

Arabuluculuk¹, mahkemelerin iş yükünü mü yoksa yargıya olan güveni mi azaltacaktır?

Av. Hakan Muran

Hukukçuların büyük bir çoğunluğunun yanı sıra, ilgili kamuoyunun yakından takip ettiği, Adalet Bakanlığının, 2007 yılında düzenlediği; *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu* taslağı, gelen yoğun tepkiler üzerine, bazı değişikliklerle yeniden tasarlanmış ve kanunlaştırılması için meclis başkanlığına sunulmuştur². 2008 yılı taslağı olarak bahsedilecek bu ikinci taslak düzenlemelerinde, önceki tepkiler doğrultusunda bazı olumlu düzeltmeler yapılmış olmasına rağmen temel sorunlar gerçekte giderilmiş değildir. Belirtmelidir ki; 2007 yılı tasarısına yapılan değerlendirmelerde kayıt altına alındığı gibi, yeni tasarımın da; yapılma amacının saptırılmış olmasına, Türk hukuk sisteminin özüne uyumsuzluğuna, halkımızın sosyal yapısı dışında hazırlanmış olduğuna ve detay olarak da, tasarımın metnindeki olumsuz yaklaşımlara, önceden gösterilmiş olan ilkesel tepkiler aynı *bilgi ve inanç* yoğunluklarıyla, günümüz, 2011 yılı içinde yeniden savunulmaktadır³.

Arabuluculuk ibaresi yaygın kullanımıyla, Amerika ve Avrupa ülkelerinde, toplumların hukuk kültürlerine bağlı olarak değişik yoğunlukta uygulama alanı bulan bir uzlaşma sisteminin genel bir kelimeyle ifade edilmesidir. Arabuluculuk sisteminin, türlerinin temelinde, toplum destekli, sorunları çözmeye uzlaşmanın farklı yöntemleri vardır. Arabuluculuk ifadesinin terminolojik ve içerik yapılandırılmasında tam bir birlik söz konusu değildir⁴. İfadeler birbirlerini yerine kullanılabilir. Arabuluculuk (mediation) adlandırılmasıyla genel anlamda; *tarafsız, bağımsız ve objektif bir üçüncü kişinin, anlaşmazlık içine girmiş, eşit olanaklara haiz taraflara, sorunlarını hukuki çekişme haline dönüştürüp, yargılamaya taşımadan, güvenilir bir ortam içinde, tarafların, iradi olarak anlaşmazlıklarını görüşmeler yöntemiyle çözerek, yalın nitelikli bir sözleşme imzalamalarıdır*. Netice olarak elde edilen sonuç, prensipte aynı derecede birikim ve olanaklara sahip eşit tarafların, özel ilişkilerini kendi aralarında anlaşarak, basit bir sözleşmeyle, sadece tarafların el ele, karşılıklı çıkar kazancına (win/win) dayanan, kendi

¹ Başlıkta kullanılan “Arabuluculuk” ifadesi genel anlamında kullanılmış değildir. Başlıktaki ifade, Adalet Bakanlığınca kurulan komisyonunun hazırladığı 2007 yılı ve değişiklikler sonrası 2008 yılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarı”nda kullanılan “arabuluculuk” anlayışı ve bu anlayışın sonucunda yapılandırılan arabuluculuk kurumu (bizce, arayapıcılık) kast edilmek üzere kullanılmıştır. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu* taslağı ifadesi çalışmamız içinde “Arabuluculuk Kanunu Tasarısı” olarak da kullanılacaktır.

² 2008 yılı Tasarının gerekçeli tam metni ve komisyonların raporlama tarihleri için bakınız; www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=65453, (12.4.2011, 12:30).

³ İstanbul Barosu açıklaması; “Arabuluculuk Kanuna Hayır”, 25.3.2011, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=5637>, (12.4.2011, 17:30).

⁴ ADR kısaltmasındaki “A” açılımı olan; **Alternative** (Alternatif) yerine; **Amicable** (Dostane) / **Appropriate** (Elverişli) **Dispute Resolutions** yani; “Dostane veya Elverişli Anlaşmazlık Çözümleri” ifadeleri tasarı içeriğine göre daha yerinde olacaktır. “Amicable” terimi Avrupa Birliğinin, 2008/52/EC sayılı direktifinde de kullanılmaktadır. Bu terimler üzerinde baskın bir kabul henüz oluşturulmamıştır. Sonuç yaptırım gücüne göre farklılık gösteren ve yargı dışında kabul edilen çözüm yollarının, “Alternatif” olarak adlandırılması ve bundan da önemlisi bu nitelikte algılanması ise oldukça tartışmalıdır; Arabuluculuk Kanun Tasarısı üzerinde görüşler (makaleler), **İstanbul Barosu Dergisi**, C:81, S.2007/5, İstanbul 2007, s.2129-2164; Sigorta Konusunda Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Alternatif Yöntemlerle Çözümü (ADR), Sigorta Araştırma ve İnceleme Yayınları-4, **OKSAY**, Suna, **CEYLANTEPE**, Tolga, İstanbul 2006, s.11-32; Alternative Dispute Resolution, **FIADJOE**, Albert, Oxon 2004, s.21-32; **ALEXANDER**, Nadja, International and Comparative Mediation Legal Perspective, Bedfordshire 2009, s. 8-17.

çözümlerini, kendilerinin bulmalarının ortamının temin edilmesidir. Arabuluculuk anlayışında, tarafların kendi çıkarlarını koruyacak, eşit alt yapıya sahip oldukları teorisi ve kabulü vardır. Arabuluculukla ifade edilmek istenen, anlaşmazlıkları, yargılama dışında çözüme götüren yardımcı genel bir sistemin kullanılmasıdır. Bir sözleşmenin olağan yaptırımlara katlanan her taraf anlaşma veya uzlaşma sözleşmesi sonrasında da, ilgili sorunu, yargılama yoluna her zaman taşıma hakkına –Anayasal hak- haizdir. Yalın bir sözleşme niteliğine, doğrudan icrai yaptırım tehdidi gibi ağırlaştırılmış bir netice sadece, başlangıçta tarafların bu yönde anlaşmış olmaları sayesinde, iradi şartla mümkün olmaktadır. Bu yöndeki anlaşmalar ise sigorta, taşıma, bankacılık gibi özellikle de uluslararası ticaret alanlarında, tüccarlar arasında yaygın olarak görülmektedir⁵. Tasarıya bakıldığında ise, bu yaptırım gücü, bu yeni sistemi teşvik etmek uğruna kanun gücüyle temin edilmiştir.

Bu çalışmamızda, hukukçuların dikkatini konuya tekrar çekmek amacıyla; ilk taslak ve ikinci taslak içeriğinde önemli saydığımız maddelerin düzenleme farkları vurgulayacağız. Böylece incelenen maddeler üzerinden, Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin direktifi doğrultusunda hazırlanmış bulunan arabuluculuk kanun taslağının, Türk yargılamasının mahkeme dolaplarındaki birikmiş yükünü mü azaltacağını, yoksa avukatlık mesleği başta olmak üzere, yargıya olan talebi, diğer bir ifadeyle hukuk yoluna başvurma özgürlüğünü daraltıp daraltmadığını yorumlayacağız. Tasarının, kanunlaşmasını takiben kısa süreçte, ülkemiz hukuk sorunlarını çözmek yerine, hukuka olan güvenirliliği daha da yıpratıp, yıpratmayacağını maddelerin değerlendirmeleri ışığında inceleyeceğiz.

1- 2007 yılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununu Tasarısına hakkında tepkiler

Arabuluculuk kanununun 2007 yılında hazırlanmış olan tasarısı, 01.02.2007 tarihinde Adalet bakanı oluruyla kurulan ve çoğunlukla hukukçulardan oluşan kendi alanlarında değerli ve saygın komisyon üyeleri tarafından emekle hazırlanmıştır⁶. Aynı yıl kamuoyuna sunulan 2007 arabuluculuk kanunu tasarısı, ilkesel bakımdan, “*yargının özelleştirilmesi*” ve “*avukatlık çalışma alanına müdahale edilmesi*” temel başlıkları altında olumsuz eleştirilere uğramıştır⁷. Bu eleştirilerin haklı gerekçeleri olduğu görülmektedir.

a- Avukatlık mesleğinin faaliyet alanına dâhil olan anlaşmazlıkların ve uyuşmazlık başlangıçlarının çözümü işini, yeni bir meslek alanı olarak arabuluculuk adı altında düzenlenmek istenmektedir: Avukatlığın amacını düzenleyen, Avukatlık Kanunu (Av. K) md. 2 ile birlikte *uzlaşma sağlama* başlığı altında düzenlenen madde 35/A birlikte değerlendirildiğinde; *Avukatlar dava açılma aşması öncesinde veya dava açılmasına rağmen duruşma başlamadan önce, sadece tarafların üzerinde tasarrufla bulunabilecekleri işlerde, karşı tarafın avukatını (müvekkilleriyle birlikte) uzlaşmaya davet edebilecektir. Avukat sadece hukuki meseleleri değil, ayrıca anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun çözümlenmesini amaç edinmiş bir meslektir.* Görüldüğü üzere sadece

⁵ WIPO Arbitration and Mediation Center, <http://www.wipo.int/amc/en/index.html>, AAA American Arbitration Association, <http://www.adr.org/>, (12.04.2011, 12:30).

⁶ 2007 yılı tasarısının gerekçeli tam metni için bakınız; www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm, (20.9.2007).

⁷ İstanbul Barosu açıklaması; “*Arabuluculuk Kanunu Tasarısı geri çekilmelidir*”, 19.9.2007, www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=2&ID=2906, (20.9.2007).

avukatların yapacağı işlerden olan ve 2.3.2001 tarihli değişiklikle⁸ avukatlık kanuna eklenen “Uzlaşma Sağlama” kurumu, gerçekte Arabuluculuk sistemi olarak ifade edilen kurumun elde edeceği neticeyi fazlasıyla temin etmektedir⁹. Hukuk koruması ve avukatların meslek ilkelerinin getirdiği olumluluklar ayrıca hatırlanmalıdır¹⁰.

Bu düzenlemenin varlığına rağmen, neden “Arabuluculuk” adıyla yeni bir meslek dalı oluşturulmak üzere bu iki tasarı hazırlanmıştır? Av.K md.35/A kapsamında çözümlenmeyecek hangi hususlar Arabuluculuk sisteminde çözümlenecektir? En baştan söylenebilir ki; tasarıdaki hiçbir husus madde 35/A kapsamı dışında, anlaşmazlıkların giderilmesine daha iyi bir çözüm yolu getirmediği açıktır. Bu gerçek bizzat 2007 yılı tasarısını hazırlayan komisyon başkanı tarafından da samimiyetle ifade edilmiştir. Buna göre, avukatların uzlaşma sağlama hakkının ellerinden alındığı eleştirilerine cevap olarak, komisyon başkanının basına verdiği mülakatta ; “Avukatların bu hakkı -uzlaşma sağlama hakkı- var ama bu olanak gereği gibi bugüne kadar uygulanmadı. Barolar Birliğinin kayıtlarına göre bugüne kadar 30-50 arasında böyle bir uzlaşma sağlanabilmiş. Her yıl 2.5 milyon dava açıldığını düşünürsek bu çok komik bir rakam. **Bu uygulansaydı zaten Arabuluculuk Kanunu'na gerek kalmazdı. Bu da bir eğitim gerektiriyor**” denilmiştir¹¹.

Alıntı yaptığımız tasarı komisyonu başkanının bu ifadeleri tamamen desteklenecek önemli yaklaşımlardır. Arabuluculuk kanunu tasarısını hazırlayan başkanının, söyleşisinin bu iki önemli saptamasının altını çizmekte, desteklemekte ve katılmaktayız: “(i)- Av. K madde 35/A fonksiyonel olarak uygulansaydı, Arabuluculuk Kanununa gerek kalmazdı ve (ii)- Uzlaşma Sağlama işi bir eğitim gerektiriyor”. Bu eleştiriler yerinde, haklı ve sorunun asıl kaynağını belirlemek bakımından gerçekçi iki önemli noktadır.

Bu saptamaları detaylandırmadan önce, Av.K md. 35/A tüm içeriğiyle yürürlükte iken, bu değerli maddenin fonksiyonellik kazanması yönünde neden yoğun çaba harcanmadan, acilen bu tasarının hazırlanması ihtiyacı duyulmuştur? Bu soru çözüm yolu bulunması adına irdelenmelidir¹².

Avukatların, Baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin madde 35/A kurumunun madde içeriğinin hak ettiği önemle neden uygulayamadıkları yönündeki düşüncelerimizi

⁸ R.G. 10.05.2001 / 24398, 4667 sayılı kanun.

⁹ TBB Avukatlık Kanunu Yönetmeliği (R.G. 19.6.2002/24790) md. 16 ve 17’de, Uzlaşma Müzakereleri başlığı altına sınırlı kalan iki madde düzenlemeleri mevcuttur.

¹⁰ Alman mahkemelerinin son zamanlarda, arabulucuların yeterliliği hakkında verdiği çeşitli kararlar, özellikle, hukukçu olmayan arabulucular bazında sistemin omurgasını çatlatacak yöndedir. Diğer bir ifadeyle, avukatların Kanunen tekelinde bulunan (art. 1) hukuki danışmanlık verme alanına müdahale edildiği ve hukukçu olmayan arabulucuların, tarafların hukuki haklarını etkileyecek kararlar oluşturdukları görülmektedir; detaylar için bakınız: ALEXANDER, Nadija / GOTTWALD, Walther / TRENEZEK, Thomas, Mediation in Germany, s.203-204, http://espace.library.uq.edu.au/eserv.php?pid=UQ:8895&dsID=Global_Trends_Me.pdf, (12.04.2011, 12:00).

¹¹ “57 bin Avukatta, Arabuluculuk Gelirse, İş Kaybederiz Korkusu”, Prof.Dr. Hakan Pekcanitez ile söyleşi, AYTUĞLU, Gökçe, Referans Gazetesi, 12.10.2007, http://www.referansgazetesi.com/haber.aspx?HBR_KOD=80597, (12.04.2011, 12:37).

¹² Avukatlık mesleği üzerinde sürekli gri bulutlar getirilmektedir. Örneğin; 5271 sayılı CMK md. 253’de 5660 sayılı kanunla yapılan değişiklikle “fail ve mağdurun bir avukat üzerinde anlaşması” yöntemiyle uzlaştırmacının belirlenmesi esasanın vazgeçilmiştir. Yönetmelik md.15’le, hukuk fakültelerinden mezun olanlar dışında, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren *siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarında* en az dört yıllık yüksek öğrenim yapanlar ile hukuk dalında yüksek lisans ya da doktora yapmış olanların “uzlaştırmacı” olarak görevlendirilmesine olanak tanıyan düzenleme, açılan dava üzerine, *yürütülmesinin durdurulmasına*, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından 15.5.2008 gününde karar verilmiş bulunmaktadır.

sonraya saklayarak¹³, Tasarıyı hazırlama yönünde Adalet bakanlığını harekete geçiren asıl saik olarak kanaatimizi belirtirsek; *Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin, Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Hususlarına Dair 2004 yılına ait, Avrupa Birliği üyesi ülkelere yönelik tavsiye direktifinin*¹⁴ yönlendirmesinin olduğunu söylememiz gerekir. Yoksa bakanlığın temel hedefinin, yargı yükünün¹⁵ ve yargı giderlerinin azaltılması, yargının yavaş işleyişine çözüm üretmesi veya işsizliğe çare üretmek gibi ikincil sebeplerin olduğu iddia edilemez. İddia edilse bile, bu tür olumsuzlukların giderilmesi yönteminin bu tasarının maddelerinde olduğu söylenemez. Çünkü bu ideal hedefler gözetilmiş olsaydı, yargının masaları üzerindeki dosya sayısını azaltmak, onlarca yıl süren davaları makul sürelerle indirmek, masraflarını indirmek için, öncelikle, hâkim ve savcı sayısında artış, avukatlar dâhil tüm yargı sülhlerinin hizmet verme şartlarında iyileşme sağlanırdı. Mahkemelerde bilirkişilerin, uygulamadaki, gizli görevleri diğer bir ifadeyle, hâkimlerin rapor yazıcısı olarak işlev yapmaları önlenirdi. Asliye Hukuk Mahkemelerinin tümü üç hâkimli olacak diye umulurken, Asliye Ticaret Mahkemelerinin hâkim sayısı üç hâkimden tek bir hâkime azaltmak –zorunluluğunda- kalınmazdı¹⁶.

2007 ve 2008 yılları tasarılarının gerekçelerinde ortak kullanılan ifadeler ve düzenlemeler göstermektedir ki; her ne kadar aksi iddia edilse de, arabuluculuk kanunu düzenlemesi, *devletin yargılama faaliyeti içinde ele alınan bir iştir.* Tasarının; yargı yükünün ve giderlerinin azaltılması, arabulucu kişilerin Adalet Bakanlığı denetimi –ve en azından görünüşte hükümete olan bağımlılıkları-, uzlaşma belgesinin – ki kişilerin teşvik edilmiş, tanıtımı yapılmış muhtemel sıcak bir ortamda, kendini çözüme adanmış bir iyiniyetli(!) arabulucu/ara-yapıcı kişi eşliğinde imzaladıkları yalın sözleşmenin- ilam ve icra edilebilir niteliğinde olması, arabuluculuk kurulunun çoğunluğunun –gene en azında görünüşte – hükümete bağlı kabul edilecek müsteşar, daire başkanı, genel müdür, adalet bakanın seçtiği arabulucular(!) gibi kişilerden oluşmasının planlanması örnekler göstermektedir ki, burada hedeflenen kesinlikle yargılama faaliyetine alternatif yaratmaktır. Komisyon da, aynı endişe ışığında; *arabulucu, hâkimin yargısal yetkisini kullanamaz, emredici hükmü maddelerine eklemek zorunda kalmıştır* (2008 md. 15/(4)). Tasarıyı hazırlayan komisyon ve bakanlık, devletin yargılama görevini makul sürede yerine getirememesine bir acil çare olarak, örnek yabancı ülkelerin, *Dostane Çözüm Yöntemleri* için kullandıkları sistemi, özendirici bir şekerle kaplayıp, değiştirerek (ilam niteliğinde

¹³ Çalışmamız 3ncü bölümünde bu hususta önerilerimizle, olumsuz yönde eleştirilerimizde yer almaktadır.

¹⁴ Proposal Directive of the European Parliament and of the Council, on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Brussels, 22.10.2004 COM (2004) 2004/0251 (COD) http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2004/com2004_0718en01.pdf, (20.9.2007, 17:30).

¹⁵ Yargılama yükünün oluşturan, başlıklar; tebligat sorunları, hâkimlerin içtihatı takip edememeleri, bilirkişilerin keyfiyetleri, bilirkişilikler sadece tanidik ve sertifika sahibi olanların yazdıkları yetersiz raporlar, iddianame düzenlemenin kural olarak algılanması, avukatların uzmanlaşmaması, avukatların delil toplama haklarının olmaması noktalarında yoğunlaşmaktadır.

¹⁶ 6110 Sayılı bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair kanun madde 13 düzenlemesiyle; 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun madde 5 değiştirilmiştir. Böylece 5235 sayılı kanun madde 5 / III hükmü olan; “*Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemede bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur ve mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır*” kaldırılarak, **Asliye mahkemelerinde de-** Bölge İdare Mahkemeleri hâkim açığını kapatmak uğruna- **tek hâkimlilik esas olmuştur.** Değişiklik madde 13; 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. “Sulh hukuk, asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri tek hâkimlidir.”, bakınız: RG: 14.02.2011 / 27846.

belge, maktu harç, mutlak gizlilik) yargılamaya tam kapsamlı bir alternatif olarak getirmeyi planlamaktadır.

Bu planlama yapılırken de, kanunen avukatlara ait bir hak açıkça gasp edilmektedir. Diğer yandan tasarı sahipleri, bu hatalı düzenlemeyi, makaleleriyle, söylemleriyle eleştiren avukatları; “*son derece yersiz ve haksız...*” bulmakta ve yapılan olumsuz eleştirilerin “*...temelinde de bilgisizlik olduğunu...*” düşünmektedirler¹⁷.

İstanbul Barosu avukatlarının çeşitli zeminlerde ileri sürdükleri düşüncesele tepkilerini bu derecede olumsuz eleştirilmesi, avukatların tepkilerindeki haklılık karşısında her ne olursa olsun bu tasarının kanunlaşması düşüncesiyle hareket edenlerin söyleyecek başkaca sözleri kalmaması olarak yorumlamak yerinde olur.

Avukatların iş kaybına uğrayacakları düşüncesiyle refleks savunmaya geçtikleri iddiaları da haksızdır. İngiliz uygulaması örneğinde, arabuluculuk (mediators) genellikle, avukatlarca¹⁸ yapılmaktadır. Tasarlanan kanunla, avukatların iş kaybı olacağı değil ama hak kaybı olacağını söylemek daha doğru olur. Özellikle bu hak kaybının sadece Av. K madde 35/A alanına müdahaleyle sınırlı düşünülmediği açıktır. Avukatlar diğer vatandaşlar gibi kendileri için de her daim söz konusu olacak ve Anayasa madde 36 koruması altında olan *adalete erişim* haklarının yıpranacağını, diğer bireyler gibi düşünmektedirler. Çünkü bu düzenlemeyle, Amerika ve Avrupa ülkelerindeki işlevsel arabuluculuk yapısı sağlanamayacaktır. Tasarı kanunlaştırılırsa, sadece Avrupa Birliği direktifi kâğıt üzerinde yerine getirilmiş olacaktır. Başka bir bakışla da, gündelik hayatımıza uygun olmayan, diğer bir ifadeyle Türk sosyolojik hayatının gerçekliğine, geliştirilmeye uğraşılan uzlaşma kültürümüzü zorlayan ve başlangıç adımlarında çelmeleyen bir yapı oluşturulacaktır.

b-Tasarı düzenlemeleriyle, devletin mutlak egemenliği altında olması gereken yargı(lama) yetkisinin özelleştirildiği tepkileri vardır: Her ne bedel karşılığı olursa olsun, adı Arabuluculuk olan ithal bir kurumun mutlaka kanunlaşmasını ve Amerikan ve Avrupa uygulamalarının değiştirilmiş (mutasyona uğratılmış) olsa da, benzer bir modelinin ülkemizde de var olmasını savunlar, ısrarla bunun yargı egemenliğini zedelediğini ileri sürmektedirler. Oysa objektif olarak bakıldığında durum çok farklıdır.

Bu işin bir yargısal faaliyet olduğu, yargılamanın yükünü azaltmaya ve mümkünse yargılama sistemine başvurulmamasını sağlamaya yönelik, devletin yükümlülüklerinden kaçış kapısı olarak seçtiği açıktır. Bu saptamamız, günümüz sosyal, politik, ekonomik koşullarımıza ciddi ve tarafsız görüşle bakıldığında; “*yargı(lama)nın özelleştirildiği*” endişelerini doğurmaktadır. Tasarıyla yeni bir meslek alanı tesis edilip, yeni bir iş alanı olarak da, avukatlar dâhil tüm lisans diplomalı işsizlere cazip olanaklarla sunulması beklenmektedir. Bu yeni meslek -*diğer hukukçu meslektaşlarının aksine*- başka bir işte çalışmama, çekişmeli haklar elde etmeme, gizlilik ihlalinde meslekten ihraç etme gibi objektif kurullarla denetleyici sınırlamalar tabii tutulmadan, özel ve ticari bir alanda serbestçe faaliyetinde bulunabilmesi şeklinde yapılandırılmaktadır.

Kanun koyucu, devletin en önemli varlık sebebi olan vatandaşları arasındaki düzeni korumak için Anayasa’ya yazılan “adalete ulaşımı sağlamak” yükümlülüğünden hafifçe sıyrılmak istemektedir. Arabulucusunun ücretini ödeyebilenlerin, uyuşmazlıklarını *daha hızlı, daha ucuz, daha kolay* çözeceklerini taahhüt ederek, yargının alternatifi olarak, arabuluculuk işini kendi yapacağı reklamlarla tanıtmayı tasarlamaktadır (Tasarı 2007 md.

¹⁷ Referans Gazetesi, 12.10.2007, http://www.referansgazetesi.com/haber.aspx ?HBR_KOD=80597.

¹⁸ GATENBY, John, ADR & The English Courts Current Issues & Future Trends, London 2002, http://www.sccinstitute.com/upload/shared_files/artikelarkiv/gatenby.pdf, (20.09.2007).

30 ve 2008 md. 30). Kanaatimizce, adalet dağıtmaktan sıyrılmanın sadece medeni veya ticari hukuk alanlarıyla sınırlı kalmayacağı, idari ve ceza hukuku alanlarındaki yargılamanın da, tasarı benzeri yeni kurumlarla *-mevcut uzlaştırma kurumlarının dışında-*, ticari (özel) alana taşınacağı ihtimali çok uzak olmasa gerektir¹⁹. Tasarıyla getirilecek arabuluculuğun, medeni ve ticari hukuk alanındaki gönüllük esasına dayanan yapısı da, yargılamanın bu aşırı yükü ivmesi gözetilerek, orta vadede, şiddetle tavsiye edilme kılıfıyla, mahkemelerce, **zorunlu yapıya dönüşebileceği endişemiz** de dile getirmek istemekteyiz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzla, hukuk yargılamalarında **ön inceleme** safhası düzenlenerek, hâkimin tarafları uyuşmazlıklarını sulh yoluyla çözmeye teşviki ve bunun dava esnasında da olması pekiştirilecek düzenlenmiş olması önemli ve olumlu bir çabadır²⁰. Benzer çabaların aynı şekilde yargı şemsiyesi altında bulunması olumludur.

Tasarı sistemiyle, neticede, ticari bir iş alanı yapılandırılmaktadır. Arabulucu olacak adaylar, dört yıllık herhangi bir lisan mezunu olmaları şartıyla (*yurtdışının kolay devlet üniversiteleri mezunları dâhil*), kurulacak Arabulucu Eğitim Kuruluşu kursundan, 250 saatlik veya hukuk mezunu ise 150 saatlik derslerle (yaklaşık 2.5-3 aylık bir süre), özellikle, davranış psikolojisi, iletişim ve ikna teknikleri (*diğer bir ifadeyle sadece telkin donanımları*) ve özel hukukun görev alanının belirlenmesi pratikleri (*diğer ifadeyle liste başlıkları*) öğretilenektir. Adaylar bu yeni kurulacak eğitim kuruluşlarına tahminimizce, 3,000 -5,000 TL gibi yüklü bir kurs bedeli ödeyeceklerdir. Daha sonra, Arabuluculuk Sınavına ücret ödeyerek girecektir. Eğitim kuruluşunun kimlerce kurulacağını, hangi kuruluşa çalışma izni verileceğinin, adayların sınavının nasıl yapacağını ve kimlerin listeli arabulucu olacağını kararlarını ise Adalet Bakanlığı kontrolündeki daire ve/veya kurulca verilecektir.

Tasarının arabuluculuk sistemi kapsamında, **Adli Yardım hizmeti yoktur**. Günlük hayatımızda, barolarımızın eksiklikleriyle de olsa, ekonomik gücü olmayanlara sundukları, Adli Yardım hizmeti olanağı, tasarının arabuluculuk anlayışına yabancıdır. Çünkü arabuluculuk felsefesi; hak üzerine değil, çıkar üzerine, hukuk koruması uğruna değil, hukuktan kaçınma uğruna, adalete ulaşmak adına değil, uyuşmazlığın bir şekilde çözülmüş olduğuna dair tatmin etme üzerine tasarlanmıştır. Bu saptamalar göstermektedir ki, tarafları ilam niteliğinde belge imzalamaya yönlendiren arabulucular, biraz aile büyüğü, biraz baba, biraz ağabey, biraz bir bilen, biraz patron, biraz amir, biraz ağa, biraz şeyh, biraz hukukçu (100 saat hukuk dersi!) şapkalarını takarak, özel yargıç gibi hareket etme ihtiyaçlarını ve merdiven altı bu tür uygulamalarını, rahat ama meşruiyetini kanunla kazanmış ofislerine taşıyacaklardır. Bu yavaş yavaş yargının özelleştirilmesinin (ticarileştirilmesinin) bir adımı olarak görülmektedir

¹⁹ Uyuşmazlık alternatif çözüm yolları-ADR- **Neo-Liberalizm tarafından geliştirilmiş bir araçtır**. Bilindiği üzere, uluslararası sermayenin yayılımını kolaylaştırmayı hedef tutan bir ideoloji olarak neo-liberal anlayışın devlete bakışı, devletin mümkün olduğu kadar küçülmesidir... Neo-Liberalizm ve kürselleşmenin en önemli etkisi, ulusal devlet ve merkezi yargının zayıflaması noktasında kendisini göstermektedir. Hantal yargıya çözüm başlığı altında, küçük ihtilafların uyuşmazlıkların alternatif çözüm yollarının ADR-, büyük ihtilaflarda ise tahkimin – uluslararası ticari uyuşmazlıklar gibi-, bizlere, işte bu anlayış ve akımın etkisiyle bir çıkış yolu olarak takdim edildiği...” **ÖZTEK**, Selçuk, Arabuluculuk Yasa Tasarısı, eleştiri ve öneriler, İstanbul Barosu Yayını 2008 İstanbul, s.16; Benzer görüş; **DOĞAN**, Yusuf, Sulh, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirmesi, İstanbul Barosu Yayını, 2008 İstanbul, s.193.

²⁰ R.G. 04.02.2011/27836, **6100** sayılı ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 313-314-314’de Sulh Anlaşması düzenlenmiştir.

Arabuluculuğun tasarındaki yapısına karşı çıkan görüşler²¹, Amerika ve Avrupa birliğinde geliştirilen arabuluculuk sistemlerini doğal olarak tamamen red etmemektedirler. Ülkemiz için arabuluculuğun ayrı bir kanun özelliğinde olmaksızın, hukuk usul kanununun bir bölümü olarak, hukukçu kişilerce ele alınması ve sözleşmeden doğan sorumluluklarla sonuca bağlanması yapısının işlevselleştirilmesinde tabii ki yarar vardır²². Sorun, günümüz için yabancı sistemlerin, aynen kopyalanması durumunda, ülkemiz sosyal anlayışı ve yaklaşımları için yarar değil ama yargının özelleştirilmesi (ticari alana aktarılması) ve yargı haklarından mahrum edilmesi sonucunu doğuracaktır.

2- 2008 yılı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununu Tasarısı Maddelerinin Değerlendirilmesi

Türkiye Büyük Millet Meclisi başkanlığına, 3.6.2008 yılında sunulan²³ ve ilgili komisyonlar tarafından raporlamaları yapılmakta olan Arabuluculuk kanun tasarısı ikinci tasarıdır. Önceki tasarı maddeleri ve gerekçesi hakkında, başta avukatlar olmak üzere, öğretilen gelen tepkiler üzerine bazı değişiklikler yapıldığı görülmektedir. Çoğunluk değişikliği yapılan uyarılar doğrultusunda, ama yetersiz, olarak işlenmiştir. Ayrıca bazı yeni olumsuz olarak öngördüğümüz ibareler de, ikinci tasarıya eklenmiştir. Çalışmamızın sınırları içinde, 2008 yılı tasarının temel maddeleri üzerinden değerlendirmelerimizi yapacağız. Değerlendirmelerimiz kapsamında, 2007 tasarısındaki düzenlemelere atıf yaparak, farklılıkları belirleyeceğiz ve yeni tasarının önemli kabul ettiğimiz maddelerine ayrıca yer vereceğiz.

a- Tasarının yapılma amacı doğrultusunda, yargılamaya alternatif getireceği iddia edilen ilkelerin değerlendirmesi: Her iki tasarının gerekçe metni dikkatle incelendiğinde, tasarımı yapan ve ilk gerekçe metninde adları belirtilen (*ikinci gerekçede komisyon üyelerini adları çıkartılmıştır*) çoğunluğu hukukçu, saygın komisyon üyelerinin, sanki tasarladıkları bu kanunun tüm olumsuzluklarını biliyor ve buna karşı peşinen bir savunma metni yazıyor gibi bir üslup kullandıkları görülmektedir. Örneğin; her iki genel gerekçe metninin başlangıcında; “*Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmak da değildir*”²⁴. *Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğe zarar vermeden uyuşmazlıkları daha basit ve daha kolay çözümü amaçlanmaktadır. ... Adalet erişim, Anayasamızın 36ncı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6ncı maddesinde güvence altına alınan temel bir haktır. Alternatif uyuşmazlık çözümleri ile taraflar uzlaştırma sürecine dâhil olmakta ve kendi iradeleriyle anlaşarak sonuca ulaşmaktadırlar. Alternatif uyuşmazlık çözümü bu yönüyle, Devletin, yargı yetkisi dışında uyuşmazlıkların çözümü konusunda sunduğu bir imkândır... Arabuluculuk faaliyetinin başarı ile*

²¹ Kanaatimizce tasarındaki, arabulucuyu, arabulucu olunmasındaki donanımsızlığını ve basit bir sözleşmeye kazan / kazan felsefesini özendirerek uğruna bağlanan (özendirici olarak sunulan) ağır sonucu (ilam belgesi) dikkate alarak “**Ara-yapıcı**” olarak adlandırmak, Amerika ve Avrupa ülkeleri gelişmiş hukuk kültürlerindeki medeni ve ticari alanlardaki arabuluculuk kavramıyla karışıklığı önleyecektir.

²² Benzer doğrultuda yorum için bakınız, **ÖZTEK**, s.18.

²³ 2008 yılı (ikinci) Arabuluculuk Kanunu Tasarısının tam metni ve gerekçeleri için bakınız; [//www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=65453](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=65453), (12.04.2011, 12:15).

²⁴ Benzer düşünce olan; **SÜHA**, Tanrıver, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Yolları, Sosyolojik Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.822.

sonuçlanabilmesi ve bu çözüm yoluna güven duyulabilmesi için, arabulucunun öncelikle bağımsız ve tarafsız olması gerekir...” denilmektedir. Gene gerekçelerde bu tasarıya neden ihtiyaç duyuldu da yapıldı ki sorusuna da peşine bir cevap verilmiştir: “Pek çok ülkede (anlaşıyor ki Türkiye’de bu ülkelere dâhildir) yargı yükünün ve yargı giderlerinin giderek artması, bunun sonucunda yargının yavaş işleyişi ve bunların getirdiği olumsuzlukların çözümüne yönelik arayışlardır...” denilmiştir.

Kanunu tasarlayan komisyon ve bunu onaylayan yürütme; bu ifadelerin altına kendi imzalarını koyarak (kısmen mefhumu muhalifinden okuduğumuzda) aşağıdaki vahim ikrarlarda bulunmaktadır:

-Bugün için adalete ulaşmaya çalışacak taraflar, uyuşmazlıklarının çözümünde, aşırı yoğun çalışan hâkimler, savcılar, avukatlar ve mahkeme teşkilatıyla karşılaşmaktadırlar,

-Mahkemelerde, uyuşmazlık çözümü pahalıdır ve giderek de bedelin artmaktadır,

-Bu gerçekler, adalete ulaşmada gecikme, güvensizlik olumsuzluklarını getirmektedir,

-Bu olumsuzlukların çözümü devletin yargı yetkisi dışında yeni meslek dalı olarak tasarladığımız arabuluculuk sistemiyle çözülecektir.

Bu düşünce yapısı örnek alınan, Avrupa Birliği direktifi²⁵ içeriğine bile aykırıdır. 2004 yılında tasarı halinde olan direktifin, 2008 yılında bağlayıcı olarak kabul edilmiş metnine bakıldığında, ilk amaç olarak; *adli yargılamayla işbirliği içinde, iç (ticari) pazar ilişkilerinin uygun işlenmesini temin üzerine, medeni (ve ticari hukuk) alanında tedbirler kabul etmiştir... adalete erişim ilkesi temel alınarak, adalete daha iyi erişim uğruna, yargı(lama) dışında yöntemler geliştirilmiştir...* denilmektedir²⁶. Görülüşü üzere, farklı hukuk sistemlerine sahip, farklı ülkeler birlikteliklerinin (ve ABD, Kanada, İsviçre, Almanya gibi farklı federal yapıdaki toplulukların), egemenlik sınırları içinde değişiklik gösteren hukuk kurallarının doğurduğu sorunları aşmak için oluşturdukları arabuluculuk çözümleri bile, ***bireyin öncelikle devletçe teminat altındaki yargıya ulaşması*** ilkesini vurgulamaktadır. Buradan da görülmektedir ki; bizlere örnek diye gösterilen ülkelerdeki arabuluculuklarla, Türk hukukuna tasarlanan arabuluculuk aynı amaca hizmet etmek için yapılmadığı, örnek gösterilen yabancı ülkelerde *-devlet yargılaması tıkandı, çözüm için yeni bir yöntem yapalım*, düşüncesinin söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Adalete başka yoldan ulaşımın toplumdan gelen uygulamalarına (özellikle ticari alanda) disiplin getirmek yaklaşımı egemen olan düşüncedir.

2008/52/EC Direktifinin, diğer bir şartı, arabuluculuk yolunun, üye ülkeler arasında, sadece *sınır ötesi* uyuşmazlıklara uygulanmasında zorunluluk unsuruna yer verilmiş olmasıdır (şart: 8). Üye devletlerin iç hukuklarına uygulanması ise *ihtiyari* tutulmuştur. Bu husus da direktifle ve kanunun tasarlanmasını sağlayan düşünceler arasındaki temel farklılıklar üzerine kanaatimizi destekleyen diğer bir haldir.

Tasarının gerekçesine göre; düzenlenen arabuluculuk yolu; *objektif, tarafsız, bağımsız, ucuz, çabuk, basit ve kolay biçimde* uyuşmazlıkların çözümünü sağlayacaktır. Bu iddia edilen ilkeler aydınlatmasında, gene gerekçeye göre; uyuşmazlıkların arabuluculuk

²⁵ Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Hususlarına Dair 21.05.2008 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi- 2008/52/EC, 24.05.2008 tarihli L. 136/3 sayılı Avrupa Birliği resmi gazetesinde 13.06.2008 yürürlük tarihiyle yayınlanmıştır. Bu direktif Avrupa Birliğine üye devletlerin, 21.05.2011 tarihine kadar iç hukuk düzenlemesi yapmaları ve yetkili mahkemeleri hakkında komisyona bilgi vermelerini öngörmektedir.; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF>, (12.04.2011, 12:15).

²⁶ Mediation in civil and commercial matter - Direktif 2008/52/EC kabul edilme şartları: 1 ve 2.

yöntemiyle çözümü, *uzun zaman içinde gerçek anlamda alternatif bir uyumsuzluk çözümü* haline gelecektir.

Bu ilkeler eşliğinde alternatif çözüm imkânının topluma tanıtımının yapılması, Adalet Bakanlığı dairesince yapılacaktır. Böylece bakanlık medya olanakları, reklam, seminer gibi yöntemlerle vatandaşlarımıza, arabuluculuğun bu olumlu ilkelerini anlatacaktır²⁷.

Cazip ifadelerle iddia edilen bu ilkelerin, içerikleri ülkemiz hukuk kültürü ve sosyolojik yapısıyla ne kadar uyumludur? Bu noktada tasarıdaki iddia edilen ilkeler üzerinde kısaca durmamız gerekir:

a- Objektif, Tarafsız ve Bağımsız²⁸ olunacağı iddiaları: 2008 yılı tasarısında düzenlenen arabuluculuk yolunun ve arabulucu olacak kişilerin objektif, tarafsız ve bağımsız olacakları ve bu ilkelerin üzerine sistemin inşa edildiği iddiaları vardır²⁹. Bu ilkelerin ne kadar gerçekçi olduğunu irdelemek için, öncelikle, Anayasal güç olarak kabul edilen **yargı erki** için aynı ilkelerin güncel hayatımızda nasıl ele alınmakta olduğunu görmek gerekir³⁰. Kamuoyunca mâruf ve meşhur olaylar göstermektedir ki, yargı erki bile tam bağımsızdır değildir. Kurullar içindeki diğer erklerin etkileri, milletvekillerinin bağımsızlıklarını düzenleyen (daraltan) değişikliğin ancak tam bağımsız yargı ile sağlanacağı iddiaları ve benzeri olaylar göstermektedir ki, -görünüşte bile- olsa yargı kısmen bağımlıdır yönünde görüşler baskındır. Devlet güvencesinde Anayasal olarak korunan ve asıl olan (alternatif değil) yargı ve yargılamanın bile bağımsızlığı üzerinde ciddi gölgeler olması kaygı vericidir.

Arabuluculuk alternatifinin gerçekten tarafsız ve objektif olarak temelde mümkün olacağı iddiasını kontrol etmenin (test) belirleyici bir ölçüt olarak da; ülkemiz **sosyolojik yapısının** uygun olup olmadığının ciddi olarak, ayrıca incelenmesi gerekir.

Hemen belirtmek gerekir ki; *toplumlarda uyumsuzlukların mutlaka devletin yargı sisteminde daha iyi çözüleceği kanısının hatalı bir yaklaşım olduğu*, görüşüne katılmamız mümkün değildir³¹. Devletin vatandaşlarının uyumsuzluklarını çözmesi devredilmez görevidir. Devlet, yeterlilikleri ve güvenilirliklerini belgelendirdiği, avukatları, hâkimleri, savcılarını aracılığıyla ve bağımsız mahkeme teşkilatıyla ve özgür baroları aracılığıyla, uyumsuzlukları daha güvenilir çözmektedir. Bu bir kanı değil, hele yanlış bir kanı değil, tam tersine hukuk devleti şemsiyesinin mutlak ve objektif bir gerçekliği olmalıdır. Aksi düşünce veya uygulama, Anayasal koruma altında olan, hukuk devletini, bağımsız mahkemeleri, adalete erişimin güvencesini temelsiz kılacaktır ki, bu da mevcut düzenimiz

²⁷ 2007 ve 2008 yılları Tasarı Genel Gereğçeleri.

²⁸ 2007 Tasarısı madde 2’de arabulucunun sadece “tarafsız” olduğuna yer verilmişken, öneriler üzerine 2008 yılı tasarısında “**tarafsız ve bağımsız**” ifadeleri doğru kullanılmış ama olması gereken objektif olma unsuru gene sadece gerekçede bırakılmıştır. 2007 yılındaki öneriler hakkında bakınız, **MURAN**, Hakan, Arabuluculuk Kanun Tasarısı Üzerinde Görüşler, Meslek Sorunları Komisyonu Değçerlendirmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C:81, S.2007/5, İstanbul 2007, s.2161-2164.

²⁹ 2007 ve 2008 yılları Tasarı Genel Gereğçeleri ; “57 bin Avukatta, Arabuluculuk Gelirse, İş Kaybederiz Korkusu”, Prof.Dr. Hakan **Pekcanitez** ile söyleşi, **AYTUĞLU**, Gökçe, Referans Gazetesi, 12.10.2007, http://www.referansgazetesi.com/haber.aspx ?HBR_KOD=80597, (12.04.2011, 12:37).

³⁰ Yargı bağımsızlığı tartışılan bir sorundur. Bu sorunlardan malûmun ilamını gerektirmeyen birkaç gelişmeyi 2007 yılından 2011 yılına kadar geçen süre içinde hatırlamak yol gösterici olacaktır. Yargılama yapmak için hâkim ve savcılar ülke sınırı 24.10.2009 tarihinde gitmek zorunda kalmışlardır, Anayasa Mahkemesinin ve Hâkimler ve Savcılar Kurulunu oluşturma şartları, 12.09.2010 tarihli referandumla, değıştirilmiş yeni yapılanmada yürütme erkinin etkisi olduğu, siyasallaştığı ve Anayasa mahkemesiyle, Yargıtay’ın görev hususunda şiddetli tartışma içinde oldukları, izlenimleri yaygın olarak toplumda vardır.

³¹ Süha’ya göre; Devlet mahkemelerine başvuru aracılığıyla bu uyumsuzluğun en iyi (optimal) biçimde çözüm sağlanacağı inancı toplumda yaygındır ama bu YANLIŞ bir kanıdır. Bu yanlışlığa taraf vekillerinin - avukatların- alternatif çözüm yollarına sıcak bakmadıklarının da neden olmaktadır, **SÜHA**, s.838.

içinde kabul edilebilir değildir. Çünkü toplumumuzun güven tatmini günümüz şartları için diğer tercihlerinden önceliklidir.

Adaletle erişimi özelleştirmeye zemin hazırlamak için avukatların müvekkillerini uzlaşmaya yöneltmekte isteksiz davrandıkları haklı bir tez değildir. Avukatlık mesleğin uygulaması incelendiğinde, avukatlıktaki baskın uygulamanın, ilk tavsiyelerden olarak; “zor şartlarda bile olsa, bir uzlaşma yapmanın, toplamda olumlu sonuçlar doğuracağı” düşüncesinin müvekkillere sunulmakta olduğudur.

Düzenlenen (alternatif) uzlaşma yollarının, toplumda tercih edilmemesini nedenlerinin başka noktalarda aramak gerekir. Bunlar, toplumun yönetim biçimi, sosyolojik yapısı ve özellikle hukuka bakış açısıdır. ***Türk toplumu uzlaşmacı bir yapıda mıdır?***

Türk toplumunun uzlaşmacı, adaletle, hukuku inanan, vatandaşlarının birçoğunun haklarını ve sorumluluklarını bildiği, bilinçli hukuku kültürü, hukuk içtihadı gelişmiş, Anayasası oturmuş, temel kanunları hazmedilmiş bir toplum mu olduğu yoksa ilk tezin tam tersine; genellikle güçlü olanın, baskıcı olanın, rant sahibi olanın sözünün geçtiği, zayıfların olumsuz durumlarını “kader” olarak kabul edip, katlandıkları, okuma oranı düşük, hukuk bilgisi yeterli bilinçte olmayan, adalet, yargı sistemine güveni zayıf olan bir toplum niteliğinde mi olduğu sorulduğunda, kanaatimiz, kendimizi de soyutlamadan, üzücü ve endişe verici bir şekilde ikinci olumsuz tabloya daha yakın bir duruş gösterdiğimizizdir. Görüşme, tartışma, uzlaşma gibi iletişim yollarından doğru ve uygun sonuç elde edilebilmesi için, 3üncü kişinin teşviki ve görüşmelere oturan kişilerin, en azından belli bir eğitimin ve tecrübenin olanaklarında ve birbirlerine yakın donanımlarının olduğu varsayılabilir. Yabancı ülkelerde başarıyla uygulandığı iddia edilen, alternatif çözüm yöntemlerinde, çıkar niteliğinin asli olduğu, hak korumasının ikincil kaldığı (kazan/kazan) iddiası bir anlığına kabul bile edilse, kişinin kendi çıkarını korumak için bile asgari bir hukuk birikimine sahip olması şarttır. Uzlaşmacı bir kültürün, donanımlı bireyinin kendi çıkarını rahatça koruyacağı varsayımıyla yabancı sistemler geliştirilmiştir.

Aksi koşullarda, zayıf ve donanımsız olduğu bildiğiniz, bireyleri sorunları çözmek için mahkeme salonlarını doldurmasınlar diye onları reklamlarını yaptığınız yeni bir yola sevk etmek ve sadece şekli incelemeye bağlı bir bağlayıcı uzlaşma belgesiyle taçlandırmak, olsa olsa, sorunu örtmek, sorunu görmemezlikten gelip iş bitirmek, baskıcı büyük bir bilen havasında barıştırmaktan öteye bir nitelik taşımaz ki, bu da yargıyı yıpratacağından, orta vadede daha kapsamlı sorunlar olarak karşımıza çıkar.

Mevzuatımızda hâlihazırda düzenlenmiş olan uyuşmazlık çözüm yöntemleri vardır. Avukatlık Kanun (md 35/A), Ceza Muhakemeleri Kanunu (md. 253-vd), Tüketiciyi Koruma Hakkında Kanun (md.22) ve İdari Usul Kanunu Tasarısı (md.38-41) örnek olarak hemen sayılabilir. Bu yöntemlerin göreceli olarak başarısız olması da göstermektedir ki, uzlaşmacı bir kültür için gerekli donanım toplumumuzdan henüz esirgenmiştir.

Tasarıyla önerilen çözüm yöntemleri, uzlaşmacı yapıda olmadığı savında olduğumuz toplum için gerçekten objektif ve bağımsız çözümler getirecek düzenlemeler midir? Bu hususlarda yorumda bulunabilmek için hangi sorunların, hangi çözüm yolları içinde (alternatif veya dostane) olduğuna kısaca değinmek gerekir.

Arabuluculuk, uzlaşma, uyuşmazlık, anlaşmazlık, neticenin bağlayıcı olması ya da olması zaman zaman birbiri yerine geçerek kullanılan ve sınıflandırma ve tanımlamada mutlaklık içermeyen kavramlardır³². Sorunların tanımlanmasında terminolojik olarak, *uyuşmazlık* ve *anlaşmazlık* kelimeleri güncel Türkçede kullanılmaktadır.

³² ALEXANDER, s.15; FIADJOE, s. 8-9.

Uyuşmazlık genel bir kavramdır ve içinde anlaşmazlık ve çekişme niteliklerini de barındırır³³. Diğer yandan **anlaşmazlık**, düşünce ve amaçlar arasında ki ayrılıklardır. Uyuşmazlık ihtilafı ve çekişmeyi de içerir³⁴. Anlaşmazlıklarda taraflar ortak bir yol bulmak ve tavizler vererek, çıkarlarını gözetmek isteklerini sürdürürlerken, sorunlarının da, ciddi, büyük ve mutlak boyutlarda olmadığı düşünülür. Uyuşmazlık kapsamında ise, taraflar, haklı olduklarını, ciddi ve önemli haklarının tecavüze uğradığını ve bunun yaptırım doğuracak hükümle karar altına alınmasını, bunun için makul süreler ve uygun bedellerle yargılama yolunu (tahkim dâhil) tercih ettikleri görülür. Anlaşmazlıklar (disagreements/conflicts) günlük yaşamın olağan akışının bir parçasıdır³⁵. Uyuşmazlıklar (disputes) ise anlaşmazlıkların çözümüyle halledilemedikleri için, gelişen ve önceleri güç kullanımını ve bireysel güç kullanımıyla ihkak-ı hak yolunun tercih edildiği, daha sonraları devlet düzenine geçilmesiyle devlet vasıtasıyla hak arama yoluyla çözümlenen çekişme, ihtilaf haline getirilmiş –ciddi/büyük- anlaşmazlıklardır³⁶.

Çözüm yollarının sınıflandırılması ise gene farklı yaklaşımlarla ve farklı ölçütlerle yapılmaktadır³⁷. Çalışmamızın sınırlarını zorlamamak adına biz atıflarda bulunduğumuz değerli hukukçuların arabuluculuk, uzlaşma, bunların karışımları gibi farklı yöntemleri hakkındaki görüşlerini detaylandırmadan sadece sınıflandırmada yapmada kullanılması kanaatinde olduğumuz ölçütleri aktarmak düşüncesindeyiz: Devlet yargılamasının dışında veya yargılama ile beraber ve hatta yargılamadan önce dava ön şartı olarak da diğer çözüm yöntemlerine başvurulabilir³⁸. Çözüm yönteminin **Dostane** mi yoksa **Alternatif** mi tanımlanacağına dair iki önemli ölçüt söz konusu olabilir:

- (i) *Görüşmelerin sonucunda, kural olarak **bağlayıcı netice** elde edilecek midir?*
- (ii) *Görüşmelerin 3üncü kişisi olan, genel ifadeyle arabulucusu, kural olarak **hukukçu olmalı mıdır?***

Eğer görüşmelerin neticesinde, bağlayıcılık kural olarak kabul edilmekteyse, diğer bir söyleyişle; neticede ister, 3üncü kişinin doğrudan vereceği kararının, ister tarafların

³³ Yeni usul kanunumuzda, farklılıkları ve sorunların karşılığı olarak -yerinde bir tercihle- **uyuşmazlık kelimesi kullanılmamış** ve **anlaşmazlık** kelimesine de isabetli olarak yer verilmemiştir; R.G.04.02.2011/27836, **6100** sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (01.10.2011 yürürlüğe girecektir).

³⁴ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, 2005 Ankara; İngilizce karşılıkları olarak uyuşmazlık **dispute** ve anlaşmazlık **disagreement / conflict** olarak ifade edilebilir, **ALEXANDER**, s.15-17.

³⁵ Conflict ve dispute arasındaki farkların detayları için bakınız: **FIADJOE**, s.8.

³⁶ Uyuşmazlıklar da -genellikle- netice bir taraf kaybederken (haksız çıkma - lose), diğer taraf kazanacaktır (hakka ulaşma- win), **FIADJOE**, s.8 ve 9.

³⁷ **SÜHA**, s. 827; **OKSAY / CEYLANTEPE**, s.13-30; **ALEXANDER**, s.19-32; **FIADJOE**, s. 25-38.

³⁸ Örneğin; **Alman Bayern Uzlaşma Kanununa** göre; miktar ve değeri 750 Avroyu aşmayan komşu uyuşmazlıkları medya vasıtasıyla işleme haricindeki uyuşmazlıklar önce alternatif yöntemlere başvurularak çözüleceğince ve aile hukuku uyuşmazlıklarında alternatif yönteminin zorunlu olduğuna dair **SÜHA**, s.832; Belçika hukukunda arabuluculuk 2005 yılında, Avrupa direktifi paralelinde, ilk olarak Aile hukukunda uygulanmaya başlamıştır. İradı ve yargısal arabuluculuk ayırımı ve yargısal arabuluculukta sadece onaylanmış yani Federal Komisyonun siciline kayıt ettiği arabulucular tarafından yapılabilmesidir. Komisyon 2 avukat, 2 noter ve 2 diğer arabulucu olmak üzere 6 arabulucudan ve Fransızca ve Flemenkçe dilleri konuşma eşitliği dikkate alınarak oluşturulmuştur. ³⁸ **NAMLI**, Mert, Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumu Temel esasları, İstanbul Barosu Yayını 2008 İstanbul, s. 100-107.; Görüldüğü üzere, dil, mezhep ayrılıklarının derinleştiği ülkelere bir çare olarak arabuluculuk sistem önem kazanmaktadır.

kendi imzaladıkları sözleşmenin doğrudan icra edilme gücü varsa³⁹, bu neticesi bağlayıcı olan çözüm yöntemidir. Bu yöntemlerin sıfatı *alternatif* olmalıdır. *Alternatif çözüm yöntemlerinin* bağlayıcı sonuç doğuracağından hareketle, bu sınıflama içindeki yöntemleri uygulayacak kişinin *hukukçu olmasının -özellikle ülkemiz açısından- gerekliliği* ve zorunluluğu kabul edilmelidir. Alternatif çözüm yöntemi denildiğinde, asıl olan devlet yargılamasının dışında onunla benzer sonucu (ilam niteliğinde belge), farklı usullerle elde edebilen ve tarafların iradelerine göre, çıkarları ve/veya hakları beraber veya tek tek gözetilen ve/fakat mutlaka hukukçu bir 3üncü kişinin katılımıyla işletilen bir çözüm yolundan bahsettiğimiz anlaşılmalıdır.

Dostane anlaşmazlık çözüm yöntemlerinde ise, taraflar anlaşmazlık derecesindeki farklılıklarını, kural olarak, bağlayıcı bir neticeye bağlamak hedefleri olmadan (*doğrudan / dosya üzerinden şekli inceleme sonucunda, şerh düşmeyle icra edilebilirlik kazanmadan*) sadece basit bir sözleşmeden doğacak yükümlükleri ne olacaktı ise, uzlaşma belgesini imzalarlar iseler, artık, sadece o sözleşmesel yükümlüklerle karşılaşma sorumluluğunu göze alarak bir görüşme masası etrafında konuşmak için toplandıkları çözüm yöntemleri olmalıdır. Bu dostane görüşmeler için teşvik edici, iletişim becerilerini kullanıcı ve adına ister arabulucu ister ara-yapıcı, ister barıştırmacı deyin, başvurulacak 3üncü kişilerin hukukçu olması şart olmayabilir. Diğer yandan bu kişilerin de, sadece herhangi dört yıllık bir üniversite mezunu olması yeterli olmamalı, aynı zamanda, tasarındaki gibi eğitim ve sınavlar yanında, anlaşmazlıkla ilgili uzmanlık ve tecrübelerinin olması da şart unsurlar arasına konulmalıdır. Dostane çözüm yöntemleri alternatif değil ama yardımcı (tamamlayıcı-ek) yöntemler olarak tasarlanmalıdır⁴⁰. Bu dostane (amicable) anlaşmazlık çözüm yollarının düzenlemesi için ayrı bir kanun değil ama usul kanuna ek maddeler halinde, hangi kurumun sicilden, belgelendirmeden ve denetlemeden yetkili kılınacağı düzenlenebilir. Tavsiyemiz dostane anlaşmazlık yöntemleri için bağımsız ve tarafsız kişilerin objektif unsurlara Türkiye Barolar Birliği çatısı altında ve bilirkişi kurumuna benzer olarak düzenlenmesidir.

Yabancı ülkelerde uygulana gelen ve öğretilde tanınmış çözüm yöntemlerinden hangilerinin, hangi niteliklerini kural olarak koruyarak dostane veya alternatif çatısı altında sınıflandırılacağı başka bir çalışma konusudur⁴¹.

2007 ve 2008 yılları Arabuluculuk Kanunu tasarılarında düzenlenen 3üncü kişilerin bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları teorik olarak olmaz ise olmaz niteliktedir. Türkiye hukuk gerçekleriyle yüzleştiğimizde ise, dostane veya alternatif çözüm yöntemlerine gelmeden, yargının süjelerinin (avukat, hâkim, savcı) bağımsızlıkları mutlak mıdır? Yargıda

³⁹ 2008 tasarısındaki, sözleşmeye, mahkemesinin talep üzerine, şekil incelemesiyle uygulanabilirlik şerhi vermesi halinde ki durumda; şekli şarta bağlanmış ama neticede, elde edilen belge, kural olarak bağlayıcı niteliği haizdir.

⁴⁰ Benzer yönde “Ek Yöntemler” görüşü için bakınız: SÜHA, s.22.

⁴¹ Farklı sınıflandırmalar ve nitelik belirlemeler için bakınız: SÜHA, s. 827; OKSAY / CEYLANTEPE, s.13-30; ALEXANDER, s.19-32; FIADJOE, s. 25-38. Ayrı ve daha detaylı bir çalışmanın konusu olma çekincemizle; belirttiğimiz unsurlar ışığında, Dostane çözüm yöntemleri başlığı altında; Negotiation (arayapıcılık veya müzakere) ve Mediation (arayapıcılık veya arabuluculuk) sınıflanabilir, demek mümkün görünürken, gene bağlayıcılık ve hukukçu 3.kişi unsurları şartıyla; Conciliation (medeni alanda arabuluculuk veya uzlaşmacı (uzlaşma)- ceza alanında uzlaştırıcı (uzlaşma), Early Neutral Evaluation (tarafsız ön değerlendirme), Executive Tribunal (uzman kurulu), İhtilaf İnceleme Kurulları, Uzman Kararı (dispute review boards –expert determination), alternatif çözüm yöntemi olarak sınıflandırılabilir. Tahkim (arbitration), Hâkimlerin yargılamasına benzer bir yapıya sahip olan uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan tahkim –kanaatimizce –arabuluculuk genel ifadesi altında incelenmemelidir. Tahkim sözleşmesinin bağlayıcı karar alınma niteliği varsa (binding arbitration), hukuk yargılamasının içinde de ve/fakat alternatif yargılama (çözüm yöntemi) olarak sınıflandırılabilir.

kutuplaşma, yürütme erkine bağlılık gölgeleri var mıdır? Bu soru için cevabımız endişe verici şekilde var olduğu yönündedir. Her şeyden önce hâkim ve savcıların objektif olarak görevlerini yürüttükleri söylemek zordur. Her iki süjenin de iş yükü nedeniyle, birisi yargılama (kovuşturma dâhil) **bilirkişileri kullanmadan dosyayı ele alamazken**, diğeri de genelde soruşturma süreci bilirkişileri ve kolluk mensuplarının işlerindeki başarısıyla bağlı kalmaktadırlar. Bilirkişi kurumunun ne kadar ıslaha muhtaç olduğu, bir iki günlük seminere katılan veya bir fakülteden mezun olan kişilerin o seminer ve o disiplin konusunda “uzman” oldukları ve hukuki meseleler ve yorumlamalar dâhil her şeyi bildiklerini iddia ediyor olmaları ve bunların araştırılıyor olmaması hukuk yaşamımızın gerçekleridir. Çoğunluk değerli ve saygın, emektar bilirkişilerimizi özenle hariç tutarak, burada kanaat belirtmek gerekir ki; bir kısım adı bilirkişi olan donanımları az, tanıdıkları çok kişiler aslında, mahkemeye, **dosya içeriğini özetlemektedirler**. Bu tür bilirkişiler o kadar çok sıklıkla ve farklı sayıda dosyaya özet yapmaktadırlar ki; bir müddet sonra kendileri de ve çevreleri de onların gerçekten o konuda tecrübeli, donanmış ve sürekli kendine geliştire gelen bilirkişi (uzman) oldukları kanısına kapılmaktadır. Meslek niteliğinde bilirkişilik işini yapanların ve bizzat bilirkişilik kurumunun gecikmeksizin gerçekçi ve uygulamaya hemen yansıtacak ıslah çalışmaları yapılmalıdır. 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzla bilirkişilik kurumuna yeterli olmayan ama yürürlükteki hükümlere göre olumlu yenilikler getirilmiştir⁴².

Yargının bu olumsuz koşullarında, tasarı, arabulucuları tamamen yürütmenin ajanı olarak Adalet Bakanlığı seçmesine, sicilini tutmasına, denetlemesine bırakmaktadır (2008 tasarı md 28-32). Arabuluculuk Kurulu değişik görevlerdeki üyelerden de oluşsa, bu üyelerin seçim ve atanma şartları geriye doğru incelendiğinde -görünüşte bile olsa- bir bağımlılıkları söz konusu edilebilecektir. Bilindiği üzere hukukta ilkesel olarak görünüşte bile bağımlılıktan kaçınılmalıdır. Bu gibi görevler bakımından bağımlılığın mutlaka somut olarak delillerle ispatına gerek duyulmamaktadır.

Arabulucuların tarafsız olacakları iddiası da gerekçede vardır. Bu ideal unsur da, Türk toplumu olarak yaşantımızın sosyolojik gerçekliği karşısında daha çok bir temenni niteliğinde kalacaktır. Tasarlayanlar, arabuluculuğu; “*Profesyonel bir meslek gibi olacak ancak başka bir işle ilgilenmesi mümkün*” demektedir⁴³. Baskıcılığın ve kayırmanın yoğun olduğu bir toplumda yaşadığımız gerçektir. Bu durumda arabulucuların, patron, ağa, ağabey, bizim bir büyüğümüz, etkisi altında kalıp kalmayacağı, sırf tarafların şahitliği altındaki görüşmeler tahtında tartışmalara açık kalacaktır. Hemen savunulabilir ki, şu anda da bu baskılar mevcut değil midir? Mutlaka mevcuttur ama neticelerinde ilam niteliğinde bir belge temin edememekte gene hukuk dışı uygulamalar olarak varlıklarını sürdürmeye uğraşmaktadırlar. Aksi durumda hukuk kılıfı içine girerek, şu andaki sosyal yapımız da göz önüne alınarak meşruiyet kazanmaları tehlikesi kuvvette vardır⁴⁴.

⁴² R.G. 04.02.2011/27836, **6100** sayılı ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 266-287 arasında **Bilirkişilik Kurumu** düzenlenmiş ama uzmanlık alanlarının denetimi üzerine detaylandırma yapılmamıştır. Aslında sorun düzenlemelerden değil, uygulamalardan kaynaklanmaktadır.

⁴³ PEKCANITEZ ile söyleşi, Referans Gazetesi, 12.10.2007.

⁴⁴ Ülkemiz için alternatif çözüm uyuşmazlık çözüm yollarının şu an itibarıyla erken olduğu yorumu 2008 yılında Öztekin tarafından yapıldıktan sonra, günümüz 2011 yılına kadar geçen 3 yıllık zaman aralığında yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı hakkında olumsuz yönde tartışmaların daha da artmış, olduğundan hareketle erken olması yorumunun uzun bir dönem için geçerli kalacağı kanaatindeyiz; **ÖZTEK**, s.17-18.

b- Ucuz, Çabuk, Basit ve Kolay⁴⁵ biçimde çözümlerin olacağı iddiaları: 2008 yılı tasarısında düzenlenen arabuluculuk yolunun ucuz, çabuk, basit ve kolay biçimde uyuşmazlıkların çözümü ilkeleri üzerine sistemin inşa edildiği iddiaları vardır⁴⁶. Gene asıl olandan kıyasen hareket ederek, yargının neden geç ve neden pahalı olduğunu irdelediğimizde, temel sorunun yargıya verilen maddi ve manevi desteğin yetersiz olduğunu görmekteyiz. Hâkim heyetleri yukarıda bahsedildiği üzere bir hâkime indirilerek, hâkim ve savcı sayısında nüfus ve taleple doğru orantılı artış yapılmamaktadır. Başka bir elden de hukuk fakültelerinin sayıları 50’li sayıları aşmış ve onlarca benzerleri de sıradadır. Dolayısıyla altyapısız kurulan üniversiteler, bir işlevleri olarak da, işsiz sayısını en az dört yıl daha geriye öteleyerek, şimdinin öğrencisi, yarının diplomalı işsiz-hukuk mezunu sayısını arttırmaktadır. Hukuk mezunlarının donanımları ve hepsinin bir baroya katılarak, avukatlık mesleğine girmesi, tıpkı bilirkişilik kurumundaki çarpıkların başka türünü ortaya çıkartmaktadır. Bu arada yargılamaların yükü ve süresi de artmaktadır. Adli sicil ve istatistik müdürlüğünün verilerine göre 2000 yılında hukuk dairelerinde bir dava ortalama 48 günde karara bağlanırken 2009 yılında bu süre 176 gündür⁴⁷. Gene iş mahkemelerinde yargılama ortalama süresi 2000 yılında 274 gün iken 2009 yılında bu süre 436 gündür⁴⁸. Bu da göstermektedir ki, sorun yargı yükü ciddi olarak çözümlenmek istenmemekte, bu olumsuzluktan hareketle, sorunu geçiştirmek için, Avrupa Birliği direktifi doğrultusunda arabuluculuk düzenlenmektedir. Böylece hem görünüşte, direktif gereği yerine getirilmiş gibi olacak, hem de diplomalı işsizlere, hukuk mezunları dâhil, yeni bir iş umudu sunulmuş olacaktır.

Mahkemelerde, dava için duruşma ortalama olarak fiilen dört saat⁴⁹ ayrılmış olsa, arabuluculuk görüşmelerinde de ortalama dört saat ayrılacağı öngörülürse, avukatlık asgari ücret tarifesi üzerinden dört saatlik danışma ücreti olarak 197.5 TL ödeneceği, İstanbul Barosu tavsiye ücret tarifesi üzerinden ise; sözleşme hazırlama ölçütünden 1,800 TL veya avukat bürosunda danışmanlık ücretinden dört saat için 3.870 TL ücret ödenebileceği öngörülebilir. Danışmanlık ücretlerinin yanında mahkeme harç bedelleri de vardır. Tasarının 2007 yılı düzenlemesinde, arabuluculuğun özendirilmesi için tarafların imzaladıkları ve ilam niteliğindeki uzlaşma tutanağından *hiçbir damga vergisi ve harca tabii olmaması* kabul edilmişken (md.17/(2)); tasarı 2008 yılında bundan vazgeçilmiş ve gene arabuluculuğun özendirilmesi için(!) tarafların imzaladıkları anlaşma belgesi –icra mahkemesinin şerhi düşme olasılığı ve resmi işlerde kullanma istediği hesaplanarak- **maktu damga vergisi ve harca tabî olmasını** kabul etmiştir. Arabulucular faaliyetleri karşılığında ücret ve masraf isteme ve avans talep etme hakkına sahip olacaklar ve faaliyet sona erdiği tarihteki (başlangıcındaki değil) Adalet bakanlığı arabuluculuk daire başkanlığının hazırladığı ve arabuluculuk kurulunun onayladığı, **arabulucu asgari ücret tarifesinden** ücret alacaklardır (2008 tasarı md.7 ve 30,32). Buradaki önemli husus ücret tarifesi avukatlık resmi ücret tarifesi gibi asgari olup, gerçek piyasayı uygulama

⁴⁵ 2007 Tasarısı madde 2’de arabulucunun sadece “tarafsız” olduğuna yer verilmişken, öneriler üzerine 2008 yılı tasarısında “**tarafsız ve bağımsız**” ifadeleri doğru kullanılmış ama olması gereken objektif olma unsuru gene sadece gerekçede bırakılmıştır. 2007 yılındaki öneriler hakkında bakınız, **MURAN**, Hakan, Arabuluculuk Kanun Tasarısı Üzerinde Görüşler, Meslek Sorunları Komisyonu Değerlendirmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C:81, S.2007/5, İstanbul 2007, s.2161-2164.

⁴⁶ 2007 ve 2008 yılları Tasarı Genel Gereççeleri.

⁴⁷ Bakınız: http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2009/yargıtay/yargıtay15.pdf. (12.04.2011, 12:17).

⁴⁸ Bakınız: http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2009/hukuk/hukuk13.pdf, (12.04.2011, 12:23).

⁴⁹ Ortalama 2-3 yıl süren bir davada yılda 6 duruşma yapılırsa ve azami 10 -15 dakika (!) duruşma sürse, toplamda yaklaşık 4-4.5 saatlik bir sürenin fiilen duruşma salonunda geçtiği kabul edilebilir.

gösterecektir. Arabulucuların, sertifika ve sınav için kurslara ödedikleri bedelleri düşünerek, avukatlık asgari ücret ve uygulamadaki ücretlerden daha aşağı bedellerin sözü konusu olmayacağı açıktır. O zaman iddia edilen ucuzluk sadece yargıya ödenen nispi harçların yüksekliği ve yıllarca süren davaların kayıplarının olmayacağı üzerinden yapılacaktır. Yani önce olumsuz ortamı gidermek için toplanan vergilerden ve harçlardan yeterli pay ayrılmayacak ve sorunlar görmezden gelinecek ve sonra da çözüm olarak, ***hakkın arama ama çıkarını gözet sana ucuza gelsin***, diye tanıtım yapılacaktır. Yargıda gerçekçi bir yapılanmayı tercih etmek yerine, yaratılan olumsuzluktan faydalanmak hukuk güvenliği zedeleyecektir.

Arabuluculuğun çözümleri kolay ve basit mi olacaktır? Yukarıda yer verdiğimiz üzere, anlaşmazlık çözümü bir ara-yapıcıya ihtiyaç duymadan ya da yargının avukatlık ayağından danışmanlık olarak da kendi aralarında bir sözleşmeyle çözülebilirler. Farklılıkların büyütülüp, çekişme halinde uyuşmazlığı dönüşmemesi için, dostane çözüm yollarının desteklenmesi olumludur. Fakat uyuşmazlık haline gelmiş sorunun, hukukçu olmayan rastgele bir üniversitenin (Türk hukukuna yabancı yurtdışı üniversiteleri dâhil) sorunla bağlantısız bir fakültesinden mezun *-iyiniyetli bile olsa-* bir arabulucunun rehberliğindeki çözümü, hem de şekli inceleme şartına tabii ilam niteliğindeki anlaşma belgesi garantisiz (2007 uzlaşma ifadesi, anlaşma olarak düzeltilmiştir⁵⁰) temin edilirse, çözümler basit olmayacak, zamanla, dava sürelerine arabulucu aşamaları da eklenecektir. Hatta arabuluculuğa karşı açılacak davalar ayrı bir yargı yükünün sınıfını oluşturacaktır.

b- Tasarı 2008’de düzenlenmiş bulunan bazı kritik maddelerin değerlendirilmesi:

Alternatif ve Dostane çözüm yöntemleri arasındaki farklılıklar üzerine açıklamalarımız devamında, 2008 yılı arabuluculuk kanununun tasarsının gerçekten bir ihtiyacı karşılayacak veya bir kalıcı çözüm sağlayacak kanun olmadığını düşünmekteyiz. 2007 yılı tasarısını hazırlatan saik doğrultusunda, Avrupa Birliğinin 2008/52/EC direktifinin çevirisi yapılmış ve yargı yükünün bu sayede hafifleyeceğine inanılmıştır. Temel sorun bu hatalı varsayımdan doğmaktadır.

Öncelikle, benzetme yerinde kabul edilirse; yargı havuzunu dolduran musluğu kapatmak yerine, havuzun taşıp, hukuk kirliliği yaratmasını önleyecek, asıl tedbirin alınması yani, havuzun iş yükünü boşaltacak (deşarj edecek) ve kalıcı olacak tedbirlerin ivedilikle alınmasıdır. Bunlar önce yargılamaya, sonra da yargının avukatlık kurumu dâhil tümü üzerindeki yapıcı tedbirlerin konusudur. Aksi durum uyuşmazlıklarını çözmek için devlete vergi ödeyen vatandaşların uyuşmazlıklarının çözüm taleplerini (anlaşmazlıkları değil) geçiştirmiş olacak ve çözüyormüş gibi yapıp, geçici ikna ve yanıltıcı sorun çözümü derecesine indirgenmiş olacaktır.

Hem tasarının hazırlanmasında hem de değerlendirmesindeki değerli tüm çabaların, fayda yaratması için, tasarı ayrı bir kanun olarak ele alınmamalıdır. Hukuk Muhakemeleri

⁵⁰ Bu yöndeki eleştirilerimiz dikkate alınmıştır; “Sıklıkla “Uzlaşma ve Uzlaştırma” terimleri kullanılmıştır. Yeni yapılan bir kanunun mükemmel olması umulmaktadır. Bu halde, Ceza hukuku terimi olarak mevzuatta yer almış bu kurumun, hukuk alanında (özel hukuk ilişkilerinde) kullanılması, mükemmelliğini engellemekte ve reklâmlar sırasında farklı algılamalara sebep olması endişesi doğurmaktadır...” bkz: MURAN, s.2158.

Kanunu⁵¹ yürürlüğe girmeden yapılacak madde eklemeleriyle, alternatif uyuşmazlık değil ama dostane anlaşmazlıkların çözümünün esasları düzenlenebilir. Medeni ve Ticari hususlarda alternatif çözüm yöntemleri ise esasen Av. K md 35/A'da düzenlendiğinden, Türkiye Barolar Birliği tarafından kapsamlı bir yönetmelikle düzenlenebilir.

Bu temel görüşümüz altında, 2008 tasarısının bazı kritik maddelerin değerlendirilmesi kısaca yapılırsa:

(i)- **Genel;** 2007 ve 2008 tasarılarının kıyaslanmasında genel farklılıklar özetlenerek yapılan alıntılarla, görüşlerimiz, başlıklar halinde aşağıda yorumlanmıştır:

- Tasarının **başlığı**, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk” yerine, Avrupa Birliği direktifi başlığından⁵² esinlenerek, “Medeni ve Ticari Hususlara Dair Arabuluculuk⁵³ Esasları” olarak değiştirilebilir.

- Madde 1: Uygulama alanı; “...**yabancılık** unsuru dâhil tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri iş veya **işlemlerden** doğan **özel** hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır. Yabancılık unsuru yeni yapılan bir niteliktir.

- Madde 2: Tanımlar (a); Arabuluculuk tanımlanırken, “... İhtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi..” denilmiştir. Hukukçu olmayan arabulucuların uyuşmazlık değil, anlaşmazlık çözüm yönteminde yer alması görüşünde olduğumuzdan, anlaşmazlık çözüm yöntemi ifadesini tercih ettiğimizi vurgulamalıyız.

- Madde 7 / (2): Aksi kararlaştırılmadığı sürece arabulucunun ücreti, faaliyetinin **sona erdiği** tarihte yürürlükte bulunan tarifeye göre belirlenir, denilmektedir. Arabuluculuk ücreti, işin başlangıcında aydınlatma yükümlülüğü içinde (md.11) esaslı unsurlardan olarak, yazılı belirlenmiş olmalıdır. Arabuluculuk işi kısa bir zamanda içinde bitirilecek işlerdendir. Ücret belirlenmemiş ise de, işin keyfiyetten uzatılması ve tarafların ilan edilmiş bir tarifeye güvenerek girdikleri sözleşmenin gerekliliği olarak, başlangıçtaki ücret tarifesi geçerli değer olarak kabul edilmelidir.

- Madde 10: **Reklam Yasağı**; 2007’de olmayan bu madde, eleştiriler üzerine eklenmiş haksız rekabet ortamı oluşmaması için düzenlenmiştir. Bu madde gerekli ama yetersizdir. Çünkü Adalet Bakanlığı dairesi arabuluculuğun tanıtımını yapacaktır (md.30).

- Madde 11: Aydınlatma; Arabulucu tarafları sadece, arabuluculuğun esasları hakkında aydınlatacaktır. Bu esasların içeriğinde, bağlayıcı neticenin varlığı, gerekirse avukat bulundurma hakları, istedikleri zaman işi sonlandırabilecekleri, ödeyecekleri net ücret, süreç içindeki belgeleri delil olarak kullanamama gibi hususlar bulundurulmalı ve anlaşılır ifadelerle ve okuması kolay metinle yazılı, imzalı olması beklenir.

- Madde 12: Arabulucu Aidatları; 2007’de giriş ve yıllık aidatların Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş yurtları Kurumu hesabında nemalandırılacağı, düzenlemesinden 2008 tasarısında vazgeçilmiştir.

- Madde 16: Sürecin başlaması: 16/(1): 2007’de arabuluculuğun kabulü başlayacağı ama zamanaşımın ilk toplantıdaki belge imzasıyla duracağı çelişkisi giderilmiş ve 2008’de dava öncesi ve dava sırasında ayırımına gidilerek; dava açılmadan önceki durumda, tarafların arabulucu önünde, süreci başlatan belge imzalamaları anından itibaren sürecin

⁵¹ R.G. 04.02.2011 / 27836, 6100 sayılı ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 71, vekâlette özel yetki gerektiren hallerden biri olarak, “alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına” başvuru hali de düzenlenmiştir.

⁵² Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters.

⁵³ Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarındaki arabulucu ile karışmaması için “**Ara -yapıcılık**” kullanılabilir.

başlayacağı belirlenmiştir. Dava esnasında da tarafların birlikte talebinin, tutanağa geçirilmesiyle 3 aylık ertelemeyle, (ilave bir 3 ay daha mümkün md. 13/5) arabuluculuk süresinin başlatılacağı öngörülmüştür. Mahkemenin bu konuda bir ara kararına göre süreç başlayacaktır. Mahkeme arabuluculuk faaliyetini bekletici mesele yaparak, azami 6 aylık mehil sonunda davaya devam edecektir. Madde içeriğinde şu noktaların da belirlenmesi gerekir: Dava öncesi arabuluculuk yolu denenmiş ise, dava sırasında tekrar arabuluculuk veya benzer uyuşmazlık çözüm yoluna tekrar başvurulabilecek midir? Kanaatimizce ikinci kez de bu olanak mümkün olmalıdır. Diğer yandan yargılama esnasında sadece 3 aylık süre kullanılmış ve sonuç alınmadan davaya devam edilmiş (ikinci 3 ay kullanılmamış olsa bile) olması durumunda, tekrar arabuluculuk denenmesi, diğer bir ifadeyle yargılama sürecinde ikinci ve daha fazlası arabuluculuk yolu denemeleri tarafların ortak talebi yanında hâkimin takdirine tabi olmalıdır. Aksi halde yargılama süreci uzatılması ihtimali doğar. Mahkeme dışı sulh sözleşmesi yapılması ise genel şartlara göre mümkündür.

- Madde 17: Sona erme; 17/(1); 2007'deki, arabuluculuk tutanağının imzalanması ile sona erer, düzenlemesindeki muallâklık giderilmiş ve **tarafların anlaşması** ilk sona erme durumu olarak eklenmiştir.

- Madde 18: **Tarafların Anlaşması**; daha önce tarafların *uzlaşması* olarak kullanılan ibare, avukatlık ve ceza kanunlarındaki kurumlarla karışmaması için değiştirilmiştir. Zaten hukukçulardan oluşmayan üçüncü kişilerin çözüm yöntemlerinin uzlaştırma (conciliation) olarak düzenlenmemesi düşüncesindeyiz. 2007'de her türlü harçtan ve vergiden muaf tutulmuş iken bu özendirilenin çok isabetli olmadığı(!) görülmüş ve mahkemenin icra edilebilirlik şerhi için ayrıca resmi işlemlerde kullanılma talebi için **maktu, harç ve damga vergisi yükü** getirilmiştir.

- Madde 20: Arabulucu siciline kayıt şartları; 2007'de arabulucu olmanın unsurlarını düzenleyen md 19 içeriğinde “dört yıllık lisans eğitimi almış olmak” şartı düzenlenmemiş olmasının üniversite mezunu olmayanlar da arabulucu olur ama sadece eğitim alamaz yorumu ve uyarıları dikkate alınmış⁵⁴ ve bu sefer 2008'de **sicile kayıt için de dört yıllık lisans mezunu şartı konulmuştur**. Yukarıda değindiğimiz üzere, neticesi bağlayıcı olan çözüm yollarında üçüncü kişilerin hukukçu olması ülkemiz için gerekliliktir. Önerdiğimiz anlaşmazlık çözüm yolları için de, sadece lisans mezuniyeti şartı değil, ilave olarak çözüm yöntemleri hakkında sürekli eğitim, sicile kayıt edilme ve uzmanlık alanındaki konularda hizmet verme, sınırlamaları düzenlenebilir.

- Madde 22-27: Eğitim ve Eğitim Kuruluşları; genel olarak her iki tasarıda da özellikle olan eğitim kuruluşlarının yanı sıra **Türkiye Barolar Birliği** denetiminde ve barolar vasıtasıyla, ayrıca hukuk fakülteleri faaliyet alanları içinde bu eğitimlerin verilmesi tercihinin azami fayda sağlayacağı düşüncesindeyiz.

- Madde 23-32: Kuruluş ve Teşkilatlar: Yargılama üzerinde Adalet Bakanlığının etkisinin azaltılması savunulurken, ticari bir hizmet verecek anlaşmazlık çözüm kurumunun daha bağımsız bir yapıda oluşturulması düşüncesindeyiz. Madde 31 Arabuluculuk Kurulu üyeleri değiştirilmiş üye sayısı 11'den 14'e çıkartılmıştır. **Bakanlık Müsteşarı çıkarılmıştır**. Bunun yerine HSYK'dan bir yerine **iki** hâkim, YÖK'den üç hukuk profesörü yerine, iki öğretim üyesi, iki yerine, üç arabulucu gibi değişiklikler yapılmıştır. Hemen belirtmelidir ki, Adalet Bakanının seçeceği üç bilirkişi gibi tamamen atamalara dayanan türdeki seçimleri ve diğer üyelerin bağlı oldukları kurumlara atanma ve seçim yöntemleri dikkate alındığında bu kurulun *-en azından görünüşte-* bağımsız bir yapısı olmadığı

⁵⁴ MURAN, s.2161.

düşünülmektedir. Bu kurulun, tarife belirlemek, sınav yapmak, sicilden silmek gibi önemli yetkileri vardır (md. 32).

- Madde 33: **Gizliliğin İhlali**: Gizliliği ihlal eden arabulucunun ve sorumlu olduğu kişilerin hapis cezasına ilave olarak md. 21 uyarı koşulu uygulanmadan, arabulucunun kusuru varsa sicilden de silinme yaptırımının da ayrıca eklenmesi önerilmektedir.

(ii) – Madde 5: **Beyan ve Belgelerin Kullanılmaması**; 2007 tasarısında kullanılmamış olan *tahkim yoluna başvurulması* olasılığı da, ikinci tasarıda maddeye eklenmiştir. Madde, temel olarak, arabuluculuğun gizliliği ilkesini destekleyecek ve sistemi özendirecek bir düzenleme yaparak; hangi arabuluculuk süreci içindeki hangi beyan ve belgelerin delil olarak mahkemelerde ve tahkimde kullanılmayacağını belirlenmektedir. Bu belirlemelerde; numerus clausus nitelikte olmayıp, genişletilme imkânı veren, “*arabuluculuk faaliyeti nedeniyle hazırlanan...*” gibi soyut ifade bulunmaktadır. Maddenin 4üncü bendinde, gizliliğin *arabuluculuk konusu dışında kalan beyan ve belgelere* de uygulanacağını öngörmüştür. Bu bent, iyi niyetli olmayan kişilerin, ileride delil kullanımını engelleme niyetiyle, anlaşmazlık konusuyla ilgisi olmayan delilleri kullanıp, ileride delil gizlemek amaçlarına kolaylık gösteren bir maddedir. Değiştirilmesi ve arabuluculuğa konu sorununun dışında kalan konulardaki delillerin, genel hükümlere tabi olacağı belirtilmesi önerilmektedir.

Maddenin “1/c” bendi düzenlemesi çalışmamız kapsamında önemlidir. Buna göre md.5/c; “*Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü*” ilerideki yargılama aşamasında veya tahkimde yasak deliller sınıfına girecektir. Bilindiği üzere, sulh anlaşmasıyla, dava sürecinde de, tarafların karşılıklı fedakârlık ve özveriyle dava konusu uyuşmazlıklarına, tıpkı feragat veya kabul sözleşmelerinde olduğu gibi davaya son vermeleri mümkündür (HUMK 151-213)⁵⁵. 6100 sayılı kanunda getirilen yeniliklerden olan; **ön inceleme** safhasında, hâkimin ön duruşma yaparak tarafları anlaşamadıkları hususları saptayıp sulh olmaya teşviki -HUMK 213 paralelinde- daha detaylı hükümlerle düzenlenmiştir, (md. 139, 140). HUMK md. 236/III paralelinde, yeni 6100 sayılı kanun md. 188/3’de; “*Sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar tarafları bağlamaz*”, hükmü amirdir. Benzer yaklaşımla çözüm görüşmeleri sürecinde yapılmış bir vakıa ve iddianın kabulü (ikrarı) tarafları bağlamamalıdır. Dolayısıyla sadece arabuluculuk sırasında yapılan “ikrarların”, ileride delil olarak ileri sürülemeyeceği – tarafların ortak icazeti istisna olmak üzere- uyumludur.

Diğer yandan, ikrarlarla sınırlı olmak üzere, aynı 5nci maddenin (1/ç) bendindeki “*Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler*”in gizlilik ilkesinden hareketle olası bir yargılama / tahkim sürecinde hukuka aykırı delil niteliğine getirilip, bunların ileride kullanılmayacağını düzenlenmiş olmasına katılmamaktayız. Öncelikle, tasarının gerekçe metninde; “*sadece arabuluculuk dolayısıyla hazırladıkları belgeler yasak kapsamındadır*” açıklaması da, yasağın kapsamını açıklamakta yeterli olmamaktadır. Yargılama safhası için tarafların görüşme esnasındaki ikrarları, görüşme sırasındaki çözüm uğruna önerileri, çözüme ulaşmak için bazı denemeleri ve/veya arabuluculuk görüşmelerine davetleri hakkındaki beyan ve belgelerin, gizlilik kapsamında kullanamamaları anlaşmazlık ve alternatif uyuşmazlık çözüm sisteminin özüne uygundur. Çünkü uyuşmazlık aşamasında,

⁵⁵ **KURU**, Baki / **ARSLAN**, Ramazan / **YILMAZ**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 2002 Ankara, s.631; Sulh Anlaşması çıkara dayanan kazan/kazan temelli olduğundan alternatif uyuşmazlık yöntemi olarak düşünülmelidir; R.G. 04.02.2011/27836, **6100** sayılı ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)md. 313-314-315’de Sulh Anlaşması düzenlenmiştir.

yargılamada, maddi vakıayı ispat konusunda, delillerin, –doğrudan- etkisinin olmayacağından kabul ve tıpkı sulh görüşmeleri sırasındaki ikrarlar kapsamında sayılacağından, genel hükümlerle bir uyumluluk sağlanmıştır. Ayrıca taraflar, hukuki yardım almaları tavsiye edilmek şartıyla, başlangıçta, aralarında “**delil sözleşmesi**”⁵⁶ düzenleyerek, ileride hangi hususlarda kendilerini kısıtlamak istediklerini, yazılı olarak, özgür iradeleri doğrultusunda serbestçe düzenleyebilirler (HUMK md. 287-298 ve yeni HMK md. 193).

Diğer yandan usul kanunlarının cevaz verdiği diğer delillerin, sadece görüşmeler sırasında ortaya çıkmış, çıkartılmış ve/veya hazırlanmış olması, genel kanunda, birer ispat aracı olarak kullanılması hükmünden üstün olmamak gerekir. Hemen belirtilmelidir ki; “*Tarafların ispat hakkını kullanmasını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir*”, (HMK md. 193/(2)).

Bu hükümler doğrultusunda, tasarımı hazırlayanlar delil olarak ileri sürülecek belgelere, istisnalar getirme ihtiyacı hemen duymuşlar ve madde 5/ 3. fıkrasında; “... *Ancak söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir*”, düzenlemesini yapmışlardır. Benzer ifadeler yabancı hukukların düzenlemelerinde de, örneğin, UNCITRAL model kanunu md. 9’da olduğu gibi, nüanslarla, mevcuttur.

Tıpkı *şikâyete bağlı olmayan bir suçun soruşturulması veya kovuşturulması gibi Kamu düzeni* söz konusu olduğu vakıaların ispatını sağlayacak bir delilin mevcudiyetinde, arabuluculuk kanunun getireceği delil gizlilik ilkesine sınımlanabileceği düşünülemez. Avrupa Birliğinin Direktifinde bu yönde düzenleme yapılmıştır. Buna göre direktif md.7 içeriğinde; gizlilik kapsamına girmeyecek istisnalar sayılmıştır: Bu istisnalar, özetle; *üstün kamu yararının olduğu hallerde, özellikle çocuğun korunması ve kişinin fiziksel veya psikolojik bütünlüğüne zarar gelmesinin önlenmesi gerektiğinde veya anlaşma belgesi gereklerinin yerine getirilmesi taleplerinin ve bu belgenin cebri icra işlemlerini gerektirdiğinde gizlilik ilkesi uygulanmayacaktır*. Her ne kadar direktifin aynı maddesinin 2nci fıkrasında, gizliliğin temini için üye ülkelerin katı tedbirler alabileceğini ifade edilmiş olsa da, arabuluculukla ilgili diğer bazı yabancı ülkelerin normlardaki düzenlemeler bizim görüşümüzü destekler yöndedir⁵⁷. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu UNCITRAL 2002, Uluslararası Ticari Uzlaşma Model Kanunu, örnek olarak ele alındığında, md.9 içeriğindeki, gizlilik şartını ortadan kaldıran istisnalar olarak, *kanunun aksini emretmesi* veya *uzlaşılan sözleşmenin uygulanması veya icrası amacının olması*, istisnaları gösterilebilir⁵⁸.

Arabuluculuk görüşmelerinde, taraflardan birinin *zayıf taraf niteliğinde görülmesi* (korunmaya muhtaç sosyal olarak güçsüz taraf) durumunda da, gizlilik kapsamında kullanılamaması istenecek arabuluculuk sürecinde oluşturulmuş delillerin çerçevesinin mutlak olduğunu değil ve/fakat gizlilik kapsamını oldukça dar düşünmek gereklidir. Tüketici, hasta ve özellikle işçi gibi gerçek anlamda zayıf taraf olarak kabul edildiği davalarda, genel hükümlere göre bile, daha geniş bir delil ileri sürme imkânı olan bu –

⁵⁶ Delil Sözleşmesinin sınırlamalarının içeriği listelenmiş, detaylı olmalıdır, (münhasır delil sözleşmesi).

⁵⁷ Uluslararası Ticaret Odası ADR Kuralları (ICC 1.7.2001) md.7 gizlilik maddesi Anlaşma sözleşmesi, **kanunda aksi düzenlemedikçe** veya sözleşmenin yerine getirilmesini temin için gerekli olmadığı, hallerde, ancak gizlidir. Uluslararası Uyuşmazlıklar Çözüm Merkezi, Uluslararası Arabuluculuk Kuralları (ICDR 01.03.2008) md. 10; “Arabuluculuk sürecinde açıklanan, tüm belge ve bilgiler, arabulucu veya taraflarca, **kanun aksini emretmedikçe** veya taraflar anlaşmadıkça gizlidir, açıklanmamalıdır. ALEXANDER, s.455, 472.

⁵⁸ The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), ALEXANDER, s. 419.

zayıf- tarafların delil sürme olanaklarının, tasarı madde 5/3 içeriğiyle, mutlak anlamda sınırlandırıldığı kabul edilmemelidir. Kamu yararı dengesi kurulurken, tercih arabuluculuğu özendirilmesinden yana değil, özellikle ülke sosyoekonomik yapısında, zayıf korumaktan yana ağırlığını devam ettirmelidir. Özellikle iş hukuku çekişmelerinde, hâkim, zayıf taraf işçinin korunması refleksi maddi hukuk kurallarını bile etkilemekte ve ispat hukukunda da işçiye iddiasını her türlü delille ispat yolu temin etmektedir.⁵⁹

Yabancı normlardaki gizliliğin ihlalini hukuka uygun hale getiren durumlar özetlendiğinde⁶⁰ bunlar şu başlıklar halinde sayılabilir:

i-Arabuluculuk esnasında ileri sürülmüş olsa bile, daha önceden var olan bilgi ve belgeler,

ii-Kamuya açık *-aleni-* olacağı kanunlarla düzenlenen veya tarafların açıklanabileceğini kararlaştırdıkları bilgi ve belgeler,

iii- Arabulucunun veya sürece katılanların arabuluculuk sıfatından ve arabuluculuk işinin yüklediği yükümlülüklerini ihlal etmeleri durumunda, konuyla ilgili deliller⁶¹,

iv-Başkalarına ileride zarar verileceği, şiddet uygulanacağı hakkında tehdit ifadeleri, bu yönde planlamalar veya suç işlemeye teşebbüsler veya etkileri henüz devam eden, neticeleri sınırlandırılabilir bir suç gizlemeye yönelik faaliyetler hakkındaki deliller⁶²,

v-Çocuk istismarı veya sürecin zayıf tarafının istismarının söz konusu olduğu vakıalara ait belge ve bilgiler⁶³,

vi- Süreç sonunda imzalanan anlaşma veya uzlaşma belgesi içeriğini ispatlamak veya sözleşmenin ifasını temin için gerekli bilgi ve belgeler⁶⁴,

vii- Arabuluculuk sürecine ait masrafların ispatını temin edecek bilgi ve belgeler⁶⁵.

Netice olarak; tasarının gizlilik alanını, *arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgelerin, sonradan delil olarak ileri sürülemeyeceği ve mahkeme, hakem, bir idari makam tarafından da istenemeyeceği* hükmünün, istisnaları olarak verilen, kamu

⁵⁹ Aynı yönde görüş ve detaylı açıklamalar için; **ÖZDEMİR**, Erdem, İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, 2006 İstanbul, s.402-406.

⁶⁰ **ALEXANDER**, s.280-285.

⁶¹ Amerikan Standart Arabuluculuk Kanunu (**UMA- 2001**); md 6/5-6: “*There is no privilege under Section 4 for a mediation communication that is: (5) sought or offered to prove or disprove a claim or complaint of Professional misconduct or malpractice filed against a mediator; (6) except as otherwise provided in subsection (c), sought or offered to prove or disprove a claim or complaint of professional misconduct or malpractice filed against a mediation party, nonparty participant, or representative of a party based on conduct occurring during a mediation*”, www.mediate.com/articles/umafinalstyled.cfm, (12.4.2001, 12:00).

⁶² Uniform Mediation Act 2001 (**UMA**), md.5/ c, 6/a- 7/1; www.mediate.com/articles/umafinalstyled.cfm, (12.4.2001, 12:00); Tasarıdaki arabulucunun suç kapsamına giren bu hallerde gizlilik koruması altında rapor durumu yetkili makamlara bildirip, bildirmemesi yorumu **TCK md. 278** çerçevesinde yapılmalıdır. Diğer yandan, kanaatimizce, avukatlığın, Av. K md.36 sır saklama yükümlülüğüne kıyasen, avukat olmayan bir arabulucunun (ara-yapıcı) gizlilik kapsamı çok dar bir alanla sınırlanmalıdır. Avukat veya hukukçu olan bir arabulucunun gizlilik alanı ise gene avukatlık görevine kıyasen, işin niteliğine göre, daha dar algılanmalıdır.

⁶³ Uniform Mediation Act 2001 (**UMA**), 6/(a), 7 ve Avrupa direktifi md.7/1(a); Türk hukuku uygulamalarına bakıldığında, zayıf taraf olarak, işveren karşısında işçi, hastane karşısında hasta ve tüketiciler zayıf taraftır.

⁶⁴ Örnek olarak; 2008/52/EC sayılı Avrupa direktifi md.7/1(b) ve Uniform Mediation Act 2001 (**UMA**), 6/(b), www.mediate.com/articles/umafinalstyled.cfm, (12.4.2001, 12:00). Amerikan uygulamasında, mediator, sözleşmenin varlığı ve içeriği hakkında tanıklığa zorlanamamaktadır, **ALEXANDER**, s. 284.

⁶⁵ Arabuluculuk masraflarının taraflarca eşit paylaşılması ilkesi yanından, ücret dâhil masrafların kime ait olacağı ve tutarı hakkındaki davalarda Amerikan ve İngiliz mahkemeleri sınırlı da olsa, dava konusunu ispatlayacak ve ilke olarak arabuluculuk gizliliği kapsamında olan bilgi ve belgeleri talep edebilmektedirler, detay için bakınız; **ALEXANDER**, s.331-335.

düzeni ve emredici hukuk düzenlemelerinin aksini öngörmesi veya süreç sonunda imzalan anlaşma belgesinin cebri icrası ve edasıyla mutlak sınırlanmış olduğunu kabul etmemek gerekir. Aksine gelecekteki bir yargılama veya diğer çözüm yollarında ihtiyaç duyulabilecek ve/fakat önceden bir arabuluculuk faaliyeti sürecinde oluşmuş belge ve bilgilerin gizlilik sınırlarının, azami; yeni 6100 sayılı kanun md. 188/3'de; “*Sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar tarafları bağlamaz*” hükmündeki **ikrar sınırlaması kadar olduğunu** kabul etmek daha isabetli olacaktır. Önerimiz doğrultusunda; **dava öncesi** arabuluculuk işlemine başvurulmuş ve önerdiğimiz şekilde bir delil sözleşmesi yapılmış olmasıyla, **dava içinde** arabuluculuk yoluna gidilmesi durumunda farklı gösterecektir. Dava içi başvuruda mahkeme, tarafların sadece ikrar sınırlamasına tabii oldukları özellikle hatırlatılmalıdır.

Arabulucunun kendi kayıtlarını gizli tutması hususu saklıdır (Tasarı md.4). Arabulucunun md.8 gereği taraflarla tek tek görüşme yaptığında da, rıza olmadıkça, edindiği bilgileri diğer taraftan ta gizli tutması gereği maddeye eklenmelidir.

(iii) – Madde 9/(2): **Arabulucunun –kendi- tarafsızlığından şüphe etmesi**: 2008 tasarısı madde 9/(2) içeriğinde; “*Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hal ve şartların varlığı halinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görev üstelenebilir veya üstlendiği görevi sürdürebilir*” denilmektedir. Şüphe edilecek durum arabulucunun kendi tarafsızlığıdır. Eğer arabulucunun tarafsız, bağımsız ve objektif olmadığı sürecin herhangi bir aşamasında **taraflarca da** anlaşılırsa, bu madde karşısında, tarafların haydi haydi, bu gerekçe dayanıp ve **haklı sebeplerden** sayılacak nitelikte arabuluculuk hizmet sözleşmesini feshedeceklerini, yerine getirmiş oldukları edimleri geri isteyeceklerini ve şartları varsa tazminat talep edebileceklerini kabul etmek gerekir.

Tasarı kısmen avukatlık, kısmen, hâkimlik mesleği alanlarına giren yeni bir meslek türü oluşturmakla beraber bu kişinin yükümlülüklerini, sınırlamalarını aynı ağırlıkta düzenlememiştir. Bu madde de görüldüğü üzere, tarafsızlık unsurunu ileri sürme görevini sadece arabulucunun subjektif değerlendirmesine terk edilmiş olması yetersizdir. Arabuluculuk kurumu, güvene dayalı bir birliktelik içinde kullanılabilir.

Arabulucunun işi red etmesi yükümlülüğü de ayrıca düzenlenmelidir. Buna göre, arabulucu kendine gelen işi; doğru bulmadığı, zıt çıkarlara daha önce benzer hizmet verdiği, çıkar çatışmasının söz konusu olduğu, daha önceden başka bir sıfatla örneğin lisans mesleği (mühendislik, mali müşavirlik, hekimlik, hâkimlik, avukatlık, tüccarlık, savcılık, müfettişlik... vs) nedeniyle el koyduğu, hısımlık, evlilik gibi nedenlerle de red etmesi gerektiği ve bunların tarafsızlık unsurunu zedeleyen durumlar olduğunu düzenlenmelidir. Hemen belirtilmelidir ki; arabulucunun red etme nedenleri diğer benzer mesleklere göre çok daha geniştir. Arabuluculuk dışında herhangi bir lisans mesleği de sürdürecektir olan arabulucunun, şirket ortaklığı, müdürlük, danışmanlık ve hatta tanışıklık durumları (somut olay içinde) bile hassas olarak red alanını olarak öngörülmelidir. Çünkü yargı alanında olduğu gibi süreç içinde bu tür olumsuzlukları denetleyecek mekanizmalar bu sistem içinde yoktur. Çıkarların üstünlüğünde bile, arabulucu tam tarafsız ise ancak sistemin uygulanması mümkün olur⁶⁶.

⁶⁶ Tarafsızlıkta bile aşırı hassasiyet gösterilmeyecekse, **kanaatimizce**, “5,000 TL meblağ kadar olan uyumsuzluklar yargılama konusu olmaz, taraflar arası kura çekilir”, düzenlemesi bile -günümüz için- yargılamada daha az yıpranma yaratır.

Doğal olarak bu gerekçelerden kaynaklanan tarafsızlığın ihlalini, sürecin herhangi bir aşamasında ileri sürme hakkı *-hatta arabuluculuk sona erdikten sonraki dönem de sözleşme zamanaşımına kadar-* evveliyatla her bir tarafın da, ayrı ayrı imkânının olduğu vurgulanmalıdır. Tasarı madde 3'e göre *taraflar süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler* denilmişse de, sona ermede, arabulucu dâhil, haklı sebeplerle sona erdirilme ve tazminat yükümlülükleri şartlarına vurgu yapılmalıdır.

Bu haliyle tasarı arabulucuyla ve her bir tarafın ayrı ayrı olmak üzere, arabuluculuk işi nedeniyle yaptıkları arabuluculuk hizmet sözleşmesi ilişkileri düzenlememiştir. Çekişme durumunda, iş görme sözleşmesi niteliğinden hareketle, öncelikle Avukatlık Sözleşmesi ve sonrasında Vekâlet Sözleşmesi ve temel hükümler çerçevesindeki öğreti ve yargı yorumlamalarına bırakılmış olduğu düşünülmektedir.

(iv)– Madde 9/(4): **Arabulucunun ileride taraflardan birinin avukatı olamaması:** 2008 tasarısının eski tasarıya kıyasen yeni olan bir düzenlemesi de; *“Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıklarla⁶⁷ ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez”*, dir. Tasarıyı hazırlayan komisyon, arabuluculuk işini, yaygın olarak avukatların yapacağını öngördüklerinden dolayı avukatlık mesleği için özel bir düzenleme fıkrası ekleme ihtiyacını duymuşlardır. Arabulucunun tarafsızlığını açık ve detaylı halletmede oldukça zayıf olduğu düşündüğümüz bu tasarıda, bu yaklaşımın tersine, avukatların işi red hususundaki hassasiyetleri olduğuna bir işarettir. Hâlihazırda avukatlık kanunu madde 38/c, TBB meslek kuralları md.18 kapsamında olan ve zaten bu ve benzeri işleri red yükümlülüğün önceden de düzenlediği görülmektedir.

Bu madde hareket noktası olarak olumlu görülecek olsa da, içerik olarak gene eksiktir. Arabuluculuk yapan kişi ileride **bilirkişilik** yapabilecek midir? Tasarıya göre *“Evet”*? Başka bir olasılık da, derdest bir davada sürecinde dosyada bilirkişilik, uzmanlık, tercümanlık ve hatta hâkimlik savcılık yapmış iken (son iki kişinin yıllar süren bir davada emekli olduğunu varsaymak mümkündür) sonradan tarafların ara kararla alternatif çözüm yolunu denemek istemeleri durumunda, arabulucu olmaları mümkün müdür? Tasarıya göre; *“Evet”*. Bu hallerde de arabuluculuk hizmeti sunulması kural olarak mümkün olmamalı, tarafların aydınlatılması ve yazılı iradelerinin uyuşması aranmalıdır.

Başka bir olasılık içinde olan durum şudur; Bir arabulucu, diğer bir arabuluculuk işinde, daha önce benzer hizmeti verdiği bir tarafla tekrar karşılaşır, arabuluculuk hizmeti sözleşmesi kurulması öncesinde, yeni tarafı bu hususta bilgilendirerek, uyarmalı ve yazılı onayını almalıdır. Aksi halde tarafsız olmadığı iddiasıyla karşılaşabilir.

Avukatlık yapamama, kural olarak kabul edilmeli ama mutlak olduğu anlaşılmalıdır. Eğer ilerideki dava konusu; Av. K md 38/d gereği kendi avukatın düzenlediği senettin haksızlığını ileri sürmek kapsamında değilse ve/veya Av. K md. 47 çekişmeli haklar edinme yasağının kapsamında değilse, *hizmet sonunda hizmet yaptığı diğer tarafın yazılı olurlarını temin* şartıyla, avukatlık hizmetini verilebilmelidir. Diğer yandan avukat olarak hizmet verme hakkı ender olarak somut duruma göre kullanılmalı, kural olarak tasarı yönünde avukat, görev almamayı tercih etmelidir. Aynı husus arabulucunun ileride ki herhangi bir çözüm yollarında hizmet vermesi veya vermemesi hususunda da benimsenmelidir.

⁶⁷ Bu madde dahil diğer maddelerde de *“uyuşmazlık”* ibaresi yerine *“anlaşmazlık”* ibaresi tercih edilmelidir.

(v)–Madde 9/(4): **Arabulucunun niteliği gereği sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemleri yapamaması**: 2008 tasarısında getirilen yeni 4üncü fıkraya göre; “*Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılmaz*”. Bu fıkranın düzenlenmesi hangi ihtiyaçtan doğmuştur? Kanaatimizce, komisyon, yukarıda yer verdiğimiz endişeleri taşımaktadır. Sosyal yapımız ve hukuka bakış açımızın, arabulucuların birden kendilerini eşsiz bir yetkiyle donatılmış oldukları gerçeğini fark etmelerinden (*kısmen hem hâkim, kısmen hem bir tarafın, hem de diğer tarafın avukatı olma ayrıcalığı*) kaynaklanan, yargının hüküm ayağı olan hâkimlerin işini yapmaya kalkacakları endişesinden konulmuştur. Hemen sorulabilir ki, aynı madde neden şu şekilde kaleme alınmamıştır; “...*Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim ve avukat tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılmaz*”. Burada da avukatlık mesleğini alanına girilmesinin zaten tasarının doğasından kaynaklandığı ve bunda bir çekince değil, doğallık olduğu bilinci vardır. Bu yüzden avukatın işlerinin yapılması serbest kalmıştır.

Madde gerekçesinde; bu fıkranın emirleriyle, artık, hâkimin yetki alanına girilemeyeceğini, çünkü arabuluculuğun yargısal bir faaliyet olmayıp, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğunu yazılmıştır. Hâkimle, arabulucunun yetkilerinin aynı olmadığı belirtilmiştir. Arabulucunun yetkilerinin sınırlarının belirlenmesi bakımından bu açık düzenlemeye yer verildiği söylenmektedir. Böylece tahkikat, keşif, bilirkişiye⁶⁸ başvurma gibi benzer yargısal ve zorlayıcı bir takım işlemlerin arabulucu tarafından yapılmasının söz konusu olmayacağı hususun garanti altına alındığı söylenmektedir.

Bu fıkra ve komisyonun gerekçesi de göstermektedir ki; tasarının yarattığı kendine özgün, bu arabuluculuk mesleği, iyi niyetli olmayan ve hukuk donanımın olmayan kişilerin, yargısal faaliyet alanına girmeleri tehlikesini ciddi olarak içermektedir. Bu tasarı, Avrupa Birliği direktifi zorlamasıyla ve genellikle federe devletlerin tercih ettiği bir çözüm yöntemi olan arabuluculuk yolunu (mediation) düzenlemeye uğraşırken, avukatlık alanına kısmen yerleşen, sınırları belirsiz ve denetimi zor olan yeni bir meslek yaratmaktadır⁶⁹. Bu durumda en azından hâkimlerin sınırlarını korumak için bu fıkra yazılmıştır. Başka bir meslekte örneğin hukuku, hâkimler kadar bilen avukatlık mesleğinde böyle bir önleme fikri bu güne kadar bir norm şeklinde görülmemiştir. Bu fıkra ve gerekçesi bile, çalışmamız boyunca tekrarladığımız endişelerimizin, komisyonca da öngörüldüğüne dair bir kanıttır.

(vi)– Madde17/(4): **Arabulucunun faaliyetlerin sonunda elindeki belgeleri Adalet Bakanlığına göndermesi zorunluluğu**: 2007 yılı tasarısında arabulucunun elindeki

⁶⁸ 6100 sayılı ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek Hukuk Muhakemeleri Kanununda kullanılan bilirkişi dışında diğer yardımına başvuru alan kişiler arasında uzman ve tercüman gibi kişiler vardır. Arabulucu uzman, tercüman kullanabilecek midir? Madde 15 içeriğine göre “-hayır” kullanamayacaktır. Hatta bilirkişinin taraflardan birinin yabancı olması veya Türkçe bilmemesi gibi durumlarda tarafların açık ve ortak rızası olmadıkça arabuluculuk yapamayacağı düşünülmektedir.

⁶⁹ Çalışmamızın farklı kısımlarında, tasarıdaki arabuluculuk ifadesinin uluslararası genel kullanımıyla alternatif uyuşmazlık çözümlerindeki 3ncü kişi, mediatörler (mediators) niteliğinde algılanmasını, uygun bulmadığımızı, bunun yerine hukukçu olmayan 3ncü kişiler için *ara-yapıcı* ifadesinin kullanılmasını önerdik. Toplum temelli sosyal ve hukuksal altyapımız hazırlanmadan, yapılmış olsun diye düzenlenen kurumların, yabancı normlardan acil çevirilerle iktibasına günümüz, saygın Türk hukuku ve hukukçularına bakarak zorunluluk kalmadığını düşünüyoruz. Kültürümüze yabancı terimlere, zorlama anlam yüklemelerini eleştirmek ve bu tür olumsuzlukların sonuçlarını vurgulamak, temel düşüncemizle, yargı alanına ileride yapılacak benzer ithal kurumlar için şimdiden yeni isim önerilerimizi yapıyoruz: Yargı sùjelerinin genel ifadesi için: *Yargıman/lar* ifadesi kullanılabilir. Benzer olarak; Hâkim=*Hükü(m)man*, savcı=*Sorguman*, avukat=*Savunman* olabilir. Tasarıdaki arabulucu yerine de; **Halletmen** hemen kullanılabilir.

belgeleri –sadece- beş yıl süreyle saklama zorunluluğuna yer verilmişken 2008 yılında aynı fıkraya son bir cümleyle, arabulucuya ek görev yüklemiştir: Madde 17/(4) sona göre; “...Arabulucu, arabuluculuk hizmetlerinin sonucunda düzenlediği belgelerin birer örneğini arabuluculuk faaliyetlerinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe gönderir.” Gerekçede bu hususta bir açıklama yoktur. Genel Müdürlük, Adalet Bakanlığının Hukuk Genel Müdürlüğüdür. Müdürlüğe belgelerin gönderimi işi, faaliyetin, anlaşmayla, çekilmeyle veya sonuçlanmayacağı kanaati gibi nedenlerle sona ermesi sonrasında yapılacaktır. Gönderilecek belge ise kanaatimizce; arabulucunun faaliyetin sona erdiği anda düzenlediği tutanakla kısıtlı kalmalıdır. Fıkroda “belgelerin” denilmesi uygun değildir. Sona erme tutanağında, sadece, taraflar, konu başlığı, arabuluculuğa başlanılma tarihi, sona erme nedeni, sona erme tarihi gibi bilgilerin dışında başkaca bilgiye yer verilememesi, bilgilerin kısıtlı tutulması beklenir. Aksi durumda, sistemin temel anlayışı olan gizlilik ilkesinin dışına çıkmış olur. Bilindiği üzere yargılamanın kural olarak aleni olmasına rağmen yargılamaya ait bilgilerin UYAP⁷⁰ dâhilinde Adalet Bakanlığının keyfi erişimine açık olması bile -haklı- tartışma konusudur. Özellikle ticari konularda, tarafların arabulucuya başvurma denemelerinin bile gizli kalmasını isteyecekleri düşünüldüğünde, bir de arabuluculuk işine ait detaylı bilgilerin, arabulucunun yed-i eminden çıkartılıp, Adalet Bakanlığına gönderilecek olması, kendi içinde çelişkili noktalar yaratmaktadır.

Bu çelişik görünen durum, bizce, aslında görünüştedir. Çünkü tasarımı hazırlayan komisyon üyeleri, tıpkı hâkimin işlemlerini korumak için madde koyma gereğini duymuş olmaları gibi, yargısal faaliyetin içinde yer alacak arabulucunun belgelerine de ulaşmak olanağını, sistemin olası başıbozukluğunun önlenmesi adına istemektedirler. Önerimiz; sadece basit detayları içeren bir sona erme tutanağının bildirim⁷¹ yeterli sayılmasıdır. Aslında bu sistemin, Adalet Bakanlığının kontrolünde olmaması temel düşüncemiz - yukarıda değerlendirildiği üzere-saklıdır.

(vii)– Madde18/(2) ve (3): Anlaşma Belgesinin İcra Mahkemesi şerhi (kararıyla) ilâm niteliğine haiz olması: İkinci tasarının en önemli değişikliklerinden birisi, komisyonun tüm direnmesine rağmen gelen haklı tepkiler üzerine, “*tarafların uzlaşma varmaları halinde düzenlenen uzlaşma belgesi, ilam niteliğinde sayılır*” hükmünden geri adım atmış olmasıdır (Tasarı 2007 md 17). Bu değişiklik doğrudur ama ilkesel endişeleri giderici yeterlilikte değildir. Aynı konu 2008 tasarısında *uzlaşma* yerine *anlaşma* ifadesiyle yeniden düzenlenmiştir. Anlaşma teriminin tercih edilmesi doğru yönde gelişmedir. Böylece hukukçu niteliği olmayan, sadece 100 saatlik bir eğitimle yeterli hukuk bilgisi birikimini kazanamayacak arabulucular, ancak basit nitelikte anlaşmazlıkları gidermek için faaliyette bulunmadırlar.

Diğer yandan, anlaşmazlık çözüm yolu faaliyetinin sonucu bağlayıcı olmamalı, basit bir borçlar hukuku sözleşmesinin temin edeceği sorumluluk yükünün ötesine geçmemelidir. Burada yargıya bir alternatiflik değil, tarafların hayatlarına bir kolaylık, onları barıştırmaya bir teşvik felsefesi güdülmeli, özendirme uğruna sınırlar, birden bire, aşırı zorlanmamalıdır. 2008 tasarısında, tasarının ilk haline kıyasen, işaret ettiğimiz yöne

⁷⁰ UYAP: Ulusal Yargı Ağı Projesi, Adalet Bakanlığınca adli yargı, idari yargı, cezaevleri, adli tıp kurumu ile bağlı ve ilgili kuruluşlarını ve Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin de dâhil edileceği, yargı süreçleri arasında eşitsizlik, yürütmenin yargıya müdahalesi gibi konularla sıklıkla eleştirilen bir projedir.

⁷¹ Önerdiğimiz tutanağın içeriği TBB **Avukatlık Kanunu Yönetmeliği** (R.G. 19.6.2002/24790) md. 17 içeriğine benzer olarak düşünülebilir. Yönetmelik madde 17 Uzlaşma Tutanağının Şekli başlığındadır. Bu maddenin “e” bendinde yer verilen; uzlaşma sonunda varılan anlaşma, sadece neticeyi kapsamalıdır. Yoksa tam sözleşme metninin Adalet Bakanlığına gönderilmesi, gizlilik ilkesiyle uyumsuz olacaktır.

doğru bir eğilim başlangıcı görülmekle beraber, gene de tasarı bekleneni düzenlemede yetersiz kalmıştır. Şöyle ki; Madde 18/(2)'ye göre; taraflar anlaşma belgelerini, asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre belirlenecek İcra Mahkemesine ibraz edip, icra edilebilirliğine yönelik bir şerh verilmesini talep edebileceklerdir. Bu **şerhi içeren anlaşma ilam niteliğinde** sayılacaktır.

Mahkemelerin yargı yetkisi, usul hukukunun yetki kurallarına göre tespit edileceğinden, hukukçu olmayan arabulucunun sadece yetki konusunu belirleme safhasında bile sorunlar yaşayacağını düşünüyoruz.

Anlaşma Belgesinin imzası sonrasında, belgeye ilam niteliği kazandırmak isteyen tarafın, icra mahkemesinden şerh almak talebiyle sunma anı ve takiben icra takibin başlatması için belli bir süre öngörülmemiştir. Bu durumda genel hukuk kurallarındaki zamanaşımı sürelerini dikkate alınacaktır. Genel ve kısa, **özel bir zamanaşımı** öngörülmüş olması beklentimiz, sistemin hızlilik ilkesine daha olumluluk kazandıracaktır.

İlam, mahkeme kararlarının onaylı suretleridir. Mahkeme hükmünde, yapılması veya yapılmaması hükme bağlanmış bir eda mevcutsa, bu hüküm de ilamlı icra konusu olacaktır. İlam belgesi olmayan ve/fakat mahkeme kararı gibi ispat gücünün kuvvetli olduğuna inanılan bazı belgelere de, sadece kanun tarafından belirlenmiş olmak kaydıyla, ilamlı icra takibi yapılma olanağı verilmiştir. İcra İflas Kanunu (İİK) md 38 içeriğinde hangi belgelerin, ilam gücünde belge kabul edileceği düzenlenmiştir⁷². Mahkeme içi sulhlar, şartsız para borcu noterde düzenlenmiş ikrarları, baroların para cezaları yanında Av. K md. 35/A'ya göre tarafların ve avukatların vardıkları uzlaşma belgesi de ilam niteliğindedir. Görüldüğü üzere kanun, bir belgeye ilam niteliği kazandırmak istediğine ya hukuk korumasından yararlanmış bir faaliyeti ya da gene hukuk koruması içindeki –para borcu, kıymetli evrakla niteliği gibi- açık bir ikrarı, usul ekonomisi ilkesine göre himaye etme yoluna gitmektedir. İlam niteliğindeki arabuluculuk anlaşma belgesiyle, taraflardan biri, karşıya icra emri göndererek, icranın haciz veya zorla eda usulüyle yerine getirilmesini temin edecektir. İspat gücü çok güçlü olan ilamlı icrada –*kural olarak*- itiraz takibe engel olamayacaktır. Bu durumda arabulucunun belgesinin de benzer derecede bir hukuk koruması veren bir değere çıkabildiğine işaret eder ki, biz özellikle hukukçu olmayan arabulucular için değerlendirmenin uzak bir ihtimal olduğu kanaatindeyiz..

Tasarı md 18/(3), bir kanun maddesi yalınlığından daha çok, detaylı gerekçelendirme şeklinde, açıklayıcı ve tanımlayıcı bir üslupla yazılmıştır. Buna göre şerhin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve inceleme dosya üzerinden yapılacaktır. Çekişmesiz yargının (nizasız kaza) ayırıcı temel unsuru çekişme (ihtilaf) yokluğudur. Ayrıca vasinin görevden alınması gibi subjektif hakkın yokluğu da çekişmesiz yargının işidir. Hâkimin re'sen harekete geçip, işe el koyduğu, delilleri kendisinin araştıracağı işler de çekişmesiz yargıya tabidir. Medeni, borçlar ve ticaret kanunlarımızda dağılık şekilde bulunan ve daha çok yargı içtihatlarıyla belirlenen çekişmez yargı, yeni usul kanunda, üç sınıflandırma başlığı altında ve çekişmesiz işlerden sayılacaklar temel bazı hukuklar için numerus clauses olarak sayılmış ve ayrımı düzenlenmiştir⁷³. Maddi anlamda kesin hüküm olmayan, çekişmesiz yargı kararlarına karşı, istinaf yoluna başvuru açıktır. Çekişmesiz

⁷² **KURU**, Baki / **ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, 2004 İstanbul, s.429-430.

⁷³ R.G. 04.02.2011/27836, **6100** sayılı ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) md. 382- 388 maddeleri arasında Çekişmezi Yargı düzenlenmiştir. HMK md. 382 / 1 göre; hukukun, ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan hâller, ilgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâller ve hâkimin resen harekete geçtiği hâllerde çekişmesiz yargı, mahkemelerde uygulanacaktır. Aynı maddede, kişiler, eşya, miras, borçlar, ticaret, icra iflas hukukuna giren haller sayılmıştır.

yargıda, kural olarak basit yargılama usulü uygulanacak ve hâkim re'sen araştıracaktır (6100 sayılı HMK md..383-388).

Arabuluculuk Kanunu tasarısı md. 18/(3) düzenlemesiyle, anlaşma belgesine şerh verilmesi de çekişmesiz yargıya işlerinden biri olmaktadır. Tasarı gene hukuk usulü kanuna yol göstererek basit yargılama usulü olacağını ve/fakat dosya üzerinden karar verileceğini işaret etmekte ve usul kanuna ekleme yapmaktadır.

Hâlbuki basit yargılamada tarafları dinlemek veya dinlememek, re'sen araştırma yapmak veya yapmamak hâkimin takdirinde olmak gerekir. Diğer yandan sulh mahkemesi hâkimlerinin de iş yükleri düşünülerek, ileride, uygulamada ilam şerhi için talepte bulunan dışındaki tarafa davetiye çıkartılması ve hâkimin gerek duyduğunda bile re'sen araştırma yapması istisnai haller olarak kalacak endişemiz vardır. Öngörümüz, hâkim sadece, arabuluculuğa konu olan anlaşmazlığın, kamu düzeni, ahlaka uygunluk, kişilik hakları ve benzeri emredici hükümlere uygun bir konu başlığını altında yapılmış olduğunu, sözleşmeden okuyacak ve bu dosya izlenimiyle şerhini koyacaktır. Belki konuyu bir de, ancak taraf ehliyetleri bakımından inceleyecektir. Bu şekli ve dosya üzerinden incelemenin, hukuk koruması olmayan taraflar için, sözleşmenin kurulması aşamasında bir güvence getirdiğini iddia etmek zordur. Eğer ilam şerhi isteyen karşı tarafa da davetiye çıkartılırsa ve anlaşma belgesine rağmen, karşı taraf itiraz da bulunursa, konu uyuşmazlık çekişmeli yargılamanın konusu olmalıdır. Ayrıca hâkim önüne gelen anlaşmada iki tarafın dışında, 3ncü başka bir kişinin haklarının etkilendiğini yönünde –dosya üzerinden bile olsa- kanaate varırsa, re'sen bu kişiye de davetiye çıkartmalıdır.

3- Avukatlık Kanunu md. 35/A Uzlaşma Kurumunun Uygulamasında Eksiklikler

Arabuluculuk kanunu tasarısında düzenlenmeye uğraşılan, yarı yargısal, yarı ticari yarı sosyal (işsizliğe umut) bu karmaşık sisteme neden gerek duyulduğu, tasarı komisyonu başkanınca da açıkça söylenmiştir. “Avukatların bu hakkı -uzlaşma sağlama hakkı- var ama bu olanak gereği gibi bugüne kadar uygulanmadı ... uygulansaydı zaten Arabuluculuk Kanunu'na gerek kalmazdı. Bu da bir eğitim gerektiriyor” denilmiştir⁷⁴. Başkanın her iki saptamasına da katıldığımızı yukarıda açıklamıştık.

Avukatların, dava odaklı bir meslek anlayışında oldukları, menfaatlere (çıkarlara) uygun (kazan/kazan) çözüm üretmeye hazır olmadıkları ve uzlaşma yolunun, kendi gelirlerini azaltacağından hareket ederek, faydalı uzlaşma olanaklarını kullanmadıkları yorumlarımızın⁷⁵ meslek bazında genelleştirilmesine katılmadığımızı da belirtmiştik. Tersine avukatlar önlerine gelen her işin başlangıcında, tarafları yargılama dışı, anlaşma veya uzlaşmaya davet etmektedirler.

Bu bölümde Türkiye Barolar Birliğini ve başta en fazla sayıda avukat üyesi olan barolarımıza görevler olduğunu kast ederek, uygulamadaki bazı ihmallerden bahsederek, soruna gerçekçi ve yol önerici ekleme yapmak düşüncesindeyiz.

⁷⁴ “57 bin Avukatta, Arabuluculuk Gelirse, İş Kaybederiz Korkusu”, Prof.Dr. Hakan Pekcanitez ile söyleşi, AYTUĞLU, Gökçe, Referans Gazetesi, 12.10.2007, http://www.referansgazetesi.com/haber.aspx?HBR_KOD=80597, (12.04.2011, 12:37).

⁷⁵ YILDIRIM, DEREN, Nevhis, Arabuluculuk Yasa Tasarısı, eleştiri ve öneriler, İstanbul Barosu Yayını 2008 İstanbul, s. 88, 93.

Yargı sjelerine bakıldığında, toplum en çok avukatlık mesleğinin yapan avukatlarla iliŒki içindedir. Hukukun toplumumuza yayılmasını ve hukuka güvenin çoğalmasını ilk elden avukatlar başlatmaktadır. Bu gerçeklikten hareketle, avukatların hukuk bilgisine başvurulması mutlaka aktif olarak özendirilmelidir. Bu zendirme ve hukukun üstünlüğüne iŒlerlik kazandırma, TBB ve Baroların görevleri iindedir⁷⁶. Barolar hukukun üstünlüğünü en faydalı yoldan kendilerine, Av. K md.35/A içeriğinde saėlanmıŒ olan “*uzlaŒma sağlama*” hükmüne iŒlevsellik sağlamayla başlamalıdır.

Alternatif UyuŒmazlık zm yollarından, değerler gözetilerek dzenlenmiŒ, temel alt yapısı hazırlanmıŒ ve toplumun günümüz eğilimine daha faydalı olan, Avukatlık Kurumu içindeki, uzlaŒma yolunun yaygınlaŒtırılması için somut nerilerimiz Œunlardır:

(i)- *UzlaŒma Kurumu tanıtılmalıdır*: TBB ve Barolar, avukatlık kurumunun uzlaŒma sağlama yetkisinin genel tanıtımını yapmalı ve kiŒilerin anlaŒmazlıklarını ve uyuŒmazlıklarını, hukuk kuralları koruması altında yapılabileceğinin tanıtımını yapmalıdır. KiŒiselleŒtirilmeyen bu tanıtımlar, *medya aracılığıyla* yapılsa bile reklam yasağı dıŒında genel bir çaba niteliğinde kalacaktır. Avukatlık hizmetlerine başvuru olağan bilinen bir yol haline toplum bilincinde getirilmelidir. Sağladığı güvenceler anlatılmalıdır.

(ii)- *Dersler olarak*; avukat stajyerlerine ve hukuk fakültesi öğrencilerine, mvekilleri yönlendirici, iletiŒim yollarını geliŒtirici, genel psikoloji içerikli derslerin eklenmesi, uzlaŒtırma tekniklerinin uygulamalı tanıtılması gereklidir.

(iii)- *Staj eğitim merkezlerinde*, stajyer avukatlara uzlaŒma sağlama kurumu detaylı öğretilmeli ve hukuk usul kanunundaki geliŒmelerin (*sulha davet, ön inceleme, adli yardım*⁷⁷) fonksiyonel kullanım yöntemleri gösterilmelidir.

(iv)- *denen avukatlık ücretlerinde*, hizmeti alanların, Œartları varsa, hukuki danıŒmanlık dâhil, demiŒ oldukları hizmet bedellerini, haklı çıkacakları davalarda, talep konusu yapabilmelerinin uygulaması yaygınlaŒtırılmalıdır⁷⁸.

⁷⁶ 1136 sayılı Av. K göre Birliğin; md. 110/(5); savunmanın lüzum ve faydaları hakkındaki inancı yerleŒtirmeye alıŒmak, md. 110/(17); hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara iŒlerlik kazandırmak, Baroların; md. 98/(21) Hukukun stnlğ ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu haklara iŒlerlik kazandırmak... görevleri vardır.

⁷⁷ **6100** sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) md. 334-340 maddeleri arasında “**Adli Yardım Kurumu**” dzenlenmiŒtir. Yargılana herkesin bir avukatı olması yaklaŒımı kanun yapıcı tarafından olumlu görülmediğinden, HMK md 334 ile “*Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma dŒrmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler*” ve md 340 ile; “*Adli yardımdan yararlanan kiŒi için mahkemenin talebi üzerine baro tarafından görevlendirilen avukatın creti, yargılama gideri olarak Hazineден ödenir.*”, gibi olumlu hükümler getirilmiŒtir.

⁷⁸ 1086 sayılı HUMK md 421 ve 6100 sayılı HMK md . 329 da birbirine benzer hükümlerle, mvekillin demiŒ olduğu, danıŒmanlık dâhil avukatlık creti masrafını nasıl dava konusu yapılacağı Œartları vardır. Bu hükümlere iŒlevsellik kazandırılmalıdır. **HMK md 329/(1)** “*Kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hlde dava açan taraf, yargılama giderlerinden baŒka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaŒtırılan veklet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkm edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuŒmazlık çıkması veya mahkemece miktarının fahiŒ bulunması hlde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur*” ve **md 330**; “*Vekil ile takip edilen davalarda mahkemece, kanuna göre takdir olunacak veklet creti, taraf lehine hükmedilir*” Œeklidir. Bu hükümler fonksiyonel olarak uygulanmalıdır.

(v)- *Uzlaşma sağlama ücretleri tarifesi*, detaylı sınıflandırmalarla, adli yardım ve CMK ücretleri seviyeleri de dikkate alınarak, asgari oranlarla ve basamaklı düzenlenmeli, barolar, avukatlara tavsiye niteliğindeki ücret tarifelerinde de uzlaşma sağlama ücretine de –detaylandırılmış- listelerinde ayrıca yer vermelidir. Bazı baroların, *tavsiye ücret tariflerinde, uzlaşma sağlama kaleminin olmaması, ciddi bir eksiklik*dir. Avukatlık uzlaştırma sözleşmelerinin de, matbu harçlara tabii olması sağlanmalıdır.

(vi)- *Avukatların meslek içi eğitimleri* ihtiyari nitelikte ola bile, uygulamada, katılmalarını zorunlu kılacak çalışmalar yapılmalıdır. Avukatların mesleklerinde uzmanlaşmaları (**uzmanlık sistemi**), avukatlık mesleğine girişin denetimi sağlanmalıdır. Avukatın delil toplayabilmesine olanak sağlayacak norm çalışmaları yapılmalıdır. Tarafsız 3ncü kişilerin, avukatlar da dâhil, iş görecekları konularında uzmanlığı ve tecrübesi aranmalıdır.

(vii)-**Uzlaşma Yönetmeliği** hazırlanmalıdır. TBB tarafından avukatların uzlaştırma faaliyetlerini geliştirecek ve yaygın kullanımı sağlayacak düzenlemeler yapılmalıdır⁷⁹. Arabuluculuk kanunu tasarısının *bu şekliyle kanunlaşmaması* için yetkililer nezdinde çalışmalar yapılmalı, haklı gerekçeler anlatılmalıdır⁸⁰. Uzlaştırma faaliyetleri için mesleki sorumluluk sigortası mutlaka düzenlenmelidir.

Sonuç: Günümüz, hızlı yaşama koşullarının, toplum anlaşmazlıkların ve uyuşmazlıkların çözümlenmesinde de talep edilmesi kaçınılmazdır. Bu talebin öngörülmesi ve karşılanması beklentisi bizlerde de vardır. Fakat bu beklentilerin ciddiye alınması ve geçiştirilmemesi gerekir.

Yabancı hukuk sistemlerinden, o ülkelerin sosyal yapıları ve hukuk anlayışları dikkate alınmadan, sade yapılacak montaj niteliğindeki çevirilerle, hukukun iktibasına günümüz Türkiye'sinin hukukçularının saygınlığı ve birikimleri sayesinde, artık ihtiyaç yoktur. Olsa olsa başkalarının normlarından sadece kısıtlı olarak faydalanılabilir, karma çeviri olarak ithal edilemez. *Yabancı ülkelerde gayet başarılı olduysa, bizde de mutlak yürür, yaklaşımı isabetsizdir.* Yabancı meşhur bir meydana yerleşik, muhteşem bir heykelin mimarını çağırıp aynı heykeli bizde de yaptırmak, aynı güzelliği temin etmez. O heykele, uygun meydan, yan yollar, ışıklandırmalar, çevre düzenlemesi ve hatta çevre binaların estetiğini bile düzenleseniz, aynı sonuç alınamayacaktır. Öncelikle her heykelin toplum beğenisine ve kültür yapısına uygun olması gerekir. Buradan hareketle; hukukun günümüzde bireyselleştiği görüşüne katılmıyoruz. Toplumumuzun, maddi gerçeğe hukuk kurallarıyla değil, uyuşmazlıkların çözüm yöntemleriyle ulaşmayı talep edecek sosyal ve ekonomik şartların var olduğunu düşünmüyoruz. Ülkemiz için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında yapılacak yeni düzenlemeler, toplumumuzun hukuk alanındaki olumlu gelişmesinin temini şartıyla, 10-15 yıllık bir planlama dönemine yayılmalıdır. Öncelikle özel hukuk alanında değil, kanaatimizce, tersine Ceza ve İdari hukuk gibi kamu hukuku alanında yaygınlaştırılması, ülkemiz sosyal gerçeklerine daha uygundur. Yöntemlerin benimsenmesine ve olgunlaşmasına izin verilmelidir. Toplumsal katılım ve toplumsal

⁷⁹ TBB Avukatlık Kanunu Yönetmeliği (R.G. 19.6.2002/24790) md. 16 ve 17'de, Uzlaşma Müzakereleri başlığı altına sınırlı alanda kalan düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerin geliştirilerek ayrı bir yönetmelik halinde getirilmesi kurumun işlevselliğini arttıracaktır.

⁸⁰ Tüm bu yapılanlara rağmen, Avrupa Birliği direktifinin zorlamasını gidermek için, Anlaşmazlık Çözüm Yolu kurumunun oluşturulması ihtimalinde de hukukçu olmayan ara-yapıcı niteliğindeki kişilerin seçimi, eğitimi, sicili, denetlenmesi gibi çalışmalarda TBB gönüllü ve faal olmalıdır.

benimseme hedeflenmelidir. Aksi koşullarda, baskı gruplarının şiddet içerikli zorlamaları, hukuk kılıfına bürünebilir, nüfus kullanımı, belirlenemeyecek yönlendirmeler ve bölgesel ayrımcılık, hemşerilik kayırmaları derinleşebilir. Bu olumsuzların sonucunda yargı yeni yüklerler daha da düğümlenebilir.

Tasarı, hemen yoğun olarak kullanılsın diye, (moda olsun), özendirmek adına temel taşları dengesiz tercihlerle karma maddelerle düzenlenmiştir. Tarafsız olması şart olan 3ncü kişinin (arabulucu), donanımını asgari düzeye indirmişken, bu kişiyi istemeden de olsa, yargı faaliyeti alanına sokmuş ve diğeri yandan da, tarafların neticesi en bağlayıcı belge türünü (ilam) kabul etmiştir. Devamında da, durumun ciddiliğini anlayarak arabulucucu *hâkimin yargısal faaliyetlerine giremez* ifadesiniz eklemek zorunda kalmıştır. Tarafların yargılama anlamında eşit olamayacağı ve çıkarların öne çıkartılacağı açıkça gerekçeye satır satır yazılmıştır. Zayıfın korunamayacağı açıklayan, mahkeme işi yükünü azaltmak uğruna tüm hukuk ilkelerini göz ardı eden bir yaklaşım vardır. Bu fedakârlıkların toplumdan destekli olduğu da iddia edilemez.

Arabuluculuk Kanunu tasarısı hakkında temel önerimiz; ***kanunlaştırılmamasıdır***. Hukuk Muhakemeleri Kanuna yapılacak bazı eklemeler ve TBB'nin yapacağı konuya ilişkin düzenlemeler yeterli olacaktır. Karşımıza, Avrupa Birliği direktifi zorlaması ileri sürülecekse, bu eşik kolayca aşılmalı ve TBB tarafından bir işlevsel bir uzlaşma yönetmeliğı yapılmalı ve Avukatlık Kanundaki ***uzlaşma sağlama kurumunu işlevsellik*** kazandırılmalıdır. Barolar sadece avukatları değil, toplumumuzun diğeri kesimlerini de uzlaşma sağlama olanağını kullanma yönünde yeterince bilgilendirmelidir.

Norm düzenlemeleri yapılırken, anlaşmazlık çözüm yollarıyla, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ayrımı açıkça yapılmalı ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, hukukçularımızın güvenilirlik alanında kalmaya devam ettirilmelidir. Tekrar vurgulanmalıdır ki; taraflar üzerinde toplanıp, konuşup, görüşerek imzaladıkları çözüm sözleşmesine rağmen (*anlaşma veya uzlaşma belgesi*) gene de, asıl uyuşmazlık konusunu dava etmek ihtiyacını duyuyorlarsa, imzaladıkları sözleşmenin sorumluluk sınırları dışında (*varsa cezai şart dâhil*) başkaca bir bağlayıcılık söz konusu olmamalıdır. Bir anlaşma veya uyuşmazlık çözümünde yer alan 3ncü kişilerin, bu işe özgü sorumluluk sigortalarının olması zorunlu tutulmalıdır. TBB avukatların uzlaşma sağlama kurumunu aktif olarak kullanması için ciddi çalışmalar içine girmeli ve sonuç doğurucu önerdiğimiz faaliyetlere ivedi olarak girişmelidir.

Tasarıdaki ve genel yabancı uygulamalarındaki arabuluculuk sistemini, avukatların iş kaybı korkusuyla istemedikleri yorumuna katılmadığımızı, yukarıda gerekçelerimizle açıkladık. Bu çalışmamızda yer verdiğimiz önerilerimizin, avukatlığın uzlaşma kurumunu işgal edilmesini önleyecek olması, ancak tali nitelikte bir kazanım olacaktır. Diğeri yandan asıl kazanımımız olarak; hukuka güvenin ve hukuk yollarını kullanmanın kalıcı fayda yaratan etkileri, hem avukatlara, hem hâkimlere, hem savcılara, hem teşkilat çalışanlara ve hem de toplumumuzun geneline yayılacaktır.