



katlık Yasası'ndaki 35/a ile kazanılan ve genel olarak işlemeyen düzenlemeyi, daha sonra Ceza yargılamasında getirilen düzenlemeleri gördük. Tam hukuk uyumsuzluklarındaki bölüme gelmişti, Hocamızla devam edelim, sonra hem ikinci turda hem sorulara yanıtlarda kendisinden bu konudaki görüşlerini de alacağız. Başkent Üniversitesi Öğretim Üyesi Yardımcı Doçent Doktor Mustafa Özbek, buyurun Hocam,

YRD. DOÇ. DR. MUSTAFA ÖZBEK - Teşekkür ederim Başkanım. Sayın Başkanım, değerli meslektaşlarım, saygıdeğer konuklar, hepimizi saygılarımla selamlıyorum.

Sayın Dedeğaç, her zamanki gibi çok çarpıcı ve güzel bir konuşma yaptı. Bu Panelden önce biz, Avukat Hakları Merkezindeki arkadaşlarımızla, Arabuluculuk Kanunu Tasarısına girmeden önce, çok kısaca arabuluculuğa da değinelim demiştik. O sebeple kısaca, sizi sıkmadan, arabuluculuğa da biraz değinmek istiyorum. Öncelikle değerli meslektaşlarım, “mücadeleci uyumsuzluk çözümü” dediğimiz “kazan-kaybet” anlayışına dayalı uyumsuzluk çözüm modeli olan “dava yolu”, bizim bildiğimiz geleneksel çözüm yolu olarak kaynaklarda, literatürde anılmaktadır. Ancak zaman geçtikçe bu kazan-kaybet anlayışına dayalı modelin tarafların beklentilerini karşılamadığı ortaya çıkmıştır ve gerek uygulamacılar gerek doktrin tarafından, “kazan-kazan” anlayışına dayalı yeni bir uyumsuzluk çözüm modelinin geliştirilmesi düşünülmüştür.

Bu noktada, alternatif uyumsuzluk çözümünün temelinde birçok doktrinel akım yatar. Bunlardan en önemlisi de “adalete erişim akımıdır”. Tek bir cümleyle bu akım şunu amaçlar: “Kişilerin, adalete erişimlerinin önündeki hukukî, usûlî ve ekonomik engellerin ortadan kaldırılması ve adalete daha kolay erişiminin sağlanması”. Bu bağlamda adalete erişim, sadece yargıya erişim değildir. Bilgiye erişim, adalete erişimdir. Basit, çabuk, ekonomik ve ucuz yargılama usullerine erişim, adalete erişimdir. Mahkeme dışındaki alternatif uyumsuzluk çözüm yollarına erişim, adalete erişimdir. İşte bu teorik yapı içinde alternatif uyumsuzluk çözüm yolları gelişmeye başlamıştır. Hiç kuşkusuz, alternatif uyumsuzluk çözümünün gelişimi Amerika'ya endeksli değildir. Bu konuda kesinlikle Sayın Dedeğaç'a katılıyorum. Her hukuk sistemine baktığımızda, Roma Hukukuna, işte kendisinin de örnek verdiği diğer hukuk sistemlerine baktığımızda, aslında ADR modelitelelerini görmekteyiz. Hatta tahkimde Roma hukukundan esinlenen Kanonik hukukta “*arbitrar*” dedikleri hakem, ilk ortaya çıktığında aslında hüküm veren bir hakem değildir. Prof.Dr. Yavuz Alangoya'nın 1973 yılında yayımlanan, “Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi” adlı kitabında bunun tarihçesi çok güzel özetlenmiştir. Kanonik hukukta *arbitrar*, ilk önce arabuluculukla gelişmeye başlamıştır. Taraflar arasında uyumsuzluğu uzlaşmayla çözen, bizim “*conciliator*” veya “*mediator*” dediğimiz “uzlaştırıcı” veya “arabulucu”dur. Daha sonra bu “*arbiter*”e hakem yetkisi verilmiştir. Yani yargılama yapıp hüküm verme yetkisi tanınmıştır. Ondan sonra da giderek yargı yetkisiyle donatılmıştır. Bunun gibi orta çağda İsviçre ve

Almanya’da da hakemin asıl işlevi, mahkemeler gibi uyuşmazlık hakkında yargılama yaparak tarafları bağlayıcı bir hüküm vermek değil, uzlaştırmak olmuştur.

Türk hukukuna baktığımızda, gene değerli meslektaşım özetledi, benim de her zaman savunduğum gibi, şüphesiz bizim de geçmişimizde çok köklü bir uzlaşma kültürü vardır. İşte, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlükten kaldırılan “sulh teşebbüsü” buna örnekti. Aslında oradaki düzenleme, aile işlerinde, boşanma davalarında aile arabuluculuğudur. Fevkalâde isabetli bir düzenlemeydi. 1963 yılının Meclis tutanaklarını okudum. Faydasız bulunduğu için kaldırılan bu düzenlemenin önemsiz görülmesi, 1942 yılında yayımlanan bir makalede eleştirilmiştir. Âkil Önder adlı rahmetli bir hâkimin Adalet Dergisi’nde yayımlanan makalesinde, bu kurumun ne kadar başarılı ile uygulandığının açık delillerini bulmak mümkündür.

Peki, benim doktora tezimde Amerika’ya dayandırdığım nedir? Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün doğuşu mu? Değil! Benim orada dayandırdığım; alternatif uyuşmazlık çözümünün 21. yüzyıl yargı örgütüne entegre olma şeklidir. Ünlü bir yazar makalesinin başlığında şöyle diyor: “*An ancient model for a new inspiration*”; “yeni bir ilham için eski bir model”. Veciz bir tanımlama! O halde alternatif uyuşmazlık çözümü elbette ki, salt Amerika’da doğmuş ve gelişmiş değil; ama bugün Anglo-Amerikan Hukuku, Kıta Avrupası Hukukuna, hatta oradan gene Kıta Avrupa Hukuku ailesine dahil Japonya’ya kadar, Batı’dan başlarsak Kuzey Amerika, Avrupa, İran, İsrail, Çin, Hindistan, Kore ve Japonya’ya kadar gittiğimizde, ADR’nin yargı örgütüne bir medenî usûl hukuku kurumu olarak girmesi Amerika’dan kaynaklanmıştır.

1970 yılında Amerika Barolar Birliğinin öncülüğünde, “kamusal adalet sisteminin tatminsizliklerinin sebepleri” adlı ulusal bir sempozyum yapılmıştır. Bu sempozyumda, Harvard Üniversitesi’nin eski dekan yardımcısı Frank Sander bir tebliği sunmuştur. O tebliğde Sander’in ortaya attığı görüş, 21. yüzyıl yargı örgütüne âdeta yeniden şekil vermiştir. Sander, çok kısaca şunu özetlemektedir: Mahkemeye giren bir kişi, uyuşmazlığın tarafıdır ve bu kişiye, uyuşmazlığın çözüm yolu olarak sadece dava yolu sunulmamalıdır. Bu kişinin uyuşmazlığı, mahkemedeki uzman personel tarafından önce bir tahlil edilmelidir. Bu uyuşmazlığa en uygun uyuşmazlık çözüm yolunun ne olduğu belirlenmeli, ondan sonra bu kişi o yola kanalize edilmelidir. Böylece bugün artık Amerika ve Avrupa’da, klasik anlamda mahkeme anlayışı terk edilmiştir. Bugün Amerika ve Avrupa’da dar anlamda mahkemeler değil, “uyuşmazlık çözüm merkezleri” vardır. Buna Anglo-Amerikan hukuk doktrininde “*multi-door courthouses*” diyorlar; yani “çok seçeneikli adliye” demektir bu. O halde adliyeye giren bir kişi, halen bizde olduğu gibi tek bir seçenekle karşılaşmamalıdır. Uyuşmazlık mutlaka Sulh Hukuk, Asliye Hukuk veya görev ayırımına göre diğer bir mahkemeye yönlendirilmemelidir. Ne yapılmalıdır? Bu konuda eğitimli bir arabulucu avukata yönlendirilmeli, arabulucu avukat, o kişinin uyuşmazlığını tahlil etmeli ve hangi uyuşmazlık çözüm



yoluna uygunsuz, öncelikle alternatif çözüm yolları esas olmak üzere, o kişiyi bu yollara kanalize etmelidir.

Alternatif uyuşmazlık çözümü dediğimizde, son yıllara kadar sadece hukukumuzda anlaşılan “tahkim” idi; ancak bugün memnuniyet verici bir gelişme olarak, artık ADR’nin tahkimden ibaret olmadığı, bunun “müzakere, arabuluculuk, ön tarafsız değerlendirme, kısa yargılama, uzlaşma haftası” gibi, çok çeşitli yöntemleri içinde barındırdığı bilinmektedir. Bu yöntemler içinde en çok uygulananları, müzakere ve arabuluculuktur.

Müzakere, tarafların yüz yüze görüşmesidir. Bu görüşmede taraflar doğrudan görüşebileceği gibi, avukatlarıyla birlikte de görüşebilirler; ama burada, tarafsız bir üçüncü kişiyi kolaylaştırıcı olarak yer almaz. İşte, Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesindeki alternatif uyuşmazlık çözüm yolu müzakeredir; yani bizim “sulh” diye bildiğimiz yoldur. Buna karşılık arabuluculuk farklıdır. Arabuluculukta taraflar arasındaki müzakereleri yönetmek, müzakereleri kolaylaştırmak, tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardımcı olmak maksadıyla, sistematik müzakere tekniklerini ve metotlarını uygulayan, eğitilmiş, bağımsız, tarafsız bir üçüncü kişi vardır. Taraflar bu üçüncü kişinin huzurunda uyuşmazlıklarını müzakere ederek, kendileri çözmeye çalışırlar.

En çok uygulanan ADR yolu diyebileceğimiz arabuluculuğun temel faydaları nelerdir? Bir defa arabuluculuk, ekonomiktir değerli meslektaşlarım. Hem dava hem tahkim yoluyla mukayese ettiğimizde, arabuluculuk masrafsız ve ucuzdur. Çok daha kısa sürede bitirilir. Bugün Amerika’da veya Avrupa’da, saatlerle ifade edilen arabuluculuk oturumları yapılmaktadır. Arabuluculuk tercihen 1 günde, olmadığı takdirde 2-3 günde bitirilebilmektedir.

Arabuluculuğun sunduğu diğer bir avantaj, “gizlilik”dir. Yargılama alenidir. Bu bir güvencedir aslında. Keyfiliğe karşı taraflara tanınmış, adil yargılanma hakkının bir unsurudur; ama alenilik, bazen doğasında bir takım dezavantajlar taşır. Örneğin aile uyuşmazlıklarında taraflar, aile sırlarının ifşâ edilmesini istemeyebilir Ticarî uyuşmazlıklarda, marka-patent uyuşmazlıklarında, bazı ceza davalarında taraflar, uyuşmazlık konusunun üçüncü kişilerce öğrenilmesini istemeyebilir. İşte o noktada alternatif uyuşmazlık çözümü önemli bir avantaj sunar. Çünkü alternatif uyuşmazlık çözümünde kural, gizliliktir.

“Alternatif uyuşmazlık çözümünde tarafların mutlaka yapıcı bir düşünce tarzına sahip olması gerekir” şeklindeki görüş bir yanılığdır değerli konuklar. Burada doğru olan; arabulucunun tarafları uzlaşmaya dayalı çözümün avantajları, faydaları, üstünlükleri konusunda ikna etmesidir. Tecrübeli ve eğitilmiş arabulucular, tarafların uzlaşma önündeki inadının, aslında onların uzlaşma konusunda olgunlaştığının bir göstergesi olduğunu belirtmektedirler. Dolayısıyla birçok uyuşmazlıkta taraflar, her ne kadar inatçılık yapsalar da, önlerine dava yoluna nazaran daha iyi bir seçenek koyulduğunda, eninde sonunda ısrarcı olmaz ve dava yoluna

gitmektense o uzlaşma seçeneğini tercih ederler.

Alternatif uyuşmazlık çözümünün diğer bir faydası, “tarafklar arasındaki ilişkilerin korunmasıdır” . Dava yoluna gidildiği zaman tarafların arasındaki ilişkiler iyice yıpranır, zarar görür. Muhakemenin kelime anlamı konusunda, Nurullah Kunter’in Ceza Muhakemesi Hukuku kitabının girişinde çok güzel bir tanıımı vardır. Muhakeme, “yarmak” demektir. Biz dava açtığımızda muhakemeye tâbiyiz. Bu hukuk veya ceza muhakemesi olabilir. Mahkeme, uyuşmazlığı kesip atar, adeta kılıçla yarar. Mahkemenin tarafları uzlaştırmak gibi asli bir amacı yoktur. Dolayısıyla taraflar arasındaki ilişkiler devamlılık arz eden ilişkilerse, bu ilişkiyi kesip attığımızda, ortadan bıçakla kestiğinizde, artık bir daha taraflar birbirlerinin yüzüne bakamazlar. İşte, ADR’de bunun aksini görmekteyiz. Taraflar arasında aile ilişkisi olabilir, ticari ilişkiler olabilir veya benzeri ilişkiler olabilir. Bu gibi süreklilik arz eden ilişkiler varsa, müzakereye dayalı uyuşmazlık çözüm yolu o uyuşmalığı kesip atmaz. Onun yerine bu ilişkileri onararak çözmeye gayret eder.

Son olarak değinebileceğimiz diğer bir fayda, arabuluculuk ve diğer ADR yöntemlerinin esnek olmasıdır. Muhakeme, usul kurallarıyla şekillenmiştir. Yargılamaya egemen olan katı usul kuralları vardır. Hâkim de avukat da bu kurallarla bağlıdır. Oysa arabuluculuk ve diğer çözüm yollarında taraflar, usul kurallarını kendileri ihdas edebilirler.

Alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin gelişmelere baktığımızda, aslında Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesinden daha önce avukatlık mesleğine alternatif uyuşmazlık çözümünü kazandıran, Avukatlık Kanunu’nun 1 ve 2. maddelerinde belirtilen “avukatlığın amacıdır”. Avukatlık Kanunu’nun 1. maddesine göre avukatlık bir kamu hizmeti olup, 2. maddesine göre avukatlığın amacı, “hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır”. O halde avukatlık demek, sadece müvekkilin haklarını yargı organları önünde savunan ve koruyan kişi demek değildir. Avukat aynı zamanda, kendisine “her türlü hukuki uyuşmazlığı adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözmeye görevi verilmiş kişidir”. O halde arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri avukatlık mesleğinin özünde vardır. Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesi ile avukatlığa verilen sadece sulh, müzakere, uzlaşma; yani az önce söylediğim *negotiation* dediğimiz yöntemdir. Halbuki tahkim, arabuluculuk, ön tarafsız değerlendirme, kısa yargılama gibi diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları da, Avukatlık Kanunu’nun 1. maddesine baktığımızda, avukatların doğal görevlerinden biridir.

Değerli meslektaşlarım; bu çok genel açıklamalar çerçevesinde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına baktığımızda, Tasarının genel gerekçesinde, az önce anlattığım, dünyada egemen olan teorik düşüncelerin



hâkim olduğunu görüyoruz. Genel gerekçede açıkça, bu Tasarının, kişilerin adalete erişiminin kolaylaştırılması sebebiyle hazırlandığı, alternatif uyuşmazlık çözümünün yargıya bir alternatif olmadığı, onun *surrugati* olmadığı, onunla rekabet içinde olmadığı; yani “*ikame bir yargı*” teşkil etmediği vurgulanmıştır. O halde nedir alternatif uyuşmazlık çözümü? Mahkemelerde görülen dava yoluna ilave bir uyuşmazlık çözümüdür, bir seçenektir; ama asla bir “*ikame yargı*” değildir.

Arabuluculuk Kanunu Tasarısına baktığımızda, arabulucu ve arabuluculuk kavramlarının tanımlandığını görmekteyiz. Tasarının 1. maddesinde, bu Kanunun hangi uyuşmazlıklarda uygulanacağı tanımlanmıştır. Az önce değerli meslektaşımız da, Sayın Başkanım da bunu okudu. Burada “yabancılaşma unsuru taşıyan” kriteri, daha önceki tasarı metninde yoktu. Bu yönde ileri sürülen görüşler kabul edilerek, yabancılaşma unsuru taşıyan uyuşmazlıklar da isabetli bir şekilde Tasarıya dahil edildi. Şimdi aynen o cümleyi okumak istiyorum: “Bu kanun, yabancılaşma unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır.”

O halde hangi uyuşmazlıklarda arabuluculuğa gideceğiz? Bu kriteri aslında biz biliyoruz değerli meslektaşlarım. Nereden biliyoruz? İşte, Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesinde bunun benzeri var. Hukuku Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun tahkime ilişkin 518. maddesinde, gene Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 412. maddesinde bu kriter var. Ne demektir bu kriter? Tarafların üzerinde sulh, kabul, feragat olabileceği uyuşmazlıklar, serbest tasarruf edilen uyuşmazlıklardır. O halde bunlarda arabuluculuğa gidilebilir; ama bunu tahkim ile aynı şekilde yorumlamamak gerekir. Çünkü, tahkime ilişkin Yargıtay’ın içtihatlarını biliyorsunuz. Yargıtay bu konuda daraltıcı bir yorum yapmakta ve çeşitli kararlarında değişmekle beraber, zaman zaman bu kararlar, tahkimi belli uyuşmazlıklarla sınırlamakta. Ama arabuluculuk bağlayıcı bir yöntem olmadığı için, arabulucu bağlayıcı bir karar vermediği için, örneğin Kat Mülkiyetinden doğan uyuşmazlıklarda, kiracı-kiralayan arasındaki uyuşmazlıklarda, iş-işveren arasındaki uyuşmazlıklarda, aile uyuşmazlıklarında, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklarda, kanımca arabuluculuğa başvurulması mümkün olmalıdır. Dolayısıyla bu madde, tahkime elverişlilik kıstasından geniş yorumlanmalıdır.

Değerli meslektaşlarım Arabuluculuk Kanunu Tasarısında, “iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları” deniyor. Ben bu ibarenin çok isabetli olmadığı kanısındayım. Bunun sebebi de şu: 5235 sayılı Mahkemeler Teşkilatı Kanunumuz var biliyorsunuz. Bu Kanununun 6. maddesinde “Hukuk Mahkemelerinin Görevi” düzenleniyor. Orada “iş”, “dava” ve “işler” kelimeleri var. “Dava” ile kastedilen, çekişmeli yargıya ilişkin işlerdir. “İşler” ile kastedilen, nizasız kaza dediğimiz çekişmesiz yargı işleridir. Oysa çekişmesiz yargı işlerinde arabuluculuk uygulanmaz; çünkü bu işler kamu düzenine yöneliktir. Tarafların üzerinde serbest tasarruf etmesi mümkün değildir. Peki, burada benim önerim ne? Hemen

onu da arz edeyim. Zira alternatifi olmayan bir eleştiri getirmek doğru değildir. Benim önerim; yeni MÖHUK'ta bu konuda gayet güzel bir cümle kullanılmış. Burada “ tarafların üzerinde serbest tasarruf edebilecekleri işlem ve ilişkilerden doğan hukuk uyumsuzlukları” demek kanımca herhangi bir kavram karmaşasına meydan vermeyecek bir düzenleme olur.

Buna ilaveten, bu madde gene şu bakımdan çok önemlidir: “Aile arabuluculuğu”. Aile arabuluculuğu fevkalâde önemli bir arabuluculuk dalıdır. Hukukumuzda fazla uygulanmamaktadır. Zira henüz gelişmemiştir ne yazık ki. Halbuki aile uyumsuzlukları, arabuluculuğa en müsait uyumsuzluklardır, üstelik yasal dayanağı da vardır. Pozitif hukukumuzda aile arabuluculuğunun çok sağlam ve açık yasal dayanağı vardır. Örneğin Aile Mahkemeleri Kanunu'nun 6 ve 7. maddelerine göre aile mahkemesi, görev alanına giren konularda, evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak, gerektiğinde uzlaştırmaya ve bu konuda, 5. maddeye göre atanan uzmanların görevlendirilmesine karar verebilir. Aynı şekilde Medeni Kanunu'nun 195. maddesine göre hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin, yani arabulucuların yardımını isteyebilir.

Tüm bu maddelere dayanarak, kanımca niteliğine aykırı düşmedikçe Arabuluculuk Kanunu Tasarısının hükümleri, aile arabuluculuğuna da uygulanmalıdır; ama “niteliğine aykırı düşmedikçe” cümlesinin altını çiziyorum. Örneğin, uzlaşma belgesinin ilâm hükmünde olması, işin niteliğine aykırı düşeceği için, aile arabuluculuğunda uygulanmayacaktır; ama Arabuluculuk Kanunu Tasarısı bu anlamda daha özel olduğu için, arabuluculuğun usul ve esasları mutlaka uygulanmalıdır.

Arabuluculuk Kanunu Tasarısı yasalaştığı zaman arabuluculuğa nasıl başvurulacak? Çok seri biçimde ona da değinmek istiyorum değerli meslektaşlarım. Arabuluculuğa başvuru usulünü düzenlerken, sadece Arabuluculuk Kanunu Tasarısına bakmak yeterli değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının ilgili hükümlerine de bakmamız gerekir. İkisini bir bütün olarak değerlendirmemiz gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında yeni bir aşama geliyor. Fevkalâde önem verdiğim, çok yararlı olacağına inandığım bir aşama bu. Dünyadaki birçok modern hukuk sisteminde bu var; “ön inceleme aşaması”. Ön inceleme aşaması, Tasarınının 142. maddesinde düzenleniyor. Nedir ön inceleme aşaması? Mahkeme ne yapar bu ön inceleme aşamasında? Mahkeme ön incelemede öncelikle dava şartlarını ve ilk itirazları inceler ve bunu dosya üzerinden yapabilir. Bunun ardından isterse tarafları dinleyebilir ve uyumsuzluk konularını tam olarak belirler. Hazırlık işlemleriyle tarafların delillerini sunmaları için gereken işlemleri yapar. Tarafların üzerinde serbest tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe ve arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları duruşma tutanağına, ön inceleme duruşma tutanağına geçirir. O halde bu aşamanın büyük önemi var. Bugün sıkıntı duyduğumuz çok önemli bir sorunu açacağız. Artık taraflar ve hâkim ilk



duruşmaya hazırlıklı çıkacaklar. Dolayısıyla ön inceleme aşaması fevkalâde yararlı olacaktır. Bu sayede uyuşmazlık konuları ayıklanacaktır. Artık tahkikat, sadece ihtilafı konular üzerinde yürüyecek, lüzumsuz konularda delil toplanmayacak ve en önemlisi, bu yeni yargılama kesitinin en önemli işlevi de hâkim tarafları sulhe ve arabuluculuğa teşvik edebilecektir.

Burada, hem arabuluculuğun hem yargılamanın daha sonra hızlı ve sağlıklı işlemesi ve tarafların sadece ihtilafı konulara eğilmesi bakımından, tarafların anlaşmış veya anlaşamadıkları hususların tespiti büyük önem taşıyacaktır. İşte bu noktada hâkime çok önemli bir işlev verilmiştir değerli meslektaşlarımız: Tasarıya göre hâkimin tarafları uzlaşma veya arabuluculuğa teşviki artık zorunludur. Tasarı bu haliyle yasalaşır, hâkim mutlaka tarafları uzlaşmaya teşvik etmek zorunda; ama taraflar, arabuluculuk davetine, teklifine red cevabı verirse, o takdirde arabuluculuğa başvurmak zorunlu değildir. Demek ki zorunlu olan sadece teşviktir.

Peki bu teşvik ne demektir? Bugünkü gibi tarafların şeklen teşviki midir? İşte aile mahkemelerindeki uygulamayı değerli meslektaşımız da, Sayın Dedeoğaç da çok haklı olarak vurguladı. Duruşma tutanağına şeklen; “taraflara uzlaşmak isteyip istemedikleri soruldu, istemedikleri açıklandı, duruşmaya devam edildi” yazılması teşvik midir? Hayır, bu teşvik değildir! Bu yasak savmaktır. Teşvik ne demektir? Teşvik, “tarafların aydınlatılması” demektir. biz buna Medenî Hukukta “aydınlatılmış irade” diyoruz. Taraflar arabuluculuğun ne olduğu, hukuki etkileri, sonuçları, faydaları gibi konularda tam olarak aydınlatılmalıdır.

Bu bilgilendirmeyi hâkim nasıl yapacaktır? İşte bu noktada, kanunda yazmamakla beraber benim yorum yoluyla getirdiğim bir usul kesitinin daha devreye girmesi gerekir kanımca. Hâkim bu konuda eğitilmiş bir arabulucu avukatın huzurunda, tarafların aydınlatılması için bir toplantı yapılmasına, bir bilgilendirme toplantısı yapılmasına karar verebilmelidir. Dayanağımız nedir? Dayanağımız, Avrupa Birliği Arabuluculuk Yönergesinin 5. maddesidir. Bu maddede açıkça, üye ülkelerin mahkemelerine bu yetki verilmiştir ve kanımca hâkimin “aydınlatma ödevi” de, tarafları bir arabulucu avukatın huzurunda toplanmaya yönlendirme yetkisini vermektedir. Hâkim tarafları arabuluculuğa yönlendirir ve taraflar da bunu kabul ederse veya hâkimin teşvikine gerek kalmadan taraflardan biri bunu teklif ederse ya da her iki taraf arabuluculuğa başvurmayı birlikte teklif ederse, bu takdirde hâkim bir ara kararı verecektir. Bakın daha ilk duruşmaya başlamadık. Daha duruşmaya girmedik, tahkikata başlamadık. Henüz ön inceleme aşamasındayız. Hâkim, “davanın arabuluculuğa gönderilmesi” şeklinde bir ara kararı verecek ve yargılamayı erteleyecektir. O halde, Frank Sunder’in görüşü olan mahkeme kökenli “*court-based ADR*” dediğimiz anlayış Tasarıya girmiş durumdadır. Tarafların arabuluculuğa gönderilmesi durumunda, bunun davaya olan ilk etkisi, “yargılamanın erteleyici” etkisidir. Mahkemenin verebileceği “dava dosyasının arabuluculuğa gönderilmesi” kararıyla, yargılama ertelenmiş olacaktır. Dava ne kadar süreyle ertelenmiş olacaktır? İşte bu noktada Arabuluculuk Kanunu Ta-

sarisına bakıyoruz hemen; “3 ay”. Bu sürenin sonradan uzatılması mümkündür; ama 3 ay süre ile yargılanma ertelenmiş olacaktır. O halde mahkeme, ön inceleme duruşmasında, ikinci duruşma tarihini en az 3 ay sonraya verecektir. Bu aslında ilk duruşmadır, davanın ilk duruşması olacaktır.

Değerli meslektaşlarım; arabuluculuk sonunda mahkemenin vereceği karar, HMK Tasarısının 145. maddesinde düzenlenmiştir. Burada uyuşmazlık çözülürse, bunun tutanağa geçirileceği ve bir sulh belgesi elde edileceği yazılmıştır. Uyuşmazlık çözülmezse arabuluculuğa devam edilecektir. Peki bu arada bir zaman kaybı olacak mıdır? Hayır, bu bir zaman kaybı olmayacaktır; çünkü zaten şu anda tensip zaptının düzenlenmesiyle ilk duruşma arasında en az 1-2 aylık süre geçmektedir. Arabuluculuk için de en fazla 3 aylık bir sürenin Kanunda öngörüldüğü ve arabuluculuğun, normalde günlerle ifade edilen sürelerde çözüldüğünü dikkate alırsak, bu bir gecikmeye meydan vermeyeceği gibi, tam tersine yargılamayı çabuklaştıracaktır. Çünkü arabuluculuk sonunda tarafların uyuşmazlığı daha da olgunlaşmış olacaktır. Artık hâkimin önüne ham bir uyuşmazlık gelmeyecektir. Belki kısmi uzlaşmalar sağlanacaktır. Belki Amerika’da, Avrupa’daki uygulamada görüldüğü gibi taraflar önceden uzlaşamayacak; ama daha sonra, belki yargılama sırasında arabuluculuğun kazandırdığı semereyle uzlaşabileceklerdir.

Bu noktada çözülmesi gereken bir sorun daha vardır. Tasarıda, arabuluculuk sonundaki arabuluculuk tutanağına “anlaşma belgesi” deniyor; buna “uzlaşma tutanağı” diyebiliriz; Tasarı uzlaşma tutanağının düzenleneceği ve bunun ilâmlı icrâya dayanak belge olacağını söylüyor; ama Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında buna değinilmemiş. Burada sulh belgesinden, mahkeme için sulhten söz ediliyor. Her iki maddenin bence tekrar değerlendirilmesi ve uyumlu hale getirilmesi gerekir.

Değerli meslektaşlarım, tabii tasarı çok uzun. Ben daha yarısına bile gelemedim; ama ne yazık ki süremiz çok kısıtlı. Son olarak, arabulucunun seçilmesi ve nitelikleriyle yükümlülüklerine satırbaşlarıyla değineyim. Sizin sorularınızla bunu daha da aydınlatırız. Arabulucu, Tasarıya göre taraflarca seçilecektir. Arabulucunun, arabulucunun unvanını kullanabilmesi için, mutlaka arabulucular siciline kayıtlı olması gerekir. Bu noktada değerli meslektaşlarım, yeni bir meslek doğuyor! Bunu görmezden gelemeyiz ve bu meslek, benim kanaatimce ülkemiz için, memleketimiz için çok hayırlı olacak bir meslektir. Bu mesleğe blok karşı çıkmak, mesleğin önünde durmak yanlıştır. Doğru olan nedir? Avukatlık Kanununun 1. maddesinin, avukatlara, bize verdiği yetkiyi kullanarak bu mesleği sahiplenmektir. Aksi taktirde başkaları sahiplenir. Dolayısıyla arabuluculuk bir unvandır, kart bastırabilecektir, serbest meslek makbuzu kesebilecektir, büro açabilecektir ve Kanunun saydığı hakları sadece bu unvana sahip kişi kullanabilecektir. Bu kişi tasarıya göre, hukukçu ise 150 saat, hukukçu değilse 250 saatlik bir eğitim almak ve akabinde yazılı bir sınava girmek zorundadır. Yazılı sınavın ardından, sınavını geçerse “arbuluculuk belgesi” alacaktır. Adalet Bakanlığı bünyesinde, Hukuk



İşleri Genel Müdürlüğünde tutulan “arabulucular siciline” kaydolacaktır ve mesleğini icra edecektir.

Arabulucunun hak ve yükümlülükleri nelerdir?

Bir: Ücret ve masraf isteme hakkı vardır.

İki: Görevini özenle, tarafsız ve bağımsız bir şekilde yerine getirme yükümlülüğü vardır.

Üç: Reklam yasağına uyma yükümlülüğü vardır.

Dört: Tarafları aydınlatma yükümlülüğü vardır.

Beş: Açıklama yapmama ve tanıklıktan çekilme hakkı vardır.

Altı: Dosya saklama, sır saklama yükümlülüğü vardır.

Yedi: Aidat ödeme yükümlülüğü vardır.

Dikkat ettiyseniz, bu saydıklarım aslında kimin yükümlülükleri? Zaten Avukatlık Kanununda bize yüklenen yükümlülüklerdir bunlar. Dolayısıyla müesseye nereden bakarsanız bakın, şablonu koyun, avukatlığa birebir oturmaktadır.

Son olarak tek bir cümle ile bağlayayım, aslında daha tabii, tasarıda değinilecek çok hüküm var. Değerli meslektaşlarım, tasarıya göre arabuluculuk başladığı zaman, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler durmaktadır. Yalnız burada şöyle bir ayırım yapmak lazım; dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulduğu zaman zamanaşımı ve hak düşürücü sürenin durması çok doğru, çok isabetli. Ama tasarıya göre dava açıldıktan sonra da bunun durması düzenlenmiş. Bu gereksiz; çünkü Borçlar Kanunu'nun 133. maddesine göre zaten dava açıldığı zaman maddî hukuk sonucu olarak zamanaşımı kesiliyor. O halde bunu bizim nasıl anlamamız lazım? Bunu bizim, zamanaşımı ve hak düşürücü sürenin kesilmesi değil, 3 aylık arabuluculuk süresinin başlama tarihi olarak anlamamız lazım. Bu şekilde bir yoruma ihtiyaç gösteren bir husus var.

Tasarıda arabuluculuğun gizliliği düzenlenmiştir. Arabuluculuk süreci gizlidir. Bu hem tarafları, hem arabulucuyu hem de müzakerelere katılan üçüncü kişileri kapsar. Dolayısıyla kural olarak müzakerelere katılan herkes sır saklama hükmü altındadır. Buna uymazlarsa ne olur? Tasarıda yaptırım olarak hapis cezası, hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. Gizliliğin bir uzantısı da, “delil ve tanıklık yasağı”dır. Bunlar çok isabetli hükümlerdir. Mukayeseli hukukta da mevcuttur. Arabulucu tanıklık yapmak zorunda bırakılamaz, uzlaşma müzakeresi sırasında tutulan tutanaklar, yapılan beyanlar, ikrarlar, daha sonraki bir dava veya tahkim süresinde delil olarak ileri sürülemez. Aslında bu da yeni değildir. Sayın Dedeoğlu'nun değindiği gibi şu anda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda bunların benzer hükümleri var. Örneğin hemen söyleyeyim; hatırlayacaksınız: HUMK'un 236. maddesine göre “sulh müzakeresi esnasında sebkeden eden ikrar muteber değildir”.

Değerli meslektaşlarım, bu konu çok uzun elbette; ama ben süreme zaten tevazü ettim. Daha fazlada sabrınızı zorlamak istemiyorum; ama sorularla da bunu hep beraber daha sonra detaylandırabiliriz. Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür eder, saygılarımı arz ederim.

HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU TASARISI HAKKINDA ÖNERİLER

ÖNERİ 1

1. SEÇENEK

Kapsam

MADDE 1- (1) Bu Kanun, yabancı unsurlu uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere, dava açılmasından önce taraflarca veya davanın görülmesi sırasında mahkemece ya da bir Kanun hükmüyle arabuluculuğa başvurulmasına karar verilen, hukuk mahkemelerinin görevine giren malvarlığı haklarıyla ilgili taleplerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarında ve aile arabuluculuğunda uygulanır.

(2) Malvarlığı haklarıyla ilgili taleplerden kaynaklananlar dışında kalan uyuşmazlıklarda, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda arabuluculuğa başvurulabilir.

(3) Diğer Kanun hükümlerindeki emredici düzenlemeler saklıdır.

2. SEÇENEK

Kapsam

MADDE 1- (1) Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlem ve ilişkilerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır.

3. SEÇENEK

Kapsam

MADDE 1- (1) Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlem ve ilişkilerle ilgili taleplerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır.

AÇIKLAMA: Kapsamı (uygulama alanını) düzenleyen bu madde, arabuluculuğun doğru anlaşılması ve gelişmesi için çok önemlidir. Bu kıstas, HUMK m. 518’de ve HMK Tasarısında, tahkim için öngörülen bir kıstastır. Bu kıstas benimsenirse, arabuluculuğun tahkimle benzer muamele görme ve karıştırılma olasılığı yüksektir. Böyle bir yorum arabuluculuğun kapsamını çok daraltır ve



bu yeni uyuşmazlık çözüm yoluna zarar verir. Yargıtayın bu kıstasa ilişkin daraltıcı yorumu ve doktrinde getirilen eleştiriler nazara alındığında, bu endişelerin gerçekleşme olasılığı yüksektir. Arabuluculuk tahkimden çok farklı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğundan, arabuluculuğun kapsamı tahkimle aynı kıstasa bağlanmamalıdır.

Bundan da önemlisi, bu kıstas, aile arabuluculuğunun (veya boşanma arabuluculuğunun) önünü kapatmakta ve bu Kanun kapsamına sokmamaktadır. Oysa dünyada büyük bir uygulamaya sahip olan ve ülkemizde de büyük bir ihtiyaç bulunan aile arabuluculuğu mutlaka geliştirilmelidir. Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi, yapılan son değişiklik sonucunda, aile uyuşmazlıkları ile tüketici uyuşmazlıklarını da kapsamına almıştır. Üye ve aday devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde bu hususlara riayet etmeleri gerekir. Ayrıca bu Kanun, aile arabuluculuğunun geliştirilmesi için büyük bir fırsattır ve “kapsam” maddesiyle, daha en başta bu sağlanmalıdır. Madde bu haliyle aile arabuluculuğunu kapsam dışı bırakmaktadır; zira aile uyuşmazlıkları, “ tarafların üzerinde serbest tasarruf edebilecekleri işlerden” değildir.

Dava açılmadan önce, taraflar arasında yapılan sözleşmeyle veya sözlü olarak arabuluculuğa başvurulması kararlaştırılırsa bu Kanun uygulanır.

Dava sırasında, Tasarının 12. maddesine göre, gene tarafların iradesi alınmakla birlikte, arabuluculuğa başvurulması için mahkemenin bu konuda bir “ara kararı” vermesi gerekir. Zira artık dava süreci başlamıştır. Bu sebeple madde önerisinde “mahkemece karar verilemesi” denilerek her iki durum birbirinden tefrik edilmiştir.

Bunun gibi, bir Kanun hükmüyle arabuluculuğa başvurulması öngörülebilir (Örneğin, Aile Mahkemeleri Kanunu m. 6 ve MK m. 195/2).

“Malvarlığı haklarıyla ilgili taleplerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıkları” kıstası, yukarıda açıklanan gerekçelerle, maksada ve bağlayıcı bir karar verilmeyen arabuluculuğun yapısına daha uygundur ve arabuluculuğun kapsamını daraltma tehlikesini taşımaz.

Hukukumuzda, Aile Mahkemeleri Kanunu’nun 6 ve 7, Medeni Kanun’un 195. maddesiyle aile arabuluculuğuna başvurulması mümkündür. Bu bağlamda, boşanmanın fer’i sonuçlarına ilişkin hususlarda (örneğin eşlerin ortak mallarının paylaşımı ve mal rejiminin tasfiyesi, maddi ve manevi tazminat miktarı, nafaka miktarı, velayetin kimde kalacağı, velayetin bırakılmadığı eşin çocukla kişisel ilişki kurması, kadının kocasının soyadını taşımasına izin verilmesi gibi pek çok konu üzerinde) taraflar serbestçe tasarruf edebilir. MK m. 184/5’e göre hâkimin de onayı alınmalıdır. Bu konulardaki uyuşmazlıklarda aile arabuluculuğuna başvurulması Kanunen mümkündür. Ancak, aile arabuluculuğunda hangi usul hükümleri uygulanacaktır? İşte bu nokta belirsizdir. Bu Tasarı, söz konusu boşluğu doldurmaktadır. Bu Kanun kuşkusuz, sadece özel hukuk uyuşmazlıklarını de-

ğil, aile uyuşmazlıklarını da kapsamalıdır. Bu husus öneminden dolayı Kanunda açıkça belirtilmelidir.

Malvarlığı haklarıyla ilgili taleplerden kaynaklananlar dışında kalan (yani şahıs varlığı haklarıyla ilgili taleplerden kaynaklanan) uyuşmazlıklarda, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda arabuluculuğa başvurulabilir. Örneğin, nesebin düzeltilmesi davası, tanıma veya babalık davasında arabuluculuğuna başvurulamaz; zira tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu yoktur.

Madde önerisinde özellikle “talep” ibaresi kullanılmıştır. Zira mukayeseli hukukta kabul edildiği üzere, “uyuşmazlığın” altında “reddedilen talepler” yatar. “İşler” kelimesi, 5235 sayılı Kanunun 6. maddesinde “çekişmesiz yargı işlerini” kast etmektedir. Bu yüzden, burada kullanılmaması daha doğru olur. Madde önerisi hazırlanırken, 5235 sayılı Kanun’un hukuk mahkemelerinin görevini belirleyen 6. maddesi dikkate alınmıştır.

Varsa, özel Kanunlarda arabuluculuğa başvurmayı yasaklayan hükümler saklı tutulmuştur.

ÖNERİ 2

Gizlilik

MADDE 4- (1) Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa arabulucu ve arabuluculuğa katılan üçüncü kişiler, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgelerle tuttuğu kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.

(2) Aksi kararlaştırılmamışsa taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.

AÇIKLAMA: Tasarının 5’inci maddesinde üçüncü kişiler yönünden delil ve tanıklık yasağı öngörülmüşken, 4’üncü maddesinde gizlilik yükümlülüğünün üçüncü kişiler bakımından öngörülmemesi bir eksiklik olmuştur. Arabuluculuk kurumunun güvenilirliğinin sağlanması açısından, üçüncü kişilerin de gizlilik yükümlülüğüne tabi olması önem arz etmektedir. Böylece 33’üncü maddedeki ceza yaptırımını üçüncü kişilere de uygulanır olacaktır.

ÖNERİ 3

Ücret ve masrafların istenmesi

MADDE 7- (1) Arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir.

(2) Aksi kararlaştırılmadığı sürece arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgarî Ücret Tarifesine göre belirlenir; aksi kararlaştırılmadıkça ücret ve masraf taraflarca eşit olarak karşılanır.

(3) Dava sırasında arabuluculuğa başvurulması halinde, Hukuk Usulü Mu-



hakemeleri Kanununa göre koşulları taşıyan taraf adli yardımdan yararlanabilir.

(4) Arabuluculuk siciline kayıtlı arabulucuların, mahkeme kararıyla arabuluculuğa gönderilen davalarda, yılda en az 10 saat veya iki davada ücretsiz arabuluculuk yapması zorunludur.

(5) Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret alamaz. Bu yasağa aykırı işlemler batıldır.

AÇIKLAMA: Önerilen ilave, Amerika Birleşik Devletleri'nde çeşitli eyaletlerde uygulanmaktadır. Arabuluculuğun gelişmesi ve beklenen işlevini yerine getirebilmesi için adli yardım olanağının tanınması çok önemlidir. Nitekim CMK m. 253'e göre, ceza arabuluculuğu tamamen ücretsizdir. Adli yardımın yükünü azaltmak 4. fıkra Kanunda yer almalıdır. Adli yardımdan yararlanma olanağı Komisyonca uygun görülmezse, 4. fıkra daha da önem kazanır. ABD'de hemen her eyalette bu kural vardır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki Rec(2002)10 Sayılı Tavsiye Kararının üçüncü ilkesinin dokuzuncu maddesinde Üye Devletlere, tamamen veya kısmen ücretsiz arabuluculuk hizmet sunmaları veya arabuluculuk için adli yardım olanağı sağlamaları önerilmiştir. Örneğin Belçika'da arabuluculukta adli yardımdan yararlanılabilmektedir. Benzer şekilde CMK m. 253'e göre, ceza arabuluculuğu tamamen ücretsizdir.

ÖNERİ 4

Taraflarla görüşme ve iletişim kurulması

MADDE 8- (1) Arabuluculuk müzakereleri taraflarla birlikte veya ayrı ayrı gerçekleştirilecek toplantı veya iletişimle yürütülür. Taraflar, arabuluculuk müzakerelerine bizzat veya avukatları aracılığıyla katılabilirler.

(2) Arabuluculuk müzakereleri, görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle de yapılabilir.

AÇIKLAMA: Avrupa Birliğinde uygulanan online uyuşmazlık çözümü zamanla hukukumuzda da gelişecektir. Bu sebeple, Kanuna eklenecek 2. fıkrayla ODR'nin önü açılmalıdır. Müzakereler, sadece bir araya gerek değil, online ortamda da yapılabilir. Avrupa Birliğinde, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda ve tüketici uyuşmazlıklarında bu yöntem uygulanmaktadır. Benzer bir hüküm, CMK Uzlaştırma Yönetmeliğinde de mevcuttur (m.18,4).

ÖNERİ 5

Arabulucuya başvuru

MADDE 13- (1) Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir.

(2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır.

(3) Mahkeme, kanunen aksi öngörülmedikçe, taraflar arasındaki uyuşmazlığın özelliklerini de dikkate alarak, kendiliğinden veya taraflardan birinin talebiyle, hüküm verilinceye kadar tarafları arabuluculuğa başvurmaya davet edebilir. Mahkeme, tarafları arabuluculuğa davet etmeden önce, tarafların, arabuluculuk usûlüne ilişkin bir bilgilendirme toplantısına katılmasına karar verebilir.

(4) Tarafların, bilgilendirme toplantısı sonunda arabuluculuğa başvurmayı kabul etmesi hâlinde mahkeme, uyuşmazlığın arabuluculuğa gönderilmesi kararını taraflara bildirir.

(5) Mahkeme, arabuluculuk müzakerelerinin başlamasından sonra, haklı bir sebep olmadan müzakerelere katılmayan veya arabuluculuk sürecini davayı uzatmak maksadıyla kullanan tarafın, o zamana kadar yapılmış yargılama giderlerini ve karşı tarafın avukatlık ücretini ödemesine karar verebilir.

AÇIKLAMA: Hâkimin tahkikata başlamadan önce tarafları sulhe (uzlaşmaya) veya arabuluculuğa teşvik etmesi, tarafları arabuluculuğun amaçları, faydaları, sunduğu güvenceler ve sonuçları konusunda bilgilendirmesini gerektirir. Arabuluculuğun başarısında, tarafların tam ve doğru bilgilendirilmesi (aydınlatılmış irade) büyük rol oynar. Bu bilgilendirme, sadece tarafların arabuluculuğa başvurma imkânının bulunduğu hatırlatılması şeklinde değil, konuyu gerçekten anlayacak şekilde aydınlatılmaları ve arabuluculuğa teşvik edilmeleri suretiyle yapılmalıdır. Hâkim, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etme yetkisi kapsamında, tarafların, eğitimli bir arabulucu huzurunda, arabuluculuğun usûl ve esaslarına ilişkin bir bilgilendirme toplantısına katılmasına da karar verebilmelidir. Nitekim Avrupa Komisyonu Arabuluculuk Yönergesinin arabuluculuğa başvurulmasını düzenleyen 5. maddesine göre, davayı görmekte olan mahkeme, uygun olduğunda ve davanın bütün koşullarını dikkate alarak tarafları, uyuşmazlığı çözmek için arabuluculuğa başvurmaya davet edebilir. Mahkeme, tarafları, gerek görmesi ve kolaylıkla yapılabilecek olması halinde, arabuluculuğa başvurulmasına ilişkin bir bilgilendirme toplantısına katılmaya da davet edebilir.

ÖNERİ 6

Arabulucunun seçilmesi

MADDE 14- (1) Başkaca bir usul kararlaştırılmamışsa, arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir.

(2) Arabuluculuğa başvurulmasına mahkeme karar verirse, arabuluculuk müzakerelerini yönetmek üzere bir veya daha fazla arabulucu atar.

(3) Mahkeme, taraflarca kararlaştırılan bir kişiyi de arabulucu olarak atayabilir.

(4) Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu bir kişi olarak seçilir.



ÖNERİ 7

Tarafların anlaşması

MADDE 18- (1) Arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır.

(2) Taraflar arabuluculuk sürecinin sonunda bir anlaşmaya varırlarsa bu anlaşmayı, asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre yetkisi belirlenecek olan oturdukları yer icra mahkemesine ibraz edip, icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerhi içeren anlaşma, ilâm niteliğinde belge sayılır.

(3) İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, niteliği itibariyle bir çekişmesiz yargı işidir. Buna ilişkin inceleme acele işlerden sayılır ve dosya üzerinden yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığı ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bu başvurunun reddi üzerine ilgili taraftan istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden bir başka resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır.

AÇIKLAMA: İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, niteliği itibariyle bir çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmaya icra edilebilirlik şerhinin verilmesinin Kanunda acele işlerden sayılması ve çekişmesiz yargı işi olması gözetilerek Türkiye'nin her yerindeki icra mahkemesinin bu iş için yetkili olması uygun olur. Nitekim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının, “Çekişmesiz yargı işlerinde yetki” başlıklı 388. maddesine göre, “Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir”. Tasarıda çekişmesiz yargı işlerine ilişkin talepler için, talepte bulunan veya ilgililerin yerleşme niyeti olmaksızın oturduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır. Arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhinin verilmesi de bu kapsamda düşünülebilir.

ÖNERİ 8: YENİ FIKRA

Davanın arabuluculuğa gönderilmesi kararında tarafların rızası, seçilen arabulucu, arabulucunun ücreti, görevin başlangıç tarihi ve duruşmalı işlerde ilk duruşma tarihi belirtilir.

AV. GÜNEŞ GÜRSELER _ TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ _ Sayın Özbek'e teşekkür ediyoruz her zamanki gibi konuyu hem derin hem hızlı hem de özlü anlattı.

Sorularla başlayalım. Önce Ender Bey'e yönelteceğiniz soruları alalım, O yanıtlasın, buyurun. Bildiri olmasın yalnız.