte bu anlamda, dava harç ve diğer giderler eklenince, hak aramada hürriyetini yararlanamayacak hale uğratır¹⁰⁰. Bu nedenle medenî usûl hukukunun ekonomik içeriği ve usûl ekonomisi (Any. m.141/IV; HMK m.30) yanında yargılamanın etkin biçimde sürdürülme süreci ister dava öncesi ya da dava sırasında olsun, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ulaşabilmede olanakları hep değerlendirilmelidir¹⁰¹. Arabuluculuğun uygulanması ile ilgili yapılan işletmelerde kişilerin en değerli zamanlarını kayıbetmeyerek, hatta önemli işlerine ayırabilmek zaruri edilmektedirler¹⁰². Bu anlamda arabuluculuktaki taraflar için en gerekli ve değerli de zamanaşımıdır, taraflarca önem verilecek zaman üstünlüğü ön plana geçecektir bununla beraber işlem prosedürünün uyması da ön planda bulunmalıdır. Çünkü süreç uzadıkça harcanacak maliyetin artması da doğaldır. Diğer yandan ilk bakışta gözükmeyen masraf, işletme yönetiminin yargılamada harcanacak zaman da tasarruf edilmelidir¹⁰³. Bu sırada bir an arabuluculuğun mahkemeye göre daha fazla masraflara kapılacağı düşünülse bile, karşılanabilir uyuşmazlıkların önlenmesi var ilişkilerin muhafazası ve geliştirilmesi hesaba eklendiğinde, arabuluculuğun hâlâ masrafı görüldüğü diye dile getirilemeyecektir¹⁰⁴.

anlayışın son derece dikkat çekici olduğu, tahkim usulün kullanılması ile uyuşmazlığın çözümlendirilmesinin gaye edildiği ifade edilmiştir: Polat, s.92; Yazar, s.151.

¹⁰⁰ Yargılama giderleri artarsa hak arama özgürlüğü kısıtlanır (Yılmaz, Yargılama Giderlerinin İşlevi, s.201-205, 224; Yılmaz, Aksak Adaletten İşleyen Adalet, s.477). Özellikle ekonomik açıdan dezavantajlı olan taraflar, tam hukukî korumadan yararlanmada zorluklar yaşayabilirler. Arabuluculuk, bu noktada yargılamanın masraf ve riskini göze alamayacak kişiler için rahatlatıcı bir fırsat olabilir; güçlerinin yetebileceği bir adaleti elde etmekte (approximation to justice) imkânı sağlayabilirliği (Lightman, s.3); Kekeç, s.89.

¹⁰¹ Cottwald, (Çev. Sema Taşpınar), s.4; Kekeç, s.89.

¹⁰² Özbek, s.208.; Kekeç, s.88.

¹⁰³ Peters/Mastin, s.3. Ayrıca bkz. Alison, s.165.; Kekeç, s.90.

¹⁰⁴ Özbek, Armağan, s.288. Ancak, masraftan tasarruf temel bir amaç değildir; sadece, arabuluculuktan elde edilebilmeli ek bir menfaat tanımındadır (Council Of Europe; Family Mediation, s.15; benzer görüşte bkz. İldır, s.26; Özbay, Uzlaştırma, s.407, dn.106; Özkes, Tebliğ, s.4); Kekeç, s.90.

Arabuluculuk, günler ve haftalarla belirlenebilecek bir süreçte mümkün olan en basit formülde uyuşmazlığı çözmeye yönlendirilen bir ekonomik bir usûldür¹⁰⁵. Elbette uyuşmazlık sırasındaki görüşmelerin uzaması otomatik olarak süreç sırasında maliyetinin artmasına yol açacaktır. Hatta anlaşma prosedüründeki ilerlemede söz konusu olan bu işlemler dahil dava yolundan daha az bir maliyetle sonucu elde etmesinde imkan sağlayabilir olması da ön planda bulunmalıdır.

Arabuluculuk faaliyeti usulüyle yapılan ister tahkim ister yargı yolu ile gösterilen bir çözüm yöntemi olsa da bünye de yapılan işlem belli ki, bazı masrafları barındırmalı. Arabuluculuk prosedüründeki bu tür masraflar kural üzerinde taraflarca eşit bir şekilde karşılanır. Tabi ki, eğer bununla ilgili taraflarca yapılan anlaşmada öngörülmemişse. Ancak taraflarca yapılan masraflar kendilerine ait olmaktadır, arabulucunun taraflardan ilk başta aldığı teminattan harcanmamış para taraflara yine de iade edilme durumu belirlenmektedir¹⁰⁶.

Arabulucunun ücretinden başkaca arabuluculuk faaliyetinden kaynaklanan giderlerin de çıkabileceği mümkündür¹⁰⁷. Ancak uyuşmazlığın erken bir aşamada çözülmesi arabuluculuk sayesinde olacağını kabul edilmeli ve her ne kadar arabuluculuk sürecinde de kaçınılması mümkün olmayan bir takım masraflar söz konusu olsa bile taraflar daha fazla tutacak olan yargılama giderlerinden kurtulacaklardır. Diğer yönden arabuluculuğun yararlığı sadece bunlarla sınırlanmayıp, arabuluculuğun asıl faydası aynı zamanda da uzun soluklu ilişkilerdeki menfaat temelli yararı olmasıdır.

¹⁰⁵ Clay, s.161; Özekes, Arabuluculuk, s.43; Pekcanitez/Atalay,Özekes, s.934. Bu durum, dava giderlerini karşılamayacak durumda olan kişilerin de AUÇ yollarına başvurmalarına imkânvermektedir (Pekcanitez, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, s.14).; Kekeç, s.89.

¹⁰⁶ Zenginkuzucu, Dostane Çözüm, s.38; Yazar, s.151-152.

¹⁰⁷ Ekmekci, Özekes, Atalı, Seven, s.118.

III. ARABULUCULUĞA İLİŞKİN DÜNYA'DAKİ GELİŞMELER VE TEMEL ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

A. Arabuluculuğa İlişkin Dünya'daki Gelişmeler

Dünya genelinde arabuluculuk, çok eski bir tarihe sahip uyuşmazlık yöntemi değildir. Arabuluculuk daha çok ticari kültürde¹⁰⁸, etnik, aile veya dini mekânlarda kullanılmaktaydı¹⁰⁹. Dolayısıyla bu nedenle arabuluculuğu yeni bir kurulmuş teşkilat diyemiyoruz ve bilâkis baya bir geçmişe sahip değişik tanımlar sıfatında olan eski bir kurum tarihine sahip olduğu anlaşıyor. Bununla beraber bir süre devletlerde arabuluculuk sıfatı tam bugünkü işleve sahip olmasabile değişik şartlarla bir dava veya uyuşmazlık sıralarında tarafları daha kısa yoldan barıştırmakta her anlamda ön planda olduğu tercih edilmiş bir usul olduğu anlaşılmaktadır. Arabuluculuğu kullanma pratiğine gelince sistemleştirilmiş bazı kurumlar tarafından yargılamaya bağlantılı veya yargılamadan bağımsız şartlarda kullanıldığı söz konusu olmuştur. Arabuluculuk, mevcut tecrübesiyle eski bir geçmişi içeren ama her uyuşmazlık konusunda beklentili, neticeli bir çözüm noktasını getiremeye de bilir. O yüzden arabuluculuk yeni bir kurum olmadığı ortada ve dahimi olarak bir bağlayıcılık fonksiyona da sahip olmayabilir. Oysa bu süreçte dönük yapılan beklentiler nedeniyle daha güncel olarak bir kaç arabuluculuk işlevindeki kurumlar için doğru bir prosedür olarak kanıtladığı inkar edilemez. Ayrıca mevcut süreçlerden dolayı nitelik bakımından arabuluculuğun da varlık kazanması söz konusudur. İşte arabuluculuğun son çeyrek yüzyılda önemli gelişme gösterdiğinde tek sebebi, çok formelite olmasa da daha gayriresmi bir uyuşmazlık yöntemliğine sahiplik kazandıran yargısal faaliyete entegreliği ile kurumsallaştığı önemsenmiştir¹¹⁰. Peki bu tanımla arabuluculuk gelişmiş devletler genelinde uyuşmazlık için gerçekten de istekete bulunan bir rol yöntem mi? Şimdi de bu konum üzerinde cevabı araştıralım ve gelişmiş devletler üzerinde oluşan gerekli düzenlemeleri analiz edelim.

¹⁰⁸ Folberg/Taylor, s.3. Mesela, ABD'deki durumda AUÇ yöntemlerindeki temel kaynaklara bakınca uyuşmazlık ortaya çıkınca olayın çözümü dini ve etnik gruplardan alındığı gözükmüyor.; Kekeç, s.30.

¹⁰⁹ Singer, s.4; benzer görüşle bkz. Kovach, s.27.; Kekeç, s.30.

¹¹⁰ Pekcanitez, Atalay, Özekes, Medenî Usûl Hukuku, Ders kitabı 9'cu Bası-İst.Eylül 2021, s.630.

ABD ve Avrupa ülkeleri başta olmak üzere bir çok ülkelerde arabuluculuk uygulamaları artmış, bu konuda düzenlemeler yapılmıştır¹¹¹. Hollanda ve Danimarka gibi ülkeler, mahkemelerce yürütülen dava prosedürü dışında ancak adalet sisteminin ilgi ve takibi altında yürütülen uzun soluklu pilot projelerin öne çıkan başarılarının etkisiyle arabuluculuk yöntemini yaygınlaştırmışlardır¹¹². Amerikan Alternatif Uyuşmazlık Çözümünü Danışma Kurulu'nun (National Alternative Dispute Resolution Advisory Council)¹¹³ tanımında, Arabuluculuk; tarafların uyuşmazlıktaki mahiyeti ya da çözüme etkileri konusunda bağıllık taşımayan, arabulucunun sürece ilişkin tavsiye ya da katkısıyla karar verme yetkisinde bulunulabilen, arabulucunun, ayrıca uyuşmazlık sorunlarını açıklaması ve sonuçlandırması amacıyla derman sunumlar ürettiği, alternatif seçeneklerin değerlendirilmesi ve ortak bir anlaşmaya varılmasını amaçlayan bir prosedürdür¹¹⁴.

Aşağıda daha detaylı bir şekilde açıklama yapılsa bile, burada önemli bir nokta, Avrupa Komisyonu tarafından 19 Nisan 2002'de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin olarak Yeşil Kitap'ın hazırlanmış olmasıdır. Yeşil Kitap'ın amacı, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde istenilen kaliteyi tutturmak ve esnekliği koruyarak yargı yolları ile uyum arasındaki dengenin sağlanmasına gayret edilmesidir¹¹⁵.

2004 yılında Avrupa Parlamentosu Konseyinin, Hukuk ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Direktif Tasarısı, medenî hukuk alanında ve ticarî konularda arabuluculuğa ilişkin hükümler içermektedir. Bahsettiğimiz Direktif Tasarısında, Avrupa Birliği içinde hakkın korunması ve temini bakımından, üye ülkeler zor ve karmaşık hukuk ve idare sistemi yerine, işi daha kolay, daha basit işlemdeki amaç uyuşmazlıkları anlaşma üzerinde sonuçlandırılması ön plana koyulmuş. Avrupa Birliğine üye ülkeleri ise,

¹¹¹ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.38 vd.

¹¹² 1993 yılında Hollanda'da ilk arabuluculuk merkezi olan Hollanda Arabuluculuk Enstitüsü (Netherlands Mediation Institute-NMI), kamunun arabuluculuk konusunda bilgilendirilmesi ve arabuluculuğun uygulamasının ve kalitesinin artırılmasını sağlamak amacıyla kurulmuştur. "Mediation", Global Trends in Mediation (Ed. Nadja Alxander), Köln 2003, s. 238; Çiğdem Yazıcı Tıktık, **Doktora Tezi**, 2010; Arabuluculukta Gizliliğin Korunması; Tıktık, s.16-17.

¹¹³ Kekeç, s.23.

¹¹⁴ Spencer/Brogan, s.9. Arabuluculuk, AUÇ yolları içinde en hızlı büyüyenidir (McKay, s.467); Kekeç, s.23.

¹¹⁵ Heintz, Jean Jacques, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bakış", Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Ankara 2006, s. 23-25.; Tıktık, s.17-18.

bu süreçte de alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin kanunlar kabul edip, uygulamaya konulup sistemleştirmiştir¹¹⁶.

Ayrıca bir hukuk dalı da bundan sonra sıraya alternatif uyuşmazlık çözümü kullanımı ceza ve idarî yargılar alanında da uygulanma prosedürü kabul ediliyor.

Tabi, özel hukukla âlakalı uyuşmazlıklar niteliği ve arabuluculuk yöntemlerinin de farklı olması sebebiyle, ceza ve idari uyuşmazlıklardan ayrı olarak düzene geçmesinin isabetli olacağı düşüncesi öngörülmüş. Öte yandan, bu tür düzenlemenin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu içinde yerleşmesi makule geçti. Genel bir kanunda bu hükümlere yer verilmesi yerine, iyi bir sonucu keşfetmesinin bağlantısı ayrı bir kanunla düzenlenmesinin daha doğru bir yaklaşım olduğunun göstergesidir. Nitekim, Avusturya, Almanya, Macaristan ile Slovakya gibi ülkelerde de ayrıca arabuluculuk özel kanunlarla düzenlenmiş¹¹⁴.

Alternatif uyuşmazlık çözümü uygulama ve kullanımda sınırlı kalmış değildir. Alternatif uyuşmazlık çözümünde, arabuluculuk her ülkeye ve sosyolojik durumuna göre uyuşmazlık çözümleri uygulayacaktır. Arabuluculuk, sadece yukarıdaki getirdiğimiz batılı devletlerle sınırlı kalmayıp bazı Asya Pasifik Bölgesinde de, modern arabuluculuk uygulamaları bakımından verimli bir bölgeye ulaştığı söz konusudur. Uzakdoğu ülkelerinde hükümet tarafından öncelikle mahalle, köy, kasaba ve semt seviyesinde hizmet vermek için kurulan organize edilmiş Halk Uzlaşma Komisyonlarının da amacı kişilerarası ve toplumsal uyuşmazlıkların çözümünde rol oynap katkıda bulunmak¹¹⁵.

Örneğin, Japonya’da arabuluculuk mahkemeye başvurmadan önce ve mahkeme dışı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Esas Arabuluculuk Kanunu (Civil Conciliation Act)¹¹⁶ olarak 1951 tarihli Hukukî konulara ilişkin arabuluculuk faaliyeti mahkeme tarafından oluşturulan bir arabuluculuk komitesi tarafından yürütülmektedir. Görüldüğü gibi böyle bir yöntem “mahkemeden önce “ arabuluculuk anlamında tanılmaktadır. “Mahkeme dışı arabuluculuk“ taraflarca

¹¹⁶ Avcı, Güncan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Mevzuatı, s.55-56 vd.

¹¹⁴ Moore,s.80; Houzhi, s.31; Yazar, s.51.

¹¹⁵ Ginsburg, Ruth Bader:American Bar Association Delegation Visits the People’s Republic of China, American Bar Association Journal,1978,s.1516 vd.; Moore,s.83; Yazar s.51.

¹¹⁶ Kanun metni için bkz.://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detaildownload/?ff=09&id=2732. 2 2.02.2019, Yazar, s.51.

atanmış veya arabuluculuk kurumu tarafından faaliyette bulunan arabuluculuğa denilir¹¹⁷.

Yukarıda bahsettiğimiz 1951 tarihli Arabuluculuk Kanununun 1. maddesine göre; Kanunun medeni hukuktan doğan uyuşmazlıklarda tarafların karşılıklı uygun mevcut şartlar ödünlende bulunarak uzlaşmasının sağlanmasının amaç edildiği belirtilmiştir¹¹⁸. Ülkenin de 2001 yılında da ülkede Adalet Sistemi Reform Konseyi ADR'lere ilişkin kapsamlı bir yaklaşımda düzenlemeyi içeren tavsiye sınımuştur¹¹⁹.

Çin Halk Cumhuriyetinde arabuluculuk, yargıdan önce bağımsız bir kurum olarak faaliyette bulunmaktan çok mahkeme sürecinde veya mahkeme süreci sonrasında da faaliyet göstermektedir¹²⁰. Dolayısıyla Çin'deki arabuluculuk sisteminin 5 farklı kategoriden oluşuyor ve arabuluculuk çeşitlerini sıralarsak şu şekildedir; "Halk Arabuluculuk Komiteleri (tiojie weiyuanhui) diye adlandırılan mahkeme dışındaki heyet tarafından yürütülen arabuluculuktur. Sonradan 1950 yılından itibaren yeni Çin'in kurulmasından sonra, durum daha somutlanıyor¹²¹. Bundan sonra araya otuz yılı aşan bir süre değişimi geliyor ve artık 1978 yılından itibaren hukuk sistemi, hem devletin hem de bireyin davranışlarını düzenlemeye sıra alıyor. Hukuk üstünlüğü prensibi, devlet ideoliji ve meşruietinin önemli bir parçası rolüne sahip oluyor. Genel Hukuk anlayışı çarpıcı bir şekilde genişlemeye ve hukuk sistemi ise de şikâyetlere cevap veren, uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir fırsat seviyesi haline ulaşıyor¹²². Bu devirde komşu mahalleri kapsayan hukuki uyuşmazlıklar, çözüm yöntemi adli olmayan uyuşmazlık sebebinden dolayı bertaraf ediliyor. Çin Halk Cumhuriyeti'ndeki alternatif uyuşmazlıkla ilgili çözümler konusundaki 1979 yılında Ortak Girişim Kanunu (Joint Venture Law) tesiss edilmiştir. 1983 tarihli "Ortak Girişim Kanunu'nun Uygulanması hakkında Yönetmelikler", karar ve hükümü tercih etmeyi kapsayan daha ayrıntılı bir altyapı hazırlamıştı. 1985 tarihli "Yabancı Ekonomik Sözleşme Kanunu" ile Çin Halk

¹¹⁷ Özmumcu, Uzakdoğu'da Arabuluculuk, s.133.;Yarar, s.51.

¹¹⁸ Özmumcu, Uzakdoğu'da Arabuluculuk, s.149.; Yarar, s.51

¹¹⁹ <http://japan.kantei.go.jp/judiciary/2001/0612report.html> (Erişim tarihi: 11.07.2019); Erişir/Tekin, s.149, Yarar, s.51.

¹²⁰ Çin Hukukunda temel nitelikteki arabuluculuk düzenlemesinin İngilizce çevirisi için bkz.:Tu,N.Y: Law/Relating to Mediation of Disputes in Civil Matters, Ch.na Law Review, 1930, Vol.4,s.106-107 ; Yarar, s.51.

¹²¹ Io Lo,s.123 ; Wenying, s.423; Özmumcu, s.119.

¹²² Benjamin L. Liebman, Assessing China'a Legal Reforms, Columbia Journal Asian Law, 2009,Vol.23, (17-33), s.18; Özmumcu, s.63.

Cumhuriyeti'nde uyuşmazlıkların çözümünde hukuk ve mahkeme seçimine ilişkin daha açık hükümler içeren ikili ticaret ve yatırım anlaşmalarına taraf olmuştur¹²³.

Gelelim Japonya'daki hukuk kültürüne, Japon toplumun özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Japonya'nın pek hukuk sistemine direnden detaylı girmemek için, sadece tez ana konumuz olan arabuluculukla ilgili konuyu yansıtmak için Japon toplumun arabuluculuk usulü bakımından yaşadığı tarihsel dönemler dört farklı bölümden bulunmaktadır:

- Tokugawa Dönemi,
- Meiji Dönemi,
- İkinci Dünya Savaşı ,
- Modern Japonya olmak üzere ayrılmaktadır¹²⁴. Esas

Modern Japonya dönemi 1868 yılından itibaren Meiji döneminde başladığını kabul etmeliyiz . Buna göre, Meiji dönemi öncesi Japonya, a) Tokugawa Dönemi öncesi b) Tokugawa Dönemi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹²⁵. 1999 tarihinde Japon Bakanlar Kurulunca yapılan Adli Reform Konseyi (Judicial Reform Council) tesis edilmiştir. Konseyin amacı, 21 yüzyılda Japonya'daki yargının rolünü açıklamak için yargısal alt yapı düzenlemeleri ve adli reform için öngörülen önlemlere dikkat edilmesi anlamında ifade taşıyor¹²⁶.

Japonya'da 1990 yılından sonra ve 1999 yılından itibaren hız kazanan reformlar çerçevesinde, 2003 yılında taslak hâlinde başlanıp 2004 yılında yürürlüğe giren 138 sayılı yeni bir Tahkim Kanunu (Arbitration Law), 2004 yılında kanunlaşan ve 2006 yılında yürürlüğe giren 45 sayılı İş Mahkemeler Kanunu (Labor Tribunal Law) ve 2004 yılında da kanunlaşan ve 2007 yılında yürürlüğe giren 151 sayılı ADR Kanunu olarak bilinen Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Teşviki hakkında Kanun (Law Concerning Promotion of Alternative Dispute Resolution) işleminde bulunan gerekli yasal düzenlemelerden geçmiş. Japon hukuk sistemindeki son yıllarda yaşanan gelişmelerin bu tür sonucu, Japonya'da

¹²³ Navziger/Jiafing, s. 633; Özmumcu, s.63.

¹²⁴ Mark S.Johnson, The Japanese Legal Milieu and Its Relationship to Business, American Business Law Journal,1976, Vol.14,(s.335-353),s.336 vd.; Özmumcu,s.86.

¹²⁵ Carl F. Goodman, The Rule of Law in Japan A Comparative Analysis, Kluwer Law International,, The Hague/ London/ NewYork, 2003, s.11; Özmumcu, s.86.

¹²⁶ Fukui, s.56; Özmumcu, s.113-114.

alternatif uyuşmazlığın günümüzde çözümü veya ADR, davaya (litigation) paralel uyuşmazlık çözümü usulü sıfatında yerleşikdir¹²⁷.

Bazı yazarların fikrine göre arabuluculuk, organik olarak Asya kültürüne içkindirmiş(aitmiş). Sebep oluşu da, hızlı sanayileşme karşısında, ataerkil çatışma çözme gelenekleri (dağınık, resmi olmayan ve örgütsel olarak yapılandırılmamış) artık nüfusun ihtiyaçlarını karşılamıyor. Uzlaşma prosedürleri için, arabuluculuk yönetmeliklerindeki davranış kurallarını, etik kodlardaki arabulucular için davranış kurallarını, onaylanmış eğitim programlarındaki nitelikleri için gereklilikleri ve ayrıca sözleşmeye bağlı prosedürleri sağlayan belirli resmi çerçeveler oluşturmak gerekliydi.

Esas Singapur, ABD, Avustralya ve Birleşik Krallık deneyimlerinden yerel koşullara ve yaşam tarzlarına kadar uyuşmazlık çözümü modellerinin ve uygulamalarının başarılı bir şekilde uyarlanmasına örnek teşkil etmektedir. Anlaşmazlıkların anlaşmaya dayalı çözüm mekanizmalarının Singapur'da yaygın olarak kullanılmaya başlanmasındandır ve Singapur'da yaşayan ana ulusal grupların kültürel geleneklerinden türemektedir (anlaşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi tercihi çin, malay, hint kültürlerinin özelliğini kapsamaktadır) 440 ve aktif eyalet mahkemelerinin amaçlı bir şekilde çalışması emegidir¹²⁸.

O yüzden de bazı ülkelere arabuluculuk sisteminin gelişmesinde belli bir düzenlemeye sahip ise, diğer bazıları da değişik şartlardaki fiili kullanımlara başlamakta yahut pilot uygulamalarla tanılmaktadır ve sistemleme alanında da bir

¹²⁷ Irie,s.3.; Özümucu,s.115.

¹²⁸ Bu bağlamda, Singapur bir istisna değildir: uzlaşma prosedürlerinin gelenekleri diğer ASEAN ülkelerinin de (Brunei Sultanlığı, Endonezya, Filipinler, Tayland, Vietnam) karakteristiğidir. Daha fazla ayrıntı için ASEAN Hukuk Derneği üyelerinin raporlarına bakın: Ahmad Jefri Rahman. Developments in Arbitration and Mediation as Alternative Dispute Mechanisms in Brunei Darussalam (paper delivered at the 11th General Assembly of the ASEAN Law Association) (Electronic resource). – URL: <http://www.aseanlawassociation.org/11GAdocs/workshop5-brunei.pdf> (İnternette alndığı tarih access date:22.08.2018; Prodigalidad Patricia-Ann T. Building as ASEAN Mediation Model: The Philippine Prospective (Electronic resource). – URL: <http://www.aseanlawassociation.org/11GAdocs/workshop5-phil.pdf> (İnternette alndığı tarih-access date: 22.03.2017) ; Sorawit Limparangsi, Monti Sillapamahabundit. Mediation Practice: Thailand experience (paper delivered at the 11th General Assembly of the ASEAN Law Association)(Electronicresource), URL: <http://www.aseanlawassociation.org/11GAdocs/workshop5-thai.pdf>) (İnternette alınan tarihi-access date: 22.03.2018) ; Prof. Dr. Le Hong Hahn. Medation and Mediation Law of Vietnam in context of ASEAN Integration (paper delivered at the 11th General Assembly of the ASEAN Law Association) (Electronic resource). – URL: <http://www.aseanlawassociation.org/11GAdocs/workshop5-vn.pdf> (access date: 22.03.2018).; Gaydaenko, s.253-254. (Гайдаенко с.253-254).

konum kazanmaktadır. İşte pilot uygulama niteliğinde de eski Sovyet Birliğindeki Ülkelerin genelinde geç de olursa hızlı bir şekilde yayınlanmaya başlamıştır. Türkiye Cumhuriyeti ve diğer başka ülkelerde de 2019 yılına kadar arabuluculuğun hızlı bir şekilde ön plana alınıp yaygınlaşmasıyla beraber bu ilerileme kampanyasında abartılı bir şekilde uygulama kazanması söz konusu olduğu eleştiriler mevcuttur. Bunun rağmen arabuluculuğun değerlendirilmesinde tabi yargı yapısı ve kültürü, hukuk devlet anlayışı, sosyal yapısı ve alışkanlıkları üzerinde gerekli çalışmalar yapılır ve bunlara önem verilir. Bu nedenle arabuluculuğun sırf iyi olması yetersiz kalır, çünkü yargının kötü işlediği bir yerde arabuluculuk uygulaması yetersiz kalır¹²⁹.

Fransa (Fransız Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu madde 1565 (bundan sonra FHMUK olarak anılacaktır), mahkeme dışında varılan arabuluculuk anlaşmasına bağlayıcı güç vermenin mümkün olduğu ülkelere örnek olarak gösterilebilir¹³⁰. Madde L111-3 1 Hukuk Konularında İcra Usûlleri Kanunu (code des procédures civiles d'exécution)¹³¹, asliye mahkemeleri veya idare mahkemeleri tarafından onaylanan arabuluculuk anlaşmalarının icra belgesi olduğunu belirtir. Arabuluculuk anlaşması, Avusturya ve Belçika'da da bir mahkeme veya noter tarafından tasdik edilebilir¹³².

B. Arabuluculuğa İlişkin Temel Uluslararası Düzenlemeler

Arabuluculuğa ilişkin temel uluslararası düzenlemeler, yöntem sistemine göre farklılık arz etmektedir. Arabuluculukla ilgili her devletin iç hukuk durumundaki sorun değil, artık dünya genelindeki özel hukukla ilgili her çatışmanın (conflict) ön olarak arabuluculuk sistemini uygulamasına yönelik eğilim

¹²⁹ Ekmekci, Özkes, Atalı, Seven, s.37-38 .

¹³⁰ Kanun, Fransa Cumhuriyeti'nin resmi yasal portalında yayınlanmaktadır, İnternette alındığı tarih: 22.03.2018.; Gaydaenko, s.251. (La ressource électronique). URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=la+date+de+l'accès:22.03.2018>. (Кодекс опубликован на официальном правовом портале Французской республики, Гайдаенко с.251).

¹³¹ Kanun, Fransa Cumhuriyeti'nin resmi yasal portalında yayınlanmaktadır. (La ressource électronique, Elektronik kaynak – URL: :İnternette alınan tarih: 22.08.2017; Gaydaenko, s.251, (Кодекс опубликован на официальном правовом портале Французской Республики, Гайдаенко с.251).

¹³² URL: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-en.do (İnternette alındığı tarih-access date: 22.03.2018).; Gaydaenko, s.251, (Гайдаенко с.251).

bulunmaktadır. Avrupa ülkeleri arasında çoğunlukla kabul edilen yöntem hukuksal yöntemdir. Almanya, İtalya, Fransa, Yunanistan gibi ülkeler yaşama faaliyetlerine ağırlık vererek NMI'nin (Netherlands Mediation Institute) kuruluşu Hollanda'da arabuluculuğun kurumsallaşması yönünde önemli bir işaret olmuş ve büyük ilgi arabuluculuk kurumunu özendirmeye hedeflemiş ve yaygınlaştırmaya çalışmışlardır¹³³. 1998 tarihinde Viyana'daki eylem planı ve 1999 yılında da Tampere Avrupa Zirvesindeki çerçevesinde Avrupa Konseyi, üye devletlere adalete erişimin iyileştirilmesi yaklaşımında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini geliştirilmek ve yaygınlaştırmak amacıyla çağrıda bulunmuş ve Avrupa Komisyonu'nu bu fonksiyona Yeşil Kitap hazırlama için çalışmalara başlamıştır. Nitekim Avrupa Komisyonu tarafından 19 Nisan 2002'de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin şekilde Yeşil Kitap hazırlanmıştır. Yeşil Kitap, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gerekli kalitesini sağlama ve bu durumda esnekliği koruyarak yargı yolları devamında uyumu ile aradaki balansı sağlamada gayrette bulunmuş¹³⁴.

Dünya genelinden bakarsak yukarıdaki verdiğim hukuki yönden gelişmiş çeşitli devletlerden verilen örnekler ve kıyaslamalara istinaden arabuluculuk ABD, Avrupa ülkelerinden ilerileyerek, bir süre diğer ülkelerdeki alternatif uyuşmazlık çözüm ilkesi uygulaması oldukça artmaktadır ve onun için de gerekli süreçler dahimi deneyimde bulunup uygulanmaktadır. Ancak arabuluculuk ise, yirminci yüzyılda gelişmiş devletler tarafından kabul edilip ve kurumsallaştırılıyor. İlk ABD'de 1964 tarihli Yurttaşlık Yasası ile toplum hayatına girmiş, sonradan da 1980'li yıllarda İngiltere ve Avusturalya'da, 1990'lı yıllarda ise Avrupa ülkelerinde yayılmaya başlamıştır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuk, 1992 ve 1994 yılları arasında geliştirilen Arabulucular için Davranış Standartları (MSCM) tarafından düzenlenir. Amerikan Tahkim Derneği'nden iki, Amerikan Barolar Birliği'nden iki ve Uyuşmazlık Çözümü Profesyonel Topluluğu'ndan iki delegeden oluşan bir komite tarafından ortaklaşa işlem görmektedir. Özelliklerine gelince, standartlar isimleri geçen teşkilat-kuruluşlar tarafından onaylanmasıdır. Standartlara göre arabulucular arabuluculuğun tarafları karşılıklı bir anlaşmaya varmakla yükümlü olduğu gerçeğine dayanan belirli kurallara tabi olmalıdır. Buna dayanarak,

¹³³ Tıktık, **Doktora Tezi**, 2010, s.26.

¹³⁴ Heintz, Jean Jacques, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bakış", Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Ankara 2006, s. 23-25.; Tıktık, s.17-18.

Amerikan arabulucuları için davranış kuralları oluşturulmuştur. Böylece, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki arabulucular, bir aracının yasal statüsü ve yasal durumu olarak düzenlemenin hiç de gerekli olmadığı normları içermesi gerek olmadığını tutan görüş sahipleri de yok değildi¹³⁵.

Yapılan sıralamaların açıklanmasına ve tarafcısına gelince de, modern Kazakistan mevzuatı konusunda arabuluculuğu düzenleyen normları içermesine gerek olmadığının paylaşılan yazarımız da vardı¹³⁶. Tabi bahsedilen görüş tarafcısı olan bazı yazarlarımız arabuluculuk daha Kazakistan'da mevzuat olarak resmi kabul edilmediğinde yapılan yorumları hatalı idi. Çünkü arabuluculuğun kanunen resmi statüsü olmadan, arabulucuk sürecini aynen ABD'deki gibi faaliyet gösterbileceğini tahmin etmek ve onun kazak toplumunda da isabetli bir hızla yayılmasında beklentide bulunması zaten mümkün olmuyordu. Ancak ABD'de arabulucular için kural olarak uygulanan bu sistemi kazak yazarı tarafınca uygulamada toplumdaki mantaliteyi esasa almış. Örneğin, araçların mesleki etik kurallarını (avukatların mesleki etik kurallarına benzetilerek), bununla beraber medeni usûl kuralları üzerindeki avukatlar fonksyonu arabulucuların faaliyetine en çok yakın benzerliğinde bulunmakta olmasıdır. Dolayısıyla medeni davalar taraflarca uzlaşarak barışla sonuçlanmasında ve mahkemece onaylanmasında ancak avukatların emeği sayesinde mümkün olduğunu takdiretmeştir¹³⁷.

Bazı ülkeler bu konuda düzenlemeler yaparken bazı ülkeler fiili uygulamalarla ya da pilot uygulamalarla bu yöntemi sistemlerini dahil etmişlerdir. Bu hususla Kazakistan'da da önce arabuluculuk konusunun tanılması için bir pilot uygulamayla başlanılmıştır; ancak ve süre bir sene devam ederek faaliyetini durdurmuştur. Pilot projenin amacı, Kazakistan'daki hukuk davalarında arabuluculuk yoluyla belirli kategorilerdeki ihtilafların (çatışmaların) mahkeme öncesi çözümünü sunmak amaçlanmıştır¹³⁸.

¹³⁵ Suleimenov Maydan, “Kazakistan'da Tahkim (tahkim) Mahkemeleri: Dünü, Bugünü, Geleceği”, Almatı 2007. (Сулейменов Майдан Кунтуарович, Арбитражные (третейские) суды в Казахстане: Прошлое, настоящее, будущее, Алматы, 2007. (Suleimenov, Kuanyshhev, 2002, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Prosedürleri, Makale, s.140-152. Almatı, Hukuk Merkezi «IUS», 2002. Статья, Сулейменов М.К., Б.Г.Куанышев, Альтернативные процедуры разрешения споров, Юридический Центр «IUS», Алматы, 2002 г., стр.140-152).

¹³⁶ Suleimenov, s.56.(Сулейменов,с.56).

¹³⁷ Suleimenov, s.56.(Сулейменов,с.56).

¹³⁸ Bkz. IV. Bölüm, I. , A.

Uluslararası özel hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ile “uluslararası anlaşmazlıkları çözmenin barışçıl yolları” olarak adlandırılan uluslararası kamu hukukunda uzlaştırma davalarını karşılaştırmak ilginçtir¹³⁹ . Ayrıca, BMT Tüzüğü’nün bahsedilen Bölüm VI’de ise Anlaşmazlıkların Barışçıl Çözümü 33/1 maddesinde beyan edilmesi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehdit edebilecek herhangi bir anlaşmazlığın tarafları, öncelikle anlaşmazlığı müzakere, soruşturma, arabuluculuk, uzlaştırma, tahkim, dava, bölgesel organlara veya anlaşmalara başvurma veya kendi başlarına diğer barışçıl yollarla çözmeye çalışmalıdır. Güvenlik Konseyi, gerekli gördüğünde, taraflardan uyuşmazlıkları bu yollarla çözmelerini isteyecektir.

Uyuşmazlıkların sonuç itibarıyla bir anlaşmaya varmamak suretiyle çözümü ile ilgili epey yöntem tercih edilmektedir. Bahsettiklerimiz yöntemden de bir tanesi de arabuluculuktur. 2002 yılında Birleşmiş Milletler Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) tarafından Milletler Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanun hazırlanmıştır. Birleşmiş Milletler üyesi ülkeler tarafından arabuluculukla ilgili kanun hazırlanmasında bu kanunların olabildiği kadar yeknesak olması amaç edilmiştir. Ve 1998 yılında da Avrupa Birliği içinde de uyuşmazlıkların çözümü konusunda gerekli çalışmalar kaleme alınmıştır¹⁴⁰. Örneğin, 15-16 Ekim 1999 yılında Avrupa Birliği zirvesinde, üye devletler adalete daha iyi erişim sağlamak amacıyla mahkeme dışı alternatif yöntemler oluşturmaya davet edilmiştir. Sonuç netice itibarıyla 2002 yılında da Yeşil Kitap hazırlanıyor, alternatif uyuşmazlık çözümündeki ana gaye, yaşama faaliyetlerinin bu yönde alternatif uyuşmazlık çözüm içeriğindeki birisi olan arabuluculuk hakkındaki ilkeler tespit edilmeye çalışmada bulunmuş. Bu nedenle adalete daha iyi erişim sağlayacak gerçekleştirilmesi ve alternatif uyuşmazlık çözümlerine politik öncelik tanılma hakkı amaç edilmiştir. Buradaki adalete erişim, Türk Anayasasının 36’ ncı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı maddesinde güvence altına alan temel bir hak anlamındadır. Taraflar, alternatif uyuşmazlık çözümleriyle ve kendi iradelerini muhafaza ederek uzlaştırma sürecine

¹³⁹ “Uluslararası Hukuk Ders Kitabı” / Yönetici editörler: Yu.M. Kolosov, V.I., Kuznetsov, 2. Baskı, Moskova: Uluslararası İlişkiler, 1998, s.292-297. ; Suleymenov, s.56. (Учебник Международное право / Учебник/Ответственный редактор: Ю.М. Колосов В.И., Кузнецов, 2-е издание Москва: Международные отношения, 1998, стр. 292-297; Сулейменов, с.56).

¹⁴⁰ Avcı, Güncan, s.55.

dâhil olarak kavuşmalıdır. Bu anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm usulü, devletin yargı yetkisine alternatif olmamakla beraber uyuşmazlığın çözümü mağnasında kişilere sunulmuş bir fırsattır. Yeşil Kitap, Avrupa Parlamentosu'ndan desteklenmiş ve 2004 yılından itibaren arabuluculuğun daha fazla kullanılmasını teşvik etmek, arabuluculuğa başvuran tarafların bir yasal temele dayanmasını sağlamak ve özellikle hukuk usûlünün kilit yönlerini düzenleyen bir yasal çerçeve sağlamak düşüncesiyle Hukuk ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Direktif Önerisi seviyesinde gerekli şekilde çalışmalar sürdürülüp sonuçlanmıştır¹⁴¹.

Direktif önerisi, üye ülkelerin adli sistemlerinde, arabuluculuk sürecinin gizliliği, arabulucuların daha sonra tanık olarak dinlenememeleri, arabuluculuk yoluyla varılmış olan çözümün icrası, arabuluculuk sürecinde zamanaşımı sürelerinin askıya alınması gibi bazı hukuk kurallarını tesis ederek arabuluculuğun kullanımına engel olabilecek hususları bertaraf etmeyi amaçlamıştır. Hollanda ve Danimarka gibi ülkeler, pilot projelerin kullanımıyla arabuluculuğu yaygınlaştırıyor ve başarılı arabuluculuk uygulamaları ile yöntemin tanımı sağlanırken önemi de artırılıyor¹⁴². Nitekim bu güvenceler, 10 Sayılı Tavsiye Kararı ve Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu'nun kararlarında (CEPEJ) Aile ve Hukuk Arabuluculuğuna İlişkin Tavsiye Kararın'nın daha İyi Uygulanmasına doğru Yönelik Rehber İlkelerden sayılmaktadır CEPEJ 2007) 14'te belirtilmiş ve üye devletlerin arabuluculukta gizliliğin sağlanmasını yasal teminat altına alması gibi bir gereklilik olarak ifade edilmiştir¹⁴³. Türkiye Cumhuriyetinde de Arabuluculuk Mevzuatına göre gizliliğe aykırı hareket edenler için hukuki ve gereğinde cezai sorumluluklar öngörülmüştür.

Avrupa Birliği 2008/52/EC sayılı “Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa

¹⁴¹ Direktif önerisi Türkçe tercümesi için bkz. Özbek, Mustafa “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi” AÜHFD 2007/1, s. 183-231; Tekin, Ceren, “Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine Dair 2004/0251 (COD) ve 2004/0718 (COM) Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi Önerisi”, MİHDER 2006/3, s. 5, s. 1347 vd.; Tıktık, s.16.

¹⁴² 1993 yılı Hollanda'da ilk arabuluculuk merkezi olan Hollanda Arabuluculuk Enstitüsü (Netherlands Mediation Institute-NMI), kamu toplumun arabuluculuk konusunda bilgilendirilmesi ve arabuluculuğun uygulanması ve kalitesini iyileştirmek için kuruluşu organize edilmiştir. Dolayısıyla NMI kuruluşu Hollanda'da arabuluculuğun kurumsallaşması yönünde önemli bir rol taşıdığı ile beraber toplumca dikkat çekmiştir. Örneğin, sadece 1996-2002 yılları arasında 2358 arabulucu NMI nezdine kayıt ettirilmiştir; (De Roo, Annie J/Jagtenberg, Robert W. “The Netherlands Encouraging Mediation”, Global Trends in Mediation (Ed. Nadja Alxeander), Köln 2003, s.238).; Tıktık, s.17 .

¹⁴³ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s. 39.

Parlamentosu ve Konseyi Direktifi“ 21 Mayıs 2008 tarihinde kabul edilmiştir¹⁴⁴. Avrupa Birliği üye ülkelerinin direktif maddelerini, öngörülen üç yıl içerisinde iç hukuklarına uyarlaması gerekli düzenlenmiştir.

Avrupa'daki Uluslararası Çatışma Önleme ve Çözümleme Enstitüsü (CPR), faaliyeti 35 yılın üzerindeki bir sürede uluslararası işletmelere ticari anlaşmazlıkların önlenmesi ve çözülmesinde başarılı ve etkili bir şekilde yardımcı olan, bağımsız ve kâr amacı bulunmayan bir kuruluştur. Bu kuruluş bünyesinde dünyanın dört bir yanından en büyük şirketler ve hukuk firmaları, akademik ve devlet kurumları ile önde gelen arabulucular ve hakemler yer almaktadır. Buradaki ana hedef, arabuluculuğun gelişimini dünyada sağlamak ve onun için gereken katkılarda bulunmaktır¹⁴⁵.

CPR, 1990'ların başından itibaren Avrupa'da uygulanmaktadır. CPR, Avrupa'daki üyelerinin ihtiyaçlarına en iyi şekilde hizmet verebilmek için Avrupa Danışma Kurulu'nu kurmuştur¹⁴⁶. Danışmanlık sayesinde enstitü, Avrupa'daki şirketler ve avukatları - hem kurumsal hem de bağımsız avukatlar - için önde gelen bağımsız yardım kaynağı olmayı hedeflemektedir. Avrupa Danışma Kurulu'nun özelliği uygun maliyetli olmasıdır böylece ticari ilişkilerin sürdürülmesi ve güçlendirilmesi hedeflenmektedir. (Ekim 2015 itibariyle geçerli olarak tanılan CEN üyeleri listesi de mevcuttur ve artık bu kılavuzun Ek 3'te sıralanmaktadır)¹⁴⁷.

CEN kaynakları geliştirir, bilgi ve deneyimi paylaşır, diğer Avrupalı paydaşlar ve kurumlarla birlikte bu yöndeki çeşitli faaliyetlerin ve girişimlerin hazırlanmasına - yürürlükteki yasal, düzenleyici ve etik standartlara tam uyum içinde – katılır olmasıyla değer taşımaktadır. Ayrıca, ECT'nin şirket avukatları için Avrupa ülkelerindeki meslektaşları ve önde gelen avukatlarla fikir ve deneyim alış verişinde bulunma fırsatı buldukları bir iletişim platformudur ve bu platformun önem kazandığı görülmektedir.

Arabuluculuk yönteminin hukuki ilişkiler yanında son yıllarda uluslararası ilişkilerde barışçı çözüm ve uygulamaları elde etme yönünde büyük bir önem ve rol

¹⁴⁴ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s. 39 vd.

¹⁴⁵ Uluslararası Çatışma Önleme ve Çözüm Enstitüsü (CPR) Avrupa'da arabuluculuk ve ADR Kılavuzu, s. 3.

¹⁴⁶ Uluslararası Çatışma Önleme ve Çözüm Enstitüsü (CPR) Avrupa'da arabuluculuk ve ADR kılavuzu, Arabuluculuk ve ADR için Avrupa Danışma Kurulu, s. 4.

¹⁴⁷ Avrupa'da Arabuluculuk ve ADR kılavuzu, (CEN- Avrupa Danışma Kurulu) s.4.

taşıdığı görülmektedir¹⁴⁸. Hatta arabuluculuğun önemi artık devletler dışında, Birleşmiş Devletler bakımından da gündemde diye biliriz. Örneğin, 25 Haziran 2012'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun altıncı oturumundaki gündem konusu: "Silahlı Çatışmanın Önlenmesi" idi¹⁴⁹. Bu konuyla ilgili Genel Sekreter'in raporunda anlaşmazlıkların barışçıl çözümünde, anlaşmazlıkların önlenmesi ve çözümünde arabuluculuğun rolünün güçlendirilmesi bakımından dikkat çekicidir. Genel Sekreterin raporunda, arabuluculuk alanındaki ana eğilimler bağlamında bu kararın uygulanmasında ilerlemeler kaydedildiği bildirilmiştir.

Genel sekreterin raporundaki verilen açıklamasına göre, arabuluculuk bir çatışmanın önlenmesi, düzenlenmesi veya çözülmesinde üçüncü bir tarafın iki veya daha fazla tarafın rızasıyla, karşılıklı olarak kabul edilebilir anlaşmalar geliştirmelerine uluslararası seviyede yardımcı olduğu bir süreç anlatılmaktadır. Örneğin, Birleşmiş Milletler'den bir arabulucu yardımıyla şiddetli bir iç savaşa müdahale edilir taraflar barış antlaşmasına ulaşır ve ateşkes ilan edilirse bu süreç geçerli olacaktır ve o nedenle barışçıl çözüme her zaman değer verilmesi Birleşmiş Milletler Tüzüğünde ön planda bulunmaktadır¹⁵⁰. Arabuluculuk gönüllü bir faaliyettir ve sonuçta tarafların anlaşması, uygulanabilir bir süreç sağlamak hususunda ve anlaşmaya varılmada güvenilir sonuçlar elde etmek için anahtardır¹⁵¹.

Arada üç sene geçtikten sonra Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin 19 Ağustos 2015 tarihli diğer bir raporunda da, Arabuluculukta Birleşmiş Milletler ile Bölgesel ve Alt Bölgesel Örgütler Arasındaki İşbirliği, Birleşmiş Milletler ile bölgesel ve alt bölgesel kuruluşlar arasındaki işbirliği ve ortaklıkları güçlendirme çabaları ile arabuluculuğun stratejik ve operasyonel seviyede ortaklıklar oluşturulmuştur. Buradaki gaye, arabuluculuk uygulamasının her devletin iç sorunu ve çeşitli davalar konusunda sınır içi çözümü aramaktan ziyade, artık uluslararası bir düzeyde adalet sisteminin işleyişinde etkinliği arttırmak anlamındadır. Öte yandan, diğer devletlerin uyuşmazlık sırasındaki uyguladıkları arabuluculuk prosedürü pratik sonucu ile bir kurumsal hale gelmesine önemli gelişme oluşturdu.

¹⁴⁸ Tuğsavul, s.27.

¹⁴⁹ Birleşmiş Milletler Toplantısındaki Genel Sekreterin 25 Haziran 2012 Tarihindeki raporundan.(Çev.Toikin Orymbek) s.5 vd.

¹⁵⁰ Moore, s.19.

¹⁵¹ Birleşmiş Milletler Toplantısındaki Genel Sekreterin 19 Ağustos 2015 tarihindeki raporundan. (Çev.Toikin Orymbek) s.3 vd.

Asıl olan, gelişmiş toplumlarda uzlaşma kültürünün yaygınlaştırılmasının normatif bir düzenlemeye bağlı kalması ve bu nedenle aktüel husus çözümü olarak gündemde bulunmasıdır. Arabuluculuk, yargısal bir süreç değildir, sosyal ve psikolojik temeller üzerine oturmuş uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu yöntemin güvenilirliğini ve kalitesini artıracak ve başvuran tarafları bazı sakıncalardan koruyacak düzenlemelere ihtiyaç duyulabilir¹⁵². Dolayısıyla arabuluculuk yöntemine ilişkin en önemli sakıncalardan biri dünya genelinde arabulucunun niteliğidir. Zira bu sürecin kanunlarla öngörülmesi ve arabulucunun bu kanunlarda öngörülen özelliklere sahip olması, arabulucuğu ayrı bir otorite kazandırmanın dışında tarafların maddî ve manevî kayıplara uğramaması için gerekli çalışmalar yapılmalı aynı zamanda taraflara yetenekli olduğunu yöntem uygulama sıralarında hissettirmelidir.

Ayrıca böyle bir çalışma neticesi sırf uluslararası seviyesinde adalete erişim olarak değil, hukuka erişimin sınırlı olduğu bazı ülkelerde de arabuluculuğun kullanımını hızlandırmış olacaktır. Artık bu konu hem hukuk hem de kültür açısından toplumun zihninde yerleşmeli ve böyle psikolojinin oluşumunu sağlamalıdır. Her türlü anlaşmazlıkta taraflar öncelikle mahkemeye koşturmak yerine, uyuşmazlık sırasında anlaşmaya varılma, uzlaşmanın seviyesinde anlaşamadıkları konusunda tüm ciddiyetlik ve elverişliği ortaya koyarak doğru değerlendirmelidirler.

IV. ARABULUCULUĞUN TEMEL İLKELERİ

A. Arabuluculuğun Temel İlkeleri

1. İradî olma (Gönüllülük)

Arabulucunun yargılama yetkisine sahip olmadığı ve öyle bir hak üstlenmediği de açıktır. Ama yöntemi anlamada, taraflar arabulucuya başvurup başvurmama konusunda tamamen serbesttirler; bu işlemde kesinlikle bir zorunluluk söz konusu olamaz. Çünkü bu durumda arabulucunun taraflarla ilgisi olmayan,

¹⁵² Özekes, Ekmekci, Atalı, Seven, s.85.

bağımsız ilkesiyle uyuşmazlıkta bulunan kişi olarak bulunması gereklidir. Ayrıca bu müzakere yönteminin gerçekleşmesi için bir tarafsız üçüncü kişinin katılımı hep ihtiyaçta bulunacaktır ve şarttır. Müzakere, tarafların, üçüncü bir kişinin, herhangi bir yardım veya desteğini görmeden, bazen avukatlarıyla birlikte, bir araya gelerek, görüşüp, kendi aralarında karşılıklı fikir hakkında bulunarak ve birbirlerine sunduğu teklif üzerinde belli bir anlaşmada bulunmaları maksadıyla gayede bulunan en klâsik alternatif çözüm yöntemidir¹⁵³.

Müzakere, bir sorunu çözmek ya da bir anlaşmazlık ya da uyuşmazlığa çözüm bulmak için en basit şekiliyle, meseleleri ele almak için karşılıklı kabul edilecek anlayış ve anlaşmalar geliştirmeye odaklanmış iki veya daha fazla kişi arasındaki her türlü iletişimi içerir bir süreçtir. Müzakerenin yürütülmesi konusunda, taraflar doğrudan kendilerini temsil etme hakkına sahiptirler ve kendi çıkarlarını da savunabilir olmalı. Ayrıca arkadaşı, aile üyesi, teknik uzman, avukat ve benzerleri tarafından temsil edilebilir hakkın da muhafaza edilebilmeli¹⁵⁴. Ancak öğretilerde müzakerelerde taraflar arasındaki görüşmelere kural olarak üçüncü kişi dahil olmaz¹⁵⁵. Taraflar doğrudan veya temsilcileri aracılığıyla görüşürler, ancak görüşmeye üçüncü kişi katılamaz¹⁵⁶ şeklinde de görüşler bulunmaktadır.

Müzakere, yalnız arabuluculukta değil, bütün alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında müzakere vardır. Bu anlamda müzakere, arabuluculukta bir anahtar rolü sıfatındadır. Dolayısıyla müzakere, elde etmek istediğimiz bir soru üzerinde, başka birinin bunu elde edip edemeyeceğimiz veya nasıl elde edebileceğimiz hakkında söz sahibi olduğu konumda, taraflara uygun bir karar vermek yolunda yapılan karşılıklı iletişimden kaynaklanmaktadır¹⁵⁷. Arabuluculuğu doğrudan müzakere sırasında yürütme konusunda, arabulucu, tarafların konulara profesyonel bir şekilde yaklaşımlarını sağlayabilir, ön görüşlü olmayan işe, çelişki yaratacak alakasız anlaşmazlıkların yaratılışına karşı durmalı, bilgi uyuşmazlıklarında arabuluculuğa yeni bir yön teklifinde bulunabilir olması¹⁵⁸.

¹⁵³ Soysal, s.212; Özbek, s.73; Tanrıver, s.31.

¹⁵⁴ Moore, s.169.

¹⁵⁵ Ekmekci, Özekes, Atalı, Seven, s.12.

¹⁵⁶ Özbek, Adalet Ulaşma, s.138 vd; Tanrıver, Alternatif, s.160; Kaplan, s.117 vd.; Ekmekci, Özekes, Atalı, Seven, s.12.

¹⁵⁷ Golann/Folberg, s.13; Goldberg/Sander/Rogers/Cole, s.17; Ware, s.120; Kekeç, s.44.

¹⁵⁸ Kekeç, s.168.

Müzakere hedefleri başta farklı olan iki veya daha fazla tarafların, beraber bir sonuca varmalarını gerektiren durumlarda, karşılıklı kabul edilebilir çözüme ulaşmaları için tartışma ve ikna yoluyla görüş farklılıklarını çözmeye gayret ettikleri etkileşim süreci şeklinde de tanılmaktadır¹⁵⁸.

Genelde arabuluculukta, nasılsa uyuşmazlığın çözümlenmesi ve sonuca bağlanması taraflara aittir. Ancak bu durum yargılanmada ise, taraflarına iradeleri dışında işlem görmektedir. Esas yöntem tarafları her yönüyle diyaloga dayanması, esnek yapısı sebebiyle uyuşmazlığın farklı aşamalarında uygulanmasıdır. Ama müzakere özelliği tarafların istediği şekil ve içerikte yürütülebilir olmasıdır, sonuç itibarıyla de taraf iradeleri muhafaza edilmelidir. Özel olarak sulhle ilgili düzenlemeler, bir ara müzakereye ve sonradan doğrudan müzakerenin sonucuna sistem içinde yer veren düzenleme sayılmaktadır. Bu çerçevedeki açıklamalar, üçüncü kişilerin yer almadığı, taraf ve taraf temsilcileri arasında gerçekleşen bir davadan önce veya dava sırasında gerçekleşen sulh müzakerenin hukukî bakımdan en kurumsal halidir¹⁵⁹. En kısa tanımıyla müzakere, bir konu üzerinde görüşmede bulunup ve onun üzerinde düşünüp tartışmada bulunmaktır¹⁶⁰. Arabuluculukta müzakere bir anahtar rolünü oynamaktadır. Çünkü bütün anlaşmaya dayalı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında müzakere mevcuttur. Yukarda açıkladıklarımız gibi, müzakere sadece bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmayıp, yargılamayla da bağlantılı olan, bazen de özel sonuçlar getiren bir görünümde de ortaya çıkabilir bir usûldür.

Genelde müzakere ile günlük hayatımızla el ele yaşamaktayız, daha doğrusu müzakere içinde hayatımızı sürdürmekte olduğumuz düşünülürse, tabi ki müzakerelerin önemi daha iyi anlaşılabilir¹⁶¹.

¹⁵⁸ Çetin, s.5 Tartışmak, ikna etmek, birbirini etkileyerek pozisyonunu kabul ettirmek amaçta, ilişkide değişiklik yaratmak gibi işlemler, müzakere sürecinin temel faaliyetlerinden sayılmaktadır (Çetin, s.4);Kekeç, s.44.

¹⁵⁹ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.13.

¹⁶⁰ Yılmaz, **Sözlük**, s.891. Müzakere, kabul edilebilir bir teklifte bulunup, kabul edildiğine kadar tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi sırasındaki bir prosedürdür (Black, s.1036). Farklı disiplinlerden, değişik bakış açıları ile müzakere konusunda bkz.:Müzakere ve Farklı Boyutları (Derleyen: Prof. Dr.Suat Öksüz), Gediz Üniversitesi Yayınları, İzmir 2012.; Kekeç, s.43.

¹⁶¹ Müzakerenin önemi, esas yaşadığımız ticaret ilişkilerine bağlılığında daha iyi anlaşılmaktadır. Hatta, ticarete sınırlar ya da mesafeler gibi bir şey kalmamıştır, tamamen kalkmış vaziyette. Buna ticari yoğunluklar eklendiğini düşünürsek olay tarafları değil, üçüncü kişileri birbirleriyle muhatap olur hale getirmektedir. Dolayısıyla sözleşme tarafları bir araya getirilerek karşılıklı olarak görüşmelere hazır bulunmaları durumunda, böyle bir ortamda dava açılmasına bile gerek olmayabilir, ayrıca iki tarafı sevindirici bir çözüme de ulaşabilir varsayım tahmin edilebilir (Akıncı, s.102).; Kekeç, s.44.

Dağıtıcı müzakere tanımı, müzakere sırasındaki teklif bir taraf için anlaşma şartları iyi gelirse, diğer taraf için de anlaşma şartalı mutlaka durumu kötüleşme anlamına getirir olmasıdır. Bu anlamda da paylaşım birisinin de teklif üzerindeki imkanının yararlı olması diğerinin de kendisine göre olan teklif üzerinden zararlı kalma korkusunu tahmin etmesidir Buna karşılık bütünleyici müzakere teorisine göre, benimseyen müzakereciler bu durumda iki taraf için de sunulan teklifin daha iyi olabilme umudu üzerinde durulur. Diğer bir ifadeyle, bütünleyici teorisi seçeneğin iki taraf için de daha iyi olabilme çözüm yolları ön plana koyma gündemindedir¹⁶².

İşte bu anlamda belli olduğu gibi üçüncü kişinin katılım mecburluğu yöntem usulündeki şartıdır. Arabulucunun yetkisi de tarafların isteği üzerinde gerçekleşerek tam yetkili sorumluluğu da bunların arasındaki yapılacak olan arabuluculuk anlaşmasıyla meydana gelir olmasıdır. Ve yetkisini de taraflardan alan arabulucu ise, bundan sonra taraflar arasındaki temel görevini yapacak olduğu müzakereyi yapabilmesi için ortamını korumakta, ayarlamakta sorumludur. Ama böyle bir nitelik ise arabulucuya hakim veya hakem sıfatındaki karar verici olarak tanıtmaktadır.

Uluslararası düzeyde Milletlerarası Ticaret Odası arabuluculuk kuralları iradilik ilkesine kurulduğu için, arabuluculuk sürecinde arabuluculuk usulünün taraflarca tespit edilmesine imkân tanımıştır. Arabuluculuk usulünün taraflarca seçilmesi veya belirlenmesi hâlinde arabulucu, taraflarca, arabuluculuğun faaliyet göstereceği usulla ilgili beyan niteliğinde bir belge sunmak zorundadır. Kanımca şunu da belirtmek gerekecek, MTO Arabuluculuk Kuralları¹⁶³ esasında genel bir

¹⁶² Dediğimizi örnek şeklinde açıklarsak: Müzakere tanımı sadece aleyhinde hak iddia edilen kişinin maddi kaybı, bu durumda dağıtıcı bir müzakere tanımı gerçekleşir. İddia sahibi ne kadar az alırsa, diğer taraf o kadar fazla almış olur veya iddia sahibi ne kadar fazla alırsa, karşı taraf o kadar az almış olur düşüncesi, tahmini, hisi işi zaten çilesinen çıkarır. Müzakere seviyesinde para yanında ek olarak ta ödeme zamanı eklenirse ve o zaman ikisini aynı anda müzakere konusu olarak değerlendirek, karşıımızdaki beklentiler farklı seçenek getirmiş olur. Buna istinaden getirilmiş örnek, 45.000 TL miktarında anlaşıp daha sonra bunun hemen ödenmesini veya 50.000 TL olarak tam 1 sene sonra ödenmesini veya müzakere sonuçlanınca 50,000 TL olarak altı ay sonra ödenmesi durumunda, anlaşıldığı gibi iki taraf için de lehine olan bir önceki anlaşma şartlarına göre daha iyi bir teklif seçilmiş ve üretilmiş olması fikiri (Ware, s.135 vd.,220).; Kekeç, s.45 .

¹⁶³ MTO Arabuluculuk Kurallarının orijinal metni ile ilgili bkz.:<https://iccwbo.org/dipute-resolution-services/mediation/mediation-rules/> (Erişim Tarihi:09.06.2019. Türkçe çevirim için bkz.: Zenginkuzucu, Dikran.:Uluslararası Ticaret ve Yatırım Uyuşmazlıkların Dostane Çözümüne ilişkin Temel Metinler, B.2, İstanbul 2017, s.109-115 (Temel Metinler).; Yazar, s.168.

çerçeve oluşturmuş ve taraflara da kısmen kuralları değiştirme hakkı musade edilmiştir¹⁶⁴.

Bu anlamda taraflar, kurallara aykırı olmamak şartıyla Kuralların herhangi bir hükümünü değiştirmek koşuluyla işlem yapabilirler. Artık tarafların kurallara dayanarak değişiklik yapma hakkı derken, arabulucu atamadan itibaren onayına kadar ayrıma tâbi tutulmasıdır. Yalnız değişikliğin kurallarda yapılabilmesi için taraflarla beraber arabulucunun da kabul etmesi gerekir.

Genel olarak, arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında, başarı sıralamasında en etkili ve en çok uygulanan bir prosedür olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, arabuluculuk yönteminde, süreç, kısa yoldan çözüm isteyen taraflar için, bulunmaz bir nimet niteliğindedir¹⁶⁵. Oysa, ABD’de yayınlanan Arabuluculuk Standartları Klavuzu’nda¹⁶⁶, arabuluculuğun temel prensibinin irade özgürlüğü olduğu öne çıkmaktadır¹⁶⁷. İrade, tarafların gönüllü ve baskısız bir anlaşmaya varılabilmeleri ile gerçekleşmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesinde: “Her kişi bir mahkeme tarafından davasının dinlenmesini isteme hakkına sahiptir.” şeklinde bir açıklama bulunmaktadır. Halbuki, Arabuluculuk Kanunu daha Tasarı şeklinde iken, Anayasa’nın 9. Maddesinde “Yargı yetkisi, Tük Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.” anlamında yapılan düzenlemeye aykırı düştüğü de görülmüştür¹⁶⁸. Ancak, biz bu görüşü destekleyemiyoruz, çünkü bu tanım Arabuluculuk Kanunu’na ters düşmektedir, oysa ki kanun hükmü: “Tarafların arabuluculuğa başvurup başvurmaması süreç içerisinde tamamen iradi bir durumdur.” olduğundan bahsedilmektedir, dolayısıyla bir zorunluluk söz konusu olamaz...¹⁶⁹. Öte yandan, Rusya Federal Kanunu’nun Arabulucunun Katılımıyla Uyuşmazlıkların Çözümüne Yönelik Alternatif

¹⁶⁴ Yarar Güven, “**Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk**”, İstanbul, 2019, s.169.

¹⁶⁵ Kekeç, s.37.

¹⁶⁶ Bu klavuz, her tür arabuluculuk uygulaması için genel bir sınır olarak kullanılabilecek bir amaçla, 1994 yılında Amerikan Tahkim Birliği (The American Arbitration Association), Amerikan Barolar Birliği (uyuşmazlık çözümü bölümü) (The American Bar Arbitration Section of Dispute Resolution) ve Anlaşmazlık Çözüm Birliği’nin ortak faaliyetleri ile hazırlanmıştır; 2005 yılında aynı teşkilatların üyeleri tarafından kontrol edilmiş ve yenilenmiştir.; Kekeç, s.70.Bkz. Şanlı, s.375;Niemeijer/Pel,s.372, s.372; İbrişim, s.80; Türkiye Nöterler Birliği, s.51.; Kekeç, s.70.

¹⁶⁷ Model Standards of Conduct for Mediators (Septembers 2005) Standart I.; Kekeç, s.70.

¹⁶⁸ Bkz.Güriş, Umur, Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın Öngörüldüğü Hususlar ve Hukuki Yapısı, Sicil İHD, 2007/8 İstanbul 2007, s.107-108; Tuğsavul, s.128.

¹⁶⁹ Bkz. Bölüm-III, A, Rus Hukukunda Arabuluculuk.

Prosedürler hk. (Arabuluculuk Prosedürü) 3.Maddesine göre: “Arabuluculuk prosedürünün gönüllülük, gizlilik, işbirliği ve tarafların eşitliği ilkelerine...”¹⁷⁰ dayandığını hususunun önemli bir ilke olduğu öne çıkmaktadır.

Bu görüş üzerinde devam ederek ve onları sıralarsak şöyle bir ilkeler oluşmaktadır¹⁷¹:

- Arabuluculuğa tarafların başvurması ve katılması gibi seçenekler onların iradelik hakkına kalmaktadır,
- Aynı zamanda böyle bir seçenek hakkı onların iradesine bağlıdır,
- Bu konuda ise taraflar herhangi bir mecburiyette bulunmamalıdır.
- Diğer bir özelliği de, tarafların arabuluculuk yönteminde kendi isteklerini bağlı kalıp onlara ait seçenekle serbest olmalarıdır, hatta işin netice itibarıyla bir anlaşmaya bağlı kalmak ya da ondan vazgeçebilme seçeneği dahil olup kendi isteklerinde serbestçe kalıp harekette bulunmaları söz konusudur .

Ve bu görüş sahiblerine göre, taraflar böyle durumu, arabuluculuk faaliyeti katkısında bulunup bulunmamakta serbest olmakla beraber, hatta taraflar sonuç itibarıyla bir anlaşmaya varmak veya kendi istekleriyle bu süreçten vazda geçebilirler¹⁷². Bu sıraladığımız, daha doğrusu sınıflandırma unsuru mevcut oldukça işte iradî unsurun olup olmadığı yahut bu sınıflandırdığımız yöntemi arabuluculuk temel ilkesi olarak tanımlanan iradî niteliğini ne kadar yansıdığını somut göstergisi süreci ihlali olarak tanımlanmaktadır.

2. Gizlilik

Esas gizlilik ilkesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın içeriğinin ve uyuşmazlık sürecinde belli olan bilgi ile belgelerin başkalarına açıklanmaması ve iletilmemesini ifade etmektedir¹⁷³ . Genelde arabuluculuk yöntemi tarafların iletişimi üzerine kurulu olduğundan, bu sırada tarafların arabuluculuk yöntemine bir şekilde güvenmeleri söz konusu. Bu güvenin tesis edilmesi ise sürecin gizli yürütülmesi

¹⁷⁰ Özekes, Pekcanitez Usul,C III,s.2818; Tanrıver, Alternatif,s.165; Kekeç,s.70. Çelikoğlu, s.680; Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven/ 2.Baskı, s. 28.

¹⁷¹ Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s. 28.

¹⁷² Benzer görüşte Kekeç, s.71; Özbek, Alternatif, s.608, Taşpolat Tuğsavul,s.126-127; Yazıcı Tıktık, s.36; Kaplan, s.136; Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s. 28.

¹⁷³ Tuğsavul, s.135.

gerekmektedir. Tarafların süreç sırasında ortaya koydukları, sır olarak tanımlanan önemli vakıaların saklanması, bilgi ve belgelerin gizliliğin güvence altına alınması ve bununla beraber arabuluculuk süreci sonrasında açılacak davalarda kendilerine karşı kullanılmayacağının güven sağlaması, eminlik vermesi gerekir¹⁷⁴. Arabuluculuk sürecinin sonunda tarafların anlaşması süreç içerisinde birbirleriyle açıkça ve rahatça iletişim kurup temasta bulunmalarına bağlıdır. İstenen iletişimin kurulması, arabuluculuk sürecine güven duyulmasını gerektirir. Bu nedenle, arabuluculuk ile ilgili yasal düzenlemelerde arabuluculuk sürecinin gizliliği güvence altına alınmaktadır. Bu yasal güvence ile birlikte tarafların dürüst bir biçimde menfaatlerini ifade etmeleri, arabulucunun tarafların gerçek durumları ve menfaatleri hakkında bilgi sahibi olması ve bütün çözüm olasılıklarının değerlendirilmesi mümkün olur.

Gizlilik, arabuluculuk sürecinde hem tarafları korumak amacıyla hem de arabulucunun görevini yerine getirmesi için gereken güveni sağlaması için önem arz etmektedir. Arabuluculuk prosedürü sırasında tarafların birbirlerine karşı menfaatlerini temsil ederken dürüst davranmaları ve bu sırada arabulucunun ise, bütün çözüm olasılıklarını değerlendirebilmesi ve tarafların gerçek durumları ve menfaatleri ile ilgili bilgi sahibi olmaları önemlidir¹⁷⁵.

Türk hukuk literatüründe gizlilik anlam olarak; “gizli, saklı olma durumu, mahremiyeti ve esas herkes tarafından belli olmayan ve açıklanma sahibinin kişisel hak ve çıkarlarını zarar verme tehlikesinin doğabilme ve yaşanabilme durumunu gösteren koşulu ifade etmektedir¹⁷⁶ . Bu başlık altında inceleyeceğimiz sürece ilişkin temel ilkelerden birçoğu arabuluculuk uygulamasına yön veren Avrupa Birliği Arabuluculuk Etik Kuralları içerisinde de yer aldığını ifade etmemiz gerekir¹⁷⁷ .

Arabulucu, taraflarca öngörülmedikçe, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile kayıtları gizlemelidir. Bu durumda arabulucu, tarafların arabuluculuk sürecinde nasıl hareket ettiği

¹⁷⁴ Eidenmüller, “Vertrags-und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation: Mediationsvereinbarungen, Mediatorverträge, Köln 2001, s.24; Hartmann, Christoph, “Sicherung der Vertraulichkeit”, Handbuch Mediation (Hrsg.Haft/Schliffen) Münih 2002, §27, Kn.2; Groth/v.Bubnoff, s.338; Hilber, Marc, Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens, Hamburg 2006, s. 9.; Tıktık, s.3 4.

¹⁷⁵ Stintzing, s.54; Özbek, “Alternatif Uyuşmazlık” s.503-504; Mannhart, s.136; Tıktık, s.34.

¹⁷⁶ TDK; www.tdk.gov.tr; Beck, s.38; Tıktık, s.52.

¹⁷⁷ Can, “Avrupa Birliği Mevzuatı”, s.66-67.

hakkında, sürece katılmayan üçüncü kişileri bilgilendirmemelidir. Taraflardan biriyle arabuluculuk sürecinde özel oturumda bir araya gelen arabulucu, bu özel oturumda edindiği hiçbir bilgiyi, bilgiyi veren tarafın izni olmadan, doğrudan veya dolaylı olarak diğer tarafa bu oturumdaki bilgileri aktarmamalıdır. Bir arabuluculuk sürecine katılan arabulucu eğitim veya araştırma amacıyla katılım sağlarsa bile, böyle bir durumda tarafların kimlik bilgileri de dahil olmak üzere gizliliğe ilişkin haklı beklentilerine uygun bulunmalı ve davranmalıdır¹⁷⁸. Dolayısıyla gizlilik, arabuluculuğun temel ilkelerden biridir. Hatta arabuluculuğun tercih edilme nedenlerinden en önemlisi de gizlilik. Zira dava ve yargılama süreci aleni nitelik arz etmektedir. Ticari veya ailevi uyuşmazlıklar bakımından aleniyet tarafların tercih etmeyeceği bir durum niteliğindedir.

Arabuluculukta gizlilik gereğince arabulucu taraflarca arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde edilen bilgi veya belgeler ile diğer evrakları gizli tutmakta tarafları görevlidir (HUAK m.4/1). Dolayısıyla arabuluculuk sürecinde gizliliğin korunması önem taşımaktadır. Arabuluculuk başarısızlıkla sonuçlansabile taraflar devlet yargısına başvurabileceklerdir. Bu anlamda taraflar doğal olarak davada lehine olan vakıaları ispat etmeleri gerekecektir. Taraflardan hiç birisi arabuluculuğa müracatta bulunması nedeniyle konunun devlet yargısında daha kötü olacağını tahmin ederek bu yönetime başvurmak istemez.

Arabulucu, arabuluculuk sürecindeki taraflarca sunulacak olan teklifleri gizli tutmada sorumludur. Taraflar, tarafların temsilcileri veya görüşmelere katılan üçüncü şahıslar arabuluculuğun temel ilkelerine ve kurallarına uymak zorundadırlar (HUAK m.4). Onun ana sebebine gelince, şahıslara önemli bazı konuların herkesin gözü önünde tartışılmasını ve gündemde olay yaratan konu olmasını istememesi, bir daha geriye dönülmes hale gelip, bir daha gündeme gelememe çekingenliği korkusudur. Örneğin, ailey, ticari ilişkiler özelliklerine bağlı olarak (sır, etik anlamına aykırı düşme korkusundan kaynaklanan düşüncelerden dolayı olduğu) sebepleri tanılmaktadır¹⁷⁹. Peki bu sırada tarafların ‘geriye dönülmez hale’ gelmelerinin istenmemesinin anlamı nedir. Tarafların eskiye dönülmes hali istememeleri, artık şahısların sır olarak tanılan bilgilerin, etik açısından

¹⁷⁸ Tıktık, Arabuluculukta Etik,s.261.

¹⁷⁹ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s. 32 .

düşüncelerinin herkesin haberdar olmaması durumudur. Burada sadece onların sunduğu iddaları doğru yöntem veya seçenek olup olmadığını ikna edecek olan ise, onların temsilcileri, arabulucu veya arabuluculardır. Ayrıca, bu tür durumlarda, yargılamada ortaya çıkan zararlar dışında, yargı dışı faktörlerle de tarafların hayat ilişkilerinin de kopabilmesi söz konusu olabilmektedir. Örneğin, yüksek meblağlara varan dava veya takibe maruz kalan bir şirket davacı olduğunda, alacağını tahsil edememe riski, davalı olduğunda da, bu borç riskini taşıması nedeniyle kredibilitesi, borsa değeri ve diğer iş ilişkileri de zarar görebilir¹⁸⁰. Yukarıdaki açıklamalarımızda anlaşıldığı gibi, arabuluculuk bakımından gizliliğin ne kadar önemli olduğu bu örnekler üzerinden bellidir. Arabuluculukta kullanılan bilgiler, delillerler, belgeler taraflar izin vermedikçe paylaşılması, verilmesi veya dava kullanılması kural olarak yasaktır.

Avrupa Birliği Arabuluculuk Direktifinde de gizlilik ve sır saklama ilkesi olarak düzenlenmiştir. Avrupa Birliğinin ticari ve sivil hukuki meselelere ilişkin 2008/52/EC sayılı Direktifinin 7. maddesi gizlilik ve sır saklama yükümlülüğünün asgari düzeyi tespit edilmiştir ve bu yükümlülük sivil ve ticari nitelikteki sınır aşan uyuşmazlıklardaki arabuluculuk süreci için geçerli olduğunu demeliyiz¹⁸¹. Arabuluculuk sürecindeki gizlilik ilkesinin sınırlarına gelince de, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 5'ci maddesinin 1'inci fıkrasında belirlenmiştir.

Fıkra üzerindeki açıklamaya gelince, arabuluculuk sürecine katılan kişiler, taraflarca yapılan arabuluculuk daveti yahut bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sonuçlanması için taraflarca ileri sürülen görüş ve teklifler, arabuluculuk faaliyeti esnasında taraflarca ileri sürülen öneriler veya bir vakıa yoksa bir iddianın kabulü, sadece arabuluculuk faaliyeti sırasında hazırlanan belgeleri delil olarak ileri süremezler ve bunlar hakkında tanıklık yapamazlar olduğu bahsedilen fıkraya ait olduğu mevcuttur¹⁸².

¹⁸⁰ Özbek, Alternatif, s.612; Yazıcı Tıktık,s.54 vd; Çelikoğlu, s.681; Kekeç, s.77 vd; Taşpolat Tuğsavul, s.134 vd; Ekmekci, Özkes, Atalı, Seven, s. 33 vd.

¹⁸¹ Bilgin, H. (2009), Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk.; İrfan Atış, Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çalışma Ekonomisi ve Sosyal Siyaset Bilim dalı, **Sakarya İktisat Dergisi** cilt 8, sayı,2019, s. 81.

¹⁸² Atış, s.81.

Taraflar, arabulucu ya da müzakere sırasında katılan üçüncü şahıslar açısından gizliliğin korunması, yukarıda açıkladığımız gibi uluslararası düzenlemelerde de yer almaktadır. Birleşmiş Milletler Model Kanunu, Tek Tip Arabuluculuk Kanunu-UMA (Uniform Mediation Act), Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Avrupa Birliği 2008/52/EC sayılı “Hukuk ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi” bu düzenlemelere örnek verilebilir¹⁸³. Tarafların birbirleriyle rahatça temasta bulunabilmeleri için, arabuluculuk sürecinin aleni olmaması talepte bulunuyor. Oysa sürecin tek başına aleni olmaması taraflar için artık bir rahatça, güvence sayesinde birbirleriyle iletişime geçebilecekleri mağnasını yaratamas. Ayrıca tarafların arabuluculuk sürecinde ortada bulundurdıkları menfaat ve beklentilerinin, ileride kendileri aleyhine sonuç oluşturma ihtimali varsa, bu ihtimal taraflar arasındaki iletişime ve uzlaşmaya zarar vereceği mevcuttur¹⁸⁴.

Gizliliğin kapsamının saptanması, taraflara bilinçli ve sorumlu bir şekilde karar verme yanında, karşı tarafın bilgisine sunacakları olguları tespit edebilme imkânı verecektir. Bu anlamda ve öncelikle, arabuluculukta tarafların gizlilikten beklentilerin ne olduğunu anlamak gerekir. Tarafların bu konudaki beklentilerini üç yönden açıklamak gerekir:

İlk olarak tarafların, kişisel ve ticari itibarların korunması, ilişkilerin sağlıklı bir şekilde devamı, uyuşmazlığın kendisinin ve arabuluculuk sürecinin gizli kalmasının mecburiyeti anlaşılıyor. Kişisel ve ticari itibarların korunmasını, ilişkilerin sürdürülmesi de etkili konulardan biridir.

İkinci yön ise taraflar, arabuluculuk yoluna başvurdıklarında, başvurmadan önceki durumlarına oranla daha elverişsiz bir hâle düşmemek isterler. Bu nedenle taraflar, arabuluculuk nedeniyle öğrenilen bilgilerin, saptanan vakıaların varlığına

¹⁸³ Tıktık, s.35 vd. Tıktık, s.35 vd.

¹⁸⁴ Eidenmüller, “Vertrags, s.24; Groth/v.Bubnoff, s.338; Hartmann, §27, Kn.2; Kentra, Pamela A.,” Hear No Evil, Speak No Evil: The Intolerable Conflict for Attorney Mediators Between the Duty to Maintain Mediation Confidentiality and the Duty to Report Fellow Attorney Misconduct” **Brigham Young University Law Review**,1997, S.3, s.722; Freedman, Lawrence/Prigoff, Michael, “Confidentiality in Mediation: The Need for Protection” *Ohio St.J. On Dis. Resol*, S.2,1986, s.38; Gray, Owen V., “Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation”, **Osgoode Hall Law. Journal**,1998/4, s.671, Hilber, s. 9; Oldenbrush,s.14-15; Beck,s.55;Nolan-Haley,s.107; Özbek, “Alternatif Uyuşmazlık”, s.503-504.; Kekeç, s.75; Tıktık, s.51.

dayanarak, anlaşma tekliflerinin gizlilik kapsamında kalmasını ve bunların yargı önüne taşınmaması talebinde bulunabilirler.

Son olarak ise, arabulucunun müzakerelerde edindiği bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılmamasını güvence altına almak isterler. Ayrıca taraflar, arabulucunun özel oturumlar esnasında müzakere sırasındaki bilgilerin kendi rızaları dışında karşı tarafla paylaşılmasını engellemek isterler.

Tarafların arabuluculukta gizlilikten ne bekledikleri göz önünde bulundurularak gizlilik; iç ilişkide gizlilik ve dış ilişkide gizlilik olarak iki başlık altında da incelenebilir. İç ilişkide gizlilik, tarafların muvafakatı dışında ve aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu katılımıyla özel oturumlar esnasında taraflarca edinilen bilgiyi diğer tarafa aktarmayacak olması. Arabulucunun ve tarafların üçüncü kişilere karşı sır saklama yükümlüğünün olması ve onun muhafaza edilmesini ifade etmektedir. Dış ilişkide gizlilik ise arabuluculuk sürecinin kural olarak aleni olmamasını ve arabuluculuk sürecinde paylaşılan bilgi ve belgelerin üçüncü kişiler huzurunda ifşa (bilgi verilmesi) edilmemesi ifade eder.

Arabuluculuk yöntemine katılanlar “bu odada konuşulan her şey bu odada kalacak” şeklinde, arabuluculuk sürecinin gizli ve mahremiyetli olmasını isterler. Dış ilişkide gizliliğin muhatabı, arabuluculuk sürecine katılan taraflar veya arabulucu değil, bu sürece kanuni taraf olmayan ve belirsiz sebeple katılan üçüncü kişilerdir. Üçüncü kişiler; arkadaşlar, tanıdıklar, çalışma arkadaşları, basın veya bu bilgiyi öğrenmede menfaati olan veya olmayan herhangi birileri olabilir¹⁸⁵.

Bir arabulucu, taraflar arasında , arabuluculuk prosedüründeki elde edilen bilgilerin ne derecede gizli kalacağı konusunda bir anlayışı teşvik etmek zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk eğitim, araştırma veya değerlendirme sürecinde başkanlık yapıp katılıyorsa, taraflarla ilgili bilgileri gizli tutmalı ve gizlilikle ilgili beklentilerine sadık kalmak mecburiyetindedir¹⁸⁶.

Güvenin tesis edilmesi için aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, sürecin gizli yürütülmesi, tarafların bu süreçte ortaya koydukları beyan, bilgi ve belgelerin gizli kalması ve bunların arabuluculuk süreci sonrasında açılacak davalarda kendileri

¹⁸⁵ Tıktık, “**Temel Arabuluculuk Eğitim Kitabı**”, s. 48-50 .

¹⁸⁶ Christopher, s.598.

aleyhine kullanılmayacağıının güvence altına alınmış olması gerekir. Bu sebeple arabuluculukta gizlilik, tarafların arabulucuya ve birbirlerine güvenlerini sağlamak üzere getirilmiştir.

3. Arabuluculukta Eşitlik

Arabuluculuğun uyuşmazlık çözümünde temel ilkelerinden biri olan eşitlik, arabuluculuk süreci boyunca önemlilik taşımaktadır ve tarafların eşit haklara sahip olduğu önemini taşımaktadır. Buna ek olarak arabuluculuk sürecinde taraflar eşitliği şekilen değil, tam olarak his etmesi bildirilmeli ve çözüm kolaylaştırılması sırasında psikolojik olarak bu rahatlığın daok önemli olduğu değer taşımaktadır.

Uyuşmazlık sırasındaki eşitlik arabuluculuk temel ilkelerinin ayrılmaz bir parçasıdır. Şimdi de yargılamadaki eşitlik ile arabuluculuk sürecindeki eşitliğin birbirinden farklı olduğu ayrıntıları üzerinde açıklamalar yapılacaktır. Yargılamadaki eşitlik, genelde kanunu gereğine ve anayasa uygunluk içerisindeki adil yargılama ilkesi gereği olan eşitliktir. Arabuluculuktaki eşitlikte, sürecin dengeli, şekilde yürütülmesini ifade etmektedir. Bu şekilde taraflar sorunu onurlu uzlaşmaya ortam yaratır¹⁸⁷. Arabuluculuktaki eşitlik sırf şeklen ve görünümdeki sıfatında olan bir eşitlik değil, tarafların içselleştirdikleri, takdir ettikleri ve süreçte tam olarak yaşadıkları bir eşitlik olmalıdır. Arabulucunun rolü bu noktada önem taşımaktadır. Arabulucu, bilgi ve deneyimi ile tarafların bunu hissetmelerini sağlamalıdır. O yüzden arabulucu, her yönüyle öz tarafından sunacak olan teklifleri, arabulucunun davranışları ve taraflarla iletişimi de önem taşımaktadır. Çünkü, taraflardan biri dışlandığını, ezildiğini, böyle bir sürecin eşitliği kaçırıldığından ve bunun da bu şekilde menfaatine aykırı olduğu an, arabuluculuk temeli sayılan eşitlik süreci yürütmek ve iyi bir netice beklemek mümkün olmayacaktır¹⁸⁸.

Arabulucunun tarafsız olma yetenekliği, eşitsizlik anlamda özel önem taşımaktadır. Arabuluculuktaki eşitlik belli bir aşamada değil, arabuluculuk süreci boyunca sürdürülmesi gerekir. Arabuluculuk faaliyeti sırasında taraflar arasındaki mevcut güç dengesizliği gözetilmeli, bu durum süreç içinde doğru yönetilip

¹⁸⁷ Kekeç, s.63; ; Ekmekci, Özkes, Atalı, Seven, s.31 vd.

¹⁸⁸ Taşpolat Tuğsavul, s.133.; Kaplan, s.136, Ekmekci, Özkes, Atalı, Seven, s.31.

arabulucu tarafsız ve hakkaniyetli hareket edilmelidir¹⁸⁹. Görüldüğü gibi, uyuşmazlık sırasındaki taraflarca seçilen arabulucunun seçildikten sonra da tecrübesi, bilgisi, doğru yöntem ve doğru sorularla uyuşmazlığı açabilmesi büyük bir rol taşır. Ayrıca arabulucu, tarafların kişisel ve psikolojik durumlarını, kültürel yapı, sosyal durum, cinsiyet, kişisel geçmiş, algılayış biçimini dikkate almalıdır. Eşitlik bakımından taraflar ve arabulucu söylemlerine dikkate alınmalıdır ve arabuluculuk faaliyetini yürütürken arabulucu tarafsız davranmak zorundadır (Yön.m.11/2)¹⁹⁰ HUAK m.9/3).

Eşitlik konuyu pratiğe dökersek, mesela uyuşmazlığı açıklarken taraflara sırayla olayı anlatmak için belli bir zaman verilecek, bu durumda iki taraf için de verilecek zaman zarfı aynı olmak gibi bir hadise olamaz zaten, bu nedenle eşitlik bu mağnada değil, sadece ayrılan zaman içerisinde tarafların hangisi olursa olsun, o zaman içerisinde uyuşmazlık sebebin anlatabilecek zaman önemli ve onu da sürecin sağlıklı yürütülmesi için diye anlamak gerekir.

Örneğin, mühendisliğin ya da otomotivin erkek egemen, öğretmenliğin yada hemşireliğin kadın egemen olması. “Hemşire“ deyince kadının, “mühendis“ deyince erkeğin akla gelmesi. Özellikle işe alımlarda bilinçdışı ön yargı çok fazla. Örneğin, “anne olunca kariyerine ara veren kadın, işini ciddiye almaz, bu kişiyi görüşmeye çağırmayalım“ ön yargısı. Örneğin, kadınların ev işleriyle ilgilenmesi ya da çocuk bakımını üstlenmesi gibi beklentiler, cinsiyet değil, toplumsal cinsiyetle bağdaştırılan kavram olarak gösteriliyor. Tarafların süreç boyunca eşit haklara sahipliği ve işleyiş süresince de eşit haklara sahip olduğu ayrıca Türk kanunu’nda öngörüldüğü madde (HUAK m.3/2; Yön.m.5/2).

B.Arabuluculuğun Diğer İlkeleri

1. Bir Arabulucunun Varlığı

Arabulucunun müdahalesi, ihtilaflı taraflar arasında çıkınca arabulucu dışında, arabulucu katkısı dışında, tarafların kendileri veya ve bu görüşe göre de iradî

¹⁸⁹ Özbek, s.601.

¹⁹⁰ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, Resmî Gazete Tarihi: 02.06.2018 Resmî Gazete Sayısı: 30439.

olma ile birlikte uyuşmazlık, ihtilaf karşılıklı taraflar temsilcileri aracılığıyla başarılı bir müzakereyi yakalamaları mümkün olmadığını vurguluyor. Sadece üçüncü kişinin katkısı, uyuşmazlığın çözümüne önemli ölçüde arasındaki müzakerelere yeni bir dinamik getirir. Arabulucu, “arabuluculuk faaliyetini yürütmede ayrıca Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi” sıfatında tanınmış bir şahıs veya şahıslardır (HUAK m.2/1-a, Yön.m.4/1-b.) Arabulucu sürecin zorunlu kişisidir olduğu anlaşılmaktadır. Arabulucu katılımı işlem gören müzakerelerde arabuluculuk kelimesini kullanmak doğru olmas, böyle bir durum varsa, o zaman taraflara arasında yürütülen bir müzakeredir¹⁹¹. Arabulucu, uyuşmazlıkla ilgili herhangi bir karar veremez, hatta taraflar arasında tartışmalı konuda veya tartışmada ve incenmeli ve yorumlanmalı çözüm önerilerinde de bulunamaz. Onun varlığı sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulama ve değerlendirmede taraflar arasında iletişiminin kurulmasını kolaylaştırır olması ve bu diyalog sürecinin işlerliğinin gerçekleşmesine katkı sağlaması¹⁹². Nihayet müzakerenin nitelikli bir şekilde üçüncü kişinin katılımı ile yürütülmesindeki prosedür arabuluculuk mağnasını taşımaktadır. Bir başka deyişle, arabulucu katılımıyla sürecin yürütülmesi uyuşmazlığa bir karar vermek amacıyla değil çözmeye değil, ikna, telkin vasıta eki ile bir anlaşma konumunda imkan verecek bir ortamı geliştirmek mağnasında için katkı sunma hedef edilmiştir¹⁹³.

2. Arabulucunun Tarafsızlığı

Arabulucunun bir tarafsız kişi olması gerekir. Aynı zamanda da Kanun’da belirlenen hüküm ve özellik doğuran bir arabuluculuk faaliyetini tahmin etmemiz gerçekleştirebilmek için arabulucunun, yine Kanun’da yazılı diğer şartları taşıyan bir hukukçu olması gerekmektedir. Kanunda ise temel özelliklerini içeren diğer bazı ilkeler sıfatındadır. Daha detaylı açıklarsak arabuluculuk mesleğinin, bir avukatlık, hakemlik, hâkimlik ve uzlaştırmacılık gibi mesleklerinden ayrı olduğunu görüyoruz. Bu meslekleri gözükenlerin tamamı yine de hukukçu olmakla birlikte; anılan

¹⁹¹ Özbek, Alternatif, s.601.; Ekmekçi, Özekes, Atalı Seven, s. 59.

¹⁹² Tanrıver, s.39.

¹⁹³ Tanrıver, s.40.

meslekler, arabuluculuktan farklılık taşıdığı belli ve esas dile getirilen mesleklerin de ayrıntısı onların taraf olarak bağlayıcılık sıfatında kolay kolay bulunmaması söz konusudur. Çünkü bazen nitelikli arabulucu olmayıp ta uyuşmazlığı çözmekte katkı sağlayabileceği düşündükleri bir kişi veya kişiler kanundaki şartları taşımasa dahi arabuluculuk faaliyetini yürütebilir¹⁹⁴. Taraflar, kendi iradeleriyle arabulucu unvanını taşımayan bir kişinin yardımıyla uyuşmazlıklarını çözme hakkına sahiptirler¹⁹⁵.

Dolayısıyla arabulucu kural olarak taraflarca seçilirken hâkim, devlet tarafından atanmıştır ve yetki ile görevi ve iş dağılımı kuralları çerçevesinde önüne gelen dosyaların sırf kanun üzerinde çözümü ile ilgilenir.

”Arabulucu” ise, uyuşmazlık hususunda da hiç bir tarafı tutmayan, hatta tarafları eşit haklı olarak gören, tarafsız olduğu ile bağlılık tutan kişidir¹⁹⁶. Bununla beraber arabuluculuğun tarafsızlığın direk olarak gösteren kanun maddeleri de varlıktadır (Hâkim, devlet adına yargılama yapıp uyuşmazlık hakkında yargılama yoluyla nihai kararı veren kişidir. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’ndaki şartları taşıyan hukuk fakültesi mezunları, hâkimlik stajının tamamlanması sonrasında hâkim atanarak ve hâkim atamaları, devlet tarafından yapılır bu mesleği yapabilirler. Esas arabulucu kural olarak taraflarca seçilirken, hâkim, devlet tarafından atanmıştır ve yetki, görev ve iş dağılımı kuralları çerçevesinde önüne gelen dosyaların çözümü ile ilgilenir. Genelde taraflardan birisinin lehine veya aleyhine verilecek karar arabuluculuğun temeline kendi etkisini ittirecek, bu sırada faaliyet sırasındaki üçüncü kişinin her hangi bir çıkarını gözetlemeden yaptığı tarafsız muamele işlemi, yöntemi başarısını kuvvetlendirecektir¹⁹⁷.

Hâkim, meslek ilkeleri gereği tıpkı arabulucu gibi tarafsız bir şekilde uyuşmazlığın çözülmesi için görevde bulunmaktadır. Fakat arabulucudan farklı olarak bu görevi yürütmede, mevcut hukuk kuralları ve delillerden yararlanarak uyuşmazlığı nihai şekilde sona erdirilmesine gayret edecektir. Ve bununla beraber

¹⁹⁴ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s. 64.

¹⁹⁵ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s. 67.

¹⁹⁶ Kekeç, “**Temel Arabuluculuk Eğitim Kitabı**”, s.70-71.

¹⁹⁷ McKay, s.472;ayrıca bkz.Marsh, s.2:Özbek, s.498. Arabuluculukta tarafsızlık çok önemli ve temel bir özellik olduğu için, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği’inde de bu konuya yer verilmiştir.Buna göre,”avukatlık uzlaşma müzakereleri sırasında , uyuşmazlığın tarafları arasında yansız bir şekilde ikna etmeye ve taraflardan hiçbirisinin etkisi altında kalmaksızın tarafları uzlaştırmaya özen gösterir” (AvK Yön.m.16/III); Kekeç, s.62.

hâkimin verdiği karar, taraflar için bağlayıcılık rol taşır. Hatta tarafların yargılamanın sonucu üzerinde bir kontrol hakkı yoktur. Arabuluculukta bağlayıcı bir karar elde edilebilmesi ise tamamen tarafların bu konuda anlaşmış olmalarına bağlı kalmaktadır. Görevi taraflara yardım etmekten ibaret olan arabulucu, yargılama yapmadığı için uyuşmazlık hakkında karar verme gibi bir yetkiyi üstlenme hakkına sahip olamazdır. Sürecin sonucunda nasıl bir karar elde edilebileceği veya bir karar elde edilip edilemeyeceği taraflara verilmiş kanuni hakkıdır¹⁹⁸. Ayrıca taraflar kendileri ile alakalı karar vermede hakkında imkânlarını ellerinde tutmalı aksi halde kişisel anlayışlarına uygun bir sonuç beklemek gibi durum ortadan kalkmış olur¹⁹⁹. Sonuç olarak anlaşılan da şu ki; uyuşmazlığın sağlıklı bir sonuçla tamamlanması için arabulucu, kanun üzerinden öngörülen görevini tarafsız olarak yerine getirmede yükümlüdür.

3. Arabulucunun Yetkisinin Taraflardan Kaynaklanması ve Tarafların Yetkisi

Taraflardan herhangi birisi arabulucuya vermiş olduğu yetkiyi geri alırsa, arabuluculuk sona erer. Normalde arabuluculuğu, mahkeme bağlantılı bir üsûlün parçası olarak biliyoruz ama buna rağmen bu usûl sonuna kadar saklı kalmış olsa bile taraflar herhangi bir anlaşmaya varsa ya da varmamışsa da arabuluculuğu bitirme iradesine sahiptirler. Esas bu prosedür kanunda şöyle açıklanmaktadır, arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce tarafların arabulucuya başvuru şeklinde ve tarafların da ilk toplantıya davet edilmeleri, taraflarca arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi nedeniyle anlaşmaya varılıp ve verilen etki üzerinde onun tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işleme başlayacak olduğu açıklanmaktadır (HUAK m.18/1-2). Prosedürün özüne gelince, tarafların arabulucuya verecekleri etki nedeniyle arabuluculuk işleme faaliyeti birdenbire doğacağı anlaşılmaktadır. Arabulucu yetkisini taraflardan alır ve taraflarla arabulucu arasında bir arabulucu sözleşmesi düzenlenir. Yetkisini taraflardan alan arabulucunun ana görevi taraflar arasındaki müzakere ortamını sağlamak ve

¹⁹⁸ Yeşilirmak Ali, “Temel Arabuluculuk Eğitim Kitabı, Arabuluculuk Kimdir”, Ankara, Kasım 2021, Makale, s. 65-84.

¹⁹⁹ Rock, s.347, 353-354. Karş.Pekcanitez, Alternatif uyuşmazlık Çözümleri, s.15.; Kekeç, s.62.

geliştirmektedir. Anlaşıldığı gibi, arabulucunun hâkim veya hakemden farkı tek başına karar verememesidir²⁰⁰.

Uyuşmazlığın çözüm yollarında hüküm verme yaklaşımında avukatlara münasibdir. Avukatlar, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek için kullandıkları yargılama usûllerini (vakıaların) anlatılmasını, sözlü ve yazılı tahkikatı hep kendi muhakemelerine göre yürütürler. Dava aşılması durumunda taraflar kenara çekilir, süreç kontrolünü de avukatlarına devretmiş olup ve sonucu bir başkasına devrederler. Arabulucular, süreci etkilemeye yardım etmek için kendi beceri ve deneyimlerini kullanır, yalnız uzlaşıp uzlaşmayacağına bağlı koşulları ile ilgili karar ise taraflara ait seçenektir. Arabuluculuktaki tarafların yekisi kanunen veya anlaşma üzerinde her hangi bir usul kararlaştırmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir (HUAk m.14/1) . Diğer bir usul tarafların esas kanunen kendi aralarında anlaşarak uyuşmazlığın mahkeme yerine arabuluculuk yoluyla sonuçlanmasına yetkili olması hakkıdır. Hatta böyle bir durum ise mahkemede yargılama imkanı ortadan kaldırılmış ve hak arama özgürlüğünü kayıp etmiş anlamına gelebilir²⁰¹.

4.Arabulucunun Bağlayıcı Bir Karar Verememesi

Uyuşmazlık sırasında ihtilafa bakan arabulucunun bağlayıcı niteliğindeki bir karar vermesi, arabuluculuk kurumunun felsefesine uymaz. Burada tarafların uyuşmazlık sırasında anlaşması daha önemli ve önem kazanmaktadır. Hatta anlaşma bu nedenle tarafların iradesi üzerinde neticelenmiş bir sonuçtur. Kararı niteliğinden değerlendirek, alınacak karar taraflar iradesine aykırı olmamakta bulunup, sadece üçüncü kişinin iradesiyle bağlı kalacağı işlem mekanizmasında yer alacağı belli bir durum ortaya çıkmış olur. Arabulucunun uyuşmazlığın esası ile ilgili verdiği açıklamalar tavsiye sıfatındaki niteliktedir²⁰². Genelde arabulucu bir karar verici statüsünde olmayıp, arabuluculuk ise bir hüküm verme etkisine dayalı bir yöntem

²⁰⁰ Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s. 27.

²⁰¹ Kekeç, s.75.

²⁰² Singer, s.20; Ware, s.202; Pekcanitez, Alternatıf Uyuşmazlık Çözümleri, s.16, Özbek, Noterden uyuşmazlık Çözümleri, s.16; Özbek, Nöterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni İşlevi, s.51; Yıldırım, s.341; Küçükgüngör, s.51;Özbay, s.465; **Türkiye Nöterler Birliği**, s.50; İbrişim, s.79.;Kekeç, s. 68.

değil, ayrıca karşılıklı anlaşmaya dayalı bir çözüm prosedürüdür. Usul olarak amaç edilen tarafların yüzleştirilmesi değil, uzlaştırılma hedefi beklenen bu yöntemle birlikte toplumsal barışın da çözülmesi beklenmektedir²⁰³. Analiz ettiğimiz ve incelediğimiz devletlerdeki arabuluculukla ilgili kanun genel olarak arabuluculuğun ana ilkeleri tanımında benzerliktedir. Arabuluculuk faaliyetinde niteliği gereği yargısal bir yetkinin uygulama amacıyla normalde hâkim tarafından yapılabilecek işlemin arabulucu tarafından yapılamaması buna örnek gösterilebilir arabuluculukla ilgili Türk kanununda yer almaktadır (HUAK m. 15/4). Bu durum

Rus Federasyonu Kanununda arabuluculuk prosedürü uygulanmasının mahkeme öncesi aşaması ve mahkemeye başvuru sonrası aşaması diye iki kategoriye ayrılmaktadır (FY AUÇPH m.7/2). Aynı durum Kazak hukukunda da, ayrıca bir maddeyle öngörülmemiş, arabuluculuk prosedürünün niteliği ile gibi bir ifade de bulunmamaktadır, sadece arabuluculuk prosedürü uygulanmasının mahkeme öncesi aşaması ve mahkemeye başvuru sonrası diye kanunda yer almaktadır (KC AK m.20/2).

İşe yargısal yönden bakarsak (hakim/hakem) ve arabuluculuk prosedüründe arabulucu yer alan üçüncü kişilerin statüsünü belirlemede temel ayrıntı ve özellik bu tanımdadır. Yapılan açıklamalar üzerinde yapılan sonuç, arabulucunun bu işlemde hiçbir gücünün olmadığını ve bu sırada bir hakem gibi yöntem esasında geniş kapsamlı yetkiye sahip değildir. Ancak arabulucu kuralları ayarlayabilir görüşmeler sürecinde gerekli düzenlemeleri de yapar, hedeflenen konular üzerinde onların sıralanma şeklini ve iletilmesi gibi soruların çözümünde arabulucunun rolü belirlenmiştir²⁰⁴.

Arabuluculuğun sonuna kadar sürdürerek gerekli yöntemleri kullanarak karara bağlanırsa, o zaman ancak tarafların tamamının bu durumda anlaşması bağlayıcılık sıfatı tanımında olması gereklidir²⁰⁵. Bununla beraber, taraflar uyuşmazlıkların çözümü hakkında bir anlaşmaya varamamışlarsa, aralarındaki ihtilafı konuları diğer yollarla giderme veya yönlendirme konusunda özgür ve serbestirler²⁰⁶. Burada anlaşılan şu ki, hukuki uyuşmazlık çözümü için isabetli ve kanun çerçevesinde öngörülen tüm çareler taraflar serbestliğini muhafaza ederek denenmelidir. Arabuluculuk faaliyetinin iyi sonuçlanması, arabuluculuğun bir neticeli tamamlanması demektir.

²⁰³ Green Paper, s.8-9;Özbek, Avrupa Birliğinde AUÇ, s.272.; Kekeç, s.69.

²⁰⁴ Golann,Power, s.1;Stulberg,s.31;Silbey/Sally, s.14;Kekeç, s.69-70.

²⁰⁵ Özbek , s.668-677 vd.

²⁰⁶ Brown/Marriott s.129.; Özbek s.675.

Arabulucunun, esas görevi taraflara müzakerelerinde yardımda bulunmaktır. Fakat taraflara müzakere etmez, ama onların birbirleriyle olan müzakerede de yardımcı olmak. Arabulucu, tarafların birbirleriyle müzakerelerde onlara rehberlik eder. Tarafların uyuşmazlığı belli bir şekilde çözülmesine arabulucunun herhangi bir menfaatta bulunmaması. Aynı şekilde de uyuşmazlığın esası hakkında bir karar vermek zorunda bulunmayan arabulucu, pazarlıkçı bir üsluba giremez. Uyuşmazlık sırasındaki kayıbolabilecek olan soruya gerekli ortama oluşturmada bulunan ve bu tür davranışla yaklaşan arabulucu karşılıklı müzakereye sorun çözücü yöntemlerin yararlanmasına imkan sağlar. Arabulucu, bu anlamda tarafların birbirlerini karşılıklı menfaatlerini anlamada temelen yardımcı olmalıdır. Normalde taraflara kendi istekleri üzerinde sabit kalırlar. Uyuşmazlığın çözüm süresi geliştikçe onun konumları da değişebilir. Bu anlamın açıklama teorisini inceleyince şöyle olur: Taraflar ne kadar kendi menfaatlerini sahip çıkmaya yandan (ilgili) olduklarına rağmen önemli hususlarda kendi teşkil eden menfaatleri ve nedenlerini tam olarak incelemiş vaziyette olmadıklarından kaçırmış olabilirler. Dolayısıyla arabulucu, taraflara birbirlerinin temel menfaatlerini anlamalarında ve analiz etmelerine de onların konumlarını ne istedikleri; taraflar için menfaattan kaynaklandı ise bunları neden istedikleri açıklanmasında yardımcı olmalıdır. Bu anlamda arabulucular tarafların sırf konumlarını değil, onların menfaatlerinin de incelenmelerine dikkata alırlar. Bu görüş sahibi şöyle değerlendiriyor:

Arabulucu, tarafların esaslı menfaatlerini açığa çıkardıkça, gerekli olan ve önem taşıyor gibi seçeneklerin uyuşmazlığın çözümüne önceden önerilebilir sayılır sıfatındaki ve uygunluğunda bulunan olduğu göz kestirebilir. Anlaşıldığı gibi, arabulucu bu tür yatımlı ve pürüzsüz seçenek sahibi olarak, aynı zamanda da onların geliştirilmesi konumunda yardımcı statüsünde bulunacaktır²⁰⁷. Nihayet yürürlükte bulunan ve kıyas edecek olan üç devletin kanunları, arabulucuya arabuluculuk faaliyetin yürütülmesi sırasındaki yükümlülükleriyle beraber uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütmesini yüklemde genel anlamda gözetlenmiş gibi gözükse bile Türk kanunu'nda bu durum daha da kapsamlı ve net olarak öngörülmüş ve gözükmektedir (HUAK m.15/3).

²⁰⁷ Merrill, s.3; Özbek, s.677.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ARABULUCULUK

I. ARABULUCULUĞUN TÜRKİYE’DE GELİŞİMİ VE TEMEL YAPI

A.Arabuluculuğun Türkiye’deki Gelişimi

Esas konumuzu açıklarken değişik görüş sahipleri yazarlarımızın çeşitli fikirleri, araştırmaları, eserlerinden de anlaşıldığı gibi konuya yaklaşma zıtlığından doğan uyuşmazlıkları çözmek ister yargılamaya bağlansın veya yargılamaya bağlanmasın konu aktüelliğini kayıp etmemiş ve güncelleşmeden de eksik olmayan bir konu olduğu anlaşılmaktadır. Uyuşmazlıkları çözmede yargılama içinde de yargılama dışında da farklı çözüm yollarının aranması geçmişten bugüne kadar her zaman gündemde olmuş bir konudur²⁰⁸. Türk hukuku, bugün için de uyuşmazlıkların yargı dışı yollarla çözülmesi kültürüne sahiptir; ama alternatif çözüm yollarının kurumsallaşması ve yaygın uygulamaya sahip olması hâli daha yeni sayılabilecek bir konumdur²⁰⁹. Türk hukukunda arabuluculuk uygulamaları epey artmıştır ve artışın da ama en önemli sebebi zorunlu arabuluculuk uygulamalarının artmasıdır.

Arabuluculuğun değerlendirilmesi her devletin ve toplumun ekonomi ve hukuki ilerleyişine, kültürüne, sosyal durumuna, mantalitesine, kanuna uyuması gibi statülerine bağlı bir şekilde ilerleyişi dikkate alınmalıdır. Olaya pratik gözüyle bakarsak, iyi işleyen arabuluculuk için de iyi işleyen bir yargının da olması şarttır. Yargının kötü işlediği bir yerden bahsederek iyi bir arabuluculuk yöntemi işi düzeltmes. İyi işleyen arabuluculuk için yargının da iyi işleyen yargı ortamı oluşturmalıdır²¹⁰. Arabuluculuk sürecinin yürütülmesiyle ilgili arabuluculuk yönteminin niteliği, pozitif düzenlemeler de, ortamlar da mümkündür.

Avrupa Birliği, devletler genelinde bir siyasi ve hukuki oluşturmaya yardımcı olan uluslararası hukukun bir kişisidir. Dolayısıyla Avrupa Birliği uluslararası hukuk çerçevesinde kişiliğe sahiptir. Böylece, AB uluslararası toplumunda ancak kısa ve basit şekilde bir tanımla yapabiliriz. AB her yönüyle ister

²⁰⁸ Özbek, Adaletle Ulaşma, s.148; Kekeç, s.36; Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven s.40.

²⁰⁹ Özbek, s.148; Kekeç,s.36, Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.40.

²¹⁰ Ekmekçi,Özkes, Atalı, Seven, s.38.

uluslararası ilişkiler literatürü ister bu disiplin ile bağlantılı bir çok disipline değerli bir tartışma konusu olan ve siyasette de önemli bir rol üstlendiği tartışılmazdır. Nasılsa AB bir uluslararası hukuk kişisi olduğu gerçeğini devam ettirmektedir²¹¹. 1998 yılından itibaren Avrupa Birliği içinde de uyuşmazlıkların anlaşmak suretiyle çözümü hususunda çalışmalar başlamıştır. 15-16 Ekim 1999 tarihinde Tampere’de (Başkanlık Sonuç Bildirisi Kararı) düzenlenen Avrupa Birliği zirvesinde üye devletler Avrupa’da adalet alanında daha iyi erişime bağlı olarak, mahkeme dışı alternatif yöntemlerin gerekliliğine davet edilmesinden kaynaklanmıştır. 2002 yılında Birleşmiş Milletler Ticaret Komisyonu (UNCITRAL-United Nations Commission on International Trade Law) tarafından Milletlerarası Ticaret Arabuluculuğa İlişkin Model Kanun hazırlanmıştır²¹². Yapılan bu düzenleme ile Birleşmiş Milletler üyesi ülkeler tarafından hazırlanacak olan kanunların mümkün olduğu kadar yeknesak olması ana gaye oluşturuyor. Türk hukukunda arabuluculuk kurumunun henüz bir gelişme yaşandığından bahsedilemez. Ayrıca Türk yargı sisteminde en gerekli sorunlardan biri sayılan veya önemlisi sayılan mahkemelerin aşırı yük altında bulunmaları gibi gerçeği doktrinde pek çok yazar tarafınca hem ilk derece mahkemeleri hem de Yargıtay’ın iş yükünün hafifletilmesinin doğruluğunu, oysa mahkeme dışı uyuşmazlık yöntemlerinin teşvik görülmesini ifade edilmiştir²¹³. Adalet erişim, Türk Cumhuriyeti Anayasasının 36’ncı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı maddesinde güvence altına alınan temel bir hak olarak işaret edilmiştir²¹⁴. Türkiye’de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, sınırlı olduğuna rağmen ceza ve idarî(vergi) alanlarında da kullanılmaktadır²¹⁵. Ayrıca özel hukukla ilgili uyuşmazlıklar çözümünde bahsedilen yöntemler geniş bir uygulama alanının kapsamaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözümleri ile taraflar uzlaştırma sürecinde

²¹¹ Cenap Çakmak, Avrupa Birliği Hukuku, 2.Baskı, İstanbul, s.289.s.289.

²¹² United Nations:UNCITRAL **Model Law on International Commercial Conciliation Guide to Enactment and Use**, New York 2004. Kanun metninin Türkçe tercümesi için bkz. Yeşilirmak, Ali: “Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu Milletlerarası Ticaret Arabuluculuğa İlişkin Model Kanun (2002), MİHDER 2007/I, s.85-89. Bu düzenlemede, başka bir AUÇ yolu üzerinde anlaşılmamış olması halinde, arabuluculuğun uygulanacağını kabul edilmesi, dikkat çeken bir özelliktir (Bkz. Guide to ICC ADR, International Chamber of Commerce, Paris 2001, s.3;Özbek, s.180-181).;Kekeç, s.35.

²¹³ Pekcanitez, Hakkı, “Yargı Reformu Yapılmasının Gerektiren Nedenlere”, İz. BD 1995/2,s.13-113; Tanrıver, Süha “Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine” AÜHED 2000/1-4,S.67-83;Özbek, “Alternatif Uyuşmazlık”, s. 620 vd; Yıldırım “Mahkeme Dışı”, s.358.;Tıktık, s.28

²¹⁴ Tıktık, s.28 .

²¹⁵ Ekmekçi,Özekes, Atalı, Seven, s.40.

dâhil olmakta beraber kendi iradeleriyle sonuçlandırmaktadır. Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözümü bu yandan, devlet yargı yetkisiyle beraber veya dışında uyuşmazlıkların çözümü konusunda taraflara sunulan bir imkan sayılmaktadır.

Arbuluculuğun temelleri diye gönüllülük, gizlilik, arbuluculuğun tarafsızlığı ve doğru bağımsızlığı (iradesi), sürecin kontrolünün taraflarda olması ve tarafların eşitliğidir. Bu saydıklarımız ilkelerin tamamen, arbuluculuk prosedüründe dikkate alınması önemlidir. Bunun altında inceleyeceğimiz sürece bağlı yukarıda dile getirdiğimiz temel ilkeler bir çoğu arbuluculuk uygulamasına yön veren Avrupa Birliği Arbuluculuk Etik kuralları içerisinde de yer aldığından modül 13-Arbuluculukta Etik başlığı altında yeniden bir gözden geçirilmeye ihtiyac vardır. Ama bu başlık altında arbuluculuk sürecinin zikir ettiğimiz temel ilkelerle sınırlı kalmayıp, süreçte gözetebilmemiz gereken ilkelerin tamamı bunlarla sınırlı kalmayıp devamı da olabilir²¹⁶. Çünkü bu temel ilkelere ilaveten açıklarsak müzakere yönteminde de ortak olan Modül-5'e gelince, Arbuluculuk sırasında dikkat etmemiz gereken esneklik ise arbulucunun bu aşamada etkili bir role sahip olması arbuluculuk prosedüründe gerekli olan ilkelerden de biri olduğunu gösterir²¹⁷. Bu sırada da küreselleşme ile uluslararası ticaretlerin giddikçe artması ve ticari ilişkilerdeki gerekli olan hız, güven ile pratik işlerin sağlanması sırasında Avrupa, AUÇ alanındaki gelişmeye seyirci sıfatında daha fazla kalamamış olduğu kuşkusuzdur²¹⁸. Bununla beraber, Avrupa Medeni Usûl Model Kanunu (European Model Code of Civil Procedure) Tasarısı adı altında- peşi sıra "uzlaştırma" (conciliation) başlık bir emek verilmiştir²¹⁹. Artık Türk hukukundaki uyuşmazlık durumundaki yargı dışı yollarla çözülme kültürüne sahiptir. Buna rağmen alternatif çözüm yollarının kurumsallaşması ise daha yeni bir konu niteliğindedir. Oysa arbuluculuğu yaygın uygulamaya sahip olması özelliklerinde de deneyimsizdir²²⁰.

²¹⁶ Temel Arbuluculuk Eğitim Katılımcı Kitabı (Ed: Yeşilirmak A./Kekeç E.K., Alper B.), Avrupa

²¹⁷ Temel Arbuluculuk Eğitim Katılımcı Kitabı (Ed: Yeşilirmak A./Kekeç E.K., Alper B.), Avrupa Konseyi Projesi, Konuşmacılar: Marla da Concelçio Olivera, Rimantas Simaitis, Arbuluculuğun Aşamalarının Gözden Geçirilmesi, Ankara, Kasım 2021, s.81-85.

²¹⁸ Yararlı temel olması küreselleşme etkisinde Kıta Avrupası'nda ise arbuluculuk işlerlik kazanmıştır (Tanrıver, Armağan, s.821).; Kekeç, s.33.

²¹⁹ Bkz.Pekcanitez, Yargının Hızlandırılması, s.64-65; Pekcanitez/Yeşilova, s.336.; Kekeç, s.35.

²²⁰ Özbek, s.624,821; Pekcanitez, Tebliğ, s.148; Kekeç, s.36.

Türk hukukunda arabuluculuk düzenlemelerinin yabancı olmadığı, kanunlarında ise, arabuluculuğu yasaklayıcı düzenlemelerin de bulunmadığını diyebiliriz²²¹.

Arabuluculuğun aslında her zaman olmasa da bazen de dolaylı sonucu olan yargının iş yükünü azaltma cazibesi ile bugün arabuluculuğu uygulayan ve ön görüşte olan ülkelerde yargının birçok sorunla karşı karşıya olması sebebiyle, arabuluculuk adeta bunların çözümünde bir sihirli değnek, güvenli bir liman olarak görülmektedir²²². Buna rağmen mazisi çok eski olmayan ihtiyarî arabuluculuğun dahi sorunları çözülmeden ve uygulamasının sonuçları tam görülmeden, oldukça zor alanlarda ve geniş bir çerçevede zorunlu arabuluculuğa geçiş hevesine düşülmüş, arabuluculuğun özünden ve amacından çok, bu pratik yönü hoş görüşü yanılgısı ortaya çıkmıştır. Türk hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümleri, bir taraftan sınırlı olarak gözüke bile ceza, idari(vergi) yargı dallarında da uygulanmada maküle geçmektedir. Yalnız, özel hukukla alakalı uyuşmazlıklar çözümünde bahsedilen yöntemler daha geniş bir düzenlemeleri sahiplenmektedir.

Alternatif uyuşmazlık yöntemleri ve özellikle arabuluculuk konusundaki en temel ve en önemli düzenleme 2012 tarihli 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve bu Kanuna istinaden çıkartılan Yönetmelik olduğu bellidir²²³. Zira 6325 sayılı Kanun, her şeyden önce “mahkeme dışı” arabuluculuğudüzenlemektedir. Oysa Kanun, 1’nci maddesinde, kendine ait uygulama alanine “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları“ tanımında belirlemiştir²²⁴ Ama 2011 tarihli Arabuluculuk Kanunu 6100 sayılı HUKUK Muhakemeleri Kanunu’nda da arabuluculuğa ilişkin düzenleme öngörülmüştür (HMK m.137/1,140/2-3,312/2,320/2).

6325 sayılı HUAK ile birlikte kurumsal olarak mevzuatımıza giren arabuluculuk esasen ihtiyari/gönüllü arabuluculuğu esas almıştır. Ancak daha sonra kabul edilen 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu’nda zorunlu arabuluculuğa

²²¹ Taşpolat Tuğsavul, s.69; Dost, Süleyman: Mediation for Disputes in Private Law in Turkey, **International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences**, 2014, Vol.4, s.82 (Mediation); Yazar, s.54.

²²² Yazar, s.55.

²²³ Resmi Gazete, 02.06.2018, S.30439; Ekmekci, Özkes, Atalı, Seven, s.40.

²²⁴ Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, (6-7 Aralık 2018), Editör:Doç. Dr. Ersin Erdoğan, Konuşmacı: Huriye Reyhan Demircioğlu, 6325 Sayılı Kanun’un Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği, Ankara, s.53-57.

ilşikin düzenleme yapılmıştır, bu kanunla birlikte getirilen hükümlere ayrıca genel arabuluculuk sisteminde de bazı önemli değişiklikler yapılmıştır²²⁵.

Yürürlükte olan Arabuluculuğu iletirmek amacıyla peş peşe yapılan kanun değişikliğinden biri de iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun gerçek durumu çıkmadan, olumlu veya olumsuzlukları tam anlaşılmadıktan, 7155 sayılı Kanunla²²⁶ 6102 sayılı Türk Tüicaret Kanunu'na 5/A maddesi eklenerek ticari davalardan konusu bir paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinde, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş, bu nedenle zorunlu arabuluculuk kapsamı iş hukukundan ticaret hukukuna genişletilmiştir. Kanun özü ise, arabuluculuğa özelliğini tanıtan iradî olma ilkesine (HUAK m.3/1) davada şart sayılan arabuluculuk bir istisna olarak eklenmiştir²²⁷.

Türk Anayasasının 141'inci maddesine göre: "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir." Anayasanın bu hükmü, usûl hukukunun temel ilkelerinden biri olup toplumsal barışın da teminatı anlamındadır.

Adalet hizmetinin işlememesi, geç işlemesi ya da kötü işlemesi toplumsal düzenin ve barışın bozulmasına imkan sağlar. Adalet hizmetinin işlememesi, geç işlemesi ya da kötü işlemesi toplumsal düzenin ve barışın bozulmasına yol açar. Adaletin yerini bulamadığı ortamda da 'Geciken adaletin, adalet mağnasına kavuşamayacağını bildirir'. Mahkemelerin etkinliği ile verimliliğinin artırılması ve özellikle yargılama sürelerinin kısaltılması, toplum ve devlet hayatı açısından yaşamsal bir öneme sahiptir. Adil yargılanma hakkı kapsamında davaların makul sürede sonuçlandırılması bireylerin en temel haklarından biri olarak Anayasa'da ve insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde korunmuş ve bu hakkın ihlali halinde de birtakım yaptırımlar öngörülmüştür²²⁸.

Arabuluculuğun temel ilkeleri olarak tanılan modülleri ise de, zorunlu arabuluculuk, aslında arabuluculuğun özüne, amacına ve ilkelerine aykırıdır. Mesela, zorunlu arabuluculuk mecburiyeti varken bizim gönüllülük ve iradelikten tüm anlamıyla bahsetmemiz mümkün değildir. Çünkü, arabuluculuğun özü iradeye,

²²⁵ RG, 25.10.2017 ,S.30221; Ekmekci, Özekes, Atalı, Seven, s. 40 vd.

²²⁶ RG,19.12.2018 ,S.30630, Ekmekci; Özekes, Atalı, Seven, s. 41.

²²⁷ Ekmekci, Özekes, Atalı, Seven, s. 41 .

²²⁸ İsmail Rüştü Cirit, s. 7.

anlaşmaya, uzlaşmaya, müzakereye dayanmaktadır; zorlama ise yargısal faaliyetin gereğidir²²⁹ .

Bu tür durumda, anlaşıldığı gibi arabuluculuğun zorunluluk durumu, artık alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olmaktan çıkıp alternatif, mecbur bir yargısal faaliyet haline gelme yolunda bulunması bir gerçektir. Bu nedenle zorunlu arabuluculuk bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmayıp, artık alternatif yargısal faaliyeti statüsüne geçecek olduğunu kabul etmeliyiz. Nitekim bu faaliyet, yargılama alanıyla alakası olmayan, karara da pek benzemeyen veya uzaklaşan, arkasından dolanılan ismi yargı olmayan bir faaliyet alanı olduğu da tartışılmalıdır. İnceleme sırasındaki esas değer sadece bu şekilde verilmektedir. Anlaşıldığı gibi bir şeyin ismini değiştirmek, onun cinsini değiştirmek sıfatından yararlandıramak umudunu veremes.

Arabuluculuğun mevzuat bakımından ilerilemesi için adılan adımların başlangıcı, geçmişte önce 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) hazırlığı aşamasında gündeme gelmiş, ancak daha sonra ayrı bir kanun olarak 2012 yılında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) kabulünü takiben tam olarak uygulanmaya ve gelişmeye başlamıştır. HUAK'ın kabulünden sonra konuyla ilgili alt düzenlemeler de yapılmış²³⁰, ayrıca ilgili bazı kanunlarda da arabuluculukla ilgili değişiklikler yapılmıştır. 6325 sayılı Kanun'dan sonra, bu kanunda ve arabuluculuk sisteminde en önemli değişiklik 7036 sayılı Kanunla olmuştur . İş Mahkemeleri Kanunu ile birlikte, hem iş mahkemelerinde dava şartı adı altında zorunlu arabuluculuk kabul edilmiş hem de 6325 sayılı Kanun ve diğer bazı kanunlarda konuyla ilgili değişiklikler yapılmıştır. 2018 yılında yürürlüğe giren bu değişikliklerle ve zorunlu arabuluculukla ilgili tartışma ve eleştiriler devam ederken, bu konuda yapılan düzenlemenin sonuçları görülüp anlaşılmadan (bu sefer 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para

²²⁹ Özkes, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu; Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargı sistemi ile rekabet içinde olmayan, yargısal yollara başvuru imkânı da ortadan kaldırmayan çözüm yöntemleridir. Bu çözüm yönteminde, devlete ait olan yargı yetkisine zarar vermeden, onun egemenlik alanına girmeden, tarafların iradelerine uygun olarak uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır. Bu konuda 6325 sayılı HUAK'ın Genel Gereğesine bakmak yeterlidir; bu hususa özellikle vurgu yapılmıştır (Özkes, s.115.) .

²³⁰ Özkes, Bu konuda çıkartılan Yönetmelik değiştirilerek yeni Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği Çıkarılmıştır (RG, 02.06.2018, S. 30439); s. 116 .

Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usûlü Hakkında Kanun'daki²³¹ düzenleme içerisinde arabuluculukla ilgili yeni değişiklikler yapılarak zorunlu arabuluculuk ticarî uyuşmazlıklara da yaygınlaştırılmıştır. Mevzuat gelişmesinde yapılan düzenlemelerde zorunlu arabuluculuk kavramı kullanılmamakta, önce arabulucuya başvuru zorunluluğu dava şartı şeklinde ifade edilmektedir. Fakat, sonuçta uyuşmazlığın taraflarının dava açmak istemeleri halinde kendilerinin bu yönde iradeleri olmasa bile mecburen arabulucuya başvurmaları koşulu getirilmiştir²³².

Ama bu konuda kaleme alınan görüş ise şöyledir:

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nundaki yeni düzenlemede, "Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz (HUAK 18/5). " Ayrıca 7036 sayılı Kanunla eklenen bu düzenleme, Kanun'un gerekçesine göre, "dava açma yasağı" olarak nitelendirilmektedir.

Kanun'da dava açma yasağının hukukî niteliğine gelince, bu yasak mevcutken dava açılması durumunda bunun sonucunun ne olacağı ve dava açma yasağının istisnalarının olup olmadığı düzenlenmemiştir²³³.

Anlaşıldığı gibi, söz konusu hükmün gerekçesinde, dava açma yasağının sebebi veya sonuçları ile ilgili herhangi bir bilgi verilmemiş, ama arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşılan hususların açık ve net olması gerekliliğine önem verilerek dava açma yasağının kapsamının belirlenmesi anlamında açıklama verilmiştir. Dava açma yasağının kabul edilmesinin ilk gerekçesini, arabuluculukla ilgili yapılan düzenlemelerin temel gerekçesinden çıkarmak mümkündür²³⁴.

²³¹ Özkes, RG, 19.12.2018, S. 30630; s. 116.: Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s. 41.

²³² Özkes, Bunun yanında 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu henüz Taslak halindeyken paylaşılan ilk metinde de maddenin kenar başlığı "zorunlu arabuluculuk" şeklindedir. Bu dahi, düşüncenin arka planında niyetin zorunluluk olduğunu ortaya koymaktadır. Ayrıca, bu Bildirinin sunulmasından sonra kabul edilen 7155 sayılı Kanunla birlikte 6325 sayılı Kanunun arabuluculuk ilkelerinden iradî olmayı düzenleyen 3. maddesinin 1. fıkrasına, "Şu kadar ki dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi hükmü saklıdır." şeklinde hüküm eklenmesi de iradî olmanın zıddının mümkün olduğunu ortaya koymaktadır. Bir şey iradî değilse, zorunludur. Kaldı ki, işe iade davaları ile ilgili İş Kanunu'nun 20. maddesinde açıkça "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 işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır." ifadesi yer almaktadır. Bu nedenle mevzuatta da açıkça zorunluluk ifadesine yer verildiğini söylemek yanlış değildir; s.116-117.

²³³ Akkan, Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, Makale, s.3-4.

²³⁴ Avukatlık Kanunu çerçevesinde (m. 35/A) yapılan uzlaştırma sonucunda düzenlenen tutanak içeriğinde yer alan anlaşma koşullarına tarafların sonradan uymak istememeleri durumunda, bu uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmesi durumunda uzlaşmaya öncelik verilmesi gerektiği ve mahkemelerin uzlaştırma tutanağına sadece sahtelik çerçevesinde müdahalesinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Özbay, s. 415; Sarısözen, s. 247.; Akkan, s.4.

Türk hukukunda 1868 yılından bu yana dünyada ve türk hukuk sisteminin gelişmesiyle doğru orantılı olarak yüksek mahkemelerin ilave roller de üstlenmeye başlamasıyla türk toplumunda Yargıtay eğitici, yol gösterici bir rol üstlenmiştir.

Türk hukukunda arabuluculuk gelişimi nasıl yayınlanmış olduğunu alternatif uyuşmazlık çözüm noktasında yeni tanımlanmamış bir kavram olmadığı kaanatindeyiz. Bu anlamda uyuzmazlık çözüm kavramı fonksyonu eskiden tarafları barıştırmak amacıyla tanılmış bir usûldür. Arabuluculuk sadece meslek örgütlerinde değil, belirli bir sosyal ortamda da tanılmış bir süreçtir. Keza daha önce kadîyılıkta daha sonrada da yeni yargı sistemi içinde arabuluculuğun farklı görünüm ve uygulamaları ortaya çıktığı görülmektedir. İşte bu şekilde, uyuşmazlığın taraflarının, müzakere etmek suretiyle, yalnızca hukuken korunan değil, hemen hemen bütün menfaatlerini yoklayarak uyuşmazlıklarını çözebilecekleri yöntemleri ile mekanizmaları toplumlara ulaştırma görevi, artık modern devletin ödevi haline dönmüştür²³⁵. Osmanlı'da da arabuluculuk özellikle ahilik²³⁶ teşkilatında kullanılmıştır²³⁷. Zira ahilik örgütlenmesinin en temel işlevi, uzlaştırıcılık ve arabuluculuk idi. Bu nokta ahiliğin, taşrada (köyde) yaşanan sorunları merkeze göndermeksizin kendi iç mekanizması ile çözme ve kendi kendine yetme özelliği olduğunu söyleyebiliriz²³⁸.

Anayasamızın 141'inci maddesine göre, “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir.” Anayasanın bu hükmü, usul hukukunun temel ilkelerinden biri olup toplumsal barışın da teminatı olduğunu belirtmektedir. Adalet hizmetinin işlememesi, geç işlemesi ya da kötü işlemesi toplumsal düzenin ve barışın bozulmasına sebep yol açacağı bellidir. Kısa da olsa ifade edildiği gibi “Geciken adalet, adalet değildir.” Mahkemelerin etkinliği ile

²³⁵ Metin Doğan, “Arabuluculuğun Geliştirilmesi” Uluslararası Sempozyumu, Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi “Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım” Evaluation of Mandatory Andatary Mediation With Regard to Right to an Efective Remedy and Principles of Mediation” A Critical Approach to Mandotory Mediation; Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, İnternational Symposium On Enhancing Mediation, Ankara 06-07, Aralık 2018, s.5-6 .

²³⁶ Ahilik Teşkilatı'nın kurucusu, Ahi Evran'dır (Demir, 2002: 72) ve teşkilatın adı da bu şahsiyetten gelmektedir. Ahilik, Türklerin Anadolu'da sosyal ve ekonomik zorluklara karşı göğüs gerebilmek ve yerli Bizans ekonomisi ile mücadele edebilmek amacıyla ortaya çıkan bir teşkilattır (Demir, 2013).

²³⁷ Doğan Kadir Caner, Ahilik Teşkilatı, Ombudsman ve Etik İlişkisi, **Global Journal of Economics and Business Studies Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 4 Sayı: 7, Makale, s.28.

²³⁸ Rüştü, s.9

verimliliğinin artırılması ve özellikle yargılama sürelerinin kısaltılması, toplum ve devlet hayatı açısından yaşamsal bir öneme sahiptir. Adil yargılanma hakkı kapsamında davaların makul sürede sonuçlandırılması bireylerin en temel haklarından biri olarak Anayasa’da ve insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde korunmuş ve bu hakkın ihlali halinde de birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak arabuluculuk yönteminin düzenlenmesi ve kurumsallaştırılması hep unutulmuş ya da ihmal edilmiştir²³⁹. Türk hukuku, bugün için de uyuşmazlıkların yargı dışı yollarla çözülmesi kültürüne sahiptir; ancak alternatif çözüm yollarının kurumsallaşması ve yaygın uygulamaya sahip olması daha yeni konu niteliğindedir²⁴⁰.

Türk hukukunda ceza, idari (vergi) yargı alanlarında alternatif uyuşmazlık çözümleri sınırlı olarak edilmesine rağmen özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklarda geniş bir kapsamdaki uygulama imkanına sahiptir. Belki de değişik sebepler ve gerekçelerle karara alma dışında çözüm yollarının aranmasının karşısında olanlarla bu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasında taraf olarak savunanlar arasında da uzun süreden devam eden mevcut tartışmalar yaşanmaktadır²⁴¹. Buna rağmen, diğer yazarımızca arabuluculuğun önemli olması da ayrıca Bakanlık tarafından verilen önem idi. Çünkü uygulamada arabuluculuğun, uyuşmazlıkların en hızlı şekilde çözüm yöntemi olarak karşıya çıkması benimsenmektedir²⁴².

B. Arabuluculuğa İlişkin Kurumsal Alt Yapı ve Arabuluculuk Kurumları

Arabuluculuk kuruluşunun gayesi şahıslar, şirketler gibi tarafların ihtilaf (conflict), uyuşmazlık gibi sorunları daha mahkeme kapısına gelmeden evvel barışlı şekilde çözmektir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları tarafların daha düşünemediği elverişli teklifleri arabulucu tarafın tarafların menfaatlarını

²³⁹ Elif Kısmet Kekeç, Birinci Kısım Hukuk, s.7.

²⁴⁰ Özbek, Adalet Ulaşma, s.148; Kekeç, s.36; Ekmekci, Özekes, Atalı, Seven, s.40.

²⁴¹ Ekmekci, Özekes, Atalı, Seven, s.40.

²⁴² Öztatar Hakan, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (International Symposium on Enhancing Mediation): Türkiye’de Arabuluculuk Uygulamaları, Editör: Doç. Dr. Ersin Erdoğan, 06-07 aralık 2018, Ankara, s.16 06-07 ARALIK 2018 06-07 December 2018 Öztatar.

aksatmadan uygunluk çerçevesinde çözüme bağlamakta birlikte, diğer taraftan daha tamamen kopmamış bir ilişkiye değişik bir ortamda bir daha gözden geçirmektir uyuşmazlığı mahkeme önüne getirip, yargınışlerini hafifletmek amaçla düşünen bir olumlu fikir olduğunu da kabul etmek zorundayız.

Arabuluculuk süreci ne kadar eski bir geçmişe sahip desek bile, arabuluculuğu artık bir kurumsal yapıya getirmek ve organize başı sayılan Adalet Bakanlığı, artık Arabuluculuk kurulu'nu hizmetlerini yürütülmesi ve arabuluculukla ilgili an görevlerinin yerine getirilmesi, denetim altında olmak amacıyla Adalet bakanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulan Arabuluculuk Daire Başkanlığı, bu kuruluşun tüm faaliyet alanıyla yerel kurumsal dairelere bağlılık koşulda adliyelerde faaliyet gösteren arabuluculuk büroları temel kurumlardan mevcut olduğu yürürlükteki kanunda öngörülmüştür (HUAk m.28). Arabuluculuğun alt yapı teşkilat kurulu ile beraber Adalet Bakanlığı niteliği artırmak arabulucuları daha da geliştirmek için eğitimlerle beraber izin ve gözetim kontrolleri, eğitim kurumlarıyla faaliyet sırasındaki yetkisinin de varlığını diyebiliriz. Ayrıca Daire Başkanlığı görevler ile Kurulun görevleri ve arabuluculuk hizmetlerini yürüten etkili olarak arabulucuların geliştirilmesine ilişkin mesleki eğitimlerin tespiti, aidatı, sicile kayıtlı, onalrın yıllık bedeli ve sicilden silinme gibi şartları ile âlakalı gerekli planların yürütülmesi (HUAk m.29-32) belirlenmiştir²⁴³.

Arabuluculuk sisteminin yürütülmesi Türk Adalet Bakanlığı tarafından hizmet vermektedir. Bu çerçevede Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü asıl görevli kuruluştur. Ancak Genel Müdürlük bünyesinde arabuluculukla ilgili ayrı ve özel bir birim Arabuluculuk Daire Başkanlığı bu amaçla faaliyet vermektedir. Genel Müdür başkanlığında ise arabuluculuk fonksiyonunu yürüten, ona üye olan ve arabuluculuk işlemlerin temsil eden Arabuluculuk Kurulu yer almaktadır (HUAk m.31-1) . Arabulucuların hak ve görevleri, arabuluculuk hizmetleriyle ilgili temel ilkeler, arabuluculuk meslek kuralları ve onun denetimiyle ilgili talimatlar belirlenmesi, bu mesleği tam olarak üstelenip te hizmet vermesi için gereken eğitim sonu verilecek olan sınav şartlarının usulu da mevcut. Ama sınavla ilgili standartlar tespit edilip, yönetmenlikle ilgili olabilecek değişikliklerle ilgili taslakların son şeklini verir, eğitim kuruluşlarının eğitim izinlerini iptal eder, arabulucunun sicilden silinme

²⁴³ Ekmekçi, Özkes Atalı, Seven, s. 46-47 . HUAk, s.7-8. Resmi Gazete.

kararını verme, arabulucunun sicilden dolayı ödeyecekleri aidatı ve yıllık ödeyecek aidatın tespiti, asgari ücret tarifesinin uygulanması, gerekirse değişiklik yaparak onaylanması, Daire Başkanlığı tarafından yürütülecek faaliyetlerin etkinliğini artırmak işlemler ve tavsiyelerde bulunması Daire Başkanlığının yıllık faaliyet raporu ve planı hakkındaki bilgiler bildirilmesi gibi işleyişler tamamen (HUAK m.32) öngörülmüştür. Kanun inceleme sırasında mevcut Kurul sistemi sırf arabuluculuk faaliyetine bağlı bir süreç öngörüldüğünü açıklıyor. HUAK 28/1,29 maddelerine dayanık Daire Başkanlığı arabuluculuk faaliyetini sağlıklı bir şekilde hizmet vermesinden sorunlu olduğu gözüküyor.

C. Arabulucu Olmanın Temel Şartları ve Arabulucuya İlişkin Düzenlemeler

Arabuluculuk sistemindeki kurumsal alt yapını sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlayan arabuluculardır. O yüzden de Kanun koyucu arabulucuların kalitesine dönük uyuşmazlık alanında arabulucunun eğitimine çok büyük bir önem vermesidir. Ancak böyle bir amaç ve gayede yetişmiş arabulucu alternatif uyuşmazlık çözümündeki gerekli olan beklentinin karşılığını verebilir mi? Şimdi de onların üzerinde durup karşılıklı görüşlerle paylaşacağız. Böyle bir durumda gerekli arabulucunun başarısı beklendiği yeteneklerinin kişisel uygunluğunu kapsayıp, bu anlamda arabuluculuk için yeterli önem taşımakta olduğunu anlamalıyız. İnsan ilişkileri yetişmiş olan ve bu tür konularda niteliğinde yeteneklik mevcut, taraflarla iletişim kurulmasınan anlayabilen kişilerin başarısının daimi yüksek olacağının altını çizmek gerekir. Oysa iyi eğitim almış ve yetişmiş arabulucu için tecrübenin de ihtiyacı da yadsınamaz. Kanunda bu yönde gereğince, arabulucu olabilmek için mevzuatta özel bir eğitimden sonra sınav ve tecrübenin beş yılı doldurması öngörülmektedir (HUAK m.30/1,2) .

Arabuluculuk eğitiminin kalitesi ile beraber kurumların eğitiminin kalitesi, bu konudaki faaliyet alanlarının ciddiye alınması ve bununla ilgili işlevlerin gerekli seviyede bulunması denetim sırasında da onun iyi sağlıklı yapılmasına bağlı olduğuna da önem verilmelidir. ‘Çünkü arabulucunun yetersizliği kuruma daha

başta zarar verebilirler²⁴⁴. Önce arabuluculuk eğitimi, Bakanlığın denetim ve gözetimi kontrolünde arabuluculuk eğitimi kurumlarınca verilir²⁴⁵. Hatta arabuluculuğun gönüllü bir usul olduğuna rağmen arabulucular karar mekanizmaları değillerse bile, varılacak sonuç neticelerde bu eğitimin büyük rolü bulunacağını kabul etmeliyiz²⁴⁶. Arabuluculuk eğitimi tamamlamak ve Bakanlıkça düzenlenen sınav neticesi başarılı olması arabuluculuk yönteminin temel şartıdır²⁴⁷.

Kanun ise, arabuluculuk eğitimi ile ilgili, hukuk fakültesinin tamamlanmasından sonra alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgileri, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren eğitimi ifade etmektedir (HUAK m.22/1).

Kanuni düzenleme bu nedenle, arabuluculuk eğitiminin kalite ve içeriğine önem vermiştir ancak uygulamada eğitim kurumlarının ise yeterli kadar ciddiyeti göstermedikleri görülmüştür. İlgililer tarafından düşünülen eğitim süresi arttırılmasıyla o eğitimin verildiği zannedilmiştir. Keza genel eğitim sisteminde de aynı sorunu vardır. Arabulucunun yetkili olmasında ne kadar eğitim ve tecrübe önem taşısa bile fiilen yapılan işlemlerden dolayı bazı yazarlarımızca yapılan eleştirilere göre mevcut arabuluculuk eğitimi ve eğitim kurumları tarafından yapılan yetersizlikler bulunmaktadır. Örneğin, klasik bürokrat anlayışı ile sayıya dönük yapılan çalışmalar maalesef eğitimi, parasal durum, kaliteyi nasıl eldetme düşünce mantığı kaçırılmış vaziyettedir. Aynı şekilde de arabuluculuk eğitiminin yetişkin eğitimi olduğu, bir mesleki tecrübeyle elverişliği dikkate alınmamış. Zaman ayırmanın süre arttırılmasına bağlılığı bir taraftan eğitim kurumlarına para kazandıracağını düşünürken, paralel olarak yorgunluk ve yılgınlık içerisinde eğitim kalitesizliğine uğrayacağı da gerçektir. Eğitim süresinin arttırılma hesabı yapılmış gibi gösterildiğine rağmen, daha önce mevcut olan (esasinda beklendiği kadar emek verilmemiş ve gösteri hesabıyla yapılan kısa süreli sözlüye dönüşümü) uygulamalı sınav kaldırılmış olmasıdır. Oysa arabuluculuktaki önemli sayılan bilginin uygulama yeteneği bu kanundaki başarı sayılmıyormuş. Arabuluculuk

²⁴⁴ Pekcanitez, Tebliğ, s. 257; Pekcanitez, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, 14; Tanrıver, Arabuluculuk, s.159.; Kekeç, s.121.

²⁴⁵ Kekeç, s.121 vd.

²⁴⁶ Kekeç, s.121.

²⁴⁷ Ağırnas, s.47.

konusundaki bu tür düzenlemeler Türk Devleti'nin Bakanlığa bağlı ve görülen bu eksiklerin, Kurul ve Daire Başkanlığı tarafından sınavla ilgili en ciddi sorumluluğunun azaltılması eğitim süresinin artırmasıyla sorunu çözme kararına varmalığından olduğu kınalmaktadır. Öneme alınan tercih, kaliteli bir arabuluculuk sistemini oluşturulması için arabulucunun eğitimi hayati önem taşımakta olduğunu anlaşılmalıdır²⁴⁸.

Arabuluculukta eğitime önem verilmesi, bu sistemde uygulama ile arabulucuların başarılığı sahiplenmesi nedeniyle, iyi eğitim alanı arabulucuların aynı zamanda da tecrübelerini uygulama sırasında ortaya koyabilmelerine bağlılığıdır. Konu ve yöntemle ilgili bilgisi zayıf ve deneyimsiz olan şahısların arabuluculuk sistemini uygulamada başka birilerine bu işi öğretmede sorun yaratacağı kuşkusuzdur veya başkalarını yönlendirmesi asla ve asla mümkün değildir, hatta ciddi sorunların kaynaklanmasına sebep oluşturur²⁴⁹. Anlamalıyız ki, yetersiz uygulayıcılar, tarafların çıkarlarına zarara uğratabilirler²⁵⁰.

Türkiye Cumhuriyeti genelinde arabuluculuğun başarılı bir giriş yapabilmesi kişinin sırf arabuluculuk eğitimi ile kalmayıp, Arabuluculuk Bakanlığı'nın organize edeceği yazılı ve uygulamalı sınavda da başarılı olması söz konusudur. Bu araştırmaların amacı da arabuluculuk için, arabulucunun eğitiminin ne kadar gerekli olduğu anlaşılıyor. Ancak HUAK'nun 23'nci maddesinde öngörülen bu şartların yerleşmesinin ne kadar önemli olduğu altını çizmeliyiz. Bununla beraber diğer bir görüş sahibi kanaati ise, arabulucunun başarılı bir giriş yapabilmesi, arabulucuların kaliteye bağlı kaldığından yana olmasıdır²⁵¹. Dolayısıyla dile getirilen yazarların fikirince; ülke genelinde de arabuluculuk eğitimiyle ilgili bu tür yanlış ve sonuç vermeyen benzer bakış açısı işlemin arabuluculuk eğitiminde de yaşanmasıdır. Esas

²⁴⁸ Ekmekçi, Özkes Atalı, Seven, s.46-47.

²⁴⁹ Kekeç, s.121.

²⁵⁰ Kekeç, s.121.

²⁵¹ Gerek bu konudaki ihtiyacın karşılanması gerek Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliği'nin Arabuluculuk Daire Başkanlığı ve Arabuluculuk Kurulu'na yüklediği görevin yerine getirilmesi gerek, arabuluculuk uygulamasında kalitenin ve birliğin sağlanması açısından faydalı olması düşünülerek "Arabuluculuk Sistemi ve Arabuluculuk İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları" adı altında Mart 2013 tarihinde diğer ülkelerin etik uygulama kurallarından yararlanılarak, Türkiye'de sosyal ve kültürel gerçeklikleri de gözeticilerle bir metin düzenlenip yayımlandığından bahsediliyor (http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/mevzuat/etik_kod.kod.html). Yazara göre düzenlemedeki amaç, arabuluculara mesleklerinin karşılaştığı icrasında rehberlikte yönlendirmek, seçeneğin de doğru olması, arabuluculuğa katılan taraflar için bilgi sahibi etmek, aynı zamanda da onların korunması ve dostane bir uyuşmazlık çözüm yöntemi kuralı sıfatında arabuluculuğa toplumca duyulan kamusal güveni pekiştirmektir., Kekeç, s.121.

bir çok ülkede uygulanmış bu tür yaklaşım, sonuç itibarıyla arabuluculuk sistemin pek geliştiremediğini teorik araştırma üzerinden yapılan bazı yazarların yılgınlık durumunun görüş açısından eksik olmadığı rastlanmaktadır²⁵². Yukarıda yapılan eleştirilere katılarak diyeceğim, esas arabuluculuk eğitimi ile gerekli derslerle beraber saat üzerinde düzenlenendirilmesine ek olarak ta arabuluculuk mesleki tecrübe dersin katılması hakikaten önem verilmesi gereken tercih sayılmaktadır. Çünkü sırf teorik ders dışında somut uyuşmazlıkla karşılaşan arabulucunun tek yön üzerinde yetişkenliğine kadar başarılı olacağı şübhe yaratmaktadır. Nitekim yukarıda açıkladıklarımıza istinaden kanun koyucu bu mahkemeye bir görev yüklemiş ve son yapılan değişikliklere göre tarafların sulhe ve arabuluculuğa teşvik edilmesi hususunu düzenlemiş olan norm mevcuttur (HMK m.137/1,140/2-3, 312/2,320/2)²⁵³.

II. ARABULUCULUĞUN GEÇERLİ OLDUĞU VE UYGULANDIĞI ALANLAR

A. İhtiyarî Arabuluculuk

Her şeyden önce, kanun koyucunun temel amacı arabuluculuğu mükemmel bir şekilde geliştirmek için ve dolayısıyla ihtilaflı konuların ortaya çıkması durumunda hukuki çözümün nitelikli bir şekilde uygulanması meselesidir. Önce belirlememiz gerek olan arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanacağı uyuşmazlıklar, hukuk uyuşmazlıklarıdır (HUAK1/2). Bu yönden arabuluculuk kurumu, sırf, tarafların anlaşmak suretiyle üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri nasılsa sulh olarak sonuçlayacakları hukuk uyuşmazlıkları bağlamında uygulanma alanı arayıp bulacaktır²⁵⁴. Ayrıca kanunun amacı, kapsamı belirleyen yukarıda zikir edilen maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin 19. maddesinin birinci fıkrasında gayet net “özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yapmaktan“ bilgi verilmektedir. Gelelim kamu düzenine bağlı duruma ve tarafların anlaşmak suretiyle üzerinden serbestçe

²⁵² Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.46.

²⁵³ Resmi Gazete, 02.06.2018,S.30439; Ekmekci, Özkes, Atalı, Seven, s.40.

²⁵⁴ Tanrıver, s. 51.

tasarrufta bulunmasına fırsat vermeyen hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, arabuluculuğa müracaat edilemeyecektir²⁵⁵.

Dünya genelinde, insanlar arasındaki ilişkileri tamamen yasalarla düzenlenlendirmek mümkün değildir. O yüzden de, kişiler arasındaki ilişkilerde onlara bazı serbestilerin tanınması zorunluğu söz konusudur. Ama bu serbesti, diyelim toplum düzenini korumak açısından, kanuna, örf ve adete aykırı olmamak koşuluyla sınırlandırılmaktadır²⁵⁶. Bu nedenle bahsettiğimiz kamu düzeni kurallarının oluşu, toplumda bireylerin barışla yaşamak isteklerinden kaynaklanan kurallardan meydana gelir²⁵⁷. Dolayısıyla, her somut olayda, kamu düzeninin ihlal edilip edilmediğinin incelenmesi lâzım ve değerlendirilmesi ihtiyaçta bulunmaktadır. Ayrıca kamu düzeni kavramı bu anlamda, hangi koşullarda genel hukuk kurallarının, kişilerin tasarruflarından evvel geleceğini tespit etmeye yararlı olduğu gereklidir²⁵⁸. Normalde kamu düzeni; ulusal kamu düzeni ve uluslararası kamu düzeni şeklinde ikiye ayrılmaktadır ama bu kurallar benzer tür uyuşmazlıklarda birbirinden farklı olabilmektedir²⁵⁹. Böylece, ulusal kamu düzeni; veya uluslararası kamu düzeni ayrımının, çeşitli değişik ülke uygulamalarında ve mevcut kurallar arasındaki farklılığa tanık bulunmaktadır. Genelde, boşanma davaları, Anglo-Amerikan Hukuk Sistemine tabi ülkelerde uzlaştırma ile sonuçlanırken, Türk hukuku'nda bu çözüm, kamu düzenine bağlı olduğundan, sırf devlet yargılama kuralları ve mahkemelerinin karar verebileceği ve tarafların üstünden serbest bir şekilde harekette bulunup çözümleyemeyeceği sorunlardandır²⁶⁰. Dolayısıyla maddi hukukun, taraflara uyuşmazlık konusu ile ilgili anlaşılarak tasarrufta bulunma yetkisi vermediği durumlarda alternatif uyuşmazlık çözümü ile ilgili sözleşmeler geçersiz olmaktadır

²⁵⁵ Tanrıver, s. 51.

²⁵⁶ Gülgün Ildır, “**Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)**”, s.40.

²⁵⁷ Tarık Zafer Tunaya, “**Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**”, İstanbul,1980, s.221; Ildır, s.40.

²⁵⁸ Yılmaz Altuğ, Amme İntizamı ve Tesirleri, s.372.; Ildır, s.40.

²⁵⁹ Mevcut ayrıma gelince, 1872 tarihinde Cenevre Hukuk Fakültesi Profesörlerinden Charles Brocher tarafından yapılmıştır. Altuğ ise, Ulusal hukuktaki kamu düzeni kuralının, uluslararası özel hukuk kuralını bertaraf etmesi sebebiyle kamu düzenini mevcut durumda bir ayırıma tutulmasından dolayı zatan karmaşığa uğrayan kamu düzeni kavramını tamamen karıştırmak niteliğine uğratmıştır., Altuğ, s.373.; Ildır,s.40.

²⁶⁰ United State Supreme Court, 2 July 1985, Mitsubishi Motors Corporation (Japan) v.Soler Chrysler-Plymouth Inc.(USA), US no.59, Reported Yearbook Commercial Arbitration, Volume XI (1986) s.555-556. Dayınlarlı, s.110.; Ildır, s.41

Arabuluculuk faaliyetinin geçerli olması, yürürlükte olan HUAK'nun içeriğine göre hararekette etmelidir. Diğer bir olay, tarafların dava açılmadan evvel aralarında anlaşarak arabuluculuğa başvurabilmeleridir. Bu nedenle, arabuluculuğu yürüten şahsı işi yürüten uzman olarak anlamalıyız. Çünkü, devlet tarafından talep edilmiş arabuluculukla ilgili gerekli eğitim, tecrübe, sınav vs. gibi geçerlilik meslek ehliyetini tescil etmiş yetkili eleman tarafından yürütülecek işleyişi yapmada yeterli sayılmaktadır. Eğer taraflar dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmamışlarsa, diyelim bu seçeneği dava sırasında tercih etmişler ise veya tarafların bu proserdürden haberdar olmadıklarından dolayı hakimce yönlendirildiğinden dolayı başvurmuş da olabilirler. Bu durumlarda da aksi engeller doğmamış ise, arabuluculuğun geçerliliği söz konusudur. Arabuluculuğa başvurma usûluyle ilgili olarak mukayeseli hukuktaki değişik uygulamalar bir yana bırakıldığında²⁶¹. Arabuluculuk Kanunu'nda benimsenen sistem, arabuluculuğa başvurunun tamamen gönüllü olması tarafların hiçbir zorlama olmaksızın kendi özgür idareleriyle bu yola başvurmalarıdır. Taraflar, dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurmamak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda tümüyle serbestirler (HUAK m.3,1). Davanın görülme sırasında mahkeme de, tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilirler, bu da (HUAK m.13,1; HUAKY m.17,1) öngörülmüştür.

Arabuluculuğun uygulanma alanlarının bir kısmıonlarla sınırlanmayıp Türk hukukunda, arabuluculuğun hangi uyuşmazlıklarda uygulanacağı ve bu durumlar arabuluculuğun geçerli olup uygulandığı alanlar hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk, bir çok alanda geniş kapsamlı olup da uygulandığını göstermektedir. Bunlarla ilgili aşağıda sayılacak olan faaliyet alanları örnek olarak arabuluculuğun uygulama alanının tahmin ettiğimizden fazlasıyla büyük olduğunun göstergesidir ve onları sıralarsak şu şekildedir²⁶²:

- Kira Uyuşmazlıkları
- Aile ile Uyuşmazlıklarında ve Yardım Nafakası
- İş Uyuşmazlıklarında
- Ticari Uyuşmazlıklar

²⁶¹ Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.80-86.

²⁶² <https://www.karararabuluculuk.com/arabuluculuk/arabuluculuga-elverisli-alanlar.html>, İnternette Alındığı Tarih:21.07.2023.

- Ortaklığın Giderilmesi
- Sigorta Uyuşmazlıkları
- Özel Hastane İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklar
- Paket Turlar, Devre Tatilleri VBG Uyuşmazlıklar
- Uluslararası Şirketler Arasındaki Anlaşmazlıklar
- Şirket Devirleri
- Şirket Tasfiyesi
- Şirket Hisse Değerlerinin Belirlenmesi
- Kredi Kartı, Tüketici Kredisi ve Sözleşmeleri
- Peşin veya Taksitle Satış
- Gayrimenkul Ayıpları
- Menkul Mal Ayıpları
- Çek, Senet Uyuşmazlığı
- Rekabet Yasası
- Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları
- Komisyon Sözleşmeleri
- Rehin, Ödünç Sözleşmeleri
- Banka ve Finans Kuruluşlarıyla Yaşanan Sorunlar

Bu arabuluculuğun uygulanma konuları olarak sayılan faaliyetlerden bazının da özellikleri nedir ve uygulama koşulları, şimdi de bazılarının üzerinden kısa bir şekilde gerekli açıklamalar ileride yapılacaktır²⁶³.

Türkiye’de yeni gelişmekte olan arabuluculuk sistemi bazıları için yavaş (beklendiği gibi değilmiş) ve bazıları için de hızlı bir şekilde yayılmakta devam etmektedir. Buna rağmen, işlemin geniş kapsayıcı bir çerçevede yeterince değişik uygulama alanlarında kullanılmakta ve uygulanmakta olduğu anlaşıyor. Yukarıda örnek olarak dile getirdiğimiz sıralanmış bilgiye göre, arabuluculuğun uygulama alanının neler olduğundan bilgi vermekte bulunmaktayız. Dolayısıyla, araştırma sırasındaki bilgiler ve karşılaştığım durumların üzerinde durarsam şu şekilde devam etmektedir: İş davalarında zorunlu olarak uygulamaya geçmesi ile tanınır hale geldiyse de başka hangi alanlarda uygulanabilir olduğu anlamak, birçok sorunun

²⁶³ <https://www.karararabuluculuk.com/arabuluculuk/arabuluculuga-elverisli-alanlar.html>, İnternette Alındığı Tarih:21.07.2023.

dava dışı nasıl daha kolay ve hızlı çözülebileceği konusunda ufuk açıcı olacaktır. Daha geniş uygulama alanı olmakla birlikte bazı başlıklar altında arabuluculuğa uygun dava ya da sorun alanlarını şöyle sıralayabiliriz: Genel anlamda ihtiyarî arabuluculuk, zıt tarafların istek ve iradeleri üzerinde uyuşmazlıktaki kendi çıkarlarını ne kadar gözetlemiş olsabiler elverişlik oluşturmak niyetiyle, uyuşmazlığı en kısa yoldan anlaşılarak çözme usûlüdür.

Arabuluculuğun kanunda öngörüldüğü tanımı, “Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamaları ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitim almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi “ olarak tanımlayabiliriz (HUAK m.2/1-b.)²⁶³.

Bu süreçte arabulucu rolü, tarafları gerekirse bilgilendirme, aynı zamanda tarafların kişisel tavırlarıyla sorunları birbirinden ayırma ve gerçekçi, menfaatlerine odaklı düşünmeye sevk edecektir. Bununla beraber arabulucu, tarafların duygusal iniş çıkışlarını anlamalı ve bu tür tepkileri doğru bir şekilde sürece zarar vermeden idare edebilmeli, bazen duruma göre tarafların ifade de, ortaya koymada zorlandıkları hususlar üzerinden yardımda bulunmalı, ifade edebilmeli, sorunların iyi anlaşılması yönünden çabada bulunmalı veya gerekirse sorumluluğu taşımalıdır²⁶⁴.

Arabuluculuk sürecinin başlatılması, bir arabuluculuk faaliyeti başlandı anlamına gelmez. Arabulucuk süreci başlaması daha arabuluculuk faaliyetine geçmeden evvelki uyuşmazlık meselelerindeki tarafların mevcut hususların taraflarca sunma ve gerekirse kısmen açıklama halidir. Ama arabuluculuk faaliyetinin usûlü de, arabuluculuk faaliyeti yürütecek bağımsız ve tarafsız üçüncü kişinin arabuluculuk görevini taraflarca seçildikten sonra kendi üzerine alması ve sürecinin başlamasıdır. Arabuluculuk sürecinin başlaması veya işletilmesi, biz arabuluculuk faaliyetinin başladığı mağnasında olamas ve her zaman işlem için uygulanacak prosedür diye anlayamayacağız²⁶⁵.

²⁶³ Ağırnas Yılmaz, “**Hukukumuzda Arabuluculuk (Gerekçeli, İctihathı)**”, Ankara 2021, s. 51 .

²⁶⁴ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s. 77.

²⁶⁵ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s. 84 vd.

Çünkü, ister genel-ihiyarî isterse zorunlu arabuluculuk olsun, şartları varsa tarafından birinin uyuşmazlığı çözmek ve özellikle de arabulucu yoluyla çözmek (ya da zorunlu olması sebebiyle) iradesini ortaya koyup, kabul etmesi anda hatta süreci başlattığında arabuluculuk süreci işlemeye başlayacaktır. Az evvel yukarıda dediğimiz gibi, ona benzer yine de arabuluculuk sürecinin başlaması arabuluculuk faaliyetinin işe başladığı anlamını taşımaz. Eğer faaliyete başladı anlamına gelebilmesi için, kanunda öngörüldüğü gibi arabuluculuk prosedürünü yürütücü tarafsız bir üçüncü kişinin bu işlemlere katlanması söz konusudur. Üçüncü kişi (arabulucu) olmayınca da bir arabuluculuk prosedürünün başladığından söz edemeyeceyiz. Bu nedenle Kanun'un 4. Bölümün başlığı arabuluculuk faaliyeti olduğu yazılmış ve aynı madde devamında da bu deyim çoğu kez bu tekrarlanıyor. Ancak sürecin başlaması ve süreler etkisi, sona ermesi, tarafların anlaşması gibi içerdiği diğer maddelerde esas bu ifade kullanılmış. Kanun'un 16. Maddesinin kenar başlığı ve içeriğinde arabuluculuk sürecin ne olduğuna açıklama verilmektedir²⁶⁶. Yukarıda dediklerimizi toparlar olursak; arabuluculuk sürecinin başlangıcı, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru halinde tarafların ilk toplantıya davet durumu halidir ve aynı zamanda da taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varıldığı durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten başlar olması netleştirilmiştir (HUKAK m.16/1).

- Diğer bir deyişle, kanundaki bu tanımı daha detaylı açıklayıcı bir tanımı ilaveten şöyle değerlendirilmektedir. Kanunun aynı maddesindeki 1. Fıkrasındaki ifadeler, dava açılmadan önce, taraflarına ilk toplantıya daveti hâlinde ve taraflarla arabulucu arasındaki bağlantılı sürecin anlaşmaya varınca tutanaklı belgelendirilip işlem görmesidir. Dava açılmasından sonraki durum, mahkemece yapılan davetin taraflarca kabul edilmekte bulunup veya tarafların arabulucuya başvurması anlaşmayla sonuçlandırıldığı duruşma dışında mahkemeye yazılı şekilde verdiği beyanatların tutanağa döküldüğü tarihten sayılmaktadır.

²⁶⁶ Ekmekçi, Özkes Atalı, Seven, s. 84.

B. Zorunlu Arabuluculuk

Türk hukuk sisteminde başta arabuluculuğa ilişkin temel düzenleme olarak tanılan 6325 sayılı HUAK'ın kabulü ve yürürlüğe başladığı dönemde ihtiyarî arabuluculuğa önlük tanınmış ve bunun üzerinde gerekli tüm düzenlemeler yapıldığı bellidir. Sonradan ise, 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile ilk defa iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculukla alakalı düzenleme türk hukukuna içermiştir. Bu nedenle 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 3'cü maddesiyle dava şartı halinde iş uyuşmazlıklarında bir değişiklik işlem görmüştür ve bununla beraber konuyla içerikte bulunan diğer hükümlerde, maddî hukuk hükümleri ile İş Kanunu'nda değişiklik yaşanmıştır.

Esas 2012 Tarihinde 6325 sayılı HUAK'la yeni mevzuat temeli olduğu ve uygulanmaya başlayınca kısa bir zamanaşımı sonrası, ihtiyarî arbuluculuğun sonuçları neticelenmeden ve sorunlar gerekli şekilde incelenme görmeden ve çözüme bağlamadan bir düzenleme getirilmesi tartışılmalıdır. Burada yaşanan tereddüt, arabuluculukla ilgili temel sorunlar çözülmemişken, doğru dürüst kurum olmadan, konu üzerinde ortada bulunan sorularla ilgili yargı kararları belirgin hal yaşamadan sürenin kısa olduğu hakikaten tartışılmalı ve acele durumda zorunlu arabuluculuğun kabul edilmesi başka sorunlar doğurmaya sebep ola da bilecektir ve sorunlar da ortaya çıkmaktadır²⁶⁷.

7036 sayılı Kanunla daha başta sırf iş uyuşmazlıklarında kabul edilen zorunlu arabuluculuk düzenlenmesi de sistematik ve kanun hazırlama²⁶⁸ tekniği bakımından doğru olmadığı görüşü değerli yazarlarımıza aittir. Onun nedenine gelince de arabuluculuğu yönlendiren temel kanun 6325 sayılı HUAK'ın oluşudur. Eğer yapılacak bir düzenleme söz konusu ise, arabuluculuğun zorunlu olanı dahil temel hükümlerin HUAK çerçevesinde yapılması, işin özel kanunlarda sadece niteliğine bağlılık taşıyan özel düzenlemelerin mevcutluğu gerekli olup ve diğer yandan da bu sırada kanun yapma tekniğine uyum sağlandı görüşünü paylaşmaktayım. Oysa, gereksiz tekrarlardan kaçınılmanın usûlü nihayet yanlışların olmamasına, hüküm karışıklığıı yaşamamazlık bir araya gelmemezlikle fırsat

²⁶⁷ Özkes, Muhammet, "Arabuluculuk Mahkemelerine" Doğru Tehlikeli Gidiş, (**Duruşma Arası Dergisi**, Ocak 2019, S.01, Makale, Kayseri, s.53- 54).

²⁶⁸ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.126 vd .

yaratarak uygulamayı da zorlaştırmamalı. Sonuç olarak yazarlarımızca düzenlenen bu görüşler, 7036 sayılı Kanun kabul edildiği dönemdeki kanun yapma tekniği bakışına aykırılık yönünde düzenlenen bir eleştiridir²⁶⁹.

Sonradan da yukarıda bahsedilen iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğu kabulü ardından diğer bir durum ticarî uyuşmazlıklarda da zorunlu arabuluculuğun kabul edilmiştir. Ayrıca bu sefer değişiklik de kanuna yapma tekniğine benzer bir uygunlukla konuyla alakasız, bir kanuna eklenmiş hükümlerle tamamlanmıştır. 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü ile ilgili Kanun'daki 20. madde ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na 5/A maddesi eklenerek artık ticarî uyuşmazlıklar sırasında arabulucuya başvuru dava şartı haline döndürülmüştür. Yalnız o dönemde yaşanan ticarî uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğa ilişkin hususlar ayrıntılı düzenlemeler görmemiş olup, 7155 sayılı Kanunla 6325 sayılı HUAK'ın beşinci bölümüne 18A maddesi eklenerek artık dava şartı olan arabuluculuk anlamında bir zorunlu arabuluculukla ilgili düzenleme yapılmıştır. Yapılan eleştiriler kanun yapma tekniği açısından ve dile getirilen hukukî yanlışlar içinde tek tek düzenleme yapma yerine hiç olmazsa zorunlu arabuluculuğun genel ve temel düzenlemeye birleştirilmiş olmasının olumlu olduğunun altını çizmişler²⁷⁰. Bununla beraber, zorunlu arabuluculuğun doğuracağı ve çözüme bağlama sırasında sıkıntı yaratan usûlî sorunların mevcut olduğu gerçektir. Mesela, aynı ilişkiden kaynaklanıp, birbiriyle bağı olmayan çeşitli alacaklar, bu tür durumda onların ayrı ayrı dava açarak ya da dava yığılması anlamında birlikte de muracatta bulunabilirler²⁷¹.

Esas yapılan düzenlemelerin açıklamasında bir karmaşık durum da söz konusu olabilir. Ayrıca düzenlemelerin neler üzerinde yapıldığına ve kapsamları açısından belirleme sanırım fazlalık yaratmaz. Bu nedenle Türk hukukunda yapılan zorunlu arabuluculukla ilgili temel düzenlemelerin neler olduğunu şöyle sıralayabiliriz:

- HUAK'daki düzenleme: Zorunlu arabuluculuğa bağlı genel düzenleme esas 6325 sayılı HUAK'a eklenen Beşinci Bölümde bulunan 18A maddesinde değişiklik gören kısımdır.

²⁶⁹ Özkes/ Atalı, s.45 vd.; Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.126.

²⁷⁰ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.126-129.

²⁷¹ Özkes, s.61.

- TTK'daki düzenleme: 7155 sayılı Kanunla kabul edilen ve ekte bulunan TTK m.5A hükmüdür, bu konuda hüküm ise ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğu düzenlemiştir²⁷².

- İşMK'daki düzenleme: Bu sırada zorunlu arabuluculukla ilgili diğer düzenleme iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa ilişkin 7036 sayılı İşMK madde 3'tan bahsedilmektedir ve bu madde ise 22 fıkradan oluşan ayrıntılı bir düzenlemeye sahiptir. Bu maddede görülen epey düzenlemeler, kısmen farklılıklarla beraber zorunlu arabuluculuğa bağlılık eden genel düzenlemede bulunan HUAK m. 18A'da bulunmaktadır. Ancak HUAK'ın 18 A maddesinin 19. fıkrası hükmü oldukça uygulamada bazen karışıklığa ve yanlış uygulamaya sebep oluşturacağı gibi eleştiriler devam etmektedir. Çelişkilik yaratan bu fıkra hakikaten mağna olarak: "İlgili kanunlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin kabul edilen özel hükümler saklıdır" demesiyle biraz da olsa önceden bu tür olayı göze almış gibi bir durumu ifade etmektedir. Oysa, eleştiricilerce beklenen işlem, HUAK m.18A hükmünün kabul edilmesi an, 7036 sayılı İşMK m.3 yeniden gözden geçirilerek aynı yönde bulunan fıkraların silinmesi ve onların iş uyuşmazlıklarına ait hükümlerin İş Mahkemeleri Kanunu'nda yerleşik olması idi. Fakat bahsedilen düzenlemeler hazırlanırken yine de kanun yapma tekniğine uyma alışkanlığı terkedildiğinde bu da yerini bulamadığı açıklanmıştır²⁷³.

1. İşçi-İşveren Uyuşmazlıkları

Çalışanlar ve işverenler arasındaki uyuşmazlıkların büyük bir bölümü zorunlu arabuluculuk kapsamında olup, arabuluculuk ile çözümü hızlı, ekonomik ve sürdürülebilir ilişkileri hedef alarak düzenlenmiştir. Genelde zorunlu arabuluculuğun iş uyuşmazlıklar için kabul edilmiş olduğunu demeliyiz. Oysa Türk hukukunda iki alanda dava şartı adı altında zorunlu arabuluculuk bulunmaktadır ve bunlardan birincisi iş hukukudur²⁷⁴. Dolayısıyla bu durumda İş Mahkemeleri Kanunu'nda özel bir durum tanıdığı olmalıdır. İş Mahkemeleri Kanunu ile konu iş hukuku esastan daha da büyük öneme sahiptir. Zira bu nedenle ihtiyari olan arabuluculuk yöntemi,

²⁷² Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.126.

²⁷³ Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.128

²⁷⁴ Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.130 vd.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda dava şartı olarak öngörülümüştür²⁷⁵. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunluk taşıyan iş uyuşmazlıkları kanun hükmünde öngörülen (İş MK m.3) açısından ayrılık taşımaktadır, oysa iş uyuşmazlıklarda hâkim arabuluculuğa müracatta bulunup bulunmadığı ve kimserye bağıllık taşımaksızın kontrolde bulundurup davanın görülebilmesinde arabulucuya başvurulup anlaşılmadığına dair tutanağın varlığından, incelenmesinden sonra davayı bakmayı tercih ederdir. Eğer arabulucu karşısında tarafların anlaştığı konular varsa anlaşılan konularda dava açılmayacağından ötürü hakim dava şartı olmadığından dolayı davayı usûlden red edilmesinden karar alır²⁷⁶. İş uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalar genelde bireysel ve toplu sözleşmesine dayanan işçi ve işveren alacaklarıyla tazminatlarını sürdüren davalarla beraber işe iade davaları, dava şartı arabuluculuğun çerçevesinde yer almaktadır (İşMahK m.3, I). Kural istisnasını belirlersek, örneğin, iş kazası meslek hastalığıyla alakalı maddi ve manevi tazminat davalarıyla ilişkin bağıllık, itiraz ve rücu davaları yaratır (İşMahK m.3, III). Bunları açıklar olursak işte; işe iade davaların ayrı tutulması söz konusu ise, iş uyuşmazlıkları çerçevesinde dava şartı arabuluculuk, bir miktar paranın ödenmesinden kaynaklanan talepler ile bağıllıkta bulunan davalar, alacak davaları anlamından işlerlik sahiplenecektir. Kanunda kendisine her ne kadar ayrıca önem verilse bile, tazminat taleplerinden kaynaklanan davalarda, açılacak bir eda davası ile mevcut alacak davası taleplerinin de bulunduğu hususu tamamen göz ardı edilmemelidir. Ancak zorunlu arabuluculuk uygulaması sırf işçi ile işveren arasında bulunmayıp, sonradan da ticari uyuşmazlıklarda bir kısmını yansıyan zorunlu arabuluculuk uygulama kabul edilmiş durumu mevcuttur²⁷⁵. Şimdi de kanun kısmındaki bireysel ve toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan işçi ve işveren alacaklarıyla tazminatlarından oluşan davalar ile işe iade davaları, dava şartı arabuluculuğun çerçevesinde yer alır (İşMK m.3,1). Yalnız kural istisnasını, iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevî tazminat davaları ile alakalı belirleme, itiraz ve rücu davaların oluşmasına sebep yaratır (İşMahK m.3, III)²⁷⁶. Aynı maddenin alt fıkrası diğer yazarlarımızca böyle yorumlanmış;

²⁷⁵ Kurt, Resul; “İş Yargısında Arabuluculuk”, **TBB Dergisi**, 2018, S.135 s.355.

²⁷⁶ Akkan, Mine, “ Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018,Cilt:20, S.2,s.1-31).

²⁷⁵ Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.199.

²⁷⁶ Tanrıver, s.131.

“Kanunda, bireysel veya toplu iş sözleşmesini dayanan işçi veya işveren *alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle* açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Nitekim, zorunlu arabuluculuğa tâbi uyuşmazlıklara gerekli genel kapsam yoklaması yapılmıştır. İnceleme üzere iş uyuşmazlıkları mahiyetinde zorunlu arabuluculuğun kapsamına neler gireceği içermiş olduk, ayrıca nelerin bu kapsamda bulunmadığı da öğrenilmiş oldu²⁷⁷. İş sözleşmesinin feshinden kaynaklanan dava, iş verenin de tebliğ edip gösterdiği sebebi geçerli bir sebep saymadığı iddiasına istinaden fesih bildiriminden itibaren bir ay içerisinde, İş Mahkemeleri Kanunu hükümlerine bağlılık içerisinde arabulucuya başvurmak zorunluluğu tanınmış. Hatta böyle bir başvuru sonu neticeli sonuç veremezse, son tutanağın düzenlendiği günden itibaren, iş mahkemesine gidip dava açabilecek hakkı muhafaza edilmekle beraber, aynı uyuşmazlık çözüm yolunu aramada özel hakeme götürebilir imkanı da kanunen öngörülmüştür (İş MahK m.20,1).

4857 sayılı İş Kanununa dayanarak, iş sözleşmesine göre fesh edilen işçi, eğer fesih tebliğine sebep gösterilmemişse yahut dayandığı sebep geçerli olmadığı iddiası üzerinde tarih olarak ta bir ay süre içerisinde işe iade talebi esasında, İş Mahkemeler Kanunu hükümleri geçerliği şartıyla arabulucuya müracat etmek zorunluğu muhafıdır. Aksi durumda arabuluculuk faaliyeti sonrası neticesiz olursa, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren ,iki haftalık süre tanılır mahkemeye başvurarak dava açabilmesi için²⁷⁸.

2. Ticari Uyuşmazlıklar

Ticarî uyuşmazlıklar, esas hukuki uygulamaların dışında çözüm mekanizmalarına ve taraflar arasında uygulama birliğine ihtiyaç göstermiştir. Genelde insanlar arasındaki ticari ilişkiler mecbur ticari uyuşmazlıkları içermektedir ve bu nedenle yargı sistemiyle ihtiyaç görülme sonucu her zaman hız ve esnekliği beklendiği gibi getirememediğinden dolayı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları gittikçe daha fazla uygulanır isteğine getirmiştir²⁷⁹.

²⁷⁷ Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.131

²⁷⁸ Ağırnas, s.194.

²⁷⁹ Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.287.

Türk Ticaret Kanunun 4. Maddesi ve diğer kanunlarda belirtilen ticarî davalarda ve davaların konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri ile ilgili dava başlamadan evvel arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır olduğunu hüküm ediyor ve gerekli şekilde ekleniyor (TTK m.5/A)²⁸⁰. Ayrıca Türk Ticaret Kanunun 4'üncü maddesinde öngörülmekte beraber diğer yasalarda belirtilen ticarî davalardan kaynaklanan talep bir miktar paranın ödenmesinde bulunan alacak ve tazminat talepleri ile ilgili dava başvurusundan evvel arabulucuya başvuruda bulunması dava şartı olarak kabul edilmiştir. TTK m.5A/1)²⁸¹. Belirlendiği gibi tüm tücarî davalar değil; sadece bir miktar para ödenmesi durumunda netleşen alacaklara hak yaratan ticarî davalar esassından işlerlik kazananacaktır²⁸².

Aynı, iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevî tazminatlarla, onların tespiti, itirazı ve rücu davaları ayrıca, kanuna bireysel ya da toplu iş sözleşmesine esassında işçi veya işveren alacaklarıyla tazminatlarını ve işe iade davasından doğan talepler²⁸³ ile beraber Ticaret Kanunu 4.maddesindeki ve diğer kanunlarda tespit edilen ticarî davalarda, dava konusu para talebinde bulunan alacak ve tazminat talepleri davalarında da arabuluculuğu tercih edebilirler. Bu konuyla yapılan eleştiri sahiblerine göre, zorunlu arabuluculuğun, özünden ve ilkelerinden uzaklaştırılmış olması, yanlış arabuluculuk uygulamalarının ortaya çıkmasına sebep yaratmış olması ve bu hususta araya gelen, arabuluculuğu değil kendisini arkaya bırakan menfaat topluluğudur²⁸⁴. Diğer yönden, ticarî davalar açısından uyuşmazlıkların her hangi birisinin arabulucuya muracat etme zorunluluğu içermeye tespiti yerlerinde meydana gelen tartışmalar temeli Türk Ticaret Kanunu madde 5/A'nın tabirine bağlılık taşıyan ilgili yaklaştırma ayrılıklarından

²⁸⁰ Ağırnas, s.193.

²⁸¹ “Maddeyle, 6102 sayılı TTK 4. Maddesinde tespit edilen davaların, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan evvel arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilerek bu uyuşmazlıkların temelinden, çok daha kısa süre içinde, daha az masrafla ve tarafların iradelerine uygun bir şartta çözülmesi amaç edilmektedir.” (7155 sayılı Kanun m.20 gerekçesi). Ticarî uyuşmazlıklarda arabuluculuğun sebepleri ve tarihi gelişimi ile ilgili detaylı bir inceleme için bkz. Aksu Ö., Ticari uyuşmazlıkların Arabuluculuk yoluyla Çözümü (İngiltere Örneği ve Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, DEÜ, SBE, İzmir, 2009.; Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.287.

²⁸² Tanrıver, s.131.

²⁸³ Tanrıver, s.52.

²⁸⁴ Özkes, Muhammet, Çiftçi, Pınar; “Menfî Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden bir Bakış)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2020, S.148, s.101-134.

türetmektedir²⁸⁴. Ticari anlaşmalarımızın içeriğine dair her türlü uyuşmazlık, arabuluculuk yolu ile yeniden yapılandırılıp, kazan/kazan prensibi ile çözümü sağlanabilir. Bunun yanında, yapılan arabuluculuk anlaşması (bir tarafı yabancı unsurlu olanlar da dahil) arabuluculuğun sayılı avantajları ile güçlü bir hukuki belge olup, geliştirilen ve sürdürülebilir geleceğe dönük sağlam iş ilişkilerinin yapılandırılmasını sağlamaktadır.

Türk Ticaret Kanunun'da veya başka kadüzenlenen ve tarafların ticari işletmeleri ile ilgili uyuşmazlıkların tamamı ticari uyuşmazlıktır. Buna ek olarak tarafların tacir olmadığı bazı uyuşmazlıklar da ticaridir. Örneğin;

- Çek ve bono (senet)'ten, rekabet yasağından,
- Fikri mülkiyetten komisyon sözleşmesinden,
- Yayın sözleşmesinden,
- Rehin karşılığı ödünçten kaynaklanan
- Banka ve finans kurumları ile yaşanan uyuşmazlıklar ticaridir.

Türk Ticaret Kanunu'nun m. 4/1'e uygunluk içerisinde Türk Ticaret Kanunu'na işlem görmüş sorulardan oluşan uyuşmazlıklar mutlak ticarî dava dava olarak tanımlıdır. Bu durumda tarafların tacire uyup uymadığına ve uyuşmazlık gündemi olan borcun oluşma sebebine önem verilmezdi²⁸⁵. Örneğin, borcun sözleşmesi, haksız fiil yahut sebepsiz zenginleşmesinden kaynaklanan olmasının bir önemi yoktur.

Eğer ticari işletmeniz taraf olduğu bir uyuşmazlık yaşıyorsanız ya da tacir olmamakla birlikte yukarıda verilen örneklerden biri veya birkaçıyla ilgili çözüm bekleyen uyuşmazlığınız varsa bu gibi durumlarda devlet yargısına gitmeden evvel, arabuluculuk yoluna başvurabilmek daha ekonomik ve kazançlıdır. Arabuluculuk bu durumlarda dostane taraflar için hızlı ve ekonomik çözüm sağlar ve taraflar ise ticari ilişkilerini korumuş ve devam etmede daha şanslı kalır.

²⁸⁴ İbrahim, Ermeneki, Betül, Azaklı Arslan; "İcra ve İflas Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Baivuru Zorunluluğu (TTK m.5/A)", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2020, S.148, s.137.

²⁸⁵ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.291.

3. Tüketici Uyuşmazlıkları

Tüketici hukuku Dünya ve Türkiye genelinde gelişen alanlardan biridir. Tüketici işlemlerinden konu alan hukuk davaları bağlamında, dava açılmasından evvel, arabulucuya başvurulmuş ve sürecin anlaşma dışındaki bir nedenle sona ermiş olması ve bunun arabulucu katkısıyla düzenlenecek olan son tutanakla belgelendirilmiş olması bir dava şartı uygunluğu içerisinde 6502 sayılı²⁸⁵ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 7751 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un²⁸⁶ 59'cu maddesiyle eklemeye bulunan 73/A maddesine istinaden ilke tanımında zorunluk kazandırmasıdır. Hatta tüketici uyuşmazlıkların arabuluculukla çözülmesi mukayeseli hukukta uzun zamandır başarılı olarak uygulanmaktadır²⁸⁷. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da²⁸⁸, tüketici işlemleriyle tüketiciye yaklaşım uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm yaratma amaç eden, il merkezlerinde ve yeterlilik koşulları yönetmelikle netleştirilen ilçe merkezleri, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca tüketici hakem heyetleri oluşturulmuştur (TKHK m.66/1). Bununla beraber, Tüketici hakem heyetlerinin oluşu ile hizmeti ve çalışmasına bağlı fonksiyonları, Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmenliğinde²⁸⁹ öngörülmektedir (THHY m.1). Oysa tüketici hukukundaki uyuşmazlıklar, yine de bir çok sorunu devam etmekte bulunup, aynı zamanda da bunun üzerinde bazı tartışmaların da artmasıyla gündemde konu alan bir alandır. Halbuki, hem tüketiciler işlemleri hem de tüketici mahkemelerinin görev alanlarından yansıyan yargılama konusunda güncelleşen değişik tartışmalarla devam etmektedir. Tüketicinin kendi

²⁸⁵ Bkz.6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 12'ye göre ayıplı malдан sorumluluk için malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren 2 yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Zamanaşımı süresi; konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda, taşınmazın teslim tarihinden itibaren beş yıldır olarak düzenlenmiştir. Diğer yönden, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 28.05.2014 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olduğu belirlenmiştir. Kanunun yürürlüğe girmesi ile uzun zamandan beri uygulanagelmekte olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlükten kalkacak olması açıklanmıştır.: İnternette Alındığı Tarih:01.11.2023 <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4822.html>

²⁸⁶ Aksi yönde, bkz.:Koçyiğit,İ./Bulur,A.: **Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk**, Ankara 2019, s.65.; Tanrıver, s.132.

²⁸⁷ Mukayeseli hukukta bu konu üzerindeki düzenlemeler ve özellikle tüketici hakem grubu heyetleriyle ilgili bilgi yolunda bkz.Pekcanitez, Hakan;Tüketici Sorunları Hakem Heyeti (İzBD 1996/Temmuz, s.40-58) s.42 vd:Tutumlu-Tüketici Hakem Heyetleri, s.24-27.; Özbek. s.1182.

²⁸⁸ RG 28.11.2013, Sa.28835.; Özbek, s.1185.

²⁸⁹ RG 27.11.2014, Sa.29188.; Özbek, s.1185.

hakkını hem basit hem de hızlı işleyen prosedürle savunması hatta yargı faaliyetini sürdürenlerinin de amaç edilen ve iş yükünü azaltma amacı üzerinde konu alan tüketici hakem heyetleri, tüketici mahkemelerinin (TKHK m.73) düzeyinde komşuluk eden bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu oluşturan tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan türeyebilen uyuşmazlıklara çözüm öğretmek esasında kurulmuştur²⁹⁰ (THHY m.2). Borçlar hukukunun kapsamına giren uyuşmazlıklar, fikrî mülkiyet, patent, marka, endüstriyel tasarım gibi sınai mülkiyet hukukunun kapsamına giren parasal taleplerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, tüketici hukuku uyuşmazlıklar (TKHK m.68,V), komşuluk hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, zilyetlikten oluşan uyuşmazlıklar, yap-işlet-devret sözleşmelerle beraber idarenin taraf olduğu diğer özel hukuk sözleşmelerinden konu alan uyuşmazlıklar olarak, arabuluculuk teşkilatına faaliyet başlatır²⁹¹.

Değerli yazarımız tarafınca kaleme alınan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a eklenen (m.73/A) maddede zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin ne getirdiği üzerinden gerekli çalışmalar eklenip ortaya konulmuştur. Tüketicinin Korunması Hakkındaki 6502 sayılı Kanuna eklenen ve zorunlu arabuluculuğa ilişkin "dava şartı olarak arabuluculuk" az yukarıda açıkladığımız gibi düzenleme şekili de aşağıdaki gibi devam edilecektir:

Madde 73/A-(Ek:22/7/2020-7251/59 md.)

(1) Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı koşuludur. Şu kadar ki, diğer devam edecek olduğumuz aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa bağlı hükümler uygulanmaz:

- a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar*
- b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar*
- c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar*
- ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar*
- d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar*

²⁹⁰ Akkan-Pekcanıtez, Usûl §3.II.B.7,a/bbPekcanıtez-Hakem Heyeti, s.41;Pekcanıtez, Hakan: Tüketici Mahkemeleri **İnsan Bilimleri Dergisi**/İBD1996/4-5-6, s.141-162), s.142Ü Tutumlu, Mehmet Akif:Tüketici Yargılaması Hukuku, Ankara 2015, s..33; Ulukapı, Ömer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri) (SÜHFD, Prof. Dr. M.Şakir Berki'ye Armağan,1996/1-2, s.77-101), s.79;Zevkliler, Aydın: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2001, s.229. Ayrıca bkz.Yavuz, Nihat: Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2007, s.974.; Özbek, s.1185.

²⁹¹ Tanrıver, s.52.

(2) 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin onbirinci fıkrası tüketici aleyhine uygulanmaz.

(3) Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılabilmesi, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen hâllerde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez.

(4) Arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması hâlinde arabuluculuk ücreti, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir²⁹².

Bu nedenle tüketici uyuşmazlıklarında, zorunlu arabuluculuğun kapsamına ilişkin yapılan düzenlemenin iş ve ticarî uyuşmazlıklardan biraz daha farklı ve düzenlemedeki ayrıntıları olduğu anlaşılmaktadır²⁹³. Esas burada, tüketici uyuşmazlıklarında kıyas edilen iki hukuk alanından ziyade daha uyuşmazlığın niteliğinden fazla, uyuşmazlığın karşılaşacağı mahkeme öngörülmüştür. Diğer yandan, zikir edilen iki uyuşmazlıktan zorunlu arabuluculuğun farklı yanı ise, kapsamı belirlendiğine rağmen genel düzenlemeyle yetinilmemiş sayılıp, ayrıntılı bir düzenleme yapıp işlem görmüş. Ama yapılan ayrıntılı bu düzenlemenin, açık bir çözümlü düzenleme yapıldığı anlamını taşımamaktadır. İş gidişatına veya uyuşmazlığın yapısına göre değil mahkemeye göre yapılan tespit üzerinden işlem görecektir. Şunu da demeliyiz, zorunlu arabuluculuk uyuşmazlıklarında hukuki dava konusu esasa parasal konum ise, tüketici uyuşmazlıklarında kapsam çeşidi daha geniş tutulmaktadır, daha doğrusu mahkemenin görev alanına giren her türlü uyuşmazlık ve zorunlu arabuluculuğun kapsamına giren uyuşmazlık çeşitleri dahildir²⁹⁴. Tüketici, bir mal ve hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan kişidir. Tüketici mahkemeleri ve Tüketici Hakem Heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar ise tüketici uyuşmazlığıdır. Doktrinde, tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği tartışılmalıdır²⁹⁵. Örneğin;

- Kredi kartı, tüketici kredilerinden, bankacılık benzeri her türlü sözleşmelerden

²⁹² 9. Tüketici Hukuku Kongresi, Editör: Hakan Tokbaş, Özkes, Muhammet, Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, Makale, s. 448-454.

²⁹³ Özkes, s.455 vd.

²⁹⁴ Özkes, s.456.

²⁹⁵ Tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği konusunda doktrinde ileri sürülen görüşlerin toplu ve ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. Ekşi Nurau: Türkiye’de Kurumsal Tahkim, İstanbul 2020, s.195; Yılmaz, Ejder/Yardım, Mehmet Ertan: Tüketici Hakem Heyeti (Milli Şerh, 6502 Sayılı Tükentinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2016, s. 1082-1155, s.1090-1110, Özsöker, Gökberk: Tüketici Hakem Heyetleri, Ankara 2019, s.37-74.; Özbek1186.

- Ayıplı mal ve ayıplı hizmetten
- Peşin ve taksitle satımdan
- Sigorta, ulaşım, kargo sözleşmelerinden
- Abonelikten
- Özel eğitim ve özel kurstan
- Devre tatil, devre mülkten paket turdan
- Özel hastane işlemlerinden

kaynaklanan uyuşmazlıklar tüketici uyuşmazlıklarıdır. Bu ve sayılabilecek diğer tüketici uyuşmazlıkları miktar ve değerine bakılmaksızın arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulabilir. Böylece tüketici hakkına kısa sürede kavuşurken mal ve hizmet sağlayıcısı ise tüketiciyle uyuşmazlık yaşamaktan kaçınarak ticari itibarını zedelememiş sıfatında olmuş olur. TBMM-Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda 22.07.2020 tarihinde kabul edilen kanunla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a, "Dava şartı olarak arabuluculuk" başlığı ile 73/A maddesi eklenmiş olduğu durumu ortaya çıkmıştı²⁹⁶. Burdaki durum ise, parasal sınır olan 10 bin 90 TL üzerindeki tüketici uyuşmazlıklarında mahkemeye dava açmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmişti. Dolayısıyla buna istinaden esas durum Türk Ticaret Bakanlığı'ndan yapılan açıklama şöyle düzenlenmişti : " Dava şartı arabuluculuk müessesesi 28/07/2020 tarihli ve 31199 sayılı Resmi Gazete'de yayın sonrası yürürlüğe girmiş 7251 sayılı "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile tüketici uyuşmazlıklarında zorunlu hale getirilmiş olduğu idi. Yapılan düzenleme ile Tüketici Mahkemelerinde ya da Tüketici Mahkemesi oluşturulmayan yerlerde Tüketici Mahkemesi sıfatıyla hareket eden Asliye Hukuk Mahkemelerinde tüketici uyuşmazlıkları için dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması, dava şartı olarak kabul edilmiş ancak belli hususlarda istisnalar belirlenmiştir .

²⁹⁶ <https://www.tbmm.gov.tr/gundem/gundem.htm>; İnternette Alındığı Tarih:01.11.2023.

4. Kira Uyuşmazlıkları

Genelde kira sözleşmesi, şirketler ile şahıslar veya şahıs ve tüzel kişiler ya da şahıslar aralarında geniş kapsamda kullanılmakta bulunan yaygın bir faaliyet alanıdır. Buna istinaden, kiraya verenin bir eşyasının kullanılmasını ve kullanmayla birlikte kiralayanın kiraya bırakılan mülkiyeti(eşya) yararlanma imkanı, kiracın da buna karşılık taralarca anlaşılan kira bedelini ödemeye üstlendiği sözleşmesinden konu alan işlemdir (TBK m.299). Kira sözleşmesinin ana koşullarından biri de kiraya verilen mülkün (taşınan ve taşınmaz) veya eşya vs. belirli ve belirli olmayan bir süreyi kapsamasıdır. Buna benzer diğer normda ise, her iki tarafın ticari işletmesine bağlılık taşıyan(ticari olsun olmasın) kira sözleşmesinden doğan alacak ve tazminat davaları zorunlu arabuluculuğa tabidir (TTK m.4).Taraflarca öngörülen sürenin geçmesiyle her hangi bir bildirim olmaksızın sone erecek kira sözleşmesi belirli süreye bağlı sözleşmedir ve bunun dışında diğer kira sözleşmeleri belirli olmayan bir süre kararlaştırarak işlem görmüş sayılmaktadır²⁹⁷.

Sözleşme usulüne göre, kiraya veren, kiraya verilen mülkü veya eşyayı belirlenen sürede, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir şekilde teslim etmek ve sözleşme tarihine bağlı şartta da iade etmekte yükümlüdür. Ayrıca kiralayan sözleşmede öngörülen bu yükümlülükleri yerine getiremezse aksine taraflar arasında da bir uyuşmazlığın kaynaklanmasına sebep yaratmakta bulunarak işi arabuluculuk sürecinde görülmesine sebep yaratacaktır²⁹⁸. Bunlarla beraber kira uyuşmazlıklarında 1 Eylül 2023 tarihinden itibaren kanuna yapılan değişiklik esasında dava açmadan önce arabulucuya başvurmanın zorunlu hâle gelmesidir²⁹⁹. Adı geçen düzenleme ile 6325 sayılı Kanun'un 18/A maddesinden sonra 18/B maddesi getirilmiştir. Yeni maddeye göre;

*Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanun'a göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, taşınır ve taşınmazların paylaştırılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklar ve komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunlu kılınmıştır*³⁰⁰

²⁹⁷ Ağırnas, s.542.

²⁹⁸ Ağırnas, s.543.

²⁹⁹ Aksoy, Belgin, "Kira Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, Makale, Ankara11.09.2023, <https://www.halkbankkobicom.tr>. İnternette Alındığı Tarihi:12.12.2023.

³⁰⁰ Aksoy, Makale.

5. Kat Mülkiyetinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Kat Mülkiyetinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar esas inşaat ve taşınmazlar (gayrimenkül) konuların yansıyan inşaat faaliyet alanının kaynaklanan işlemlerdendir. Adil ve hızlı yargılama hedefine bir türlü ulaşılammaması nedeniyle, bu uyuşmazlıklar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk kapsamına alınmış. Kat Mülkiyeti Kanunu 2/b bendinde

“Anagayrimenkulün bağımsız bölümleri dışında kalıp, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan“ yerlerin ortak yerler olduğu ifade edilmiş ve devam eden cümlesinde, kat maliklerinin ortak malik sıfatıyla paydaşı bulundukları bu yerler üzerinde faydalanma ve kullanma hakkının bulunduğu belirtilmiştir”³⁰¹. KMK 2/a bendi bağımsız bölümü ise “anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümler”

anlamında belirlenmiş, KMK m. 1/I hükmüne göre “Tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde“ bağımsız mülkiyet haklarının konu alabileceği ile ilgili konu düzenlenmiştir³⁰¹. Ayrıca, kendi kendine yeten ya da tahsis edildiği amacı kavuşturmaya yeterli olan kat, daire, dükkan, depo, büro gibi bir fiziksel hacim bağımsız bölüm vasfını kazanacak ve üzerindeki hak ilişkilerini yansıtan kat mülkiyeti kütüğünde ayrı bir sayfaya tescil edilecektir³⁰¹. 5 Nisan tarihli 2023 Resmi Gazete’de yayımlanan No.7445 sayılı kanunla kira uyuşmazlıklarının yanı sıra KMK’dan ve komşuluk hukukundan kaynaklanan

³⁰¹ Şengül, Mehmet; “Kat Mülkiyetinde Ortak Yer ve Tesislerin Niteliğinin Değiştirilmesi”, Makale,

³⁰¹ Şengül, s.207.

³⁰¹ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 160. Belirttiğimiz vasfı taşımayan yerler ayrı ve başlı başına kullanmaya elverişli olsa bile bağımsız bölüm niteliğiyle alakasız. Örneğin, bir mağaza işletmesi için onun deposu, ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bir hacim de sağlasa, kural olarak bağımsız bölüm niteliğinde olamas. Aynı şekilde, bir konuttaki odalar, bağımsız olarak iş yeri veya büro olarak kullanılmakta olsa dahi, tek bir bağımsız bölüm oluşturan daireden ayrı bir kat mülkiyeti objesinin varlığından söz edilemeyecektir. Bkz. AYBAY/SANAL, s. 11; GÖKNAR Hikmet, Kat Mülkiyeti Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu, Ankara 1996, s. 68, 69. Buna aksine, başlı başına kullanıma konu olan ve kendisine arsa payı ayrılmış bir iş hanında bulunan tek bir oda dahi kat mülkiyetine konu olabilir. Bkz. TEKİNAY, s. 15; ÖZMEN, Kat İrtifakı, s. 109. Yargıtay’a göre de, bir binanın mesken olarak bölümlere ayrılabilmesi için, her bölümün diğerinden bağımsız olması ve mutfak, tuvalet gibi zaruri kısımları ihtiva(içermesi) etmesi ve mahremiyeti ihlal edilmiş nitelikte bulunmaması ihtiyacı ifade edilmiştir. Bkz. YHGK., 8.2.1969, 967/6-809 (GÖKNAR, s. 69). Bir de edilmesi gereken işlem, kat mülkiyetine konu bir yapının bağımsız bölüm olup olmadığı kat mülkiyeti kütüğünden kolaylıkla anlaşılabilir. Bunun yanında uygulamada bir takım tereddütlerin yaşanmasına yol açabilecek bağımsız bölümlerin tayini, maliklerin(sahiblerin) açık arzu ve taleplerine bağlı olmakla birlikte, KMK m. 12 hükmünde ifade edilen proje ve yapı kullanma izin belgesinde yer alan liste ve ekleri de yapıdaki yerlerin bağımsız bölüm ya da ortak yer niteliğinde olup olmadığının tespitinde önemli bir işleve yansımaktadır. Ayrıca bkz. ARPACI, s. 20.; Şengül, s.209.

uyuşmazlıkların dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk kapsamına yerleşmiş³⁰². Zorunlu arabuluculuk dava açılmadan arabuluculuğa başvurulması ve sürecin tamamlanmış olması demektir. Buna uyulmadan dava açılırsa; dosya üzerinde hiçbir işlem yapılmadan “dava şartı yokluğu” nedeniyle mahkeme davayı usulden reddeder. 1 Eylül’den 2023’ten itibaren kat mülkiyeti hukuku ve komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava başvurusu yapılmadan evvel zorunlu olarak arabulucuya başvurulacak usulu şarttır. Arabulucuda çözüm sağlanamaması halinde ancak mahkemeye gidilecektir.

6. Tarım Kanunundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Esas işçi kavramı genel anlamda bir hizmet akdinin tarafı olan ve onunla ilgili bağlılık taşıyan, herhangi bir işte bir ücret karşılığında emek veren kişiyi teşkil etmektedir³⁰³. Ancak, tarım işlerinin kendine has özellikleri ve tarım işçilerinin çok değişik gruplara ayrıntısı bulunmaktadır, konuya bu şekilde yanaşma tarım işçilerinin tek bir tanım içerisinde yerleştirmede sıkıntı yaratmaktadır. Bu karmaşıklıklardan dolayı gerek uygulamada gerek doktrinde, tarım işçisinin tanımı farklı şekillerde yürütülmekteydi. Hukuki anlamda tarım işçisi kavramı bugün yürürlükte olmayan 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu'nda; “kendisinin veya ailesinin hiç arazisi olmayıp da en az üç yıldan beri muayyen bir bölgede yerleşmiş ve bir ücret veya hâsılatın bir hissesi mukabilinde devamlı olarak bedenen çalışanlar” mağnasında anlaşılmıştı. Oysa bu tanım, 4753 sayılı kanunun özel amaçlı bir kanun olması ve tarım işçilerinin ortakçılarla karıştırıldığı düşüncesi ile eleştirilmisti³⁰⁴.

Tarım işçilerinin çalışma şartlarına ilişkin emsal yargı kararlarına da rastlanmamış olması, olumsuz çalışma şartlarını yargı ile düzeltme yoluna başvurmadıklarını göstermektedir. Hatta çoğu tarım işçisinin söz konusu haklardan haberdar olmadığı da tartışmasız bir gerçektir. Bunun en büyük nedeni ise,

³⁰² <https://www.aksançav.tr>

³⁰³ Kılıç, Mehmet; “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Kapsamında Tarım İşçilerinin Hukuki Durumu”, Makale, (Tarım Ekonomisi Dergisi, 2006, S.12(2) s.40).

³⁰⁴ Aksoy, Suat; “Tarımda İş Hukuku”, (Türk Ziraî Ekonomi Dernegi Yayınları, S. 1, Ankara.; Kılıç, s.40).

işverenleri herhangi bir şekilde idari yoldan takip imkânının olmaması ve idari yaptırımların uygulanmamasıdır³⁰⁵.

Türkiye'deki tarım işçileri oldukça dağınık ve farklı şekillerde faaliyet göstermekte olup, işçi işveren ilişkileri de tamamen geleneksel yöntemlerle revem etmektedir³⁰⁶. 1475 sayılı Kanun tarım işçilerini kapsamına almamakla birlikte, bu kanunda 15.08.2002 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan ve İş Güvencesi Kanunu olarak bilinen 4773 sayılı Kanun ile tarım işçileri konusunda önemli değişiklikler düzenlemiştir. 4773 sayılı Kanunla Türk İş Hukukunda önemli yenilikler getirilerek, o güne kadar hiç bir hukuki düzenlemeye tabi olmayan tarım işçileri, bazı sınırlamalarla da olsa, ilk defa İş Kanunu kapsamına alınmıştır. Türkiye'nin uluslararası taahhütleri ile faaliyet alanında ortaya çıkan yeni anlayışlar ve mevcut İş Kanununun günün ihtiyaçlarını yeterince karşılamaması nedeniyle, 22.05.2003 tarihinde kabul edilen 4857 sayılı İş

Kanunu ile 1475 sayılı Kanun yürürlüğünü yitiriyor. Artık 4857 sayılı İş Kanunu 1475 sayılı Kanunun önemli ölçüde değiştirerek kapsamını genişletmiş olup, getir- miş olduğu yeni ilke ve değişiklikler ile modern bir İş Kanunu olma özelliğini gerçek leştiriyor ³⁰⁷. Burada 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Dönemi işleyişinden açıklamamız gereken durum şöyledir; 4773 sayılı Kanunla 1475 sayılı İş Kanu- nu'nda yapılan değisikler, 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nda da aynen yer almıştır. Kanunun uygu-ama kapsamına girmeyen işlerin belirlendiği hüküm 4. maddesinin (b) bendinde “ 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde “ kanun hükümlerinin uygulanmayacağı prosedürüne yer ayrılmıştır³⁰⁸.

Türkiye'deki tarım işçileri durumu, dağınık ve farklı şekillerde faaliyet göstermekte olup, işçi işveren ilişkileri de tamamen geleneksel yöntemlerle yürütölmektedir. Ayrıca, bu alandaki işçilerin eğitim seviyesi de düşük olduğundan herhangi bir şekilde örgütlenme de söz konusu 2000 yıllarına kadar mümkün değildi. Bu nedenle, önce, diğer ölkelerdeki gibi başarılık söz konusu olamas ve bir şekilde uygulanmakta olan tarım işçisi, aracı kişi veya kurumların faaliyetlerinin etkin bir şekilde yürütölmesi sağlanmalıdır³⁰⁹. Bu durum devlette daimi tarım

³⁰⁵ Kılıç, s.47.

³⁰⁶ Kılıç, s.48.

³⁰⁷ Kılıç, s.43.

³⁰⁸ Kılıç, s.44.

³⁰⁹ Kılıç, s.48.

işçilerinin, herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın, faaliyet alanından çıkan uyuşmazlıklar hemen hemen bir şekilde İş Kanunu kapsamına alınması yerinde bir imkan oluşturuyor. Buna karşılık, geçici tarım işçileri için kabul edilecek özel bir Tarım İş Kanunu'nun kapsamına alacağı yazara göre, tarım işçilerinin sınırlarının netleşmesi oldukça güç olduğundan, böyle bir kanun kabul edilmese bile, aracılık sistemine etkinlik kazandırılarak, İş Kanunu'na bağlılık taşıyarak çıkarılacak yönetmelikle işçilerin çalışma şartları, işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin kurallar ve işverenlerle ilişkileri, sıkı bir kanuni kontrole iş bağlantısında konu alan uyuşmazlıklarda bir şekilde arabuluculuk yoluyla sonuçlandırmak. Etkin ve uygulanabilir yaptırımlarla işlenmesi daha isabetli bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz.

III. ARABULUCULUK SÜRECİNİN İŞLEYİŞİ

A. Genel Olarak

Arabuluculuk sürecinin hazırlık aşaması ile ilgili değişik fikirler bulunmaktadır. Bu nedenle bazıları bu süreci sırf tarafların istediklerine bağlı olarak anlayıp bağımsız aşaması arabuluculuk sürecinde başlangıç aşamasın olarak anlamaktadır, hatta onun bir ayrılmaz parçası olarak anlamaktadır. Yoksa, arabuluculuk niteliği olmadan hazırlık yapılması zaten mümkün değildir. Konuyu detaylı sıralamaya kalkarsak, taraflar uyuşmazlığın başından olayı arabuluculuk süreciyle çözme kaanatine varınca, artık arabulucuyu seçme ve mevcut uyuşmazlığı bu çözüm yoluyla tamamlamaya karardır. Uyuşmazlığı çözmede de mecbür arabulucuğa başvurma ihtiyacı gerekmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz üzere ve tarafı tuttuğumuz görüş (hazırlık aşaması arabuluculuk sürecine bağlılık görüşü) olduğu rastlanıyor. Zira açıkladığımız bu usul sürecin başlaması hazırlık aşamasıdır ve başlangıç aşamasından ayrı düşünülmesi onun bir temel ilkesinden bir tanesidir. Önce tarafların henüz teknik anlamda müzakerelere başlamadığı, ancak arabulucunun fiilen göreve başladığı ve tarafların da ilk teması sağlandığı aşama yürüyüşüdür. Arabuluculuğun tanımlanmış klasik temel ilkeleri üzerinden devam edersek, nasılsa bir müracat bir temas demektir. Anlaşıldığı gibi, taraflarca seçilen

arabulucu veya atanarak göreve başlamış olan zorunlu arabulucu olsabile hemen göreve başlar başlamas, arabulucu, taraflar, temsilcileri, vekilleri iletişim kurup temasa geçer .

Anlamamız gereken durum şu; genelde arabuluculuk, yapılandırılmış değerini taşıyan bir süreç sıfatındadır. Bu doğrultuda arabuluculuk, her uyuşmazlıkta farklı bir yönde gelişir olması; ancak yöntemin aşamaları veya süreçleri her zaman açıktır. Bu bağlamda arabulucu, sürecin yönetilmesinden, farklı aşamalarda tarafların yönlendirilmesinden, farklılıklarının üstesinden gelinmesinden ve aralarındaki iletişimin olumlu bir şekilde yeniden geliştirilmesinden sorumluluk taşımaktadır. Arabuluculuğun çeşitli türleri mevcuttur. Her bir arabulucu, arabuluculuk teknikleri ve iletişim yöntemlerinde farklı yaklaşımlarla kendi tarzını geliştirebilir. Arabulucunun kişiliği ve tutumu da süreç üzerinde etkili olabilir.

Konu üzerindeki literatürlerde çok farklılık gösükmeye de bilir, ayrıca klasik arabuluculuk sürecinin beş farklı aşamadan oluştuğuda kabul edilmektedir ve onlar: hazırlı, başlangıç, inceleme/araştırma, müzakere ve sonuç³¹⁰ olarak değerlendirilmektedir

B. Arabuluculuk Öncesi Aşama ve Arabulucuya Başvuru

Arabuluculuk Kanunu'nda, arabuluculuğa başvurunun başlamış olduğu ve süreç işleyişinin kabul edildiği ile ilgili şu şekilde ifade edilmiştir:

Arabuluculuk süreci, daha açılmadan önce arabulucuya başvuru halinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin ettirilme konusunda anlaşmaya varılıp bu drumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru halinde 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 beyanların tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar .

(HUAk m.16).

Arabuluculuk sürecinin işleyişi hazırlık aşamasından işlem görecektir. Zira uyuşmazlık sırasında taraflar için arabuluculuk sürecin nitelikli yürüyüşü tarafların

³¹⁰ Marla da Concelçio Oliveira, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı: Modül 5, Arabuluculuğun Aşamalarının Gözden Geçirilmesi, Makale s.83, Kitap Edirörleri; Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç, Alper Bulur, Ankara, 2021.

çıkarılmanın dolayı direk olarak ilgilendirmesi ve alehdar etmesi gayet doğaldır. Ancak ilgili taraflar bu yaklaşımda, AUÇ yöntemlerinden hangisi uyuşmazlığı çözücü nitelikte görmek isterler ve onu bir an belirlemek isterler. Örneğin, ihtiyarî mi yoksa zorunlu arabuluculuk mu ve nitelik açısından nasıl uygulanacağı önceden taraflarca tespit edilip kararlaştırılmalıdır. Ayrıca işi yürütecek olan arabulucunun, bu durumda, yöntem seçimini uygulamada dava açılmadan mı veya dava açıldıktan sonra mı gibi görünecek sorunların erkenden tahmin edip kararlaştırılması önemlidir. Dolayısıyla taraflar, arabuluculuk sırasında karşılamak oldukları durum ve olay şekiline göre değişebilirler, örneğin, sürecin kısa veya uzun sürme şekli gibi durumu. Arabuluculuk prosedüründeki görüşmeler (müzakereler) aşaması durumu bazen değiştirebilir. Tabi ki, her uyuşmazlık için gerekli olan bir zaman ihtiyacı söz konusudur. Çünkü arabuluculuk süreci arabulucu niteliğine bağlı olmak üzere ve yapılan hazırlığına göre, süreç uzun veya kısa sürdürebilir³¹¹. Bununla beraber kanunda uyuşmazlık çözümü için kararlaştırılmış bir süre mevcuttur ve onun da bağlılığı söz konusudur. Açıkladığımız bu süre değişikliği durumu bazı faktörlere istinaden etkilene de bilir olması her uyuşmazlığın özelliğine bağlıdır. Örneğin, iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan ihtilaflar hemen müdahale edilecekse bu sırada alınan yükümlülüklerin de hemen yerine getirilmesi talebi istelinmiş olabilir. Diğer yandan, bazı uyuşmazlıklarda konularla ilgili prosedürler daha yavaş yürümektedir. Örneğin, bilirkişiler tarafından incelenecek hususların çeşitli teknik alanların analizlerinin gözden geçirilmesine ihtiyaç duyulup, bazen de taraf sayılarının çok olmasından dolayı, işe etkili elemanların incelemede acele etmemeleri gibi durumlar direk olarak ek zaman gerektirebilir³¹².

Aynı şekilde, diğer uyuşmazlıklarda hem konu hem de sonuçlar daha yavaş gelişebilir, teknik alanların gelişmesinde bazı analizler eksik olabilir, tarafların fazla olduğu etki gösterebilir ya da taraflar acele etmemiş durumları da olabilir. İşte bu tür uyuşmazlıkların nasılsa belli bir çözüme kavuşmalarında, az zaman çözümünü bulamaya da bilir. Örneğin, İsrail ve Filistin ülkesi arasındaki müzakereler sanelerce tam bir sonuca varabilmemişlerdir³¹³. Oysa tarafların uyuşmazlığa farklı sosyal tanımlardan yaklaşımı, adalet anlayışı, ahlak anlayışlarındaki farklılıklar olması

³¹¹ Kekeç, s.169.

³¹² Kekeç, s.170.

³¹³ Stulberg, Taking Charge,s.48; Stulberg/Love,s.38; Kekeç,s.170.

hâlinde ve tarafların uyuşmazlığa aynı açıdan bakmamaları, arabulucular için işin çözüm açısından daha zorluklarla karşılaşacağı kuşkusuzdur³¹⁴.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 13. maddesi şöyle buyurur, tarafların dava öncesi veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşılabileceklerini, mahkemenin de tarafların arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp teşvik edebileceğini belirtmektedir. Dayandığımız Kanunun diğer bir 14. maddesi başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucuların taraflarca seçileceği öngörülmüştür (Yön m.16). Tabi bu sırada önemli olan hadise bir arabuluculuk sürecinin yürütülebilmesi için taraflar arasında bir arabuluculuk sözleşmesinin varlığı aranmaktadır. Bu sözleşme, uyuşmazlıktan önce yapılacağı gibi uyuşmazlıktan sonra da yapılabilir. Arabuluculuk sürecine katkıda bulunarak ve sürecin devam etmesi için önce taraflar arasında bir arabuluculuk sözleşmesinin hazırlıkta bulunması veya zorunlu arabuluculukta tarafların konu üzerinde başvuruda bulunması şartı gerekmektedir³¹⁵. Şimdi de konuyu daha yakından açıklarsak ihtiyarî arabuluculuk sürecinin iki şekile ayrıldığını görmüş oluruz.

Taraflar daha yargısal yollara başvurmadan ya da yargı yoluna başvurulduktan sonra da arabuluculuk sürecine müracatta bulunabilirler yolu onlarca tercih edilebilir, yani henüz bir uyuşmazlık çıkmadan ya da uyuşmazlık çıktıktan sonra, taraflar uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesini kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda, uyuşmazlık çözümüne dönük tarafların mutabık kalmaları halinde arabuluculuk sözleşmesini yapılmış olur. Anlaşıldığı gibi sözleşme, hem bağımsız hem de ana sözleşmeye arabuluculuk kaydı zikir edilecek şekilde de yapılabilir. Dolayısıyla taraflar dava açılmadan önce ya da dava açıldıktan sonra istedikleri aşamada arabuluculuğa başvuruda bulunmada serbestirler. Ayrıca dava açıldıktan sonra mahkeme, taraflar, arasındaki uyuşmazlık barış yoluyla da çözülebilecek kaanatinde ise, tarafları aydınlatarak arabuluculuyu başvuruyu teşvik etmiş olabilir. Bu durumu kanun koyucu, yargılamada kesinlikle ön inceleme sırasında mahkemeye bir takım görev öngörmüş, tarafların sulhe ve arabuluculuğa teşvik

³¹⁴ Littlejohn/Shailor/Pearce,s.70 vd.; Kekeç, s.170.

³¹⁵ Ekmekci, Özeken, Atalı, Seven, s.81 .

edilmesi hususu kanunen düzenlemede yerleştirilmiştir (HMK m.137/1,140/2,230/2)
316 .

Yukarılarda değimiz gibi, arabuluculuk öncesi aşamasını, ön hazırlık aşaması olarak adlandırılmaktadır. Arabuluculuğun bu aşaması, uyuşmazlıkla ilgili dosyanın arabuluculuğa yönlendirilmesi, arabulucunun seçimi ve arabuluculuğa katılacak olan şahısın belli olduğu durumu, onun ücreti ile yetkili olup olmadığı gibi konuları önler ve ilgilendirir³¹⁷ . Eğer taraflar, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmamışlar ise, doğabilecekte olan dava sırasında bu yola kendiliğinden başvurmayı yapabilecekleri gibi ve sonradan hakimın arabuluculuğu izah etmesiyle de muracatta bulunabilir.

Arabuluculuğa başvurma usûlüyle ilgili olarak mukayeseli hukuktaki değişik uygulamalar bir yana bırakıldığında, Arabuluculuk Kanununda benimsenen sistem, arabuluculuğa başvurunun taraflarca tamamen gönüllü olması ve tarafların hiçbir zorlama olmaksızın kendi özgür iradeleriyle muhafaza ederek bu yola başvurmalarını düzenler.

Arabulucu ile taraflar arasında hazırlık dediğimiz görüşmenin yüz yüze veya telefonla da gerçekteşmesi mümkündür. Eğer uyuşmazlık tarafları ikiden fazla gibi veya karmaşık bir durumdaysa tarafların yüz yüze görüşmesi sonuç veremeyeceği hissediliyorsa, böyle bir durum yüz yüze gelmemek tercih edilebilir³¹⁸.

Diğer bir yaklaşım, taraflar dava açılmadan önce uyuşmazlığı çözmede aralarında anlaşarak arabuluculuya başvurabilir olmaları. Dolayısıyla ilk bakışta eşit mağna taşımakta gibi bulunan “arabulucu“ ile “arabuluculuk“ kelimelerini birbirinden kesin çizgilerle ayırmak güç olduğunu da bir yazarımız öne sürmüř³¹⁹ . Taraflara düşen görev, arabulucu durumunu, arabulucu sözleşmesi ve arabuluculuk sözleşmesini yetkisi ve görevi anlamından ayıklamakta ihtiyaç varlığını anlamaları. Ancak bu tür yaklaşım, iki sözleşmeni birbirinden ayrı olarak düzenleme yürüyüşünü gaye tutmuyor veya şart olmadığını ön plana koymuyor. Oysa arabuluculuk sözleşmesi, arabulucu sözleşmesini barındırmak işleminde düzenleme talebinde mevcut olduğunu gösteriyor. Bazen taraflar arasındaki ana sözleşmeye bir

³¹⁶ Ekmekci, Özekes, Atalı, Seven,s.82 .

³¹⁷ Özbek, s.734.

³¹⁸ Kekeç, s.154.

³¹⁹ Tuğsavul, s.143.

arabuluculukla ilgili madde yerleştirebilme gibi durum yeterli öngörülmektedir. Esas arabuluculukla ilgili madde yerleşik durumda, sözleşme içeriğinde, arabuluculuk işleyişine ilişkin kurallar ve detaylı bilgiler önem taşımaktadır. Örneğin, arabulucu olarak kim görev taşıyacağı gibi bir cümle, bu ilk akdedilen sözleşmede asla olamaz. Nitekim, mevcut durum taraflar için bu detayları da içeren net bir sözleşmenin ihtiyaç görüldüğü eksikliğini tamamlar anlamında bulunması söz konusudur³²⁰. Arabuluculuk sözleşmesi, arabulucu sözleşmesini içerecek şekilde düzenlenme mümkündür. Hatta taraflar arasındaki ana sözleşme bir arabuluculuk klotunun bulunması gibi de karşılaşıyor³²¹.

Bu nedenle tarafların aralarında yaptıkları ve arabuluculuğa başvurmalarına bağlılık yaratan sözleşmeye "arabuluculuk sözleşmesi" mevcut bir sözleşmeye bu hususta koydukları hüküm tanımı "arabuluculuk şartı" gibi hazırlıklar aşaması anlamındadır. Arabuluculuk sözleşmesi veya şartına istinaden arabulucu ile taraflar arasında düzenlenen sözleşme ise "arabulucu sözleşmesi" denir. Arabuluculuk müzakerelerinin gizliliği ve arabulucunun ücreti gibi konular arabulucu sözleşmesinde ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Taraflar gizliliğin aksini kararlaştırılabilir ve ölçü sıfatında da gizliliğin kaldırılacağını belirleme etkisine hükümlüdürler³²².

Bu üzerinde durduğumuz süreçleri somutlarken hemen arkasından başvuru süreci fiilen tarafların ilk oturumuyla devam eder. Dolayısıyla karşılıklı menfaatli taraflar bir araya gelir ve arabuluculuğun temel ilkeleri usûllerine uyarısı içerince, içeriği işleyişe başlarlar. Temas sırasındaki belirlenen zaman yer de bulunma mecburiyetiyle konuya devam ederler. Başkanlık arabulucu tarafından düzenlenerek, taraflarca konuşmalarını yapar ve arabulucu üzerindeki görev esasında kendini tanıtarak, bu hususlara istinaden tarafları aydınlatır, gerekli bilgileri açıklar, karşılıklı soruları cevaplandırır, sürecin işleyişiyle ilgili belgelendirme detayları da açıklanır.

³²⁰ Özbek, Alternatif, s.1198-1260.

³²¹ Tuğsavul, s.143.

³²² Özbek, s. 1261 .

C. Arabuluculuk Müzakerelerin Yürütülmesi

Arabuluculukta müzakerenin sağlıklı yürütülmesi için üçüncü kişinin, arabulucunun, avukatların aracılığıyla bir araya görüşmek amacıyla ve fikir alış-verişinde bulunmaları mümkündür. Arabuluculuk Müzakerelerinin Yürütülmesi Taraflarca meydana gelen bir uyuşmazlık sürecinde arabuluculuk temel ilkeleri sayılan prosedürden de bir tanesi müzakeredir³²³. Bu şekildeki yaklaşım hedefi en klasik alternatif uyuşmazlık çözümüdür. Çünkü böyle bir yaklaşım olumlu durumda bir anlaşmanın meydana gelmesini sağlar³²⁴. Diğer bir görüşte, arabuluculukta müzakereyi dört ana gruba toplanabildiğini söylüyor³²⁵. Onlar; mücadelecilik yaklaşım, işbirlikçi yaklaşım, problem çözücü yaklaşım ve iyileştirici yaklaşımdan oluştuğunu açıklıyor. Şimdi bunların hangisinin daha elverişli olduğunu sıralamak mümkün değildir. Burada önemli olan ise, kişisel açıdan en rahat edilen yöntemle müzakerede bulunabilmesi. Hatta, az yukarıda kısa da olsa bilgilendirdiğimiz gibi, sadece bir yöntemle uygulama gibi mecburiyette de bulunmamaktadır³²⁶. Buna rağmen müzakerelerin içeriğinde ufak değişimler katarak az da olsa bir hareket kazanılabilir mümkünlüğü fikiri de mevcuttur³²⁷. Pratik açıdan düşünersek hakikaten bazen müzakere sırasında görüşme uzayınca insanları dalgınlığa uğrattırıyor, bu sırada ara vermek gibi düşünce, taraflar için olayı daha sıkı yeni göz ile düşünebilmeleri için bir olaya yeniden bakış gibi durum öğretir ve iyi gelir olmalıdır düşüncesini yaratıyor. Anlaşıldığı gibi, müzakere sırasında yapılan bu ayrıntılar belli bir çözüm sırasında değişmez nitelikli bir sığa da sahip değildirler. Müzakere başlangıcında taraflar kendi istekleri ile uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla kanaatine varınca mecbur geçecek ilkelerinden de bir tanesi müzakeredir.

Müzakere aşamasında ortaya çıkan uyuşmazlık detayları direk olarak taraflarca görülecek çözümlerine ve anlaşmaya olumlu bakmanın gerçek bir ihtiyacı durumudur. Ama tarafların menfaatlerini netleştirmeleri bakımından da gerektiği bir prosedürdür seviyesindedir³²⁸.

³²³ Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.11.

³²⁴ Soysal, s.212; Özbek, s.73.; Tanrıver, s.31.

³²⁵ Moore, s.317 vd.; Kekeç, s.192.

³²⁶ Kekeç, s.45.

³²⁷ Kekeç, s.192.

³²⁸ Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.102.

Uyuşmazlığa çözüm esnasından bakınca sorunun tespiti gerekli iletişim kullanılması ile mümkündür. Bu anlamda taraflar süreçten uzaklaştırılmadan, itham etmeden açık üçlü sorular, iyi bir somutlama, olayı belirleme konusuna yardımcı olacağı anlaşıyor. Arabulucu sıfatını kazanmış şahsın müzakere sırasında gerekli olduğu veya ihtiyaç gördüğü hususları kendisi için not ta tutabilmesi, taraflarca sunulan bilgileri gereğince uygun ve doğru değerlendirmesi için, kısmen değil, komple uyuşmazlığa ve gerekli uygun çözüme doğru yön tutması, bu anlamda da arabuluculuğun ilkelerine uygunluk içerisinde bu durumları taraflarla paylaşması gerekli olduğu esas yönü teşkil etmesi lazım³²⁹. Arabulucu, müzakereler sırasında, taraflarca ileri sürülen fikirler, öneriler ile teklifler şeklindeki not ve tutanak tutmaya hazırlıkta caiz olmas, ama müzakereler aynı zamanda da sözlü olarak ta yürütülebilir. Müzakerelerde, tarafların sunulduğu teklifleri kabul edilip ve netleştirilip, taraflarca sunulan görüş alanları incelenip eleştirildikten sonra ve tahmini yorum yapıldıktan sonra tabi belli bir çözüm söz konusudur. Bu sırada genelden özele bakış yönüyle tarafların menfaati teraziye tartılacak şekilde, ihtiyacı göze alarak uygunluk ve adalet çerçevesinde sınırında çözüm teklifi oluşmasına yaklaşması gerekir. Tabi bir de en kısa şekilde belli bir sonuca gelememekten dolayı tarafları git gele uğratan müzakere işleyişin de netice itibarıyla tarafları umutsüzlüğe uğratmadan başka bir sonuç veremeyeceği söz konusudur. En azından böyle bir duruma uğratmadan sağlanmadan ise bir ara verip tekrardan da eksik gören hususlar üzerinde çalışmalı, ama buna rağmen beklentili şekil haledilemiyorsa o zaman mecbür müzakere temeli başarısız sayılır. Ama iyi sonuç gözetlemek amacıyla ve müzakereyi bu duruma uğratmamak maksadıyla, yine de zaman kayıp edip te neticesizlik gözetleyerek daha erkenden olumsuzluk korkusundan dolayı çabuk sonuç görmek mağnasındaki çabaya uğrayan müzakere tamamlanmalı. Yukarıda dediklerimizi esasa alarak bir sonuç belirlersek işte; uyuşmazlığın türüne- duruma-kişiyeye-zamana göre bir tarz daha uygun olabilir. Dolayısıyla bu durumda da arabulucu, tarafların ihtiyaçlarını ortak olarak tatmin etmelerini sağlayacak bir kazan-kazan yaklaşımıyla konuların ele alınmasını sağlar³³⁰.

³²⁹ Özbek, Alternatif, s.1242.; Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.102.

³³⁰ Ünal Sıgır, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımca Kitabı: Modül 9 Arabuluculuğun Aşamaları: Müzakere Aşaması, 2021, Kitap Edirörleri; Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç, Alper Bulur, Makale, Ankara, s.159.

D. Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi

Arabuluculuktaki gaye arabuluculuk sürecinin tarafları uyuşmazlık üzerinde anlaşmak ve konu üzerinde işleyişi tamamlamaktır. Bu nedenle taraflar arasında uzlaşmayı eldetmek için yapılmış bir sözleşme, başarıya ulaşıldığının göstergesidir. Zaten arabuluculuğun gerçekleşmesi sonuç itibarıyla özel bir eğitimle hazırlanmış üçüncü şahsın katılımıyla olumlu müzakere neticeli bir şekilde mevcut uyuşmazlığın sonuçlanması demektir.

Burada dikkat edilecek nokta, arabulucu önünde anlaşmaya varılan konularda düzenlenen anlaşma belgesinin ve sadece anlaşma belgesinde imzası bulunan tarafları bağlayıcılık taşıyacağı söz konusudur. Aynı zamanda da bu tarafların anlaşılan konular üzerinde kural olarak dava açma yasağına tâbi olmasıdır³³¹.

Arabuluculuğun iyi bir sonuçla tamamlanması, teorik açıdan arabuluculuğun temel ilkeleri olarak kabul edilen ve bu anlamda başarıya ulaşmak için temel oluşturan pratik başarıların yerine getirilmesi olarak kabul edilir.

Bu anlamda biz arabuluculuk her uyuşmazlığı çözecek diye de bir deyimde de bulunmuyoruz³³². Esas mahkemeden evvel, mahkeme sırasında veya ondan sonraki prosedürlerde hatta temiz aşaması dahilinde bile anlaşma elde etilebilir durumu mevcuttur. Yalnız bu sıradaki mevcut durumlar hep önemsiz detay gibi gözükse bile kaşırılmamalı örneğin, masadan kalakarken saygı kuralları terk edilmemeli³³³. Maalesef yapılan tüm çabalar, taraflar için sunulan iradeler, arabulucu tarafından gösterilen danışmanlık hizmetleri boşa gidmiş olabilir de ve olur da. Bunun sebebi, uyuşmazlığın türü ile niteliğine bakmadan, uyuşmazlık sonuçlanamadan sorunu ümitsüzlüğe uğratıp, bir netice verememesi hâli olarak kabulü de mümkündür. Kanun koyucu ise, Hukuk Uyuşmazlıklarındaki Arabuluculuk Kanunun 17/1 maddesine uygunluk sırası ve dayanıklılığını açıklamış. Konumuz üzerinden devam ederek uyuşmazlığın anlaşmazlık durumuna dönüşü ve arabuluculuk yoluyla faaliyetini sona erdirmeye sebeplerine gelince burada kanuna uygunluk içerisinde şu sıra izlenebilir :

³³¹ Mine, Akkan, Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Anlaşılacak Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, Makale, 2018, s.24.

³³² Kekeç, s.195.

³³³ Kekeç, s.195.

- a) Tarafların anlaşmaya varması,
- b) Arabulucunun tespiti üzerinde arabuluculuğu sürdürmenin lüzümsüz olduğu ve onun taraflarca danışıldığı sonrası daha gereksiz olduğu sonucu,
- c) Taraflardan birinin arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini karşı tarafa veya arabulucuya bildirmesi,
- ç) Arabuluculuk faaliyetinin taraflarca anlaşarak sona erdirilmesi³³⁴.
- d) (Değişik: 12/10/2017-7036/23 md.) Bu durumda uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığının tespit edilmesi. Dolayısıyla arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmış olmaları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Sonuç itibarıyla arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Bu belge taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır³³⁵.

Getirdiği hususları tahkiben arabuluculuk faaliyetini sona ermesi iki süreç yaratmaktadır, **birisi ise** arabuluculuğun başarılı şekilde sonuçlanması, **diğeri** de başarısızlığı. Hâkimin tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varıp varmadıklarını tespit edememesi durumunda, belki dava sonunda verilen bir hüküm ve bu hükmün kesinleşmesi söz konusu olacak ve taraflar anlaşma belgesinden farklı bir sonuçla karşılaşabilecektir³³⁶.

Arabulucu, bu arabuluculuk işleyişinin bir şekilde sonuca varıldığını netice itibarıyla bildirim yapıp tamamlamalıdır. Bununla beraber, elde edilmiş neticelerle tarafların da sonuç itibarıyla gerekli konuşma yapmasında katılan taraflar için faydalıdır. Arabuluculuk başarısız olsabildi arabulucu, tarafların aralarındaki menfaat ilişkilerini kayıp etmeden veya ettirmeden değişik bir yolla uyuşmazlığı yeniden bir çözüm yoluna bağlama tavsiyesi de öngörülebilir. Arabuluculuk süreci başarılı bir şekilde tamamlandı ise, yapılan anlaşma mağnası, önemli koşulları ve şartları ile sorumlulukları, icra süresi, arabuluculuk sırasındaki temel ilkeleri dikkate alarak ve ana hususlara önem vererek tarafların isteği üzerine alınan hak ve görevlerini bir daha geriye götüremes. Dolayısıyla böyle bir başarılik çalışma

³³⁴ Kekeç, s.194.

³³⁵ 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanunun 23' üncü maddesiyle, bu fıkra da yer alan "taraflar veya vekillerince" ibareleri "taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca" şeklinde değiştirilmiştir.

³³⁶ Akkan, s.27.

itibarı, arabuluculuk faaliyetinin sonuçlandığı işlevi tutanak ile tamamlanır. Bahsettiğimiz tutanak arabulucu tarafından düzenlenip, arabulucu, taraflar kendileri, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır (HUAk m.17/2). İşte kanunda öngörüldüğü gibi, arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinin nasıl sonuçlanacağını ve tarafların bu anlaşma şekillerinin büyük bir önem taşıdığını 5 saneye kadar muhafaza edilmesiyle sonuçlanmaktadır.

Yukarıda anlattıklarımız gibi mevcut bir uyuşmazlıkla ilgili bir sonuca varmak, tek bir kişinin yahut tek tarafın veya arabulucunun istep istemediğine bağlı değildir. Bu nedenle bir uyuşmazlık, tarafların bizzat gönüllü olmalarına bağlı olduğunun da altını çizmemiz gerekir. Arabuluculuk temel ilkesi olan iradilik bu anlamda önemli husus taşır. Bununla beraber nasılsa uyuşmazlık sırasında elverişli müzakerelerin iyi neticesi itibarıyla tarafların bir şekilde el sıkışmaları iyi neticeyle anlaşmaları demektir. Uyuşmazlık çözümüne nokta koymak, zaten tarafların anlaşamamamız zirvesinden döndükleri halidir. Anlaşmadan sebep oluşan uyuşmazlığın direnebildiği kadar son noktaya gelen menfaat çelişkiliği, nasılsa taraflarca yeni düşünceler getirebilirler anlamından önemlidir. Arabuluculuk faaliyeti sonuçlanırken taraflarca varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir, anlaşma belgesi hazır olup düzenlenmesi hâlinde bu belge artık taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır olması yürürlükte olan HUAk m.18/1 net belirleniyor. Oysa her yönde anlaşılan taraflar, aralarındaki bu anlaşmayı bir şekilde resmileştirmek kanaatindeler.

Aynı maddenin (HUAk m.18/2) fıkrası, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonuna erince ve bu sırada da bir anlaşmaya varılma durumunu mevcutse, bu anlaşmanın icra edilebileceği ile ilgili şerh talebinde bulunma yetki veriyor. Hatta dava açılmadan önce bir arabuluculuğa başvurulduysa, anlaşmanın icra edilebilmeye ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Esas bu şerhi içeren anlaşma ise, ilâm niteliğinde belgedir³³⁷.

Diğer bir görüş sahibinin fikrine göre anlaşmanın formulu şu şekilde anlaşılmaktadır;

³³⁷ 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanunun 24'üncü maddesiyle, bu maddenin ikinci fıkrasında yerleşik "asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeden ibaresi "arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden" şeklinde ve aynı maddenin 3'üncü fıkrasında yer alan "üzerinden de yapılabilir" ibaresi "üzerinden yapılır" şeklinde değiştirildiği beyan edilmiş.

Varılan anlaşma, hiçbir yanlış anlaşmaya sebep yaratmayacak kadar basit ve kolay anlaşılır seviyede olmadıkça arabulucu, metin hazırlanırken yardım almaları konusunda taraflara tavsiyede bulunması beklenmektedir³³⁸. Bu nedenle kelimeler üzerinde tereddütler yaşanması ve başka anlama gelen kelimeler nedeniyle daha ileride anlaşmanın tehlikeye girmesi engellenmeye çalışılmada gayret etmeli³³⁹.

Ama taraflar için aralarındaki anlaşığı konudaki hususun anlaşılması illaki bir yazılı duruma getirme zorunluğunun da bulunmamaktadır. Bu yönden mevcut uyuşmazlığın bu şekilde sonuçlanması, artık arabuluculuk katkısıyla çözümlenmesi, aynı zamanda da anlaşma metnini haline gelip bitmesi iki taraf için de daha hayırlı olacaktır. Uyuşmazlığın bu şekilde sonuçlandığı, ileride taraflar arasında bu soruya dönük sorun çıkma tehlikesini önlemesi sağlanır. Sırf bu anlamda olmayıp, işin icraya dönme durumunda da tek olumlu arzu edilmesine de fırsat kazanmış olur.

Sonuç itibarıyla tarafların uyuşmazlık konudaki anlaşıkları nihayet anlaşmaya direlirse, iş bu anlaşma nasıl hazırlanmalı, içerik metni nasıl olacak ve anlaşıkları hususları yerine getirmesi onun icra edilebilecek durumu olur mu olamaz mı, bu tür süreçleri sırayla aşıkamamız gerekir. Anlaşma metni taraflar arasında adi yazılı şekilde ve noter aracılığı ile de düzenlenebilir, şunu demek gerekecek anlaşmanın noter huzuru onaylanması anlaşmaya resmiyet kazandırır. Ancak, yeni de bir baskı anlamında yahut nasılsa bir anlaşma mağnasında da değil, arabuluculuğun sona ermesi dışında hangi hususların metinde yer alacağına karar verecek taraflar olduğu önemlidir (HUAK m.17/3, Yön.m.20/3)³⁴⁰. Burada önemlilik taşıyan husus, sırf tarafların faaliyetlerinin korunması söz konusudur. Kanunen belirlenen sürecin değerlendirmesini değerli hukuk ilim adamlarımız konuyu şu şekilde değerlendirmişler. Çünkü, taraflar gerekli gördükleri hususları, ayrıntıları ve anlaşmaya varmışlarsa metnini anlaşma tutanağına yerleştirebilir³⁴¹. Az yukarıda öngörülen iki madde arabuluculuğun en arzu edilen sonuca getiren durumunu izah ediyor. Ve sonuç itibarıyla tarafların karşılıklı bir anlaşmaya

³³⁸ McKay, s.470. Benzer olarak bkz. Council Of Europe: Family Mediation, s.26; Özbek, s.Aile Arabuluculuğu, s.92.; Kekeç, s.199.

³³⁹ Özbek, s.557. Goodman'a göre, arabuluya düşen görevi sadece bu anlaşmaya varılmasına kadar onlara yardımda bulunmaktır. Tarafları bağlayacak hukukî sonuçlar oluşturacak bir belgenin kaleme alınması işlemine de arabulucunun katkıda bulunmaması istekte bulunur. Artık arabulucuya düşen görev ise yol göstermek ile tavsiye etmektir (Goodman, s.85) .

³⁴⁰ Ekmekçi, Özekes,Atalı, Seven, s.105 .

³⁴¹ Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven/Arabuluculuk, s.113-115.

varabilmelerinin neticesi sayılmaktadır³⁴² . Bağlayıcılık mağına taşıdığı için son uzlaşma tutanağın sonuç haline getirmekdeki gaye, uyuşmazlığın sona erdiğini arabuluculuk nedeniyle belirtmek demektir, bu nedenle uyuşmazlık özetini gerekli şekilde netleştirerek tutanağa dökmesi demektir. Eğer arabuluculuk anlaşmayla sonuçlanırsa, o zaman anlaşma metninin ayrıca hazırlanması maküle geçer. Hazırlanan son halindeki tutanağın kaderi iki taraflı düzenlenerek taraflara teslim edilmeli, diğer bir örneği de arabulucuda bulunmalı, bir örneği ise Genel Müdürlüğe yollanmalıdır. Buradaki arabuluculuk faaliyetini sonuçlayan tutanağın Genel Müdürlüğe gönderiliş süresi bir aylık zamanı kapsıyor. Ama Kanunda arabulucunun uyuşmazlık sırasındaki katkısı taraflar için sırf tavsiye sıfatında olarak anlaşılmaktadır .

E. Arabuluculuk Sonunda Anlaşmaya Varılması Halinde Anlaşmanın Özellikleri

Esas Arabuluculuk Sonunda tarafların Anlaşmaya Varılması Halinde Anlaşmanın Özellikleri ile ilgili bir niteliği olmaya da bilir. Arabuluculuk faaliyetinin iyi sonuçlanması, arabuluculuğun bir neticeli tamamlanması demektir. Böyle bir durumda taraflar bir anlaşmaya varırlar olması ve o tutanağın da taraflarca hangi hususların yazılacağı kararlaştırılıp sonuç itibarıyla adlarından imzalanması gerekmektedir (HUAK m.17/1,3) . Uyuşmazlıktan dolayı tarafların vardıkları anlaşma arabuluculuk yoluyla çözülecekse, bu prosedürün yargılama süreci başladığı için, uyuşmazlık tarafların davaya yansıtımalarına göre dava sonuçlandırılır. Oysa Kanun'da arabuluculuğun sona ermesiyle ilgili beş aşamadan oluşmaktadır:

- Tarafların anlaşmaya varılması,
- Taraflarla danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespiti,
- Taraflardan birini karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi,
- Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi,

³⁴² Anlaşma, bir işin sonuçlanmasıyla ilgili veya olumlu bir sonuca getirmedeki uygulanmış kurallar, ilkeler ve yaptırımlarla uzlaşma durumu (Çetin, s.4).; Kekeç, s.194.

- (Değişik:12/10/2017-7036/23 md.) Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığının tespit edilmesi,

durumlarında arabuluculuk faaliyeti sonuçlanır (HUAK m.17/1). Böylece arabuluculuk süreci her zaman beklendiği gibi bir sonuç yaratmayıp değişik bir şekillerde de sona erebilir. Ancak arabuluculuğun sona ermesi kanunda öngörülmediğinin dışında diğer bir yazarımız tarafından son başlık altı şu şekilde değerlendirilmiş, ‘uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olmadığının veya 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca uzlaşma kapsamına tabi olmayan bir suçla bağlı olmayan durum ve arabuluculuk faaliyeti sonuçlandırır tespit edilmesi’ diye³⁴³. Ama nasılsa mevcut durumların taraflarca kabul edilen şartlar altında sözleşme imzalanıp görüşmenin bitirilmesine son verilecektir gibi gözükmüş gibi durumla karşılaşıyoruz. Diğer yönden, yukarıda belirtilenlerden uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığının tespitini hariç tutarak, arabuluculuğun sona erme durumunda, ‘sürecin başarılı’ ve ‘başarısız’ sonuçlanma gibi iki çeşitle toparlamayla karşılaşma gibi durumumuz olur. Oysa, anlaşma dışındaki diğer hâlder istenen sonuçun elde edilememesi ile ilgili durumudur³⁴⁴.

Neticeli sonuç, nasılsa yanlış anlamaya sebep yaratmayacak kadar basit ve kolay anlaşılır olmadıkça, arabulucu metin hazırlanırken yardıma ihtiyac görüldükçe taraflara tavsiyede bulunmalıdır³⁴⁵. Hatta anlaşma sırasındaki kelimelerde tereddütlerin yaşanması ve değişik anlam taşıyan kelimelerin ileride sebep oluşturup tehlikeye sokması engellenmeye gayret edilmelidir³⁴⁶. Esasen anlaşılan nokta, tarafların el sıkışır sıkılmas bağlayıcı bir netice sonucunda derhal plana ulaşıp kağıda dökülmesine yardımda bulunmaktır³⁴⁷.

Anlaşma süreci taraflar için aynı zamanda da taraflardan her hangi birisinin feragat hakkından vazgeçme, davalı taraf olmama (HMK m.307), onun tarafından dava da kabul edilebilir (HMK m.308) (HMK m.313-315) sulhtan da olabileceğini söylemek lazım. Benzer davalarda mahkeme anlaşma çerçevesinden çıkamayıp

³⁴³ Kekeç, s.194.

³⁴⁴ Ekmekci, Özekes, Atalı, Seven, s. 104.

³⁴⁵ McKay, s.470. Benzer olarak bkz. Council Of Europe: Family Mediation, s.26; Özbek, Aile Arabuluculuğu, s.92.; Kekeç, s. 199.

³⁴⁶ Özbek, s.557. Goodman’a göre arabulucunun görevi esnasında bu anlaşmaya varılmasına kadar yardımda bulunmalıdır. İki taraf da ilgilendirecek hukukî sonuçlar yaratacak bir belgenin işlem göreceği arabulucunun katılmaması gerekir. Arabulucunun buradaki görevi, sadece yol göstererek tavsiyede bulunmasıdır (Goodman, s.85); Kekeç, s.199.

³⁴⁷ Kekeç, s.199.

mevcut hüküme uygun şekilde karar vermesi ile sonuçlanır. Bu gibi durumlarda sulh hükümlerine üstünlük tanılacağını dile getiriliyor. Genelde her iki taraf da görüşmelerin sona ermesi hâlinde önlerine çıkacak alternatif yerine, bu alanda anlaşmayı tercih edecekleri kuşkusuzdur³⁴⁸. Karar verme sırasında mahkeme tarafların uzlaştığı alana bağlı kalıp sulh hükümlerine göre karar vermeye gerek olmadığını belirterek yargılamayı sona erdirebilir veya taraflar varılan anlaşmaya doğrudan karara da bağlaya bilir (HMK m.315)³⁴⁹.

Taraflar kanunen öngörülen iradelerinden yararlanarak bahsettiğimiz şekilde sonlandırmanın yerini aynı zamanda, geldikleri ve anlaştıkları noktanın yerine, davayı tahkip etmemek ve dosyayı işlemeden kaldırmak gibi (HMK m.150) yahut davayı geri almak (HMK m.123) gibi sebeplerden dolayı sonlandırabilme yetkisine sahiptir, yalnız böyle bir durumda ayrıca bir anlaşmanın usulen bir anlaşma metni hazırlamalıdır³⁵⁰. Buna istinaden dava açılmış ama henüz yargılamaya varılmamış ise yahut yargılamaya tamamen yansıtılmayan bir anlaşma mevcut olsabiles, bu anlaşmanın çeşidine göre de bir nitelik oluşturulmalıdır.

Süreç sona erdiğinde arabulucu, son tutanağı düzenler; tarafların ve arabulucunun imzasını taşıyan bu tutanak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilir (HUAKE, madde 17/2-4; HUAKEY madde 2=/2-3). Son tutanak herhâlde tutulmalıdır; yani süreç anlaşma ile veya anlaşma olmaksızın sona erse de son tutanak düzenlenmeli ve Genel Müdürlüğe gönderilmelidir³⁵¹. Böylece taraflar, en basit dediğimiz yazılı şekilde adi anlaşma metnini hazırlamaları mümkündür.

Yalnız böyle bir anlaşma ileriye dönük sorun yaratırsa adi senet hükmünde de olabilir, ama dava yahut icra dosyası açıldığında ve tahkip sırasında adi senede bağlı sonuçlar yaratabilir. Bu durumdaki bir belge (HMK m.199) adi senet olarak delil teşkil edecektir (HMK m.200 vd), ama ilamsız icraya husus olursa itirazın kaldırılması mağnasında ayrıca bir belge sıfatında olmasıyla sonuç yaratır (İİK m.68/1)³⁵².

Dediğimiz gibi bir noter huzurunda onaylanan ve prosedür görenişlemin de resmi senede ait sonuçlarla tamamlanması örnek olabilir. Bu halde her halükarde

³⁴⁸ Kekeç E.K. Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı (Ed.: Yeşilirmak A./Kekeç E.K.) Modül 8 Arabuluculuğun Aşamaları: İnceleme Aşaması, s.140, Ankara 2021.

³⁴⁹ Ekmekci, Özekes, Atalı, Seven, s. 109.

³⁵⁰ Ekmekci, Özekes, Atalı, Seven, s. 110 .

³⁵¹ Kekeç/ Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Uygulanan Temel Taktikler/s.152.

³⁵² Ekmekci, Özekes, Atalı, Seven, s.110 .

düzenlenmiş bu belge anlaşıldığı gibi resmi senet hükmünde bulunarak, senetle alakalı sonuçlar meydana getirir.

Konunun diğer bir özeti anlaşmaya varılan tarafların durumu daha resmi hale getirme istekleri olacaksa, o zaman anlaşmayı noter huzurunda düzenleme tescil etme gibi istekte de bulunabilmeleri. Anlaşma belgesinin mutlaka icra edilmesine gerek yoktur. Ayrıca taraflar, anlaşmada düzenlenen yükümlülüklerini yerine getirmekte sorumludurlar. Uyuşmazlık içinde olan kişiler, uyuşmazlıklarını mahkemede çözmek isterlerse bununla ilgili herhangi bir anlaşma yapmalarına, izin almalarına gerek yoktur. Mahkeme binası içerisinde taraflar uzlaşmak isterlerse buna herhangi bir izin mahkemeden gerekmez.

Ancak icap ederse, varılan anlaşmanın ilâm niteliğinde belge yöntemine döndermek için olabilir. Bunun dışında yapılabilecek işlem, hep yansıttığımız üzere, HUAK ve Yönetmeliğine göre, mahkemeye başvurularak anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh alınmasıdır. Bu şerhi verecek olan mahkeme, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş ise, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan; davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise, davanın görüldüğü mahkemedir. Bu şerhle birlikte anlaşma, ilâm niteliğinde belge sayılır. (HUAK m. 18/2 ve Yönetmelik m. 22/2). Burada mahkemenin icra edilebilirlik şerhi vermesi, çekişmesiz yargı işidir ve dosya üzerinden de gerçekleştirilebilir ³⁵³.

Diğer yandan, taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler olması. Dava açılmadan evvel arabuluculuğa başvurulmuş ise, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi ve onun da çekişmesiz yargıya ilişkin yetki hükümleri yanında arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talepte bulunur olması. Bu şerhi içeren anlaşma, ilâm niteliğinde bulunan belge sayılır (HUAK m. 18/2; HUAK Yönetmeliği m. 21/3) ³⁵⁴.

³⁵³ Ekmekci, Özekes, Atalı, Seven,s.116 .

³⁵⁴ Koçyiğit İlker, Bulur Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Makale, s. 42.

F. Arabuluculuk Giderleri ve Sorumluluk

Arabuluculuk faaliyeti sonuçlanınca, arabuluculuk ücreti olarak bir masrafın ortaya çıkması doğaldır. Bu anlamda arabulucunun haklarını düzenleyen hüküm HUAK m.7, Yön.m.9 öngörülmüştür. Dolayısıyla arabulucu, taraflardan, yapmış olduğu faaliyet karşılığı, ücret talebinde bulunma hakkına sahiptir. Oysa ücretle ilişkin tespitname, arabulucu sözleşmesine bir kayıt düşülmek suretiyle gerçekleştirilir. Taraflar, masraflar hususunda arabuluculuk ücretini, arabulucunun emeği, çabası, uyuşmazlık konusu işin önemi, uyuşmazlığın niteliği ve muhtemel arabuluculuk faaliyetinin süresini göz önüne tutmak suretiyle belirlerler³⁵⁵. Ayrıca, sözleşmede tarafların arabuluculuk ücretiyle ilgili herhangi bir düzenleme olmadığı durumda, Arabulucu Asgarî Ücreti Tarifesi hükümleri uygunluğuna göre hesap edilir (Arabuluculuk AÜT m.1,II).

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmaları hâlinde, arabuluculuk ücreti, arabuluculuk asgari ücret tarifesinin eki arabuluculuk ücret tarifesinin ikinci kısmına göre aksi öngörülmedikçe taraflarca eşit şekilde karşılanır³⁵⁶. Yapılan faaliyet ücretine gelince şöyle, Tarifenin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz (HUAK m. 18A/12; HUAK Yönetmeliği m. 26/1) .

Dolayısıyla taraflar arabulucunun ücreti konusunda taraflar arabulucu ile anlaşabilirler. Hatta arabulucuyla yapılacak olan arabulucu sözleşmesindeki bulunması gerek olan önemli konum ve koşul arabulucu ücretidir. İşte, sunacak olan arabulucu hizmetine karşılık taraflardan da bir ücret ödenmesi gereklidir. Burda kanuna dayanan kısım da arabulucunun ücret ve masrafları isteme hakkı varlığı ve onun isterse avans şeklinde talep etme hakkında bulunması belirtilmektedir (HUAK m.7/1, Yön.m.9/2). Bu duruma göre, taraflar arabulucu ile birlikte ücreti kararlaştırmışlarsa bu kabul edilen miktar arabulucuya ödenmelidir³⁵⁷. Zaman harcamada, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesinde pek çok bir uzun zaman almadığı için genellikle ödeme tarife saat ücretine göre hesap edilecektir (HUAK m.7/1).

³⁵⁵ Tanrıver, s.91.

³⁵⁶ Koçyiğit, Bulur, s. 59 .

³⁵⁷ Ekmekci, Özkes, Atalı, Seven, s.117.

Şimdi de arabuluculuk yaygınlaştıkça, arabulucunun sorumluluğuna dair iddiaların çoğalmasa da bir kaçınılmas durumu oluşturdu. Bilhassa arabuluculuğun irâdesiyle yapılan ya da piyasada belirlenmiş bir tarife altında ve onun karşılığında hesap görülmesi gibi işlem daha kendisine dikkat çektiren duruma gelmiştir³⁵⁸. Diğer sorumluluk kaynağı, arabuluculuk sürecinde taraflarca düzenlenen sözleşme gösterilebilir. Ayrıca Türk Medeni Kanun'un 2.maddesi yer alan dürüstlük kuralı açıklaması, bir taraf diğer tarafa güveninde aldatılmamalı ve güven hakkı bozulmaması veya boşa çıkartılmamalı³⁵⁹. HUAK'a direk olarak gösterilen arabuluculuk sorumluluğu diye bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak arabulucular için güven ilişkisi sorumluluk kaynakları arasında gösterilmiştir. Nasılsa arabulucu ile taraflar arasında bir güven ilişkisinin varlığı bellidir. Açıkladığımız arabuluculuk sürecinde taraflar arabulucu ile en gizli kişisel ve önemli koşulları ile ekonomik bilgilerini paylaşacaktır³⁶⁰. Dolayısıyla arabulucunun işe adaletli davranmasında dürüstlük ile güvenliğin taraflarla süreç ilişkisinde ana temelidir.

IV. ZORUNLU ARABULUCULUK VE ÖZELLİKLERİ

Zorunlu arabuluculuk durumunun bu tür işleştteki yürüyüşü nedir ve bu tür arabuluculuğu da konu üzerinde kapalı kalmaması için açıklamamızda gerekçe var. Kanuna göre, ne kadar zorunluluk arabuluculuk başvuru sırasında mecburluğu olsabile, taraflar anlaşma sırasına bu süreç uygulanamaz. Bazen taraflar, yapılan tüm çabalara rağmen bir anlaşmaya varamazlar. Ama onların anlaşmaya varılamamış hali, uyuşmazlık çözümünün tükendiği mağnasını da taşımamaktadır. Ayrıca prosedür olarak, ister ihtiyarî ister zorunlu olsun sürecin yürütölme konumunda büyük bir farklılık söz konusu değildir. Bununla ilgili değerli yazarlarımız

³⁵⁸ Hughes, s.110;Kovach, s.327. Ancak, Hughes'e göre, uygulamadaki bu madde hükümleri ile yanaşmak amaç edilen durumnan kaynaklanmış ve arabulucunun bağışıklığı, adeletten uzak kalmış çerçevede uygulanılmaya hareket etmiştir. Öte yandan, mahkeme bağlantılı arabuluculukta arabulucunun bağışıklığı üzerine, riski arabulucu mahkemeden alıp ve bunu da şanssızlığa yansıtarak tarafların omuzlarına yerleştirmektedir (Hughes, s.111). Arabulucularca yapılan işlerin hâkiminkine benzersizliğinin sürdüren yazar, bu çerçevede hâkimlere benzer bir bağışıklığının olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Hatta arabulucunun bağışıklığının, riskin adaletsiz dağıtımına sebep oluşturduğundan ve ileride arabuluculuğa sekte vuracağından endişe görmektedir (Bkz. Hughes, s.154 vd.) Kekeç, s. 210.

³⁵⁹ Edis, Doğruluk ve Güven Kuralları, s.448-449; Arslan, s.24; Kekeç, s.212.

³⁶⁰ Kekeç, s.212.

tarafından verilen açıklamada ise, iki hükümün birlikte ele alındığından ikisinin de zorunlu arabuluculuk kapsamı bakımından ortak yönler bulunduğu görülmektedir. Tabi ki, özellik gösteren ortak alanlar dışında, tespit mağnasında basit bir örneğin, alacak ve tazminat talebinden bulunmakta nasıl bir anlaşma izleneceği gereklidir. Ama alacak şeklinde olmayıp, sadece tespite yönelik taleplerin bu tanımda bulunup bulunmayacağı gibi tartışma hususlarında ortak çözüm üretmek uygundur³⁶¹. Daha başta dediklerimize istinaden, uyuşmazlık kapsamı açısından ortak soruların (içerik ve konuları, ticaret ve iş hukukunun özelliklerini dikkate alarak ve onları belirlemekle beraber) “*alacak ve tazminat talepleri*“ bulunmaktadır. Ayrıca alacak ve tazminat talepleri zorunlu arabuluculuğun esas tanımını belirlemektedir. Yaptığımız hecelemeye göre, alacak ve tazminat talepleri arabuluculuğun yasal niteliğini göstermektedir. İş uyuşmazlıklarında bu dediklerimize ek olarak “*işe iade*“ talebi eklenmektedir. Durum ticaret hukukunda ise alacak ve tazminatta “*paranın ödenmesine*“ dönük yapılacağı somut edilmiş³⁶². Esas HUAK’ta öngörülen arabuluculuk ve ayrıca da İşMK ile sınırlı kalmayıp iş hükümlerinde de düzenleme görüldüğü konuyu ilgili sorunlarla bakmamıza imkan sağlamaktadır. Bu yönde değerli yazarlarımız İşMK kapsamında belirlenen düzenlemelerin bir kısmını HUAK’da yapılan düzenleme ile aynı olduğu kanaatindeler. Hatta bu bakışla sürecin yürütülmesinde de neredeyse bir farklılığın olmadığı da yoklanıyor³⁶³. Halbuki biz bu sırada zorunlu arabuluculuğun genel hükümlerin açıklarken HUAK la beraber İşMK hükümlerinin de beraberlikte devam edildiği gösterilmiş oldu.

Türk hukuk sisteminde başta arabuluculuğa ilişkin temel düzenleme olarak tanımlan 6325 sayılı HUAK’ın kabulü ve yürürlüğe başladığı dönemde ihtiyarî arabuluculuğa önlük tanınmış ve bunun üzerinde gerekli tüm düzenlemeler yapıldığı bellidir. Sonradan usulu değiştiren 7036 sayılı yeni İş Mahkemeler Kanunu sayılarak ilk defa iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenleme Türk hukukunda girmiş sayılmaktadır. Bu durumda 7036 Kanunun 3. maddesi dava şartı bağlı iş uyuşmazlıklarına yapılan düzenlemeyle beraber konuyla bağlantılı olan

³⁶¹ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.132 vd.

³⁶² Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.132.

³⁶³ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.199.

başka hükümlerle (özellikle de maddî hukuk hükümlerinde İş Kanunu'nda) değişikliğe varılmıştır³⁶⁴.

Esas 2012 Tarihli 6325 sayılı HUAK'la yeni mevzuat temeli olduğu ve uygulanmaya başlayınca kısa bir zaman aşımı sonrası, ihtiyarî arabuluculuğun sonuçları neticelenmeden ve sorunlar gerekli şekilde inceleme görmeden ve çözüme bağlamadan bir düzenleme getirilmesi tartışılmalıdır. Burada yaşanan tereddüt, arabuluculukla ilgili temel sorunlar çözülmemişken, doğru dürüst kurum olmadan, konu üzerinde ortada bulunan sorularla ilgili yargı kararları belirgin hal yaşamadan sürenin kısa olduğu hakikaten tartışılmalı ve acele durumda zorunlu arabuluculuğun kabul edilmesi başka sorunlar doğurmaya sebep ola da bilir ve olur da³⁶⁵.

7036 sayılı Kanunla daha başta sırf iş uyuşmazlıklarında kabul edilen zorunlu arabuluculuk düzenlenmesi de sistematik ve kanun hazırlama³⁶⁶ tekniği bakımından doğru olmadığı görüş değerli yazarımıza aittir. Onun nedeni ise arabuluculuğu düzenleyen temel kanun 6325 sayılı HUAK'ı yansıdığından. Eğer yapılacak bir düzenleme söz konusu ise, arabuluculuğun zorunlu olanı dahil temel hükümlerin HUAK çerçevesinde yapılması, iş özel kanunlara gelince sadece niteliğiyle bağlılık taşıyan özel düzenlemelerin mevcutluğu gereklidir ve diğer yandan da bu sırada kanun yapma tekniğine uyum sağlandı görüşünü paylaşmaktayım. Çünkü, gereksiz tekrarlardan kaçınılmanın usûlü nihayet yanlışların olmamasına, hüküm karışıklığını yaşamamazlık bir araya gelmemezlikle fırsat yaratarak uygulamayı da zorlaştırmazdı. Sonuç olarak yazarlarımızca düzenlenen bu görüşler, 7036 sayılı Kanun kabul edildiği dönemdeki kanun yapma tekniği bakışına aykırılık yönünde düzenlenen bir eleştiridir³⁶⁷.

Sonradan da yukarıda bahsedilen iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğu kabulü ardından diğer bir durum ticarî uyuşmazlıklarda da zorunlu arabuluculuğun onaylandığı işlem görüldü. Ayrıca bu sefer değişiklik de kanuna yapma tekniğine benzer bir uygunlukla konuyla alakasız, bir kanuna eklenmiş hükümlerle tamamlanmış. 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para

³⁶⁴ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.124.

³⁶⁵ Özkes M., "Arabuluculuk Mahkemelerine" Doğru Tehlikeli Gidiş, Makale, 2019, Kayseri, s. 53-54.

³⁶⁶ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.126 vd.

³⁶⁷ Özkes, Atalı, s.45 vd.; Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.126.

Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü ile ilgili Kanun'daki 20. madde ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na 5/A maddesi eklenerek artık ticarî uyuşmazlıklar sırasında arabulucuya başvuru dava şartı haline döndürülmüştür. Yalnız o dönemde yaşanan ticarî uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğa ilişkin hususlar ayrıntılı düzenlemeler görmemiş olup, 7155 sayılı Kanunla 6325 sayılı HUAK'ın beşinci bölümüne 18A maddesi eklenerek artık dava şartı olan arabuluculuk mağnasında bir zorunlu arabuluculukla ilgili düzenleme işlem görüyor. Burada TTK Kanununa sonradan 6 Aralık 2018 tarihinde eklenen madde ise “Dava şartı olarak arabuluculuk“ (Ek:6.12.2018-7155/20 md.).

Yapılan eleştiriler kanun yapma tekniği açısından ve dile getirilen hukukî yanlışlar içinde tek tek düzenleme yapma yerine hiç olmazsa zorunlu arabuluculuğun genel ve temel düzenlemeye birleştirilmiş durumunun olumlu olduğunun altını çizmişler³⁶⁸. Esas yapılan düzenlemelerin açıklamasında bir karmaşık durum da söz konusu olabilir. Ayrıca düzenlemelerin neler üzerinde yapıldığına ve kapsamaları açısından belirleme sanırım fazlalık yaratmaz. Bu nedenle Türk hukukunda yapılan zorunlu arabuluculukla ilgili temel düzenlemelerin neler olduğunu şöyle sıralayabiliriz:

- HUAK'daki düzenleme: Zorunlu arabuluculuğa bağlı genel düzenleme esas 6325 sayılı HUAK'a eklenen Beşinci Bölümde bulunan 18A maddesinde değişiklik gören kısımdır.

- TTK'daki düzenleme: 7155 sayılı Kanunla kabul edilen ve ekte bulunan TTK m.5A hükmüdür, bu konuda hüküm ise ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğu düzenlemiştir.

- İşMK'daki düzenleme: Bu sırada zorunlu arabuluculukla ilgili diğer düzenleme iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa ilişkin 7036 sayılı İşMK madde 3'ten bahsedilmektedir ve bu madde ise 22 fıkradan oluşan ayrıntılı bir düzenlemeye sahiptir. Bu maddede görülen epey düzenlemeler, kısmen farklılıklarla beraber zorunlu arabuluculuğa bağlılık eden genel düzenlemede bulunan HUAK m. 18A'da bulunmaktadır. Ancak HUAK'ın 18 A maddesinin 19. fıkrası hükmü oldukça uygulamada bazen karışıklığa ve yanlış uygulamaya sebep oluşturacağı gibi eleştiriler devam etmektedir. Çelişkilik yaratan bu fıkra hakikaten

³⁶⁸ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.126-129.

mağna olarak: “İlgili kanunlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin kabul edilen özel hükümler saklıdır” demesiyle biraz da olsa önceden bu tür olayı göze almış gibi bir durumu teşkil ediyor. Oysa, eleştiricilerce beklenen işlem, HUAK m.18A hükmünün kabul edilmesi an, 7036 sayılı İşMK m.3 yeniden gözden geçirilerek aynı yönde bulunan fıkraların silinmesi ve onların iş uyuşmazlıklarına ait hükümlerin İş Mahkemeleri Kanunu’nda yerleşik olması idi. Fakat bahsedilen düzenlemeler hazırlanırken yine de kanun yapma tekniğine uyma alışkanlığı terkedildiğinde bu da yerini bulamadığı ifade edilmiştir³⁶⁹.

Bu sistematik karışıklık kanun yapma tekniğine uygun davranılmasından kaynaklanmaktadır. Hak arama özgürlüğünü, bir yönü ile maddi hukuku ve sonuçta kişilerin haklarını etkileyen bu konunun aceleye getirilerek, yeterli hazırlık yapılmadan ve tartışılmadan bir kanunlaştırma süresi yaşanması, ister istemes bu tür çelişkileri ve yanlışlıkları ortaya çıkartacaktır. Sadece şekili ve görünüşte bir farklılıkları olduğu yanılgısına düşülmemelidir. Çünkü, bu düzenleme çeşitleri zaman içinde uygulamada ve yorum yapılırken sorunlara yol açmakta katkıda bulunmasıyla yararlıdır. Bundan dolayı seçenekli öneriye gelince, iş uyuşmazlıklarında da önce süreç bakımından HUAK’ın zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerinin geçerli olacağının kabulü ile hangi iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun uygulanacağı ve maddi hukuka ilişkin yönünün ise, maddi iş hukuku kanunlarında yer alacağı yeni bir düzenlemeye bağlı bulunmasıdır. İş uyuşmazlıklarında arabuluculuk prosedürüne göre, bazı hususların illaki ayrı düzenlenmesi öngörülen ve maddi iş hukukunda da bakılması redde bulunanların, İş Mahkemeleri Kanunu’nda işlem görüleceği yeterli görülmektedir. Bu açıdan, zorunlu arabuluculuğun kapsamı büyüdükçe hiç olmazsa asgari olsa da uygulamada bazı sorunlar boş tartışmaya uğratmama yönleyici sıfatında olduğu görüşü mevcuttur³⁷⁰.

Zaten Türkiye’de arabuluculuğun sınırları zorlanarak Dünya’da pek örneği karşılanmayan şekilde, arabuluculuğun gittikçe artan zorunlu hale getirilmeye çalışılan durumu bazı yazarları endişelendirmektedir. Bu artışla ilgili inceleme, arabuluculuk mahkemelerine doğru tehlikeli bir gidişi olduğu da ilk kez delinmiyor daha önce de dile getirilmiştir. Esas zorunlu arabuluculuk ismindeki arabuluculuk

³⁶⁹ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.128.

³⁷⁰ Ekmekçi, Özkes, Atalı, Seven, s.125-130.

dışında, arabuluculukla aslında pek de bir ilgisi olmadığı görüşü ve yargının zaten zorunlu olduğuna yansımamaktadır. Halbuki uyuşmazlık çözümünde aranan zorunluluksa, zorunlu hak aramadaki en güvenceli yol tanılan yargıdan vazgeşmenin asla ve asla mümkün olmayacağıdır ³⁷¹ . Buna rağmen dava şartı olarak tanılan zorunlu arabuluculukla ilgili 2020 tarihi dahil olarak Türk hukukunda yapılan düzenlemeleri sıralar olsak şu şekildedir:

- *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, düzenleme maddesi 18 A*
- *İş Muhakemeleri Kanunundaki düzenlemede İşMK madde 3*
- *Ticari uyuşmazlıklarında yansıyan düzenleme (TTK madde 5A)*
- *Tüketici uyuşmazlıklarında düzenleme(TKHK madde 73 A).*

³⁷¹ Özekes, Muhammet, Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, s.451-452.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

RUS HUKUKUNDA ARABULUCULUK

I. ARABULUCULUĞUN RUSYA'DAKİ GELİŞİMİ VE TEMEL YAPI

A. Arabuluculuğun Rusya'daki Gelişimi

Alternatif bir anlaşmazlık çözümü yöntemi olarak Rusya'da arabuluculuğun gelişim tarihinin kökleri derindedir. Burada ana işleyiş sistemi, esas aracı (intermediare³⁷²) tarafından oynanır. Asırlardır insanlar, tartışmalar ve ihtilaflar sosyal hayatımızın her ortamında faaliyet göstermektedir ve bu durum Rus hukuku doktrininde de kendi yaşantılarını devam ettirmiş. Roma hukukunun kabulü, Kıta Avrupası ülkelerinde ve onlar aracılığıyla Rusya'da yerleşim anlaşması kurumunun başlatılmasına katkıda bulundu. Rus mevzuatında yerleşim anlaşması kurumuna ilişkin ilk sözler Novgorod huş ağacı kabuğu tüzüğünde 1281-1313 tarihleri aralığında yer almaktadır. Mektupta, mektubu yazanın muhatabıyla yaptığı uzlaşma anlaşmasına ve muhatabın buna uyma zorunluluğuna atıfta bulundurulması olmalıdır. Metinde, 15. yüzyılın sonlarına ait Pskov mahkeme tüzüğünden de anlaşılacağı gibi, tanıkların huzurunda hazırlanan bir barış tutanağının sonuçlandırılması anlamına gelen “yerleşmek, hazırlıklı, hazırlanmalı” ve “anlaşma, anlaşmak” gibi terimlerin bulunmasıdır³⁷³.

Ayrıca, uzlaşma prosedürlerini kullanma sürecinin, özel bir prosedürün olduğu Novgorod Cumhuriyeti'nde gerçekleştiğine dikkat edilmelidir - ihtilaflıların “sülhçılar safı” (uzlaştırıcılar, arabulucular) tarafından hizmetlerine yönelmesini içeren “yöneticiler” anlaşmazlığı çözmek ve bir anlaşma yapmak için mevcut bulunmuştur³⁷⁴. Bizim için özellikle ilgi çekici olan, 1357-1366 maddeleri arasında

³⁷² Shamlikashvili C.A., “Mahkeme dışı anlaşmazlık çözümü yöntemi olarak arabuluculuk”, Yayınevi LLC “Bölgeler Arası Yönetim ve Siyasi Danışmanlık Merkezi”, Moskova 2006. s. 9. (Шамликашвили С.А., “Медиация как метод экстерриториального разрешения споров”, Издания ООО “Межрегиональный управленческо-политический консультативный центр”, Москва 2006 года, с.9).

³⁷³ Momotov V.V., Uletova G.D., Ortaçağ Rusya'sında mahkeme kararlarının dava edilmesi ve icrası // **Tahkim ve hukuk süreci dergisi**. 2003. No. 4, s. 10. (Момотов В.В., Улетова Г.Д. Судебный процесс и исполнение судебных решений в средневековой Руси // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. № 4. - с. 10.).

³⁷⁴ Davydenko D.L., Rus hukuk kültüründe uzlaşma prosedürleri: dünya serisi, 11.-15. yüzyıllarda

uzlaşma ile ilgili olan, “Uzlaşma Davaları Hakkında“ ayrı bir bölümü olan Kitap 3, “Hukuk Davaları Genel Usulünden Muafiyetler“, “Hukuk Davaları Şartı“dır taraflar ve onlar tarafından bir uzlaşma anlaşmasının imzalanması. Hukuk Usulü Muhakemeleri Tüzüğüne göre, uyuşmazlığın tarafları karşılıklı anlaşarak süreci sonuçlandırabilir veya sonlandırabilir hakkı. Yalnız bunu yapmak için davacının kural olarak mahkemeye iddialarından vazgeçtiğini ve davalıya davayı sonlandırmayı kabul ettiğini söylemesi gerekiyordu.

Anlaşmazlıkların barışçıl çözümüne yönelik bazı maddeler öngörülmüş, 1397 tarihli Pskov Karar Şartı'nda, Ivan III Kanunlar Kanunu'nda da bulunmaktadır (bu, suçlu ve mağdura bir temsilciye başvurmadan bir anlaşma yapma fırsatı sağlamıştır). Suçluyu sorumluluktan kurtaracak olan yargı organı - “linç“), 1649 tarihli Katedral Kanunu. Oluşumunun ilk aşamalarında, uzlaşma anlaşmasının uygulanmasının sadece hukuk veya ceza davalarıyla sınırlı olmadığı dikkat çekicidir - yani hem suçlar hem de kabahatler için barışçıl çözüm imkânı sağlandı .

Tahkim mahkemeleri, başlangıçta gelenek esasına göre faaliyet gösteren ve daha sonra 1649 Katedral Kanunu'nun XV asırdaki Bölümü “Tahkim Mahkemesi Hakkında“ ile devlet tarafından onaylanan Rus devletinde de önemli bir gelişme gösterdi. Anlaşmazlıkların barışçıl çözümüne yönelik kurumların geliştirilmesinde zamanında atılmış bir adımın, 1775 yılında Catherine II'nin inisiyatifiyle, belirli dava kategorilerinde (küçük sanıklar, deliler vs.) medeni hakların ilave korunması için vicdani mahkemelerin oluşturulması olduğuna inanılıyordu. vd.), “doğal adalet“ ilkesine dayanmakta bulunup ve 1862'ye tarihine kadar yürürlükte ve etkide bulunmuştu. Bu tür mahkemeler, kamu tehlikesi oluşturmayan suçları veya işlendiğinde hafifletici nedenlerin bulunduğu eylemleri ve aile içi çatışmaları değerlendirirdi³⁷⁵.

Bir yargıç ve altı değerlendirciden oluşan bir mahkeme - mülklerden temsilciler, bağımsız olarak veya aracılığıyla uzlaşma koşullarını belirledi özel

Novgorod Cumhuriyeti'ndeki anlaşmazlıkları çözmenin özel bir yoludur. // **Tahkim mahkemesi dergisi**. 2011. Sayı 3 (75). - s.159. (Давыденко Д.Л. Примирительные процедуры в российской правовой культуре: мировой ряд - особый способ урегулирования споров в Новгородской республике в XI-XV вв. // **Третейский суд**. 2011. № 3 (75). - с. 159.).

³⁷⁵ Voropanov V.A. 18. yüzyılın sonu - 19. yüzyılın ilk yarısında Urallar ve Batı Sibirya'da vicdani mahkemelerin uygulanması. // **Ural Kamu Yönetimi Akademisi Bilimsel Bülteni**. 2010. Sayı 2 (11). - s.127. (Воропанов В.А. Практика совестных судов на Урале и в Западной Сибири в конце XVIII - первой половине XIX вв. // **Научный вестник Уральского академии государственной службы**. 2010. № 2 (11). - с. 127.

arabulucular, tarafları uzlaştırmak mümkün değilse, o zaman uyuşmazlığı çözmek için genel mahkemelere başvurulardı. Buna rağmen, mülkiyet uyuşmazlıklarında vicdani mahkeme kararının hukuki geçerliliğinin bulunmadığını ve hakimlerin kararı uygulama yetkisinin yetersizliği, bu kararın icrasının tamamen davalının iradesine bağlı olduğunu belirtmek gerekir. Halbuki, vicdani bir mahkemede karşılanmayan bir iddia, nasılsa sonuçta yeniden genel yargı yetkisine sahip bir mahkemeye devredilmeyle tamamlanırdı. Bu nedenle, yukarıda belirtilen yasa ve materyal analizlerine dayanarak, Rusya'da uzlaşma prosedürlerinin gelişiminin 1281-1864 tarihleri arasında, uzlaşma anlaşmaları, tahkim mahkemeleri ve arabuluculuk benzeri prosedürlerin daha fazla yasal tescilinin temelini oluşturduğunu söyleyebiliriz³⁷⁶.

Ayrıca, 19. yüzyılın ikinci yarısı - 20. yüzyılın başlarında arabuluculuğun gelişmesiyle birlikte, Rus yasa koyucusu genel olarak uyuşmazlıkların mahkeme dışı yargısız çözümüne ve özel olarak bir kurum olarak uzlaşma anlaşmasına daha fazla önem vermeye başladılar. Buradaki yaklaşımın öncelikle İmparator II. Alexander tarafından gerçekleştirilen 1864'teki Yargı reformlarıyla ilişkili olduğunu belirtmek gerekir. Bu dönüşümlerin sonucu, 20'ci Kasım 1864 Tarihinde "Medeni Hukuk Davaları Nizamnamesi"nin, "Ceza Davaları Nizamnamesi", "Yargı Kurumlarının Kurulması" ve "Sulh Hakimlerinin Verdiği Cezalara Dair Bildirge" ile beraber olarak onaylanması oldu³⁷⁷.

On dokuz yüzyılda ise, arabuluculuk usullerinin ticari hukuk uygulamasında yaygın bir şekilde kullanımı mevcuttu ve 1832 de kurulan Ticari Mahkemelerince faaliyet göstermeye başlamıştı. Bu ticari mahkemelerin baktığı davalardı, ticarete katılanlar arasındaki anlaşmazlıklardı Ticaret Mahkemelerinde Yargılama usûlüne dair şartın "Davalara İlişkin" V'ci başlıklı yasal işlem tüzüğünde "aracılar

³⁷⁶ Chegodaeva E.A., Rusya'da Deneme Prosedürlerinin Gelişimi: Tarihsel ve Hukuki Yönü, Medeni Hukuk ve Usul Anabilim Dalı Yüksek lisans öğrencisi Ulusal Araştırma Üniversitesi Hukuk Enstitüsü "BelDU", 2017.

(Чегодаева Елена Андреевна, Эволюция Примерительных Процедур в России:Историко-Правовой Аспект, Магистрант кафедры гражданского права и процесса Юридического института НИУ «БелГУ», 2017).

³⁷⁷ Bkz. 1903'e kadar Senato'nun açıklamalarını içeren hukuk davası tüzüğü. - Yekaterinoslav, 1904. 7, Shanin T., Rusya nereye gidiyor? - M., 1996. - s. 170.; Hudoykina T.V., "Arabuluculuğun Uzlaştırma Olarak Kullanılması Hukuki Uyuşmazlıkların Çözüm Prosedürleri ve Rusya'daki Çatışmalar", Makale, s. 68. (См.: Уставы гражданских исков до 1903 г. с разъяснениями Сената. - Екатеринбург, 1904. 7 Шанин Т., "Куда идет Россия?" - М., 1996. - с. 170.; Худойкина Т.В., «Применение медиации как примирительной процедуры для разрешения правовых споров и конфликтов в России», Статья, с. 68) .

aracılığıyla işlemler “(tarafların talebi üzerine), prosedür gönüllü olarak düzenlenip, arabulucuların katılımıyla “adli arabuluculuk“ süretinde bulundular. Özellikle, tespit edilen “Uzlaştırıcılar taahhütü”, tarafları dinledikten sonra, önce onlara dayandığı yasaları sunmakla yükümlü oldukları, dava çözülebilir ve daha sonra karşılıklı olarak nasıl olduğuna dair görüşlerini iletebilirdi, anlaşma, barışçıl bir şekilde sona erebilirdiğindedir³⁷⁸ “.

XIX'ın ikinci yarısının medeni ve medeni usul mevzuatında - 20 yüzyılın başında, arabuluculuk prosedürleri açık bir düzenleme aldığını diyebiliriz. Sözleşmede 1864'te hukuk davası, uzlaşma prosedürü ayrı bir davaya ayrıldı. “Uzlaşma İşlemleri Üzerine“ bölümüne bakın. Taraflar bir sonuca vararak süreci sonlandırabilirler, eğer resmileştirilebilecek dostane bir işlem şeklinde karşılıklı anlaşma yaptılar ise: kayıt yoluyla, noter veya sulh hakimi tarafından onaylanmak üzere sunulur; barış müracatı taraflarca imzalanıp sunuldu ise; bir mahkeme oturumunda barış protokolü hazırlanmışsa. Keza dostane bir anlaşma durumunda dava tamamlanmış kabul edildi ve yeniden açılmamışsa³⁷⁹ .

Tam mağnasıyla arabuluculuk olarak isimlendirilmesebile, alternatif mahkemelerin gelişim tarihine gelince, örneğin, Rusya'da 1911'de Ticaret ve Sanayi Odaları Genel Yönetmeliğinin bir taslağı hazırlandı, bu da odaların ticari ve endüstriyel davalarda ortaya çıkan anlaşmazlıkları tahkim olarak çözmesi şartıyla idi. Taraflar arasında bu konuda bir anlaşma olması halinde, ilgili kanunun tüm özel hükümleri saklı kalmak kaydıyla mahkemeye başvurulurdu.

1917 Yılında, yeni Sovyet devleti, büyük ölçüde Marksizm-Leninizm'in kurucularının ve takipçilerinin hukuka olan güvensizliğinden kaynaklanan asgari resmi arabuluculuk kullanımından vazgeçmediler. Hatta Lenin şöyle yazıyordu: “... proleter (imalat makinelerinen çekilmiş kiracı işçiler) devrimin koşulsuz görevi, yargı kurumlarını reforme etmek değil ... tüm eski mahkemeyi ve aygıtını

³⁷⁸ Kartashov V.N. , Salnikov V.P., Hukukta Arabuluculuk: “Yeni veya Unutulmuş Anlaşmazlıkları Çözmenin Eski Yolu” // **Modern Ekonominin Hukuk Alanı**. - 2015. - S. 1, Makale, s. 194-198; (Карташов В. Н., Сальников В. П., “Медиация в праве: новый или хорошо забытый старый способ разрешения споров” // **Правовое поле современной экономики**, 2015, №1, с.194-198).

³⁷⁹ Kuzbagarov A.N. Özel Hukuk Niteliğindeki İhtilaflara İlişkin İhtilafların Uzlaştırılması. - SPb.: Durum, 2010, Makale, s. 320; Smirnov E.R., Bochkareva A.V., s.116. (Кузбагаров А.Н. Разрешение частноправовых споров. - СПб.: Статус, 2010, с. 320; Смирнов, Э.Р., Бочкарева А.В., стр.116) .

tamamen yok etmek, yerle bir etmekte³⁸⁰. “Sovyet hükümetinin ilk kararlarından biri, 22 Kasım 1917 tarihli No.1. Sayılı Mahkeme Kararnamesi idi³⁸¹. “İhtilaflı tüm hukuk davalarında ve özel ceza davalarında taraflar tahkim mahkemesine başvurabilirler olması³⁸²“. Tahkim mahkemelerinin faaliyetlerine ilişkin prosedür, 16 Şubat 1918 tarihli Tüm Rusya Merkez Yürütme Komitesi (Tahkim Mahkemesi Kararı) Kararnamesi ile belirlendi. Daha sonra, SSCB, 1930'te kurulan Deniz Tahkim Komisyonu'nun yanı sıra 1932'de kurulan Dış Ticaret Tahkim Komisyonu'ndan (Dış Ticaret Komisyonunun halefi, Oda'daki ICAC'dir) oluşan ticari uyuşmazlıklar için bir tahkim mahkemeleri sistemi geliştirdi. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Dairesi)³⁸³ SSCB'de mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri en çok çalışma ilişkileri alanında gelişmiştir ³⁸⁴. Mevcut iş tahkimlerine benzer İngiltere ve ABD yını zamanda, Sovyet sisteminin özelliği, işçi kolektiflerinde³⁸⁵ işleyen sözde yoldaş mahkemeleriydi.

³⁸⁰ Lenin V.İ., Komple İşler Cilt 36, sayfa 162.163., “**Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Yönergesi**”, 21.05.2008 Rusya'da Arabuluculuk”. Mevcut durum, s.9. (Yönerge tarihi 2008/52/EC Direktifi).

(“Ленин В.И., **Полное собрание сочинений**, том 36, стр. 162.163, Директива 2008/52/ Европейского парламента и Совета от 21.05.2008.; Посредничество в России. Текущая ситуация, стр.9).

³⁸¹ Sovyet İktidarının Kararnameleri. Cilt 1, 25 Ekim 1917 - 16 Mart 2018 - Moskova: Siyasi Edebiyat Devlet Yayınevi, 1957.(<http://www.hist.msu.ru/ER/Text/Dekret/18-02-16.htm>).: Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 21.05.2008 tarihli 2008/52/EC Direktifi.: Rusya'da Arabuluculuk. Mevcut durum, s. 9.(Декреты Советской власти. Том 1. 25 октября 1917 г. - 16 марта 2018 г. - Москва: Госиздат политической литературы, 1957. (<http://www.hist.msu.ru/ER/Text/Dekret/18-02-16.htm>): Европейский парламент и Директива Совета 2008/52/EC от 21.05.2008: Медиация в России. Текущее состояние, с. 9).

³⁸² “**Sovyet İktidarının Kararnameleri**”, Cilt 1. 25 Ekim 1917 - 16 Mart 2018 - Moskova: Siyasi Edebiyat Devlet Yayınevi, 1957., Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 21.05.2008 tarihli 2008/52/EC Yönergesi.: Rusya'da Arabuluculuk. Mevcut durum, s. 9.

(“**Декреты Советской власти**”. Том 1, 25 октября 1917 г. - 16 марта 2018 г. - Москва: Госиздат политической литературы, 1957, Директива 2008/52/EC Европейского парламента и Совета от 21.05.2008.: Посредничество в России. Современное состояние, с. 9).

³⁸³ 17 Haziran 1932 tarihli “**SSCB Merkez Yürütme Komitesi ve Halk Komiserleri Konseyi Kararı**” “Tüm Birlik-Batı Ticaret Odası Dış Ticaret Tahkim Komisyonu Hakkında”. (Постановление ЦИК и СНК СССР от 17 июня 1932 г. «О внешнеторговой арбитражной комиссии Всесоюзно-Западной торгово-промышленной палаты»).

³⁸⁴ 29 Ağustos 1928 tarihli Seçim Kolektifi SSCB Merkez ve Halk Komiserleri Kararnamesi “İş uyuşmazlıklarının uzlaştırılması, tahkim ve yargısal değerlendirmesine ilişkin kurallar.” (Постановление ЦК и СНК СССР Избирательного Коллегии от 29 августа 1928 г. «Правила урегулирования, третейского и судебного рассмотрения трудовых споров»).

³⁸⁵ 11 Mart 1977 tarihli RSFSR Yüksek Sovyeti Başkanlığı Kararnamesi ile onaylanan mahkeme birliklerine ilişkin düzenlemeler. (Положение о судебных товариществах, утвержденное Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 11 марта 1977 г.).

Sovyet hukukunun oluşumunun ilk aşamasında, medeni usûl mevzuat, uzlaşma prosedürlerinin devrim öncesi geleneklerini kaybediyor. 1923'te RSFSR'nin ilk Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sağladığı gerçeğine rağmen taraflara dostane bir anlaşma yapma fırsatı, anlaşmazlığın çözümünde ana rol mahkemeye verilmiş ve uzlaştırma prosedürleri gerektiği gibi düzenlenmemiştir. RSFSR'in (Rusya Sosyalist Federatif Sovyet Cumhuriyeti) 1964 Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda, taraflara barışa dönük anlaşma yapma konusunda imkan tanıldı, ancak mahkemeyi uzlaşma prosedürü anlaşmalarda aktif bir rol oynamaya zorlamadılar. Ayrıca Malyshev'in adil tanımına göre, uzlaşma müzakereleri girişimi davacının münhasır hakkı değildi, ancak davalıya ait olabilir veya mahkemeden de kaynaklanabilirdi³⁸⁶.

Bu arada, Sovyet hukukunda, devrim öncesi Rusya'nın mevzuatında ve kanun yaptırımında bu tür kurumların bulunmamasına rağmen, özel olarak cezbedilen kişilerin yardımı da dahil olmak üzere, uzlaşma prosedürlerinin bir sonucu olarak anlaşmazlıkların çözümünde belirli bir deneyim kazanıldı. Ancak SSCB'nin varlığı sırasında tamamen kayboldu. Ama taraflara böyle bir hakkın açıklanması ve yapılabilecek anlaşmaların hukuka uygunluğunun tahkiki emredilmiştir. Ayrıca, Sovyet tahkim sürecinde, uzlaştırma işlemlerinin unsurları kendilerini daha çok ortaya koydular.

Rus doktrinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (ADR)³⁸⁷, “alternatif anlaşmazlık çözümü” (ADR) teriminin İngilizce'den birebir çevirisi olarak anlaşılmaktadır. ADR kısaltmasının orijinal “kodunun çözülmesi” artık her zaman tam olarak “alternatif” anlaşmazlık çözümünü ifade etmemektedir. Bazı hukukçuların eleştirilerine göre, Rusya'nın son 15 yılda ceza davalarında arabuluculuğun kullanılması konusunda şimdiye kadar yapılan deneyim uygulama alanı sadece çocuk adaleti alanından uzağa gitmediklerine yansıtıyorlar. Ortaya çıkan uygulama, bazı bölgelerde kamu gruplarının yanı sıra yargı adli topluluğu

³⁸⁶ Malyshev K.I., “Rekabet süreci ve diğer ticaret hukuku kurumları üzerine seçilmiş çalışmalar” / - Moskova.: Tüzük, 2007, s. 403.; Chegodaeva E.A., s.5.

(Избранные труды по конкурсному процессу и иным институтам торгового права / Малышев К.И. - Москва.: Статут, 2007. - с. 403.; Чегодаева Е.А., с.5).

³⁸⁷ Şamlıkaşvili Ts., “Arabuluculuk – Modern Yargı Dışı Yöntem Tartışmalı Karar”, Kitap, Moskova 2017, s.9.

(Шамликашвили Цисана, “Медиация - Современный Метод Внесудебного Разрешения Споров”, Книга, Москва 2017, с. 9.).

camiası coşkusuna ve kendi kendine örgütlenmesine belli vaka iş kategorisine göre dayanmaktadır ve tarafların belirli bir şekilde uzlaştırılmasını öngören mevcut ceza mevzuatına dayanmaktadır. Oysa, Rus mevzuatında ceza davalarında arabuluculuğa ilişkin herhangi bir norm bulunmamaktadır³⁸⁸. 27 Temmuz No. 193-FY 2010 tarihinde kabul edilip yürürlüğe geçen arabuluculukla ilgili federal yasada öngörülen durum bir aracının (arabulucunun) katılımıyla uyuşmazlık çözüm prosedürünün uygulanmasına ilişkin yasal koşulların belirlenmesi idi. Açıklanması gereken husus, yasanın yalnızca medeni, iş ve ailevi uyuşmazlıklarla ilgilenir olması ve buna göre, arabuluculuk, arabuluculuk usulüne katılmayan üçüncü kişilerin haklarını ve meşru menfaatlerini veya kamu menfaatlerini etkileyen veya etkileyebilecek olan medeni, iş ve aile hukuku ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanmayacaktır (AUÇPH m. 5/ 1) .

Açıklanması gereken durum, Rus hukukunda ceza hukukunun kamu hukuku alanına ait olduğu belirtilmelidir. Rusya Federasyonu Hukukunda Ceza Kanununda, yalnızca üç kompozisyon özel kovuşturma davalarıyla ilgilidir, adli toplulukların bazı temsilcileri bu kuralda bir engel görüyor. Çelişkeli durum aslında ceza yargılaması alanında arabuluculuğun kullanılması yasağı. Bu nedenle, federal arabuluculuk yasasının yayımlanmasından bu yana, bu görüşü eleştirenler kısmı yukarıdaki biçimde görüşlerini sert bir şekilde dile getirmiktedir ve arabuluculuk genel olarak özel hukuk düzenlemesi alanında yeterli kabul edilirken, ceza adaletinde uygulanması beklenenden daha uzak olmasını kınamaktadırlar³⁹⁹.

Arabuluculuk kanununu hazırlarken gözden kaçırılmış ve gecikmiş yaklaşıma yerel deneyim yardımcı olduğu da ifade edilmektedir. Rus ceza mevzuatında mağdurla uzlaşma ve zararı giderme sanığı için olumlu sonuçlara ilişkin normların varlığı ve arabuluculuğun rolünde bir artışa işaret eden genel küresel eğilimler yardımcı olduğu açıktır. Yeterli kadar incelenen bu çalışmada ceza davalarında arabuluculuğun kullanılma olasılığı araştırılmıştır. Dolayısıyla,

³⁸⁸ Karnozova, “Rusya’da Onarıcı Arabuluculuk”: Yasal destek ve geliştirme stratejisi (materyallerin toplanması)”, MOO Center "Adli hukuk reformu", Moskova 2013, Makale, s.29-31.

(Карнозова Л.М., “Восстановительная Медиация в России: правовое обеспечение и стратегия развития” (сборник материалов)”, MOO Центр «Судебноправовая реформа», Москва 2013, с.29-31.

³⁹⁹ Karnozova, s.30. (Карнозова, с.30) .

bahsedilen yaşanan kanun boşluklarını doldurmak amaçla ve belirlenen görevlere göre, araştırma aşağıdaki alanlarda gerçekleştirilmiştir:

- Ceza davalarında Rusya'nın arabuluculuk deneyimini analiz etmek;
- Ceza adaletinin gelişimindeki mevcut küresel eğilimleri vurgulamak;
- Rus hukuk sisteminde ceza davalarında arabuluculuğun kullanımına ilişkin koşulları belirlemek.

Anlaşıldığı gibi, devrim öncesi hukukta iki tür barış işlemleri vardı: yargı dışı ve adli. Birincisi *medeni* kanunla düzenlenmişti ve ikinci *medeni usul*. Yargılamanın medeni ve cezai uzlaşma ve dostane bir anlaşmanın imzalanması her şeyden önce bir medeni usul hukuku kurumu olarak kabul edilir⁴⁰⁰.

Modern Rus hukuk uygulamasında, özel girişimciliğin gelişmesi, uluslararası ve yabancı kuruluşların faaliyetlerinin yoğunlaşması ve hukuk reformu ile bağlantılı olarak 1990'ların ortalarından itibaren bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi (ADR) olarak arabuluculuk prosedürleri yaygınlaşmaya başladı. Rus yargı sistemi “Yargı reformu“ bileşeni formatında ayrı bir alan olarak alternatif uyuşmazlık çözümü Rusya Federasyonu'nda yürütülen “Yasal reform“ projesine dahil edildi ve tarih olarak 1996-2004⁴⁰¹. 2 Aralık 2004 tarihli VI Tüm Rusya Hakimler Kongresi'nin kararında, etkin bir şekilde korunmasının garantisi, aynı zamanda uyuşmazlıkları çözmenin alternatif yolları sunulmuştur.

Rusya'daki hukuki ihtilaf biliminin incelenmesi sırasında, bir hukuki ihtilafın ortaya çıkışı, gelişimi, tamamlanması, yapıcı çözüm yolları ve önleme yöntemlerinin bilimidir. Hukuki ihtilaf biliminin konusu şunlar olabilir: fiili hukuki ihtilaf; gelişiminin belirli aşamalarında yasal bir biçim kazanan sosyal çatışma. Kişisel bir çatışmaya dönüşen ve nihayetinde sadece süreci kazanmayı değil, en önemlisi - rakibinizi yenmeyi hedefleyen yasal bir çatışma haline dönmüştür⁴⁰².

⁴⁰⁰ 20 Kasım 1864 tarihli “**Adli Şartlar, Dayandıkları Mantığı Özetliyor**”. Devlet Başkanlığı Yayını, Bölüm, Bir. - SPb., 1866, s. 692. (Судебные условия от 20 ноября 1864 г. излагают обоснование, на котором они основаны. Президентское издание. Первая часть. - СПб., 1866, с. 692).

⁴⁰¹ Smirnov E.R., Bochkareva A.V.; “Rusya'daki Arabuluculuk Enstitüsü”, Makale (Elektronik kaynak). Giriş türü, 16. (Смирнов Э.Р., Бочкарева А.В. “Институт медиации в России”, Статья (Электронный ресурс). - Тип входа, 16).

⁴⁰² Hudoykina Tatyana, **Doktora Tezi**, “Hukuki Çatışma (Teorik ve Uygulamalı Araştırma)” Nijniy Novgorod 2002, s.9. (Худойкина, **Докторская диссертация**, «Юридический конфликт (теоретико-прикладное исследование)». Нижний Новгород-2002г., с.9)

Bu sırada da Rus doktrinin’de gelişmekte olan bir bilimsel, eğitimsel ve pratik disiplin olarak yasal çatışma bilimi, iki bilgi düzeyi ile temsil edilmektedir: teorik ve uygulamalı (teknolojik ve pratik). İlk düzey, uygulamalı yasal çatışmabilim düzeyinin ciddi bir şekilde geliştirilmesini amaçlaması gereken, yasal bir çatışmanın gelişiminin belirli özellikleri ve kalıpları hakkında doğrudan teorik bilgidir. Başvuru seviyesi, öznenin veya üçüncü bir tarafın kullanabileceği çeşitli teknolojiler, çelişmeli süreç teknolojileri, müzakereler, yönetim, çözümleme, önleme, yasal alandaki çatışmaların tahmini ve bunların uygulanması ile temsil edilmelidir³⁷⁷.

Şubat 2005'te ilk Uluslararası Konferans Arabuluculuk Hukukun üstünlüğünün Uygulamada, arabuluculuk usulü, arabuluculuğa ilişkin özel bir kanunun kabul edilmesinden önce bile uygulanmaya başlamıştır. Arabuluculuk, yüzyıllardır çeşitli biçimlerde var olmuştur ve dünyanın birçok ülkesinde popüler olduğu bellidir. Çoğu zaman uzlaştırma prosedürü, bir uzlaştırma sözleşmesine girilerek çözülür ve taraflarca tasdik edilir. Rusya'da arabuluculuk konusunda da yol boyunca birçok zorluk yaşıyor³⁷⁸. Yargının görevi, alternatif prosedürlerin işleyişi. Bu, 2007-2011 için “Rus Yargı Sisteminin Geliştirilmesi“ Federal Hedef Programı Kavramında yansıtılmaktadır. Hatta bu proje 4 Ağustos 2006 tarih ve no.082-r sayılı Rusya Federasyonu Hükümeti Emri ile onaylanmıştır. Programın VI bölümünde, yargının iyileştirilmesine yönelik yönergelerden biri, sistem belirlendi: “... tarafların uzlaşma olasılığını sağlayan, Rusya Federasyonu yasalarının hükümlerinin uygulanması için bir mekanizma olarak arabuluculuk prosedürlerinin yaygın olarak tanıtılması“, geliştirilmesi gerektiğini belirtti..“ düzenleyici yasal bu hükümlerin uygulanmasına ilişkin mekanizmayı ve arabuluculuk işlevlerini yerine getiren ilgili kuruluşların durumunu ve çalışmalarının düzenlemelerini (usullerini) tanımlayan kanunlar³⁷⁹“ ve sivil toplumun inşasına yönelik yeni bir adım “ ve aynı

³⁷⁷ Hudoykina, s.10 . (Худойкина, с.10).

³⁷⁸ Sudorgina, “Mahkemeler üzerindeki yükün azaltılması için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi (adli arabuluculuk)”, Makale, s.14.(Судоргина, “Развитие альтернативных способов разрешения споров (судебная медиация) для снижения нагрузки на суды”, Статья, с.14) .

³⁷⁹ Smirnov E.R., Bochkareva A.V., “Uzlaşma Prosedürleri ve Arabuluculuk Kurumunun İyileştirilmesi (arbuluculuk)”, (Elektronik kaynak). Erişim modu: <http://mosmediator.narod.ru/index/0-639>, s.116. (Смирнов Э.Р., Бочкарева А.В (“Примирительные процедуры и совершенствование института медиации (медиации)”, (Электронный ресурс). Режим доступа: <http://mosmediator.narod.ru/index/0-639>, с.116).

yılın Nisan ayında “ Arabuluculuk ve Hukuk Bilimsel ve Metodolojik Merkezi “ kuruldu, asıl görevi Rusya'da arabuluculuk kurumunun geliştirilmesi³⁸⁰ .

Örneğin, Yekaterinburg'da, Uzlaşma Merkezi'nde Ural Hukuk Akademisi'nin 2009-2010'da zaten “Hukuki faaliyetlerde arabuluculuk“ özel kursları organize edildi. Genel olarak, adli uzlaşma kurumunun tanıtılması ve gelişimi 27 Temmuz 2010 tarihli 193-FZ sayılı Federal Yasanın “Alternatif bir usûlde“ kabul edilmesiyle başlayan arabuluculuk kurumunun gelişiminin bir devamı idi. Bir aracının katılımıyla yürülecek uyuşmazlıkların çözümü için (arbuluculuk usulü) kabul edilmiş bir prosedürdür³⁸¹ .

Bir arabulucunun katılımıyla uyuşmazlıkların çözümü için alternatif bir prosedür hakkında arabuluculuk prosedürü tanılmaktadır, işte 1 Ocak 2011'de Federal Yasasının yürürlüğe girmesiyle, arabuluculuk kurumunun daha da geliştirilmesi için yasal bir temel oluşturulmuştur. Kanun'da verilen bir dizi temel kavramın tanımları da bu şekilde açıklanmaktadır ve onların bu tür açıklanmasını içerince şöyledir : arabuluculuk prosedüründe “ taraflar“, “ arabuluculuk prosedürü“, “ arabulucu“, “ arabuluculuk prosedürünün uygulanmasına ilişkin anlaşma“, “ arabuluculuk sözleşmesi“ ve diğerleri mağnasında (FY No.193-2010 AUÇPH, m. 2) ³⁸². Diğer bir yazarın görüşü ise, arabuluculuk prosedürünü şartlı olarak üçe ayırmaktadır; mahkeme dışı, mahkeme öncesi ve adli olarak ayırabilir. Bu bağlamda, arabuluculuk prosedürünü şu şekilde ayıklamaktayız ve gerçekleştirebiliriz :

1) Mahkeme dışı - ihtilaflı tarafların anlaşmazlığı çözmekte zorlandıkları ve mahkemeye gitmeye niyetleri olmadığı durumda;

³⁸⁰ Uzlaşma Prosedürleri ve Arabuluculuk Kurumunun İyileştirilmesi (arbuluculuk), s.17. (Elektronik kaynak). - Erişim modu: <http://mosmediator.narod.ru/index/0-639>.

(Примирительные процедуры и совершенствование института медиации (медиации) (Электронный ресурс), Режим доступа: <http://mosmediator.narod.ru/index/0-639>).

³⁸¹ Baranov Gennady Aleksandroviç, “Adli Aracılar Enstitüsüne Geri Dönüştür Bir Bakış”, **Dergi: Ekonomi ve Hukuk** №7 Temmuz 2021, Makale, Perm bölgesi, Berezniki şehiri, s.130.(Баранов Геннадий Александрович, “Ретроспективный взгляд на институт судебных посредников”, **Журнал: Экономика и право** № 7 июля 2021, Статья, Пермский край, г. Березники, с.130) .

³⁸² 27 Temmuz 2010 tarihli Federal Yasa No. 193-FY “Bir Aracının Katılımıyla Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Alternatif Bir Prosedür (arbuluculuk prosedürü)” // Rusya Federasyonu'nun Toplu Mevzuatı - 2010. - No. 31. - Art. 4162.; Smirnov E.R., Bochkareva A.V., s.116. (Федеральный Закон) от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Альтернативный порядок разрешения споров с участием посредника (процедура медиации)» // Собрание законодательства РФ. 31. - ст. 4162.; Смирнов Э.Р., Бочкарева А.В., с.116) .

2) Yargılama öncesi prosedürde - yasa taslağının öngördüğü durumlarda veya anlaşmazlığın tarafları arasında imzalanan sözleşmeye veya diğer yasal olarak bağlayıcı anlaşmaya girilen bir arabuluculuk maddesi temelinde, anlaşmazlıkları aşağıdaki yollarla çözme ihtiyacı hakkında arabuluculuk prosedürünün uygulanması;

3) Yargılama çerçevesinde - tarafların yargılamanın herhangi bir aşamasında süreci kesintiye uğratma ve arabuluculuk prosedürüne başvurma hakkına sahip oldukları ve mahkemenin taraflara arabuluculuk prosedürünü kullanmalarını önermekle yükümlü olduğu durumda³⁸³.

Rusya doktrininde arabuluculuk prosedürü tanımı, tarafların, arabulucunun katılımıyla, uyuşmazlıkta karşılıklı bir anlaşmaya varmak için gönüllü isteklerine dayanıyordu kabul edilebilir anlaşmazlığın mahkemede veya tahkimde değerlendirilmesine bir alternatif sıfatında tanılmaktadır. Arabulucu, herhangi bir tarafın çıkarlarını temsil etmez, bir tür yargıç ta değildir ve uyuşmazlık hakkında karar verme hakkına da sahip değildir. Görevi, tarafların çıkarlarını belirlemek, anlaşmazlığın karşılıklı olarak kabul edilebilir, muhtemelen uzlaşmacı bir çözümüne bulunmalarında ulaşmalarına yardımcı olmaktır.

Arabuluculuğun Rusya toplumunda yavaş başlatılmasının sorunlarından biri, bunun gündemdeki oluşu profesyonel bir arabulucular topluluğunun olmamasıdır. Örneğin, yargılamanın tarafları, hakimin teklifinden sonra, anlaşmazlığı çözmek için arabuluculuk prosedürünü kullanmayı kabul ederseler, o zaman, ne yazık ki, o dönemde tarafları gönderecek ve muracatta bulunabilir hiçbir yer veya kimsenin olmadığı sorunu yaşandığı dönemler vardı³⁸⁴. Bu durumu aşağıda da diğer yazarlardan biri arabuluculuk yönteminin çok yavaş giden ana sebeplerinden biri olarak yaşandığı dile getirmektedir. İstisnalar, hukuk veya tahkim yargılaması alanında arabuluculuğun başlatılmasına ilişkin bu çalışmaya deneyler halihazırda başlamış olan bölgeler ve mahkemelerin varlıkta olduğu da açıklanmaktadır .

³⁸³ Hudoykina T.V., Egorova Yul., Hukuki Bir İhtilafı Çözmenin Alternatif Bir Yolu Olarak Arabuluculuk, s .72-73. (Худойкина Т.В., Егорова Ю.Л., Медиация как альтернативный способ разрешения правового спора, с.72-73) .

³⁸⁴ Sudorgina E.V. “Mahkemelerin yükünü azaltmak için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesi (adli arabuluculuk)” // “**Rus ve uluslararası hukuk sorunları**”, 2019. Cilt 9. S.7A, s.146- 157. (Судоргина Е.В.” Развитие альтернативных способов разрешения споров как снижение нагрузки на суды (судебная медиация”),// **Вопросы российского и международного права**, 2019. Том 9. № 7А. с. 146-157) .

Esas Rus doktrinde 27 Temmuz 2010 tarihli Federal Kanun 193-FZ (26 Temmuz 2019'da değiştirildiği şekliyle) bir aracılığı içeren alternatif bir uyuşmazlık çözüm prosedürü (arabuluculuk prosedürü)“ kabul edildikten sonra pek toplum içerisinde beklendiği gibi yayılmadığından dolayı bazı eleştirilere sahip olduğu bir durum da eksik değildir. Bu yönde uzlaşma prosedürlerinin düşük popülaritesine gelince, bunlar aşağıdaki gibi belirlenmeli ve gerekli yönleri dikkate alınmalıdır onları düzeltmek için gerekli sorunları da şu şekilde iki başlık altına ayırmakta bulunuyoruz ve onların da alt sebepleri olarak tanımlanan durumlar belirlenmekte yarar vardır.

A) İlk olarakta organizasyonel durumu sıralayalım:

- arabuluculuk prosedürünün yeniliğinden kaynaklanması ;
- profesyonel arabulucular pazarında reklam eksikliği (bu kısım zaten kanunun temel ilkesine aykırı) ;
- arabuluculuk kullanımı ile ilgili yaygın uygulama yetersizliği ;
- arabulucuların sayısının yetersizliği ;
- mahkemede uzlaştırma prosedürleri için hizmet verebilecek mekan (yerin) kıtlığı;
- mahkemeye gitmeden önce tarafların isteğe bağlı arabuluculuk prosedürü;
- her mercilerdeki devlet organları ve yerel yönetimler, medya, arabulucular düzeyinde eğitim çalışmalarının düşük etkinliği;

B) ekonomik durumuna gelirsek oradaki sıralama şu şekilde:

- profesyonel arabulucuların verecek olan hizmet maliyetinin yüksek oluşu;
- hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde usûle ilişkin pasiflik, ek finansal maliyetler üstlenme isteksizliği;
- tarafları uzlaştırma sırasında yargı temsilcilerinin arzusunun olmaması, çünkü bu, hizmetleri için ödeme miktarını önemli ölçüde azaltır;

C) öznel (psikolojik) durumundan odaklanan bilgiler üzerindeki sonuçlar:

- toplumdaki ilişkilerde yüksek derecede çatışma;
- tarafların arabuluculuk konusunda bilgisizliği;
- arabulucuya güvensizlik tanıtımı;
- müzakere sırasında beceri ve gelenek eksikliği;

- hakkı ihlal edilen kişinin, herhangi bir şekilde öznel hakkı ihlal eden kişiyi adalete teslim etme arzusu;
- anlaşmazlığın konusu da dahil olmak üzere karar verme hakkına sahip liderlerin mahkeme oturumlarına katılmama;
- bir mahkeme kararının, yargılamayı sona erdirme kararına kıyasla daha değerli bir adli işlem olarak algılanması;
- çatışma çözümü için sorumluluk alma isteksizliği;
- mahkemede bir anlaşmazlığın çözümü, vicdansız kişiler için karşı taraflara karşı yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde bir gecikmedir; - bu tür sebepleri sonuçlandırsak ana sebep te toplumda düşük düzeyde hukuk kültürün varlığı³⁸⁵.

Ama arabuluculuk eksikleri ne kadar detaylı yazılmış gibi gözükse bile, böyle bir görüşün tarafcı olmak isabetli değil. Çünkü bunlardan son sıralanan üçü sadece teorik açıdan bakış sayılmaktadır. Dolayısıyla bu gibi durumda şirket veya taraf yetkilisi sorumluluklardan kaçınma gibi durumu asla düşünemes. Diğer yandan süre konusunda daha net bir düşünce paylaşılmaktadır ve önemli bir avantaj zaman tasarrufudur, mahkemede dava, arabuluculuk prosedürüne göre karmaşıklığa bağlı olarak yaklaşık 3-5 yıl boyunca - 180 güne kadar – değerlendirilir oluşu olarak bir tarihin bildirimi³⁸⁶. Açıklanan görüş tam terisine, sonuç itibarıyla arabulucunun tarafı olarak bulunan kimseler öyle bir fırsatı asla kaçırmak istemezler. Ancak bu durum arabulucunun toplumda düşük popülaritesine veya yayılmasına engel gibi bir düşünce yaratamaz da ve listesinde bulunma gibi bir durum da oluşturmaz. Çünkü böyle bir listede kolayca bulunamabilmeleri için, tarafların sonradan hem fazla masraf hem de karşılaştığı masraftan kaçınmak gibi bir fırsatı hiç düşünememeleri lâzım. Hatta arabulucununda bu durumdaki teşkilatı temsil etme gibi kanunen katkısı, delindiği gibi eksik kalırsa arabuluculuk teşkilat adına yetkililiği konusunda şüphe yaratmış olur. Diğer yandan bu görüşü biraz diğer yönden değerlendiren fikir sahibi yazarımız böyle açıklıyor ve esas arabuluculuk niteliği gereği uyuşmazlığın çözümüne yol açmaz ve arabuluculuğun amacı farklıdır - uyuşmazlığı sona erdirmek amaçlı olduğu kanaatindedir. Oysa arabulucu, hukuki uyuşmazlığı esasa göre

³⁸⁵ Sudorgina , s.159-160 . (Судоргина , с.159-160).

³⁸⁶ Dvazhieva, “Rusya Federasyonu'nda Tıbbi Uyuşmazlık ve Arabuluculuk Sorunları”, **Hukuk Bilimleri Dergisi**, Sayı No., 31., 2021, s.82. (Дваджиева Сайбе Халиловна, Медицинские споры и проблемы медиации в Российской Федерации, **Журнал юридических наук**, № 31, 2021, с.82) .

çözmeyi gaye edermiş, arabuluculuk, arabulucunun hukuki uyuşmazlığın özünü değerlendirmeden sadece bir müzakere tekniği gereğinde bulunmalıymış³⁸⁷.

Ayrıca, arabuluculuk kullanımının uygulanmasında önemli bir sorun, sulh hakimlerinin arabuluculuk bilgi ve becerilerini edinme konusunda eğitim ve ileri eğitim sorunudur. Sorunların çözümü, Rusya Federasyonu'nun arabuluculuk teşkilatlarıyla bölge mahkemeleriyle işbirliği içinde arabuluculuk uygulamalarının başlatılmasıdır³⁸⁸.

Başka bir görüşle, dar bir yaklaşıma bağlı kalır ve arabuluculuğu, yasal anlaşmazlıkları çözenin yargı yetkisi olmayan bağımsız bir yolu olarak tanımlar. Aynı zamanda tarafsız bir aracının (arabulucu) katılımıyla özel olarak düzenlenmiş bir müzakere prosedürüdür ve taraflara hukuki bir uyuşmazlığın çözüm şartlarını tartışmalarında ve karşılıklı olarak yararlı bir karar vermelerinde yardımcı olurmuş³⁸⁹.

Bu fikirde yazar, arabuluculuğun gelişmesini engelleyen nedenlerin eyalet mahkemelerinin kendileri tarafından ortadan kaldırılabilceğini öne sürmektedir. Örneğin, anlatılan faaliyetler şunları içermektedir: arabuluculuğun olanakları ve olumlu yönleri hakkında tarafların bilgilendirilmesinin düzenlenmesi (mahkeme binasında bilgi stantlarının yerleştirilmesi, ayrıca web sitesinde gerekli bilgilerin buğlunması vs.); mahkemede çalışan arabulucular için bir işyerinin organizasyonu (örneğin, uzlaşma odaları, toplantı odaları teçhizatı); bununla beraber mahkemede görev yapan arabulucuların hizmetlerinden yararlanma fırsatı yaratmak, arabulucuların görevlerini düzenlemek, mahkeme oturumlarında (duruşmalarda) bulunmaları, mahkeme topraklarında arabulucuların hizmetlerinin ücretsiz sağlanmasını sağlamak gibi epey bir proje görüşünü sunması. Halbuki diğer yönden olan kanun üzerindeki yetersizlikler dahil tamamlanacakmış gibi bir düşüncede bulunmuş. Sanırım, arabuluculuk kullanımının böylece uygulanmasında önemli bir

³⁸⁷ Davydenko D.L. "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Alanında Yasal Terminoloji Soruları", "Yüksek ve ek Mesleki Eğitim Programlarında Alternatif Uyuşmazlık Çözümü" konferansının bildirileri. SPb., 2008. s. 17. (Давыденко Д.Л. "Вопросы юридической терминологии в области альтернативного разрешения споров" // Материалы конференции «Альтернативное разрешение споров в программах высшего и дополнительного профессионального образования», СПб., 2008. с. 17).

³⁸⁸ Sudorgina, s.156. (Судоргина, с.156).

³⁸⁹ Kalaşnikova S.I., "Medeni Yargı Alanında Arabuluculuk": Tezin özeti, Moskova, 2010, s.7. (Калашникова С.И. Медиация в гражданском судопроизводстве: Автореферат диссертации, к.ю.н., Москва, 2010. с. 7).

sorun, sulh hakimleri ile birlikte bunları komple yaymakla arabuluculuk uygulanması hiç bir şekilde başarısızlık tanıtmayacakmış gib bir düşünce oluşturulmuş.

Kanun, arabuluculuk prosedürünün, sözleşmenin uygulanmasından kaynaklananlar da dahil olmak üzere, medeni hukuk uyuşmazlıklarını çözmek için kullanılabileceğini belirlemiştir. İş ve diğer ekonomik faaliyetler ile çalışma alanındaki anlaşmazlıklar (toplu iş uyuşmazlıkları hariç) ve aile ilişkilerinde de uygulanmaktadır (FY AUÇPH m.1, 2). Kanun, arabuluculuk usûlünün uygulanması ve kontrolü, arabuluculuk sözleşmesi ve usûlle ilgili diğer hususlar hakkında anlaşmaların akdedilme usûlünü düzenler. Arabuluculuğu uyuşmazlığa uygulamada ve tedbirli şekilde yerine getirirken arabuluculuk yöntemi beklendiği gibi doğru bir hukuki sonuç getirir.

Arabuluculuk anlaşmasından bu yana, yasal nitelik, devlet organları tarafından anlaşmazlığın esasına ilişkin bir kararın kabulü ile ilgili olmayan bir medeni hukuk işlemidir, buna genelde medeni hukuk normları uygulanabilir (FY AUÇPH madde 4, madde 7). Kanun, tarafların bu tür bir sonuca varmalarına izin verir anlaşmalar ve anlaşmazlık hakkında böyle bir karar vermeden önce mahkemede veya arabulucularca bir anlaşmazlığın çözülmesi sürecinde bulundurur. Ayrıca, arabuluculuğun uygulanma duruma tarafların anlaşması dışında aralarında yapılan bir anlaşma esasında da gerçekleştirilmektedir. Anlaşmada, uyuşmazlık çözümü için bir arabulucunun yardımıyla işlem göreceği şartlarını içeren bir belgeye atıf yapılmasını gerektirir, anlaşmanın yazılı olarak yapılması şartıyla, arabuluculuk şartı olarak kabul edilir (FY AUÇPH m.2, 7/1.) . Hüküm devamında arabuluculuk prosedürünün uygulanması mahkeme öncesi veya yasal işlemlerin başladığı süre mahkeme ya da tahkim muracatı başlamasından sonra da uygulanabilir, hatta bir hakimin veya hakemin önerisi ve teklifi üzerine de yapılabilecek süreçtir.

Bu hükmün uygulanması, No.194 sayılı Federal Yasanın kabul edilmesini gerektirdi- FY “Federal Yasanın Kabulüyle Bağlantılı Olarak Rusya Federasyonu'nun Bazı Yaşama Eylemlerinde Değişiklik Yapılmasına Dair“ bir aracının katılımı (arabuluculuk prosedürü)“, kurulan: mahkemede bir davayı değerlendirirken arabuluculuk prosedürünü uygulama prosedürü; arabuluculuk anlaşmasının mahkeme tarafından onaylanması prosedürü; bir mahkumun huzurunda mahkemeye gitme prosedürü ve uygulanabilir arabuluculuk anlaşması;

arabuluculuk prosedürünün gizliliğine ilişkin usuli garantiler⁴⁰⁰. Tarafların arabuluculuk anlaşması yapma başarısı, büyük ölçüde, faaliyetlerini hem profesyonel olmayan hem de profesyonel bir temelde yürütebilen arabulucuya bağlıdır. İlk durumda, arabulucu, on sekiz yaşını doldurmuş, hukuki ehliyeti tam olan ve sabıka kaydı olmayan bir kişi olabilir (m. 15/2). İkinci durumda, bir kişi en az yirmi beş yaşındadır, daha yüksek bir mesleki eğitime sahiptir ve eğitim programına göre bir eğitim kursunu tamamlamıştır. Yerleşik prosedüre göre onaylanan arabulucular (madde. 1 ve madde. 16). Arabulucular, kamu görevlerinde bulunan kişiler ile devletin sivil ve belediye hizmetlerinde görev yapan kişiler olamaz (AUÇPH m. 5, m. 15/5)⁴⁰¹.

Arabulucu, ihtilaflı tarafların mevcut yasal normlar temelinde bir anlaşmaya varmalarına yardımcı olmalıdır, ancak yasa, arabulucunun mesleki hukuk eğitimi almasını gerektirmez, bu da bize göre, arabulucunun etkinliğini azaltır. Elbette arabuluculuk prosedürü sırasında taraflar profesyonel avukatlardan tavsiye alabilirler, ancak bu ek zaman ve para yatırımı gerektirecektir. Bir arabulucunun mesleki eğitimi ve pratik deneyimi, girişimci olmamakla birlikte hem ücretsiz hem de ücretli olabileceği göz önüne alındığında, etkili faaliyetinin önemli bileşenleridir (madde 3 ve madde 15)⁴⁰². Gizlilik, arabuluculuk usulünün ilkelerinden biridir, ancak arabuluculuk sürecinde taraflardan alınan bilgilerin arabulucu tarafından açıklanmaması ve gizliliğin güvence altına alınması konusunda kanunda özel bir madde bulunmamaktadır.

Arabuluculuk kurumunun başarılı bir şekilde gelişmesi için gerekli bir koşul, profesyonel bir arabulucular birliğinin oluşturulmasıdır. Rusya'da arabuluculuk yasasının kabulü ile arabulucuların mesleki eğitimleri başlamıştır. Eğitim Bakanlığı ve 14 Şubat 2011 tarihinde Rusya Federasyonu Bilimi, 187 sayılı

⁴⁰⁰ Federal Yasa No. 193-FY – 2010, s. 7.(Федеральный закон № 193-ФЗ – 2010, с. 7) .

⁴⁰¹ 27 Temmuz 2010 tarihli ve 194-FY sayılı Federal Yasa "Değişikliklere Dair Federal Yasanın kabulü ile bağlantılı olarak Rusya Federasyonu'nun bazı yasal düzenlemeleri Arabulucunun Katılımıyla Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Alternatif Usul Hakkında Kanun (arabuluculuk prosedürü)" //Makale, Rus gazetesi. – 2010. (Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 194-ФЗ "Некоторые правовые акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона о внесении изменений в Закон об альтернативном порядке разрешения споров с участием посредника (процедуре медиации)" //Статья, Российская газета. – 2010).

⁴⁰² 27 Temmuz 2010 tarihli Federal Yasa No. 193-FY ". (Федеральный закон от 27 июля 2010 г. 193-ФЗ").

“Arabulucular için eğitim programının onaylanması üzerine“ emrini yayınladı⁴⁰³. Bu Program isteğe bağlıdır tam zamanlı profesyonel yeniden eğitim profesyonel eğitim programı eğitim şekli, üç eğitim programından oluşur:

- Arabuluculuk. Temel kurs;
- Arabuluculuk. Arabuluculuk kullanımının özellikleri;
- Arabuluculuk. Eğitimci eğitimi kursu araçları.

Temel kursun tamamlanması, profesyonel düzeyde arabuluculuk yapmanızı sağlar ve sonraki programlarda eğitim almak için ön koşuldur⁴⁰⁴.

İkinci program formatında, aile, iş, ticaret ve diğer alanlardaki uyuşmazlıkların arabuluculuk çözümünün özellikleri derinlemesine incelenmektedir. Bu programların her biri için eğitim, nihai sertifika ve bir belgenin verilmesi ile sona erer. yerleşik örnek

Rusya'da yargı sistemindeki arabuluculuğun gelişimi, yukarıdaki tarihi materyallerden görülebildiği gibi, asırlar boyunca arabuluculuk kurumunun tarihsel kökenlerini araştırınca, anlaşılıyor ki kavramların belirtilen yasada verilen “arabuluculuk usûlü” ve “arabulucu” olarak tanımlanması hiç bir zaman kendi geleneğini kayıp etmemiştir ve azıcık olan kopukluk 1917 tarihinden itibaren tahkime ağırlık verilmek sıfatıyla devam edilmiştir. Arabuluculuk prosedürü - dayalı bir arabulucunun yardımıyla bir anlaşmazlık çözümü yöntemi karşılıklı olarak kabul edilebilir bir çözüm elde etmek için tarafların gönüllü rızasından başlamasını sebep görülmüş. Arabuluculuk prosedürünün ana ilkeleri rus hukukunda, mahkemeye gitmekten bir çatışmanın mahkeme dışı çözümünün yanlış ayırt edici klasik özellikleri şöyle sıralanabilir:

- gönüllülük;
- gizlilik;
- tarafların işbirliği;
- tarafların eşit hakları;

⁴⁰³ 14 Şubat Rusya Federasyonu Eğitim ve Bilim Bakanlığı'nın emri 2011 № 187 "Arabulucular İçin Eğitim Programının Onaylanması Üzerine" (Elektronik kaynak). - Erişim modu: <http://www.rg.ru/2011/03/23/mediacia-dok.html>. (Приказ Министерства образования и науки Российской Федерации от 14 февраля 2011 г. № 187 «Об утверждении программы подготовки медиаторов»).

⁴⁰⁴ Arabuluculuk ve Hukuk Merkezi: <http://www.mediacia.com/educationandsert.htm>. (Elektronik kaynak). - Mod Erişim: <http://www.mediacia.com/educationandsert.htm>. (Центр медиации и права (Электронный ресурс). - Доступ к модулю).

- arabulucunun tarafsızlığı;
- arabulucunun bağımsızlığı;
- sürecin şeffaflığı⁴⁰⁵ .

*Genel ve hukuki-çatışmalı sorunlara ilişkin yayınların analizi, bunu 1920'lerin başından beri göstermektedir. Yerli bilimde periyodik olarak çeşitli çatışmalara (emek, aile vd.) adanmış eserler vardı. Ancak içlerinde çatışmalar, içsel özellikleriyle bağımsız nesneler olarak görülmüyordu. Sadece 1980'lerin sonlarından - 1990'ların başlarından çatışma teorisinin genel sorunları üzerine çalışmalar ortaya çıkmaya başladı. Dolayısıyla, **yabancı yazarların tercümesi** ile birlikte, genel çatışmalarla ilgili önemli sayıda yerli monografik ve eğitimsel yayın yayınlanması gündemdedir; yasal çelişki istatistik rakamları üzeri ise bu konuda bilginin oluşumunun temeli olarak düşünülebilir. Hukuki çatışmadaki istatistik bilgisi üzerindeki araştırma oluşumunun teorik temelinin önemli bir parçası, 1970- 1980'lerde bilimi üzerinde yürütülen hukuktaki çelişkiler üzerine araştırmalara göre yapılan sonuçlara sahipliği söz konusu. Ancak, yasal ve çatışmalı sorunların açıkça ifade edilen bir açıklaması, yalnızca 1990'ların ortalarında gerçekleştirilmeye başlandı. Hukuksal bir çatışma, doğuşu, dinamikleri, tipolojisi, çözümü, Rus Federasyon'undaki tanınan akademik Kudryavsev'nin liderliğinde bir yazar ekibi tarafından araştırma konusu haline geldiği kanaatinde ve diğer bilim adamları da bu konu üzerinde emek vermekte oldukları delinebilir⁴⁰⁶ .*

Bu hedef doğrultusunda aşağıdaki görevler belirlenmiştir: genel sosyal çatışma kavramından yasal bir ve uygulamalı araştırmasını belirlemek, karmaşık yapısını göstermek, araştırmada teorik ve uygulamalı arasındaki ilişkiyi kurmak; faktör analizi yapmak, yani yasal alanda karşıt eylemlerin ortaya çıkması ve değişmesi sürecini etkileyen bir durumun belirlenmesi; Yasal bir çatışmanın yapısal bir modelini oluşturma: bir çatışma kavramını çıkarsamak, ikincisinin işaretlerini belirlemek; hukuki alanda ortaya çıkan kapsamlı bir ihtilaf (conflict) incelemesinin temel gereklerini ortaya çıkarmak; Maddi ve biçimsel konulardan hukuki bir çatışmanın teorik teknolojisinin belirleyin ve bunları katılımcılarla yada tarafları farklılaştırın, bir nesneyi yapısal bir öge unsuru olarak tanımlayın ve bir çatışmanın konusunu belirleyin, öznel (motivasyonel) tarafı analiz edilmesi, nesnel (davranışsal) tarafı ortaya çıkarılması; çatışma davranışının yasal niteliğini karakterize (belirlemek) etmek, yasal eylemlerin niteliğinin özelliklerini ve çatışma öznelerinin eylemsizliğini göstermek; yasal bir çatışmanın dinamik bir modelini oluşturma bileceği: sınırlarını belirlemek, oluşumunu, gelişimini, değişimini ve

⁴⁰⁵ “Rus İmparatorluğu Hukuk Yasaları, XI t. 1892”. (Правовые законы Российской империи, XI т. 1892 г.).

⁴⁰⁶ Hudoykina, Doktora Tezi, 2002, s. 3-5. (Худойкин, Докторская диссертация, 2002, с. 3-5) .

tamamlanmasını analiz etmek; yasal bir çatışmanın fonksiyonel bir modelinin oluşturmak gibi: fonksiyonel odağı belirlemek ve yasal alandaki çatışmaların fonksiyonu belirlemek; yasal bir çatışmayı yönetme sürecini belirlemek, aşamalarını ve yöntemlerini belirlemek; yasal bir çatışmayı çözmek için ona göre bir teknoloji geliştirmek; yasal bir çatışmayı çözmenin yollarını belirlemek, başvurularının sırasını incelemek ve açıklamak; yasal bir ihtilafın(conflict) çözümünde müzakere, arabuluculuk, tahkim, yasal işlemlerin uygulama mekanizmasını analiz etmek ve kanıtlamak; hukuki alanda çatışma davranışının önlenmesi için kavramı açıklamak ve ana yönleri belirlemek; - yasal bir çatışmayı tahmin etmek için bir teknoloji geliştirmek, yasal çatışmanın bilimsel ve metodolojik araçlarını belirlemek için mantıksal tahmin; - yasal bir çatışmayı önleyen faktörleri belirlemek için gerekli araştırmalar yapıldığını diyebiliriz.

Özellikle ilgi çekici durum taraflarca bir arabulucunun seçilmesidir. Arabulucu olma, tek veya bir arkadaşıyla de olur olması, ancak sadece bu durumda karşılıklı olarak tarafların anlaşmasının olması önemli şartlardan biri sayılmaktadır. Çatışan taraflar hazırlık, öneri ve belirli bir uyuşmazlıklarda arabulucuların atanması gibi durumları kendi istekleriyle çözüme iradelidirler. Örgüt ve çatışmanın tarafları, arabuluculuk usûlü ilkelerinin ihlali tehdidi durumunda derhal gereken kurumlar haberdar edilmelidir. Arabuluculara bir takım gereksinimler ve öneriler sunulmaktadır. Genelde bir arabulucu olan şahıs, bu tür faaliyetlerde profesyonel olabilir veya profesyonel olmayan ama tahsilli, salahiyyet sahibi olan birisi de olabilir. Rusya'da ilk kez 2002 yılında tarafların uyuşmazlıkları çözmek amacıyla üçüncü kişiye başvurma hakkı gündeme getirildi ⁴⁰⁷. Daha sonra ise arabuluculuk kavramı Rus hukuk sisteminde resmen tanıldı. Böylece, 27 Temmuz 2010 tarihinde Rusya, 1 Ocak'ta yürürlüğe giren 193-FZ sayılı “Arabulucunun katılımıyla uyuşmazlıkların çözümü için alternatif bir prosedür hakkında” (bundan sonra Arabuluculuk Kanunu olarak anılacaktır) Federal Yasayı kabul etti ve 1 Ocak 2011 Tarihinde de yürürlüğe

⁴⁰⁷ Hudoykina Tatyana V., Fedin Ilya N., “Arabuluculuğun Uygulanması: Bazı Sorunlar”, Fedin I.N. (Rusya Federasyonu). Makale, Saransk, 2016, s.71-72, (Статья: “Применение медиации: некоторые проблемы”, Худойкина Т. В., Федин И. Н. (Российская Федерация, г.Саранск, с.71-72).

geçti. Ancak yazara göre; Kanun koyucu “usul⁴⁰⁸” ve “yöntem⁴⁰⁹” kategorileri arasında herhangi bir ayrım yapmamakta olduğunu kınamaktadır.

Ancak, bu durumda, arabuluculuktaki temeli korumak zorunluğ u olan ve sabıka kaydı olmayan yetkili bir kişi arabuluculuk kurallarından haberdar olmalıdır. Profesyonel bir şahısın, bir arabulucunun faaliyeti, yüksek öğrenim tahsili olan

yirmi beş yaşından büyük kişiler tarafından gerçekleştirilebilir (27.10.2010 tarihli No. 193-FY madde 16/1,1.1.). Bu alanda veya adli olmayan yargılamalara katılmanıza izin veren ek mesleki eğitim ile tarafsız olmak şartıyla mümkündür. Ayrıca, kamu hizmetindeki kişilerin arabulucu olma hakkı yoktur. Diğer gereksinimler arasında da, not edilmelidir:

- bir arabulucu taraflardan birinin temsilcisi olamaz;
- taraflardan birine bilgi sağlamak veya danışmanlık sağlamak çağrı hizmetleri;
- taraflardan birinin akrabası olmak veya kişisel olarak ilgilenen taraflardan biri lehine bir anlaşmazlığın çözümünde;
- tarafların bilgisi veya onayı olmadan kamuya açık açıklamalar yapmak.

Rus hukukundaki sistematik olarak yaşanan bu tür değişikliklerde etkilenmemesinin mümkün değildir. Arabuluculukla ilgili Federal Yasa 7 haziran 2010 tarihinde Devlet Duması (Meclisi) ile kabul edildiğine rağmen ”Bir arabulucu içeren alternatif bir anlaşmazlık çözüm prosedürü (arbuluculuk prosedürü)” 26 Temmuz 2019 tarihinde bir daha değiştirildiği yaşadı.

Arabulucuların faaliyetlerini profesyonel olarak yürütmek istediklerini ifade eden emekli yargıçların listelerini tutmak.“ olduğu beyan ediliyor. Aynı zamanda devlet bu durumda sosyal alandaki değişiklikler taraflar için, ihtilaf durumlarında alternatif çözüm noktası olarak arabuluculuğ u tercih etmektedir. İhtilaf (conflict) konfliktoloji iliminde tartışma ile ihtilaf (conflict) arasında ayrımı yapmak gerekir. Toplumdaki herhangi bir sosyal süreç münakaşalık yaratmaktadır. Onun hareketi, değişimi, karmaşık çıkış kaynakları karşılıklı tarafları bu tür duruma getireceğ i şüphesizdir. Bu durumu Davıdov ise, uyuşmazlığın tartışmalı hâli diyor, dış bakımdan formalite olarak sırf ortamda, meydana oluşan bir ihtilaf doğmuş gibi de kabul ediliyor, tarafların isteklerinden dolayı oluşan karşılıklı talepleri üzünden

⁴⁰⁸ Hudoykina, Fedin, 71.

⁴⁰⁹ Hudoykina, Fedin, s.71.

ortaya gelmiş gibi yahut taraflardan her hangi birisinin belli bir isteği üzerinden tespit edilmiş bu talep gibi de gözükmüş olabilir, diğer taraf ise karşı tarafın bu isteklerini tamamem ya da kısmen kabul etmemesiyle anlaşılmaktadır⁴¹⁰. Çatışma problemi, insanlığın tüm varlığı boyunca mevcut olmaya devam etmektedir. Ülke genelinde de meydana gelen yenileme süreçlerinin ölçeği, modern hukukun karşılaştığı görevlerin yeniliği ve karmaşıklığı, hukuk alanının teorik izlemesinde yeni yaklaşımlara ihtiyaç görmektedir ve aynı zamanda da gerekliliği söz konusudur. Yapılan değerlendirmelere göre, konuda da milli ilim payı ise, geçici dönem koşullarında çatışmaların kaynaklanma durumlarının, seyrinin ve çözümünün analizine yeterince dikkat etmediği kaanatine varılır. Dolayısıyla kanuni kaynaklanma olayın araştırırsak esas sebeplerindeki durumu da hukuki ve sosyolojik yönler sırasında büyük önem taşımaktadır. Derin devletin uygulanması ve Rus toplumundaki yasal değişiklikler (reformlar, yapısal yeniden yapılandırma, tasfiye ve yeni kurumların oluşturulması, vd.). Sosyal ve yasal gerginlikte önemli bir artış, yasal çelişkilerin şiddetlenmesi ve çok sayıda çatışmanın yasal alanda ortaya çıkmasıyla başlandığı fark edilir. Bununla birlikte, devlet kurumları ve kuruluşları, kamu dernekleri, olayın iç sebeplerden kaynaklanma nedenlerini yeterli kadar dikkate almayıp az dikkat ederler ve bu nedenle çatışma süreçlerine yeterince yanıt veremezler. Mevcut istatistik üzerindeki biligilefe göre sadece son on yılda çatışmaların ortaya çıkması, gelişmesi ve çözülmesine ilişkin yasaların cehaleti, yüzlerce insanın hayatıyla ödendi, kaderi mahvetti ve on milyonlarca insanın haklarını ihlal etti. Çatışma teorisinin hükümlerine hakim olmak, yasal çatışmaların seyrini en uygun yol boyunca yönlendirmeye izin verecektir. Çatışmaya dahil olan tarafların her biri için manevi, fiziksel ve maddi kayıpları büyük ölçüde azaltacaktır. Devlet organlarının ve sivil toplum kuruluşlarının karmaşık faaliyetleri, işletmelerin uygulamaları, özel şirketler, modern liderlerin ve uzmanların yönetim, çözüm ve çatışmaların önlenmesi alanında bilgi ve becerilere ihtiyaç duyduklarını göstermektedir. Bu tür bilgiler tamamen yabancı bilim adamlarından ve uygulayıcılardan ödünç alınamaz (iç çatışma gerçekliği çok spesifik olduğu için), yalnızca sağduyu veya deneyime dayanarak elde edilemez. Hukuki alandaki çatışmalar hakkında kapsamlı teorik ve pratik bilginin mümkün olan en

⁴¹⁰ Davidov D.L., “Rus İmparatorluğu Hukuk Yasaları, XI t. 1892.” (“Правовые законы Российской империи, XI в. 1892 г.”).

erken zamanda edinilmesi için, hukuki çatışmanın teorik ve uygulamalı sorunlarını inceleyen bir bilim olan hukuki çatışmanın güçlendirilmesi ve ciddi şekilde geliştirilmesi önemlidir. Yasal bir çatışma, karmaşık, çok yönlü bir sosyal ve yasal olgudur. Bu nedenle, araştırmalarındaki teorik, teknolojik, pratik yönelim başlangıçta köken salmıştır. Hukuk alanındaki çeşitli çatışmaların kapsamlı teorik ve uygulamalı araştırması, yasal alanın normalleşmesine bilimsel bir yaklaşımın araçlarından biridir. Benzer durumların araştırmaların düzenli olarak yürütülmesi, elde edilen sonuçların yalnızca çatışmaları yönetme, çözme ve çözmenin en etkili yollarını seçme sürecinde değil, aynı zamanda bunları önleme, önleyici tedbirler alma ve tahmin etme sürecinde de kullanılmasına izin verecektir.

Yasal çatışmaları öngörmek için ciddi bir yöntem gelişimi, yeterince yüksek düzeyde yasal çatışmatoloji gelişimi ile mümkündür. Çatışmaları tahmin etmeden önce, araştırma bilimi onların tanınmasında iki aşamadan yaklaşmalı. **İlk olarak**, hukuki çatışmaların tanımlayıcı (teorik) modellerinin geliştirilmesi gerekmektedir. Çatışmaların özünü belirlemek, yapısını, işlevlerini ortaya çıkarmak, dinamiklerini tanımlamak gerekir. Bununla birlikte, yalnızca yasal çatışmaların tanımlayıcı modellerine dayalı olarak, bunların oluşumu ve gelişimi hakkında makul bir tahmin vermek pek mümkün değildir. İkincisi, açıklayıcı (faktöryel) çatışma modelleri geliştirilmelidir. İkincisinin gelişiminin arkasındaki itici güçleri, nesnel ve öznel nedenlerini ve önleme faktörlerini ortaya çıkaracaklar. Açıklayıcı modeller, faktöryel (sistemik genetik) analiz yoluyla geliştirilir. Ancak yasal çatışma bilimi, gelişimin tanımlayıcı ve açıklayıcı aşamalarını geçtikten sonra, tahmin işlevini tam olarak gerçekleştirebilecektir⁴¹¹. Keskinliği, özellikle sosyal ve devlet gelişiminin kritik dönemlerinde hissedilir. Çünkü böyle bir tartışma başlangıçtan ihtilafın çıkışına ana sebep yaratmaktadır.

Yakovlev'e göre, özel ticari kuruluşların aksine, yetkililerin özel yetkilerinin olmaması nedeniyle idari uyuşmazlıklarda arabuluculuk kullanma olasılığının zor olması⁴¹². Movchan' göre, arabuluculuk usûlü sadece özel menfaatleri, yani

⁴¹¹ Rus İmparatorluğu Hukuk Yasaları, XI t. 1892.(Правовые законы Российской империи, XI т. 1892 г.).

⁴¹² Yakovlev V.F. İle internet röportajı, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Danışmanı, Hukuk Doktoru, Hukuk Profesörü ve Ts.A. Arabuluculuk ve Hukuk Bilim ve Metodolojik Merkezi Başkanı Shamlıkashvili: "Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve bunların sivil toplumdaki önemi hakkında" // Elektronik kaynak. Erişim modu:

topluma değil, devlete değil bireylere ait menfaatleri etkileyen uyuşmazlıklara uygulanabilir ve kamu hukuku ilişkilerinin konuları arasında bir sulh anlaşması yapılması onların doğasına aykırı olması görüşünde ⁴¹³.

Andreeva, aksine, özel bir kişi ile bir kamu otoritesi arasındaki bir anlaşmazlığın çözümünde bir aracı kullanmak için kamusal hukuk ilişkileri alanının en çok tercih edildiğine inanmaktadır⁴¹⁴. Benzer bir yaklaşım, Kamu ilişkiler alanındaki davalarda uzlaştırma prosedürlerinin kullanılmasını destekleyen Anokhin, tarafların karşılıklı tavizler temelinde davayı sona erdirme konusunda anlaşmalarına olanak tanır⁴¹⁵.

Çoğu zaman uygulamada, örneğin, iddialar gibi başka mahkeme öncesi prosedürleri vardır, ancak arabuluculuk veya tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri de mahkeme öncesi zorunlu prosedürler olarak işlev görebilir. Rusya'da tahkim kullanımı daha önce gerçekleştirilmeye başlandı, bu da şimdiye kadar, arabuluculuk prosedürünün uygulanmasına ilişkin anlaşmanın niteliğini belirlemek için kullanabileceğimiz tahkim anlaşmasının koşulu hakkında daha eksiksiz bir çalışmaya yol açıyor. Bu anlamda da arabuluculuğun kendisinin farklı

<http://www.spb.arbitr.ru/welcome/show/633200051/44> (03.03.2019 tarihinde erişildi); Albegova Z.K.; "İdari ve diğer halkla ilişkilerden kaynaklanan davalarda uzlaşmanın özellikleri ", Makale, Petersburg 2019, s.8.; Albegova Z.K., s 9.(Яковлев В.Ф. Интернет-интервью с советником Президента Российской Федерации, доктором юридических наук, профессором юридических наук Ц.А. Шамликашвили, руководитель Научно-методического центра медиации и права: «Об альтернативных методах разрешения споров и их значении в гражданском обществе» // Электронный ресурс. Режим доступа: <http://www.spb.arbitr.ru/welcome/show/633200051/44> (дата обращения: 03.03.2019); Албегова З.К., «Особенности примирения по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений», Статья, Петербург, 2019, с.8.; Албегова З. К., стр. 9) .

⁴¹³ Movchan A.N. "Bir aracının katılımıyla uyuşmazlıkları çözmek için alternatif bir prosedür (arbuluculuk prosedürü). Askeri mahkemede arabuluculuk prosedürü" // SPS "Consultant Plus" (erişim 03.03.2019).; Albegova, s.10. (Мовчан А.Н. «Альтернативный порядок разрешения споров с участием посредника (процедура медиации). Процедура медиации в военном суде» // СПС «Консультант Плюс» (дата обращения 03.03.2019).; Албегова, стр.10).

⁴¹⁴ Rusya Federasyonu Yüksek Tahkim Mahkemesi Başkan Yardımcısı Andreeva T.K.ile yapılan röportaj // "Vergi Politikası ve Uygulaması", Dergisi. – 2008, No. 1.; Albegova, s.8. (Интервью с Андреевой Т.К., заместителем Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации // Журнал налоговой политики и практики. – 2008, №1. один.; Албегова, стр.8)

⁴¹⁵ Anokhin V.S., "Tahkim Sürecinde Sulh Sözleşmesi" // **Ekonomi ve Hukuk**, 2000, S.6, s. 62.; Albegova, s.8-10.(Анохин В.С., "Мировое соглашение в арбитражном процессе" // **Экономика и право**. – 2000. – 6. – с. 62.; Албегова, стр.8-10) .

bir özelliğinden yansıyan, kendine ait özellikleri ile benzer bir hukuki niteliğe sahip olacak olan usûllerin varlığı⁴¹⁶.

Arabuluculuk anlaşması yasal bir anlaşma olduğu anlamına da katılıyor ve bu alanların her birinde yasal sonuçlar doğurabileceğinden hem maddi hem de usûle ilişkin bir anlaşmada mevcut olduğu bulunur. Ayrıca, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözen bir arabuluculuk sözleşmesi, sadece hukuki sorunların değil, aynı zamanda hukuk dışı (yerli insanlar arasındaki adi) sorunların da çözümünü içerebilir. Arabuluculuk prosedürüne taraf olanlar, arabuluculuk sözleşmesi metninde yasal nitelikte olmayan koşulları içerebilir (örneğin, kişinin ikamet yerini değiştirmemeyi kabul etmesi, kafe sahibininde saat 23'den sonra müzik sesini de gürültü yapmaması için sıkı tutması kabulü vd.), bu gibi durumlarda tarafların kabul ettikleri sözleşmeleri şartlı olarak akdetmeleri ve gönüllü olarak yerine getirmeleri açısından önemlidir⁴¹⁷.

Arabuluculuk sözleşmesinin hukuki niteliğini usûli olarak tanımlarsak, esas sebep olarak mahkemede karara bağlanan davayla ilgili usûli sonuçların olma ihtimalini ele alacağız. Arabuluculuk Kanunu, arabuluculuk sözleşmesini dostane olarak kabul ederek davayı sona erdirmeye olanağını tesis etmektedir. Nosireva, bu durumda arabuluculuk sözleşmesinin kanunla belirlenen şartlara uyması gerektiğine dikkat çekiyor (Rusya Federasyonu Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nun 39, 173. Maddeleri) ve (Rusya Federasyonu Tahkim Usûl Kanunu'nun 139-141 maddeleri)⁴¹⁸.

Böylece, Rusya'da anlaşmazlıkları ve uyuşmazlıkları çözmek için alternatif (devlet dışı) yöntemlerin daha yaygın hale geldiği sonucuna varabiliriz, bu da karşılıklı tarafların anlaşmazlığı ve uyuşmazlığı çözmenin en etkili yolunu bulmalarını sağladıkları anlamına gelir. Bu anlamda bazı hukukçu ilim adamları arabuluculuğun yararını şu şekilde açıklamaktadır:

⁴¹⁶ İvanova E.A., “Arabuluculuk Prosedüründeki Anlaşmaların Hukuki Niteliği”, Makale, St.Peterburg, 2019, s.92. (Иванова Е.А., “Правовая природа соглашений в процедуре медиации”, Статья, СПб, 2019, с.92) .

⁴¹⁷ İvanova, s.96. (Иванова,с.96) .

⁴¹⁸ Nosireva E.I.: “Hukuk Davalarında Arabuluculuk Normlarının Uygulanması” // **Hukuk Süreci Bülteni**, 2012, S.6, s.10–25.; İvanova E.A., s.96. (Носырева Е.И.: «Реализация норм медиации в гражданском судопроизводстве» // **Вестник юридического процесса**, 2012, №. 6. -с. 10 – 25.; Иванова Е.А., с.96) .

- arabuluculuk, mahkemedeki yargılamalardan çok daha az zaman alır, sonucun elde edilmesi, anlaşmazlığın taraflarının kendilerine bağlıdır; - sürecin tarafsızlığı, arabulucu uyuşmazlık çözümünün sonucuyla ilgilenmediğinden, bir yargıç değil, bir asistan rolünü oynadığından, amacı ihtilaflı tarafları uyuşmazlığa uzlaştırmaktır⁴¹⁹ .

Geleneksel olarak, *arabuluculuk prosedürü* mahkeme dışı, mahkeme öncesi ve mahkemelik (yargıyla sonuçlanan) olarak ayrılabilir. Arabuluculuk yapılabilir:

1) mahkeme dışı - ihtilaflı tarafların anlaşmazlığı çözmekte zorlandıkları ve mahkemeye gitmeye niyetleri olmadığı durumda;

2) yargılama öncesi prosedürde - yasa taslağının öngördüğü durumlarda veya anlaşmazlığın tarafları arasında imzalanan sözleşmeye veya diğer yasal olarak bağlayıcı anlaşmaya girilen bir arabuluculuk maddesi temelinde, anlaşmazlıkları aşağıdaki yollarla çözüme ihtiyacı hakkında arabuluculuk prosedürünün uygulanması;

3) Yargılama çerçevesinde - tarafların yargılamanın herhangi bir aşamasında süreci kesintiye uğratma ve arabuluculuk prosedürüne başvurma hakkına sahip oldukları ve mahkemenin taraflara arabuluculuk prosedürünü kullanmalarını önermekle yükümlü olduğu durumda⁴²⁰. Arabuluculuk, bağımsız ve tarafsız bir üçüncü tarafın – arabulucunun, ortak çabalarla ve karşılıklı çıkarları göz önünde bulundurarak, çatışan (ihtilaf) taraflara kısa sürede yardım etmesine ve karşılıklı çıkarların her birisinin arzu edilen veya en azından (karşılıklı kayıp ederleriyle) kabul edilebilir bir karara varmasına dayanan modern bir uzlaşma yöntemidir.

Arabuluculuk prosedürünün amacı: iki taraf için de arzu edilen ve kabul edilebilir bir uzlaşma çözümü araştırmak. Esas rus hukukundaki arabuluculukla ilgili durum o kadar ayrıntılara direne varmasa da ana kavramın neler olduğunu ve bir arabuluculuk usulü kullanım sırasında esas nelere dikkat edilmesi gerek olduğunu dikkate almasıdır. Rus doktrin teorisinde, iki tür arabuluculuk vardır: mahkeme öncesi ve yargı (entegre arabuluculuk olarak isimlendirilmiş). *Entegre arabuluculuk*, yargı organlarının faaliyetlerinin özelliklerini dikkate alarak, tarafları yargı süreci çerçevesinde uzlaştırmaya izin verir. Genel olarak devlet çabında alınan hedef, arabuluculuğun Rusya'daki geliştirilmesinin önemli rol taşımasıdır . Çünkü, birçok avantajı vardır. Onlardan bir kaçı, uyuşmazlığın çözülmesinin bir sonucu olarak,

⁴¹⁹ Hudoykina T.V, Egorova Yu.A. (Rusya Federasyon'u) , Makale, s.72. (Худойкина Т.В., Егорова Ю.А. (Российская Федерация), Статья, с.72).

⁴²⁰ Hudoykina, Egorova, s.72. (Худойкина Т.В., Егорова Ю.А.,с.72) .

taraflar gelecekte, önemli olan ve pratik olarak “normal“ ilişkileri sürdürebilirler ve bu, bir uyuşmazlığı çözmenin yargısal yöntemine alternatif olarak arabuluculuğun temel avantajlarını belirler. Ama yapılan çalışmalara rağmen, arabuluculuğun sosyal ve hukuki ilişkiler alanında ve özellikle de hukuk ve tahkim yargılamalarında uygulamaya konulmasının mevcut durumu çok küçük⁴²¹ olduğu eleştiriliyor. Rusya'da arabuluculuk prosedürünün kullanılması uygulamasına ilişkin bir analiz yapıya göre, bu kurumun kullanımının ülkede henüz yeterince yürütülmediğini göstermektedir. Arabuluculuğun yavaş gelişmesinin nedenleri, vatandaşların böyle bir alternatif çatışma çözümü yönteminin kullanılmasına yönelik muhafazakar tutumuna dayanmaktadır⁴²².

Esas, Rusya Federasyonu Medeni Usûl Hukukunun 150. Maddesine uyarınca, araştırmanın herhangi bir aşamasında bir arabuluculuk prosedürünü yürütme mümkünüğünü belirtir. Taraflar arabuluculuk prosedürünü yürütmeye karar verirlerse, hâkim taraflara adliyelerde, mahkemelerin resmi tescilli ve kayıtlı arabuluculu listelerden arabulucunu seçme veya taraflara arabulucu ile kişiler arasında bağımsız olarak iletişim kurma fırsatı sunma hakkına sahiptir. Rus toplumunda, bağlayıcı olan bir mahkeme kararının çatışmayı çözmenin tek etkili yolu olduğu genel olarak kabul edildiğini göz önünde bulundurarak, *entegre arabuluculuk yasal arabuluculuk* esas hukuki bir çatışmayı çözmenin alternatif çözüm yoludur ve uygulama sırasında da tarafları barındırmak anlamında kullanılmaktadır. Anlaşmazlıkları etkili bir şekilde çözmeye ve devlet mahkemelerinin de aynı zamanda da işlerini kolaylaştırmakla beraber daha fazla masrafsız işin başlangıcında mümkün olduğu kadar taraflar bir alternatif çözüm uygulamayla uyuşmazlığa son vermesidir.

Diğer bir görüş sahibine göre, hukuki açıdan uyuşmazlıkları öngörmek için bu açıdan yöntemlerin ciddi şekilde geliştirilmesi, yeterince yüksek düzeyde ihtilaf (conflict) yöntemlerin hukuki yönden gelişimi ile mümkün olduğunu idda eden bir görüştür. Ona göre, çatışmaları tahmin etmeden önce, araştırma sırasında da onların bu konudaki tanımı **iki aşamadan** oluşacaklığı. **İlk olarak**, yasal

⁴²¹ Sudorgina Y.V., “Mahkemeler İçin Alternatif Üzerindeki Yükü Azaltmak Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Geliştirilmesi (Adli Arabuluculuk)”, Makale, s.152. (Судоргина Ю.В., “Снижение нагрузки на альтернативу судам, развитие способов разрешения споров (судебная медиация)”, Статья, с.152).

⁴²² Hudoykina, Fedin, s.71., (Худойкина, Федин, с.71.).

çatışmaların tanımlayıcı (teorik) modellerini geliştirmek gerekir⁴²³. Çatışmaların özünü belirlemek, yapısını, işlevlerini ortaya çıkarmak, dinamiklerini araştırmakla tanımak gereklidir.

Bununla birlikte, yalnızca yasal çatışmaların tanımlayıcı modellerine dayanarak, bunların oluşumu ve gelişimi hakkında makul bir tahmin vermek pek mümkün değildir. İkincisi, açıklayıcı sebebi çatışma modelleri geliştirilmelidir.

İkincisinin gelişiminin arkasındaki itici güçleri, nesnel ve öznel nedenlerini ve önleme faktörlerini ortaya çıkaracaklar. Açıklayıcı modeller, faktöryel (sistemik genetik) analiz yoluyla geliştirilir. Ancak yasal çatışma, gelişimin tanımlayıcı ve açıklayıcı aşamalarını geçtikten sonra, tahmin (prognostik) işlevini tam olarak gerçekleştirebilecektir.

Bir de uyuşmazlık sırasında alternatıf uyuşmazlık çözüm yöntemini kullanma alanı arabulucular sıfatında noterde de kendi kullanımı başlattı. Bu nedenle Prosedüre bağlı işlemlerin yoğunlaşması ve notere karşılık gelen işlevle donatılması fikrinin ardından, noterler, uyuşmazlıkların çözümü için yargılama öncesi prosedüre uygunluk kanıtı çalışmasını yürütebilir olması. Bu tür bir ayırım, öncelikle ihtilafın esasa ilişkin çözümlenmesine yönelik yargılama öncesi usûlünün derinliğini ve etkinliğini, ikinci olarak da ihtilafın tarafları arasında bir özel hukuk ihtilafının geçerliliğinin belirlenmesini sağlayacaktır. İncelenen kanıtların değerlendirilmesi, hakların yargısal olarak korunmasına ve yasal olarak korunmasına ilişkin bir hukuk davasında dava açma aşamasında sorunu çözmek ve sorunu çözmek zaten daha kolay olacak olan mahkemede (tahkim mahkemesi) kalmalıdır. Kişilerin menfaatleri, sübjektif hakkı veya meşru menfaati ihlal edilmesi veya tartışılması en muhtemel olan (usûl anlamında dava açma hakkı) imkan yaratmış olur. Ayrıca arabuluculuğun gönüllü bir süreç olduğunu rastlayan ve hiçbir tarafın arabuluculuğa zorlanamaz olduğu, bu nedenle öyle bir süreç yaşanır da arabuluculuk yapmaya devam edemez veya sonucunu kabul edilemezdir ⁴²⁴.

⁴²³ Sudorgina Elena V., “Mahkemelerdeki yükün azaltılması olarak anlaşmazlıkları çözmenin alternatif yollarının geliştirilmesi (adli arabuluculuk)”, **Rus ve uluslararası hukuk meseleleri**, 2019, Makale, Cilt, 9. S. 7A. s. 146-157. s.150. (Судоргина Елена Валерьевна, Развитие альтернативных способов разрешения споров как снижение нагрузки на суды (судебная медиация), **Вопросы российского и международного права**, 2019, Том 9. № 7A. С. 146-157.).

⁴²⁴ Kuzbagarov A., Doktora Tezi, s.12. (Кузбагаров А., Докторская диссертация, с.12).

Uluslararası yasaların (norm) ve ilkelerin, özellikle İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin (AUÇPH m. 1,6) ve diğerlerinin yanı sıra Rusya Federasyonu Yüksek Tahkim Mahkemesinin makul olma kriterlerine ilişkin konumu davaları değerlendirme şartlarından, devlet mahkemesinin ilk derecedeki yargılamalarda esasa ilişkin mülkiyet anlaşmazlıklarını çözmesi gereken zaman sınırlarını belirlemeyi reddetmek uygun görünmektedir (Rusya Federasyonu Tahkim Usûl Kanunu'nun 152. Maddesi; Madde Rusya Federasyonu Medeni Usûl Kanunu'nun 154. Maddesi Alternatif yöntemler (müzakereler, arabuluculuk vd.) kabulü, bir anlaşmazlığı çözme süresini belirleyen nesnel ve gerçek bir kriter olabilirliğine yansıyor. Buna karşılık, bu hüküm, özel hukuk niteliğindeki bir çatışmanın taraflarına, çatışmanın durumunu kapsamlı, nesnel ve tam olarak değerlendirmelerine ve uzlaşmaya yönelik davranış seçme olasılığını veya anlaşmaya yol açan diğer biçimleri arama durumun belirlemelerine izin verecektir⁴²⁵.

Kamu hukuku ilişkilerinden kaynaklanan davalarda tarafların uzlaşma olasılığı sorununa olumlu bir çözüm, devletin çatışmaya taraf olarak katkıda bulunmasına ve ona hazır olmasına, organlarının, özellikle yürütme teşkilatlarında rehberliğinde kriterlere bağlıdır, çatışmanın diğer tarafı ile uzlaştırmacı bir çözüme ulaşabilir durum da varlıktadır. Böyle durumda bu tür kriterler dikkate alınabilir:

- hak ve menfaatlerinin “koruyucusu“ devlet olan üçüncü şahıslar için sosyal veya sosyo-ekonomik faydalar;

- yasal niteliği nedeniyle, bir yandan artık bir yetkilinin yetkilerinde tamamen yoğunlaşan idari yetkinin bölünmesi ve diğer yandan uzlaşmaya yol açan bir karar verme tereddütü. Bunun için gereklisi de, yetkileri bu çatışmadaki tarafların uzlaştırılmasının kabul edilebilirliğini belirlemeyi içerecek kişiler tarafından, çatışmanın yasal niteliğini (idari anlaşmazlık) kontrol ederek bir teklif değerlendirmek; örneğin, bir görevlinin uzlaşma kararı verme hakkına sahip olduğu kriterlerin ve sınırların belirlenmesi; bir uzlaşmanın sosyal veya sosyal-ekonomik faydalarının belirlenmesi gibi durumlardan tarafların yararlanması gibi tanımlarda bulunmak.

⁴²⁵ Kuzbagarov, s.12-13.(Кызбагаров, с.12-13) .

Sosyal açıdan yararlı tek bir yasal modelin parçası olarak yargı organlarının faaliyetlerinde özel hukuk ihtilafına taraf olan tarafların uzlaştırılması, anlaşmazlığın veya uyuşmazlığın çözülmesinden (çatışmanın bir tarafının talebi üzerine diğeri belirli bir davranışa) barışçıl ve ortaklık ilişkilerinin yenilenmesi (restorasyon) için gerekli olduğu mahkeme tarafından tespit edilen eylemlerin uygulanmasına yol açar olması. Bu bağlamda, uyuşmazlığın “tarafların uzlaştırılması” görevinin adaletin ilk aşamalarında kutsal sayıldığı, özel hukuk uyuşmazlığına ilişkin icra takibinde de tarafların uzlaştırılabilmesi, nedensel olarak medeni usûl ve tahkim usûl hukuku ile ilgilidir. İlgili mahkemeler (RF'nin 133. Madde 3. fıkrası; Rusya Federasyonu Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 148. Maddesinde görevlendiriliyorlar), özel hukuk ihtilafının tarafları olarak davacı ve borçluyu uzlaştırma görevini de içerme hakkını tanımaktadır⁴²⁶.

“Özel hukuk niteliğindeki uyuşmazlık ve uyuşmazlık kavramı” - çatışmaların sosyolojik, psikolojik ve yasal yönleri dikkate alınır ve özel hukuk niteliğindeki bir uyuşmazlığın özellikleri vurgulanır.

Çatışmacı fikirlerin birikim geleneklerinin uzun bir geçmişi vardır. İlk bütünsel çatışma kavramları 19.-20. yüzyılın başında ortaya çıktı, ancak önceki yüzyıllarda bilim adamları bu fenomenin doğası hakkında kendi vizyonlarını sundular.

Çatışma, karşıt çıkarların, görüşlerin, özelemlerin çatışması anlamına gelen çok karmaşık bir sosyal ve psikolojik fenomendir: çekişme, anlaşmazlık, komplikasyonlarla tehdit eden bir anlaşmazlık⁴²⁷. Açıklayıcı sözlüklerden birine göre, çatışma bir çarpışma, ciddi bir anlaşmazlık, bir anlaşmazlık olarak yorumlanır⁴²⁸.

Bilimsel bilginin bir konusu olarak, çatışma sosyolojide ele alınmaktadır. Aynı zamanda, geçen yüzyılın 90'larından bu yana, bu kategori hukukta bilginin bir nesnesi haline geldi ve bunun sonucunda yeni bir bilimsel bilgi yönü ortaya çıktı - “hukuki çelişki” (Kudryavtsev V.N., Tikhomirov Yu.N. ., vb.). Herhangi bir ihtilaf

⁴²⁶ Kuzbagarov, s.12-14. (Кузбагаров, с.12-14).

⁴²⁷ “Yabancı Kelime ve İfadeler Sözlüğü”, Ed. N.V. Trus, T.G. Shubina, Minsk 1999, s. 276.; Kuzbagarov, s.18. (Словарь иностранных слов и выражений / Под ред. Н.В. Трус, Т.Г. Шубина Минск, 1999, с. 276.; Кузбагаров, с.18).

⁴²⁸ Ozhegov S.I., Shvedova N.Yu. Rus Dilinin Açıklayıcı Sözlüğü. M., 1999. s. 292.; Kuzbagarov, s.18 (Ожегов .И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. Москва, 1999. с. 292.; Кузбагаров, с.18).

gibi, yasal ihtilafın da artıları ve eksileri vardır olduğu görüşü. Bir yandan çatışmalar, sosyal gelişimin doğal bir nesnel dinamiğidir, diğer yandan, bir çatışma, katılımcılarının yasanın gereklerini karşılamayabilecek davranışlarına yol açar olduğu gibi tereddütü varlığı⁴²⁹. Bu bağlamda, yetkililer (devlet) adına medeni ihtilaf çözümü için bir hukuki destek modeli oluşturmak önemli olduğunu da kabul etmeleri eksik değildir.

Bu nedenle, 2002 yılında Rusya'da usûl mevzuatı reformu yapıldığında, iki temel kodu ortaya çıkartmıştır;

-Medeni Usûl ve Tahkim Usûlü - sadece arabuluculuktan bahsetmemekle kalmadı, aynı zamanda da arabuluculuk hakkında da azıcık tanıtımla beraber yukarıda bahsedilen mevzuatlarda uzlaşma prosedürleri ile ilgili de çok kısa bir şekilde deliniyordu. O zamanlar asıl görev, yaşamda gerçekten önemli bir rol oynamaya yeni başlayan yargı sistemine destek olmaktı hedef. Çünkü genel olarak yargı sistemi de devlet ve sosyal ilişkiler üzerinde çok önemli değerde olasılığı idi. Bu nedenle, hem bilimin temsilcileri, hem de deneyimli uygulayıcılar ve yasa koyucu, uzlaşma prosedürlerin uygulanması konumunda daha yaygın olarak kabul edilmesinin erken olduğunu düşünmüşlerdir.

Dolayısıyla arabuluculuğu kurumsallaştırma girişiminde bulunmanın açıkça erken olacağı tahmini üzerine gidiliyordu ve temelde farklı bir anlaşmazlık çözümü görüşü gerektirir - rekabetçi değil, işbirliğine dayalı. Ama Rusya'da ne yazık ki yüzleşme stratejisi “kökleri devletimizin tarihine çok derinden giden bir alışkanlıktır” olmasının mevcudluğudur⁴³⁰.

Kasım 2004'te Rusya Federasyonu'nun VI Tüm Rusya Hakimler Kongresi'nde yapılan açılış konuşmasında şunlar kayıd edilmiştir :

“Her yönüyle artık dünyada kendisini olumlu olarak tanıtan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini mümkün oldukça her şekilde geliştirmek gerekiyordu. Bu nedenle mevcut uyuşmazlıkların müzakereler (mahkeme dışı) yoluyla yargılama öncesi ve yargısal çözümü ve uzlaşma anlaşmalarının yanı sıra

⁴²⁹ Kudryavtsev V.N. Yasal ihtilaf: “Küreler ve Mekanizmaları”, Makale, Moskova-1995, s. 34.

(Кудрявцев В.Н. “Правовые споры: сферы и их механизмы”, Статья, Москва-1995, с. 34).

⁴³⁰ Shamlikashvili Ts.A. . 21. Yüzyılda Zor Kararların Yönetimi: Konsensüs Oluşturmanın Sırları veya Herkesi Memnun Etmenin Sırları./L. Susskind, Shamlikashvili Ts., A. Demchuk.-M., s.10.(Шамликашвили Ц.А. . Управление сложными решениями в 21 веке: секреты достижения консенсуса или секреты угодить всем./Л. Сусскинд, Шамликашвили Ц., Демчук А.-М.,с.10).

ihtilafları çözümlerin alternatif yolları ve tahkim yoluyla deneyde⁴³¹ “ devam edilecektir.

Devlet genelinde, böyle bir açıklama, zaten açıkça ortaya çıkan bir tepkiydi. kaçınılmaz olarak her zaman ve her yerde gerekli olan Rus mahkemelerinin aşırı bir yük altında bulunmalarını hafifletmek işlemleri, her şeyden önce, adaletin kalitesinde bir azalmayla karşılaştı. Ancak bu açıklama artık Rus toplumunun dikkat etmesi gereken bir tür sinyal anlaşmazlıkları çözümlerin yeni, alternatif yollarının geliştirilmesi konumundaki tanımındaydı. İhtiyaç Arabuluculuğun entegrasyonu, devam eden yasal ve adli olmadan hukukun üstünlüğüne doğru ilerlemenin imkansız olduğu reformlar ve gelişmiş bir sivil toplum inşa etmek planının yaratılışının yeniden başlanğındaki bir yenilik projesidir.

Şimdi de Rusya'da arabuluculuk kurumunun mevcut gelişme durumunun analizine ilişkin durumundan bahsederek, ADR ve arabuluculuk alanındaki Rus mevzuatının Avrupa Parlamentosu ve Konseyi 2008/52 / EC (Avrupa Parlamenti ve Konseyi) Direktifi ile nasıl ilişkili olduğunu görmekteyiz. Bu durumda 21.05.2008 tarihli medeni ve ticari konularda arabuluculuğun belirli yönleri hakkında bilgi veriliyor⁴³².

Arabuluculuğun sistematik olarak başlama biçimindeki gelişimine gelince, arabuluculuğu geleneksel uyuşmazlık çözümü sistemine entegre etmenin önemini küçümsemeyen ve Rusya'da bu öncelikle mahkemeye gidiyor ve bu yönde yorulmadan çaba harcadığı gözükmektedir. Aynı zamanda, başlangıçta sosyo-kültürel bir fenomen olarak potansiyelini ortaya çıkarma görevini üstlenmiştir⁴³³.

Bazı bilim adamlarının arabuluculuğa yapıcı yaklaşımı, “İlişkilerin Rasyonelliği” ölçeğinin oluşturulmasının uzman grubu tarafından belirlenen içerik

⁴³¹ Shamlikashvili Ts.A., Panizza R., Rusya'da Arabuluculuk. Modern durum, Sorumlu Yönetici Başkan: Polis Departmanı C: Citizens Rights and Anayasal İşler Avrupa Parlamentosu B-1047, Brüksel, 2011 <http://www.europarl.europa.eu/studies>, s.12 . (Шамликашвили Ц.А., Паницца Р., “Медиация в России. Современная ситуация”, Главный исполнительный директор: Департамент полиции С: Права граждан и конституционные вопросы Европейский парламент B-1047, Брюссель, 2011 г.).

⁴³² Rusya'da Arabuluculuk. Mevcut durum, s.5, alınan tarihi; 05.09.2022.; http://www.mediacia.com/files/Documents/Directive_2008_en.pdf. (Медиация в России. Текущее состояние, стр.5, дата поступления 09.05.2022).

⁴³³ Shamlikashvili Ts.A ., Arabuluculuk Yaklaşımı ve Olasılıkları İnsan Sermayesinin Gelişmesinde ve Kamuyu İyileştirmek İlişkiler, Makale, s.16 .(Шамликашвили Т.А., Посреднический подход и его возможности в развитии человеческого капитала и совершенствовании связей с общественностью, Статья, с.16) .

alanları temelinde gerçekleştirildiğini ortaya koymaktadır. Uzmanlar özellikle şu soruyu yanıtladı: “Diğer insanlarla ilişki kurmak için en önemli olan nedir?” Uzmanlar, diğerlerinden daha sık olarak, farklı bağlamlarda ve ifadelerde, “tavizler” ve “çıkarlar” gibi terimleri belirtmektedir⁴³⁴. Önerdikleri uyuşmazlığı mahkemeye başvurmadan evvel çözmeye kavuşturma yönteminin de, uyuşmazlığı taraflarca zamanında çözmeyi amaçlayan arabuluculuk yöntemlerinden biri olduğunu belirtmek gerekir.

Örneğin, 47 kişi katılımıyla yapılan bir analiz sonucu arabuluculuk ve diğer ilişki kurma prosedürleri sağlıklıdır olduğu ve stresi azaltabilir olumluluğu ile sonucu bilgileri de alınıyor⁴³⁵. Bu yönden yapılan analiz sonucuna bakarsak arabuluculuğun sırf maddi yönden taraflar için yararlı olmayıp manevi yönden de arabuluculuğun taraflar için yararlı olduğunu görmekteyiz.

Son on iki yılda Rusya'da arabuluculuk çok dinamik bir şekilde gelişmekte bulunup ve uluslararası toplum tarafından, modern dünyanın insan oğlunun karşısına çıkan zorluklarını, bu durumun önüne koyan, anlaşmazlıkları çözmek için evrensel bir yargılar üstü yöntem olarak giderek daha fazla algılanıyor olduğu görevinde tanılmaktadır. Bu bağlamda, görev hem ulusal toplulukların hem de bireylerin yaşamını amansız bir şekilde işgal eden küreselleşme arasında bir denge bulmak ve bir kişinin kişisel ihtiyaç ve çıkarlarını gerçekleştirme konusundaki doğal arzusu mağnasında kendine görev bulup devam etmektedir. Esas arabuluculuk sırf hukuk dalında önemli bir işlemde bulunmayıp, aynı zamanda sosyal kurumlarda da gerekli rol taşımakta olduğunu anlamaktayız. Artık arabuluculuğun uygulanma durumu rus hukuk kültürüyle başarılıca bir tempoya (hızlılığa) sahiplenerek kamusal yaşamda da yerini bulmuş olduğu görüşünün tarafdıları da varlıktadır.

Bununla beraber Rusya'da arabuluculuk tanımını gittikçe yaydırmada tedbirli bir program tahkip edilerek, artık vatandaşları eğitmek, avukatlar, yöneticiler, psikologlar ve diğer meslek gruplarının temsilcileri için eğitim sistemine giriş kursları, dersleri dahil etmek, arabuluculuğu yaygınlaştırmak amaçla tasarlanmış hem bölgesel hem de uluslararası etkinlikler düzenlemek için büyük çabalar sarf

⁴³⁴ Shamlikashvili Ts.A ., Ölçekin Geçerlendirilmesi "Ratalite İlişkiler", Makale, s.70.

⁴³⁵ Shamlikashvili, s.80.(Шамликашвили Ц.А., Валидация шкалы "Соотношения рациональности", Статья, с.70).

edilmektedir. Bu tür emeklerle beraber arabuluculuk alanında uzmanlar ve uzmanlar arasında deneyim alışverişini teşvik etmek⁴³⁶.

Burada, Rusya'da arabuluculuğun daha da gelişmesine ve yayılmasına ivme kazandırmak için, elbette, yasal bir çerçevenin oluşturulması, arabuluculuğun kurumsallaşması olduğu belirtilmelidir. Daha sonra, “Bir Aracının Katılımıyla Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Alternatif Usûl (Arabuluculuk Usûlü)” Federal Yasası taslağı ve “Federal Anlaşmanın Kabulüyle Bağlantılı Olarak Rusya Federasyonu'nun bazı mevzuatlarında değişiklik yapılmasına dair Federal Kanun taslağı uyuşmazlıkların çözümüne yönelik alternatif usûl hakkında kanun, bir arabulucu içeren anlaşmazlıkların (arabuluculuk usûlü) değerlendirilmesi için Meclise (Devlet Dumasına) onayına sunulmuş oldu ve bu sırada bir süreç çalışmalarla sonuçlanmıştır.

Böylece, Rusya'da arabuluculuğun yasal çerçevesinin temeli iki düzenleme ile oluşturulmuştur: İlk 27 Temmuz 2010 tarihli Rusya Federasyonu Federal Yasası No. 193-FZ “Bir aracının katılımıyla uyuşmazlıkların çözümü için alternatif bir prosedür hakkında (arabuluculuk prosedürü)” yapılan sonuç ve diğeri de 27 Temmuz 2010 tarihli ve No.194-FZ sayılı Rusya Federasyonu Federal Yasası. “Federal Yasanın kabulü ile bağlantılı olarak Rusya Federasyonu'nun bazı yasal düzenlemelerinde yapılan değişiklikler hakkında” Bir aracının katılımıyla uyuşmazlıkların çözümü için alternatif bir prosedürü (arabuluculuk prosedürü). Bir aracının katılımıyla uyuşmazlıkların çözümü için alternatif bir prosedür hakkında (arabuluculuk prosedürü) 27.07.2010 No.193-FY kanununa yapılan bir sonraki değişiklikse 26.07.2019 tarihinde gerçekleştirilmiştir.

“Bazı Yasama Eylemlerinde Değişiklik Yapılmasına Dair alternatif bir prosedür Rusya Federasyonu Federal Yasanın Kabulüyle Bağlantılı Olarak “Arabulucunun İçerdiği Alternatif Çözüm Usûlü Hakkında (arabuluculuk usûlü)” Bununla ilgili gerekli Değişiklik Yasası meydana gelmiştir⁴³⁷.

Ayrıca, arabuluculuğun aktif entegrasyonunun 1980'lerin sonlarında başladığı Avrupa Birliği ülkelerinde arabuluculuğu kullanma ve yayma deneyiminin oynadığı

⁴³⁶ Shamlikashvili, Panizza, “Avrupa Parlamentosu Konseyi Direktifler Sonuçları,” s.7. (Шамликашвили, Паницца, Заключение Совета Директив Европейского парламента, стр.7)

⁴³⁷ Rusya'da arabuluculuk. Modern durum, s.15, <http://www.mediacia.com/.files/Documents/zakon.> (Медиация в России. Современная ситуация, стр.15).

role de dikkat edilmiştir. 1990'ların başında ve son olarak yönlendirici sıfatta bulunmuş AB (Avrupa Birliği) Direktifi idi.

Açıklamamız gerekir ki, AB Direktifi, Rusya'da arabuluculuk için yasal bir çerçevenin oluşturulması ve gelişmesi için katalizörlerden biri haline gelmesidir. Dolayısıyla, maddi açıdan bu belge, Arabuluculuk Kanunu taslağının hazırlanmasında ana kılavuzlardan biri halinde bulunduğu mevcuttur⁴³⁸.

Rusya Arabuluculuk Kanunu, kolaylaştırıcı bir arabuluculuk modeli oluşturmuştur. Buna göre, arabulucu sadece karar vermemekle kalmaz, aynı zamanda uyuşmazlığın çözümü için olası seçenekler de sunmaz ve ayrıca hukuk danışmanı olarak harekette bulunmaz. Bu delinen özellikler, arabuluculukla ilgili yasanın maddelerine aykırı düşmemesi için uygulanan model şeklindedir (FY AUÇPH m. 15/6).

Böylece taraflara, yalnızca ulaşılan çözümün içeriği üzerinde değil, aynı zamanda bu konudaki anlaşmaları araştırma ve geliştirme süreci üzerinde de tam kontrol verilmiştir. Rusya'da son on iki yılda bu hususta, eğitim için büyük çabalar sarf edildi ve edilmektedir. Avukatlar, yöneticiler, psikologlar ve diğer meslek gruplarının temsilcileri için eğitim sisteminde dersler, arabuluculuğu yaygınlaştırmak için tasarlanmış hem bölgesel hem de uluslararası etkinlikler düzenlemek, arabuluculuk alanındaki uzmanlar arasında deneyim alışverişini teşvik etmek, giriş bilgi kurslarının dahil edilmesi olarak. Rusya'da arabuluculuğun kurumsallaşmasının (enstitü) özellikle hukuk sisteminin gelişmesinde bir dönüm noktası olduğu konusunda yerinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Bununla beraber, bu sosyal açıdan önemli yeni bir kurum olmanın karmaşık bir yolu olma sürecinin yalnızca başlangıcıdır. Ama buna rağmen, arabuluculuğun toplumda beklendiği gibi yayılma konusunda değişik eleştiriler de eksik değildir. Rus toplumunda hala yeni kurum hakkında yeterince bilgi sahibi olamayanlar da varlıktadır. Çünkü arabuluculuğun rus toplumunda doğru düzgün yayılamadığını eleştiren epey yazarlar görüşü mevcuttur.

Arabuluculuğun başarılı bir şekilde bütünleşmesi için, arabuluculuk hizmetlerinin yüksek kalitede sağlanması (mesleki olmayan eylemlerin arabuluculuğu kamu oyu nezdinde itibarsızlaştırma riskine sokabileceği yeni bir

⁴³⁸ Shamlikashvili, Panizza, s.6. (Шамликашвили, Паницца, стр.6).

kurum oluşturuluyor), devletin, kamunun ortak çalışması kurumlar ve hukuk camiası, Rusya'da arabuluculuk ve onun yetkin teklifi için bilinçli bir talep oluşturmaya devam ediyor. İş dünyası, diğer profesyonel ve sosyal gruplarla çalışmalar sürüyor. Bununla birlikte, zaten okuldan çatışma halinde olan yapıcı bir davranış kültürünü teşvik etmek için arabuluculuğu eğitim sistemine entegre etmek için aktif adımlar atılmaktadır. Rus arabuluculardan oluşan profesyonel bir topluluk oluşturuluyor. Rusya Federasyonu Hükümeti tarafından onaylanan programa göre, mesleki yeterliliğin sürekli gelişimini de sağlayan arabulucular yetiştirecek.

Arbuluculuk Kanunu'na göre, profesyonel arabuluculara, yeni bir kurumun daha da geliştirilmesi için birleşik bir koordineli politikanın oluşturulması ve arabuluculuğu düzenleyen bir mekanizmanın oluşturulması için koşullar yaratacak özdenetim kuruluşlarında (SRO'lar) birleşme hakkı verildi. Aşırı devlet müdahalesinden kaçınırken, sağlanan arabuluculuk hizmetlerinin kalitesini kontrol edebilecek faaliyetler. Bu bağlamda, temelinde bir öz-denetim mekanizmasının oluşturulacağı kar amacı gütmeyen bir ortaklık “Rus arabulucular örgütü“ (MO “RAÖ“) oluşturulmasına karar verildi. Rusya'da arabuluculuk faaliyeti ile ilgili yapılan düzenlemeler protokol üzerinden gerekli esas alınan kararlara tasdik edilmiş bir sayımdadır.

Ayrıca Rus arabulucu kanunu Rusya'ya 28 Nisan 2012 tarihinde 3 no'lu Protokol ile onaylanmış olduğu durumu anlaşıldı. Ve Milli Oda-MO “Ulusal Arabulucular Kuruluşu“ Başkanlığınca gerekli işleme başlamış sayılmaktadır.

Kanun ise, 27.07.2010 N 193-FY AUÇPH 2019 yenilik eklenecek Federal Yasası uyarınca “Bir arabulucunun katılımıyla uyuşmazlıkların çözümü için alternatif bir prosedür (arbuluculuk prosedürü)“ uyarınca hazırlanmıştır. Kanunun amacı, Rusya'da arabuluculuk kurumunun(kuruluşunun) uygulanmasını ve geliştirilmesini teşvik etmek ile beraber, herhangi bir alanda arabuluculuk yapan kişiler için temel etik ve ahlaki normları ve faaliyet ilkelerini tanımlamak ve toplumu ve potansiyel kullanıcıları bilgilendirmek amacıyla çıkartılmıştır. Bu nedenle uyuşmazlıkların çözümü için bağımsız bir alternatif prosedür olarak arabuluculuk hakkında arabuluculuk hizmetlerinin sunulmasıyla belirlenmiştir .

Bu kanun hem profesyonel hem de profesyonel olmayan arabulucular, arabuluculuk hizmetini gösteren ve kendi kendini düzenleyen arabulucu kuruluşları için geçerli olduğu söz konusu idi.

Arabulucu, tarafların kendi görüşlerini, problemin vizyonunu, durumunu, ilkelerini, inançlarını, amaçlarını ve değerlerini özgürce ifade etmelerini teşvik eder. Arabulucu, kişisel görüş ve değerlendirmelerini (ahlaki, siyasi, dini vd.) arabuluculuk prosedürüne taraf olanlara empoze etmez.

Arabulucu, arabuluculuk prosedürün uygulama sırasında hedef olarak tarafların eşitliğini sağlama ihtiyacından hareket eder, özellikle onlara eşit olarak tanınma, saygı, destek ve teşvik gösterme, her iki bakış açısını ifade ederken prosedüre katılmak için eşit koşullar ve fırsatlar yaratma, dilekler, duygular ve anlaşmazlık hakkında bir karar verirken iyice anlamalarına elinden geldiği kadar fırsat sağlamak.

Dolayısıyla, bu durumda taraflar için bir arabulucu için gerekli hususları ön planla şu şekilde sıralayabiliriz:

1.Sorumluluk. Arabulucu, arabuluculuk usulünün sürdürülmesi için, usul esaslarına uyulmasından ve tarafların güvenliğinin sağlanmasından sorumludur. Bu nedenle arabulucu, taraflara uyuşmazlığa ilişkin prosedürün esas kısmından ve arabuluculuk sırasında varılan kararlardan ve anlaşmalardan sorumlu olduklarını açıklamada sorumlu.

2.Dürüstlük. Arabuluculuk prosedürünü hazırlarken ve uygularken, arabulucu, iş bu kanun esasında tarafından belirlenen tüm kural, ilke ve davranış normlarına dikkatle uymakla yükümlüdür. Aynı şekilde de arabulucu, prosedürü etkin bir şekilde yürütmek için gerekli olduğu kadar arabuluculuk prosedürüne zaman, çaba ve dikkati harcar. Aynı zamanda da arabulucu, amaçlarından da bir tanesi “zarar verme“ ilkesini takip eder, özellikle değerlendirici, kaba, sert yargılardan kaçınır.

3. Profesyonel yeterlilik. Arabuluculuk prosedürü ile ilgili faaliyetlerin bir parçası olarak arabulucu, iş bu kanun hükümlerine göre hareket etmek zorunda olması. Arabulucu, yalnızca gerekli niteliklere ve deneyime sahip olduğu durumlarda arabuluculuk prosedürünü yürütmeye yetkili sayılır. Bunun dışında onun hukuki, ekonomik ve özel bilgi gerektiren diğer konularda, bunlara sahip olsa bile

danışman rolünü üstlenemez, ancak dışarıdan istişare olasılığını açıklamalıdır. Arabulucu, taraflar kendileri istemedikçe, uyuşmazlığın çözümü için taraflara önerilerde bulunamaz.

Taraflardan arabuluculuk prosedürünü uygulama sırasında böyle bir talep gelmesi durumunda arabulucunun buna uyma veya uymama hakkına saklı kalmaktadır. Arabulucu, tarafların bu talebini kabul etmekle, bu tür eylemlerin sonuçları ve riskleri hakkında onları ayrıntılı olarak bilgilendirmek ve açık rızalarını almakla yükümlüdür. Arabulucunun, özellikle mesleki yeniden eğitim, ileri eğitim, eğitim programlarına (eğitimler, seminerler, kurslar vb.) yönelik eğitim programlarına katılmak için bilgi, beceri ve yeteneklerini sürekli geliştirmesi gerekli bulunmaktadır.

Bu tür kanunun esas amacını toparlamaya kalkarsak, ister arabulucular, ister arabuluculuk hizmeti sağlayıcıları, arabulucuların özdenetim kuruluşları, arabuluculuk camiasının ve bir bütün olarak arabuluculuk kurumunun itibarını zedeleyecek eylemlerden kaçınırlar. Arabulucuların faaliyetleri üzerinde kontrol sahibi olan arabulucuların özdenetim kuruluşları, herhangi bir alanda arabuluculuk ve arabuluculuk faaliyetlerinde bulunan kişilerin faaliyetlerinin etik ve ahlaki standart ve ilkelerine bağlı kalmak için bu kanun hükümlerini bir kriter olarak kullanabilirler.

Arabulucu, arabuluculuk hizmeti sağlayıcıları, arabulucunun ücretsiz veya gönüllü olarak hareket ettiği durumlar dışında, taraflara ücret hakkında, özellikle ödeme miktarı ve yöntemi hakkında tam bilgi vermelidir. Arabuluculuk prosedürü, tarafların uygun ücrete ilişkin açık rızası olmadan başlatılamaz.

Arabulucunun ücreti, uyuşmazlığın kategorisi ve karmaşıklığı, arabulucunun nitelikleri ve deneyimi dahil olmak üzere mevcut tüm faktörler dikkate alınarak oluşturulur⁴³⁹.

Bu dediklerime rağmen Rusya'da arabuluculuk neden popüler olmadığı fikiri eleştiriciler tarafından ortaya koyuluyor. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesince, arabuluculuğun düşük popülaritesinin nedenlerinden biri olarak

⁴³⁹ Rusya Federasyon'u Arabuluculukla ilgili kanunu. (Российская Федерация Закон О Медиации).

psikolojik faktörü belirtmiştir (Alt paragraf “c“, Referansın 16. paragrafı). Mahkemeler, ülkemizde toplumdaki ilişkilerde çok yüksek derecede çatışma ve düşük düzeyde hukuk kültürü olduğuna dikkat çekiyor. Bununla ilgili de 1 Temmuz 2015’de gerekli anketi de yapılmıştır. Buna rağmen Rusya’da arabuluculuğun gelişmesinden memnun olmayanlar da vardır. Mesela, Arabuluculuk 2021: Rusya’da Gelişme ve Hukuk Alanlarına Göre Uygulama Prospektasi LLC’de uzman ve kıdemli bir avukat olan Viktor Ivanov, Rusbankrot’a Rusya’daki mevcut arabuluculuk durumu hakkında bir hazırladığı çalışmada materyali mevcuttur. Ona göre, arabuluculuk gelişmesini engelleyen nedir ve her şeyden önce hangi sorunların çözülmesi gerekiyor gibi sorunlar bulundu ve onları da aşağıdaki gibi açıklamalarla sunmuştur: Rusya’da, arabuluculuk hizmetlerinin popülaritesinde son beş yılda hafif bir artış olduğunu ve ancak bu prosedürlere olan talep hala çok düşük olduğu kanaatinde.

27 Temmuz 2010 tarihli Federal Kanun N 193-FY mahkemeleri tarafından başvuru uygulamasına ilişkin sertifikada, 2013-2014 dönemi için “Bir aracının katılımıyla uyuşmazlıkların çözümü için alternatif bir prosedür (arabuluculuk prosedürü)” (1 Nisan 2015 tarihinde Rusya Federasyonu Yüksek Profesyonel arabulucuların yüksek hizmet maliyeti; tarafların medeni uyuşmazlıkların çözümünde usûle ilişkin pasifliği ve ek finansal maliyetler üstlenme konularında isteksizliği; yargı temsilcilerinin tarafları uzlaştırma arzusunun olmaması, çünkü bu, hizmetleri için ödeme miktarını önemli ölçüde azaltır;

Aynı zamanda, başka nedenler de not edildi, burada olduğu gibi, ekonomik sebebin ana sebep olduğuna inanıyorlar. Aynı zamanda da, başka bir sosyo-kültürel neden eklenebilir - mahkeme öncesi müzakereleri yasal düzeyde yürütme geleneğinin olmaması.

Belki de yukarıdaki gerçek, aşağıdakilerden dolayı en büyük ağırlığa sahiptir - vicdansız vatandaşlar ve girişimciler için, bir anlaşmazlığı mahkeme öncesi bir şekilde çözmek, bir anlaşmazlığı çözmenin gerçek bir yolundan ziyade karşı taraflara karşı yükümlülüklerini yerine getirmenin yasal olarak ertelenmesidir. Arabuluculuk Kanunu’nun kabul edilmesinden sonra mevzuatta yapılan değişiklikler ceza hukukunu da etkilemiştir. Bu bağlamda cezai sorumluluktan muafiyet kurumları ve uzlaşma için ceza kovuşturmasının sona erdirilmesi taraflar katılanmanın yasal

dayanağı ve teşviki haline gelmiştir. Alıntı normlar hem sanığın çıkarlarına hem de ve mağdur, çünkü usule ilişkin temel davanın feshi sorununu çözmek için bir uygulamadır mağdurun sanığa verilen zararın hafifletildiğine olan inancı ve (mağdur) davanın reddi için dilekçeler. Fakat kanun tam olarak tarafların nasıl geldiğine dair hiçbir şey söylemiyor mutabakat; Rus ceza yargılamasında arabuluculuk ulusal mevzuatta öngörülmemiştir⁴⁴⁰.

Bu nedenle, vakaların ve ceza sürecinin yapısının deneme hizmetlerine aktarılması için meşru bir prosedürün bulunmadığı anlaşılmalıdır. Uygulamanın kendisi, restoratif adalet kavramındaki ceza davalarında arabuluculuk deneyimi, yasanın mektubundan ziyade ruh temelinde deneysel bir şekilde oluşmaya başlamış olduğu eleştiriliyor⁴⁴¹.

B. Arabuluculuğa İlişkin Kurumsal Alt Yapı ve Arabuluculuk Kurumları

Genelde tüm doktrinde arabuluculuk ile yargı sistemi veya yasal sistemi işlevine sıklıkla karşılaştırılmaktadır. Bu durumda arabuluculuğun aktif entegrasyonu bu tür kurumlara dahil olmakta ve kurumsallaşmasına (enstitüleşmesine) katkıda bulunmaktadır olması anlamına da katılıyoruz. Hatta bunları iyileştirmek ve yapısal düzeylerini azaltmak açısından da iyidir ve her birimizin daha büyük ölçüde deneyimlediği şiddet ya da en azından onlarla karşılaşmamızda imkan oluşturmuyor⁴⁴².

Yasanın kabul edilmesinden bu yana, Rus mevzuatında arabuluculuk uygulama kurumu, bir anlaşmazlıkta sosyal ilişkilerde geniş bir uygulama sektörüne

⁴⁴⁰ Kornozova, “Rus hukuk sisteminde ceza davalarında arabuluculuk”, s. 31-50, (Корнозова, Медиация по уголовным делам в российской правовой системе, с.31-50).

⁴⁴¹ Çocuklardaki cezai davalarla ilgili bu çalışma, 1997'de Adli Reform Toplum Merkezi tarafından çeşitli ceza adaleti kurumları ve NAN Yardım Vakfı ile ortaklaşa başlatılmıştır.; Kornozova, s.48. Buradaki NAN Vakfı, 1987 yılında kurulmuş, kar amacı gütmeyen bir kuruluştur. NAN Vakfı'nın Rusya'da 65 şubesi var.(Эта работа по уголовным делам в отношении несовершеннолетних началась в 1997 г. общественным центром «Судебно-правовая реформа» в партнерстве с различными структурами уголовной юстиции и благотворительным фондом НАН. Фонд НАН - это общественная некоммерческая организация, основанная в 1987 году. Фонд НАН имеет 65 отделений в России) .

⁴⁴² Shamlikashvili Tsisana, Soru ve Cevaplarda Arabuluculuk, Moskova 2017, s.22. (Медиация в вопросах и ответах, Москва, 2017 г. Цисана)

sahiptir, devlet mahkeme sistemine alternatif olarak, şu anda yabancı ÷lkelerde iyi bir ÷ne sahip olmakla beraber Rusya'da arabuluculuk sistemi de belirli bir ilgiye neden olmaktadır. Arabuluculuk usul÷n÷n y÷r÷t÷lmesini sağlamakla olan kurum ve kuruluşlar, arabuluculuk faaliyetlerini koordine etmek, aracılarn mesleki faaliyet standartlarını ve kurum ve kurallarını geliştirmek ve birleştirmek için Rusya Federasyonu mevzuatı tarafından sağlanan dernekler (sendikalar) ve diğer şekillerde dernekler oluşturabilmektedirler. Bahsedilen kurum ve kuruluşların arabulucuların özdenetim kuruluşlarına üye olabilmeleri söz konusudur.

Arabulucuların mesleki faaliyetlerine ilişkin standart ve kuralların yanı sıra, profesyonel temelde faaliyet gösteren arabulucuların veya bu uygulanan standartların ve kuralların yararlıklarına uyumun kapsamasına yönelik faaliyet y÷r÷ten kuruluşların tahkip kontrol÷ne veya izlenmesine yönelik prosed÷r÷ geliştirmek ve oluşturmak yönlendirilmiştir. Arabuluculuk prosed÷r÷n÷n y÷r÷t÷lmesinde, arabulucular için özdenetim kuruluşları oluşturulabilir (FY AUÇPH m.18/1) . Kanunun 18 maddesinin 5'ci fıkrasına göre, arabulucuların kendi kendini düzenleyen bir teşkilat olarak faaliyetini y÷r÷tmede, söz konusu kurum, arabulucuların kendi kendini düzenleyen kurum üyelerinin bu Federal Yasanın gerekliliklerince ve Rusya'nın diğer düzenleyici yasal düzenlemelerine uygunluğunu izlemek üzere özel uzman organları oluşturmak gereklığinden bahsediliyor. Federasyon, arabulucuların özdenetim örg÷t÷n÷n standartları ve kuralları, arabulucuların özdenetim örg÷t÷ne üyelik koşulları ve ayrıca arabulucuların özdenetim örg÷t÷n÷n üyelerine karşı disiplin tedbirlerinin uygulanması durumlarının değerlendirilmesi de öngör÷lmüştür. Arabuluculukla ilgili genel yapı ve sistemin y÷r÷t÷lmesinde bir taraftan Adalet Bakanlığı tarafından bağlılık taşıyormuş gibi gözükse bile diğer yönden de yerel kurumsal birimlere bağlılık taşıyan. Arabulucular Derneğidir. Kanun'un diğer hük÷m÷nde, kendi kendini düzenleyen bir arabulucu örg÷t÷, "Kendi Kendini Düzenleyen Kuruluşlar Hakkında" Federal Yasası ile tanımlanan haklarla birlikte, üyeleri için Federal Yasanın öngörd÷ęü gerekliliklere dahil olarak ek gereksinimler belirlemektedir ve sorumluluğu sağlama hakkına sahip olduğunu tanımıştır ve arabuluculuk faaliyetlerini y÷r÷t÷rken de üyelerinin sorumlulukları dikkate alınmıştır (FY AUÇPH m.18/6).

Anlama göre, arabuluculuk kullanımının devlet mahkeme sistemine göre bir takım avantajlarda yaratmakta olmasıdır. Arabuluculuk sistemi, tarafların faaliyetlerini sürdürmek için zaman kazandırır, ortaklarla iyi ilişkiler kurar. Ayrıca, tarafların mahkeme üzerindeki yükü azaltma konusunda kendi sürecinde bazı destek sağlayan mahkeme öncesi aşamada bile fırsat deneme imkanını vermekte olacaktır.

Bu nedenle, özellikle Rusya'daki arabuluculuk prosedürünün yasal konsolidasyonu (1 Ocak 2011'de yürürlüğe giren Federal Aracı “Bir Arabulucunun Katılımıyla Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Prosedürü (arbuluculuk prosedürü“) yasal uyuşmazlıkların çözümü için meşru bir yol haline gelmiştir. Aynı zamanda, kurumlara (adli prosedür, tahkimde uyuşmazlık çözümü, iş uyuşmazlık komitesi, noterlik prosedürü) ve onlarla uyumlu bir şekilde anlaşarak çatışmaları çözmenin alternatif bir yolu girişiminde bulunarak yeni çözüm ve barışçıl çözüm önerisinde bir fırsat olarak sunmaktadırlar.

Yukarıda belirtildiği gibi, Arabuluculuk Kanununun ortaya çıkışı, arabuluculuk kurumunun anlaşmazlık ve uyuşmazlık çözümü alanında yaygın olarak kullanılması için bir zaman şartıdır.

Arabuluculuğun geliştirilmesi sürecinde programlar, projeler geliştirildi, toplantılar ve konferanslar yapıldı. Arabuluculuğun geliştirilmesinin önemini ve ihtiyacının farkına varabilen modern Rus toplumu, önemli çabalar ve araçlar yapmaktadır. Bu nedenle, sıralama, geliştirme sürecinin, arabuluculuk sırasında anlaşmazlıkları ve çatışmaları çözmek için hazırlık gören profesyonel uzmanları (arbulucular) eğitmeyi ve hazır olmayan yerlerde de yeniden eğitime çabaları devam etmektedir.

C. Arabulucu Olmanın Temel Şartları ve Arabulucuya İlişkin Düzenlemeler

Rus hukuk sistemindeki alternatif uyuşmazlık (ihtilaf) prosedürünün uyuşmazlıklarda tanınması, kullanma şekili gelişmesi ile ilgili gerekli açıklamalar yapıldı. Ve bu hususla ilgili gelişme olayının nasıl yürüdüğü, uyugulanma tarzı nasıl devam ediyor ve Avrupa devletlerindeki arabuluculuk sisteminin ilerileyişle nasıl etkilendiği gibi incelemeler belirlenip, diğer taraftan da rekabetçi yaklaşımda devam

edildiği keşif edildi. Ayrıca arabulucunun yetişkin olabilmesi için bazı ülkelerde bu geleneksel anlam taşımaktadır ve buradaki ana düzenleyicinin olması gerektiğini anlamı rekabetin bir sonucu olarak varlığını sürdüreceği bir pazar yalnızca en etkili ve başarılı⁴⁴³ arabulucular oluşturur. Rusya'daki arabuluculuk prosedürünün yasal durumdan yaklaşımı (1 Ocak 2011'de yürürlüğe giren Federal Aracı “Bir Arabulucunun Katılımıyla Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Prosedürü (arabuluculuk prosedürü)” yasal uyuşmazlıkların çözümü için artık meşru bir yol haline gelmiştir. Şimdi de bu kanuna dönük bir aracı (arabulucu) bu tür uyuşmazlıklarda aracı olarak uyuşmazlıklara katılmanın kanunen usûlu nedir ve arabulucular için gerekli olan talepler nelerdir onun üzerinden incelemelerde bulunacağız. Hatta taraflar için esas gerekli olan karşılaştıkları bir uyuşmazlığın taraflarla her hangi bir ilgide bulunmayan şahısın doğru yönlendirmesi ve bu nedenle Kanunen bir arabulucunun faaliyeti hem profesyonel hem de profesyonel olmayan bir temelde gerçekleştirilebilir olması söz konusudur (FY AUÇPH m.15/1). Arabuluculuk kurumunun başarılı bir şekilde gelişmesi için gerekli bir koşul; profesyonel arabuluculardan oluşan bir birliğin oluşturulması⁴⁴⁴.

Diğer bir yaklaşım olarak tanılan zamana gelirsek, Şubat 2005'te, Rusya Devlet Başkanı İdaresi'nin desteğiyle gündeme gelen, 1' inci Uluslararası Konferans “Arabuluculuk konferans düzenlendi⁴⁴⁵“. Bu konuda yeni adım atılıp hukuk devletinin kuruluşu için gerekli görülen durum hukukun üstünlüğü ve sivil toplum oluşmasında net çalışmalar yapıp başlanan bir devir tamında sayılabilir oldu. Bu olay haklı olarak Rusya'da arabuluculuk kurumunun gelişim tarihinde bir başlangıç noktası olarak kabul edildiği bir dönem sayılmaktadır. Aynı yılın Nisan ayında, ilk ve yeni kurulan teşkilatın amacı ve asıl görevi kurumun entegrasyonu, yaygınlaştırılmasına dönük yönleriyle ile beraber Arabuluculuk ve Hukuk Bilimsel

⁴⁴³ Shamlikashvili, s.35. (Шамликашвили, с.35).

⁴⁴⁴ Smirnov E.R., Bochkareva A.V., “Rusya'da Arabuluculuk Enstitüsü Terihsel Retrospektifte”, **Privolzhsky Bilimsel Bülteni**, № 12-2 (52) – 2015, УДК 34.096, Rusya, Arzamas, Makale, s.117. (Смирнов Е.Р., Бочкарёва А.В., **Приволжский научный вестник**, № 1. 12-2 (52) – 2015, УДК 34.096, Статья: “Институт медиации в России в исторической ретроспективе”, с.117).

⁴⁴⁵ Arabuluculuk ve Hukuk Bilimsel ve Metodolojik Merkezi Başkanı Shamlikashvili T. A., Rusya Barolar Birliği ADR ve arabuluculuk alt komitesi başkanı, Rusya'da arabuluculuk. Mevcut durum, s.12, <http://www.mediacia.com/>; İnternetten Alındığı Tarihi; 05.07.2023. (Шамликашвили Ц. А., президент Научно-методического центра медиации и права, председатель подкомиссии по АРС и медиации Ассоциации юристов России (Медиация в России. Современное состояние, с.12).

ve Metodolojik Merkezi onaylanması süreciyle devam edilmiştir⁴⁴⁶ . Merkez kuruluş, arabuluculuk alanında önde gelen Rus teşkilatı olarak hem tanılmaktadır hem de sayılmaktadır. Merkez, uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesi, arabuluculuk hizmetlerinin sağlanması ve kabul edilen kendi eğitim programları uygunluğunda da arabulucu yetiştirmek görevindedir. Rusya'da ve bu tür yetişkin arabulucuların otoritesi sırf eski Sovyetler Birliği ülkelerinde değil başka yurtdışlarında da tanılmayı başlamıştır. Arabuluculuk ve Hukuk Merkezi'nin programları Eğitim Programının temelini oluşturmakta bulunup ve bu anlamda da Rusya Federasyonu Hükümeti Kararnamesi uyarınca onaylanan arabulucular hazırlanmasında da yardımda bulunuyor. Bu aşamada 3 Aralık 2010 tarihli No. 969 Arabuluculuk Eğitim Programı Hakkında Rusya Federasyonu Hükümeti kararnamesi söz konusudur. Buna istinaden Rusya Federasyonu Adalet Bakanlığı ile anlaşarak, arabulucular için yapılan 14 Şubat 2011 tarihli No. 187 Eğitim programı onaylanmıştır. No. 969 sayılı Kararnameye uyarınca “Arabulucuların Eğitim Programı Hakkında“ No.50 2010 tarihli Rus Federasyonu’nun Mevzuatla ilgili Toplantısının 6706. Maddesi (Rusya Federasyonu Mevzuatının Toplantısı esasında, 2010, No. 50, Madde 6706) karar alınmıştır ve alınan karara göre:

Rusya Federasyonu Adalet Bakanlığı ile anlaşarak, arabulucular için onaylanan eğitim programını geliştiriyor. Ve buradaki dayanımı açıklarken, kökünü tamamen Arabuluculuk Kanunu'ndan alan arabuluculuğun özünü biraz açıklamada gerekli gözükmektedir, özellikle 16. Maddeye göre arabuluculara yönelik eğitim programı aşağıdakilerden oluşuyor:

1. Arabuluculara yönelik eğitim programı, mesleki yeniden eğitim için ek bir mesleki eğitim programıdır. Program, Rusya Federasyonu mevzuatına uygun olarak arabulucu yetiştiren kuruluşlar tarafından özel eğitim programlarının geliştirilmesi ve onaylanması için temel teşkil eder. Program tam zamanlı eğitim ile hakimdir.

2. Program, üç eğitici ileri eğitim programından oluşmaktadır :

Arabuluculuk Temel Kursu;

Arabuluculuk Kullanımının Özellikleri;

Temel kursu eğitim programı, öğrenci tarafından Arabuluculuk Temel Kurs eğitim programının tamamlandığı tarihten itibaren beş yıl içinde tamamlanmalıdır.

⁴⁴⁶ Shamlikashvili, Panizza,s.12 (Шамликашвили Ц.А., Паницца Р), с.12. , <http://www.mediacia.com/>.

Arabuluculuk, arabulucu eğitmenleri için eğitim kursudur.

Dolayısıyla önce profesyonel olmayıp ta bir arabulucu olmanın talepleri nelerdir şimdi de onların üzerinde duralım:

- On sekiz yaşına ulaşmış, tam yasal kapasiteye sahip olan ve sabıka kaydı olmayan kişinin arabulucu faaliyetlerini profesyonel olmayan bir şekilde yapabilir olması öngörülen yasa (FY AUÇPH m.15/2),

- Arabulucunun, federal yasalar tarafından aksi belirtilmedikçe, Rusya Federasyonu hükümet makamlarının, Rusya Federasyonu kurucu kuruluşlarının hükümet makamlarının, devlet memuriyetlerinin makamlarının, belediye hizmetlerinin makamlarının yerini alan kişiler olamaz (FY AUÇPH m.15/5) .

25 yaşına ulaşmış, daha sonra yüksek öğrenim görmüş ve arabuluculuk prosedürünün uygulanmasına ilişkin ek mesleki eğitim almış kişilerin mesleki gerekçelerle arabulucuların faaliyetini yürütür olması (FY AUÇPH m.16/1) .

Aynı zamanda da bir arabulucu şunları yapamaz olması:

- bir partinin temsilcisi olmak,
- herhangi bir tarafı temsil etmesi, hukuki danışmanlık veya diğer yardımlarda bulunması,
- arabuluculuk prosedürü sırasında taraflardan herhangi biriyle ilgili ilişki de akrabalık bağı dahil olmak üzere şahsen (doğrudan veya dolaylı olarak) sonucuyla ilgilenmiş olması, bu sebeplerden dolayı arabulucu faaliyetini yürütmek istemesi,

- tarafların rızası olmadan anlaşmazlığın esası hakkında kamuoyuna açıklamalar yapmaması gibi işlevler,

- Tarafların anlaşması veya arabuluculuk prosedürünü sağlamak için faaliyet gösteren kuruluş tarafından onaylanan arabuluculuk usûlü kuralları ile faaliyetlerini profesyonel bir şekilde yürüten arabulucu dahililinde taleplerde bulunması.

Yukarıda dediğimiz gibi Rusya Federasyonu Arabuluculukla ilgili Kanunu'nun 16. maddesine istinaden, Arabuluculuk faaliyetinin profesyonel –arabulucu sıfatı olarak talebin uygulanması neler olduğunu göstermekte bulunduk.

Esas Rusya Federasyonu Hükümeti tarafından belirlenen şekilde onaylanan arabulucular için eğitim programında eğitim kursuna tabi tutulmuş kişiler arabulucuk prosedürünü profesyonel olarak yürütebilirler olması da denilmiştir. Ayrıca

açıklamada belirtilen hükümet tarafınca profesyonel arabulucular için yapılan düzenlenmelerin uygulanması ve gerekçeli programlarla arabulucunun ve arabulucu kuruluşlarının dahimi elverişlikte bulunmaları göze alınmıştır.

Kanunda arabulucu prosedürü bir girişimci bir faaliyet statüsünde olmadığı da belirlenmiştir. Arabulucuların faaliyetlerini yürüten kişiler, Rusya Federasyonu mevzuatında yasaklanmayan diğer faaliyetleri de yürütme hakkına sahip olduğu ayrıca kanun hükmünde belirlenmiştir (26.07.2019 no.197-FY AUÇPH m.16/1-1.1, 16/2-3) .

II. ARABULUCULUĞUN GEÇERLİ OLDUĞU VE UYGULANDIĞI ALANLAR

A. İhtiyarî Arabuluculuk

Yürürlükte bulunan Federal Kanun'da, girişimcilik ve diğer ekonomik faaliyetlerin uygulanması ile bağlantılı olanlar da dahil olmak üzere, medeni, idari ve diğer kamu hukuki ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara arabuluculuk prosedürünün uygulanmasına ilişkin ilişkileri ve ayrıca iş ilişkilerinden ve aile hukukundan kaynaklanan anlaşmazlıkları ve ilişkileri düzenleyen hüküm olduğu belirlenmektedir (FY AUÇPH m. 1/2).

Eğer anlaşmazlıkların, bu maddenin 2. bölümünde belirtilmeyen diğer ilişkilerden kaynaklanması durumunda, bu Federal Yasa, yalnızca federal yasalar tarafından öngörülen hallerde, bu tür anlaşmazlıkların arabuluculuk yöntemi kullanılarak çözülmesine ilişkin ilişkilere uygulanır (FY AUÇPH m. 1/3).

Aynı kanun maddesinin 4. fıkrasına göre, arabuluculuk prosedürü, hukuk davalarında ve tahkim mahkemelerinde görülen uyuşmazlıkların ortaya çıkmasından sonra uygulanabilir olduğunu belirtmektedir.

Ayrıca arabuluculuk usûlü, toplu iş uyuşmazlıkları ile bu maddenin 2. fıkrada belirtilen ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, bu tür uyuşmazlıkların katılmayan üçüncü kişilerin haklarını ve meşru menfaatlerini etkilemesi veya etkileyebilmesi durumunda uygulanmaz, arabuluculuk prosedürü veya kamu çıkarları prosedürüdür. Ancak arabuluculukla ilgili Federal Yasanın 6'cı maddesinin

hükümleri esasında, kanunda aksi belirtilmedikçe, adli veya tahkim işlemleri sırasında tarafların uzlaşmasına yönelik olarak bir yargıç veya hakem tarafından yardım sağlanmasıyla bağlantılı ilişkiler için geçerli olmayacaktır veya uygulanmaz.

Bu yukarıda dediklerimiz tamamen arabuluculuğun geçerli olduğu ve uygulandığı alanlar sayısında, süreç içinde gelişen ve şartlar esasında da bir uyuşmazlık çözüm olmasıyla beraber değişik alternatif uygulamalarında çözüm yetkisine sahip olmaktadır. Arabuluculuğun diğer bir yolu, sosyal yöne sahiplik yaratarak iletişim sağlarılığı, kişiler arası ilişkilerden etkilenip onları etkiler olması durumudur. Hatta hukuki mahiyeti açısından esneklik tanımıyla emredici hükümlere aykırılık yaratmadıkça taraflar, arabuluculuk usulünü serbestçe uygulayabilirler ve kararlaştırırlar. Halbulki, arabuluculuk sürecinde ihtiyaç görülme şekilleri; gönüllülük, gizlilik, tarafların işbirliği ve eşitliği, arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkelerine dayalı olarak tarafların karşılıklı iradesiyle yürütölür olmasıdır (FY AUÇPH m. 3).

B. Zorunlu Arabuluculuk

Uyuşmazlıkların çözümü için bir yöntem olarak arabuluculuk, 27 Temmuz 2010 tarihli No. 193-F31 Federal Kanun ile “Arabulucunun katılımıyla uyuşmazlıkların çözümü için alternatif bir prosedür hakkında“ getirildi. Kanun, iş ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de arabuluculuğa başvurulabileceğini belirtmektedir. Bu prosedür hükümünde Söz konusu Federal Yasanın 1. Maddesinin 2’i bentlerine göre ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünde kullanılan toplu iş uyuşmazlıkları hariç, iş ilişkilerinden kaynaklanan. Arabuluculuk prosedürü, bu Kanunun 2. maddesine uyarınca, bir arabulucunun (anlaşmazlığın çözümünde taraflarca aracı/arabulcu olarak görevlendirilen bağımsız bir kişidir) yardımıyla bir anlaşmazlığın çözölmesi yöntemi olarak anlaşılmaktadır. Ayrıca Rusya Federasyonu İş Kanunu'nun 401’i maddesine göre, toplu iş anlaşmazlığı, bir arabulucunun katılımıyla bir uzlaşma komisyonu veya iş tahkiminde değerlendirilebilir⁴⁴⁷ tanımı zorunlu arabuluculuktan bahsetmektedir. Taraflar

⁴⁴⁷ Nikolyukin, "Rusya Federasyonu'nda arabuluculuğun (arabuluculuk) yasal teknolojileri: **Bilimsel ve pratik kılavuz**" (Nikolyukin S.V.). ("Yustitsinform", 2013), s.5. (Николюкин С.В.,

arasında çözüm geliştirilmesine yardım anlaşmazlığın esasına ilişkin) gönüllülük temelinde karşılıklı olarak yararlı bir çözüme ulaşmak için tarafların anlaşması⁴⁴⁸. Ancak Kanun'un 1.Maddesinin 2.Bentindeki açıklama şöyle buyurmaktadır; “

Bununla beraber, Rusya Federasyonu İş Kanunu'nun 401 ve 403. Maddelerine göre Toplu iş uyuşmazlığının değerlendirilmesi ve çözüme ilişkin prosedürlerin takip edilmesi, aracı katılımıyla değerlendirilmesi ve sonuçlanması durumu zorunlu arabuluculuk şartı olarak işlem görmektedir. Bu yönde arabuluculuk bir faaliyettir, uyuşmazlığı hal etmek amacıyla üçüncü, bağımsız bir taraf, çatışmadaki tarafların aralarındaki ihlalinin çözümü doğrultusunda yardımcı olmak, anlaşmazlıkları azaltmada hedef görerek ve tarafların anlaşmaya varmalarını yönlendirmek.

Diğer bir yaklaşım, şu şartla arabuluculuk yapılabilir; Yukarıdaki anlaşmazlıklar etkilemez ve etkileyemez arabuluculuğa katılmayan üçüncü tarafların çıkarlarını ve kamu çıkarlarını korumak⁴⁴⁹. Bu nedenle arabuluculuk, mevcut Kanun kolektif işçilere uygulanmıyor ticari uyuşmazlıkların yanı sıra kamu hukuku uyuşmazlıkları (FY AUÇPH m.1/5). Oysa Kanun koyucu, Rusya'da arabuluculuğun geliştirilmesi için bir öneri oluşturdu,⁴⁵⁰ onlar arabuluculuğun geliştirilmesi ve uygulanmasına ilişkin bazı kısıtlamalar bazı kategorilerin özel karmaşıklığıyla ilişkili değişiklikler zor kategoriy işler, uygun olanı elde etme ihtiyacı ülkede hukuk kültürünün⁴⁵¹ gelişme gerekliliği düzeyi oluşturuldu.

Ayrıca arabuluculuk uygulamasını tanıtmak için idari uyuşmazlıkların çözümü veya uygulama meydanında ceza kanununda kapsamlı değişikliklerin yapılması gerekiyor mevcut mevzuattaki farklılıklar⁴⁵² değerlendiriliyor. Arabuluculuğun toplu iş uyuşmazlıklarında uygulanması aynı zamanda da Rusya Federasyonu İş Kanunu'nun da sınırlı kalmakta bulunup yaşanmaktadır ve özel, özel

Монография: "Правовые технологии посредничества (медиации) в Российской Федерации: **Научно-практическое пособие**" (Николюкин С.В.) ("Юстицинформ", 2013) с.5.

⁴⁴⁸ Knyazeva N.A., “İş Hukukunda Arabuluculuk Prosedürünün Uygulama Kapsamı”, Makale, №6 (43) Haziran 2014.(Н.А. Князева, Сфера применения процедуры медиации в трудовом праве, №6 (43) июнь, 2014 г.).

⁴⁴⁹ Shamlikashvili, s.30. (Шамликашвили, с.30).

⁴⁵⁰ Shamlikashvili, s.30. (Шамликашвили, с.30).

⁴⁵¹ Shamlikashvili, s.30. (Шамликашвили, с.30).

⁴⁵² Shamlikashvili, s.30. (Шамликашвили, с.30).

uzlaştırıcı prosedürler belirlenmektedir, dolayısıyla arabuluculuğun entegrasyonu İş mevzuatında değişiklik yapılması beklenmektedir.

Doktrinde rus yazarları tarafından tez araştırma sırasında incelediğim ve gözden geçirilen makalelerde anladığım durum, arabuluculukla ilgili yazılan makaleler ve yapılan sempozyumlarda maalesef ihriyarî ve zorunlu arabuluculuklarla ilgili özel herhangi bir ayrıntılı incelemeler ve açıklamalar, fikirler pek bulunmamaktadır. Genelde yapılan araştırmalar içeriği sadece arabuluculuğun ana ilkeleri, yöntemleri, kullanımı ve onların yayılamadaki sebeplerine ilişkin kısımlardan oluşmaktadır. Bu nedenle arabuluculukla ilgili kanun kabulünden sonrası yürürlükte bulunan diğer kanunlara bağlı yapılan değişiklikler ve eklemeler sonrası İş Kanunu'ndaki toplu iş uyuşmazlığında zorunlu arabuluculuğun açıkça belirlendiği bir araştırma çok azınlıkta veya yaygınlaşmamış diye biliriz.

III. ARABULUCULUK SÜRECİNİN İŞLEYİŞİ

A. Genel Olarak

Arabuluculuk yoluna başvuru, paralel olarak o sıralarda olmasa da sonuç itibarıyla bir dava açılmasından ötürü ortaya çıkan sonuç yaratır mağnasındadır. Dolayısıyla bu sırada hak aramada iki tarafın da başka bir seçenek yolu tahkip ederek, hakkını kullanmayla beraber dava açılmasına benzer sonuçların karşılanacağı anlaşıyor. Ve bu beklentiler benzerliği mağnasında ise, faaliyet, nitelik anlamında tüm varlığı dikkate alınarak kayıdedilmeli.

Arabuluculuk sadece bu anlatılan işlevleriyle kalmayıp, bunlara ek olarak bazı hukuki sonuçlarla devam edilmesi mantığa uyar. Süreç sonuçlanması kanunda öngörüldüğü gibi şöyle sonuçlanır:

- Arabuluculuğa uygun beklentiler.
- Maddi hukuku yansıyan işlemler.
- Kararla sonuçlanma usûlü.

Arabuluculuk usulünün yürüyüşü tarafların arabuluculuk usulüne ilişkin anlaşma ile belirlenir.

Bununla beraber Federal Yasanın 11. maddesinde tanımlanan arabuluculuk prosedürü koşulları ne olduğunu ise, şu şekilde belirtmektedir; arabuluculuk sürecinin işleyişi, arabuluculuk prosedürünün yürütme usulü, arabuluculuk usulünün yürütülmesine ilişkin kurallara istinaden arabuluculuk usulünün yürütülmesine ilişkin anlaşmadaki taraflarca oluşturulabilir, arabuluculuk usulünün yürütülmesini sağlamak için faaliyetler yürüten ilgili kuruluş tarafından onaylanabilir. Ve bu süreç devamı olarakta arabuluculuk prosedürünün yürütülmesini sağlamak için faaliyetler yürüten kuruluş tarafından onaylanan arabuluculuk prosedürünü yürütme kuralları şunları belirtmelidir:

- Çözümü bu kurallara göre gerçekleştirilen anlaşmazlık türleri;
- arabulucuların seçimi veya atanması için prosedür;
- tarafların arabuluculuk usulüyle ilgili masraflara katılma usulü;
- arabuluculuk usulünün yürütülmesini sağlamak için faaliyetler yürüten ilgili kuruluş tarafından oluşturulan arabulucuların mesleki faaliyetlerine ilişkin standartlar ve kurallar hakkında bilgi;
- arabuluculuk usulü sırasında tarafların hak ve yükümlülükleri dahil olmak üzere arabuluculuk usulü belirli ihtilaf kategorilerinin çözümünde arabuluculuk usulünün özellikleri, arabuluculuk usulü için diğer koşullar.

Bahsedilen arabuluculuk usulünün yürütülmesine ilişkin anlaşmada taraflar, federal yasa veya tarafların anlaşması (arabuluculuk usulünün yürütülmesine ilişkin anlaşma dahil) tarafından aksi belirtilmedikçe, arabulucu bağımsız olarak süreci belirleme hakkına sahiptir. Uyuşmazlığın koşullarını, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın derhal çözüme kavuşturulabilmesi gibi ihtiyacını dikkate alan arabuluculuk usulüdür

Kanun'nun bu kısmı ile ilgili not etmede fayda var, çünkü toplu iş uyuşmazlıklarında ve zikir edilen maddenin 2. fıkrasında belirtilen ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda, bu tür uyuşmazlıkların arabuluculuk usulüne katılmayan şahıslar üçüncü kişilerin haklarını ve meşru menfaatlerini etkilemesi veya etkileyebilmesi halinde, veya kamu çıkarlarını yansıtmaktadır (FY AUÇPH m. 1/5) .

Aynı zamanda da yasaya göre arabulucu, taraflar aksi durumu kabul etmedikçe, uyuşmazlığın çözümüne yönelik teklifler sunmaya yetkili değildir. Bu nasılsa diğer yönden, sırf tarafların isteğine bağlı olmayıp kanunda belirlenen

etkilerden kaynaklanmaktadır (FY AUÇPH m. 11/5). Arabuluculuk prosedüründe, arabulucu, tamamen tüm taraflarla birlikte ve her biriyle ayrı ayrı toplanabilir ve böyle bir iletişimi sürdürebilir yetkisine sahip olması da kanunun diğer fıkrasındaki verilen etkilerden kaynaklanmaktadır. Tabi arabuluculuk usulü, tarafların karşılıklı iradesi, tarafların gönüllülük, gizlilik, işbirliği ve eşitliği, arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkeleri temelinde yürütülür⁴⁵³.

Esas olarak ta arabuluculuk sürecini yürütürken, arabulucu, eylemleriyle taraflardan herhangi birini avantajlı konuma getirme ve taraflardan birinin haklarını ve meşru menfaatlerini azaltma hakkına sahip değildir.

B. Arabuluculuk Öncesi Aşama ve Arabulucuya Başvuru

Esas arabuluculuk tarafların karşılıklı istekleriyle ancak mümkündür, onların iradi, gizliliği, eşitliği, karşılıklılığı, tarafsızlığı gibi temel ilkeleri mevcut olması arabuluculuk şartlarındandır (FY AUÇPH m.3).

Arabuluculuk öncesi, taraflar arabuluculuk prosedürünü yürütmek için karşılıklı anlaşma ile arabulucunun seçiminde bulunmaları kanunen öngörülmüştür (FY AUÇPH m.9/1).

Arabuluculuk usûlünün yürütülmesine ilişkin bir anlaşmanın yazılı olarak taraflarca düzenlenmesi ve imzalanması şartı üzerinde öngörülen anlaşma yasayla öngörülmüştür (FY AUÇPH m.8/1).

Bu nedenle yapılacak olan arabuluculuk usûlüne ilişkin anlaşma şu bilgileri içermelidir veya gerek tutmaktadır :

- anlaşmazlık konusu hakkında;
- arabulucu, arabulucular veya arabuluculuk prosedürünün yürütülmesini sağlamak için faaliyetler yürüten bir kuruluş hakkında, yani arabulucu temsil edecek olan kurumun belirlenmesi talep edilmektedir (nasılsa arabulucunun bir kurum veya kuruluşa bağlılık söz konusu);
- arabuluculuk faaliyetini yürütme prosedürü;

⁴⁵³ Rehtina, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Avrupa Topluluğuna Entegrasyon Unsuru Olarak Rusya'da Arabuluculuk”, // **Dergi, Hukukçu** , S.11, 2012, Makale, s.2. (“Рехтина И.В., Медиация в России как Альтернативный Способ Разрешения Споров и Элемент Интеграции в Европейское сообщество”, **Юрист** 2012, №11) .

- tarafların arabuluculuk usûlüyle ilgili masraflara katılma ve üstlenme gibi koşulları hakkında;
- arabuluculuk prosedürünü yürütmeye gerekli olan süre⁴⁵⁴ ile ilgili.

Ancak bu durumda direk olarak arabuluculuk kanununun hüküm edecek olan maddesi esasa alınabilir ve durumun yaşanacağı da mevcuttur. Yine de usulen başvuru zamanının başlangıç tarihi ise Federal Yasanın 7. Maddesinin 7. Fıkrasına göre, arabuluculuk usûlüne başvuru önerisi, arabulucu veya arabuluculuk usûlünün yürütülmesini sağlamak için faaliyetler yürüten kuruluş tarafından taraflardan birinin net talebi üzerine de yapılabilir olması.

C. Arabuluculuk Müzakerelerinin Yürütülmesi

Arabuluculuk Federal Yasanın 5'ci maddesinin 3'cü fıkrasında ise, taraflar, arabuluculuk usullerinin organizasyonu, arabulucu ve arabuluculuk müzakerelerin sırasında hazır bulunan diğer kişiler, yargılamanın etkisinin olup olmadığına bakılmaksızın, aslında arabuluculuğu da içeren bir uyuşmazlık ile tahkim yargılaması prosedürler, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, yargılama sırasında sevk edilmek üzere düzenlenmemektedir.

Esas yasaya göre arabuluculuk müzakerelerin yürütülme prosedürü tarafların arabuluculuk sürecini yürütme anlaşmasına göre belirlenmektedir. Arabuluculuğu yürütme usulü, taraflarca belirlenecek anlaşma doğrultusunda gerçekleştirilecektir. Aynı zamanda da bu atfın (taraflarca) yansıtan durumu arabuluculuk prosedüründeki uygulanan kurala bağlı kalmakta olup, o kuralın kuruluştaki kurumca düzenlendiği anlamda arabuluculuk prosedürünün faaliyetine uygulanacak kuralların geçerliği söz konusu olacağı belirlenmektedir. Bu konuyla ilgili esas rus doktrininde belli yazarlardan alternatif uyuşmazlık yönteminde müzakereni ayıklayacak veya müzakereni ayrıntılı bir şekilde tanıtmayı gaye tutan fikir sahipleri pek gözükmemektedir. Yoksa müzakere prosedürünün tüm arabuluculuk prosedürlerindeki aşamalarda mevcut olduğu gözükmektedir. Örnek olarak aşağıda getirdiğim yasa hükümleri kanımca müzakereye yansımaktadır.

⁴⁵⁴ Bkz. FY Arabuluculukla İlgili Kanun'un 13'cu maddesinin 1'ci fıkrasında ise, Arabuluculuk Prosedürünün Yürütülmesi için 60 gün belirlenmiştir.

Arabuluculuk prosedürünü uygulama kuralına göre, kurum tarafından belirlenmiş uygulama faaliyeti de arabuluculuk prosedürünü sağlamakta gerekli olanlar:

1) Çözümü bu kurallara göre gerçekleştirilen anlaşmazlık türleri;
2) arabulucuların seçimi veya atanması prosedürü;
3) tarafların yürütme ile ilgili maliyetlere katılım prosedürü arabuluculuk prosedürleri;

4) mesleki faaliyetin standartları ve kuralları hakkında bilgi yürüten ilgili kuruluş tarafından kurulan arabulucular arabuluculuk prosedürünün yürütülmesini sağlamak için faaliyetler;

5. federal yasa veya anlaşma tarafından aksi belirtilmedikçe belirtmek taraflar (arabuluculuk usulüne ilişkin bir anlaşma dahil), prosedür için prosedürün arabulucu tarafından bağımsız olarak belirlenmesi uyuşmazlığın. Arabuluculuk usulünün yürütülmesine ilişkin anlaşmada taraflar haklara sahiptir koşullarını, tarafların isteklerini ve anlaşmazlığın erken çözülmesi ihtiyacı.

6. Arabulucu, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, teminat yatırma hakkına sahip değildir, anlaşmazlığın çözümü için öneriler.

7. Arabuluculuk sürecinin tamamı boyunca, arabulucu bir araya gelebilir ve hem tüm taraflarla hem de her biri ile birlikte ayrı ayrı da görüşebilme hakkına sahiptir.

8. Arabuluculuk prosedürü sırasında, arabulucunun eylemleriyle taraflardan herhangi birinin avantajlı bir konuma gelmesi, yanı sıra taraflardan birinin haklarını ve meşu menfaatlerini küçümsemek. Dolayısıyla zikir edilen bu prosedürler tamamen arabulucunun başkanlığıyla işleme koyulacak işlevler .

D. Arabuluculuk Faaliyetlerinin Sona Ermesi

26 Temmuz 2019'da değiştirildiği şekliyle arabulucu katılımıyla içeren alternatif bir uyuşmazlık çözüm prosedürü hakkında (arabuluculuk prosedürü) Rusya Federasyonu'da arabuluculuk prosedürü aşağıdaki koşullar nedenlerle sonlandırılır Federal Yasa Arabuluculukla ilgili Kanun'un 14. maddesine göre :

- Taraflar öngörölmüş müzakereler esasında netice itibarıyla bir arabuluculuk sözleşmesi yapar, imza tarflarca imzalandığı tarihinden itibaren böyle bir anlaşma arabuluculuk faaliyetinin sona erdiğinin göstergesidir.
- Diğer bir koşul ise arabuluculuk prosedürünü sona erdirmek için tarafların bir anlaşmaya varması mevcut anlaşmazlıklar üzerinde anlaşmaya varmak - bu tür anlaşmaların imzalandığı tarihten itibaren anlaşmalar sona ermiş sayılır.
- Taraflara iletilen arabulucunun yazılı beyanı arabuluculuk prosedürünün sona erdirilmesi konusunda kendileriyle görüştüktan sonra daha fazla uygulanmasının mümkün ve uygun olmaması nedeniyle, - ve işbu dilekçenin gönderme günündeki malum olduğu bu açıklama;
- Taraflardan birinin, birkaçının veya tümünün yazılı beyanı, arabuluculuk prosedürüne devam etmeyi reddetmesi üzerine arabulucuya gönderilir-arabulucunun bu başvuruyla aldığı gün;
- Arabuluculuk prosedürünün sona erdiği tarihten itibaren bu Federal Yasanın 13.Maddesinin hükümlerine tabi olarak sona erme durumu bahsediliyor. Aynı şekilde de zikir edilen 13’cu maddesindeki iki fıkrasına dönersek şöyle buyuruyor:

- “Arabuluculuk prosedürünün sürdürme ile ilgili şartları, taraflar arasındaki sözleşme ile belirlenir. Arabuluculuk prosedürünü yürütmek, bu durumda arabulucu ve taraflar, belirtilen prosedürün yerine getirilmesini sağlamak için mümkün olan tüm önlemleri, çabaları almak 60 (altmış) günü geçmeyen bir süre içinde feshedilir olması”.

- “Arabuluculuk prosedürünün yürütölme süresi, altmış günü geçmeyen, anlaşmazlığın mahkeme veya tahkim kurulu tarafından değerdendirilmek üzere sunulmasından sonra arabuluculuk prosedürünün yürütölmesi için geçen süre hariç, yüz seksen günü geçemez” (FY AUÇPH m. 13/1,3).

E. Arabuluculuk Sonunda Anlaşmaya Varılması Halinde Anlaşmanın Özellikleri

Federal Arabuluculuk Yasasında, arabuluculuk prosedürünün yürütölmesine ilişkin bir anlaşma aşağıdaki şekilde gerçekleştirilmektedir:

- Tarafların mutabakatından sonra, yazılı olarak sonuçlandırılan arabuluculuk prosedürünün yürütölmesi konusunda bir anlaşma yapılır.

Kanun, arabuluculuk prosedürünün yürütülmesine ilişkin anlaşmanın aşağıdaki bilgileri içermesi gerektiğini belirtmektedir:

- 1) anlaşmazlığın konusu;
- 2) arabulucu, arabulucular veya arabuluculuk prosedürünün yürütülmesini sağlamak için faaliyet yürüten kuruluş hakkında;
- 3) arabuluculuğu yürütme prosedürü hakkında;
- 4) tarafların arabuluculuk prosedürünün yürütülmesiyle ilgili maliyetlere katılma koşulları hakkında;
- 5) arabuluculuk prosedürü şartları hakkında (FY AUÇPH m. 8/1,2-1,2,3,4,5).

Arbuluculuk sözleşmesinin yazılı olarak yapıldığı ve taraflar, uyuşmazlığın konusu, arabuluculuk prosedürü, arabulucu ile taraflarca kararlaştırılan yükümlülükler, bunların uygulanmasına ilişkin koşullar ve koşullar hakkında bilgi içermesi gerektiği unutulmamalıdır (FY AUÇPH m.12/1).

Ayrıca, uyuşmazlığın mahkemeye veya tahkim mahkemesine intikalinden sonra gerçekleştirilen arabuluculuk prosedürü sonucunda tarafların vardıkları arabuluculuk anlaşması, mahkeme veya tahkim mahkemesi tarafından usûl hukukuna göre sulh sözleşmesi olarak kabul edilebilir veya tahkim mahkemeleri hukuku, uluslararası ticari tahkim hukuku. Burada belirtmek gerekir ki, mahkeme tarafından onaylanan icra süreci, tahkim ve milletlerarası ticari tahkim için de geçerlidir (FY AUÇPH m.12/3).

Arbuluculuk işlemi sonucunda tarafların ulaştıkları medeni hukuk ilişkilerinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın, uyuşmazlığın mahkemeye veya tahkim mahkemesine intikal ettirilmeden gerçekleştirilen arabuluculuk sözleşmesi, medeni hukuk ilişkisinin kurulması, değiştirilmesi veya tarafların hak ve yükümlülüklerini sona erdirmesiyle sonuçlanıyor olmasıdır.

Böyle bir işlem, tazminat, yenilenme, borcun affedilmesi, benzer bir karşı iddianın mahsup edilmesi, zararın tazmini ile ilgili medeni hukuk kurallarına tabi olabilir. Bu tür bir arabuluculuk sözleşmesinin yerine getirilmemesi veya uygunsuz bir şekilde yerine getirilmesi sonucunda ihlal edilen hakların korunması, medeni hukukun öngördüğü şekillerde gerçekleştirilir (FY AUÇPH m.12/4).

Esas bu hususla ilgili yürürlükte olan Federal Yasanın maddesi de şöyle buyuruyor; tarafların, uyuşmazlığı mahkemeye veya tahkim kuruluna teslim etmeden

gerçekleştirilen arabuluculuk işlemi sonucunda vardıkları arabuluculuk anlaşması, noter tasdikli ise icra belgesi hükmündedir (FY AUÇPH m.12/5) .

F. Arabuluculuk Giderleri ve Sorumluluk

Federal Arabuluculuk Yasasında, arabuluculuk prosedürünün yürütülmesi için faaliyetlerin ödenmesi gerektiğini belirtiyor. Çünkü arabuluculuk prosedürünün faaliyetleri arabulucu tarafından yürütülmesi söz konusudur.

Arabulucuların hem ücretli hem de ücretsiz olarak yürüttüğü faaliyetler, arabuluculuk prosedürünün yürütülmesini sağlamak için faaliyetlerde bulunan kuruluşların faaliyetleri - ücretli olarak belgelendirilmektedir (FY AUÇPH m.10/1,2) . Bu kuralın ikinci fıkrasına bakarsak, arabulucu, arabulucular ve arabuluculuk prosedürünün yürütülmesini sağlamaya yönelik faaliyetlerde bulunan kuruluşun arabuluculuk prosedürü faaliyetlerine ilişkin ödeme, taraflar arasında anlaşmaya varılmadıkça eşit şekilde yapılmaktadır. Ancak arabulucular ve arabuluculuk usûlünün yürütülmesini sağlamaya yönelik faaliyetlerde bulunan kuruluşlar, bu faaliyetlerin uygulanması sonucunda tarafların uğradıkları zararlardan medeni kanunda öngörülen şekilde taraflara karşı sorumludurlar (FY AUÇPH m.17). Ancak bu sorumluluk, doğrudan arabuluculuk kanununda öngörülmemiş ise medeni kanununda öngörüldüğün kanun koyucu bildiriyor. Hatta bu tür sorumluluğun bedeli medeni kanununa yönlendirilerek arabuluculuk sürecinde arabulucuların verebileceği zarara bağlı olduğunu açıklıyor.

Diğer gider, arabulucuların haklarının karşılığı ücreti masrafları anlamında taraflar arabulucu ile anlaşabilir. Anlaşıldığı gibi, arabuluculuk faaliyetini sunacak olan görevli tarafın belli bir ücret karşılığında hizmette bulanacağı bellidir. Bunun karşılığında da kanunda arabuluculuk usûlünün yürütülmesine ilişkin faaliyetler, arabulucu ve arabulucular tarafından hem ücretli hem de ücretsiz olarak yürütülür olması, arabuluculuk usûlünün yürütülmesini sağlamaya yönelik faaliyetlerde bulunan kuruluşların faaliyetleri ücretlidir (FY AUÇPH m. 10/1-2). Aksine bir anlaşma yapılmadı ise, arabuluculuk sırasında arabulucu ve arabuluculuk prosedürlerini yürütmek için faaliyet gösteren kuruluşların önemli bir prosedür faaliyeti ile eşit paylarda ödeme yapılır

Arabulucu veya arabulucuların sorumluluğuna gelince, arabulucular ve arabuluculuk prosedürünü sağlamak için arabuluculuk faaliyeti yürüten kuruluşlar, bu faaliyetlerin uygulanması sonucunda tarafların uğradıkları zararlardan medeni kanunun öngördüğü şekilde taraflara karşı sorumlu olduğunu açıklıyor. kanunen net bir cezai sorumluluk gibi madde öngörülmemiştir (FY AUÇPH m.17) .

VII. ZORUNLU ARABULUCULUK VE ÖZELLİKLERİ

27.07.2010 tarihli No.193-FZ (FY) sayılı Rus Federal Arabuluculuk Yasasında Federal Kanun (26 Temmuz 2019'da yapılan değiştirildiği şekliyle) “Bir aracıyı içeren alternatif bir uyuşmazlık çözüm prosedürü (arabuluculuk prosedürü) hakkında“. Arabuluculuk Kanununun 1. Maddesinin 2. ve 5. Fıkralarına göre, arabuluculuk usulünün uygulanmasına ilişkin ilişkileri düzenlemektedir.

Girişimcilik ve diğer ekonomik faaliyetlerin yanı sıra anlaşmazlıkların uygulanması ile bağlantılı olanlar da dahil olmak üzere medeni hukuk ilişkileri, iş ve aile ilişkilerinden kaynaklanmaktadır. Diğer ilişkilerden kaynaklanan anlaşmazlıklar,

Kanun sadece davalarda onlara uygulanır ve diğer federal yasalar tarafından sağlanır. Aynı zamanda, toplu iş uyuşmazlıkları ile hakları ve meşru menfaatleri etkileyen veya etkileyebilecek uyuşmazlıklar için arabuluculuk prosedürü uygulanmaz olduğu da beyan ediliyor.

Rusya Federasyonu İş Kanunu (bundan böyle Rusya Federasyonu İş Kanunu olarak anılacaktır), iş anlaşmazlıkları Komisyonu'ndaki bireysel iş anlaşmazlığının gözden geçirilmesi, uzlaştırma komisyonu tarafından toplu iş anlaşmazlığının incelenmesi, arabulucunun katılımı veya iş tahkiminde toplu iş anlaşmazlığının incelenmesi gibi belirli iş kategorilerine ilişkin uzlaşmacı prosedürlere ilişkin olarak şunları içerir:

Ayrıca, belirli iş vakaları kategorilerine ilişkin bazı uzlaşma prosedürleri sanatta yer almaktadır. 9, 16, 78, Rusya Federasyonu İş kanunu'nun 11, 12. bölümleri.

Esas bir anlaşmazlığın Federal Yasa tarafından çözülmesi için zorunlu iddia ve mahkeme öncesi prosedür, yasa veya sözleşme ile öngörüldüğü takdirde zorunludur. Örneğin, Rusya Federasyonu Tahkim Usul Kanunu'nun 4. maddesinin 5.

kısmı, İHK RF'nin (Rusya Federasyonu İdare Hukuku Kanunu) 4. maddesinin 3. kısmı.

Aynı zamanda, yasaya ek olarak adli düzenleme prosedürü, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun 22 Haziran 2021 tarihli no. 18 Kararı ile önceden belirlenmiştir. Hukuk ve tahkim yargılamasında dikkate alınan uyuşmazlıklar“ ve tahkim mahkemeleri tarafından zorunlu yargılama öncesi uyuşmazlık halli usûlüne ilişkin usûl mevzuatı hükümlerinin uygulanması uygulamasının gözden geçirilmesi onaylanmıştır. 22 Temmuz 2020'de Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Başkanlığı.

Yasaya ek olarak zorunlu arabuluculuk yargı öncesi düzenleme süreci, 22 Haziran 2021 tarihli Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu Kararnamesi No. 18 “Uyuşmazlıkların mahkeme öncesi çözümüne ilişkin bazı konularda medeni ve tahkim yargılamalarında dikkate alınır“ ve tahkim mahkemeleri tarafından bir anlaşmazlığın çözümü için zorunlu yargılama öncesi prosedüre ilişkin usûl mevzuatı hükümlerinin uygulanması yönetmeliğin gözden geçirilmesi 22 Temmuz 2020'de Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Başkanlığı tarafından onaylanmıştır.

Zorunlu yargılama öncesi prosedürle ilgili ihtilaflara gelince onları kapsadıkları çeşitlerine gelince şöyle:

- Zorunlu ödemelerin ve yaptırımların tahsili ile ilgili anlaşmazlıklar,
- Kuruluşlardan veya bireysel girişimcilerden ödenmesi gereken vergi miktarının geri alınmasına ilişkin anlaşmazlıklar,
- Vergilerin, harçların, sigorta primlerinin, cezaların, vergi cezalarının şahıslardan tahsiline ilişkin ihtilaflar,
- Vergi yaptırımlarının (para cezaları, cezalar) bireylerden ve ayrıca tüzel kişilerden (mahkeme dışı işlemlere izin verilmiyorsa) geri alınmasına ilişkin anlaşmazlıklar,
- Vergi dairesinin temyiz kararlarına (gereksinimler, işlemler) ilişkin anlaşmazlıklar,
- Gümrük vergileri, özel, anti-damping, telafi edici vergiler, faiz ve cezaların tahsilatına ilişkin ihtilaflar,

• Tüzel kişilerin ve bireysel girişimcilerin devlet tescilini reddetme kararına itiraz konusundaki anlaşmazlıklar,

- Kesintisiz sözleşmenin akdedilmesindeki ihtilaflar,
- Sözleşmeyi değiştirirken, feshederken ortaya çıkan anlaşmazlıklar,
- Banka hesabı sözleşmesinin feshine ilişkin ihtilaflar
- Kira sözleşmesinin feshi üzerine anlaşmazlıklar
- Eyalet veya belediye sözleşmesi yapılırken ortaya çıkan anlaşmazlıklar
- Eyalet veya belediye ihtiyaçları için tedarik sözleşmesi yapılırken ortaya

çıkan anlaşmazlıklar,

- İş sözleşmesinin feshi, tahliye ile ilgili uyuşmazlıklar,
- Nafaka ödeme sözleşmesini değiştirirken, feshederken anlaşmazlıklar
- Bir kredi kurumunu (sigorta kurumu, MEF-Devlet dışı emeklilik fonu)

kontrol eden kişiler listesine bir kişinin Rusya Merkez Bankası tarafından dahil edilmesine ilişkin anlaşmazlıklar,

• Şüpheli işlemler yapma riski yüksek (düzeyi) bir grup olarak sınıflandırılan bir müşteriye yönelik önlemlerin uygulanmasına ilişkin anlaşmazlıklar

- Mali tüketiciyi koruma ihtilafları,
- OSAGO'nın ne olduğunu açıklarsak, sigorta için yapılan sözleşmesi

kapsamındaki ödemelerle ilgili anlaşmazlıklar (14.1. Maddenin 5.1. fıkrası 25 Nisan 2002 tarihli Federal Yasanın No. 40-FY “Araç Sahiplerinin Zorunlu Medeni Sorumluluk Sigortası Hakkında“),

• Kazalara ve meslek hastalıklarına karşı zorunlu sosyal sigorta güvencesinin atanmasına ilişkin anlaşmazlıklar,

• 29 Temmuz 1998 No. 135-FY Federal Yasasına göre kadastro değerinin belirlenmesinin sonuçlarıyla ilgili anlaşmazlıklar,

• Değerin kadastro değerinin, değerdeki tutarı kadar kurulmasına ilişkin anlaşmazlıklar ve 3 Temmuz 2016 tarihli Federal Yasanın 22.1. Maddesine uyarınca no. 237-FY,

- Kargo taşımacılığından kaynaklanan uyuşmazlıklar,
- Kargo, posta hava taşımacılığından doğan uyuşmazlıklar,
- Yükün demiryolu ile taşınmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar,
- Karayolu ile yolcu, yük taşınmasından doğan uyuşmazlıklar,

- Malların deniz yoluyla taşınmasından doğan uyuşmazlıklar,
- İç su yolları ile taşımadan kaynaklanan uyuşmazlıklar,
- Nakliye sözleşmesinden doğan ihtilaflar (taşıyıcıya karşı talepler),
- Yük aktarma sözleşmesinden doğan ihtilaflar,
- İletişim hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin sözleşmeden doğan ihtilaflar,
- Turistik ürünün kalitesiyle ilgili anlaşmazlıklar (tur operatörüne yönelik iddialar),
- Münhasır hakların ihlaline ilişkin anlaşmazlıklar (istisnalara bakın),
- Bir markanın 3 yıl boyunca sürekli olarak kullanılmaması nedeniyle yasal korumasının erken sonlandırılmasına ilişkin uyuşmazlıklar,
- Taslak ön ulusal standardın reddine ilişkin standardizasyon alanındaki anlaşmazlıklar,
- Fiziksel kültür ve spor alanındaki anlaşmazlıklar,
- Termal enerji, ısı taşıyıcı transferi için hizmetlerin fiyatına ilişkin anlaşmazlıklar,
- Kontrol (denetim) organının kararlarına, yetkililerinin eylemlerine veya eylemsizliklerine itiraz,

Rusya Federasyonu İş Kanunu'nun (bundan sonra Rusya Federasyonu İş Kanunu olarak anılacaktır), belirli iş davası kategorileri için uzlaşma prosedürleri şunları içerir: bir iş uyuşmazlığı komisyonunda bireysel bir iş anlaşmazlığının değerlendirilmesi, toplu bir iş anlaşmazlığının değerlendirilmesi bir uzlaşma komisyonu tarafından, bir arabulucunun katılımıyla toplu bir iş anlaşmazlığının ve (veya) iş tahkiminde değerlendirilmesi. Ayrıca, belirli iş davası kategorileri için bazı uzlaştırma prosedürleri üç maddede yer almaktadır (Rusya Federasyonu İş Kanunu'nun m.9, 16, 78 ve 11, 12. Fıkralarında)⁴⁵⁵.

Dünyada var olan ADR yöntemlerinin çoğunun henüz Rus mevzuatı ve uyuşmazlık çözümü uygulaması tarafından bilinmemesine ve ayrıca ADR'nin yasal bir tanımı olmamasına rağmen, yine de bir dizi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi (prosedürleri) seçilebilir. Rusya'da kullanılanlar şunlardır: arabuluculuk, uzlaşma

⁴⁵⁵ Engelgardt A.S., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Yüksek Lisans Tezi), s.32. (Энгельгардт Ангелина Сергеевна, Альтернативные способы разрешения споров, Магистрская диссертация, с.32) .

prosedürleri, adli uzlaşma, arabuluculuk, iş uyuşmazlıkları komisyonları, anlaşmazlıkların çözümü için talep prosedürü, vergi uyuşmazlıklarının mahkeme öncesi çözümü, tahkim mahkemesi, uluslararası ticari tahkim, ombudsman vb.



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KAZAK HUKUKUNDA ARABULUCULUK

I. ARABULUCULUĞUN KAZAKİSTAN'DAKİ GELİŞİMİ VE TEMEL YAPI

A. Arabuluculuğun Kazakistan'daki Gelişimi

Arabuluculuğu uygulama hususu kazak hukukunda ilk yerleşmiş bir sistem değil, tam çağdaşlık dönemdeki gibi olmasa da büyük bir geçmişe sahip olan yöntemdir. Örneğin, arabuluculuk sistemi fonksiyonunu yürütücü bizim XVII. asırdan itibaren biyeler konseyine⁴⁵⁶ ait olmuştur. Biyeler enstitüsü çeşitli işlevleri yerine getirmiş,- adaleti yönetmil ve herhangi bir davada tarafları uzlaştırmaya gayret etmişler ve onun için çalışmıştır. .

Dahası o zamanki dava durumunda ihtilafın anlaşmazlığın başlangıcı veya çıkış noktası sayılmaktadır. Çünkü resmiyette gidip bir muracatta başvuru yapacağın bir daire bulunmamaktadır. Hatta bu tür açıklamalar belki de bir bu işin detayı gibi de sayılabilir. Ama mantıkken işin yürüyüş şeklini detayda olsa da tahmin etmeliyiz. Bu anlamda biy statüsünde olan kişi özel bir keskinliğe ve becerikliliğe sahip olan, duygularını özlü ve doğru bir şekilde nasıl ifade edeceğini bilen bir adam olarak ifade edilmektedir. Düşüncelerini, en kafa karıştırıcı ve zor durumlardan bir çıkış yolu bulabilen, yeteneği olan belagat saygı değerliğe geçmiş ve tanınmış bir şahıstan bahsediyoruz. Biy veya biyeler⁵¹⁵ tarafından savunmada yapılan argumanları, örneğin, savunma şekili örf ve adete dayanılmıştır. Bazen de cinayet olayında, biyeler talebi üzerine cinayeti gören şahıslar şahit olarak davaya katılmakta zorunlu bulunması. Emsaller bu sırada, han mevzuatı, göçebe toplumun gelenekleri ve içindeki sosyal ve idari ilişkiler önemli konulara benzer ihtilafaların çözümlerinde önem taşımıştır. Zira “töbe⁴⁵⁷ bi” uyuşmazlık gittikçe çelişkileştiği durumunda, hakim sıfatında bulunarak davayla ilgili tarafların savunmalarına göre son söz töbe

⁴⁵⁶ “Biy” biylik, kararı veren, kararı söyleyen kişi demektir. Biyeler Konseyi ise, bu gruba giren biyeler grubundan oluşan kişilerdir.

⁵¹⁵ Bkz. Burada tarafları savunarak, temsilen yapacak konuşmaları ile ilgili olduğu için biyeler delinmektedir ve bir tarafı bir biy temsil edecektir, grup şeklinde temsil ediyor mağnasında değil.

⁴⁵⁷ Bkz. Töbe-tepe, yüksekte oturarak her şeyi gözetleyebilen kişi mağnasındadır. Burada tarafların biyelerinin süreç sonrası savunma tarzına göre sonuç karar verecek olan kişi “töbe biydir”.

biy tarafınca kararlaştırılmış ve bu karar itirazsız taraflarca yerine getirilmeli bağlılığını taşımakta olmuştur. Ayrıca bu tür usul, diğer yönden mahkeme bağımsızlığını orta çağda tam yaşatmıştır. Töbe biy'in seçim ve olması toplumda otoriteli insanlar tarafından seçilmekte bulunup ve sonradan hakem sıfatında da uyuşmazlığa yorum yapacak, yargılayıcı veya karar verici etkili kişi olarak tanılmıştır. Bu yasal kararlar uygulamada, sadece resmi ve zorunlu karakterler, aynı zamanda ahlâki ve etik nitelikler ihtilâf taraflar için bir somutluk çözüm değerinde bulunmuştur. Bu nedenle göçebe bir toplumda biy olan şahısa çok saygı gösterilip ve değer vermiştir. Biylerce bakılan davalar (ihtilaf) çeşidi medeni (miras), aile, cezai davaların kapsamıştır.

Önce biy statüsü için başvuranın birçok şartı vardır. Gelecek biy sadece Kazak örf ve adet hukukunun normlarını bilmekle kalmayıp, aynı zamanda da tartışılmaz bir otoriteye sahip olması gerekir. Göçebe bir toplumda özellikle takdir edilen bu kriteri, biy mahkemesi, göçebe soyluların (han, padişahlar) temsilcileri ile insanlar arasında toplumda adaletin korunmasında taşıyıcı rolü sahiplenmiştir⁴⁵⁸.

Orta asırdaki kazak toplumunda adalet nasıl yürümüş ve daha ihtilaf sırasında ortaya bir uyuşmazlığın anlaşmazlığa dönme olayı ve bu durumda tarafların karara bağlı kalmadan arabuluculuk sistemi nasıl uygulanmış ya da öngörülmüş olduğunu şöyle açıklayabiliriz. Ortaçağ kazak toplumunun egemen ideolojisine göre, mahkemenin amacı, tarafların ilişkileri ne kadar karmaşık ve ağır olursa olsun hakimler adaletinin amacı tarafları uzlaşma ve ateşkes koşullarında barıştırmaktır. Dolayısıyla bu duruma bağlı veya buna dönük bir ayar normu içeriği: Dava sonu-“bitiş”, yani bitişmeli, bitmeli, sonuçlanmalı olduğuna önem verilmiş ve tarafların da bir şekilde uzlaşmalarının önem taşıdığı değerlendirilmiştir veya değer vermişlerdir. Dava sonundaki uzlaşma prosedürünün önemi ya da davanın amacı ve onuru gerekli olmuştur⁴⁵⁹. Uyuşmazlıkta, tarafları uzlaştırması ana gaye edilmiş ve sırf uzlaştırma değil, onların anlaştığı hususta aldıkları yükümlülüklerini sonuna kadar yerine getirimelerine önem verilmiştir. Hatta zorunlu icra gibi bir durum asla ve asla söz

⁴⁵⁸ Ibrayeva, “Mevcut İyileştirme Sorunları Kazakistan Cumhuriyeti Yargı Yetkileri”, s.5. (Ибраева, “Актуальные вопросы совершенствования юрисдикции Республики Казахстан”, с.5) .

⁴⁵⁹ Zimanov Salık Zimanoviç, “**Kazak mahkemesi biiev - benzersiz bir yargı sistemi**”, Almatı, Atamura, 2008, s. 224. (Зиманов Салик Зиманович, “Казахский суд биев - уникальная судебная система”, Алматы, Атамұра, 2008, с. 224).

konusu olamamış. Bugünkü hukuki terimle icra faaliyeti alınan karar veya varılan sonuçların laf üzerinde kalmayıp yerine getirilmesine çok değer verilmiştir. Uyuşmazlık sonunda tarafların vardığı anlaşmalarında lâfin veya verilen sözün kıymeti daha bir büyük önem ve değer taşımakta olduğu anlaşılmaktadır ve bu nedenle orta çağdaki uyuşmazlıklarda kararlar ilgili çözümleri uygulanması, yerine getirmesi döneminde kendi damgasını “adaletin altın asırı dönemi“ olarak tanımlmıştır.

Zaman aşımında Kanunlar yeniden işlenmiş ve yeni koşullarda Kazakların sosyal ve sosyal çevrelerinin yeni dönemi yaşamına ve yasasına uygulanmış tek bir sistem haline getirilmiştir. Kazak hanları yanında da sözü dinlenen ve büyük otoriteye sahip olan üst hakimler idi. Onların yürütrüğü işlevler ve katıldığı davalar artık tarafalar arasındaki ihtilafın iyice çelişkinlenmiş çeşitlerindendir. Esas devlet genelinde topluma idare etmede sosyal işlerin çözümünde uyuşmazlıklar sırasında yasal olarak niye dayandılar diyen soru haklı olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte o dönemlerde böylece Yedi Yargı- Kanunu meydana gelmişti. Yedi Yargının uygulandığı ve geniş bir şekilde yürüyüşü Han Tauke'nin XVII asırdaki dönemi veya Tayke'nin- yaşadığı dönem de 1680-1718 yılları tekabül etmektedir.

Şimdi de yukarıda üzerinde durduğumuz ”Yedi Yargı'nın da (Yasanın)” hangi hukuk dallarını kapsadığı ile ilgili şöyle sıralayabiliriz:

- Mülkle ilgili Yasa,
- Ceza Kanunu,
- Askeri Kanun,
- Diplomasik hakkında,
- Siviller hakkında (Medeni hukuk),
- Dul davası (dul tartışmasıyla ilgili) ⁴⁶⁰.

Geleneksel Kazak toplumunun devrim öncesi Rus araştırmacıları tarafından, biylerin konseyi ve halkın meclisi dahil olmak üzere, han'ın gücü üzerindeki etkisinin derecesinin kapsamına ayrılmıştır.

Devletin bu tür idare ve ulusal meclisler. Bu tür devlet hükümü, hanın faaliyetlerini kontrol etmeyi mümkün kıldı ve çıkarlarına aykırı önemli bir sonuca

⁴⁶⁰ Zimanov S., s.224.(Зиманов С., s.224).

varılmayacak şekilde karar insanların aleyhine dönmeyecek. Bu sırada Biy Şurası ve Halk Meclisi, Kazak topraklarının Rusya'ya katılmasıyla giderek önemini yitirir.

Oysa devrim öncesi dönemde Kazak bozkırlarının topraklarında yasama yetkisini kullanma biçimlerinden biri, geleneksel Kazak toplumunun yaşamında önemli bir rol oynayan sözde “biy konseyleriydi“. Şimdi de devrim öncesi tarih literatüründeki bu iktidar kurumunun özellikleri üzerinde duralım. Biy şurasının incelenmesine yönelik herhangi bir özel eseri rastlamadık, ancak bu konuya dolaylı veya doğrudan biylerin faaliyetleri ve işlevleri (adli, idari, askeri, diplomatik vb.) ile ilgili araştırmalar bağlamında değinildi. XVIII-XIX yüzyıllarında Kazak toplumu Tauke han'ın tamamen “Yedi Yargı “ kanun hükümleri de dahil olmak üzere yaşamını sürdürdü⁴⁶¹ .

A.I. Tevkelev ise, Kazak bozkırındaki bu iktidar kurumuna dikkat çeken ilk kişilerden biriydi ve şunları yazdı: “Orta orduda (boy) han, soltanlar, beyliklerle görüşemedim ve bu yıl 1732, Mayıs ayında herkesi göreceğim⁴⁶² “. Küçük bir rapora dayanarak, bu tür kongrelerde tartışılan konuların aralığını belirlemek zordur, ancak yazarın bu tür toplantıların bir “toplanma-ordu“ formatında olduğuna dair dolaylı sözleri, tartışılan ana konulardan birinin şu anda tartışıldığını göstermektedir. Bu tür forumlar, geniş bir hayvancılıkla uğraşan göçebeler için hayati önem taşıyan toprak yapısının savaşı ve barışı, meraların(ölçüsü) genişletilmesi idi.

Buna dayanarak, Kazakistan medeni hukukunun gelişiminde, 15. yüzyıldan (Kazak Hanlığı'nın oluşumu) başlayıp günümüze kadar, gelişiminin ana gelişme dönemlerini ayırmak mümkündür:

İlk dönem - önemli bir kısmı ceza hukuku normlarıyla birlikte Kazak toplumunda geleneksel hukuk normlarının gelişme ve oluşum dönemidir.

İkinci dönem - Kazakistan'ın Rusya'ya katılımından sonraki dönem, örf ve adet hukuku ile Rus medeni hukukunun eşzamanlı işleyişi sürecidir.

İkinci dönem is, Kazakistan'ın Rusya'ya katılımından sonraki dönem olarak sayılmaktadır, örf ve adet hukuku ile Rus medeni hukukunun eşzamanlı işleyişi süreci oluşu. Üçüncü dönem; Sovyet medeni hukuk dönemidir.

Dördüncü dönem - egemen Kazakistan'ın medeni kanunu.

⁴⁶¹ Zimanov, s.224, (Зиманов, с.224) .

⁴⁶² A.I. Tevkelev'in Raporu , s. 202. (А.И. Доклад Тевкелева, с. 202) .

Kazakların örf ve adet hukuku, asırlık eski Türkçe konuşan göçebe uygarlığının tüm zenginliğini özümsemiştir ve bu nedenle orijinal, eski biçiminde Kazak hukukunun canlılığına sahiptir veya sahiplenmelidir⁴⁶³.

Şimdi de hukuki açıdan değerlendiresek Kazak hukukunun normatif sisteminin üç önemli katmanı olduğunu anlarız:

a) kısa ve öz formüllerle ifade edilen, kesişen ve belirleyici bir karaktere sahip olan ana teamül (genel) hukuku kurumları ve normatif yönergeler;

b) altında derlendikleri hanlar ve biyler adları altında Kazak hukukunda yer alan küçük ve büyük düzenleyici yasal kodlar. Örneğin, bunlar Kasım Han Yasası (Kasym han'ın kaska yolu), Yeşim Han Yasası (Esim han'ın eski yolu), Tauke han Yasası (Yedi yargı) olarak adlandırılmışdır;

c) adli emsaller - tanınmış biylerin hem adlandırılmış hem de adlandırılmamış hükümleri, genellikle “dededen kalan örnek“, “biyden kalan yol, örnek, yol yoralgı söz“ – dede mirası“, “Sözlü öğüt“ olarak adlandırılan kararları ve böyle biy“. Her biri hafif ve zarif formüle edilmiş talimatlar desek yanlış yorumlamamış oluruz⁴⁶⁴.

Orta asırlık çağda olsabile Kazak hukuk sistemindeki bii katılımıyla dava sırasındaki faaliyetten kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili uygulama bizim hukuk yazarları tarafından halen araştırılmaktadır ve olağanüstü ilgi çekmektedir. Bu nedenle 22 - 23 Mayıs 2008 tarihlerinde Almatı'da, Kazakistan'da konum: “Kazak biy mahkemesi - benzersiz bir yargı sistemi“ başlıklı tanımıyla uluslararası bir bilimsel konferans düzenlenmiştir. Bu bilimsel olay sadece Kazakistan Cumhuriyeti'nin geçmişinin tanıtımı için değil, aynı zamanda uluslararası toplum için de önemli bir olaydır ve bu, dünya çapında yasal alanın oluşumunda iki temel eğilim tarafından belirlenir: bir yanda yasal bir süreç vardır. Çünkü böyle bir hukuk sisteminin göçebelere ait olduğu 73 yıl boyunca hukuki ve siyasi yönden gündeme hiç getirilmedi. Küreselleşme, geçerli hukuk sistemlerini birleştirmeye, uluslararası

⁴⁶³ Zimanov, “**Kazakların Antik Dünyası ve Kökenleri**”//Kazakların Antik Dünyası. Materyaller, Araştırma Dokümanları: 10 cilt T.1, 2. Baskı / Baskı: S.Z.; Suleymenov, s.9. (Зиманов, “**Древний мир казахов и его истоки**”. Материалы, доку-менты исследования: В 10 т. Т.1., 2-ое изд./Под ред.:С.З.Зиманова,Алматы: Жеты жаргы, 2004.с.40-53); Сулейменов, с.9) .

⁴⁶⁴ Zimanov, “Kazakların dünyası "zhargy" benzersiz bir hukuk sistemidir” // Kazakların eski dünyası. Materyaller, belgeler, çalışmalar: C.10, C.5, Zimanov tarafından düzenlendi, Almatı: Yayın: Zhety Zhargy, 2005, s.47.; Suleymenov, s.10-11. (Зиманов, “Мир казахов "жаргы"- уникальная система права”// Древний мир казахов. Мате-риалы, документы, исследования:В.10 т. Т.5 / Под.редакции Зиманова, Алматы: Жеты Жаргы, 2005, с.47) .

hukuk, demokrasi ve insan haklarının temellerini Batılı anlayışlarında yaymaya çalışırken, diğer yandan 1970'lerde ve 2000'lerde oluşturulan yeni mevzuata dahil edilmesi konusunda güçlü bir süreç var. Çoğunlukla örf ve adet hukuku olarak görülen sözde yerel hukukun temel normları, yerli halkların hukuku, adet, yerli hukuk.

Kazakların geçmiş tarihinden dolayı bozkır toplumunda arabuluculuk sisteminin nasıl yaygınlaştığını daha orta çağlarda davalı-ihtilaf taraflar nasıl bir birine davranışlarına dava sonrası da ilişkilerini devam edebilmeleri için arabulucu sıfatında bulunan biiler'in rolü zordur. Ayrıca "Kazak biy mahkemesi - benzersiz bir yargı sistemi"⁴⁶⁵ . İkincisi, biiler sisteminin işlevi oldukça mantıklı görünüyor, çünkü yazar kitabında çok sayıda bundan kaynaklanan gerekli soruları ortaya koydu, cevaplar ve düşünceler aslında konferansın konuşmacıları için temel teşkil edilmiştir.

Dolayısıyla o yüzden de davacı ve davalı tarafların karşılıklı savunmalarından sonra onların sunduğu idda, delillerin savunmalarına kıyas analiz ederek öruf, adet kısmen de miras ve tazminatta da toplumda yaygın bir şekilde kullanılan şeriat hükümlerinin uygulanması idi. Örneğin, miraslık davalar konusunda mirascılar arasındaki mülkün paylaşımı ile ilgili ihtilaflar. Kişi ölümü ya da ana davacının sakat kalma durumunda tazminat bedelini belirlemek gibi uygulamalar ve onun için toplumda bu tür suçları durdurmak, azaltmak maksadıyla mevcut kurallara toplumu uydurmak amaçla karar verirken toplumdaki öruf adeti göze alarak, aykırılık yaratmamak düşüncesiyle akıl terazısına ve iç duygusuyla karar vermeyi ana hedef tutmaktı. Ayrıca bu tür dava konularının bakılma durumunu, onun bu şekilde incelenip ve sonuçlanması, mahkemenin üst düzey süreti diyebiliriz. Çünkü artık bir kere bakılıp karara alınmış davanın bir daha temizi yada istinafi olamas. Hakimin, taraflar arasındaki uyuşmazlıktan doğan davaya karar verer olması, onu da tepe hakim, yani üst hakim statüsünde olduğunu demeliyiz. Buradaki özellik şu ki, üst hakimin duruşma sırasındaki tarafların yaptığı savunmaları, delillerini tamamen dinleyip karar verer olması ve verdiği kararın da taraflar için artık bağlayıcılık rol taşıdığı söz konusudur. İcra işlemi fonksyonu davayı kayıp eden tarafın mal varlığı yoksa bununla sonuçlanmıyor. Hatta davayı kayıp eden tarafın etrafiyle (akrabası, soydaşlarıyla), beraber tamamen sorumlu

⁴⁶⁵ Zimanov, 224. (Зиманов, с.224) .

kalmak ve nihayet alınan yükümlülükleri prüzszüz yerine getirmesi ana özelliği idi. Genel olarak bununla ilgili eskiden yapılan Rus araştırma-yazarlarının dedikleri de şu şekilde idi: O, “biy“in - “kararlarda bilge, belagatli“ anlamına geldiğine inanıyordu. Gerçekten de bir biy'in temel özelliklerinden biri hitabet yeteneğiydi. Sözü, yalnızca kabilenin bir bölümünün değil, tüm Kazak toplumunun hayatında belirleyici, ağırdı⁴⁶⁶.

Arabuluculuk, işleyişi Sovyet Donemine gelince hafif bir şekilde, uzlaştırma sıfatına bağlı kalmakta olup, tarafların aralarındaki eşitlik ve gönüllük gibi öz seçeneklerine göre bırakılırdı. Burdaki işlemin yapı şekili her hangi bir arabulucyla değil, devlet hakimi tarafından mahkeme yoluyla çözüm görürdü, yani devlet yargısı üzerinden müdahale edilirdi. Bu nedenle, karar veya tespitname taraflar isteklerine bağlı olarak düzenlenip ve sonradan da taraflar karar işeriği aldığı yükümlülüklerini yerine getirmedeği durumda da derhal icra işlemine konulmasıyla işlem görürdü. Bu tür bakılan davaların yumşak bir müzakere yoluyla uzlaşmaya tabi olduğunu diyebiliriz. Ama bu da her hukuk dalındaki uyuşmazlıklarında değil, ara sıra ticari tazminat davalarında karşılanıp uygulanıyordu. Çünkü o dönemde şahıslar arasındaki ticari ilişkiler pek yaygın değildi. Sosyalist rejim sırasında, özel şahıslar tarafından bir dahimi mal satışı spekülasyon olarak kabul ediliyordu. Bu durumda, bazen insanlar cezai sorumluluğa bile getirildi.

Savunma organları, her şeyden önce, yasanın (“Medeni Kanun'un “Medeni Hakların Korunması“ olarak adlandırılan 9. maddede öngörülmüştür) mahkemeler, tahkim mahkemeleri ve tahkim mahkemeleri arasında ayrım yaptığı yargı organları olarak yerleştirilmesidir. İhlal edilen medeni haklar sırasında hukuk yollarının kullanılmasına, yetkililer ve idare veya hakkı ihlal edilmiş bir kişinin bağımsız eylemleri yolunda kendini savunma tarafından da izin verilir olmasıdır (KC Medeni Kanunu m.9/2,3).

Arabuluculuk Kanununun kabul edilmesinden ve ilk resmi yayınından (5 Şubat 2011) altı ay sonra uygulanmasından sonra arabuluculuk, Kazakistan'da özel

⁴⁶⁶ Slovochotov A.L., “Küçük Orda Kırgız Halk Hukuku Halk Mahkemesi”, Orenburg, Bilimsel Arşiv Komisyonu Tutanakları, Sorun. 15. Orenburg, 1905. s. 74.
(Словохотов А.Л. Малоордынский кыргызский народный суд народного права // Протоколы Оренбургской ученой архивной комиссии. Проблема. 15. Оренбург, 1905. с. 74).

usûl hukuku (alternatif uyuşmazlık çözüm hukuku) kurumlarından biri olarak yasal statüsünü kazanmıştır.

Çünkü arabuluculuğun kendisi tek başına bir şey değildir. Bu bağlamda, dört tür arabuluculuk ayırt edilebilir:

- ceza davalarında arabuluculuk;
- hukuk davalarında arabuluculuk;
- tahkim mahkemeleri tarafından yürütülen arabuluculuk;
- yargısız, bağımsız arabuluculuk.

Kazakistan'da “Arabuluculuk Hakkındaki Kanun“ 5. Ağustos 2011'de yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun, Kazakistan Cumhuriyeti'nde arabuluculuğun düzenlenmesi alanındaki halkla ilişkileri düzenlemekte, arabuluculuğun ilkelerini ve prosedürünü ve ayrıca arabulucunun statüsünü belirlemekle önem arz etmektedir. Taraflar için sırf kendilerini alahdar eden işin fazla kontrolü dışında, hem zamandan tasarruf hem de masraftan tasarruf etmenin özelliklerini ve aynı şekilde de ana soruyla ilgili eşit haklara sahiplik yine de tüm süreç boyunca kontrolü kendilerinde bulundurarak diğer taraftan da devlet için de genel anlamda devlet yargıların düşen yükünün azaltılması için ve bu anlamda da alternatif uyuşmazlık yönteminin yürürlükteli mevzuat çerçevesinde mahkemenin yükümlüğünü yerine getirebilir olması idi .

Bu nedenle esas Kazak hukukundaki arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin Kazakistan'daki gelişimi ve arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin uygulandığı alanlar üzerinde bilgiye gelince. Alternatif uyuşmazlığın çözüm yönteminin mevzuattaki başlangıç tarihi ve davalarda uygulama prosedürü, gelişmesi ve değişik hukuk dallardaki uygulama.

Arabuluculukla ilgili Kanun yürürlüğe girdikten sonra hukukçular arasında yayılamadığından Kazakistan Cumhuriyeti Yargıtay tarafından yayınlanması pilot proje denemesinde bulundu.

Esas arabuluculukla ilgili kanun yürürlüğe ağustos 2011 tarihinde geçti desek bile toplumda pek beklendiği gibi bir etki yaratamadı. Bu nedenle 27 Ocak 2017 tarihinde Kazakistan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Başkanı'nın emriyle onaylanan no. 6001-1-17-7-4/16 pilot projesini arabuluculuk prosedüründe belirli kategorilerdeki uyuşmazlıklar için mahkeme öncesi uyuşmazlıkların (çatışmaların)

çözümüne uygulama süresi 31 Aralık 2018 tarihine kadar uzatılmıştır. Anlaşıldığı gibi, bu pilot projenin gayesi, Kazakistan'daki hukuki davalarda arabuluculuk yoluyla belirli kategorilerdeki ihtilafların (çatışmaların) mahkeme öncesi çözümünü sunarak topluma kısa bir zamanda tanıtım sürecini yaygınlaştırmaktır. Bu nedenle amaç edilen pilot projesinin içerdiği yönler :

- uzlaştırma prosedürlerinin uygulama kapsamında genişletilmesi;
- vatandaşların yasal giderlerinin mümkün olduğu kadar aza indirilmesi;
- uyuşmazlığın (çatışmanın) mahkeme dışı çözümünde nüfusun menfaatinin belirlenmesi idi.

Diğer bir sorun arabuluculuk sisteminin bir an uygulanması için arabuluculuğa ilişkin kurumsal alt yapı ve arabuluculuk kurumlarının gelişmesine verilen gayret ve çabalardır. Arabuluculuk kanununun kabul edildiği tarihi 28 Ocak 2018' den sonra da Kazakistan Hükümeti tarafından kabul edilen kararnamede de bir an arabulucuların derhal eğitim kursuna başlaması ön hedefe alınıyor. Kazakistan Cumhuriyeti Hükümetinin 3. Temmuz 2011 tarihli No. 770 Sayılı Kararnamesi “Arabuluculara yönelik eğitim programı” kapsamında eğitimin yürüşüne ilişkin kuralların onaylanması üzerine beyan eden ve teorik ve pratik bilgileri içeren eğitimi ifade ediyordu ve resmi yayın tarihiyle yürürlüğe başlayan tarihi ise 8 Temmuzdan başlanmaktadır⁴⁶⁷.

Kazakistan Cumhuriyeti Hükümeti, bahsettiğim 28 Ocak 2011 tarihli Arabulucukla ilgili kanun kabul edildikten sonra eğitim programı kapsamında, eğitimi geçmek için düzenlenen kurallar hakkındaki kararname daha kanun yürürlüğe geçmeden evvel başlatılmıştır. Kararnamenin amacı , 28 Ocak 2011 tarihli Arabuluculuk Hakkındaki Kanunu yayma esnasında kabul edilen program idi, ayrıca Kanununun 9. maddesinin 4. fıkrasına istinaden tasarlanmış. Kazakistan Cumhuriyeti Hükümetince hazırlanan arabulucuların eğitim usûlü şu şekilde düzenlenmektedir:

⁴⁶⁷ Bkz.Kazakistan Cumhuriyeti Hükümetinin 3 Temmuz 2011 Tarihli No.770 Sayılı Kararnamesi, “Arabulucular İçin Eğitim Programı Çerçevesinde Eğitim Kuralları”, kısaltma şekili: АІЕРÇЕК, с.1. (Постановление Правительства РК от 3 июля 2011 года № 770 об утверждении Правил прохождения обучения в рамках программы обучения медиаторов, п.1) .

- Arabuluculara yönelik eğitim programı kapsamında eğitimin geçişine ilişkin ekli Kazakistan Cumhuriyeti Hükümetinin 3 Temmuz 2011 Tarihli No.770 Sayılı Kararnamesi arabuluculara yönelik eğitim programı kapsamında eğitimin geçişine ilişkin kurallarını onaylamış.
- Bu karar resmi yayına tabi olmakta sayılıp ve 8 Temmuz 2011'den itibaren yürürlüğe girmiştir.

Bildirilen anlamda arabuluculuk eğitimini tamamen kapsayan bir müfredatı aşağıdaki bilgiler üzerinden sıralanmıştır. Arabulucular için eğitim programı kapsamında eğitimden geçme kuralları olarak önörölmüştür.

Arabuluculuk eğitim programında eğitime ilişkin bu Kurallar, Kanuna göre, bireyleri ve (veya) tüzel kişiler ve ayrıca kursta gerekli eğitim alınanları içeren medeni, iş, aile ve diğer yasal ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü (çatışmalar) alanında profesyonel arabulucuların eğitime yönelik faaliyetinde bulunacaklardır. Cezai kanuna yapılan uygulamalara göre, küçük ve orta ağırlıktaki suçlarda cezai takibat ve uygun sertifikaların verilmesi ile tamamlanmaktadır. (AİEPÇEK m.1).

Kararnamedeki kurallara gelince, profesyonel bir arabulucu statüsünü elde etmek ve bir arabulucunun niteliklerini geliştirmek, arabuluculuğu öğretmek için gerekli asgari bilgiyi sağlamaktır.

Mesleki eğitimdeki esas kurallar ve arabulucuların ileri eğitimi için özel eğitim programlarının Kanuna uyarınca ve Arabulucuların da bir kurumsallaşma durumu ve onun için de Teşkilatı önemlidir, bu nedenle kararname usûlüne uygun olan mesleki eğitim ve ileri düzeyde arabulucu eğitimi veren kuruluşlar tarafından onların geliştirilmesi ve onaylanması için temel teşkil etmektedir.

Profesyonel arabulucuların eğitimi, bu kuralların gerekliliklerine uygun olarak geliştirilen, arabulucu teşkilatları tarafından onaylanan programlara göre gerçekleştirilir .

Bahsettiğimiz arabuluculuk eğitim programında arabuluculuk faaliyetinin en önemli unsuru olarak amac ettiği, öğrencilere arabuluculuk faaliyetlerini profesyonel düzeyde yürütebilmeleri için, arabuluculuğu öğretmek ve becerilerini geliştirmek için gerekli bilgi, arabuluculuk öğretimini yapabilmeleri için niteliklerini geliştirmek öngörölmüştür.

Kararnamede öngörülen eğitim programı gereğince, profesyonel arabulucular için gerekli eğitim programı kapsamındaki eğitimler tam zamanlı olarak yürütülmesidir.

Arabuluculuk eğitim programında dinleyici grubu yüksek öğrenim görmüş uzmanlardan oluşturulmasına önem verilmektedir. Mesela, yirmi beş yaşını doldurmamış kişiler profesyonel arabuluculuk eğitimi alabilirler, ancak yirmi beş yaşını doldurduktan sonra profesyonel olarak arabuluculuk yapma yetkisine sahip oluyor durumu mevcuttur (AİEPÇEK m.7) .

Arabuluculuk Kanununun kapsamını belirleme süreci ve onun yetki alanı ne kadar önem taşıyor sorusuna gelince, arabuluculuğun yetki alanı analizini şu şekilde açıklayabiliriz:

Arabuluculuk kanunu'nun 1.maddesinin 1.fıkrasına göre, arabuluculuğun kapsamı, bireyleri ve (veya) tüzel kişileri içeren medeni, iş, aile ve diğer yasal ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların (çatışmaların) yanı sıra, küçük ve orta ağırlıktaki suçları içeriyor (KC CK m.68/2), aksi takdirde Kazakistan Cumhuriyeti diğer kanunları tarafından belirlenmemişse ve onların icra işleri ile ilgili ilişkiler ortaya çıkmayacağı müddetçe. Örneğin, Yasanın 27. maddesi metni, anlaşmazlık ve çatışmanın çözümüne ilişkin anlaşma yapıldıktan sonraki taraflardan her hangi birisi aldığı taahhütü yerine getirmediği durumda uygulanacak norm şu şekilde uygulanmalı;

Anlaşmanın uygulanmasından kaçınma durumunda, ilgili taraf, Cumhuriyetin usul kanunları tarafından belirlenen prosedüre uygun olarak mahkemeye başvurma hakkına sahiptir (AK m.27/9) .

Aynı zamanda, arabuluculuk prosedürünün kendisi uygulanmaz:

- bu tür anlaşmazlıklar (çatışmalar) arabuluculuk prosedürüne katılmayan üçüncü şahısların ve mahkeme tarafından yetersiz olarak tanınan kişilerin çıkarlarını etkiliyorsa veya etkileyebiliyorsa;
- taraflardan birinin devlet organı olması durumunda, bireylerin ve (veya) tüzel kişilerin katılımıyla medeni, iş, aile ve diğer yasal ilişkilerden kaynaklanan anlaşmazlıklar (çatışmalar);
- yolsuzluk suçları ve kamu hizmeti ve kamu idaresinin çıkarlarına karşı diğer suçlarla ilgili ceza davalarında.

Arabuluculuk Kanunu'nun etki alanı hukuk dallarında ceza, medeni davalarında adli arabuluculuğu hem de mahkeme dışı (bağımsız) arabuluculuğu kapsamaktadır.

O dönemdeki yazar eleştirisi, esas arabuluculuk kanundaki prosedüre göre medeni usûlde uygulanması ağırlığı gereğini ihtiyaç görüyor. Bu durumda da arabuluculuğun cezai davalarda uygulanması nedeniyle ayrı işlem görmesinin doğru olduğunu dile getiriyor. Madem ikisi bir kanunda birleştirilmiş, şimdi de onu medeni arabuluculukla karıştırmadan ayrıntılı düzenlemekte ihtiac görülmektedir. Ayrıca ikisinin oldukça farklı olduğu görüşünde. Örneğin, 1) bu tür anlaşmazlıklar (çatışmalar), arabuluculuk prosedürüne katılmayan üçüncü şahısların ve mahkeme tarafından yetersiz olarak tanınan kişilerin çıkarlarını etkiliyorsa veya etkileyebiliyorsa;

2) taraflardan birinin devlet organı olması durumunda, bireylerin ve (veya) tüzel kişilerin katılımıyla medeni, iş, aile ve diğer yasal ilişkilerden kaynaklanan anlaşmazlıklar (çatışmalar);

3) yolsuzluk suçları ve kamu hizmeti ve kamu idaresinin çıkarlarına karşı diğer suçlarla ilgili ceza davalarında. Buradaki yazarın eksik gördüğü de şu ki, 'tahkim mahkemelerin kararı' ile ilgili bir şey arabuluculuk kanununda yazılmadığından behsediyor⁴⁶⁸.

Ayrıca yazarın, arabuluculuk kanununun hukuk davalarında esas olarak arabuluculuğu düzenlemesi gerektiği görüşüne katılıyorum. Ceza davalarında arabuluculuğun ayrıca düzenlenmesi arzu edilir, ancak yine de Kanunda yer alıyorsa, hukuk davalarında arabuluculuk ile karıştırılmadan ayrıca düzenlenmesi gerekir olduğu kendi tarafımdan olumlu karşılanıyor.

Esas arabuluculuk kanununun 28. Madde ve 4. Bölümden oluşmakta olup, bu normlar hukuk, iş, aile ve diğer hukuki ilişkiler alanında arabuluculuğun özelliklerini, ceza yargılaması sırasında yürütülen arabuluculuğun özelliklerini ve ayrıca arabuluculuğun özelliklerini yansıtmaktadır. Aile ilişkileri alanında (eşler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü alanında) arabuluculuk sadece bir maddeye ayrılmıştır (AK m. 23, 24, 25). Bu nedenle, arabuluculuğun diğer hukuki ilişkilerde

⁴⁶⁸ Suleymenov, Makale, s.6-7. (Сулейменов, Статья, с.6-7) .

kullanımının ve kapsamının karşılaştırmalı olarak incelenmesi ve eleştirilmesi kesinlikle uygun görülmektedir.

Bu arada, bir hukuk sürecinde arabuluculuk bir kamu hukuku ilişkisidir. Bu pratik açıdan da aynı uzlaşma anlaşması sıfatındadır, ancak bir aracının katılımıyla. Ancak bu bir medeni hukuk ilişkisi olduğu için ceza gerektiren bir suç yoktur, arabuluculuk yapma ve arabulucu seçme konusunda daha fazla özgürlük verilebilir.

1 Ocak 2011'de yürürlüğe giren 27 Temmuz 2010 tarihli “Bir arabulucunun katılımıyla anlaşmazlıkların çözümü için alternatif bir prosedür (arabuluculuk prosedürü) hakkında“ Rusya Federasyonu Federal Yasası'nın dikkate değer bir etkisi olduğu belirtilmelidir. Arabuluculuk konusunda Kazakistan Cumhuriyeti Kanununun geliştiricileri üzerindeki etkisi artık onlara bırakıldığını vurgulamaktadır.

Kazakistan Cumhuriyeti Arabuluculuk Kanununun içeriğine gelince, dört bölümden oluşmaktadır: 1. Bölüm “Genel Hükümler“, 2. Bölüm “ Arabulucuların ve Arabuluculuk Yapan Kuruluşların Hukuki Statüsü“, 3. Bölüm “ Arabuluculuk Yapan“ ve 4. Bölüm “Son Hükümler“ .

Arabulucuların yasal statüsüne ve örgütlerine ilişkin normlara ilişkin olarak, Kazakistan arabuluculuk modelinin kendine özgü önemli özellikleri vardır. Anlaşıldığı gibi, şu anda “arabuluculuk“ mesleği tüm ülkelerde resmi olarak bağımsız bir meslek olarak tanınmamaktadır.

Ama kanuni niteliğine gelince bir arabulucu, bağımsız, tarafsız, davanın sonucuyla ilgilenmeyen, arabuluculuk taraflarının karşılıklı mutabakatı ile seçilen, arabulucu siciline tescil edilen ve arabuluculuk yapmayı kabul eden kişi olabilir (AK m.9/1) .

Bu durumda arabulucu:

- Devlet görevlerini yerine getirmeye yetkili ve kendisine denk;
- mahkeme tarafından kanunun öngördüğü şekilde yetersiz veya kısmen yetersiz olarak kabul edilmesi;
- kimlere karşı cezai kovuşturma yürütüldüğü;
- İptal edilmemiş veya kanunla belirlenen usule uygun olarak silinmemiş mahkûmiyeti olanlar .

Rusya Federal Yasası uyarınca, 2'ci fıkrasına, Kazakistan Cumhuriyeti Arabuluculuk Kanununun 9'u maddesi, bir arabulucunun faaliyetinin hem

profesyonel (profesyonel arabulucu) hem de profesyonel olmayan bir temelde gerçekleştirilebileceğini öngörmektedir.

Bununla birlikte, arabuluculuk Kanunu, profesyonel olmayan bir temelde faaliyet gösteren arabulucular için gereksiz yere sıkı şartlar getirmekte olduğunu eleştiride bulunuyor olmasıdır. Eleştiri sebebi temeli esasında, arabulucuk yapan şahsın yaş meselesi 9. maddenin 3.fıkrasına göre, kırk yaşına ulaşmış (karşılaştırma için, Rusya Federasyonu'nda - on sekiz yaş, RF AY m.15/2) ve profesyonel olmayan arabulucuların siciline dahil olan kişiler olabilir olması (Rusya Federasyonu Kanununda benzer bir hüküm yoktur)⁴⁶⁹.

Kazakistan Cumhuriyeti topraklarında profesyonel olmayan bir temelde arabuluculuk yapan profesyonel olmayan arabulucuların sicili, şehirdeki ilçe, ilçe, köy, kırsal ilçelerin yetkili organlarınca yürütülmektedir. Yalnız bu tür profesyonel olmayan arabulucuların arabuluculuk yapabilme şart ise yaş meselesidir. Bu sırada kanunca ayıklanan durum ise bir arabulucunun faaliyetlerini gönüllü olarak yürütmek için: “kırk yaşını doldurmuş ve kamu arabulucuları siciline dahil edilmiş kişiler“ olabilir olması kanunu yayma konusunda destek değil tam terisine sıkılıktan dolayı engel getiren bir durum uyguladığıdır (AK m.3/1-1). Adam böyle durumlarda ne kadar yetişkin olsa bile yaş meselesinden dolayı 40 yaşını doldurduğuna kadar beklemek zorunda kalacak olduğu meselesidir.

Faaliyetlerini profesyonel olmayan bir temelde yürüten arabulucuların yanı sıra, arabuluculuk, yerel halkın toplantısı (toplanması) tarafından bu amaçlar için seçilen, geniş yaşam deneyimine sahip, yetki ile itibar ve kusursuz yetkiye sahip yerel topluluk üyeleri tarafından yürütülebilirliği (AK m.16/1,2). Ama ne yazık ki, mevcut durumdaki bu sınırlama yaş engelinden dolayı arabuluculuğu yetişkin profesyonel olup yaş olayından arabuluculuğu yapamaması.

Faaliyetlerini profesyonel olmayan bir temelde yürüten arabulucularla birlikte, madde uyarınca arabuluculuk kanun'un geniş yaşam tecrübesine, yetkiye ve kusursuz bir üne sahip olan, yerel topluluğun bu amaçlar için toplanması (toplanması) tarafından seçilen yerel topluluk üyeleri tarafından yürütülebilir. Aynı maddenin diğer kısmında yerel topluluk üyelerinin profesyonel olmayan arabulucu olarak seçilmesine ilişkin yerel topluluğun toplantı (toplanma) tutanakları,

⁴⁶⁹ Suleymenov, Makale, s. 8. (Сулейменов, Статья, с.8).

profesyonel olmayan arabulucuların siciline dahil edilmek üzere on iş günü içinde yetkili organa gönderilir ve kayıt kabulü ve olmulu sonuç neticesi itibarıyla görevlendirilir (AK m.15/1,2) .

Az evvel yukarıda açıkladığımız gibi aşırı yasal düzenlemeler, idari engellerin varlığı, ayrıca, Madde normlarının analizine göre değerlendiren profesyonel olmayan arabulucular enstitüsünün uygulanabilirliği hakkında büyük şüpheler uyandırmaktadır. Arabuluculuk kanununun normlarına göre, profesyonel arabuluculardan farklı olarak ücretsiz arabuluculuk yapması gerekir (AK m.21,22).

Arabulucunun faaliyetlerini, Kanunun 9.Maddesi 4. fıkrasına göre profesyonel olarak yürütmek ‘yirmi beş yaşını doldurmuş, arabuluculuk eğitim programında eğitimin tamamlandığını teyit eden ve Hükümet tarafından belirlenen şekilde onaylanmış bir belgeye (sertifika) sahip yüksek öğrenim görmüş kişiler tarafından olabilir olması ve onların gerçekleşmesi de Kazakistan Cumhuriyeti ve profesyonel arabulucuların sicilinde bulunanlar sayısından’ gerçekleşiyor.

Arabulucu örgütleri, Kazakistan Cumhuriyeti “Ticari Olmayan Örgütler Hakkında“ Kanunun öngördüğü örgütsel ve yasal biçimlerde arabulucuların girişimiyle kurulan kar amacı beklemeyen, devlet dışı, kendi kendini finanse eden ve aynı zamanda da kendi kendini yöneten kuruluşlardır. Arabuluculukta uygun eğitimin geçişine ilişkin bir belge (sertifika) düzenleyerek arabuluculara mesleki eğitim ve ileri düzeyde eğitim verme hakkına sahiptirler.

Arabulucular derneği (birliği), profesyonel arabulucuların uyması gereken Arabulucu Mesleki Etik Kuralları'nı geliştirme ve onaylama hakkına sahiptir olduğu açıklanıyor.

Yasa hükümlerine göre maalesef, arabulucuların net bağlı olduğu bir kuruluş gözükmemektedir ve arabuluculuk Yasasının 14. maddesine bakarsak, Kazakistan Cumhuriyeti topraklarında arabuluculuk yapan profesyonel arabulucuların kendi sicilini tutmaları onun da kuruluşu tarafından yürütülmesi öngörülmüş.

Örneğin, 13. Maddedeki arabulucuların örgütlerinin neler olduğunu açıklarsak şu şekildedir: Yasanın 1. fıkrası “Arabulucuların organizasyonu, arabulucuların arabuluculuk hizmetlerinin sağlanması için maddi, örgütsel, yasal ve diğer koşulları sağlamak amacıyla arabulucular tarafından gönüllü olarak kurulan kendi kendini düzenleyen bir organizasyon“ faaliyet alanı tanınmaktadır. Aynı

maddenin diğer fıkralarının devamı ise arabulucuların organizasyonu ve işlevleri yerine getirir olduğunu bildiriyor veya onların sicil tescili, faaliyetleri, sicil tesciline geçebilmeleri için hazırlamaları gereken evraklar listesi bildiriliyor.

Kanunun arabuluculukla ilgili bazı hükümlerini ele alırsak, özellikle (başlık 3) olmak üzere ve 7'ci alt bentiyle arabuluculuk kanunun 1'ci maddesine uyarınca, arabuluculuk sözleşmesi kapsamında arabuluculuk başlamadan önce uyuşmazlığı (çatışmayı) çözmek için arabulucu ile yaptıkları yazılı bir anlaşma olarak anlaşılmaktadır. Aynı zamanda, Kanun'un 21'ci maddesinin 2'ci fıkrasındabentinde, bilim adamının görüşüne göre, arabuluculuk anlaşmasının temel koşullarının gereksiz yere uzatılmış bir listesini, anlaşmanın olmaması veya tarafların en az birinin Kazakistan Cumhuriyeti Medeni Kanununun 393'cü maddenin 1'ci fıkrasına göre göre bir anlaşmaya varamamasını sağlar, bu anlamda da arabuluculuk anlaşmasının akdedilmemiş olarak tanınmasını gerektirir⁴⁷⁰. Kanımca, arabuluculuk anlaşmasının temel koşullarının gereksiz yere uzatılmış bir listesini bu normalrdan her hangi birisinin eksikliği arabuluculuk anlaşmasının akdedilmemiş olarak tanınmasını gerektirir görüşündeyim.

Arabuluculuk, medeni, iş, aile ve diğer hukuki ilişkilerdeki uyuşmazlıklarda ve ayrıca küçük ve orta şiddetteki ceza davalarında kullanılabilir. Arabuluculuğun hem vatandaşlar hem de tüzel kişiler tarafından aktif olarak kullanılmasıyla, yargı sistemi üzerindeki yükü önemli ölçüde azaltmak, böylece en büyük davaları çözme kalitesini artırmak mümkündür. Uluslararası istatistiklere göre, tüm uyuşmazlıkların %30-40'ı arabuluculuk prosedüründen geçmekte, % 85'inde de olumlu sonuç alınmaktadır⁴⁷¹.

Arabuluculuğun Kapsamı uygulama alanı ile ilgili 1.Maddenin 1. fıkrasında 15.01.14 tarih ve No.164-V sayılı Kazakistan Cumhuriyeti Yasası ile değiştirildiği şekilde düzenlenmiştir (03.07.14 tarihli önceki baskıya bakınız); ve 227-V sayılı Kazakistan Cumhuriyeti Yasası (önceki baskıya bakınız); 27.12.19 tarih ve 292-VI sayılı Kazakistan Cumhuriyeti Kanunu (önceki baskıya bakınız). Arabuluculuğun uygulama alanı, bireylerin ve (veya) tüzel kişilerin katılımıyla

⁴⁷⁰ Suleymenov M.K., Makale, s.9. (Сулейменов, Статья, с.9).

⁴⁷¹ Klimkin S.İ., Kazakistan Cumhuriyeti "Arabuluculuk Hakkında" Kanununun Bazı Konuları, Makale, s.1. (Климкин С.И., Некоторые вопросы Закона Республики Казахстан «О медиации», Статья, с.1) .

medeni, iş, aile ve diğer yasal ilişkilerden kaynaklanan ve ayrıca ceza davalarında cezai takibat sırasında dikkate alınan anlaşmazlıklardır (çatışmalar).

Bizim yürürlükte bulunmakta olup ve incelediğimiz yasa, Kazakistan Cumhuriyeti'nde arabuluculuğun düzenlenmesi alanındaki toplumla ilişkileri düzenlemekte beraber arabulucunun ilkelerini ve prosedürünü ve ayrıca arabulucunun statüsünü belirlemektedir.

Kanunun 1'ci maddesine uyarınca, arabuluculuğun kapsamı, bireylerin ve (veya) tüzel kişilerin katılımıyla medeni, iş, aile ve diğer yasal ilişkilerden kaynaklanan ve ayrıca cezai davada değerlendirilen uyuşmazlıklardır (çatışmalar). Küçük ve orta ölçekli suçlar davalarında davalar, ağırlık, cezai suçlar, aksi takdirde Kazakistan Cumhuriyeti yasaları tarafından belirlenmedikçe ve bu maddenin 2-4'ci paragraflarında belirtilen istisnalar dışında, icra davalarının yürütülmesinden kaynaklanan ilişkiler.

Kazakistan Cumhuriyeti kanunlarında aksi belirtilmedikçe, Kazakistan Cumhuriyeti Ceza Kanununun 68. Maddesinin ikinci bölümünde belirtilen durumlarda ağır suçlar, küçük ve orta ağırlıktaki suçlar ve ağır suçlar ve bundan kaynaklanan ilişkiler icra takibinin yürütülmesinde. Yasanın aynı maddesinin 2.Fıkrası , 03.07.13 tarih ve 121-V sayılı Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Kanunu ile değiştirildiği şekliyle düzenlenmiştir (bkz. önceki baskı) bent 2' de Arabuluculuk prosedürü, aynı maddenin 1' ci fıkrasında belirtilen ilişkilerden kaynaklanan, bu tür uyuşmazlıklar (çatışmalar) arabuluculuk prosedürüne katılmayan üçüncü şahısların ve tanınan kişilerin çıkarlarını etkiliyorsa veya etkileyebiliyorsa uygulanmaz ve bu durumda da mahkeme tarafından aciz veya kısmen aciz.

Kazakistan Cumhuriyeti genelinde ilk Arabuluculukla ilgili kanun 5 Ağustos 2011 tarihinde kabul edildikten sonra ve 2019 tarihindeki çalışma planına uygun olarak, Kazakistan Cumhuriyeti Mevzuat ve Hukuki Bilgi Enstitüsü Yasal İzleme Merkezi ve ayrıca Kazakistan Cumhuriyeti'nin mevcut yasalara ilişkin bazı yazarların analizi yürütülmüştür.

Kazakistan Cumhuriyeti'nde devlet geneline Yasal izlemenin amacı devlet aykırı eski ve yozlaşmış hukuk normlarını tanımlamak. Bunların uygulanmasının etkinliğini değerlendirmek ve mevzuat sisteminin durumunu kapsamlı bir şekilde

analiz etmek, mevzuatın iyileştirilmesi için önerilerin izlenmesinin sonuçlarına dayanarak geliştirmektir .

Yasal izlemenin görevi de, uygulamanın sürekli izlenmesi, mevzuatta yapılan değişiklikler ve eklemelerin yanı sıra kolluk kuvvetleri uygulaması sürecinde yasal işlemlerin uygulanması sistemini etkinleştirmektir.

Bu bağlamda, Kazakistan Cumhuriyeti Kanunu'nun 28 Ocak 2011 tarih ve 401-IV sayılı “Arabuluculuk Hakkında“ Kanunu'nun incelenmesi ve hatta Kanun bu anılan kanunun bu amacda yapılan gerekli bir analizi yapılması gerçekleştirildi.

Yasal düzenlemenin konusu üzerinde gerekli araştırmalar dikkate alınarak analiz edilen yasa, Kazakistan Cumhuriyeti'nde arabuluculuk organizasyonu alanındaki halkla ilişkileri düzenler, ilke ve prosedürlerini ve arabulucunun statüsü gibi durumunu belirledi ⁴⁷².

Yürürlükte bulunan arabuluculuk kanunun 1. Maddeye analiz edersek, arabuluculuğu uygulama kapsamı, bireylerin ve/veya tüzel kişilerin katılımıyla medeni, iş, aile ve diğer yasal ilişkilerden kaynaklanan anlaşmazlıklar (çatışmalar) olduğunu ve ayrıca küçük ve orta şiddette suçlarla ilgili ceza davalarında, aksi takdirde Kazakistan Cumhuriyeti yasaları tarafından belirlenmedikçe cezai suiistimallerle ilgili olarak ele alındığını ve icra takiplerinin yürütülmesinde ortaya çıkan ilişkilerin, bu Yasanın 2-4. maddelerinde belirlenen muafiyetler için ortaya çıktığını görürüz. Kabul edilmesinden bu yana, Kanun Kazakistan Cumhuriyeti Kanunları ile değiştirilmiş ve eklenmiş durumlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

17 Şubat 2012 tarih ve 565-IV sayılı “Kazakistan Cumhuriyeti'nin temyiz, davaların değerlendirilmesi için kademeli ve denetim prosedürlerinin iyileştirilmesi, güven seviyesinin artırılması ve adalete erişimin sağlanması konularında bazı yasal düzenlemelerde değişiklik ve eklemeler hakkında“ ;diğer bir işlemin özelliği 3 Temmuz 2013 No. 121-V “Yolsuzluk suçlarının işlenmesine katkıda bulunan çeşitli yasal düzenlemelerin ve normların hukuk kuralları arasındaki çelişkileri, boşlukları, çelişkileri ortadan kaldırma konularında Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Kanununda değişiklik ve eklemeler hakkında olan çalışmalarla meydana geldi “;

⁴⁷² Klimkin, s.1. (Климкин, с.1) .

- 15 Ocak 2014 tarihli No. 164-V “İcra takibinin iyileştirilmesi konularında Kazakistan Cumhuriyeti'nin bazı yasal düzenlemelerinde değişiklik ve eklemeler hakkında işlemler yapılmıştır“.

3 Temmuz 2014 tarihinde No. 227-V “Ceza mevzuatının iyileştirilmesine ilişkin Kazakistan Cumhuriyeti'nin bazı yasal düzenlemelerinde değişiklik ve eklemeler hakkında“ gelişmeleri işlem gördü;

- 31.10.15 tarihli No. 378-V “Kazakistan Cumhuriyeti'nin adalet idaresi sisteminin iyileştirilmesi konularında bazı yasal düzenlemelerde değişiklik ve eklemeler hakkında“ çalışmalar yapıldı⁴⁷³.

Arabuluculukla ilgili kanunun genel anlamda yansıdığı bir hukuk dalı da, Kazakistan Cumhuriyeti Ceza Kanununda öngörülen eylemin unsurlarının suç olmaktan çıkarılması, 10 gün içinde tamamlanan özel bir davanın ortaya çıkmasına neden oldu. Bu yeniliğin geliştiricileri, 2002 tarihinde Kazakistan Cumhuriyeti Hukuk Politikasının Geliştirilmesi Konseptinde 2020 tarihine kadar ülke başkanının belirlediği görevin yerine getirildiğini yüksek düzeyde bildirdi. Bu Konseptte görev, özellikle cezai süreci ve mahkeme öncesi işlemleri basitleştirmektir⁴⁷⁴.

Kazakistan Cumhuriyeti Kanunların normlarına uygunluğu durumunda, arabuluculuk kanunu kabul edildikten sonrası her hukuk dalı üzerindeki gerekçeli madde değişiklikleri yapılmıştır. Aynı zamanda da ticari hukuklarda arabuluculuk yargıdan evvel zorunlu arabuluculuk süreci varlığı ortada olduğu da gözüküyor.

Arabuluculukla ilgili kanuna istinaden anlaşmazlıkları çözenin bir yolu olarak ve ona göre yapılan değişiklikler arabuluculuk (tarafların mutabakatı) aşağıdakiler gibi öngörülmüştür ve onların değişik hukuk dallarında yapıldığı - 20 Haziran 2003 Tarihli kanun ve No.442-II 07.03.2022 tarihinden itibaren ona yapılan değişiklikler ve eklemeler ile sayılı Kazakistan Cumhuriyeti Arazi Kanununun 167’ci Maddeyin 2’ci benti şöyle değişti: “ Tarafların mutabakatı ile özel mülkiyette olan arsalarla ilgili uyuşmazlıklar (çatışmalar) arabuluculuk usûlünde değerlendirilebilir“;

Aşağıdakiler de dahil olmak üzere bir dizi normatif yasal düzenleme kabul edilmiştir: - Kazakistan Cumhuriyeti Hükümeti tarafından 3 temmuz 2011 tarih ve No.770 sayılı onaylanan arabulucu eğitim programı kapsamında eğitim kuralları ve

⁴⁷³ Klimkin, s.1. (Климкин, с.1) .

⁴⁷⁴ Nazmyshev, Makale, Almatı, s.1.(Назмышев, Статья, Алматы, с.1).

“Kuralların onaylanması ve arabulucular için eğitim programı kapsamında eğitimin geçişi hakkında“;

Arabuluculukla ilgili kanun kabulü sonrası, arabuluculuk sistemin kısmen uygulama prosedürünü ön görerek, arabuluculuk prosedüründe belirli kategorilerdeki uyuşmazlıkların (çatışmaların) mahkeme öncesi çözümünün uygulanmasına ilişkin bir pilot projenin uygulanmasına ilişkin yönetmelik Kazakistan Cumhuriyeti Yüksek Mahkeme (Yargıtay) Başkanı'nın 27 ocak 2017 Sayı No. 6001-1-17-7-4 /16 tarihinde emriyle onaylanan Pilot Projesinin uygulama süresi 31 Aralık 2018 tarihine kadar uzatılmıştır. Bununla ilgili tez başlangıcının birinci bölümünde kazak toplumda arabuluculuğu tanıtm için bir pilot projesinin uygulandığını açıklamıştık.

Kazakistan Cumhuriyeti 21 Ocak 2019 tarih ve 217-VI sayılı “Kazakistan Cumhuriyeti Mülkiyet Haklarının Korunması, Tahkim, Yargı İş Yükünün Optimize Edilmesi ve Ceza Mevzuatının Daha İnsancıllaştırılmasına İlişkin Bazı Mevzuatlarda Değişiklikler ve İlaveler Hakkında Kanun“ Uyuşmazlık çözüm anlaşmalarının (uyuşmazlıklar) arabuluculuk yoluyla yürütülmesine ilişkin davanın, kanunla belirlenen veya sözleşmeyle öngörülen davalarda yargılama öncesi çözüm sırasına göre sonuçlandırıldığı, 135. Maddenin yazılı işlemlerine (3. alt benti) atıfta bulunulur. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu 31.10.2015 tarihli No.377-V Kazakistan Cumhuriyeti Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ve 10.01.2022 tarihinde yazar tarafından zikir edildikten sonra yapılan değişiklikler ile eklemeler ilk arabuluculukla ilgili kanuna gerekli işleme konulmuştur⁴⁷⁵ .

İncelenen Kanunda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Ama bununla beraber, bu normun Kanun'daki varlığı haklı görünmemektedir.

Kanunun yinelenen normlarının varlığı ile ilgili yapılan araştırmadaki incemeler tam bir olanaklı şekilde medeni davalarla taraflar arasındaki bir önceliği kapsamıyor görüşü⁴⁷⁶.

Kanun'un 27. Maddesinde 4. Fıkrasında, Kazakistan Cumhuriyeti Medeni Kanunu'nun 147. Maddesinde öngörülen işlem kavramı başarısız bir şekilde ödünç alınmıştır veya alınmasıdır: Bir hukuk davasının mahkemede değerlendirilmesinden önce imzalanan bir uyuşmazlık çözümü anlaşması, aşağıdakileri amaçlayan bir

⁴⁷⁵ Klimkin, s.3 .(Климкин,с.3).

⁴⁷⁶ Klimkin, s.3 .(Климкин,с.3).

işlemdir: tarafların medeni hak ve yükümlülüklerini kurmak, değiştirmek veya sona erdirmek gibi işlemleri kapsama yetkisi.

Yani, Kanun'un 22. Maddesinin 6. Fıkrası, profesyonel olmayan arabuluculara, bu maddenin 1. Fıkrasının 2'ci alt bentinde belirtilen arabuluculuğun yürütülmesiyle bağlantılı olarak yaptıkları masrafların geri ödeneceğini belirler.

Bu hüküm, bu maddenin 1. fıkrasının 2'ci alt bentinde tekrarlıyor, çünkü arabulucu tarafından arabuluculukla bağlantılı olarak yapılan masrafların, uyuşmazlığın ele alındığı yere seyahat, konaklama ve yemek masrafları dahil olmak üzere geri ödenmesi, hem profesyonel hem de profesyonel olmayan arabulucular için belirtilen alt paragraf sayılmaktadır. Bununla ilgili 28.12.2011 tarihinde No.401-IV Kazakistan Cumhuriyeti "Arabuluculukla ilgili" Kanun'una yapılan değişiklikler ile eklemeler yazar tarafından yapılan eleştiri sonrası ele alınan tarihi 20.12.2021⁴⁷⁷.

Kanunun diğer eksikliklerine dönecek olursak, analiz edilen Kanunda sunulduğu şekliyle arabuluculuk anlaşmasının genel olarak çelişkili bir tasarımı olduğu görülmektedir.

Örneğin, kanunun 2. Maddesinin 7. alt bendine uyarınca veya ona göre, arabuluculuk sözleşmesi, tarafların arabuluculuk başlamadan önce uyuşmazlığı (çatışmayı) çözmek için arabulucu ile yaptıkları yazılı bir anlaşma halinde bulunmasıdır. Yürürlükteki kanun metni 28.12.2011 tarihli No.401-IV Kazakistan Cumhuriyeti "Arabuluculukla ilgili" Kanun'una yapılan değişiklikler ile eklemeler yazarca yapılan eleştiriden sonra işleme alınmış tarihi süresi 20.12.2021.

Bununla beraber, kanunun 2. Maddesinin 6. alt paragrafına göre, arabuluculuğa taraf olanlar, bu kanunun 1. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen ilişkilerin konusu olup, arabuluculuk usûlüne katılırlar. 28.12.2011 tarihli No.401-IV Kazakistan Cumhuriyeti "Arabuluculukla ilgili" Kanun'una yapılan değişiklikler ile eklemelerin yapılan tarihi 20.12.2021. Ayrıca yazar tarafından yapılan eleştiriden sonra kanun koyucu ona dönük ve odaklı bir şekilde değişiklikler yapmıştır.

Bu nedenle, arabuluculuk anlaşmasının üçlü (veya daha fazla katılımcılı) mı yoksa çatışan tarafların bir tarafta, arabulucunun/arabulucuların diğer tarafta yer aldığı geleneksel bir ikili işlem olup olmadığı açık değildir.

⁴⁷⁷ Klimkin, s.3 .(Климкин,с.3).

Diğer bir bağlamda, arabuluculuk anlaşmasının üçlü (veya daha fazla katılımcılı) mı yoksa çatışan tarafların bir tarafta, arabulucunun/arabulucuların diğer tarafta yer aldığı geleneksel bir ikili işlem olup olmadığı açık değildir. Kanun'un 20. maddesi bu gerekçelere daha da büyük bir tahribat getirmekte olup, ayrı paragraflarda şu hükümler yer almaktadır olması:

- arabuluculuk, tarafların karşılıklı anlaşmasıyla ve aralarında bir arabuluculuk anlaşması düzenlenmesiyle gerçekleştirilir (Paragraf 1.);

- arabuluculuğun başlatma süresi, taraflarının arabuluculuk anlaşması yaptığı günden itibaren başlar (Paragraf 5);

- arabuluculuk için taraflar karşılıklı anlaşma ile bir veya daha fazla arabulucu seçerler (Paragraf 7).

Aynı zamanda, Kanun'un 22. Maddenin 3. Paragrafına göre, profesyonel bir arabulucunun (arabulucuların) ücret miktarı, arabuluculuk başlamadan önce tarafların arabulucu (arabulucular) ile mutabakatı ile belirlenir.

Kanun'un 11. Maddesinin 1. Paragrafı 2. ve 3. alt bentlerine göre, arabuluculuğa taraf olanlar, arabuluculuk sırasında herhangi bir zamanda arabulucuya katılmayı reddetme hakkına sahiptir.

Kanun'un 12. Maddesinin 1. Paragrafının ilk bölümüne göre, arabuluculuğa taraf olanlar, karşılıklı anlaşarak başka bir arabulucu seçme hakkına sahiptir.

Yukarıdaki hükümler, arabulucunun arabuluculuk sözleşmesine taraf olmadığı gerçeğinin lehinde konuşmaktadır. Burda taraf “diğer“ bulunmasa da veya olmasa da taraf olaması mağnasında kullanılan bir ifadenin kullanılması isabetli değildir. Esas kanunda taraf olarak tanılmasa bile fiilen zıt tarafları bir araya getirip uzlaşma işleminde bulunma fonksiyonunu yapacak olan tek şahıs olduğuna rağmen açık bir ifadeyle dile getirememiş olması taraf değil mağnasına gelemes.

Diğer bir yazar ise, arabulucunun konumu ile ilgili olarak, arabulucunun rolünü, arabulucunun dikkatli bir şekilde tarafın çıkarlarını belirlediğini, yürüttüğünü ve çatışma durumunu bir tür izlemeyi devam ettirmeyi tanımlar. Sorunla ilgili vizyonunu yalnızca tartışanlarla paylaşabilir, ancak onlar için çatışmaya bir çözüm geliştirmez olduğunu derken, diğer taraftan da kınadığı bir görüş, Arabuluculuk sürecinde, bir uyuşmazlığın yargısal çözüm yolu ile pek çok ortak nokta bulunmaktadır olması. Bu bağlamda, eski yargıcın uyuşmazlık çözümünde

biriktirdiği eşsiz deneyimi kullanmamak ihmalkarlık olacaktır⁴⁷⁸. Eski hakimlerin (yargıçın) iyi arabulucu olabileceğini söylüyorlar, unutulmamalıdır ki eski bir hakimin (yargıçın) görevi doğrudan mevzuatta öngörülen yeni arabulucu rolüne alışması ve yürürmesi kolay olmayacağının görüşündedir. Gerçek şu ki, başlangıçta yargıç tarafları yargılamaya değil, anlaşmazlığı çözmeye odaklanır ve bu aynı şey değildir. Arabulucu katılımındaki durum bir karar vermez olması. Ve eğer yargıç hareket halindeyken arabulucu olursa, pozisyonunu empoze etmeye çalışır. Bu artık arabuluculuk değil.

Aynı görüş sahibi kanaatine, bu lâfin bir avukat için de geçerli olduğu söz konusudur. Çünkü avukatın da hep kendi müvekkilinden yana olduğundan dolayı, tahminin esası ise adam hep bir tarafın çıkarlarını temsil etmiş alışkanlığından da kaynaklanmış olabilir. Bu görüş, bir taraftan doğru gibi gözüktüğüne rağmen diğer taraftan da arabuluculuk meslek mantığına aykırı düşmektedir. Arabulucu, bu mesleği sahiblenmeden evvel nasılsa arabulucuların eğitimi için gerekli eğitim programını geçme kuralları ile ilgili hazırlıklardan geçmeyecek miydi? İşte bunlar yazar tarafınca maalesef hiç düşünülmemiş ve onlara önem verilip hesaba alınamamış olduğu göze batıyor.

Mahkeme yetkililerinin olumlu karşılmasına rağmen, polis gecikmeyi kabul etti. Bunun başlıca nedeni, hafif ve orta ağırlıktaki suçlar için soruşturma görevlilerinin ve cezai soruşturma görevlilerinin, arabuluculuk prosedürü de dahil olmak üzere yargılama olasılığı hakkında yaralı şüphelileri ve sanıkları resmi olarak bilgilendirmekle yükümlü olmalarıdır. Bununla birlikte, polisin soruşturma altındaki davalara ilişkin mevcut resmi istatistiksel raporlaması, polis memurlarının tarafları uzlaştırmakla ilgilenmemektedir⁴⁷⁹.

Eski zamanlardan beri, polisin suçla mücadeledeki etkinliğini değerlendirmek için mevcut kriterler: suçlu pozisyonu için suçların tespitinin göstergesi ve soruşturma ve soruşturma için iddianame ile gönderilen vaka sayısı mahkemeye olduğu kadar az gönderilmenin peşindelerler.

⁴⁷⁸ Eldeeva B.S., Cumhuriyet Hukuk Gazetesi “İnsan ve Kanun”, Makale, no.41, 12 Kasım 2015, Astana.(Елдеева Б.С., Республиканская юридическая газета “Человек и Закон”, Статья, 12 ноябрь 2015 года, № 41, Астана).

⁴⁷⁹ Kuatov A.A., **Bülten, Uluslararası Dergi**, ISSN 2307-5686, Sayı, 4(5), 2013, s.153-157. (**Вестник, Международный журнал**, ISSN 2307-5686, Выпуск №4 (5) 2013, стр.153-157).

B. Arabuluculuğa İlişkin Kurumsal Alt Yapı ve Arabuluculuk Kurumları

20 Aralık 2021 tarihli Arabuluculuk Kanununda yapılan son değişiklikler ışığında arabulucular teşkilatı, arabulucuların maddi, örgütsel, yasal ve diğer koşulları sağlamak amacıyla arabulucular tarafından gönüllülük esasına göre oluşturulmuş bir özdenetim kuruluşu olarak kabul edilmektedir ve arabuluculuk hizmetlerinin arabulucular tarafından sağlanmasına önem verilmiştir. Maalesef arabuluculuk kanununda direk olarak arabulucuları yönlendiren ve görevlendiren bir kurum veya kuruluşla ilgili madde öngörülmemiştir. Kazakistan Cumhuriyeti 28 Ocak 2011 tarihli arabuluculuk kanuna yapılan diğer değişiklik ve eklemelerle 20 Aralık 2021 tarihinde gerçekleşerek resmi yayınlandığından itibaren altı ay sonra yapılan değişikliklerle ilgili kısmen eklemeler yürürlüğe geçeceği bildirilerek, 3 Mayıs 2022 tarih ve 134 sayılı Kazakistan Cumhuriyeti Bilgi ve Sosyal Kalkınma Bakanının Kamu Arabulucusu Seçimi Yönetmeliğinin onaylanması üzerine yapılan çalışmalar neticesi üzerine faaliyete başlamıştır. Ve bu durum ancak 7 Mayıs 2022 tarihinde Kazakistan Cumhuriyeti Adalet Bakanlığına No.27955 sayıyla tescil edilmiştir.

Kamu arabulucularının arabulucu olarak seçilmesi ile ilgili bilgiler şu şekildedir; bölgesel öneme sahip bir şehrin, bir şehrin bir mahallesinin, bir ilçenin, bir ilçenin, bir köyün, bir kırsal bölgenin yerel topluluğunun en az dörtte bir kez bir toplantısı (toplanması) tarafından seçilir (AK m.15/2).

Kamu arabulucularını yönlendiren kuruluş olarak, bölgesel öneme sahip bir ilin, bir şehrin bir mahallesi, bir ilçenin önemli bir statüdeki, bir köy, bir kırsal mahallenin akimleri (yöneticileri) tarafından kamu arabulucuları siciline, mürakat tarihinden itibaren on takvim günü içinde bir ihbarnama ile yazılır. Kanunun 9' uncu maddesine gerekliliklere uygunluğu kaydıyla ilgili başvurunun alındığı tarih ve buradaki uyma talebi arabulucu olabilmesi için kanunen öngörülmüş taleplerden sayılmaktadır (AK m.9, m. 16/1,2) .

Kazakistan Cumhuriyeti Bilgi ve Sosyal Kalkınma Bakanı'nın 21 Nisan 2022 tarihli ve 126 sayılı Emrine istinaden, Kamu arabulucularının kayıtlarının tutulmasına ilişkin Kuralların onaylanmasına ilişkin kurum olarak ta şehir, il/ilçe

başkanı, köy muhtarı gibi makamlı şahısların görevli tutmasıyla anlaşılıyor ki, kamu arabulucularını yöneten kurumsal alt yapı statüsünden sayılmaktadır. Ama bununla beraber kamu arabulucuların sicili az yukarıda bahsedilen yetkili organlar tarafından belirlenen kamu aracılarcına tescil edilmeleri söz konusudur (AK m.16/3).

Durum profesyonel arabuluculara gelince, onları arabulucuları kanunca yönlendiren daire başkanlığı gibi veya arabulucuların departmanı gibi de bir kurum belirlenmemiş. Arabuluculuk Kanunu'nun 9. maddesinin 4. fıkrası, kimlerin arabuluculuk faaliyetini profesyonel olarak yürütebileceğini belirtmekte ve ayrıca belirlenen şekilde onaylanan arabuluculuk eğitim programı kapsamında eğitilen 25 yaşını doldurmuş kişileri sıralamaktadır. Kazakistan Cumhuriyeti Hükümeti tarafından (Arabulucular eğitim programı kapsamındaki eğitimi tamamlama kuralları), profesyonel olarak arabulucu olarak görev yapan emekli hakimlerin siciline dahil edilen emekli hakimlerden olduğu beyan ediliyor. 14. Maddede ise Arabulucuların organizasyonu, profesyonel arabulucuların kaydını tutar koşulları gibi şartlar öngörülmüş Kanaatınca, hukuk uyuşmazlıklarında ister ihtiyari ister zorunlu arabuluculuk olsun arabuluculuğun uygulanması derekli hukuk dalındaki davaların çoğu da sonuç itibarıyla mahkeme bağlantılı arabuluculukla çözüleceğinden dolayı yine de son merci olarak mahkemece sonuçlanacağı düşünülmüş olabilir. Ama kanun koyucu bu boşluğu kapatmayı kanunun 13. Maddesinde öngördüğü gibi bilgiyi yeterli saymış. Ayrıca o kısmı arabulucuların organizasyonu diye isimlendirmiş (AK m.13).

Dolayısıyla bu maddede arabulucuların sadece organize işlerinin işlevi yerleşmiş olduğu anlaşılıyor. Bu nedenle, kuruluş tarafından gerçekleştirilen arabulucuların listesi de şu şekilde değer görmüştür;

- profesyonel arabulucuların-arabulucular örgütünün üyelerinin kaydını tutar;
- Mesleki esaslara göre faaliyet gösteren arabulucuların üyelik koşullarını geliştirir ve onaylar;
- arabulucuların faaliyetleri alanında arabulucular örgütünün üyeleri için bilgi ve metodolojik destek düzenler;
- arabulucular örgütü üyelerinin devlet organları ve uluslararası arabulucu örgütleriyle olan ilişkilerindeki çıkarlarını temsil eder;

- arabulucular örgütünün üyelerinin bu Yasanın gerekliliklerine ve Kazakistan Cumhuriyeti'nin diğer düzenleyici yasal düzenlemelerine uymasını sağlar;
- arabulucular örgütünün üyelerine karşı nüfuz önlemleri oluşturur ve uygular;
- arabulucular için eğitim programı kapsamında eğitimin tamamlandığını teyit eden bir belge (sertifika) düzenlenmesi ile arabulucuların mesleki eğitimini ve ileri eğitimini düzenler;

Arabulucuların faaliyetlerinin koordinasyonu, arabulucuların mesleki faaliyetleri için standartların (kuralların) geliştirilmesi ve birleştirilmesi, arabuluculuk yürütme prosedürü (yönetmelikleri), arabuluculuk taraflarca arabuluculara ücret ödeme prosedürü, arabulucu kuruluşlarının birleşme hakkı derneklerde (sendikalarda) varlıkları düzenlenmiş (AK m.15/2) .

Esas kanun, bir arabulucular örgütüne veya bir arabulucular derneğine (sendikasına) katılmanın gönüllülük esasına göre yapıldığını belirtmekte yaeterli sanmış. Aynı zamanda, bir arabulucular kuruluşu veya bir arabulucular derneği (birliği) tarafından giriş ücretlerinin toplanmasına izin verilmez olduğundan bahsediliyor. Ama Burada arabulucular teşkilatının, arabulucular derneğinin (birliğinin) masrafları hangi bütçeden finanse edeceği ile ilgili bir açıklama kanunda bulunmamaktadır (AK m.13) .

C. Arabulucu Olmanın Temel Şartları ve Arabulucuya İlişkin Düzenlemeler

Arabuluculuk kanununda kanun koyucu zaten bu eksikleri kapatmayı baştan düşünmüş ve o nedenle arabuluculuk seminerleri ve kursları gibi eğitimin ihtiyaç görüldüğünü belirlemiş, artı arabulucunun yetenekli olabilmesi için merkezden yönlendirmeye karar verilen arabulucular için eğitim programı kapsamında eğitimin tamamlandığını teyit eden bir belgenin (sertifika) mevcudiyeti hakkında bilginin mevcutluğudur. Esas arabulucuların organizasyonu, profesyonel arabulucuların kaydını tutar tamamen yürürlükteki kanunda öngeriilmiş vaziyettedir (AK m.14/2-6).

Arabuluculuk Kanunu'nun 2. Başlık 9. Maddesi 1.fikrasında , arabulucular için arabulucunun, arabuluculuk sürecinde taraflarca seçilen ve ayrıca sicile dahil edilen bağımsız, tarafsız, davanın sonucuyla ilgilenmeyen gerçek kişi olabilmesi şartlarını belirlemektedir ve arabulucular doğal olarak arabulucu işlevini yerine getirmeyi kabul eden etkililerdir (AK m.9/2) .

Yasaya göre, bir arabulucunun faaliyetleri hem profesyonel (profesyonel arabulucu) hem de kamu arabulucusu olarak gönüllülük esasına göre yürütülebilir. Ancak kanunda arabulucunun gönüllülük esasına dayalı faaliyetleri şu iki gruba ayrılabilirliği açıklanıyor:

1. *Ancak kamu arabulucularının 40 yaşını doldurmuş kişiler olabileceğine ve kamu arabulucularının tesciline kayıta bulunması gerektiğine dair bir açıklama yer almaktadır;*
2. *Kazakistan Cumhuriyeti Medeni Usul Kanunu ve İdari Usul ve Usul Kanunu uyarınca mahkemede uzlaşma prosedürlerini yürütürken hakimlerdir (AK m.9/3)..*

Ayrıca, 4. Madde bir arabulucunun mesleki niteliğini profesyonel şekilde yürütebilmesi için şunların gerekli olduğun gerek duyur :

- yirmi beş yaşını doldurmuş nihai yüksek öğrenim görmüş kişiler, Kazakistan Cumhuriyeti Hükümeti tarafından onaylanan arabulucular için eğitim programı kapsamında eğitimin tamamlandığını teyit eden nihai belge (sertifika), sicile dahil edilmiş profesyonel arabulucular;

- Mesleki esaslara göre arabuluculuk faaliyetini yapan emekli mahkeme siciline kayıtlı emekli hâkimler (AK m.9/4) .

Kanunda arabuluculuğun derneği ifasına yönlendirmek anlamında, aynı zamanda da kaliteye de dönük önem vermek Kazakistan Cımhuriyeti'nde uluslararası standartlar niteliğinde de gerekli çalışmalarda bulunmuş ve bu nedenle arabulucuarın Etik Kurallarının⁴⁸⁰ hazırlanmasını Arabulucular derneği (birliği), arabulucuların mesleki etik kurallarını geliştirme ve onaylama hakkına sahip olduğunu öngörmüş (AK m.9/6) .

Ayrıca genel arabuluculuk kursu, Kanun'un 9. maddesinde belirtilen şartları taşıyan profesyonel arabulucu olmak isteyen herkesi hazırlamak için tasarlanmıştır ve en az 48 saat olacağını belirtiyor (AİEPÇEK m.9). Bununla beraber kuralın başka bir maddesinde ise Uzmanlaşmış Arabuluculuk Kursunun Genel Arabuluculuk

⁴⁸⁰ Bkz.<http://www.icrm.kz/kodeks-etiki-mediatora.html>, İnternette alınıldığı tarih:28.01.2023.

Kursunu tamamlamış kişilere yönelik olduğu belirtilmektedir. Uzmanlaşmış bir arabuluculuk kursunun amacı, daha sonra belirli bir uzmanlık alanında profesyonel bir arabulucu hazırlamak için en az 50 saat olmalıdır (AİEPÇEK m.10) .

Hatta arabulucunun, görev yaptığı bir önceki uzmanlaştığı alanı hakkında bilgi dahil olarak aynı maddenin 4. paragraf altında dikkate alınmış ve bu durumda geçmişe dönük meslek sahibi olan hukukçuların (yargıç, avukatların) arabuluculuk görevini yeni başlarken başarısızlık gibi bir tereddüt, meslek sahiplerinin sırf çalıştığı alanlardan geçebilecek mesleki mantalite (Örneğin, hakimin uyuşmazlığı uzlaştırmadan yana değil, ihtilafı çözmeden yana olacağı gibi psikolojide bulunması. Avukatın ise tarafların birisinin çıkarlarından yana olacağı gibi alışkanlık) gibi bir görüş eleştirisinde bulunmak isabetli değildir

Bununla beraber Kazakistan'daki Arabulucular Etik kurallarında, Arabulucular, hizmetlerinin profesyonel, doğru ve onurlu bir şekilde reklamını yapma ve tanıtmaya hakkına sahiptir. Arabulucu, reklam aracılık hizmetlerinde dürüst olmalıdır gibi açıktan açık reklam sunma gibi hizmetlerde yerleştirilmiş. Bir arabulucu tarafından sunulan hizmet veya eğitim, öğretim veya uzmanlıkla ilgili bir reklam veya diğer kamu iletişimi dürüst (gerçeğe uygun) olmalı açıklamada daha bir girişimcilik gibi faaliyete dönüştürülmüş hale getirilmiş vaziyette. Hatta arabulucunu bu tür reklamdan dürüstlükte çağıran veya bulunmak zorunluğu gibi 'söz verme ve garanti vermekten kaçınmalıdır' gibi ifadeleriyle verilen reklama uygunluk çerçevesinde tutabilme gibi bir sınırlayıcı durum da öngörülmüştür. Arabulucular için avrupa davranış kurallarında da davranış kurallarında 'Hizmetlerinin reklamını yapan arabulucular, faaliyetlerinin reklamını profesyonel, doğru ve onurlu bir şekilde yapma hakkına sahip'⁴⁸¹ olduğunu destekleyen bir durum mevcuttur. (EC of C for M m.1.3 European Codeks) .

Profesyonel olmayan arabuluculara yalnızca arabuluculuk masrafları geri ödenir, çalışmaları için ödeme yapılmaz. Profesyonel olmayan bir ortamda faaliyet gösteren arabulucularla birlikte⁴⁸². Kanunda hakikaten profesyonel olmayan arabulucuların daha doğrusu da kamu arabulucularının verecekleri ile ilgili

⁴⁸¹ Bkz.<http://evropejskij-kodeks-povedenija-dlja-mediatorov.pdf>, European Code of Conduct for Mediators.

⁴⁸² Kasımova, Kimler arabulucu olabilir? , Makale, Astana, 2022. (Касымова, Кто может быть посредником? , Статья, Астана, 2022) .

hizmetlerinden dolayı çalışmaları ile alakalı sağlıklı bir form düşünilememiş. Eğer toplumda arabuluculuğun tanınması ile ilgili bir gerçek söz konusu ise bu durumun bu şekilde düşünülmesi pek yetenekli arabulucuların bu görevi üstleneceği söz konusu olamaz.

Bir arabulucu olabilmek için gerekli eğitim kurumlarını sıralarsak şu şekildedir; Arabuluculara yönelik eğitim programı, “Genel Arabuluculuk Kursu“, “Uzman Arabuluculuk Kursu“ ve “Arabulucu Eğiticileri için Eğitim Kursu“ (eğiticiler için eğitim) eğitim programlarından oluşmaktadır (AİEPÇEK m.8).

“Genel Arabuluculuk Kursu“, profesyonel arabulucu olmak isteyen herkesi Arabuluculuk kanun'un 9. Maddesinin gereklerini yerine getirmekle bulunup en az 48 saat olmak üzere tasarlanmıştır (AİEPÇEK m.7). Eğitime başlamadan önce, bir kişi aşağıdaki belgeleri Arabuluculuk Kurumuna sunması gereklidir.

İstenen ve gerekli belgelerin sunulması şu şekildedir;

- yüksek öğrenim diplomasının bir kopyası (diplomanın aslının nöterden onaylı şeklinde);
- Kazakistan Cumhuriyeti vatandaşının kimlik kartının veya pasaportunun bir kopyası;
- kişinin ikamet ettiği yerde, arabulucular Teşkilatına sunulmadan bir aydan daha geç olmamak üzere, narkolojik ve psikiyatrik dispanser dairelerinden alınan tıbbi sertifikaların belgesi;

Ülke çapında bilgileri gösteren, Arabuluculuk Kurumuna sunulmasından en geç bir ay önce kişinin ikamet ettiği yerde düzenlenen sabıka kaydının bulunmadığına dair belge. Bu durumda da sonuç itibarıyla, “**Genel arabuluculuk kursu**” müfredatı kapsamında sertifika alan kişiler, arabuluculuk öğretme hakkı olmaksızın profesyonel temelde arabuluculuk yapma hakkına sahiplik kazanıyor. Hatta aşağıdaki eklerde kurs sonu teslim edilecek olan sertifikanın form hali yerleştirilmektedir.

“Uzman Arabuluculuk Kursu“, “Genel Arabuluculuk Kursu“nu tamamlamış kişilere yöneliktir. “Uzman Arabuluculuk Kursu“, belirli bir uzmanlık alanında profesyonel bir arabulucu yetiştirmek için tasarlanmıştır ve en az 50 saatlık sureye sahip olmalıdır (AİEPÇEK m.10) .

“Uzmanlaşmış Arabuluculuk Kursu“ müfredatı kapsamında sertifika alan kişiler, arabuluculuk öğretme hakkı olmaksızın belirli bir uzmanlık da dahil olmak üzere profesyonel düzeyde arabulucu olarak uygulamalı faaliyetler yürütürler.

Dolayısıyla “Arabulucu Eğiticileri için Eğitim Kursu“, arabuluculuk eğitimi vermek gerektiği uygulanamış. Aynı zamanda, profesyonel bir arabulucu, “Genel Arabuluculuk Kursu” ve “Uzman Arabuluculuk Kursu” eğitim programları için sertifikalara sahip olması gerekir. Bu tür arabuluculuğu eğitmede hazırlanan okul programı Kazakistan Adalet Bakanlığı seviyesinde önem vermek arabulucuları geliştirmede önemli rol taşımakla beraber arabulucularca verilecek olan hizmetin kalitesini arttırma konumunda önem taşımaktadır ve eğitimin de bu sırada önemli bir rol taşımakta bulunduğu iyi baklentilere getirecek kanaatindeyiz.

Müfredatın (okul programın) içeriği, Ek 1, 2 ve 3'e göre her eğitim programı ve konusu için örnek bir müfredat ile temsil edilir (AİEPÇEK m.12) .

Arabulucular için eğitim programı teorik bir bölüm (derslerin verilmesi), uygulamalı dersler, eğitimler, iş oyunları sağlar. Arabulucuların eğitiminin pratik yönü ile bağlantılı olarak, derslerin hacmi, toplam ders hacminin yüzde 40'ını aşamaz olması (AİEPÇEK m.13) .

Arabulucuların eğitimine yönelik üç eğitim programının her biri, Ek 4'e uygun biçimde bir nihai tasdik ve bir sertifika verilmesi ile sona erer (AİEPÇEK m.14). Belirtilen belge, eğitimi yürüten arabulucuların kuruluşunun mührü tarafından onaylanır ve tescil edilir.

Nihai tasdik, arabulucunun bilgi ve becerilerinin iki seviyesini içerir: teorik bilgi, sınavda bir görüşme veya test şeklinde test edilir; pratik beceriler, bileşimi eğitimi yürüten kuruluşun başkanı tarafından belirlenen bir sınav komitesi tarafından yürütülen simülasyon arabuluculuk sonuçlarına göre kontrol edilir ve değerlendirilir. Aynı zamanda, inceleme komitesi üç üyeden oluşur - iki Arabulucu Teşkilatı temsilcisi ve bir Arabulucu Teşkilatı temsilcisi.

Nihai sertifikanın sonuçları, komisyon üyeleri tarafından imzalanan bir protokolle belgelenir ve öğrencilerin dikkatine sunulur.

Çalışma grubu sayısı miktarı- en fazla 15 kişiden oluşur.

Kurs süresince öğrencilere kağıt (elektronik) ortam üzerinde eğitici ve metodolojik materyaller sağlanır.

Ayrıca bu arabuluculukla ilgili eğitim programının özelliği de şu ki; yurtdışında arabulucu statüsünü alan ve Kazakistan Cumhuriyeti'nde arabuluculuk faaliyetlerini profesyonel olarak yürütmek isteyen bir kişi, “Genel Arabuluculuk Kursu“ eğitim programlarında eğitim alma zorunluluğundan muaftır ve “Uzmanlaşmış Arabuluculuk Kursu“, ancak Arabulucular Organizasyonu'nda sertifikaya tabi olup, onaylı eğitim programlarına göre mesleki eğitim ve uygun sertifikanın verilmesi ile arabulucuların ileri eğitimi için (AİEPÇEK m.19) .

Tablo 2: Genel Arabuluculuk Kursu Programı İçin Yaklaşık Müfredat

№ п/п	Konu adı	Toplam Saat	İçermek	
			Dersler	PratikDersler
1.	Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramı ve türleri	2	2	
2.	Arabuluculuk kavramı	2	2	
3.	Kazakistan Cumhuriyeti'nin arabuluculuk mevzuatı	1	1	
4.	Arabuluculuğun temel ilkeleri	2	2	
5.	Uyumlaştırma araçları***	6	2	4
6.	Arabuluculukta algı ve iletişim	8	4	4
7.	Arabulucu ve arabuluculuk prosedürü	2	2	
8.	Arabuluculuk prosedürü için kurallar	2	2	
9.	Arabuluculuk sürecinin sonucu	1	1	
10.	Arabuluculukta bilgi	1	1	
11.	Tarafların çıkarları doğrultusunda çalışmak	6	2	4

12.	Arabuluculukta müzakere sürecinin özellikleri	4	2	2
13.	Arabuluculuk prosedürüne katılmak için tarafların temsilcilerinin, uzmanların ve diğer kişilerin katılımı	1	1	
14.	Çatışma kavramı ve sınıflandırılması	2	2	
15.	Arabuluculukta itirazlarla çalışma	2	1	1
16.	Arabuluculuğun Teşviki ve Arabuluculukta Etik	2	1	1
17.	Arabuluculuk yabancı deneyimi	2	2	
18.	Son kontrol	2		Pratik bir görevle üç çalışma, test etme
19.	TOPLAM	48	30	18

Kaynak: Hükümet kararına Kazakistan Cumhuriyeti 3 Temmuz 2011 tarihli No.770 Sayılı “Genel arabuluculuk kursu”

Arabuluculara yönelik eğitim programı kapsamında eğitimin geçişine ilişkin Kuralların onaylanması üzerine, s.3 belirlenmektedir.

Tablo 3: Uzmanlaşmış Arabuluculuk Kursu Programı İçin Yaklaşık Müfredat

№ p/p	Konu adı	Toplam Saat	İçermek	
			Dersler	Pratik Dersler
1.	Medeni hukuk ilişkilerinden kaynaklanan anlaşmazlıkları çözmenin özellikleri	5	2	3
2.	İş ilişkilerinden kaynaklanan anlaşmazlıkları çözmenin özellikleri	5	2	3
3.	Aile hukuki ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünün özellikleri	6	2	4
4.	Küçüklerin davalarında anlaşmazlıkları (çatışmaları) çözmenin özellikleri	5	2	3
5.	Ceza davalarında çatışma çözümünün özellikleri	6	2	4
6.	Kurumsal anlaşmazlıkları çözmenin özellikleri	5	2	3
7.	Çevre koruma alanında arabuluculuk kullanımı	5	2	3
8.	Sosyal arabuluculuk. Komşuluk uyuşmazlıklarında arabuluculuğun kullanılması	5	2	3
9.	Etnik özellikler ve arabuluculuk	5	2	3
10.	Son kontrol	3		Pratik bir görevle üç çalışma, test etme
11.	TOPLAM	50	18	32

Kaynak: Hükümet kararın Kazakistan Cumhuriyeti 3 Temmuz 2011 tarihli No.770 Sayılı

Tablo 4: Arabulucu Eğitmenleri İçin Eğitim Kursu Programı İçin Yaklaşık Müfredat

p/p	Konu adı	Toplam Saat	İçermek	
			Dersler	Pratik Dersler
1	Öğrenme arabuluculuğunun temelleri	7	3	4
2	Arabuluculuk öğretiminde bir grupla çalışma	7	3	4

Kaynak: Hükümet kararına Kazakistan Cumhuriyeti 3 Temmuz 2011 tarihli No.770 Sayılı

Tablo 5: Kursların Serfitika

_____ (arabulucular örgütünün adı)	
SERTİFİKA	
№ _____ (sertifika numarası)	
Bu Sertifika şunu onaylar: _____ (Adı Soyadı)	
Programı başarıyla tamamladı arabulucuların eğitimi _____ (programın adı)	
_____ (Eğitmen-arabulucunun tam adı,soyadı)	_____ (imza)
_____ (AD SOYADI yönetici (imza) aracı kuruluşlar)	_____ (imza)
Mühür için	
_____ (Sertifikanın düzenlendiği tarih)	

Kaynak: Hükümet kararına Kazakistan Cumhuriyeti 3 Temmuz 2011 tarihli No.770 Sayılı

II. ARABULUCULUĞUN GEÇERLİ OLDUĞU VE UYGULANDIĞI ALANLAR

A. İhtiyarî Arabuluculuk

Arabuluculuğun kapsamında uygulanmalı uyuşmazlıklar çeşidi ise, bireylerin ve (veya) tüzel kişilerin, idari organların, yetkililerin ve ayrıca süreçte dikkate alınanların katılımıyla medeni, iş, aile, idari yasal ilişkiler ve diğer kamu toplumundaki bireyler arasındaki ilişkilerden kaynaklanan anlaşmazlıklardır (ihtilaflar). İdari suç davalarında yargılamalar, cezai suçlar, küçük ve orta ağırlıkta suçlar ve ayrıca Kazakistan Cumhuriyeti Ceza Kanununun 68. Maddesi, Kazakistan Cumhuriyeti kanunları tarafından aksi belirtilmedikçe ve icra takibinin yürütülmesinden doğan ilişkilerdir (AK m.1/1) .

Diğer yandan az evvel yukarıda öngörülen 1.Maddenin 1 .fıkrasındaki öngörülen ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklara (ihtilaf) arabuluculuk prosedürünün uygulanmadığı durumlar da mevcut, eğer bu tür uyuşmazlıklar (ihtilaf) (çatışmaların) arabuluculuk usulüne katılmayan üçüncü şahısların ve mahkeme tarafından aciz veya kısmen aciz olarak tanınan kişilerin çıkarlarını etkilemesi veya etkileyebilmesi durumunda ve Kazakistan Cumhuriyeti yasalarının öngördüğü diğer durumlar.

Arabuluculuk prosedürü, şahısları ve (veya) tüzel kişileri ilgilendiren ihtilaflar (ihtilaflar) için geçerli değildir, taraflardan biri devlet kurumu olduğunda, Kazakistan Cumhuriyeti kanunlarının öngördüğü durumlarda uygulanır.

Bazı hukukçu ilim adamları ve hukukçular arabuluculuğu iki ana türe ayırırlar: a) mahkeme öncesi arabuluculuk veya mahkeme dışı arabuluculuk. Örneğin, hukuk, iş ve aile hukuku ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların mahkemeye gitmeden önce yapılan arabuluculuk diye tanırırlar;

b) adli arabuluculuk- dava açıldıktan sonra yürütülen faaliyet alını saymaktadırlar ⁴⁸³. İş hukuku ve aile hukuku ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde oluşan arabuluculuk. Ayrıca küçük ve orta ağırlıktaki suçlar ile cezai suçlar (ceza yargılamasında) davalarında mahkeme öncesi soruşturmanın

⁴⁸³ Kasımova, s.2. (Касымова, с.2) .

başlatılmasından sonra suç bedeline kıyas edierek gerçekleştirilen çatışmaların çözümünden kaynaklanan arabuluculuk şekili.

2014 yılından başlayan ve 2015 senelerinde devam eden mevzuatının reformuyla ilgili olarak, Kazakistan'da yıllar bir dönüm noktası haline gelmesi beklenirdi ve sene sonunda da gerekli girişim yapılmı ile tamamlanmıştır. Dolayısıyla mevzuatın ana dallarına ilişkin yeni düzenlemeler kabul edildi ve uygulandı,büyük çalışmalar sonrası mevcut düzenlemelerde önemli değişiklikler yürürlüğe geçti.

2015 yılı için Kazakistan Cumhuriyeti'nin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yeni normları, bir hakim tarafından arabuluculuk prosüdünü yürütebilme hakkını ortaya koydu. Örneğin, Kazakistan Cumhuriyeti Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 179. Maddesi gereğince uyuşmazlığın veya adli arabuluculuğun (ihtilafın) tarafları hakim karar aldığına veya karar tebliğ edildiği zaman aşamasında ister mahalli mahkeme, ister temiz ve yargıtay mercilerinde temiz dilekçesi üzerine yazılı şekilde başvuru müracatında bulunarak arabuluculuk yapma talebinde bulunabilir ve böyle bir başvuru davaya bakan hakim tarafından tespitnemeyle gerçekleşecektir (HUMK m.179/1).

Arabuluculuğu uygulama sistemi hemen hemen her hukuk dalında mevcuttur. Örneğin, toplumda, insanlar arasındaki değişik şartlardaki ticari, aile, tıp, iş ilişkilerinde geniş bir şekilde uygulanmaya devam etmektedir. Profesyonel arabulucularla beraber noterler tarafından uzlaşmayı yürüten işlemler devam etmektedir. Bir noter, kural olarak, genellikle tarafların arabuluculuğunun işlevlerini yerine getirir ve ayrıca müşterilerin günlük kabulünde anlaşmazlıkların önlenmesiyle de ilgilenir⁴⁸⁴.

Aynı zamanda, “Noterler Hakkında” Kanundaki uzlaşma usulüne ilişkin norm yalnızca bir kez belirtilmiştir (“Noterler Hakkında Kanun“un 17. Maddesi). Uzlaşma prosedürlerinin noter tarafından uygulanmasına ilişkin yöntem, usul ve mekanizma yasal olarak düzenlenmemiştir.

⁴⁸⁴ Shaymenova A.B., Noterlik Faaliyetlerinde Uzlaşma İşlemleri, Makale, Karaganda, s. 1 (Шайменова А.Б Примирительные процедуры в нотариальной деятельности, Статья, с.1, Караганда).

Kazakistan Cumhuriyeti “Noterler Hakkında“ Kanununun 17. maddesinin 8. fıkrasına göre, noter tarafların isteğine göre uzlaşma prosedürlerini yürütme yetkisine sahiptir. Bu ekleme, “Uzlaşma Usulleri“ Bölümünü getiren 31 Ekim 2015 tarihli yeni Kazakistan Cumhuriyeti Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun kabulü ile eş zamanlı olarak yapılmıştır.

Bu ek’e göre, tahsilat alacakatı işlemi icra kağıtı borç taraflarca inkar edilmiyorsa, bu işlem mahkeme öncesi nöter tarafından uzlaşma şekli “Noterler Hakkında“ Kanun’un, 92-1. Maddesi 2.fıkranın 1.alt fıkrasında öngörülmektedir.

Daha yakın zamanda, 20 Aralık 2021 tarihli Kazakistan Cumhuriyeti Kanunu No. 84-VII “Kazakistan Cumhuriyeti’nin medeni usul mevzuatının iyileştirilmesi ve mahkeme dışı ve mahkeme öncesi için kurumların geliştirilmesine ilişkin bazı yasal düzenlemelerinde yapılan değişiklikler ve eklemeler hakkında“-yargılama uyuşmazlıklarının çözümü“ maddesinde değişiklik yapılmıştır.

29 Haziran 2020 tarihli ve 351-VI sayılı Kazakistan Cumhuriyeti Kanunu ile “Kazakistan Cumhuriyeti’nin idari usul mevzuatına ilişkin konularda Kazakistan Cumhuriyeti’nin bazı yasal düzenlemelerinde yapılan değişiklikler ve eklemeler hakkında“ değişiklikler yapılmıştır. Bu idari usul mevzuatı Kazakistan Cumhuriyeti Kanunu, arabuluculuk prosedürlerinin kapsamının genişletilmesine ilişkin olarak, yani taraflardan birinin devlet kurumu olması durumunda daha önce arabuluculuğa izin verilmemişse, şimdi bireyleri ve (veya) tüzel kişiler, taraflardan birinin devlet kurumu olması halinde, Kazakistan Cumhuriyeti yasalarının öngördüğü hallerde arabuluculuk prosedürünün uygulanır olması idi.

Buna karşılık, 29 Haziran 2020 tarihli Kazakistan Cumhuriyeti İdari Usul Kanunu’nun 1 Temmuz 2021 tarihinde yürürlüğe girmesinden itibaren arabuluculuk prosedürünü öngörmekte bulunmuştur. İdare mahkemesinin yargı yetkisine gelince, Kazakistan Cumhuriyeti’nin bu İdari Usul Kanunu ile öngörülen kamu hukuku ilişkilerinden doğan ihtilafları da içeriridir olması. Buna karşılık, kamu hukuku ilişkilerindeki katılımcılar, devlet organları veya devlet görevlerinin devredildiği kuruluşlardır (örneğin, özel icra memurları, noterler vb.)

Kazakistan Cumhuriyeti’nin yeni Medeni Usûl Kanunu’nun kabul edildiği tarih 31 Ekim 2015. Bu normatif eylemin kabul edilmesiyle, arabuluculuğun geliştirilmesinde yeni bir yön başlatıldı diye biliriz ve o yön - adli arabuluculuk

resmiyeti. Bu nedenle, “adli arabuluculuk” teriminin kendisine iki yaklaşım vardır. Birinci yaklaşım, adli arabuluculuğun, davanın mahkemede görülmesi aşamasında gerçekleşen arabuluculuk olduğu yönündedir.

İkinci yaklaşım, adli arabuluculuğun bir hâkim-arabulucu veya hâkim-uzlaştırıcının katılımıyla yürütülen arabuluculuk olduğudur⁴⁸⁵.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun normları ile ilgili olarak, ulusal mevzuatta ikinci yaklaşımın hakim olduğu söylenmelidir. 2015 tarihli Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, Uzlaştırma Usullerine ilişkin bir Başlık öngörmektedir. Bu başlık altında düzenlenmiş sulh sözleşmesi, katılımcı usul ve arabuluculuk gibi uzlaştırma usulleri yöntemlerini isimlendirilmiştir. Aynı zamanda, yasa sadece bu prosedürlerle sınırlı değildir ve normda genişletilmiş bir uzlaşma prosedürleri listesi bırakmaktadır (HUMK m.174-180).

Arabuluculuğun tüm hukuk dallarında kullanımı, Kazakistan Cumhuriyeti “Evlilik (Evlilik) ve Aile Hakkında” Kanununda olduğu kadar geniştir. Kazakistan Cumhuriyeti Evlilik (Evlilik) ve Aile Hakkında Yasasının 18. Maddesine göre, ortak mülkün bölünmesi, engelli bir eşin bakımı için fonların ödenmesi ve ayrıca aralarında ortaya çıkan küçük çocuklar ile ilgili anlaşmazlıklar evliliğin (evlilik) sona ermesi üzerine eşler arabuluculuk veya mahkeme kararıyla değerlendirilir. Kazakistan Cumhuriyeti Evlilik (Evlilik) ve Aile Hakkında Yasasının 37. Maddesinin 3. Kısmı uyarınca, bir anlaşmazlık durumunda, eşlerin ortak mülkiyetinin bölünmesi ve ayrıca eşlerin bu mal üzerindeki payları, arabuluculuk veya mahkeme yoluyla gerçekleştirilir.

Arabuluculuk kanunun 25. maddesi aile ilişkileri alanında arabuluculuğun özelliklerine gelince 3. fıkra arabuluculuk sırasında çocuğun normal büyümesini ve gelişimini tehlikeye sokan durum veya tehlikeye atabilecek ya da sağlığına ve meşru çıkarlarına zarar verebilecek gerçekler ortaya çıkarsa, arabulucunun çocuğun haklarını koruma yetkisini kullanan yetkiliye başvurması gerekir .

⁴⁸⁵ 2021 tarihinde Kazakistan Cumhuriyeti Bilgi ve Sosyal Kalkınma Bakanlığı, Bölgelerarası Arabuluculuk Merkezi «MİR», Sivil Girişimcileri Destekleme Merkezi'nen oluşan üçlüğün: Sosyal devlet projesinin uygulanması çerçevesinde "Sosyal Sorunları Çözmek ve Toplumda İstikrar ve Uyum Korumak İçin Arabuluculuk Kurumunun Kullanılması" Konulu Nihai Analitik Raporu düzenlenmiştir, s.7 . (“Итоговый аналитический отчет в рамках реализации социального государственного проекта на тему: «Применение института медиации для разрешения социальных вопросов и сохранения стабильности и согласия в обществе», с.7) .

Madde 23. Sivil, emek, aile ve diğer hukuki ilişkiler alanında fiziksel ilişkilerin katılımıyla arabuluculuğun özellikleri (veya) tüzel kişilikleri.

Aynı maddenin 3.fıkrası ise mahkeme tarafından incelenmekte olan gerçek ve/veya tüzel kişilerin katılımıyla icra aşamasındaki materyaller de dahil olmak üzere sivil, emek, aile ve diğer yasal ilişkilerden kaynaklanan anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin arabuluculuk sözleşmesi, davanın askıya alınmasının temelidir.

Kazakistan Cumhuriyeti Yasalarına göre, “ İcra Takipleri ve Mübaşirlerin Statüsü Hakkındaki“ kanunda, arabuluculuk prosedürünün yürütülmesi ve taraflar tarafından imzalanan arabuluculuk anlaşması temelinde müteakip fesih ile bağlantılı olarak yürütme üretiminin askıya alınmasını öngörmektedir⁴⁸⁶.

Arbuluculuğun toplumda kullanım süresinin kısa olmasına rağmen, vatandaşların arabuluculuk ve diğer yargılama öncesi uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanımına olan ilgisinin göstergesi oldukça yüksektir. Anketten, yargılama öncesi uyuşmazlıkların çözümünde en bilinen yöntemin arabuluculuk olduğunu görüyoruz. Vatandaşların ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkların çözümünde mahkeme dışı çözüm yöntemlerini kullanmaya hazır olma oranı (%88,1) oldukça yüksektir.

Bununla beraber yapılan soruşturmaya göre, birçok kişi mahkeme öncesi uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin mahkemeye kıyasla daha uygun ve rahat olduğuna inanıyor. Aynı zamanda, anketten de anlaşılabacağı gibi, katılımcıların yargılama öncesi veya mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin etkinliği konusunda şüpheleri de vardır. Buradan anlaşılmalıdır ki, nüfusa yönelik icra ve icra takibi süreci net değildir veya tarafların arabuluculuk sözleşmesinin imzalanmasından sonra icra takibi süreci olduğunu bir çoğu hukukçu olmadığından dolayı anlamazlar. Tarafların arabuluculuk süreci sonunda yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda daha fazla icra faaliyeti devreye girecektir. Çünkü yapılan arabuluculuk sözleşmesi yükümlülüğü aynen mahkeme kararı gibi hukumdur aksi takdirde icra işleme girecektir. Ancak anket gösteriyor ki arabuluculuğun, uyuşmazlıkların diğer

⁴⁸⁶ Dyachuk Maryanna; “Kazakistan Cumhuriyeti’nde Arabuluculuk Enstitüsünün Gelişimi, Kazakistan Cumhuriyeti”, **(Mevzuat ve Yasal Bilgiler Enstitüsü Bülteni**, Oskemen 2021, S. 1 (64) 2021, Makale, s.231. (Дячук Марианна Ивановна; “Развитие Института Медиации в Республики Казахстан”, **(Вестник Института Законодательства и Правовой Информации**, Республики Казахстан №1(64)2021, статья, 231) .

mahkeme dışı çözüm yollarına kıyasla daha popüler bir uyuşmazlık çözümü yolu olduğu (%23,7'ye karşılık %8,5 - tahkim ve %3,4 - noterin icra takibi). Aynı zamanda, katılımcıların yalnızca %27,3'ü yargılama öncesi uyuşmazlık çözüm yöntemlerini uygulamada başarılı deneyime sahip olduğunu belirtmiştir. Ankete katılanların çoğunun mahkeme öncesi uyuşmazlık çözümü konusunda deneyimi yoktur. Uyuşmazlığın mahkeme öncesi çözümüne başvurmaları gerekip gerekmediği sorulduğunda, katılımcıların çoğunluğu (%69,5) olumsuz yanıt verirken, olumlu yanıt verenlerin %23,7'si uyuşmazlığın mahkeme öncesi çözümü olarak arabuluculuğa yöneldi. Ankete katılanların çoğunun mahkeme öncesi uyuşmazlık çözümü konusunda deneyimi yoktu. Uyuşmazlığın mahkeme öncesi çözümüne başvurmaları gerekip gerekmediği sorulduğunda, katılımcıların çoğunluğu (%69,5) olumsuz yanıt verirken, olumlu yanıt verenlerin %23,7'si uyuşmazlığın mahkeme öncesi çözümü olarak arabuluculuğa yöneldi. Ankete katılanların çoğunun mahkeme öncesi uyuşmazlık çözümü konusunda deneyimi yoktu. Uyuşmazlığın mahkeme öncesi çözümüne başvurmaları gerekip gerekmediği sorulduğunda, katılımcıların çoğunluğu (%69,5) olumsuz yanıt verirken, olumlu yanıt verenlerin %23,7'si uyuşmazlığın mahkeme öncesi çözümü olarak arabuluculuğa yöneldi⁴⁸⁷.

B. Zorunlu Arabuluculuk

Şimdi iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun bir uyuşmazlığın çözümünde yargılama öncesi bir yöntem olarak kapsamı üzerinde duralım. Mevzuatta usulün uygulanmasına ilişkin önemli kısıtlamalar bulunmaktadır ve bu illem ayrıca zorunlu arabuluculuk olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle, Kazakistan Cumhuriyeti İş Kanunu'nun 159. maddesinin 1. fıkrasına göre, zorunlu arabuluculuk bireysel iş uyuşmazlıkları uzlaşma komisyonları tarafından değerlendirilir, burada tek istisna, bir işveren ile bir mikrogirişimci kuruluşun çalışanı arasında ortaya çıkan

⁴⁸⁷ 2021 tarihinde Kazakistan Cumhuriyeti Bilgi ve Sosyal Kalkınma Bakanlığı, Bölgelerarası Arabuluculuk Merkezi «MİR», Sivil Girişimcileri Destekleme Merkezi'nen oluşan üçlüğün: Sosyal devlet projesinin uygulanması çerçevesinde "Sosyal Sorunları Çözmek ve Toplumda İstikrar ve Uyum Korumak İçin Arabuluculuk Kurumunun Kullanılması" Konulu Nihai Analitik Raporu düzenlenmiştir, s. 15. (Итоговый аналитический отчет Министерства информации и общественного развития РК, Межрегиональный центр медиации «МИР», Центр поддержки гражданских предпринимателей: в рамках реализации социального государственного проекта на тему: «Применение института медиации для разрешения социальных вопросов и сохранения стабильности и согласия в обществе», с.7) .

anlaşmazlıklardır ve onbeşten fazla çalışanı olmayan bir kar kuruluğu, bir ev işçisi, tek bir tüzel kişilik yürütme, tüzel kişiliğın yürütme organı başkanı ve ayrıca tüzel kişiliğın kolej idari organının diğeri üyeleri ve çözülmemiş sorunlar veya uzlaşma komisyonunun kararının mahkemeler tarafından uygulanmaması hakkında.

Uyuşmazlık çözümünü başlatan kişi (çalışan veya işveren) bir iş uyuşmazlığının çözümü için arabuluculuk prosedürüne başvurursa bile, ancak arabuluculuk prosedürünün bir sonucu olarak taraflar ortak bir karara varmazlar, çözmek için bir anlaşma yapmazlar. Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesi durumunda, adli makamlar bu durumu yargılama öncesi çözüm yükümlölüklerini yerine getirememesi olarak değerlendirecek ve tarafları uzlaşma komisyonuna başvurmaya zorlayacaktır. İş mevzuatındaki zamanaşımı süresinin genel olarak belirlenmiş zamanaşımına kıyasla önemli ölçüde azaldığı dikkate alınmalıdır, elbette, taraflar çoğu zaman arabuluculuk prosedürüne başvurmadan kaçınırlar, anlaşmazlığı çözmek için uzlaşma komisyonuna giderler, bu da şimdiye kadar izinlerinin düşük etkinliğini gösteriyor.

Toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü açısından, yasa koyucu arabuluculuk prosedürünün kullanılmasına ancak anlaşmazlığın uzlaşma komisyonları tarafından değerlendirilmesinden sonra izin verir (Kazakistan Cumhuriyeti İş Kanunu'nun 162. maddenin 4. fıkrası). Ayrıca Kazakistan Cumhuriyeti İş Kanunu'nun 164. maddenin 7. fıkrası: “Toplu iş uyuşmazlığının değerlendirilmesinin herhangi bir aşamasında taraflar arabulucuya başvurabilir. Arabuluculuk usulü, uzlaşma komisyonundaki uzlaşma usullerinden, iş tahkiminden bağımsızdır ve bunlarla paralel gidebilir.

Ayrıca, Kazakistan Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu, bir mahkeme tarafından gerçekleştirilen bir hukuk davasının değerlendirilmesi sırasında arabuluculuk kullanma imkanı sağlamıştır, ancak bunun cezai bir suçun işlenmesinden kaynaklandığı anlaşılmalıdır. Bu nedenle, Kazakistan Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. maddenin 1. fıkrasının 5. alt bentine göre, bir ceza davasında hukuk davasının değerlendirilmesinin ardından mahkeme, bir davanın onaylanması nedeniyle karar verme hakkına sahiptir. Uzlaştırma sözleşmesi veya bir anlaşmazlığın, bir hukuk davasına ilişkin arabuluculuk yoluyla çözülmesi ve tarafların mutabakatı ile bu konudaki kovuşturmanın sona erdirilmesi ve adli kararlar onaylanması üzerine bir anlaşmadır.

Bundan sonra, 2014 yılında Kazakistan Cumhuriyeti'nin Ceza Kanunu ve Kazakistan Cumhuriyeti'nin Ceza Muhakemesi Kanunu kabul edildi. Yeni ceza Kanunu, cezai suç, cezai suiistimal kavramını tanıtımıyla meşh rlendi. Tarafların uzlaşmasıyla bağlantılı olarak cezai sorumluluktan muafiyet gibi cezai sorumluluktan muafiyetin böyle bir temeli, cezai suçlar, küçük ve orta şiddette suçlar ve bazı yasal durumlarda ağır suçlar için kullanılmaya başlandı. Burda ek konum ise veya ek olarak, yeni Ceza Kanunundaki durum, arabulucunun yetkilerin kötüye kullanılması nedeniyle bir cezai sorumluluğunu uygulanmasını gerekli olduğu belirlemiştir.

Bahsedilen Ceza Kanununun kabul edilmesinin ardından, Kazakistan Cumhuriyeti'nin «Arabuluculukla ilgili » yasasında da uygun değişiklikler yapıldı. Kazakistan Cumhuriyeti'nin Ceza muhakemesi Kanunu, arabulucunun hukuki statüsünü ceza davasında pekiştirdi. Böylece, Kazakistan Cumhuriyeti'nin ceza Muhakemesinin 85. maddesi arabulucunun hak ve y k ml l klerini belirledi ve onların tanımının açıklanması aşağıdaki gibi sınıflandırdı.

Örneğin, aynı maddenin 2. fıkrasının alt bentleri ise arabulucunun şu haklara sahip olduğunu belirledi:

- arabuluculuğun taraflarına ceza sürecine öncülük eden kurum tarafından sağlanan bilgileri tanımak;
- arabuluculuğa taraf olan cezai sürecinin katılımcıları hakkındaki verileri tanımak;
- ceza muhakemesinde arabuluculuğun tarafları olan kişilerle, ceza muhakemesi kanunu uyarınca görüşme sayısı ve s resinde bir sınırlama olmaksızın özel ve gizli olarak g r şmektir ;
- arabuluculuk düzeninde uzlaşmaya varmak için tarafların anlaşmaya varmalarına yardımcı olunması.
 -   Arabulucu şunları yapmakla yükümlüdür ve yükümlülük bir uzman statüsünde:
 - kanuna istinaden arabuluculuk yapacak olan uzmanın arabuluculuk yapan tarafların rızasıyla hareket etmek zorundadır;
 - arabuluculuk başlamadan önce arabuluculuk yapan uzmanın görevinden kaynaklanan sorumluluklarına yerine getirmeli ve bu durumda taraflara amaçlarını ve haklarını ve sorumluluklarını açıklamak, bilgilendirmek ;

- arabuluculuk prosedürünün yürütülmesiyle ilgili olarak kendisine bilinen bilgileri ifşa etmemelidir. Çünkü o bilgilerin taraflar için sır olan kısmı da önem talımadır.

- Arabulucu, ancak tarafların rızasıyla, cezai bir suçun beyanının ve raporunun kaydedildiği andan itibaren ve ceza sürecinin sonraki aşamalarında, cezanın yürürlüğe girmesinden önce arabuluculuk prosedürünü yürütme hakkına sahiptir».

III. ARABULUCULUK SÜRECİNİN İŞLEYİŞİ

A. Genel Olarak

Arabuluculukla ilgili kanunda, arabuluculuk süreci, tarafların ve arabulucunun karşılıklı mutabakatı ile bir araya gelmeleriyle belli bir şartlar üzerinde olacağı ile ilgili faaliyet verecektir ve bu şartların sıralanması da şu şekildedir:

- tarafların arabulucu ile bireysel ve (veya) ortak görüşmeleri şeklinde bir araya gelmelerinden işlem göreceği;

- tarafların arabulucu ile bireysel ve (veya) ortak telefon görüşmeleri yoluyla da olacağı durumu. Hatta burada pandemi döneminden veya onun yetkisiyle olan bir iletişim kuralı olarak iş hayatını devam ettiren durum artık hayatımızda önemli bir orun aldığını kabul etmeliyiz;

- ne kadar yetişmiş teknoloji durumuna daynmış olduğu gibi bir anlaşsa bile tarafların arabulucu ile video konferans yoluyla bireysel ve (veya) ortak görüşmeleri şeklindeki işlev artık ful çalışmaya sürdürülmektedir;

- taraflar ve arabulucu arasında elektronik mesaj alışverişi yoluyla temasta bulunma esas telefonla gerçekleşir, bilgisayar cihazlarının geniş bir şekilde kullanımından ilişkilerde bulunmadan bahsetmektedir;

- bu kanunun gereklerine aykırı olmayan faaliyet bilgi ve iletişim teknolojilerini başka şekillerde kullanmak caiz olmadığını belirtiyor (AK m.17/1-5, m.17/2) . Anlaşıyor ki, teknoloji gelişiminden dolayı elde etilen imkanlar, hem

zamandan hem de hızlilik açısından hep yarara çalışan fırsatlar kanuna aykırı olmadığı müdetçe imkan oluşturduğunu anlamalıyız.

Toplumsal uyumu sağlamanın sırrı olabilecek çatışmalardan kaçınmakta da değil, ne yazık ki, onlar kaçınılmazdır, olmuştur ve olacaktır, ancak işin özelliği, çatışmaları gerekli esnekliklerde yönetebilmekte, onları doğru ve etkili bir şekilde çözebilmekte yatmaktadır. Çözebilmek ise arabulucunun empati yeteneğinin yeterli olmasını ister bu da kendi tarafından özel bir yaklaşım ister ve özel bir yaklaşım talep eder.

Bu sırada arabuluculuk yoluna başvuru, devlet yargısına başvuruya benzemiyor. Arabuluculuğun temel ilkesi şartına uygunluk içerisinde , bir arabulucuya başvurma anlaşmalara bağlılık içerisinde. Tek taraflı mürakat üzerinde arabuluculuk söz konusunu zaten olamaz. Öyle bir durum arabuluculuğun ana ilkelerine aykırıdır. Hatta bazen anlaşmalar varken bu süreci direkt olarak yürütebilen elamanın, yani üçüncü kişinin arabulucunun olmadığı durum bile süreci durdurabilir.

Esas arabuluculuk kanunu kabulünden sonra, arabuluculuk yoluyla çözülecek her davanın, iddia beyanının kabulünden önce, dava dilekçesi arabulucu hakime geçer ve onun değerlendirmesinde bulunacak ve onun tarafından yapılacak işlem iddia beyanının kabulünden önce anlaşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözme girişiminde bulunduğu gerekli strateji incelemeler yapıp işleme konumunda bir mekanizma getirilmiştir.

Arabuluculuk sadece bu anlatılan işlevleriyle kalmayıp, bunlara ek olarak bazı hukuki sonuçları değerlendirmek amaçla çalışmalarda bulunabilir. Önemli olan sonuç itibarıyla uyuşmazlık tarafları en kısa yoldan doğru yöntemle, doğru iknaya, doğru yönlendirmek imtiyazlı durumudur. Sadece bu tür arabulucu arabuluculuğu tanıtmaya ve yaydırmaya hem devlete hem de toplumun dava konusunda gelişmesine katkı sağlamada büyük bir rol taşır.

Arabuluculuk, tarafların uyuşmazlığına yardımcı olan bir arabulucu olarak veya taraflı, tarafsız, uyuşmazlıkla ilgilenmeyen üçüncü bir kişi olarak davaya katılmasıyla alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Yargılamalarda, belirli bir anlaşma üzerinde çalışın, taraflar anlaşmazlığın çözümüne ilişkin karar verme sürecini ve çözüm koşullarını tam olarak kontrol eder.

Arabuluculuk prosedürü, anlaşmazlığı başlangıçta belirtilen konulardan değil, çatışan tarafların gerçek çıkarlarına dayalı olarak yöntemleri gerekli şekilde değerlendirerek olayı en kısa yoldan çözmeyi amaçlar⁴⁸⁸.

Bu nedenle arabuluculuk, bağlayıcı bir karar verme yetkisi ve gücüne sahip olmayan ancak taraflarca tercih edilen tarafsız üçüncü kişinin katılımıyla her türlü uyuşmazlık çözüm yolunu ifade etmek üzere uygulamada makule geçen bir yoldur⁴⁸⁹.

B.Arabuluculuk Öncesi Aşama ve Arabulucuya Başvuru

Arabuluculuğa başlama öncesi hazırlık aşaması denir, arabuluculuk sürecinde bağımsızlığa sahip olan ve yine de diğer taraftan başlangıç aşamasının bir kısmı olarak anlaşılan aşamadır. Zaten arabuluculuğa başlamaya, hazırlık olmadan arabuluculuk da başlanması mümkün değildir. Hazırlık aşaması, bazı yazarlar tarafından arabuluculuk sürecinde bağımsız bir aşama olarak kabul edilmesine rağmen, diğer yazarlar başlama ile hazırlık aşamasını tek olarak ayrıntısız görmektedir⁴⁹⁰.

Daha baştan tarafların arabuluculuk seçeneği konumunda arabuluculuğa mutabık kalmaları işin bu çözüm yolunda taraflarca kararlaştırılması bir pozisyonudur, artık sırayla yaklaşma usulu ise başvurma prosedürüne de yaklaşımı diye anlamak konuyu açıklıyor.

Önce, daha müzakere başlamadan ama bu durumda da arabulucunun veya arabulucuların fiilen yüklenen görevden yetki alarak temas yapma amaçlı ilk aşamanın ilk toplantısını hazırlama durumudur⁴⁹¹. Hatta bu sıradan evvel arabulucunu taraflarca seçilmesi, tayini ve arabulucunun göreve başlamasının peşinen onların kendileri ile temsilcileri, vekilleriyle temasta bulunup görüşmeye hazırlanacağı aşamadır. Tarafların bir araya gelmesinin etkileyici bir durum zaten kanunen şahsi ve (veya) beraber olarak arabulucuyla telefonla görüşmelerinden kaynaklanarak gerçekleşeceğini belirtiyor (AK m.17/1-1).

⁴⁸⁸ Dyachuk, s.221. (Дячук, с. 221) .

⁴⁸⁹ Pekcanitez, Atalay, Özekes, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, s.631.

⁴⁹⁰ Emekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.80 .

⁴⁹¹ Emekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.81 .

Bir araya gelme ve ilk toplantı sırasında tarafların arabulucudan tarafları ilgilendiren konuyla ilgili sorularına cevaplar ve açıklamalar, onlarına yaşadıkları tereddütlerini giderir, istekleri belirler olması, diğer seferki görüşmeleriyle ilgili ek olarak getirecek veya düşündükleri iddaları sunma ve değerlendirme şekili hazırlanımı planlanır, ortam ayarlanır ve sunulur.

Bu hazırlık süreci sonrası ilk başlangıç toplantısı gerçekleşir. Ve hazırlık sonrası arabuluculuk sürecinin sūjeleri ilk kez fiilen bir araya gelip temasta bulunurlar. Artık yer ve zaman belirlenince arabuluculuk tarafları(temsilcileri) , vekilleri, avukatları katkısıyla arabulucuya konuyla ilgili bilgilendirir, diğer bir etap hazırlık ve başlangıç için önemli koşullar devreye girirler. Bazen arabuluculukta, her zaman avukat gerek olmayabilir; örneğin, uyuşmazlığın duygusal konularda durumlarda ve değeri düşük olan uyuşmazlıklarda, bu nedenle avukatla birlikte hareket edip birlikte bulunmaya ihtiyaç gerekemeyebilir. Ayrıca avukatlardan da alternatif uyuşmazlık çözümü uygulamasında bilgili de olmayabilir. Dolayısıyla avukat olup ta yeterliği kadar bilgisizlikten dava yöntemlerine dönüştürme tehlikesini yaşamadan, arabuluculuk yöntemini ve kavramları da yetkili bir avukatın seçilmesi sadece yararlı olacaktır⁴⁹² .

C. Arabuluculuk Müzakerelerin Yürütülmesi

Arabuluculuk prosedürü taraflar başlangıç ve hazırlık sonrası belirli inceleme sonrası başlanan işlem müzakere aşamasıdır. Diğer türlü müzakere, tarafların, üçüncü bir kişinin, hiç kimseden destekte bulunmayıp, bazen avukatlarıyla da birlikte bir araya görüşmek ve karşılıklı fikir alış-verişinde bulunmak amaçla toplanmaya hedef eden ve neticeli sonuç veren klâsik alternatif uyuşmazlık yöntemlerinden sayılan usûl yoludur⁴⁹³. Uzun bir şekilde verilen açıklama mağnası tarafların doğrudan teması sürdürmek amaçla bir araya gelip görüşmede bulunmaları ve hedef etmeleri müzakere sayılmaktadır.

⁴⁹² Christopher W.Moore, “**The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict**”t, San Francisco:Jossey-Bass Publishers,1986, s.14.; Ildır, s.92.

⁴⁹³ Ildır, s.78-114;Pekcanitez, s.15-16.Yılmaz,E.:Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr.Baki Kuru’ya Armağan, Ankara 2005, S.843-855), s.845; Soysal,T.: Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma (Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, İstanbul 2005, s.203-242), s.212-216.; Süha Tanrıver, “**Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk**”, s.31 .

Esas amaç, müzakere sırasında tarafların önemli hususta bulunarak ortak ve özel oturumlar sırasında tarafları etkileyen ve huzursuz eden uyuşmazlıklardaki pozisyonları gözlemleyen menfatlerini açık veya kapalı anlatarak ona çözüm arayan ya da aratan usul yolun aranışıdır. Bu kadar çabaya rağmen bazen arabulucu her zaman bu tür oturumlarda taraflardan net bilgi edinemeyebilir⁴⁹⁴. Dahası neticeli sonuç, ancak tarafların özel oturumlarda gerçek düşüncelerini yansıtan tam bilgi almak amaçla, ona konuyu bildirmek ve onun esasında veri oluşturmak hesabı daha işi neticelendirmede maküle geçer.

Kanuni bakıştan müzakere tanımı diye bir deyim tarafların ve arabulucunun karşılıklı mutabakatı ile arabuluculuk şu şekilde gerçekleştirilebilir :

- tarafların arabulucuyla bireysel ve/veya ortak toplantıları şeklinde görüşmeleri;
- tarafların arabulucuyla bireysel ve/veya ortak telefon görüşmeleri yoluyla iletişim;
- tarafların arabulucuyla görüntülü konferans ve iletişim yoluyla bireysel ve/veya ortak konuşmaları şeklindeki bağlantıları;
- taraflar ile arabulucu arasında elektronik mesaj alışverişi yoluyla temasa geçmek;
- bu tür gelişmiş teknoloji üzerindeli bağlantılar Kanunun gereklerine aykırı olmayan bilgi ve iletişim teknolojilerini kullanarak iletişim kurmak yolları (AK m.17/1-1,2) . Müzakereyle ilgili bu yöntem, türk doktrinindeki gibi hem kanunda hem de bazı yazarlar tarafından alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri sıfatında bulunup, her hangi bir ayrıntılara (detaylara) uğratan yöntemli görüş kazak doktrininde bulunmamaktadır. Yalnız az yukarıda kanun maddesinde yer alan ifade şeklinde yer alıp ve genel olarak önem veren madde kısımlarının dışında müzakere, madde başlığında arabuluculuğu yürütülme usûlü diye bir bilgi(ses) temin etmiyor. Hatta madde içeriğine gelince de müzakereyle ilgili bir kısım ifade de bulunmamaktadır. Yalnız takdir edilecek işlem genel anlamda 17.maddenin alt kısmındaki fıkralarda açıklanan ve sıra niteliğinde bulunan ‘tarafların arabulucuyla bireysel ve/veya ortak toplantıları şeklindeki karşılıklı telefonla ya da görüntülü video-konferans, e-mail görüşmelerinden’ anlaşılan ön hazırlıklar sıfatındaki

⁴⁹⁴ Emekçi, Özekes, Atalı, Seven, s.98 .

görüşmeler sırasındaki iletişim müzakere sıfatına benzerliğinden dolayı değerlendirilebilir mantığı kabul edilebilir.

Teknoloji gelişme fırsatından faydalanma gibi arabulucuyla görüşme toplantı katılımlarının caiz olmadığı gibi, yasadaki değişik şartlarda görüşme sırası benzer tanımlar mekanizmalarında müzakere diye bir ayrım bulundurmamaktadır olduğu durumu anlaşıldı. Diğer yandan 17. maddenin 2.fikrası, arabulucu tarafların rızasıyla bir araya gelerek arabuluculuk yapabilmesi ve öyle bir görüşme anlamı usul olarak benzetilebilir mi acaba; “Tarafların mutabakatı ile, arabuluculuk kuruluşları tarafından onaylanan arabuluculuğun yürütülmesine ilişkin prosedür (yönetmelikler) uygulanabilir” olması. Dolayısıyla ancak arabuluculuğun katılımıyla olan görüşme sırasında bir tedbirli müzakere anlamındaki yöntemin, belirlenmiş teorik tanımda paralel olarak yürütüleceği usulü söz konusudur. Yoksa genel olarak, alternatif uyuşmazlık yöntemi arabuluculuk sözleşmesi yapıldığına kadar olacak işlevi kapsayacak prosedürdür, bu durumda tarafların belli bir mutakabata varıp varamadıklarına kadar ki uygulamalar tamamen arabuluculuk prosedürünü yapmaya harcanan mekanizma olarak tanım getiriyor.

D.Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi

Arabuluculukla ilgili görüşmeler olumlu bir şekilde anlaşmaya varılmışsa, böyle bir anlaşma arabuluculuk süreci son bulur. Sürecin sona ermesinde arzu edilen beklenti ve ideal olan hâl böyle sonuçlanır⁴⁹⁵. Arabuluculukla ilgili kanunun 26. Maddesine göre arabuluculuğun olumlu sonuçlanma kapsamı ve şekli tarafların isteği üzerine hazırlanan anlaşma belge halinde düzenlenip taraflar ile arabulucu tarafından imzalanır. Adli yargıyla açılan davanın faaliyetinin sonuçlanma prosedürünü anlatmada sanırım yarar var. Örneğin, yapılan bir mutabakat üzerinde, böyle bir “anlaşmayı imzalayan kişinin, davanın esasen gözden geçirilmesi için tekrar mahkemeye gitmesi ne kadar meşrurdur?⁴⁹⁶” diye soru oluşturan yazarımız Kazakistan Cumhuriyeti Medeni Usul Kanununun 277 maddesinin 2 ve 5. fıkralarına

⁴⁹⁵ Süha, s. 120.

⁴⁹⁶ Dyachuk, s.223. (Дячук, с. 223).

göre, dava dosyasının bakılmasını durdurulması (sonuçlanması) için gerekçeler oluşturmuştur ve onlara göre:

1) fıkarda aynı taraflar arasındaki anlaşmazlık üzerine, aynı konuyla ilgili ve aynı gerekçelerle, davacının davadan reddedilmesi veya tarafların arabuluculuk anlaşmasının onaylanması, tarafların arabuluculuk sırasına göre anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin anlaşmaları, anlaşmazlığın çözümüne ilişkin anlaşmaların partizipatif prosedüre göre onaylanması ile bağlantılı olarak davada üretimin durdurulması için mahkeme kararı veya mahkemenin kararı ile ilgili yasal olarak yürürlüğe giren, yürürlüğe giren bir kararın varlığı söz konusudur.

2) fıkrasında taraflar arabuluculuk sırasına göre anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin bir anlaşma imzaladılar, anlaşmazlığın çözümüne ilişkin bir anlaşma partizipatif prosedüre göre yapıldı ve bunlar mahkeme tarafından onaylandı.

Mahkeme, arabuluculuk düzeninde arabuluculuk anlaşmasının onaylanması konusunda bir karar veriyse veya taraflar bu süreçte anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin bir barış veya parti anlaşması imzalamış ve mahkeme tarafından onaylanmışsa, dava sona erdirilebilir olduğu kanunen davanın sonuçlandığını anlatmaktadır (KC HMUK m.277/1,2,5,6).

Mevzuat normlarının ve arabuluculuk prosedürünü düzenleyen normların analizi, adli arabuluculuğun çok daha ayrıntılı bir şekilde düzenlendiğini ve duruşma öncesi veya mahkeme dışı arabuluculuk öncesinde geçerli olacağını göstermektedir⁴⁹⁷. Bu nedenle, adli pratiği derinlemesine bilen ve Arabuluculuk Yasalarını anlayan uzmanların tarafların uyuşmazlıklarını çözmede ve mahkeme yükünü azaltmayı amaç edilen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini uygulamada ve bu nedenle uzmanların arabuluculuk yapmada daha yetenekli, becerikli iyi ve etkili bir şekilde uyuşmazlıkları çözdüğü anlaşılmalıdır .

Az yukarıda anlattıklarımıza istinaden arabuluculuk, kanundaki mevcut madde üzerinden nasıl sona erir haline gelirse onlar aşağıdaki gibidir:

- taraflarca oluşan anlaşmazlığın (çatışma) çözümüne ilişkin bir anlaşmanın imzalanması ve böyle bir anlaşmanın imzalandığı tarihten itibaren sona erer;
- arabulucu tarafından anlaşmazlığın (çatışmanın) arabuluculuk yoluyla çözülmesi olasılığı dışında koşulların oluşturulması;

⁴⁹⁷ Dyachuk, s.223. (Дячук, с. 223) .

- tarafın (tarafların) arabuluculuğu yazılı olarak reddetmesi - taraf veya taraflarca yazılı olarak verilen reddin imzalandığı tarihten itibaren;
- taraflardan birinin arabuluculuğa devam etmeyi yazılı olarak reddetmesi - mevcut iletişim araçlarıyla bildirim anından itibaren;
- arabuluculuk süresinin sona ermesi - bu Kanunun 23 ve 24. Maddelerinin hükümleri dikkate alınarak, sona erme tarihinden itibaren⁴⁹⁸.

2. Bu 1. maddenin 3), 4) ve 5) fıkralarında belirtilen durumlarda, arabulucu, tarafın (tarafların) talebi üzerine, arabuluculuk prosedürünün sona ermesine ilişkin gerekçesini de belirten bir bildirimde bulunur arabuluculuk prosedürünün sona erdirilmesi gerçekleşir.

Ayrıca arabuluculuk taraflarının imzaladığı teknik araçları ve anlaşmaları kullanarak arabuluculuk prosedürüne katılmanın yasal düzenlemeleri ve yasada öngörüldüğü gibi elektronik imza kullanımı, anlaşmazlığı hızlandırma esasında ve ek masrafa gereksiz kalmakta bulunup işi çözme konusunda da hızlandırmaya imkan sağlayacaktır .

E. Arabuluculuk Sonunda Anlaşmaya Varılması Halinde Anlaşmanın Özellikleri

Her zaman uyuşmazlık konuları arabuluculuk yönteminde tarafların istekleri gibi veya beklentileri gibi tamamen olumlu sonuçlanamaya da bilir. Bu nedenle arabuluculuk oturumunun sonunda varılan sonuçların bir kısmında veya tümünde anlaşma sağlanabilir veya uyuşmazlık devam edebilir⁴⁹⁹. Belki aşağıda verecek

⁴⁹⁸ *Kanun Kazakistan Cumhuriyeti Arabuluculuk hakkında (20.12.2021 tarihi itibari ile değişiklik ve eklemelerle birlikte) Arabuluculuk süresi, 23. Maddeye istinaden gerekirse tarafların karşılıklı kararı ile otuz takvim gününe kadar ve toplamda altmış takvim gününü geçmemek üzere uzatılabilir. Gerekirse arabuluculuk süresi taraflarca otuz takvim gününe kadar ve toplamda altmış takvim gününü geçmemek üzere mahkemeye müştereken yazılı bildirimde bulunularak uzatılabilir. Aynı şekilde de arabuluculuk Kanunun 24. Maddesinin 1.fıkrası Tarafların arabuluculuk anlaşması yapması, bir ceza davasında yargılamayı durduramaz olduğunu belirlemektedir..

⁴⁹⁹ Örneğin haksız bir işten çıkarma eyleminde, davacıya iş arkadaşlarının önünde, işten kovulduğu söylenbilir. Adam bu olayda aşağılanmıştı ve beklenmesi gereken en yüksek düzeyde tazminat talebinde bulunabilir. İşveren ise işi çözmek amaçla verdiği teklif azami rakamla, adamın kabul edebileceğini söylediği asgari rakamla 10.000 Dolarlık bir fark olduğunu düşünelim. Avukat ise müvekilini işveren tarınca verilen teklifin kabulüne öğütlemişti. Adam bunu red ederek, çünkü kendisine yapılan cezasını çekmeye azmetmişti. Buradaki adamın derinde yatan saikinin, saygınlığını koruma gereksinimi ve kovulma uygulamasının da yanlış olduğu gerçeğinin teslim

olduğum örnek onlarda bir tanesidir. Ama iş uyuşmazlıklardan ortaya çıkan bu örnek az yukarıda bahsettiğim anlaşmanın kısmen yapıldığı durumunu belirtiyor. Arabuluculuk sonuçlanınca, taraflar böyle bir anlaşmanın yapısı hakkındaki durum sanırım tartışılmalı konum. Arabuluculuk sözleşmesinin temel şartlarının bir yandan uyuşmazlığın taraflarının (çatışan) adları, soyadları ve adlarının baş harfleri, temsilcilerinin yetkilerini gösteren pozisyonları olduğunu belirleyen Kanun'un 21. Maddesinin 2. fıkrasına göre, arabuluculuk için taraflarca seçilen arabulucu(lar) hakkında bilgi 4. paragrafın alt kısmında açıklanmaktadır. Fıkra altı ve diğer yandan uyuşmazlığın çözümüne katılan arabulucunun sorumluluk gerekçeleri ve kapsamı (çatışma) arabuluculuk taraflarının, arabuluculuk taraflarının zarara (zarar) neden olan eylemleri (eylemsizlik) için 2. Fıkranın 8.alt bentinde bulunmaktadır .

Ancak ikinci hükümle ilgili olarak, bir yükümlülüğün üçüncü şahıslar için yükümlülük yaratmadığına dair klasik bir kural vardır (Kazakistan Cumhuriyeti Medeni Kanunu'nun 270. Maddenin 3. fıkrası) . Anlaşıyor ki buradaki arabulucunun sorumluluğu direk olarak kanundan kaynaklanan bir sorumluluk değil haksız fiilden doğan bir sorumluluk diye biliriz (KC MK m.270/2,3) .

Hatta Bu kural, arabulucunun arabuluculuk sözleşmesine katılımı olmadan, arabulucuya herhangi bir sorumluluk yüklenemeyeceği anlamına gelir.

Kanunun 9. Maddesinin 1. Fıkrası, arabulucunun bağımsız, tarafsız, davanın sonucuna ilgi duymayan, arabuluculuk için tarafların karşılıklı mutabakatı ile seçilen, arabulucu siciline dahil edilen ve arabuluculuk işlevini yerine getirmeyi kabul eden kişi olabileceği tanımıyla arabulucu belirlenmiştir.

Maddedeki tanım anlamı o ki, “bağımsız” sıfatının olası bir bağımlılık nesnesine herhangi bir gönderme yapılmadan kullanılması, onu anlamla dolu olarak değil, anlamsız kılıyor. Bu itibarla, kanaatimizce “bağımsız” sıfatının yerine “arabuluculuk taraflarından bağımsız” ibaresinin getirilmesi daha uygunluk mağnasında bulunduyor⁵⁰⁰.

Kanunu’nun 21.Maddesini inceleyince Arabuluculuk sözleşmesinin şekli ve içeriğini kapsamakta olduğunu görüyoruz, ilk 1.fıkra ise Tarafların arabuluculuk

edilmesi olduğu anlaşılınca, uyuşmazlık sonuçlandı. Davacı bu durumda, firma yöneticisi adına bir mektup yazarak onu işten kovan şefinin davranışının dolayı şahsen özür dilemesi şartıyla, 10 000 Dolar az tazminatı kabul etti. Goldberg/Sander/Rogers, Dispute Resolution: Negatiation, Mediation and Other Process, 2nd ed., Boston:Little, Brown & Co.1992,s.112.; Ildır, s.95.

⁵⁰⁰ Klimkin, s.4. (Климкин,с.4).

yoluyla anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin karşılıklı mutabakatı durumunda, yazılı olarak düzenlenmiş bir arabuluculuk sözleşmesi hazırlanır olmasını açıklamaktadır.

Öngörüldüğü gibi metin hazır olunca arabulucu ve taraflar, arabuluculuk sözleşmesinin imzalı dijital kopyalarını e-posta yoluyla değiştirebilir hakkına sahiptirler ve ardından taraflardan birinin veya arabulucunun talebi üzerine orijinalleri sunabilirler.

Bu maddenin 2. fıkrası arabuluculuk sözleşmesinin temel şartları olarak şunları sunmaktadır:

- Arabuluculuk sözleşmesinin imzalandığı tarih ve yer;
- anlaşmazlığın (çatışmanın) taraflarının adı, isimleri ve baş harfleri, temsilcilerinin yetkilerini belirten pozisyonları;
- anlaşmazlık konusu (çatışma);
- arabuluculuk tarafları tarafından seçilen (seçilenlerin) arabulucunun (arabulucuların) arabulucuların organizasyonu hakkında bilgi;
- arabuluculuk ile ilgili masrafların koşulları, prosedürü ve büyüklüğü ve arabuluculuk durumunda profesyonel olarak arabuluculuk yapılması durumunda arabuluculuğun yürütülmesi için arabulucuya (arabuluculara) ücret ödenmesi;
- arabuluculuk dili;
- tarafların arabuluculuğun gizliliğine olan yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin sonuçları;
- Arabuluculuk taraflarının anlaşmazlığının (çatışmasının) çözümünde yer alan arabulucunun (arabulucuların) arabuluculuk taraflarına zarar veren (kayıplara) yol açan eylemler (eylemsizlikler) için gerekçeleri ve sorumluluğu;
- tarafların detayları (kimlik bilgileri, ikamet yeri, iletişim numaraları);
- arabuluculuk süresinin yürütülmesi;
- arabuluculuk prosedürünün yürütülmesi;
- arabuluculuk katılımcılarının hak ve yükümlülükleri;
- arabuluculuğun sona ermesi için düzen ve gerekçeler;
- arabulucu (arabulucular) ve arabuluculuk taraflarınca belirlenen diğer koşullar.

Bu nedenle Yasa maddesinin gözden geçirildiği ve incelendiğindeki önemli koşullar arabuluculuk sözleşmesinin şekli ve içeriğın büyük bir katkı sağladığını anlıyoruz. Ayrıca tarafların böyle bir anlaşmaya varıp ve imzaladıkları prosedür arabuluculuk sürecin sona ermiş olduğunu ve faaliyetin de tamamlandığını açıklıyor.

Düzenlenecek anlaşma metni, arabulucu tarafından ifadeleri açık ve anlaşılır olmasına önem verilmeli. Ayrıca anlaşmada tarafların yükümlölükleri ayrı ayrı net belirtilmelidir⁵⁰¹.

Anlaşmazlığın faaliyeti sona ermesi usulu tarafların arabuluculuk sırasında vardıkları sonuç ve aldıkları yükümlölükleriyle çözüme ilişkin anlaşmadır.

Kanunun 27. maddesi anlaşmazlığın çözümüne ilişkin şunları belirtmiştir:

- Arabuluculuk sırasında arabuluculuk taraflarının ulaştığı anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin anlaşma yazılı olup taraflar tarafından imzalanmıştır.
- Taraflar, orijinalleri daha fazla temsil etmeden sözleşmenin imzalı dijital kopyalarını e-posta yoluyla değiştirdiyse, anlaşmazlığın (çatışmanın) çözüm anlaşması da yasal olarak uygulanabilir olacaktır.
- Anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin anlaşma, sonuca varma tarihi, yeri, arabuluculuk tarafları, temsilcileri, anlaşmazlığın konusu, arabulucu (arabulucular) ve tarafların üzerinde mutabık kalınan yükümlölükleri, bunların nasıl uygulanacağı ve zamanlaması ve bunların yerine getirilmemesi veya uygun olmayan bir şekilde uygulanmasının sonuçları ile ilgili verileri içermelidir.
- Anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin anlaşma arabulucu (arabulucular) tarafından imzalanmalıdır.
- Anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin anlaşma, arabuluculuk yapan taraflar tarafından bu anlaşmanın öngördüğü şekilde ve zaman çerçevesinde gönüllü olarak yerine getirilmeye tabi olması.
- Mahkemede dava açılmadan önce yapılan bir anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin anlaşma, tarafların hak ve sorumluluklarının oluşturulmasına, değiştirilmesine veya sona erdirilmesine yönelik bir anlaşmadır. Böyle bir anlaşmanın yerine getirilmemesi veya yanlış uygulanması durumunda, anlaşmayı ihlal eden arabuluculuk tarafı Kazakistan Cumhuriyeti yasalarının belirlediği şekilde sorumludur.

⁵⁰¹ Kekeç, s. 199; Taşpolat Tuğsavul, s.183.; Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven,s.109 .

- Tarafların sivil veya idari süreç boyunca arabuluculuk yaparken elde ettikleri anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin anlaşma, davanın üretildiği hakime derhal gönderilir. Anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin anlaşma, mahkeme tarafından Kazakistan Cumhuriyeti Medeni Usul Kanunu ve Kazakistan Cumhuriyeti İdari Usul ve Usul Kanunu tarafından öngörülen şekilde onaylanmıştır.

Bununla birlikte, ödenen devlet vergisi, Kazakistan Cumhuriyeti «Vergiler ve diğer Zorunlu Bütçelere İlişkin Ödemeler Üzerine» (Vergi Kanunu) tarafından öngörülen şekilde mükellefe iade edilecektir.

- Tarafların ceza davası sırasında arabuluculuk yaparken elde ettikleri anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin anlaşma, mağdurun neden olduğu zararı düzelterek ve suç işleyen kişiyi mağdur ile uzlaşarak anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin bir sözleşmedir.

İdari suçlar için arabuluculuk, tarafların mutabakatı yoluyla anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin bir sözleşmedir.

- Söz konusu anlaşma, ceza davasının yapıldığı ceza davasına öncülük eden kuruma derhal gönderilir ve Kazakistan Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanununun öngördüğü durumlarda cezai kovuşturmayı dışlayan veya izin vermeyen bir durumdur.

Madde, Kazakistan Cumhuriyeti'nin 20.12.21 tarihli 84-VII sayılı Yasasına uygun olarak 7-1 maddesi ile tamamlanmaktadır

7-1. Mülkün bölünmesi veya mülkün teminatı ile ilgili anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin anlaşma, Kazakistan Cumhuriyeti yasalarına uygun olarak taşınmaz mal haklarının devlet tescili ve/veya taşınır mal teminatının tescili için temel teşkil etmektedir.

- Çatışmanın çözümüne ilişkin anlaşma, taraflarca imzalandığı gün yürürlüğe girer.

Madde, Kazakistan Cumhuriyeti Yasası uyarınca 31.10.15 tarihli 378-V sayılı (1 Ocak 2016'dan itibaren yürürlüğe girmiştir) 9.fıkra ile tamamlanmaktadır; Kazakistan Cumhuriyeti Kanununun 20.12.21 tarihli 84-VII sayılı kanununda belirtilmiştir (bkz. eski metni.)

- Anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin anlaşmanın yürütülmesinden kaçınılması durumunda, ilgili taraf Kazakistan Cumhuriyeti'nin usul kanunları tarafından belirlenen kurallara uygun olarak mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

F.Arabuluculuk Giderleri ve Sorumluluk

Arabuluculuğun sonuçlanması ve anlaşmanın da taraflarca imzalandığından itibaren arabulucu katılımıyla başlanan faaliyetin tamamlandığını bildirir. Bu sürecin karşılığı olarak arabulucu, ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Hatta işin başlangıcından taraflardan belli bir miktar avans ta talep etme hakkı doğabilir. Çünkü böyle bir fonksiyonun direk olarak kanuna aykırılığı yasada öngörülmemektedir. Kazak ve Rus doktrinde arabulucunun faaliyeti sona erdiğinde arabulucunun ücreti karşılığı anlamında her hangi bir masrafla ilgili düşünce veya arabulucunun bu nedenle hizmet veren veya verecek olan taraftan hizmetin karşılığı olarak bir talepte bulunma veya önceden bir avans şeklinde veya sonradan iş sona erince ücretini alabilme gibi bir yorum gözükmemektedir.

Tarafların uyuşmazlıklarını düzenleme sırasında arabulucunun ücreti ile ilgili tamamlayıcı hüküm anlamında Kanunda öngörülen norm 22. Madde sayılmaktadır ve arabuluculuk ile ilgili belirlenen masraflar şunları içerir:

- arabulucunun ödülü;
- arabulucunun arabuluculukla bağlantılı olarak, anlaşmazlığın değerlendirildiği yere seyahat masrafları, konaklama ve yemek masrafları da dahil olmak üzere, arabulucunun uğradığı masraflar.
- Profesyonel sayılan arabulucular hem ücretli hem de ücretsiz olarak arabuluculuk yaparlar.
- Profesyonel arabulucunun (arabulucuların) ücretinin miktarı, arabuluculuk başlamadan önce tarafların arabulucuyla (arabulucular) anlaşmasıyla belirlenir.
- Tarafların anlaşmasıyla aksi belirtilmedikçe, arabuluculukla ilgili masraflar taraflar tarafından ortaklaşa eşit oranda ödenir.
- Arabulucu, tarafsızlığını engelleyen koşullar nedeniyle arabuluculuk yapmayı reddederse, taraflar tarafından kendisine ödenen parasal tutarları iade etmekle.

Kamu arabulucularının faaliyetleri hiçbir ücret ödemedi yapılmaktadır olduğu denilmiştir. Ama söz konusu olan arabuluculara, bu Kanunun 21. maddesinin 2. Fıkrasının 5. alt fıkrasında belirtilen arabuluculuk ile bağlantılı olarak yaptıkları masraflar geri ödenecek olduğu belirtilmektedir (AK m.22/1-6).

Aynı zamanda, tarafların medeni hak ve yükümlölüklerini tesis etmeyi, değiştirmeyi veya sona erdirmeyi amaçlayan bir tür işlem olan mahkemede bir hukuk davasının değerlendirilmesinden önce sonuçlanan anlaşmazlığın çözümüne ilişkin bir norm vardır. Böyle bir anlaşmanın yerine getirilmemesi veya uygunsuz bir şekilde yerine getirilmesi durumunda, anlaşmayı ihlal eden arabulucu taraf Kazakistan Cumhuriyeti yasalarının öngördüğu şekilde sorumlu olacaktır (AK m. 27/1)⁵⁰².

Bununla beraber Uygulama, arabuluculuk düzenindeki anlaşmazlığı çözmek için yapılan anlaşmanın basit bir anlaşma olmadığını, ancak yasal anlaşmazlığı veya çatışmayı çözen bir anlaşma olduğunu göstermektedir.

Kanunun 27. Maddenin 4.fıkrası sorumlukla ilgili mahkemede dava açılmadan önce yapılan bir anlaşmazlığın (çatışmanın) çözümüne ilişkin anlaşma, tarafların hak ve sorumluluklarının oluşturulmasına, değerştirilmesine veya sona erdirilmesine yönelik bir anlaşmadır. Böyle bir anlaşmanın yerine getirilmemesi veya yanlış uygulanması durumunda, anlaşmayı ihlal eden arabuluculuk tarafı Kazakistan Cumhuriyeti yasalarının belirlediği şekilde sorumludur bildiriyor. Ama buna rağmen arabuluculuk sorumluğu maddi, idari ve cezai sorumluluktur.

Kanunun güncelliğini yitirmiş hükümlerinin bulunması durumlardaki uygulama veya yasanın eski normlarının varlığı konusunda, Kanun'un 27. Maddesinin 9'cu bentine göre, sözleşmenin ifasından kaçınma durumunda, ilgili taraf, basitleştirilmiş yazılı işlem şeklinde sözleşmeden doğan yükümlölüğün yerine getirilmesi için bir başvuru ile mahkemeye müracatta bulunabilir hakkına sahiptir. Ayrıca yazarın kınadığı böyle bir eleřtiri⁵⁰³ sonrası 28.01.2011 tarihinde No.401-IV "Arabuluculukla ilgili" Kanunu'na yapılan değerşiklikler ile eklemelere bir daha yapılan tarih ise, 20.12.2021 olarak belirlenmiştir.

Kanunda öngörölün sorumluluklarla beraber, bizim görüşümüze göre gizlilik ilkesinin kendisi yeterince korunmamaktadır, çünkü bu ilkenin gizlilik

⁵⁰² Suleymenov, Makale, s. 10.
(Сулейменов, Статья, с.10) .

⁵⁰³ Klimkin,s.6. (Климкин, с.6).

ilkesinin ihlali için öngörülen sorumluluk İdari Suçlar Yasası'nın 85. maddesi uyarınca parasal ceza uygulanmamaktadır ve onun bedeli ise 20 aylık hesaplama endeksine kadar idari sorumluluk verilmektedir⁵⁰⁴.

Ayrıca Kazakistan Cumhuriyeti Cezai Kanun'un 251 maddesinin 1. fıkrasına göre, arabulucu için cezai sorumluluk vardır. Kanunun bu maddesi arabulucunun faaliyetinin amacına aykırı olarak kendisi veya diğer kişi veya kuruluşlara menfaat ve menfaat elde etmek veya başka kişi veya kuruluşlara zarar vermek amacıyla hareket etmesi halinde cezai sorumluluğu vardır. Bu eylem vatandaşların veya kuruluşların haklarına ve meşru çıkarlarına veya toplumun veya devletin yasal olarak korunan çıkarlarına önemli ölçüde zarar verdiyse durumunda uygulanmaktadır.

IV. ZORUNLU ARABULUCULUK VE ÖZELLİKLERİ

Zorunlu arabuluculukla ilgili açıklamalara daha geçmeden evvel Türkiye ile Kazakistan arasındaki bir iş davası çıkma durumundaki mevcut hukuki sistem yargısına göre mahkeme sisteminin kurumu nasıl ve nasıl bakılacağına üzerine duralım. Örneğin, Kazak hukuk sisteminde bir Türk hukuk sistemindeki gibi 7036 sayılı İş Mahkemeler Kanununa dayanak özel kanunla kabul edilip ve yürürlükte bulunan özel mahkeme söz konusu olamasıdır⁵⁰⁵.

23 Kasım 2015 tarihinde Kazakistan Cumhuriyeti İş Kanunu kabul edildi. Arabuluculuk, iş uyuşmazlıklarının çözümünün bir yolu olarak, bu normatif düzenlemede, uzlaşma komisyonuna başvurma süresinin askıya alınması söz konusu olduğunda sadece gündelik olarak bahsedilmektedir: “Bireysel iş anlaşmazlıklarının incelenmesine ilişkin temyiz süresi, söz konusu iş anlaşmazlığına ilişkin arabuluculuk sözleşmesinin geçerlilik süresi boyunca ve kurulmadan önce uzlaşma komisyonunun yokluğu durumunda askıya alınır“ (Kazakistan Cumhuriyeti İş Kanununun m.160/ 2).

Kazakistan Cumhuriyeti'nin Arabuluculuk kanununda, arabuluculuk uygulamasının kapsamı açıkça yazılmıştır. Ve buna göre; Kanunun 1. maddesi arabuluculuğun uygulama alanı, sivil, iş, aile ve diğer hukuki ilişkilerden, bireylerin ve/veya tüzel kişilerin katılımıyla ortaya çıkan anlaşmazlıklar ve çatışmalar ile

⁵⁰⁴ Dyachuk, s.222. (Дячук, с. 222).

⁵⁰⁵ Özekes, “**Temel Hukuk Bilgisi**”, s.159-160.

Kazakistan Cumhuriyeti'nin idari ve cezai yasalarına göre idari, ceza davalarında ve yürütme   retiminin gerçekleştirilmesinden kaynaklanan ilişkilerdir olduğu belirlenmi  dir. Ama bu arabuluculuğun uygulama alanlarıyla beraber i   ilişkilerden doğacak olan uyuşmazlıkların (ihtilafın) mahkeme öncesi yapılması gereken zorunlu arabuluculuk olduğu öngörülmektedir be bunu da dava şartı olarak kabul edildiğini açıklayacağız.

    Kanunu kabulunden sonra uzlaşma komisyonunun rolünü ve işlevini hatırlatan bütün bir madde ortaya geldi (    K madde 165) .

Aynı maddenin 1.fıkrasında, Uzlaşma Komisyonu'nun tarafların i  verenenden ve çalışanlardan eşit sayıda temsilciden eşit olarak eşit şartlarda ortak bir kararla oluşturulan bir organ olduğu belirlenmi  dir.

Uzlaşma komisyonu oluşturma kararına gelince, işverenin ve işverenlerin (temsilcileri tarafından)   alı  anlarının (temsilcilerinin) dikkatine bir araya getirilmesi (dernek, birlik) tarafından ya da toplu pazarlık sırasında anlaşmazlık protokolünün hazırlanması yoluyla kararının bildirilmediği tarihten itibaren 3 (   ) i   günü içinde alınır. Organizasyonda birden fazla işçi temsilcisinin bulunması durumunda, komisyonun çalışmalarına katılmak için tek bir temsilci organ kurarlar.

Aynı maddenin diğer, 2. fıkrasına göre, işveren, işverenlerin birliği (dernek, birlik), uzlaşma komisyonunun çalışması için gerekli koşulları yaratır olmasıdır.

3. fıkra ise, Uzlaşma Komisyonu, işçilerin (temsilcilerinin) ba  svuru tarihinden itibaren en geç 7 (yedi) iş günü içinde taleplerini dikkate alır. Uzlaştırma komisyonu tarafından taleplerin gözden geçirilmesi prosedürü, söz konusu gözden geçirme süresinin uzatılması tarafların anlaşması uyarınca yapılır ve protokol düzenlenir.

Kanunun 5.fıkrasına göre, Komisyonun kararı tarafların anlaşmasına dayanarak alınır, tarafların temsilcileri tarafından imzalanan protokol tarafından düzenlenir, taraflar i  in bağlayıcı bir hüküm de olabilir veya vardır ve uzlaşma komisyonunun kararı ile belirlenen prosedür ve zaman çerçevesinde yerine getirilir. Eğer taraflardan birinin protokolde imzalamayı reddetmesi durumunda, protokoldeki diğer taraf tarafından uygun bir kayıt (onunla ilgili gerekli açıklama) yapılır.

Kazakistan Cumhuriyeti     Kanununun 162. maddesine göre, uzlaşma komisyonunda toplu iş anlaşmazlığını düşünürken rıza olması durumunda, tarafların

karşılıklı rızası ve arabuluculuk prosedürünün uygulanması yoluyla değerlendirilmesi mümkündür.

Anlaşıldığı gibi, Kazakistan'daki arabuluculuğun kapsamı Türkiye'den daha geniştir. Her iki ülkenin yukarıdaki yasalarında kısmen de olsa arabuluculuk kavramı verilmiştir. Böylece Kazakistan'da arabuluculuk, taraflar arasındaki anlaşmazlığın (çatışmanın) arabulucunun (arabulucuların) yardımı ile karşılıklı olarak kabul edilebilir bir çözüme ulaşmaları için tarafların gönüllü rızasıyla gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Ve Türkiye'de arabuluculuk: sistematik teknikler uygulayarak, tarafları müzakere ve toplantılar amacıyla tek bir yere getirerek, tarafları bir araya toplayarak anlaşmazlıkları çözme yöntemi mevcuttur.

Bu nedenle, kendi kararlarını ve çözüm önerilerini geliştirmelerini sağlamak için aralarında bir iletişim süreci kurmak ve tarafların bir çözüm üretmediklerini ortaya çıkarırsa, o zaman özel eğitim almış tarafsız ve bağımsız bir üçüncü tarafın katılımıyla, birbirlerini anlamak ve böylece aralarında bir iletişim süreci kurmak. Yukarıdaki Yasanın Türk hukukunda yürürlüğe girmesinden bu yana, alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri, doğal olarak ve uygulandıkça devlet yargı organlarıyla rekabet etmeyen, yargılanma hakkına müdahale etme işlevi görmeyen, istisna gibi işlevler yaratmayan bir uyuşmazlık çözümü yöntemi olarak hareket etmeye devam etmektedir⁵⁰⁶.

Kanunun 6. fıkrasına gereğince, uzlaşma komisyonunda bir anlaşmaya varılamazsa, işi sona erer ve anlaşmazlığı çözmek için iş tahkimi oluşturulur.

Şimdi de iş tahkimin kuruluş prosedürünün 166. Maddesinin 1.fıkrasına göre açıklarsak, iş tahkimi (arbitraj), toplu iş anlaşmazlığı tarafları tarafından uzlaştırma komisyonunun feshedildiği tarihten itibaren beş iş günü içinde kurulacaktır.

İş tahkiminin üye sayısı, kişisel bileşimi, iş anlaşmazlığının gözden geçirilmesi prosedürü, tarafların anlaşmasıyla eşit olarak belirlenir. İş arbitrajı en az beş kişiden oluşmalıdır. İş tahkimine devlet emek müfettişi dahildir.

⁵⁰⁶ Pekcanitez H., Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (**Hukuki Perspektifler Dergisi** 2005/5), s.15.;Tanrıver, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış,crp.821; Özekes, Pekcanitez, Usul-Medeni Usul Hukuku, C.III, 15.Bası, İstanbul 2017, s. 2806; Özekes M., Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, № 7, июль. 2006, стр.42; Özbek S., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2004, стр.191, Ekmekçi, Özekes, Atalı, Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2 Bası, İstanbul 2019., s. 8.

İşçilerin söz konusu gerekliliklerine göre, uzlaşma komisyonu üyeleri iş tahkiminin bir parçası olamaz (İş.K m.166/2).

Kanuna göre, İş tahkim başkanı, tahkim üyeleri tarafından kendi sayılarından seçilir. Toplu iş anlaşmazlığı, toplu iş anlaşmazlığının taraf temsilcilerinin zorunlu katılımıyla ve gerekirse diğer paydaşların temsilcilerinin katılımıyla iş tahkim mahkemesi tarafından kabul edilir. Anlaşmazlığı gözden geçirme prosedürü iş tahkim mahkemesi tarafından belirlenir ve toplu iş anlaşmazlığının taraflarının dikkatine sunulur.

İş tahkim kararı, kurulduğu günden itibaren en geç yedi iş günü içinde tahkim üyelerinin oylarının çoğunluğuyla yapılır. İşçi hakemliği üyelerinin oylarının bölünmesinde, cumhurbaşkanının oyu eşit derecede belirleyici olacaktır. Karar motive edilmeli, yazılı olarak açıklanmalı ve hakemliğin tüm üyeleri tarafından imzalanmalıdır.

İş tahkiminin kararı, tarafların toplu iş anlaşmazlığının yürütülmesi için zorunludur. (İş.K m.166/6,8) .

SONUÇ

Bir hukuki ilişkinin taraflarının hak ve yükümlülüklerini ihlali ve bunu yerine getirmemesi halinde hukuki uyuşmazlık ortaya çıkmaktadır. Hukuki uyuşmazlık ortaya çıktığında da bu uyuşmazlığın giderilmesi için uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulmaktadır. Arabuluculuk da bunlardan biridir. Bu çalışmanın amacı da, Türk, Rus ve Kazak hukuku bakımından arabuluculuğun incelenmesidir. Çalışmada hem genel anlamda arabuluculuk hem de bu üç ülke bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır.

Türkiye'de uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri içinde arabuluculuğun rolü her geçen gün artmaktadır. Arabuluculuk bir mahkeme veya tahkimde görülen uyuşmazlık öncesi veya bu uyuşmazlığın görüldüğü sırada tarafların gönüllü olarak tercih ettikleri seçtikleri bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu çerçevede çalışmada, Türk doktrininde üzerinde durulan arabuluculukla ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile ilgili kavram ve kurumlar incelenmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak müzakere, tarafsız ön değerlendirme, tespit veya keşif, kısa yargılama (duruşma), arabuluculuk-tahkim gibi yöntemlere de kısaca değinilmiştir. Bunların içinde arabuluculuk özel olarak ele alınıp değerlendirilmiştir.

Türkiye'de arabuluculuk konusunda oldukça kapsamlı bir mevzuat söz konusu olup arabuluculuk faaliyeti ile arabulucunun statüsü, hukuki durumu ayrıntılı düzenlenmiştir. Arabulucu yargılama yapan bir kimse konumunda olmadığı gibi, bir memur da değildir. Bununla beraber arabulucu belirli standartları ve şartları taşıması gereken belirli sınavlar sonunda sertifikasyonla işlem yapan kişidir. Ayrıca faaliyetlerini de yine devletin kontrolü altında yürütürler. Faaliyetlerini serbestçe yürütürler, serbest bir faaliyetle işlemleri yaparlar, ancak arabuluculuğa ilişkin sınırlama ve kurallara da tâbidirler. Arabulucuların kamusal nitelikli özel bir statüsü bulunmaktadır.

Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler, arabuluculuğa başvurma özgürlüğü, arabuluculuk sürecini devam ettirme ve durdurma özgürlüğü, arabuluculuğu reddetme özgürlüğü çerçevesinde iradilik ve gönüllülük, bunun yanında tarafların eşitliği ve gizliliğidir. Bu temel ilkelerle faaliyet yürütülmektedir.

Arabuluculuğa ilişkin temel düzenleme 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunudur. Bu Kanuna göre arabuluculuk, sistematik yöntemlerin uygulanması, müzakere ve tartışma yoluyla uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin yer aldığı, tarafları birbirlerini anlamak için bir araya getiren, tarafların kendilerinin bir karşılıklı anlayış geliştirmesini sağlayan gönüllü bir uyuşmazlık çözme yöntemi olarak tanımlanmaktadır. Arabulucu hem taraflar arasında karşılıklı iletişimi sağlamakta ve uyuşmazlığın çözümü zeminini kolaylaştırmakta hem de tarafların menfaatleri kapsamında uyuşmazlığı çözmelerine yardımcı olmakta, duruma göre öneride bulunabilmektedir. Arabuluculuk sürecinde taraflar uyuşmazlığı yeniden değerlendirme imkanına sahip olurlar; bu çerçevede farklı bir bakış açısı ile arabuluculuk ilkeleri kapsamında gönüllü olarak uyuşmazlığı menfaatlerine en uygun şekilde çözerler. Arabulucu bu süreçte karar veren değil, çözüme yardımcı olan katkı sağlayan kişidir.

Arabuluculuk aslında yargılama ile devlet yargısı ile rekabet etmeyen barışçıl bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Zorunlu arabuluculuk konusunda Türk hukukunda yeni ve gelişen düzenlemeler yapılmış ve bazı konular zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Bu konuda doktrinde eleştiriler yapılmaktadır. Özellikle hak arama özgürlüğü ve gönüllülük ilkesine aykırılık yönünden eleştirilmektedir.

Arabuluculuk, yargılamadan farklı olarak değişik alternatifler üreterek uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırmaktadır. Bu kapsamda farklı teknikler ve yöntemler kullanılarak uyuşmazlığın çözümü için uygun olan süreçler işletilmektedir. Arabuluculuk bu yönüyle dostane farklı teknikler, alternatifler ve yöntemlerle bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Tarafların tasarruf etme imkanı olmayan konularda arabuluculuk mümkün değildir. Ancak bununla birlikte arabuluculuk özel hukukun birçok alanında geniş bir çerçevede uygulanmaktadır. Taraflar bu alanlarda arabulucuya başvurup başvurmamak konusunda serbesttir. Ancak bazı konularda, dava açmadan önce dava şartı olarak arabulucuya başvurmak zorunludur. Bunlar ticari uyuşmazlıklar, iş uyuşmazlıkları, tüketici uyuşmazlıkları, kat mülkiyet, kira gibi uyuşmazlıklardır. Bu tür alanlarda dava açmadan önce mutlaka arabuluculuğa başvurmak zorunlu kılınmıştır. Arabuluculuk başarısız olur ve taraflar anlaşamazlarsa o zaman dava açılabilir.

6325 Sayılı Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanununun kabulünde sonra bu konuda arabuluculuk hızla gelişmiş, yeni düzenlemeler yapılmıştır. Farklı yönlerden eleştiri yapılmakla birlikte zorunlu arabuluculuk alanları da genişlemiştir.

Türk hukukunda hem genel anlamda hem de özellikle zorunlu arabuluculuk kapsamında bazı sorunlar ortaya çıkmakta ve eleştiriler yapılmaktadır. Ancak buna rağmen farklı şekillerde arabuluculuğa ilişkin bir gelişim gözlemlenmektedir. Bu kapsam özellikle yargıdaki iş yükünün azaltılması, tarafların uzlaşmaya teşvik edilmesi, arabuluculuk sonunda varılan anlaşmaların ve belgelerin icrasının güçlendirilmesine yönelik çalışmalar söz konusudur. Türkiye’de kısa sürede arabuluculuğun birçok tartışmaya rağmen gelişim ve değişim içinde olduğu söylenebilir.

Rusya’da arabuluculuğun bugünkü gelişimine ilişkin başlangıç 27 Temmuz 2010 tarihli No.193-FZ sayılı Rusya Federasyonu Federal Kanununun kabulüdür. Kanun kapsamında bir üçüncü kişinin/arabulucunun katılımıyla alternatif bir uyuşmazlık çözüm prosedürü (arabuluculuk prosedürü) düzenlenmiştir. Burada arabuluculuğun kapsamı medeni, idari ve idari uyuşmazlıklardan kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Özellikle girişimcilik ve ekonomışk faaliyetlerin geliştirilmesi kapsamında çalışma ve iş ilişkileri, ayrıca ilişkileri de bu kapsamdadır. Yeni gelişen bu alanda Rus doktrinde Türkiye’deki çapta bir çalışma olmasa da doktrinde bu konudaki çalışmalar her geçen gün artmaktadır. Ayrıca Rusya Federasyonu Medeni Usul Kanunu'nun 14.1. maddesinde ayrıca “uzlaşma prosedürleri” ve “uzlaşma anlaşması“ ile ilgili hükümler düzenlenmiştir.

Kazakistanda ise arabuluculuk Türkiye ve Rusyaya göre biraz daha yeni sayılabilir. Kazakistan Cumhuriyeti Medeni Usul Kanunu Bölüm 17 uyarınca mahkeme, tarafların uzlaşmasına yönelik önlemler alır, sürecin her aşamasında anlaşmazlığın çözümünde onlara yardımcı olur ve taraflara uzlaşma prosedürüne katılmasına da davet eder. Arabuluculuk, bir hakimin veya arabulucunun yardımı ile gerçekleştirilebilir. Bu kapsamda Kazakistan Anayasası ve kanunları çerçevesinde arabuluculuk faaliyeti de yürütölmektedir.

Kazakistanda mahkeme içi arabuluculuk olarak nitelendirilebilecek arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde arabuluculuk süreçleri yürütölebilmektedir. İlk derece taraflar uzlaşmak isterlerse arabuluculuk yapmak için uyuşmazlığa başka bir

hakimin bakması istenebilmektedir. Bu durumda dosya kendisine aktarılan hakim arabulucu sıfatıyla uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olabilmektedir. Şayet bir anlaşma olmazsa ve uyuşmazlık bu yolla çözüme kavuşturulmazsa, bu durumda aynı hakimin tarafların rızasıyla uyuşmazlığa hakim olarak bakması da mümkün olabilmektedir. Temyiz mahkemesinde arabuluculuk yapmak içinse, dava kural olarak mahkemenin hakimlerinden birine aktarılması söz konusudur.

Bu çalışmanın tamamından anlaşılacağı üzere ülkelere göre bazı farklılıklar olsa, arabuluculuk uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, üçüncü bir kişi tarafların kural olarak gönüllü olarak başvurması sonucu, onların arasındaki bir uyuşmazlığın çözümü için iletişimi sağlayarak anlaşmalarına çaba göstermektedir. Bu şekilde tarafların ortak menfaatlerinde buluşarak, uyuşmazlığı çok büyümeden çözümü ve anlaşmaya varmaları amaçlanmaktadır. Arabulucu bir karar veren kişi konumunda değildir, ancak tarafların anlaşmasına yardımcı olur. Arabulucunun nitelikleri ve statüleri ülkelere göre farklılık gösterse de temel amaçları aynıdır.

Üç ülkede farklı düzenlemeler kapsamında arabuluculuk ele alınmıştır. Bazen yargılamayla daha sıkı bir ilişki içinde bazense yargılamadan ayrı bir şekilde bu faaliyet sürdürülebilmektedir. Arabuluculuğun zorunlu olup olmaması, davadan önce arabulucuya başvuru konusunda bir zorunluluk bulunup bulunmaması bakımından da bazı farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Ancak arabuluculuk asıl olarak gönüllü yürütülen bir faaliyettir.

Arabuluculuğun süreci konusunda da bazı farklar olsa da temelde arabuluculuk esnek bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bazen arabulucunun öneride bulunması da söz konusu olabilmekte, bazense sadece aracı konumunda kalması beklenmektedir.

Her üç ülkede de arabuluculuğun bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak yargının iş yükünü azaltması, daha az masrafla daha kısa sürede uyuşmazlıkların çözümü amaçlanmaktadır. Ancak bunun her zaman gerçekleşmesi mümkün olamamaktadır. Bunu sağlamak için örneğin Türkiye’de zorunlu arabuluculuk olsa da, temel amaç tarafların kendi uzlaşmalarıdır. Yine her üç ülkede de arabuluculuk anlaşmalarının kalıcı şekilde uygulanabilmesi istenmektedir.

Farklı açılardan düzenlemelerin olduğu, ancak temel amaç ve ilkelerin aynı olduğu arabulucuk, bu amaçlara uygun şekilde gelişip uygulandığında hem uyuşmazlıkların çözümünde hem de toplumsal gelişmeye katkı veren bir önemli bir yöntem olacaktır.



KAYNAKÇA

TÜRK KAYNAKLARI:

ABDULLAH Soysal, YASEMİN Yalçın, Örgütlerde Farklılıkların Yönteminde Yeni bir Yaklaşım:Müzakereci Kişilik, Makale, **Kahramanmaraş Sütçü Üniversitesi İktisad ve İdari Bilimler Fakültesi Dergi**, yıl 2013, Cilt:3, Sayı:1-27-41, s.29, 13.01.2016.AVRUPA Konseyi Projesi, Ankara 2019, s.45.

AĞIRNAS Yılmaz, “Hukukumuzda Arabuluculuk” (Gerekçeli, İçtihatlı), İhtiyari Arabuluculuk, Zorunlu Arabuluculuk, Ticaret Mahkemelerinde Zorunlu Arabuluculuk, İş Mahkemelerinde Zorunlu Arabuluculuk, Tüketici Mahkemelerinde Zorunlu Arabuluculuk Ankara, 2021.

AKAN Pınar, **Arabuluculuk ve Deniz Hukuku’na İlişkin İhtilaflarda Uygulanması**, Ankara 2013, s.14- 37.

AKİL Cenk, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak ArabuluculukHakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değermelendirler, TAAD, Sayı:11, Makale, 2020, (E.T. 13.12.2022).

AKKAN Mine, Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, İzmir, Sayı: 2, s.24-27, 2018, Makale Kabul Tarihleri, 12.10-08.11.2018 .

Alangoya Yavuz/ Yıldırım Kâmil/ Deren-Yıldırım Nevhis: **Medeni Usûl Hukuku Esasları**, İstanbul 2009.

Alangoya, Yavuz, **Dava Temeli, Hakimin Dava Malzemesinin Toplanmasıdaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında** (KHD 2005/9,s.83-113) (Alangoya-Dava-Temeli).

AVCI Mustafa, GÜNCAN Gökhan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Mevzuatı, Ankara, 2019.

BAGSHAW Dale, Günümüz Dünyasında Arabuluculuk: Fırsatlar ve Challenges, s.191., © **Arabuluculuk ve Uygulamalı Uyuşmazlık Analizi Dergisi**, 2015, Cilt. 2, No.1., (Mediation in the World Today: Opportunities and Challenges, © **Journal of Mediation and Applied Conflict Analysis**, 2015, Vol. 2, No. 1) .

BAGSHAW, Dale. Mediation in the World Today: Opportunities and Challenges. *Journal of Mediation & Applied Conflict Analysis*, 2015, 2.1: 187-200.

BAŞDEMİR, Osman Can, İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, Makale, 2020, s.4 .

BECK Lucia,” **Mediation und Vertraulichkeit**”, Munich 2008.

BİLGİN Hikmet, Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk, **Ankara Barosu Dergisi**, 2009, s. 9-21.

Burcu Demirbaş Aksüt, “**Vergi Anlaşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Uzlaşma**”, 1.Baskı-İstanbul, Ocak 2021.

BÜHRİNG-Uhle s.273.; Serdar-**Alternatif Uyuşmazlık Çözümü** s.592.

CAN Hacı, **Avrupa Birliği Mevzuatı**, Ankara, 2017 .

CANBOLAT Talat, İş Hukuk Alanında Arabuluculuk (Arabuluculuk Zirvesi II, İstanbul 2020, s.161-170) .

CENAP ÇAKMAK, **Avrupa Birliği Hukuku**, 2.Baskı, İstanbul, s.289.

DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, (6-7 Aralık 2018), Ankara, Editör:Doç. Dr. Ersin Erdoğan, Konuşmacı:, 6325 Sayılı Kanun'un Aile Hukuku Uyuşmalıklarında Uygulanabilirliği, s.53-57.

DOĞAN Kadir Caner, Ahilik Teşkilatı, Ombudsman ve Etik İlişkisi, Global Journal of Economics and Business Studies Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 7, Makale, s.28., İnternette alınıdığı tarih:03.08.2023.

EKMEKÇİ Ömer, ÖZEKES Muhammet, ATALI Oğuz, VURAL Seven, **Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarî ve Zorunlu Arabuluculuk**, İstanbul, 2019.

FOLBERG Jay/Taylor, Alison, **Mediation, A.Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation**, San Francisco 1984.

FOLGER.,Joseph P/BUSH. Robert A/ Baruch: “Ideology, Orientations to Conflict, and Mediation Discourse” (FOLGER. Joseph P./JONES Tricia S.: New Directions in Mediation, Communication Research and Perspectives, Thousand Oaks.1994, s. 3-25.

GOLDBERG Stephen B./Sander, Frank E.A./ Rogers, Nancy H./Gole, Sarah R. : **Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes**, New York 2003.

GOODMAN, Andrew: **Arabuluculukta Etkili Taraf Vekiliği-Uygulayıcı Rehberi**, United Kingdom 2016 (Goodman-Etkili Taraf Vekilliği)i

ILDIR Gülgün, “**Alternatif uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)**”, Ankara, 2003.

İBRAHİM, Ermeneki, BETÜL, Azaklı Arslan; “İcra ve İflas Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Baivuru Zorunluluğu (TTK m.5/A)”, (**Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2020, S.148, s.134-190).

İRFAN Atış, Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi, **Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya İtisat Dergisi**, Cilt 8 Sayı, 2019.

KEKEÇ Elif Kısmet, “**Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**”, Ankara, 2016.

KEKEÇ Kısmet Elif , Temel Arabuluculuk Eğitimi katılımcı Kitabı (Ed.: Yeşilirmak A./Kekeç E.K.) Avrupa Konseyi Projesi, Ankara 2019.

KOÇYİĞİT İlker BULUR Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Yazarlar: Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi Başkanı Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi, Makale, Ankara, Mart, 2019 .

LAWTON, Hansor R., **Alternative Dispute Resolution and Negotiation Skills (Unpublished Lecturer Notes)**, Houston 2002.

LAWTON, Hansor R.:**Preventative Use of ADR (Handbook of Alternative Dispute Resolution**, Austin 1990, s. 19-34).

MACKİE Karl/ MİLES,David/Marsh,William/Allen, Tony: The ADR Practice Guide, Commercial Dispute Resolution, London 2007.

Menkel-Meadow, Carrie: Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving (UCLA Law Review 1984,Vol.31, s.754-842) (Menkel-Meadow-Legal Negotiation).

MERRİL, Marsha L., Mediation (Handbook of Alternative Dispute Resolution, Austin 1990, s.37-55).

MOORE (Moore Ch.W. The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict [Electronic resource]. – Fourth edition. – San Francisco, 2014., P. 20., URL: https://books.google.ru/books?id=_34wfAwAAQBAJ&printsec

MOORE Christopher W.: The Mediation Process, Practical Strategies For Resolving, Conflict, Third Edition, San Francisco, 2003.

MOORE W.Christopher /Çeviri Editörleri: Tarkan Kaçmaz-Abbas Türnüklü, Çevirmenler: Tarkan Kaçmaz-Mustafa Tercan, **Arabuluculuk Süreci/ The Mediation Process**, 4.Basımdan çevri, Ağustos, Ankara, 2016.

Muhammed Erdal, Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Bir Müzessese “Sürekli hakemlik Mahkemesi”, Hukuk ve Bilişim, 3.**Nesil Hukuk Dergisi**, 12.03.2021, DEU, s.2877-2878

NOLAN-Haley, JACQUELINE M.: Alternative Dispute Resolution in a Nutshell, (Nolan-Haley- Alternative Dispute Resolution), St.Ppaul 2001.

ÖZBEK Serdar, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 5.Baskı, Ankara, 2022.

ÖZBEK Serdar, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 1 Cilt, s.592*.

ÖZBEK Serdar, The Hague 2008,s.19; Özbek-“Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, Ankara-2016, s.592—593.

ÖZEKES Muhammet, EKMEKÇİ, Ömer, ATALI Murat, SEVEN Vural, “**Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**”, 2.Baskı-İstanbul, 2019.

ÖZEKES Muhammet., “Arabuluculuk Mahkemelerine” Doğru Tehlikeli Gidiş, Duruşma Arası Bir T.C. **Kayseri Barosu Dergisi**, Sayı:01, Makale, Ocak, 2019, Kayseri, s.53- 54.

ÖZEKES, Muhammet, 9. Tüketici Hukuk Kongresi (2020), Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, Makale, Editör:Hakan Tokbaş.

ÖZEKES, Muhammet, Çiftçi, Pınar; “Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden bir Bakış)”, (**Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2020, S.148, s.101-134).

ÖZEKES, Muhammet, **Temel Hukuk Bilgisi**, İstanbul, 10. Baskı, Eylül, 2019.

ÖZEKES, Pekcanitez Usul, C.III, s.2803 vd.Özekes Muhammet, “Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu”, 6-7 aralık 2018, Zorunlu arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakiminden Değerlendirilmesi “Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirili Bir Yaklaşım” Evaluation of Mandatory Mediation With Regard to Right to an Effective Remedy and Principles of Mediation “A Critical Approach to Mandotory Mediation”

ÖZMUMCU Seda, “**Arabuluculuk Modelleri**”, İstanbul, 2021.

ÖZMUMCU Seda, “**Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk sisteminde Arabuluculuk Kurumun Genel Bakış**”, İstanbul,2013.

ÖZMUMCU, Seda, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, Makale, İstanbul, 2016.

ÖZSUNAY Ergun, **Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmalarının İcrası Hakkında Singapur Sözleşmesi ve Uncitral Model Kanunun**, İstanbul, 2021.

PEKCANITEZ Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/ ERDÖNMEZ,Güray/AKKAN, Mine/YEŞİLIRMAK Ali, KORKMAZ Taş Hülya: “Medenî Usûl Hukuku, C.1.2.3., İstanbul, 2017 (Pekcanıtez-Usûl).

PEKCANITEZ, Hakan, Atalay,Oğuz, Özekes Muhammet, “**Medenî Usûl Hukuku**” Ders Kitabı, 9.Bası, İstanbul,2021.

PEL, Machteld: Referral to Mediation: A Practical Guided For an Effective Mediation Proposal, Kurt Resul, İş Yargısında Arabuluculuk, **TBB Dergisi**, 2018 (135), Ankara, Makale, s.341-371.

ŞENGÜL Mehmet, Kat Mülkiyetinde Ortak Yer ve Tesislerin Niteliliğinin Değiştirilmesi (Changing of Characteristics of Common Places and Facilities in Flat Ownership) , Makale, Aralık 2016s.203-229.

TANRIVER Süha, “**Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk**”, Ankara, 2020.

Temel Arabuluculuk Eğitim Katılımcı Kitabı (Ed: Yeşilırmak A./Kekeç E.K., Alper B.), Avrupa Konseyi Projesi, Konuşmacılar: Marla da Concelçio Olivera, Rimantas Simaitis, Arabuluculuğun Aşamalarının Gözden Geçirilmesi, Ankara 2021, s.81-85.

Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, İstanbul, 2019. Temel Arabuluculuk Eğitim Katılımcı Kitabı (Ed: YEŞİLIRMAK A./Kekeç E.K.), Örnek:Budak, Ali Cem “İspat Hukuku Açısından Hekimin Meslek Sırrı”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslar arası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008, İstanbul. D.T. TıkTık.

TIKTİK Çiğdem Yazıcı, Temel Arabuluculuk Eğitim Katılımcı Kitabı, Modül 14- Arabuluculukta Etik, Kitap Editörleri: Prof.Dr.Ali Yeşilırmak, Dr.Elif Kısmet Kekeç, Alper Bulur, Avrupa Konseyi-Üçüncü Basım-Kasım, 2021 .

TIKTİK Çiğdem Yazıcı, Doktora Tezi: “**Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**”, 2010.

TIKTİK Çiğdem Yazıcı, “**Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**”, İstanbul, 2013.

TORAMAN, Barış, Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığı Sorunu, Hakemli Dergi, Makale, Cilt 5. Sayı: 1, Nisan 2020.

TUĞSAVUL Melis Taşpolat, “**Türk Hukukunda Arabuluculuk**” (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara, 2012.

Uluslararası Çatışma Önleme ve Çözüm Enstitüsü (CPR) Avrupa'da arabuluculuk ve ADR (Alternative Dispute Resolution) kılavuzu. Uluslararası Çatışma Önleme ve Çözümü Enstitüsü, 575 Lexington Avenue, 21st. Floor / New York, NY 10022 / USA, Telefon: +1-212-949-6490 | Fax: +1-212-949-8859 | info@cpradr.org Copyright ©, Kasım 2015, Uluslararası Çatışma Önleme ve Çözümleme Enstitüsü. Tüm hakları Saklıdır. Versiyon 12-2015/1, EKİM 2015 İTİBARIYLA CPR AVRUPA DANIŞMA KURULU ÜYELERİ, Başkan: Jean-Claude Najjar, Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, s.3-4.

UNDP: İleri Arabuluculuk, Ankara 2013 (UNDP-İleri Arabuluculuk). (Ed: YEŞİLIRMAK A./Kekeç E.K.), Temel Arabuluculuk Eğitim Katılımcı Kitabı, Avrupa Konseyi Projesi, Ankara 2019.

UNDP: Temel Arabuluculuk, (UNDP- Temel Arabuluculuk), Ankara 2013 .

WOOLF, Lord: “ ‘Adalet Erişim’ Nihai Rapor” (Ceviren Mustafa Özbek), MİHDER 2006/2,s.989-1002.

YARAR Güven, “**Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk**”, İstanbul, 2019.

YEŞİLİRMAK Ali, KEKEÇ Elif Kısmet, Temel Arabuluculuk Eğitim Katılımcı Kitabı (Ed: Yeşilirmak A./Kekeç E.K.), Avrupa Konseyi Projesi, Ankara 2019, s.45.

YEŞİLİRMAK, Ali, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011.

RUS KAYNAKLARI

ALBEGOVA Zalina K.: "İdari ve diğer sosyal ilişkilerden kaynaklanan davalarda uzlaşmanın özellikleri", Makale, S.-Petersburg, Raporların toplanması, 26-27 Nisan 2019, St. Petersburg'daki Uluslararası Bilimsel ve Pratik Konferans. Petersburg, Bölüm-1, 2019, sayfa 8.

(АЛБЕГОВА Залина К.: «Особенности примирения по делам, возникающим из административных и иных общественных правоотношений», Статья, С.-Петербург, Сборник докладов, Международная научно-практическая конференция 26-27 апреля 2019, г. Санкт-Петербург. Петербург, Часть-1 2019, стр.8.).

AFANASYEV Sergey Fedorovich, ZAHARYASHEVA Ivetta Yuryevna, "**Tahkim Usul Hukuku**", **Bölüm 1, Lisans ve Lisansüstü çalışmalar için Ders Kitabı**, 2018 Moskova.

(АФАНАСЬЕВ Сергей Федорович, ЗАХАРЬЯЩЕВА Иветта Юрьевна, "**Арбитражное процессуальное право**", ч.1, Учебник для бакалавриата и аспирантуры, 2018 г. Москва) .

BARANOV Gennady Aleksandrovich, Adli Arabulucu Enstitüsüne geriye dönük bir bakış, **Dergi, Ekonomi ve Hukuk**, S.7, Temmuz 2021, Makale, Perm Bölgesi, Berezniki, sayfa 130.

(БАРАНОВ Геннадий Александрович, Ретроспективный взгляд на Институт судебного посредника, **Журнал, Серия: Экономика и право**, №7 июль 2021, Статья, Пермский край, г. Березники, стр. 130).

Gaydaenko Cher Natalia Ivanovna, “İş faaliyetleriyle bağlantılı olarak ortaya çıkan anlaşmazlıkların anlaşmalı çözüm biçimleri (Rusya ve yabancı devletlerin deneyimi)”, **Doktoru tezi**, Moskova, 2018.

(Гайдаенко Шер Наталья Ивановна, “Договорные формы урегулирования споров, возникающих в связи с предпринимательской деятельностью (опыт России и зарубежных государств), **Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук**, Москва, 2018 г.).

DAVYDENKO Dmitry L., Alternatif uyuşmazlık çözümü alanında yasal terminoloji konuları, Konferans Materyalleri «Yüksek ve ek mesleki eğitim programlarında Alternatif Uyuşmazlık Çözümü», 2008, s.17.

(ДАВЫДЕНКО Дмитрий Л., Вопросы юридической терминологии в области альтернативного разрешения споров, Материалы конференции «Альтернативное разрешение споров в программах высшего и дополнительного профессионального образования»). СПб., 2008. с. 17.

DVOJIEVA Cyber Halilovna, Rusya Federasyonu'ndaki Tıbbi anlaşmazlıklar ve Arabuluculuk Sorunları, **Hukuk Bilimleri Dergisi**, S.31, 19.05.2021, SSN kodu 2500-1167, internet ağından alınmıştır: 19.11.2022.

(ДВАДЖИЕВА Сайбе Халиловна, Медицинские споры и проблемы медиации в Российской Федерации, **Журнал юридических наук**, №31, 19.05.2021г., код SSN 2500-1167, получено из сети Интернета: 19.11.2022 г.).

(KVACHEVA Pelageya Ivanovna, Ace Ekaterina Stanislavovna, "Rus devletinde bir hukuk kurumu olarak arabuluculuğun gelişiminin ve oluşumunun Tarihsel ve yasal Yönleri", **Kuzey Kafkasya Hukuk Dergisi / Kuzey Kafkasya Hukuk Dergisi** No. 183, Adli Uygulama, Kasım 183 , Mahkemeler Dergisi, Kasım 2019, gerekçelerini özetlemektedir. Birinci kısım. Dışişleri Bakanlığı'nın Özel Kalem Sürümü. St. Petersburg.: St. Petersburg.: Tür. Kişisel Sekreter Bölümü, II BİE Bölümü, 1866, s. 631; Bkz. ayrıca: İnternet kaynağı «Rus hukukunun Klasikleri» (Elektronik kaynak): <http://civil.consultant.ru/reprint/books/115/681.html> . (Başvuru tarihi: 12 Ekim 2021): sayfa 17-19.

(КВАЧЕВА Пелагея Ивановна, Туз Екатерина Станиславовна, “Историко-правовые аспекты развития и становления медиации как правового института в Российском государстве”, **Северо-Кавказский юридический Вестник/ Северо-Кавказский юридический журнал** № 183, Судебная практика, ноябрь 183 , Журнал судов, ноябрь 2019 г., резюмирует их основания. Первая часть. Private Pen Edition Государственного департамента. ул. Петербург.: СПб.: Тип. Департамент личного секретаря, II отдел ВІЕ, 1866 г., с. 631; См. также: Интернет-ресурс «Классика российского права» (Электронный ресурс): <http://civil.consultant.ru/reprint/books/115/681.html>, (Дата обращения: 12 октября 2021 г.): стр.17- 19.).

Hukuki anlaşmazlığı çözmenin alternatif bir yolu olarak arabuluculuk,"Çatışma durumlarını çözmenin alternatif bir yolu olarak arabuluculuk" // Devlet ve Hukuk: Teori ve Uygulama: Uluslararası bilimsel Konferansın materyalleri, Çelyabinsk: İki Komsomol, 2011,

MURANOV A.I., "Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi mevzuatında Uluslararası Ticari Tahkim" // **Moskova Uluslararası Hukuk Dergisi**. Makale, 2002. S.2., s. 127 – 129,

(МУРАНОВ А.И., (Медиация как альтернативный способ разрешения правового спора», Медиация как альтернативный способ разрешения конфликтных ситуаций» // Государство и право: теория и практика: Материалы международной научной конференции, Челябинск: Два комсомольца, 2011, «Международный коммерческий арбитраж в законодательстве Конституционного Суда Российской Федерации» // **Московский журнал международного права**, Статья, 2002. №2, с.127–129).

27 Temmuz 2010 tarihli Federal Yasa No.193-FZ (26 Temmuz 2019'da değiştirildiği şekliyle) " Bir aracının katılımıyla uyuşmazlıkların çözümü için alternatif bir prosedür hakkında (arabuluculuk prosedürü) " .

(Федеральный закон от 27.07.2010 № 193-ФЗ (ред. от 26.07.2019) «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации) »).

Tüm Rusya Merkez Yürütme Komitesi ve RSFSR Halk Komiserleri Konseyi'nin 5 Kasım 1928 tarihli "Kan Davası Geleneğiyle Mücadele Uzlaşma İşlemleri Hakkında" Kararı. // Yasallaştırmaların toplanması - 1928. No. 141. - Art. 927, "RSFSR Kanunları Kodu" yayınının kaynağı, cilt 8, sayfa 602, 1988. "SU RSFSR", 1928, C. 141, madde 927. İnternetten Alındığı Tarih: 29.09.2022.

(Постановление ВЦИК и СНК РСФСР «О примирительном производстве по борьбе с обычаем кровной мести» от 5 ноября 1928 года. // Сборник узаконений — 1928. — № 1. 141. - Ст. 927, источник издания «Свод законов РСФСР», том 8, стр. 602, 1988 г. «СУ РСФСР», 1928 г., т. 141, ст. 927. Получено из сети Интернета: 29.09.2022).

RECHTİNA I.V. Rusya'da anlaşmazlıkları çözmenin alternatif bir yolu ve Avrupa topluluğuna entegrasyon unsuru olarak arabuluculuk, Avukat, S.11, 40-43.

(РЕХТИНА И.В. Медиация в России как альтернативный способ разрешения споров и элемент интеграции в европейское сообщество, **Юрист.** №11. с. 40 - 43.).

RUBINSHTEIN, “Evgenii A., Tarafların Uzlaştırılması ile İlgili Olarak Ceza Davalarının Sona Erdirilmesi Kurumunun Normatif Düzenlemesi”, Master Tezi, MOSKOVA., 2004. s. 11.

(РУБИНШТЕЙН Евгений Анатольевич, “Нормативное регулирование института прекращения уголовных дел в связи с примирением сторон”, Реферат Магистерской диссертации, Москва, 2004, с.11).

SMİRNOV Evgenii R., BOCHKAREVA A.V., **Privolzhsky Bilimsel Bülteni** S.12-2(52)-2015: “Rusya Arabuluculuk Enstitüsü Tarihsel Bir Retrospektifte”, Makale, UDK 34.096, s.114-115.

(Смирнов Е.Р., А.В. Бочкарева А.В., Институт Медиации в России в исторической ретроспективе, **Приволжский научный вестник**, УДК 34.096, №12-2(52)-2015 г., стр.114-115).

STARİKOVA Nina Vladimirovna, Catherine II'nin yargı sistemindeki vicdani mahkeme (Nizhny Novgorod eyaletinin materyallerine dayanarak) // **Minin Üniversitesi Bülteni.** S.4.,2013 (Elektronik kaynak). URL: <https://vestnik.mininuniver.ru/jour/article/view/432/408> (Alındığı Tarih 15 Mayıs

(СТАРИКОВА Нина Владимировна, “Совестливый суд в судебной системе Екатерины II” (по материалам Нижегородской губернии), **Бюллетень Университета Минина**, № 4, 2019) .

SUDORGİNA Elena V., “Mahkemelerdeki yükün azaltılması olarak anlaşmazlıkları çözenin alternatif yollarının geliştirilmesi (adli arabuluculuk)”, **Rus ve uluslararası hukuk meseleleri** , Tambov 2019, Makale, Cilt, 9. S. 7A. s. 146-157.

(Судоргина Елена Валерьевна, “Развитие альтернативных способов разрешения споров как снижение нагрузки на суды (судебная медиация)”, **Вопросы российского и международного права**. Тамбов 2019. Том 9. № 7A. С. 146-157.).

SLOVOKHOTOV A.L., “Küçük Orda Kırgız Halk Hukuku Halk Mahkemesi”, Orenburg Bilimsel Arşiv Komisyonu Tutanakları. Sorun. S.15. Orenburg, 1905. s. 74, İnternette Alındığı Tarih: 15.10.2022.

(СЛОВОХОТОВ А.Л., “Малоордынский кыргызский народный суд народного права”, Протоколы Оренбургской ученой архивной комиссии. Проблема. 15. Оренбург, 1905. с. 74. Дата получения онлайн: 15.10.2022).

(ЦИРАТ Г.А. "Арбитражные суды - Надежно, Эффективно, Быстро!" // Правоприменение. 2000 г., выпуск 26.

SHAMLIKASHVILI Ts.A. 21. Yüzyılda Zor Kararların Yönetimi: Konsensüs Oluşturmanın Sırları veya Herkesi Memnun Etmenin Sırları./L. Susskind, Shamlıkashvili Ts., A. Demchuk.-M., s.10 .

(ШАМЛИКАШВИЛИ Ц.А. Управление сложными решениями в 21 веке: секреты достижения консенсуса или секреты, как угодить всем. / Л.Сусскинд, Шамликашвили Ц., Демчук А.-М., с.10 .

SHAMLIKASHVILI, Ts.A., Arabuluculuk Yaklaşımı Ve Olasılıkları İnsan Sermayesinin Gelişmesinde Ve Kamuyu İyileştirmek İlişkileri, Makale, s.16.

(ШАМЛИКАШВИЛИ Т.А., Посреднический подход и его возможности в развитии человеческого капитала и совершенствовании связей с общественностью, Статья, стр.16.).

SHAMLIKASHVILI, Ts.A., KHARITONOV, Sergey, KHAZANOVA, Marina, Ölçekin Geçerlendirilmesi "Ratalite İlişkiler", Makale, s.

(ШАМЛИКАШВИЛИ Ц.А., ХАРИТОНОВ С.В., ХАЗАНОВА М.А. Валидация шкалы «Соотношения рациональности», Статья, с.

SHAMLIKASHVILI, Ts.A., Avrupa Parlamentosu. İç Politikalar Genel Müdürlüğü Vatandaş Hakları ve Anayasal Konularda Politika Müdürlüğü. Yasal sorunlar. Rusya'da Arabuluculuk Modern Durum.

(ШАМЛИКАШВАЛИ Ц.А., “Европейский парламент. Главное управление внутренней политики, Управление политики прав граждан и конституционных вопросов. правовые вопросы. Современное состояние медиации в России”.

SHOPIN V. "Anlaşmazlıkların kime çözüleceği. Kazakistan Cumhuriyeti'ndeki tahkim mahkemelerinin statüsü hakkında" // Hukuk gazetesi. 8 Mayıs 2002, Sayı 18.

(ШОПИН В. «Кому разрешать споры. О статусе третейских судов в Республике Казахстан» // Юридическая газета. 8 мая 2002 г., выпуск 18) .

ŞAMLIKASHVİLİ Ts., “Arabuluculuk – Modern Yargı Dışı Yöntem Tartışmalı Karar”, Kitap, Moskova, s.9.

(Шамликашвили Цисана, Медиация — Современный Метод Внесудебного Разрешения Споров, Книга, Москва, 2017, с. 7.).

ENGELGARDT A.S., Alternatif uyuşmazlık çözümü (Yüksek Lisans Tezi), s.32.

(Энгельгардт Ангелина Сергеевна, Альтернативные способы разрешения споров (магистерская диссертация, с.32).

BARANOV Gennady Aleksandroviç, “Adli Aracılar Enstitüsüne Geri Dönüşlü Bir Bakış”, **Dergi, Seri: Ekonomi ve Hukuk**, No.7 Temmuz 2021, Makale, Perm bölgesi, Berezniki şehiri, s.130.

Bilimsel ve Metodolojik Arabuluculuk ve Hukuk Merkezi Başkanı, **Rus Avukatlar Derneği** ADR ve Arabuluculuk Alt Komitesi Başkanı.

Chegodaeva Elena Andreevna, “Rusya'da Deneme Prosedürlerinin Gelişimi:Tarihsel ve Hukuki Yönü”, Medeni Hukuk ve Usul Anabilim Dalı yüksek lisans öğrencisi özeti, Ulusal Araştırma Üniversitesi Hukuk Enstitüsü "Bel DU",2017.

(Чегодаева Елена Андреевна, автореферат: “Эволюция Примерительных Процедур в России: Историко-Правовой Аспект”, Магистрант кафедры гражданского права и процесса Юридического института НИУ «БелГУ», 2017).

DAVYDENKO Dmitrii L., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Alanında Yasal Terminoloji Soruları, "Yüksek ve Ek Mesleki Eğitim Programlarında Alternatif Uyuşmazlık Çözümü" Konferansının Bildirileri. SPb., 2008. s. 17.

DVADZHIĞVA, Saibe Halilovna, Rusya Federasyonu'nda Tıbbi Uyuşmazlık ve Arabuluculuk Sorunları, Hukuk Bilimleri Dergisi, sayı, no.31.,19.05.2021, kodu SSN 2500-1167, İnternette alınış tarihi 19.11.2022.

HUDOYKİNA Tatyana V., FEDİN Ilya N., “Arabuluculuğun Uygulanması: Bazı Sorunlar”, Fedin I.N. (Rusya Federasyonu). Makale, Saransk, 2016, s.71-72,

(Статья: “Применение медиации: некоторые проблемы”, Худойкина Т. В., Федин И. Н. (Российская Федерация, г.Саранск, с.71-72).

HUDOYKİNA Tatyana Viktorovna, Egorova Yu.A., Rusya Federasyonu, “Arabuluculuk-Çatışma Durumlarını Çözmenin Alternatif Bir Yolu Olarak” // Devlet ve Hukuk: Teori ve Uygulama: Uluslararası Bilimsel Konferans Bildirileri, Chelyabinsk: İki Komsomol üyesi, Çelyabinsk, 2011, s. 127 – 129 ; “Hukuki Bir İhtilafı Çözmenin Alternatif Bir Yolu Olarak Arabuluculuk”, Makale, s.72.

HUDOYKİNA, Tatyana Viktorona, Egorova Yu.A., “Hukuki Bir İhtilafı Çözmenin Alternatif Bir Yolu Olarak Arabuluculuk”, Rusya Federasyonu, Çelyabinsk şehiri, Makale .

(Худойкина Татьяна Викторовна, Егорова Юлия А., Медиация как альтернативный способ разрешения правового спора», Российская Федерация, г. Челябинск, Статья).

HUDOYKİNA, Tatyana Viktorovna, **Doktora tezi**, 2002, s. 3-5.

(Худойкина Татьяна Викторовна, **Докторская диссертация**, 2002, стр.3-5).

KALASHNİKOVA Svetlana Igoryevna, Medeni yargı alanında arabuluculuk: Tezin özeti, Doktora, Moskova, 2010. s. 7. (КАЛАШНИКОВА Светлана Игорьевна, Медиация в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис., к.ю.н., Москва, 2010. с. 7).

KARNOZOVA Lyudmila M., “Rusya'da Restoratif Arabuluculuk: Yasal Destek ve Kalkınma Stratejisi (materyallerin toplanması) Rus Hukuk Sisteminde Ceza Davalarında Arabuluculuk”, Makale, Moskova s. 31-50, Proje kapsamında yayınlandı Birleşik Krallık'ın İkili İşbirliği Programı tarafından desteklenen» Rusya'da restoratif arabuluculuk için yasal çerçeve".

(Издано в рамках проекта Карнозова Людмила Михайловна, Восстановительная медиация в России: правовое обеспечение и стратегия развития (сборник материалов), «Правовая основа для восстановительной медиации в России», поддержанного Программой двустороннего сотрудничества Великобритании. (Медиация по уголовным делам в российской правовой системе, Москва, с.31-50).

KARTASHOVA V.N., V.P. Salnikov, “Hukukta Arabuluculuk: Yeni veya Unutulmuş Anlaşmazlıkları Çözmenin Eski Yolu” // Modern ekonominin hukuk alanı. - 2015. - No. 1, S. 194-198; Smirnov , Bochkareva, s.115 .

(КАРТАШОВА В.Н., В.П. Сальников, “Медиация в праве: старый способ разрешения новых или забытых конфликтов” // Правовое поле современной экономики. - 2015. - Нет. 1, стр. 194-198; Смирнов, Бочкарева, с.115).

KUTYUKOV Dmitry V., “Çatışma durumlarını çözmenin alternatif bir yolu olarak arabuluculuk” // Devlet ve Hukuk: Teori ve Uygulama: Sunumların Bildirileri, İlmi konferans. (Çelyabinsk, Nisan 2011). Chelyabinsk: İki Komsomol üyesi, 2011, s. 127 – 129.

(КУТУКОВ Дмитрий В., «Медиация как альтернативный способ разрешения конфликтных ситуаций» // Государство и право: теория и практика: Материалы докладов, Научная конференция. (Челябинск, апрель 2011 г.). Челябинск: Два комсомольца, 2011, с. 127 – 129.)

KUZBAGAROV A.N., “Özel hukuk niteliğindeki ihtilaflara ilişkin ihtilafların uzlaştırılması”. - SPb.: Durum, 2010 , s. 320.

(КУЗБАГАРОВ А.Н., “Разрешение споров, связанных с частноправовыми спорами” - СПб.: Статус, 2010, с. 320).

KVACHEVA Pelagia Ivanovna, TUZ Catherine Stanislavovna, Rus Devletinde Yasal Bir Kurum Olarak Arabuluculuğun Gelişiminin ve Oluşumunun Tarihsel ve Yasal Yönü, **Северо-Кавказский юридический Вестник/ Kuzey Kafkasya Hukuk Habercisi Dergisi**, No.3, Makale, 2019, Kasım 1864 Tarihli Mahkeme Tüzükleri, Dayandıkları Gerekçeleri Özetliyor. Birinci bölüm. Devlet Dairesi'nin Özel Kalem Baskısı. St. Petersburg.: SPb.:Tür. Özel Kalem Bölümü B.I.E1'nin II Şubesi,1866, s. 631; Ayrıca bakınız: İnternet kaynağı «Rus Hukukunun Klasikleri» (Elektronik Kaynak): <http://civil.consultant.ru/reprint/books/115/681.html>, (İnternete başvuru tarihi: 12 Ekim 2021).: s.17-19.

KARNOZOVA Larisa M., “Rusya'da Onarıcı Arabuluculuk: yasal destek ve geliştirme stratejisi (materyallerin toplanması)”. - Moskova.: MOO Center "Adli hukuk reformu", 2013, Makale, s.29-31.

(Карнозова Л.М., “Восстановительная медиация в России: правовое обеспечение и стратегия развития (сборник материалов)”, МОО Центр «Судебноправовая реформа», Статья, Москва 2013, с.29-31.

Milli Oda-MO "Ulusal Arabulucular Kuruluşu" Başkanlığınca. (Утвержден Протоколом № 3 от 28 апреля 2012 года. Национальная палата-НП «Национальная организация медиаторов») в России .

MURANOV A.I., "Geçerli bir tahkim anlaşması ve Rus devlet mahkemesinde yargılamanın feshi sorunu" // Mevzuat. 2002. Makale, Sayı 10;

(МУРАНОВ А.И. «Вопрос о действующем арбитражном соглашении и прекращении производства по делу в Российском государственном суде» // Законодательство. 2002. Статья, Вып. 10).

MURANOV A.I., "Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Kanunlarında Uluslararası Ticari Tahkim" // Moskova Uluslararası Hukuk Dergisi. Makale, 2002. No.2 .

OZHEGOV Sergey I., SHVEDOVA N.Yu. Rus dilinin açıklayıcı sözlüğü. M., 1999. S. 292.; Kuzbagarov, s.18.

REKHTİNA I.V. Anlaşmazlıkları Çözmenin Alternatif Bir Yolu ve Avrupa Topluluğuna Entegrasyon Unsuru Olarak Rusya'da Arabuluculuk , Hukukçu Dergisi, 2012. No. 11. s. 40 - 43.

(РЕХТИНА И.В. Медиация в России как альтернативный способ разрешения споров и элемент интеграции в европейское сообщество // Юрист. 11. с. 40 - 43.).

Chegodaeva Elena Andreevna, "Rusya'da Deneme Prosedürlerinin Gelişimi:Tarihsel ve Hukuki Yönü", Medeni Hukuk ve Usul Anabilim Dalı yüksek lisans öğrencisi özeti, Ulusal Araştırma Üniversitesi Hukuk Enstitüsü "BelSU",2017.

(Чегодаева Елена Андреевна, автореферат Эволюция Примерительных Процедур в России: Историко-Правовой Аспект, Магистрант кафедры гражданского права и процесса Юридического института НИУ «БелГУ», 2017).

TSİRAT G.A. "Tahkim Mahkemeleri - Güvenilir, Verimli, Hızlı!" // Yasal uygulama. 2000, Sayı 26.

(ЦИРАТ Г.А. "Арбитражные суды - Надежно, Эффективно, Быстро!" // Правоприменение. 2000 г., выпуск 26).

VOROPANOV V.A. Ural'da ve Batı Sibirya'da vicdani mahkemelerin uygulaması XVIII asrın sonunda - XIX yüzyılların ilk yarısı. // Yönetim sorunları. - 2010. - S. 2, (11) [Elektronik kaynak]. - Erişim modu: <http://vestnik.uapa.ru/ru/issue/2010/02/21/>.

ВОРОПАНОВ В.А. Практика совестливых судов на Урале и в Западной Сибири в конце XVIII - первой половине XIX вв., Законы Царской России, Вопросы управления, 2010 г., № 2 (11).

ZAOZERSKY N.A. Hakem / Holy Trinity-Sergius Lavra - S. Posad rütbesine sahip din adamı. s. 19.

(ЗАОЗЕРСКИЙ Н.А. Судья / Свято-Троицкая Сергиева Лавра - Священнослужитель в сане св. Посада. с. 19.

Автореферат диссертации, МОСКВА, 2004. с. 11.).

Бочкарева, Институт Медиации в России в исторической ретроспективе, **Приволжский научный вестник**, УДК 34.096, №12-2(52)-2015 г., стр.114-115), **Вестник Мининского университета**. №4., 2013 г.

ROBERTA Panizza, Avrupa Parlamentosu. İç Politika Genel Müdürlüğü Vatandaş Hakları ve Anayasa İşleri Politikası Müdürlüğü. Sorumlu Yönetici Başkan: Polis Departmanı C: Citizens Rights and Anayasal İşler Avrupa Parlamentosu B-1047, Brüksel, 2011 <http://www.europarl.europa.eu/studies>

РОБЕРТА Паницца, Европейский парламент. Главное управление внутренней политики, Управление прав граждан и конституционной политики. Главный исполнительный директор: Департамент полиции С: Гражданские права и конституционные вопросы Европейский парламент, B-1047, Брюссель, 2011 г.).

KAZAK KAYNAKLARI :

ASANOVA, Sayda, Ergahseyna, “Hukuk Davalarında Uyuşmazlıkları Çözmenin Alternatif Yolları: teorik ve pratik yönler”. 6 D030100-Felsefe **Doktora Tezi (PhD)**, Bası: Hukuk Bilimi, Almatı-2022.

(АСАНОВА Сайда Ергашевна, “Альтернативные способы разрешения споров в гражданском судопроизводстве: теоретические и практические аспекты”, 6 D030100-Правовые науки для получения степени **доктора философии (PhD)**. Алматы-2022).

BASIN Yu.G. ve Suleymenov M.K., **Dergi: “Girişimcilik ve Hukuk”/ “Savcılık ve tahkim (tahkim) mahkemesi”** (ortak yazar) / age. Baskı- 2001.

(БАСИН и Сулейменов М.К., **Журнал: «Предпринимательство и право»/ «Прокуратура и арбитражный (третейский) суд»** (соавтор) / там же, Выпуск-2001) .

Dyachuk Marianna Ivanovna, Kazakistan Cumhuriyeti’nde Arabuluculuk Enstitüsünün gelişimi, Kazakistan Cumhuriyeti , **Mevzuat ve Yasal Bilgiler Enstitüsü Bülteni**, S. 1 (64) 2021, Makale, Oskemen, s.21.

(Дячук Марианна Ивановна, Развитие Института Медиации в Республики Казахстан, **Вестник Института Законодательства и Правовой Информации Республики Казахстан**, №1(64)2021, Статья, Усть-Каменогорск, с.21) .

KASIMOVA M.T., Kimler Arabulucu Olabilir?, Makale, Astana, 2022.

(Касимова М.Т., Кто может быть медиатором?, Статья, Астана, 2022, Дата изъятия из интернет ресурса: 18.02.2023) .

KUATOV A.A., s.153-157, **Bülten, Uluslararası Dergi** ISSN 2307-5686, Sayı 4(5) 2013, İnternette alınıldığı tarih:10.09.2022.

(Куатов А.А., (**Вестник, Международный журнал**, ISSN 2307-5686, Выпуск №4 (5) 2013, стр.153-157), Дата изъятия из интернета:10.09.2022).

KLİMİKİN Sergey İvanoviç, Kazakistan Cumhuriyeti "Arabuluculuk Hakkında" Kanununun Bazı Konuları, Makale, Almatı,2019, İnternette alınıldığı tarih:10.11.2021.

(КЛИМКИН Сергей Иванович., Отдельные вопросы Закона «О медиации» Республики Казахстан, Статья, Алматы, 2019), Дата изъятия из интернета:10.11.2021) .

NAZMYSHEV Rakhmadi Aityshovich, “Mevcut Aşamada Kazakistan Cumhuriyeti'ndeki Ceza Davalarında Yargılama Öncesi Prosedürlerin Gelişmesi İçin Beklentiler”, Makale, Kaynak: WWW <http://online.zakon.kz>, İnternette alınıldığı tarih: 27.08.2022.

(НАЗМЫШЕВ, Рахмади Айтышович, Перспективы развития досудебного производства по уголовным делам в Республике Казахстан на современном этапе, Статья , Дата изъятия из интернета: 27.08.2022).

SULEYMENOV Maydan Kuntuaroviç, “**Kazakistan Cumhuriyeti Medeni mevzuatının oluşumu ve gelişimi**”, Almatı, 2006, s.5.

(Сулейменов М.К.,”Становление и развитие гражданского законодательства Республики Казахстан”, Алматы, 2006 г.,стр.5).

SULEYMENOV Maydan Kuntuaroviç, “**Kazakistan'da Tahkim (tahkim) ahkemeleri: Geçmiş, Bugünü, Geleceği**”, Almatı, 2007. M.K. Suleimenov, B.G.

Kuanyshev B.G., Alternatif uyuşmazlık çözüm prosedürleri, Hukuk Merkezi «IUS», Almatı, Makale, s.140-152, 2002.

(Сулейменов Майдан Кунтуарович, **Арбитражные (третейские) суды в Казахстане: Прошлое, настоящее, будущее**, Алматы, 2007., (Статья, М.К.Сулейменов, Б.Г.Куанышев, Альтернативные процедуры разрешения споров, Юридический Центр «IUS», стр.140-152, Алматы, 2002 г.).

NAZMYSHEV, Rakhmadi, Aityshovich, Mevcut Aşamada Kazakistan Cumhuriyeti'ndeki Ceza Davalarında Yargılama Öncesi Prosedürlerin Gelişmesi İçin Beklentiler, Makale, Almatı, 25 Mayıs 2021, Kaynak: WWW <http://online.zakon.kz>,

НАЗМЫШЕВ, Рахмади, Айтышович, Перспективы развития досудебного производства по уголовным делам в Республике Казахстан на современном этапе, Статья, Алматы, 25 мая 2021 г., Дата иъятия из интернета: WWW <http://online.zakon.kz>,

ZİMANOV Salık, Zimanoviç, Kazak Mahkemesi Biiev – “**Benzersiz Bir Yargı Sistemi**”, Almatı, Atamura, 2008, s. 224.

(ЗИМАНОВ, Салик, Зиманович, “**Казахский суд биев – уникальная судебная система**”, Алматы, Атамұра, 2008 г., стр. 224).

ZİMANOV Salık, “**Kazakların Dünyası "zhargy"**”, “**Benzersiz Bir Hukuk Sistemidir**”, Kazakların eski dünyası. Materyaller, belgeler, çalışmalar: C.10, B.5 .

(Зиманов, “**Мир казахов "жаргы"-уникальная система права**”// Древний мир казахов. Материалы, документы, исследования:В.10 т. Т.5 / Под.редакции Зиманова, Алматы: Жеты Жаргы, 2005, с.47).

Arabulucular için Etik Kurallar, "Onaylı" Genel toplantı Protokol No.1 Nisan 2018.(Кодекс этики медиаторов, «Утвержденный» протокол пленарного заседания №1 от 13 апреля 2018 г.).

YURCHENKO R.N., Usul Anlaşmaları Ve Hapsedilmeleri İçin Yasal Teşvik, Makale, Astana, 2015, Kaynak: İC Paragraf WWW <http://online.zakon.kz>, İnternette alınıldığı tarihi:15.04.2022.

(ЮРЧЕНКО Р.Н., Процессуальные соглашения и законодательное поощрение их заключения, Статья, Астана, 2015, Ресурс: İC Paragraf WWW <http://online.zakon.kz> , Дата изъятия из интернета: 15.04.2022.

Koleksiyon "Kazakistan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesinin Düzenleyici Kararları", Astana 2011, v.1, s. 443. s.p.3-1, 3-2.

(Сборник «Нормативные Постановления Верховного Суда Республики Казахстан», Астана 2011, т.1, с. 443. с.п.3-1, 3-2.

SHAYMENOVA A.B., “Noterlik Faaliyetlerinde Uzlaşma İşlemleri”, Makale, Karaganda, s. 1.

(Шайменова А.Б., “Примирительные процедуры в нотариальной деятельности”, Статья, с.1, Караганда) .

Koleksiyon "Kazakistan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesinin Düzenleyici Kararları", Astana 2011, C.1, s. 443. Madde 3-1, 3-2.

(Сборник «Нормативные постановления Верховного Суда Республики Казахстан», Астана 2011, т.1, с. 443. п.п.3-1, 3-2.).

2021 tarihinde Kazakistan Cumhuriyeti Bilgi ve Sosyal Kalkınma Bakanlığı, Bölgelerarası Arabuluculuk Merkezi «MİR», Sivil Girişimcileri Destekleme Merkezi'nen oluşan üçlüğün: Sosyal devlet projesinin uygulanması çerçevesinde "Sosyal sorunları çözmek ve toplumda istikrar ve uyumu korumak için arabuluculuk kurumunun kullanılması" konulu nihai analitik raporu.

(Итоговый аналитический отчет Министерства информации и общественного развития, Межрегиональный центр медиации "МИР", Центр поддержки гражданских инициаторов в рамках реализации социального государственного проекта на тему: «Применение института медиации для разрешения социальных вопросов и сохранения стабильности и согласия в обществе» за 2021 год) .

Kazakistan Cumhuriyeti Hükümetinin 3 Temmuz 2011 Tarihli 770 Sayılı Kararnamesi arabuluculara yönelik eğitim programı kapsamında eğitimin geçişine ilişkin Kuralların onaylanması üzerine, s.1.

(Постановление Правительства РК от 3 июля 2011 года № 770 об утверждении Правил прохождения обучения в рамках программы обучения медиаторов, п.1)

Kazakistan Cumhuriyeti Kanunu Medeni usul mevzuatının iyileştirilmesi ve uyuşmazlıkların mahkeme dışı ve yargılama öncesi çözümü için kurumların geliştirilmesi hakkında Kazakistan Cumhuriyeti'nin bazı yasal düzenlemelerinde yapılan değişiklikler ve eklemeler hakkında Kanun'un emriyle uygulanmasına yönelik tedbirler hakkında 15 Şubat 2022 tarihli Kazakistan Cumhuriyeti Başbakanı No. 31-R.

(Закон Республики Казахстан О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского процессуального законодательства и развития институтов внесудебного и досудебного урегулирования споров. О

мерах по реализации Закона распоряжением Премьер-Министра Республики Казахстан от 15 февраля 2022 года №31-Р).

Arabulucular için Mesleki Etik Kuralları "Uyuşmazlık Çözümü ve Arabuluculuk Enstitüsü".18 Ağustos 2018 Tarihli Kazakistan Cumhuriyeti Almatı Şehirler Arası Ticaret Mahkemesi Kararı, İnternette alınıldığı tarih:28.01.2023.

(Кодекс профессиональной этики медиаторов ЧУ «Институт разрешения конфликтов и медиации»), <http://www.icrm.kz/kodeks-etiki-mediatora.html>, Дата изъятия из интернета:28.01.2023

Arabulucular için Avrupa Davranış Kuralları (Европейский Кодекс поведения для Медиаторов), İnternette Alındığı Tarihi:19.02.2023, [evropejskij-kodeks-provedeniya-dlj-mediatorov.pdf](#)

23 Kasım 2015 tarihli Kazakistan Cumhuriyeti İş Kanunu (Трудовой кодекс Республики Казахстан от 23 ноября 2015 года)

<https://adilet.zan.kz/rus/docs/K1500000414>

TDK; www.tdk.gov.tr; Beck,s.38; Tıktık,s.52.

Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) Aile ve Hukuk Arabuluculuğuna ilişkin Tavsiye Kararının Daha İyi Uygulanmasına Yönelik Kabul Ettiği Rehber İlkeler CEPEJ 2007.

14.Erişim tarihi:27.07.2017,www.arabuluculuk.adalet.gov.tr/Sayfalar/proje_belgeleri/6.pdf Rusya Federasyonu Tahkim Usûl Kanunu (Rusya Federasyonu'nun Toplanan Mevzuatı, Moskova, 2002.

Kazakistan Cumhuriyeti Hükümetinin 3 Temmuz 2011 Tarihli 770 Sayılı Kararnamesi “Arabuluculara yönelik eğitim programı kapsamında eğitimin geçişine ilişkin Kuralların onaylanması üzerine”Internet siteler:24 Temmuz 2002 tarihli Rusya Federasyonu Federal Kanunu 102-FZ Rusya Federasyonu'ndaki Tahkim Mahkemeleri Hakkında (12/08/2020 tarihinden itibaren değişiklik ve ilavelerle).Erişimmodu: <http://www.rg.ru/2011/03/23/mediaciadok.html>journal.zakon.kz

Mod Erişim: <http://www.mediacia.com/educationandsert.htm>."ARS for beginners" (Yeni başlayanlar için ARS) (ADR Primer – <http://bit.ly/CPR-ADRPrimer>).

(ResmiYasal bilgilerin internet sitesi: www.pravo.gov.ru , “Common ADR Processes - An Overview" (Ortak ADR Süreçleri – Genel Bir Bakış") – <http://bit.ly/HSFADRoverview>) .

<http://dspace.bsu.edu.ru/handle/123456789/20590>, İnternette Alındığı tarih 22.07.2022.

URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_103038

<http://mosmediator.narod.ru/index/0-639>.

ResmiYasal bilgilerin internet sitesi: www.pravo.gov.ru

URL:<https://books.google.ru/books?id=34wfAwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=inauth%20Christopher+W.+Moore%22&hl=ru&sa=X&ved=0ahUKEwiP1KKxl8naAhVI1ywkHfUpCT0QuwUILDAA#v=onepage&q&f=false> (access date: 20.04.2018)

URL: <https://vestnik.mininuniver.ru/jour/article/view/432/408>

<http://www.mediacia.com/>.

roberta.panizza@europarl.europa.eu.

URL:<https://vestnik.mininuniver.ru/jour/article/view/432/408>

<https://www.un.org> › about-us › un-charter › full-text,07.01.2023.

<http://online.zakon.kz>, internetten alındığı tarih:10.11.2021.

<http://www.icrm.kz/kodeks-etiki-mediatora.html>, İnternetten alındığı tarih:28.01.2023

https://kodeksy-kz.com/ka/ugolovnyj_kodeks/251.htm

<https://adilet.zan.kz/rus/docs/K1500000414>

<http://iibfdergisi.ksu.edu.tr>

dergipark.org.tr : nternetten alındığı tarih: 01.11.2023

<https://dergipark.org.tr> › download › article-file: İnternetten alındığı tarih: 01.11.2023

<https://dergipark.org.tr/>: İnternetten Alındığı Tarih:04.11.2023