

**Prof. Dr.**  
**ÖZER SELİÇİ'YE**  
**ARMAĞAN**



**seçkin**

Ankara, 2006

## **ARMAĞAN DANIŞMA KURULU**

Prof. Dr. Cumhuri ÖZAKMAN (Bahçeşehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Turgut ÖZ (Kültür Üniversitesi)

Prof. Dr. Rona SEROZAN (İstanbul Üniversitesi)

Doç. Dr. Yasemin IŐIKTAŐ (İstanbul Üniversitesi)

Doç. Dr. Aydın GÜLAN (İstanbul Üniversitesi)

## **ARMAĞAN YAYIN KURULU**

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Saibe OKTAY ÖZDEMİR (İstanbul Üniversitesi)

Doç. Dr. Gülçin Elçin GRASSINGER (İstanbul Üniversitesi)

*Yayın Kurulu Üyeleri, tüm yazarlara özverili ve yoğun hazırlık çalışmaları için, Seçkin Yayınevi çalışanlarına özenli tasarım, dizgi ve basım çalışmaları, Seçkin Yayınevi sahibi Sayın Koray SEÇKİN'e de bu Armağın'ın yayınlanmasına olanak verdiği için teşekkür ederler.*

# AVRUPA'DA ARABULUCULUĞUN İLKELERİ VE UYGULANMASI

Dr. Mustafa ÖZBEK

## GİRİŞ

Alternatif uyuşmazlık çözümünün (*Alternative Dispute Resolution, ADR*) ve arabuluculuğun Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki hızlı gelişiminin etkisiyle, Avrupa Konseyinde de bu konuya olan ilgi artmış ve hem genel olarak ADR hem de ADR usullerinden arabuluculuk üzerinde çeşitli çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Bu çalışmalardan biri de, Adaletin Etkinliği Hakkında Uzmanlar Komitesi (*Committee of Experts on Efficiency of Justice*) tarafından 26-28 Mart 2001 tarihinde kabul edilen ve Evelyne Serverin<sup>1</sup>'in hazırladığı "Hukuk Arabuluculuğunun Avrupa'daki Yeri Nedir?" başlıklı rapordur. Bu raporda, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğun kullanılmasıyla ilgili olarak ayrıntılı bir hukukî inceleme yapılmış ve arabuluculuk üzerindeki tartışmalara yer verilmiştir. Ayrıca bu rapor, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili olarak hazırlanan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R (2002) 10 sayılı tavsiye kararı ile bu kararın açıklama notuna da temel oluşturmuştur.

## § 1. AVRUPA KONSEYİNE ÜYE OLAN ÜLKELERDE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE VE ARABULUCULUĞA YÖNELİŞ

### A. Arabuluculuğun Tanımı

Günümüzde Batı toplumlarında, aralarında uyuşmazlık çıkmış olan kişilerin bu uyuşmazlıklarının *üçüncü bir kişinin dostane müdahalesiyle* çözülmesini öngören çabaların, kişiler için en elverişli sonuçları doğuracağı kabul edilmektedir. Bu tür çabalar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri hakları esas alan *özel hukuk uyuşmazlıklarının* çözümünde çok daha faydalı görülmektedir. Dostane uyuşmazlık çözüm yolları, kamusal bir merci (bir mahkeme) veya yetkili özel bir kişi (bir hakem) tarafından gerçekleştirilen otoriter uyuşmazlık çözüm yollarından ayrılmaktadır. Dostane çözüm yollarında "hâkim

---

\* Avukat (Ankara Barosu)

<sup>1</sup> Evelyne Serverin, Fransa'da (Cachan) ulusal bilim araştırmaları merkezinde (*Centre national de recherche scientifique*) araştırma müdürüdür. Bu merkez hakkında geniş bilgi için bkz. <http://www.cnrs.fr>.

sıfatı taşımayan” üçüncü kişi, uyuşmazlığa katılmadaki işlevine göre, yargı dışı bir işleve sahip olarak uzlaştırıcı sıfatıyla hareket eden bir hâkim, yargılama esnasında mahkemece atanan bir bilirkişi, belli türdeki uyuşmazlıkların çözümü için kanunî olarak yetkilendirilen bir kurul veya merci veya uyuşmazlığın taraflarını uzlaştırmak maksadıyla taraflarca atanan özel bir kişi olabilir. Üçüncü kişinin katılımıyla gerçekleştirilen uyuşmazlık çözüm usulleri arasında yapılan sınıflandırmada en önemli kıstas, tarafsız üçüncü kişinin bağlayıcı bir karar verme yetkisine sahip olması veya sadece tarafların kendi çözümlerini bulmaları için onlara yardım etmekle görevli olmasıdır. Son durumda, üçüncü kişinin görev aldığı usullerden en çok kullanılanı arabuluculuktur<sup>2</sup>. Üçüncü kişinin sıfatı ne olursa olsun (arabulucu veya uzlaştırıcı), dostane bir temele dayanarak uyuşmazlığın çözüm sürecine katılan bu üçüncü kişi sadece, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için ortak bir zeminin bulunmasında taraflara yardım etmekle görevlidir ve yapılacak muhtemel bir anlaşmanın koşullarını belirlemekten öte bir yetkiye sahip değildir<sup>3</sup>.

Adaletin Etkinliği Hakkında Uzmanlar Komitesince kabul edilen raporda “arabuluculuk” terimi, bir uyuşmazlığın dostane yollarla çözümü için çalışan üçüncü kişinin her türlü (uzlaştırma da dahil olmak üzere) ve uyuşmazlığın her aşamasındaki (yargı sürecinin içinde veya dışında) faaliyetini kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Böylece arabuluculuk, tarafları bağlayıcı bir karar verilmesiyle sonuçlanan resmî nitelikli dava yolu, tahkim ve her türlü dostane anlaşma biçiminden ayrılmaktadır. Bu “işlevsel” tanım sayesinde, üye ülkelerin iç hukuklarında bulunan terminolojik farklılıklar giderilmiştir<sup>4</sup>. Yalnız Kıta Avrupası hukukunda değil, Anglo-Amerikan hukukunda da arabuluculuk için genel kabul görmüş belli bir tanım bulmak güçtür. Doktrinde arabuluculuk, bağlayıcı bir karar verme gücüne sahip olmayan üçüncü kişinin katıldığı her türlü uzlaşma biçimi şeklinde anlaşılabilir ve çoğu zaman “uzlaştırma” terimiyle “arabuluculuk” terimi eş anlamlı olarak kullanılmaktadır<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Stephen B. Goldberg, Frank E.A. Sander, Nancy H. Rogers, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York 1999, s. 3.

<sup>3</sup> Mustafa Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2004, s. 210.

<sup>4</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice, *Report on “What place is there for civil mediation in Europe?”*, Strasbourg 2001, s. 5.

<sup>5</sup> Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, The Hague 1996, s. 273; Arabuluculuğun benzer diğer tanımları için bkz. Henry J. Brown, Arthur L. Marriott, *ADR Principles and Practice*, London 1999, s. 127; Kathleen M. Scanlon, *Mediator's Deskbook*, CPR Institute for Dispute Resolution, New York 1999, s. 1; Christopher W. Moore, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, San Francisco 1986, s. 14; Jay Folberg, Alison Taylor, *Mediation, A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, San Francisco 1984, s. 7.

## B. Dostane Çözüm Yollarıyla İlgili Avrupa Konseyindeki Çalışmalar

Avrupa Konseyine üye olan ülkelerde, yargı sistemine tahsis edilen kamusal fonlardan tasarruf yapılmasını sağlaması, uyuşmazlıkların taraflarının uzlaştırılmasında daha etkili olduğuna inanılması veya taraflara belli bir çözüm şeklini dikte etmeye dayalı uyuşmazlık çözümüne karşılık müzakereye dayalı çözüm şeklini savunan hukuk anlayışının desteklenmesi gibi çeşitli nedenlerle tercih edilen ADR usullerine yönelik<sup>6</sup> ilgi giderek artmaktadır. Özellikle Avrupa Yargı Dışı Ağı (*European Extra-Judicial Network*<sup>7</sup>) ve Avrupa Konseyinin ADR hakkında yayımlamış olduğu "Yeşil Kitapla (*Green Paper*)" ilgili çalışmalar başta olmak üzere, bu ilgi Avrupa Konseyi seviyesinde görülmektedir. Avrupa Konseyi çatısı altında gerçekleştirilen bu çabalar, 45 üye ülkenin ilgili yasal düzenlemelerinin uyumlu hâle getirilmesine imkân tanımaktadır.

ADR'nin gelişmesi, son 20 yılda Avrupa Konseyi tarafından yürütülen çeşitli faaliyetlerin bir sonucudur. Avrupa Konseyinin, Bakanlar Komitesi, Avrupa Yargısal İşbirliği Komitesi (*European Committee for Judicial Co-operation*), Uzmanlar Komiteleri (*Committees of Experts*) ve Sözleşme Komiteleri (*Convention Committees*) gibi farklı yetkili kuruluşları vasıtasıyla gerçekleştirilen bu çalışmaların bir kısmı çeşitli tavsiye kararlarının kabulüyle sonuçlanırken, diğerleri araştırma ve inceleme amaçlı olarak yapılmıştır<sup>8</sup>.

ADR, Avrupa Birliğinin çeşitli kurumları tarafından giderek daha çok benimsenmektedir. Örneğin, Avrupa Birliği Telekomünikasyon Bakanları Konseyi tarafından 1997 yılının Mart ayında kabul edilen kurallar, Avrupa Birliği içinde hizmetlerin yeniden düzenlenmesiyle ilgilidir ve ADR usullerinden tahkimi içermektedir. Önceden öngörülen zorunlu ve bağlayıcı tahkim yolu sonradan değiştirilerek, Konseyin, tarafların rızası üzerine faaliyete geçmesi sağlanmıştır. Taraflar tahkime başvurmayı kabul etmezse, uyuşmazlık Avrupa Adalet Divanına (*European Court of Justice*) gidecektir.

ADR'ye ilişkin düzenleme öngören diğer bir Avrupa Birliği Kurumu, OECD'nin bir danışma organı olan İşletme ve Danışma Komitesidir (*Business and Advisory Committee*<sup>9</sup>, BIAC). BIAC'ın amacı, Ortak Yatırımlardan Elde Edilen Kazançlarının Düzeltilmesiyle İlgili Çifte Vergilendirmenin Giderilmesi Hakkında Sözleşmede (*Convention on Elimination of Double Taxation in*

<sup>6</sup> ADR hareketinin genel olarak doğuşu, gelişimi ve amaçları için bkz. Goldberg, Sander, Rogers s. 6-11; Jacqueline M. Nolan-Haley, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, St. Paul 2001, s. 2 vd.

<sup>7</sup> Avrupa Yargı Dışı Ağı hakkında geniş bilgi için bkz. <http://www.eejnet.org/>

<sup>8</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 5.

<sup>9</sup> BIAC hakkında geniş bilgi için bkz. <http://www.biac.org/>

*Connection with the Adjustment of Profits of Associated Enterprises*) kabul edilen uluslararası çifte vergilendirme ve transfer ücreti uyuşmazlıklarının önlenmesidir. Sözleşmenin kabulüyle, vergi mükelleflerinin bu uyuşmazlıklar hakkında bağlayıcı tahkime başvurma hakkı tanınmış ve mükelleflerin Avrupa Birliği içinde çifte vergilendirmeden kurtulmaları sağlanmıştır<sup>10</sup>.

Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında da ADR konusundaki işbirliği sürekli gelişmektedir. Buna, Hollanda ile İtalya arasındaki işbirliği örnek olarak gösterilebilir. Hollanda Tahkim Enstitüsü (*The Netherlands Arbitration Institute*<sup>11</sup>, NAI) ve Milan Millî ve Milletlerarası Tahkim Odası (*Chamber of National and International Arbitration of Milan*<sup>12</sup>, CNIAM) 1 Ağustos 1996'da, ülkelerinde tahkim ve diğer ADR yollarının gelişmesini teşvik etmek amacıyla bir işbirliği anlaşması imzalamışlardır. CNIAM bu anlaşmayı imzalayarak, Hollanda'da 1949 yılından beri tahkim ve ADR'nin kullanılmasını yaygınlaştırmak için çalışan NAI'nin öncülük ettiği uluslararası tahkim kuruluşları ağına katılmıştır.

Her iki kuruluş da kendi ülkelerinde ADR'nin gelişmesine öncülük etmektedir. NAI, 1995 yılında kısa yargılama kurallarını kabul etmiştir. Aynı yıl CNIAM, uzlaştırma servisini bütün tacirlerin ve tüketicilerin kullanımına sunmuştur.

Yapılan işbirliği anlaşması, ADR usullerinin yönetimiyle ilgili olarak her iki kuruluşun sunduğu kolaylıkların ve hizmetlerin karşılıklı kullanılmasını, bilgi ve belgelerin değişimini ve ortak çalışmalar düzenlenmesini öngörmektedir. Anlaşmaya göre her iki kurul da, taraflardan birinin talebi hâlinde birbirlerine hakemler, uzlaştırıcılar, arabulucular veya bilirkişiler önerecektir. Bu anlaşmayla, İtalya ve Hollanda arasındaki ticarî ilişkilerde güven ve istikrarın geliştirilmesi hedeflenmiş, böylece ülkeler arası ticaretin artması ve kolaylaştırılması sağlanmıştır<sup>13</sup>.

### ***1. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince Alınan Tavsiye Kararları***

Uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümü konusunda Avrupa Konseyi son 20 yılda çeşitli tavsiye kararları almıştır. Bu kararlar şu şekilde özetlenebilir:

1. Bakanlar Komitesinin R (81) 7 sayılı, *adaletle ulaşmayı kolaylaştırıcı tedbirler* başlıklı kararında, adaletin gerçekleşmesi sağlanırken aynı zamanda kişilerin adaletle ulaşmalarını kolaylaştırmak amacıyla, uygun olan davalarda,

<sup>10</sup> Information, *ADR Developments in Europe* (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1997, Vol. 6, s. 63).

<sup>11</sup> Hollanda Tahkim Enstitüsü hakkında geniş bilgi için bkz. <http://www.nai-nl.org/english/>

<sup>12</sup> Milan Millî ve Milletlerarası Tahkim Odası hakkında geniş bilgi için bkz. <http://www.jus.uio.no/>

<sup>13</sup> Information, *ADR Co-operation Between the Netherlands and Italy* (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1997, Vol. 6, s. 146).

- yargılama usulünün sadeleştirilmesi için gerekli olan bütün tedbirlerin alınması tavsiye edilmiş ve bu tedbirler arasında da öncelikle, yargılama sırasında veya yargılama başlamadan önce, tarafların uzlaştırılmasının ya da uyuşmazlıkların dostane yollarla çözülmesinin teşvik edilmesi sayılmıştır<sup>14</sup>.
2. *Mahkemelerdeki aşırı iş yükünün azaltılması* amacıyla hazırlanan, Bakanlar Komitesinin R (86) 12 sayılı tavsiye kararında önerilen tedbirler arasında, “uygun olan hâllerde, yargı sisteminin dışında veya öncesinde ya da yargı sürecinin devamı esnasında, uyuşmazlıkların dostane çözümünün teşvikine” öncelik verilmiştir<sup>15</sup>.
  3. Bakanlar Komitesinin R (93) 1 sayılı, *çok fakirler için hukuka ve adalete etkili ulaşma* hakkındaki tavsiye kararında, üye ülkelerin hükümetlerine, çok fakir kişilerin yarı yargısal uyuşmazlık çözüm yöntemlerine (*quasi-judicial methods of conflict resolution*) etkili bir şekilde ulaşabilmelerinin kolaylaştırılması önerilmiştir. Bu da iki şekilde yapılabilir:
    - a. Çok fakir kişilerin, arabuluculuk ve uzlaştırma gibi yarı-yargısal uyuşmazlık çözüm yöntemlerini kullanmalarını destekleyecek sivil toplum örgütlerinin (*non-governmental organizations*) veya gönüllü örgütlerin, bu yöntemlerin uygulanmasına olan ilgilerinin artırılmasıyla;
    - b. Adlî yardım veya diğer yardım biçimlerinin kapsamlarının, bu tür uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde de yararlanılacak şekilde genişletilmesiyle<sup>16</sup>.
  4. Bakanlar Komitesinin R (94) 12 sayılı, *hâkimlerin bağımsızlığı, etkinliği ve işlevi* hakkındaki tavsiye kararında, mahkemelerin dostane çözüm yolları konusundaki yetkileri vurgulanmıştır. Hâkimlerin yargısal sorumluluklarının düzenlendiği V. ilkenin 3 e maddesinde, “uygun hâllerde, tarafların dostane bir çözüme varmaya teşvik edilmesi” öngörülmüştür<sup>17</sup>. Benzer şekilde, *hukuk davalarında ve ticarî davlarda temyiz sistemlerinin ve usullerinin işleyişinin tanıtılması ve düzeltilmesiyle ilgili R (95) 5 sayılı tavsiye kararının 6*

<sup>14</sup> Recommendation No. R (81) 7 of the Committee of Ministers to Member States on Measures Facilitating Access to Justice (European Committee on Legal Co-operation, 23<sup>rd</sup> Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken By States To Increase The Efficiency of Justice, London 2000, s. 90).

<sup>15</sup> Recommendation No. R (86) 12 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Measures to Prevent and Reduce the Excessive Workload in the Courts (European Committee on Legal Co-operation s. 97).

<sup>16</sup> Recommendation No. R (93) 1 of the Committee of Ministers to Member States on Effective Access to the Law and to Justice for the Very Poor (European Committee on Legal Co-operation s. 105).

<sup>17</sup> Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges (European Committee on Legal Co-operation s. 107).

g maddesinde, temyiz yargılamasının etkinliğinin artırılması için öngörülen tedbirler arasında, temyiz mahkemesinin, yargılamanın işleyişini düzenlemek için hem duruşma öncesinde hem duruşma sırasında daha aktif bir işleve sahip kılınması gerektiği ve bunun da örneğin, hazırlık tahkikatı (*preparatory enquiries*) yapılarak veya tarafların uzlaşmaya (çözüme) teşviki (*encouraging settlement*) suretiyle olabileceği hatırlatılmıştır<sup>18</sup>.

5. Son yıllarda, belirli hukuk davalarında ADR'nin kullanımına daha çok yer verilmiş ve sırf arabuluculuğa ilişkin olan tavsiye kararları yayımlanmıştır. Bakanlar Komitesince, Aile Arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı tavsiye kararının<sup>19</sup> kabul edilmesinden sonra, 1-2 Ekim 1998 tarihlerinde Strasbourg'da, "Avrupa'da Aile Arabuluculuğu" konulu bir konferans düzenlenmiştir<sup>20</sup>. Bunun gibi ceza hukuku alanında, "Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk" başlıklı R (99) 19 sayılı tavsiye kararı kabul edilmiştir<sup>21</sup>. İdare Hukuku Hakkında Proje Grubu tarafından hazırlanan ve idarî mercilerle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların ADR usulleriyle çözülmesini öngören R (2001) 9 sayılı tavsiye kararı, Bakanlar Komitesince 5 Eylül 2001'de kabul edilmiştir<sup>22</sup>.
6. Nihayet, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk başlıklı R (2002) 10 sayılı tavsiye kararının<sup>23</sup> kabulüyle, Avrupa Konseyinde ADR ve arabuluculuğa karşı duyulan ilgi en üst düzeye çıkmıştır. Avrupa Konseyinde ADR'ye yönelik olarak artan ilgi sonucunda, ADR'nin genel özellikleriyle ilgili olarak çok yönlü bir araştırma yapılmış ve özel hukuk ile ticaret hukukunda ADR'nin kullanılması hakkında açıklamalar içeren Yeşil Kitap (*Green Paper*), 19 Nisan 2003'te Avrupa Komisyonunca yayımlanmıştır<sup>24</sup>. Tüm bu tavsiye kararlarıyla ADR ve arabuluculuk, yargı sahnesinde etkin bir şekilde belirerek etkin ve çağdaş bir adaletin sembolü hâline gelmiştir.

<sup>18</sup> Recommendation No. R (95) 5 of the Committee of Ministers to Member States Concerning the Introduction and Improvement of the Functioning of Appeal Systems and Procedures in Civil and Commercial Cases (European Committee on Legal Co-operation s. 114).

<sup>19</sup> Council of Europe, Family Mediation, Recommendation No. R (98) 1, and explanatory memorandum Strasbourg 1998, s. 5.

<sup>20</sup> Bu konferans için bkz. Council of Europe, *Family Mediation in Europe, proceedings*, 4th European Conference on Family Law, Strasbourg, 1-2 October 1998, Germany 2000.

<sup>21</sup> Council of Europe, *Mediation in Penal Matters*, Recommendation N. R (99) 19, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 15 September 1999 and explanatory memorandum, Strasbourg 1999.

<sup>22</sup> Council of Europe, Alternatives to Litigation Between Administrative Authorities and Private Parties, Recommendation Rec (2001) 9 and explanatory memorandum, Council of Europe 2002, s. 5-6.

<sup>23</sup> Recommendation No. R (2002) 10 of the Committee of Ministers to Member States on mediation in civil matters (<https://wcm.coe.int/rsi/cm/index.jsp>).

<sup>24</sup> Commission of the European Communities, Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, Brussels 2002.



## II. Arabuluculuk Üzerindeki Düşünceler

Avrupalı uzmanlar, özellikle üçüncü kişinin dostane (*friendly*) katılımıyla gerçekleştirilen çözüm yollarını "alternatif uyuşmazlık çözümü" olarak adlandırmaya başlamışlardır.

Demokratik istikrarın geliştirilmesi ve güçlendirilmesi amacıyla yürütülen faaliyetler kapsamında, 29 Kasım-1 Aralık 1999 tarihlerinde Strasbourg'da gerçekleştirilen "Uyuşmazlık Çözümünün Alternatif Yolları Hakkında Çok Taraflı Seminar" (*The Multilateral Seminar on Alternative Means of Dispute Resolution*), ADR usulleriyle ilgili bazı konuların, özellikle tanımların, tarafsız üçüncü kişilerin niteliklerinin, bu konuda bir anlaşmanın gerekliliğinin, yasal kültürlerin etkisinin ve çeşitli dava türlerinin elverişliliğinin tartışılmasına imkân sağlamıştır. Ancak, katılımcılarca sunulan raporların, ortak bir biçimden ve sistematik bir yaklaşımdan yoksun olması sebebiyle, sonradan özetlenebilmesi mümkün olmamıştır. Mevcut duruma bağlı olarak, çeşitli hukuk dalları (aile hukuku, tüketici hukuku) veya farklı ülkeler (Fransa, Birleşik Krallık, Norveç, Nordik ülkeleri) hakkında Serverin tarafından hazırlanan raporda yapılan muhakeme ve yaklaşımlar, değerlendirici olmaktan ziyade bilgi verici nitelikte olmuştur.

Avrupa Yargısal İşbirliği Komitesince, adaletin etkinliğinin artırılması için alınacak tedbirler hakkında yasal bir rehber hazırlanması amacıyla görevlendirilen Uzmanlar Komitesinin, üzerinde çalıştığı konulardan biri de "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü"dür. Bu komite, gelecekte üç grup çalışma yapmakla görevlendirilmiştir. Birinci grup yargı sisteminin işlevi hakkında, ikinci grup alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri hakkında<sup>25</sup> ve üçüncü grup danışma ve adli yardım hakkında olacaktır.

Görüldüğü gibi ADR usulleri, çeşitli ülkelerin yargı sistemlerinin düzeltilmesi için kullanılan yöntemler arasında önemli bir yer işgal etmektedir. Uzmanlar Komitesi, ADR'yi yargı sisteminin daha etkin kılınması için kullanılacak seçeneklerden biri hâline getirirken, ADR usullerinin yeterliliğinin ortaya koyulmasının da gerekli olduğunu kabul etmiştir. ADR usullerinin amacı, yargılama yapılmasını gereksiz hâle getirmek olmasına rağmen, ADR'nin başarılı olması için hangi koşulların mevcut olması gerektiği, maliyetin ne olacağı veya uygulamada ADR'nin ne kadar etkili olacağı tam olarak belli değildir. Mahkemelerin uygulamalarından farklı olarak, çok veya az gelişmiş istatistik sistemleri

<sup>25</sup> Sanayileşmiş ülkelerde, adalete ulaşmayı kolaylaştırarak mahkemelerin aşırı iş yükünün azaltılması ve davaların uzamasının önlenmesi amacıyla medenî yargı sistemlerinde yapılan reformlar hakkında, Dünya Bankası gibi uluslararası kuruluşlar önemli çalışmalar yapmaktadır. Bu konudaki Dünya Bankası raporu için bkz. The World Bank Notes, *Reforming Civil Justice Systems: trends in industrial countries*, October 2000, Number 6.

nedeniyle, bütün ülkelerden edinilen bilgilere dayanılarak ADR usullerinin tabrikatta tamamen gözlemlenebilmesi veya diğer uygulamalarla mukayese edilebilmesi mümkün olmamıştır<sup>26</sup>.

Bu alandaki ampirik (tecrübeye dayalı) araştırmalar, çok sayıda güçlkle karşı karşıyadır. Ancak, özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuğun etkisi hakkında ortak istatistikî kıstaslara ve değerlendirmelere dayanılarak bir muhakeme yapılması şarttır. Bu bilgilere duyulan ihtiyaç, Avrupa Adalet Bakanlarının, 8-9 Haziran 2000 tarihlerinde Londra'da yaptıkları 23'üncü Konferansta kabul edilen 1 numaralı kararda da vurgulanmıştır. Bu karar doğrutusunda, Uzmanlar Komitesinin gelecekteki çalışmalarında, arabuluculuğun farklı ülkelerdeki özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde sağladığı avantajlar dikkate alınacaktır. Aslında, Avrupa Konseyinin bünyesinde bulunan organlar içinde de, ADR usulleriyle çözülmeye daha uygun olan uyuşmazlık türlerinin belirlenmesi konusu çeşitli vesilelerle tartışılmaktadır.

Arabuluculukla çözülmeye "uygun olan davalar", Bakanlar Komitesinin R (81) 7 sayılı tavsiye kararında tespit edilmiştir<sup>27</sup>. ADR'ye havale edilecek uyuşmazlıkların tespit edilmesinin gerekli olduğu, Çok Taraflı Seminerin raportörü tarafından da şu şekilde belirtilmiştir: "Bu karmaşık bir sorundur, fakat (bu soruna verilecek) cevap, verimliliğin en uygun şekilde artırılması için hayati olacaktır"<sup>28</sup>. Nihayet, adaletin etkinliğini artırıcı tedbirler hakkında yasal bir rehber düzenlemekle görevli olan Uzmanlar Komitesi, "geleneksel uyuşmazlık çözüm usullerine alternatif olarak, arabuluculuğun uygun bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olacağı durumları tanımlayan" bir rapor düzenlemek için, bağımsız bir danışman atanmasının gerekli olduğu sonucuna varmıştır. Bu rapor, arabuluculuğun "uygun" olacağı özel hukuk uyuşmazlıklarıyla<sup>29</sup> sınırlı olan durumlar hakkında yapılan bir araştırmanın kapsamında hazırlamıştır.

### III. Değerlendirme Yöntemi

Evelyne Serverin tarafından hazırlanan raporda, Serverin'in, arabuluculuğun somut bir uyuşmazlıktaki faydalarını belirlemek için özel bir ampirik inceleme yöntemine sahip olmaması nedeniyle, arabuluculuğun faydalı olabileceği tipik

<sup>26</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 7.

<sup>27</sup> European Committee on Legal Co-operation s. 90.

<sup>28</sup> Jagtenberg R.W., *General Report to the Multilateral Seminar on Alternative Means of Dispute Resolution*, Strasbourg 2000, s. 7 (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 8'den naklen).

<sup>29</sup> Bu tanımlamayla, ceza arabuluculuğu ve bireylerle idare arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan arabuluculuk türleri (Fransa'daki Cumhuriyet Arabulucusu, Nordik ülkelerindeki Ombudsman ve idare mahkemelerince gerçekleştirilen arabuluculuk veya uzlaştırma gibi) kapsam dışında tutulmuştur.

durumların yorumlanması suretiyle kavramsal bir değerlendirme yapılmıştır. Bu tipik durumlar esas alınarak Fransız hukuku incelenmiş; mukayese yapılmasına uygun veriler mevcut olduğunda, diğer ülkelerden örnekler de verilmiştir.

Arabuluculuğa uygun olan durumlar, arabuluculuğun kullanıldığı aşamaya ve mevcut uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olup olmadığına karar verilmesine göre ikiye ayrılmıştır.

1. İlk ayırım arabuluculuğun, uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmeden önce kullanıldığı hâlleri, arabuluculuğun sadece dava süreci başladıktan sonra kullanıldığı hâllerden ayırmaktadır. Bir uyuşmazlığın, ele alındığı aşamaya göre değiştiği kabul edilirse, arabuluculuk da bunun gibi, kullanıldığı aşamaya göre farklı değerlendirilmelidir.
2. Bu iki aşamanın her birinde, bir uyuşmazlığın arabuluculuğa uygunluğu üç ilkeye göre değerlendirilebilir:
  - İlk ilke, arabulucunun katılımının ekonomik faydasının, uyuşmazlığın mahkeme vasıtasıyla veya taraflar arasında yapılan bir uzlaşmayla çözülmesiyle mukayese edilmesidir.
  - İkinci ilke, bir uyuşmazlığın arabuluculuğa havale edilmesinin tercih edilmesi nedeniyle, yasal usullerin bir değerlendirmesinin yapılmasıdır.
  - Üçüncü ilke, arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmanın, delil niteliği taşıyan bir belge olarak yasal etkisinin incelenmesidir<sup>30</sup>.

## § 2. MAHKEME AŞAMASINDAN ÖNCE ARABULUCULUK

Arabuluculuğun kullanılmasında en mantıklı hareket tarzı, arabuluculuğun, uyuşmazlık çıkmasından sonra mümkün olan en erken safhada kullanılmasıdır. Nitekim, arabuluculuğun toplumsal bir yarar sağladığı da her zaman belirtilmekte, arabuluculuk sayesinde uyuşmazlıkların dostane bir şekilde çözüldüğü, böylece toplumsal barışa katkıda bulunduğu ve ekonomik ilişkilerin bulunduğu kabul edilmektedir. Arabuluculuğun bu olumlu özellikleri, farklı türdeki uyuşmazlıkların ekonomik, yasal ve ampirik olarak arabuluculuğa uygunluğunun incelenmesini gerektirir.

### A. Ekonomik Koşullar Yönünden Yargı Dışı Arabuluculuğa Uygun Olan Uyuşmazlıklar

Arabuluculuğun verimliliği ve sağduyulu davranışı beraberinde getirdiği konusundaki inanç bir kenara bırakıldığında, öncelikle arabuluculuğun uyuşmazlık

<sup>30</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 9.

çözümünde sunduğu ekonomik faydaların incelenmesi gerekir. Arabuluculuğa yargılama başlamadan önce başvurulması ve bir anlaşmaya varılması hâlinde, tarafların hem zamandan hem yargılama giderlerinden tasarruf edecekleri açıktır. Farklı uyuşmazlık türlerinde arabuluculuk masraflarıyla yargılama masrafları karşılaştırıldığında, bu gerçeği kolaylıkla görmek mümkündür.

### **1. Arabuluculuk ile Dava Yolunun Yararlarının Karşılaştırılması**

Arabuluculuğun ekonomik yönden avantajlı olduğuna ilişkin iddialar, arabuluculuğun, tarafların masraf yapmasını gerektirmeyeceği ve dava yolunun uzun ve masraflı olacağı düşüncesine dayanmaktadır. Bununla beraber, arabuluculuğun ve dava yolunun masraflarını oluşturan etkenlerin uyuşmazlığın türüne göre değişmesi hâlinde sonuç farklı olabilir.

#### **1. Arabuluculuğun Tarafların Masraf Yapmasını Gerektirmesi**

Arabuluculuğun, uyuşmazlık çıkmasından önce veya sonra, taraflarca atanan ücretli bir arabulucu tarafından yürütülmesi hâlinde, arabuluculukla yargı sürecinin faydalarını mukayese etmek gerekir. Bu yapılırken, yargılama masraflarının farklı yargı mercilerine göre değişiklik gösterdiği de göz önünde tutulmalıdır. Bazı hukuk sistemlerinde küçük miktarlı uyuşmazlıkları konu alan davalar, yargılama usulü nispeten daha basit ve daha ucuz (özellikle tarafların avukatla temsil zorunluluğu olmadığı için) olan mahkemelerde görülürken, büyük miktarlı uyuşmazlıklar, yargılama sürecinin daha uzun ve avukatla temsiline zorunlu olduğu mahkemelerde görülmektedir. Bu nedenle yapılacak tartışma, görevli mahkemeye göre değişecektir.

1. Özel mahkemelerin görevine giren küçük miktarlı uyuşmazlıklar genellikle *küçük talepleri* (ister sözleşmeden, ister kanundan kaynaklansın) konu alan ve çoğunlukla çekişmeli olmayan davalara vücut vermektedir. Bu tür uyuşmazlıkların çoğu, Fransa'daki ödeme kararında (*injonction de payer*) olduğu gibi, seri ve *ex parte* usullerle görülmektedir. Bu alanda ücret karşılığı yapılan arabuluculuğun faydası sorgulanabilir. Ayrıca, arabuluculuğun teşviki, Avrupa Konseyi tarafından Avrupa Birliği düzeyinde gerçekleştirilen, öncelikli olarak ve özellikle sınır ötesi uyuşmazlıklarda dikkate alınan seri muhakemeler hakkındaki yasal düzenlemeleri uyumlu hâle getirme çabalarına zarar verecektir.

Bu nedenlerle, seri ve ucuz bir yargılama yapılmasının mümkün olduğu uyuşmazlıklarda, ücret karşılığı gerçekleştirilen arabuluculuğa başvurulmayabilir. Böylece, bu tür bir yargılamaya ulaşma hakkı olan taraflar arabuluculuğa başvurmayaya (sözleşmeyle veya diğer bir şekilde) zorlanamazlar<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 10.

2. Diğer taraftan, büyük miktarları konu alan uyuşmazlıklarda arabuluculuk, sadece uzun sürecek bir dava sürecinin yol açtığı masraflardan kurtulmak için değil; fakat aynı zamanda, tahkim masraflarından da kurtulmak için pratik bir çözüm sunacaktır. Bu tür uyuşmazlıklardan özellikle tacirler arasında doğarlarda, tahkime başvurmaktansa bir arabulucunun nezaretinde yürütülecek müzakerelere katılmak daha tercihe şayandır. Taraflar, kendi hakları üzerinde kesin ve bağlayıcı bir hüküm verilmesi ve özellikle bir hakem heyetinin masraflarını üstlenme riski yerine, müzakere sürecine girmeyi menfaatlerine daha uygun görebilirler.

Sonuç olarak, belli bir ücret karşılığı icra edilecek bir arabuluculuk süreci, büyük miktarları konu alan uyuşmazlıklarda, tahkim ve dava yoluna göre ekonomik açıdan daha elverişli olabilecektir.

## 2. Arabuluculuğun Taraflar İçin Masrafsız Olması

Arabulucuların (ücretli veya ücretsiz olarak) taraflar için toplumca tedarik edilmesi hâlinde, taraflar arabuluculuk için masraf yapmayacaklardır. Somut uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak, arabulucular genel bir uzmanlığa sahip olabilecekleri gibi, mevcut uyuşmazlık hakkında özel bir uzmanlığa sahip kişiler de olabilirler. Arabuluculuk giderlerinin karşılanmasında kamusal fonlar yetersiz kalıyorsa, taraflar sadece fayda-maliyet dengesine bakarak hareket edecekler ve tarafların arabuluculuğu kullanma konusundaki menfaatleri bu kez de *uyuşmazlığın yargılama aşamasına intikal etme olasılığına göre* değişecektir.

1. Mevcut uyuşmazlığın niteliği, talep sahibinin dava yolunu başlatmaya eğilimli olmadığını göstermekteyse (riske atılacak miktar küçükse, talep sahibi risk üstlenmek istemiyorsa veya taraflar arasında malî yönden güç dengesizliği varsa) ücretsiz bir arabulucuya başvurulması ekonomik olarak avantajlıdır. Bu ekonomik avantaj, yargılama giderlerinden tasarruf edilmesinden kaynaklanmamaktadır; zira henüz dava açılmamıştır. Ekonomik avantaj, malî yönden aralarında güç dengesizliği olan tarafların, ekonomik olarak yararlarına sayılabilecek bir neticeye ulaşma imkânına sahip olmalarından doğmaktadır.

Böylece, potansiyel hak sahiplerinin haklarını almak için yargı yoluna başvurma olasılıklarının çok az olduğu uyuşmazlıklarda, arabuluculuğun teşvik edilmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Bu görüş, Avrupa Birliğinin ADR ile ilgili çalışmalarının ve özellikle, tüketici uyuşmazlıklarının yargı dışı yollarla çözümlenmesiyle görevli kuruluşlar için uygulanacak ilkeler hakkındaki 30 Mart 1998 tarihli tavsiye kararının bir gereğidir.

2. Talep sahibinin dava açma olasılığı yüksekse, özellikle talep sahibi dava açmakla yükümlüyse (örneğin, emlak acenteleri bir taşınmazın ödenmemiş kirasını müvekkili adına tahsil etmek zorunda olduklarında), tarafların ücretsiz olarak arabuluculuğu kullanma imkânı bulunsa bile arabuluculuğun tercih edilmesi çok zordur; zira, bu hâlde arabulucunun katılımı sadece mevcut borcun ifasını geciktirecektir. Burada kastedilen uyuşmazlıklar, çekişmeli olmayan alacaklar gibi büyük miktarları konu alan davalardır; fakat bu uyuşmazlıklarda da alacaklılar, dava yolundan kaçınmak amacıyla ADR'ye yönelmekte bir menfaate sahip olabilirler. Bu tür zorlayıcı durumlarda, arabuluculuğu ücretsiz hâle getirmek faydalı olacaktır<sup>32</sup>. Bununla beraber, arabuluculuğun kabulü hâlinde, özellikle arabuluculuğa başvurulması zorunluysa, arabuluculuğun dava açmadan önce geçilmesi gereken zorunlu bir aşama olarak tayin edildiği uyuşmazlıklarda borçlunun menfaatlerinin daha çok korunması gerektiği kabul edilmektedir.

Sonuç olarak, ödenmemiş borçlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ve davalının menfaatlerinin özellikle korunmaya değer olduğu hâllerde, arabuluculuk taraflar için ücretsiz olmalıdır.

## **II. Arabuluculuğun Faydaları ve Uzlaşma**

Arabuluculuk sadece, bir uyuşmazlık mahkeme önüne taşınmadan önce başvuru bir usul değildir. Arabuluculuk süreci sonunda ulaşılabilecek sonuca (uzlaşmaya), tarafsız bir üçüncü kişinin katılımı olsun veya olmasın, tarafların doğrudan katılımını gerektiren bir uzlaşma (müzakere) usulü (*compromise procedure*) vasıtasıyla da ulaşılabılır. Uzlaşma (müzakere), en temel uyuşmazlık çözüm yolu olup, tarafların uyuşmazlık çözüm süreci ve uyuşmazlığın çözüm şekli üzerinde tam bir kontrole sahip olmalarını sağlar<sup>33</sup>. Uzlaşma (müzakere) usulünün diğer ADR usullerine nazaran daha çok avantajı vardır. Öncelikle uzlaşma usulü, uzlaşma için masraf yapılmasına yol açmaz; ihtilafli tarafların müzakere yapmaya hazır olduklarını ve müzakereyi kabul ettiklerini gösterir. Bununla birlikte uzlaşma usulü, *taraflar müzakere için hazırlanmadıkça* yeterli değildir. Taraflardan biri (özellikle bir teklif sunmakta menfaati olmayan taraf) müzakereye girişmeye istekli değilse, bir arabulucuya başvurulması, isteksiz olan tarafın müzakerelere katılmaya teşvik edilmesini sağlayabilir. Bu nedenle, böyle bir tarafın müzakereye katılmaya daha çok eğilimli olabileceği hâllerin bilinmesi gereklidir.

<sup>32</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 11.

<sup>33</sup> Goldberg, Sander, Rogers s. 19.

## 1. Arabuluculuk ve Gönüllü Uzlaşma

Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan ülkelerin çoğunda uzlaşma, “önceden çıkmış olan bir uyuşmazlığı çözmek veya bir uyuşmazlık çıkmasını engellemek için taraflarca yapılan bir sözleşme (sulh sözleşmesi, *contrat de transaction*)” olarak tanımlanır (Fransız Medenî Kanunu m. 2044). Bu çözüm yöntemi, doğrudan tarafların katılımıyla gerçekleştirildiği için taraflarca masraf yapılmasını gerektirmez. Uzlaşma, *eğer taraflar bir uzlaşmaya varmayı başarabilir ve bu uzlaşmayı müzakere etmeyi karşılıklı menfaatlerine uygun görürlerse* (çoğunlukla uygulamada bu gerçekleşmektedir), herhangi bir arabuluculuk çeşidine tercih edilir. Günlük hayatta uyuşmazlıkların çoğunun, taraflar böyle bir anlaşma yapmak amacıyla hareket etme- se bile, uzlaşma yoluyla çözüldüğü söylenebilir. Bir uzlaşma süreci, ya tarafların doğrudan katılımıyla ya da fiilen arabulucu olarak hareket eden bir danışmanın yardımıyla yürütülür. Ayrıca bu durum, Fransa'nın 10 Temmuz 1991 tarihli yasal düzenlemesini değiştirerek, adli yardımın “dava açılmadan önce uzlaşmaya varma” amacıyla hareket eden avukatlarca yapılan çalışmalarını kapsamasını sağlayan, 18 Aralık 1998 tarihli “hukuka ulaşma ve uyuşmazlıkların dostane çözümü” hakkındaki kanununun amacına da uygundur (m. 10, II). Bu uzlaşmalar bazen, taraflarca yapılan anlaşmaların zorla icra edilebilirliği hakkında başka uyuşmazlıkların doğmasına neden olmaktadır. Fransa'da, iş akdinin ihlâlini takiben yapılan uzlaşmalar hakkında kapsamlı mahkeme içtihatları vardır ve bu durum, iş hukuku alanında çalışan uzman avukatların yardımıyla ve şirketlerin insan kaynakları bölümünün müdürlerinin nezaretinde yürütülen müzakerelerin kapsamını göstermektedir.

İhtilafli tarafların müzakereye girişme konusunda ilgisiz olduğu hâllerde, zorunlu müzakere usullerinin kabulü suretiyle tarafların buna özendirilmesi uygun olacaktır<sup>34</sup>.

## 2. Arabuluculuk ve Zorunlu Uzlaştırma Usulü

Fransız hukuku, kişisel yaralanmalarla sonuçlanan trafik kazaları alanında etki- leyici bir zorunlu uzlaşma örneğini içermektedir. 5 Temmuz 1985 tarihli Sigorta Kanununa göre (m. 211) sigortacı, kaza mağduruna bir tazminat teklif etmek zorundadır. Kanunun sigortacı hakkında öngördüğü bu zorunluluk, *mağdur, zararının tazmini için herhangi bir talepte bulunmasa bile, sigortacı tarafından yerine getirilmesi gereken bir müzakere yapma yükümlülüğü* olarak kabul edilebilir<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 12.

<sup>35</sup> Bu yükümlülük Fransız Sigorta Kanununun 124'üncü maddesindeki genel ilkeye bir istisna teşkil etmektedir. Bu ilkeye göre, “sorumluluk sigortasında sigortacı, sigorta sözleşmesinde öngörülen tehlikenin tahakkuku ve zarar verici olayın gerçekleşmesini takiben, zarar gören tarafından sigortalıya dostane bir talepte veya mahkeme aracılığıyla bir talepte bulunulmadıkça sorumlu olmayacaktır” (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 13, dn. 13).

Mağdur, müzakereye katılmakla bir risk altına girmiş olmaz; çünkü, bütün müzakere aşaması boyunca mağdur, üzerinde anlaşmaya varılan bir çözüm şeklini kabul veya mahkemeden zararının miktarının belirlenmesini talep etmek arasında seçim yapma hakkına sahiptir. Uzlaşma usulü herhangi bir yargılama yapılmasını gerektirmese de, hâkim çeşitli yönlerden uzlaşmaya müdahalede bulunabilir. Hâkim, bazı uzlaşmaları (örneğin küçüklerle ilgili olanları) tamamlayabilir, uzlaşma sırasında sigortacı tarafından yapılan teklifleri denetleyebilir ve özellikle müzakere sürecinin hukuka uygunluğunu ve sonuçta yapılan anlaşmanın içeriğini imkânsızlık, hukuka ve ahlâka uygunluk yönünden (yani, bir akdin batıl olmasına yol açan özel nedenler yönünden) geçmişe etkili olarak (*ex post facto*) inceleyebilir.

Bu müzakere çeşidi, tarafsız bir üçüncü kişinin katılımını gerektirmediği için bir arabuluculuk değildir. Bununla beraber, müzakereye girişme konusundaki isteksizliğin giderilmesiyle, tazminat talep etme hakkı olan mağdurun hem yasal haklarını kullanmasına hem de uygun koşulların varlığı hâlinde dava açmasına imkân tanınır.

Bir uyuşmazlığın müzakere yoluyla çözümü, ekonomik olarak güçlü olan tarafın iyi niyetine bağlıysa, kullanılacak en etkili yol, uyuşmazlığın çözümüne bir arabulucunun katılmasına ve çözüme ulaşılmasının gecikmesine neden olacak arabuluculuğun başlatılması yerine, güçlü olan tarafı doğrudan müzakereye katılmaya zorlamaktır<sup>36</sup>.

## **B. Hukukî Koşullar Yönünden Yargı Dışı Arabuluculuğa Havale Edilebilecek Uyuşmazlıklar**

Devletin, vatandaşların mahkemelere ulaşmalarını sağlamakla yükümlü olmasına ve bu görevin yerine getirilmesinin uluslararası hukuk düzenlemeleriyle güvence altına alınmasına karşın, yargı dışı arabuluculuk usulü Devletin önceliğini ikinci plâna koymakta ve özel kişilerin de bu alanda etkili olmasını sağlamaktadır. Uyuşmazlıkların arabuluculuğa havale edilmesi iki şekilde olabilir. Birinci yol, yasal düzenlemelerle bu amaç için çeşitli kuruluşlar kurulması; ikinci yol, ihtilafli tarafların kendilerinin tek tarafı olarak veya karşılıklı rıza göstererek arabuluculuğa başvurmasıdır.

### ***1. Yasal Düzenlemelerle Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Havale Edilmesi***

Yasa koyucular şu iki amaçla yargı dışı arabuluculuğu geliştirebilirler: Dava yolundan sakınılması ve tarafların haklarını alabilmelerinin sağlanması. Ara-

<sup>36</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 13.



buluculuğa başvurma hakkını düzenleyen genel bir ilkenin bulunmaması hâlinde, arabuluculuğun kullanılması, belirli arabuluculuk türlerinde arabuluculuğa gösterilen ilgiye göre gelişecektir. Bazen arabuluculuğa havale edilecek uyuşmazlıklar geniş bir çerçeve içinde tanımlanırken, bazen de bu uyuşmazlıklar sınırlı olarak belirlenecektir.

### 1. Arabuluculuğa Havale Edilecek Uyuşmazlıkların Genel Olarak Belirlenmesi

Yasa koyucu, geniş bir çerçevede tanımladığı bir dizi uyuşmazlığın çözümü için “genel” arabulucular tayin edebilir. Fransız “uzlaştırıcılar” enstitüsü (*conciliateurs de justice*) bunun küçük bir örneğidir. 28 Mart 1978’de bir Kararname ile kurulan ve çeşitli defalar üzerinde değişiklik yapılan bu uzlaştırıcılar enstitüsünde çalışan uzlaştırıcıların (1996 yılında *conciliateurs de justice* olmuşlardır) görevi, “yargı dışı bir çözümü ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri haklarıyla ilgili olan uyuşmazlıkların dostane çözümünü kolaylaştırmaktır”<sup>37</sup>. Uyuşmazlıklar, herhangi bir gerçek veya tüzel kişi tarafından ya da yargı organları tarafından uzlaştırıcılara havale edilebilir. Tüketici uyuşmazlıklarıyla ilgili olarak özel bir arabuluculuk kurulması için yapılan kısa süreli bir girişimden sonra, 25 Şubat 1993 Kararnamesi ile 22 Temmuz 1996 Kararnamesi arasında, uzlaştırıcıların yetkileri sürekli geliştirilmiştir. Uzlaştırıcı olarak görev yapan kişilerin nitelikleri, kişisel özelliklerine ve yasal yetkilerine bağlı olarak farklılık göstermektedir. İlk uzlaştırıcılar, görevlerini yapmalarını sağlayacak kişisel nitelikleri esas alınarak atanmışlar; ardından 25 Şubat 1993 Kararnamesiyle uzlaştırıcıların en az beş yıllık hukuk tecrübesine sahip olmaları şart kılınmış ve 13 Aralık 1996 Kararnamesiyle de bu süre üç yıla indirilmiştir. Bu Kararnameye eklenen (30 Eylül 1997 tarihli ve 67 sayılı) genelgeye göre, uzlaştırıcıların sahip olması gereken meslekî tecrübenin üç yıla indirilmesinin nedeni, uzlaştırıcıların “tarafları dinleme yeteneği, uyuşmazlığa yönelik tahlil edici bir yaklaşım ve gelişmiş kişisel yetenekler” gibi kişisel özelliklere sahip olmalarına daha çok önem verilmesidir. Uzlaştırıcılar kendilerini bir danışma organından ziyade bir dinleyici olarak görmekte ve herhangi bir yazılı belgeye ilgi duymamaktadırlar<sup>38</sup>.

Bu tereddütler, giderek mahkemelerin nezareti altında faaliyet göstermeye yönelen uzlaştırıcıların, statülerini belirlemekte karşılaşılan güçlükleri göstermektedir. Örneğin, 18 Aralık 1998 tarihli kanuna göre, mahkemenin talimatları

<sup>37</sup> Emmanuel Gaillard, Jenny Edelstein, *Mediation in France* (Dispute Resolution Journal 2001/January, s. 74-78), s. 75.

<sup>38</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 14.

altında çalışan uzlaştırıcılar yargı mercileri (*maisons de justice*) tarafından kontrol edilen kuruluşlara üye olmalıdırlar<sup>39</sup>.

Bu arabulucuların faaliyet alanları dikkate alındığında, arabuluculuk oranlarının düşük olduğu görülmektedir. Fransa'daki resmî istatistiklere göre, 1998 yılında 85.451 uyuşmazlık 1.614 uzlaştırıcı tarafından çözülmüştür. Bu da uzlaştırıcı başına yılda ortalama 53 uyuşmazlık düştüğünü gösterir. Bu rakamlar, hukuk davalarına bakan 654 adet ilk derece mahkemesince 1998 yılında görülen davaların (bölge mahkemeleri ve ilçe mahkemelerinde toplam 1.101.880 adet dava görülmüştür) %7.7'sinin arabuluculuğa sevk edildiğini ortaya koymaktadır.

Fransa gibi bir ülkede uzlaştırıcıların az kullanılmasının nedeni, talep sahiplerine çeşitli yolların sunulmasıdır. Bu yüzden, özel amaçlı olmayan gönüllü arabuluculuğun kullanılması sınırlı kalmakta ve Devletin çeşitli arabuluculuk türlerini kullanılabilir hâle getirmesine bağlı olmaktadır. Bu nedenle, Avrupa'daki ülkelerin özel koşulları dikkate alınarak, genel nitelikli arabuluculuğun belirli hâllerde kullanılması yoluna gidilmelidir.

## 2. Özel Arabuluculuk Kurumları

Bazı ülkelerde, az sayıda dava açılan belirli hukuk dallarında vatandaşların adalete ulaşmalarını sağlamak amacıyla, mahkemelerin yanında, belirli türdeki uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümüyle görevli kuruluşlar kurulmuştur. Bu amaç ayrıca, tüketici uyuşmazlıklarının yargı dışı çözümüyle görevli kuruluşlar için uygulanacak ilkeler hakkındaki, 30 Mart 1998 tarihli Avrupa Komisyonu Tavsiyesinin önsözündeki şu ifadenin de dayanağıdır: "Yapısı gereği tüketici uyuşmazlıklarının çoğu, uyuşmazlık konusu olan ekonomik değer ve bu uyuşmazlığın yargı yoluyla çözüm masrafları arasında bir nispetlilik içerir; mahkeme sürecinde karşılaşılan güçlükler, özellikle ülkeler arasındaki uyuşmazlıklarda, tüketicilerin haklarını arama konusunda cesaretini kırmaktadır"<sup>40</sup>. Günümüzde, Avrupa'daki devletlerin mevzuatında, bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak özel amaçlı arabuluculuğa daha çok yer verilmektedir.

<sup>39</sup> Fransız Yargı Örgütü Kanununun yeni 7. maddesine göre, "faaliyet gösterdikleri yerdeki bölge mahkemesinin başkanının denetimi altında özel kuruluşlar (*maisons de justice et du droit*) kurulabilir". Bu kuruluşların kurulması ve çalışmasıyla ilgili düzenlemelerin belirlenmesi, Devlet Konseyinde kabul edilecek bir kararnameye bırakılmıştır. Bu kuruluşların amacı, "bölgede yargısal hizmetler sunulmasını sağlamak, suçun önlenmesinde rol oynamak, mağdurlara yardım etmek, hukuka ulaşmayı temin etmek ve uyuşmazlıkların dostane çözümünü sağlamak için oluşturulan cezai işlem ve uygulamaların alternatif yöntemlerinin kullanılmasına imkân tanımaktır" (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 14, dn. 17).

<sup>40</sup> Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (98/257/EC) (Official Journal of the European Communities L 115, 17. 4. 98, s. 31-34)

([http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/1998/l\\_11519980417en.html](http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/1998/l_11519980417en.html)).

Örneğin, Finlandiya'da, 1978 yılında kurulan Belediye Tüketici Danışmanları, tüketicilere yerel düzeyde bilgi ve yardım sağlamakla görevlidirler. Bu danışmanlar, ilgili yasal düzenlemelerle bağlantılı ön belgelere göre tüketicilerin haklarının korunması gerektiğinde, tarafsız bir arabulucu olarak hareket etmektedirler.

Fransa'da son yirmi yılda, farklı alanlarda faaliyet gösteren ve çeşitli kamu kurumlarına destek olmak için kurulan özel uzlaştırma kuruluşlarının sayısında artış görülmüştür. Örneğin, toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde uzlaştırma ve arabuluculuk (İş Kanunu m. 523, 524), çalışanlar tarafından yapılan icatlarla ilgili ödemelerden doğan uyuşmazlıklar için oluşturulan Ortak Uzlaştırma Komitesi (Fikrî Mülkiyet Kanunu m. 615-621), süt alıcıları ile Ulusal Süt ve Süt Ürünleri Ortak Ticaret Bürosu arasında çıkabilecek uyuşmazlıklar için oluşturulan uzlaşma komitesi, Telekomünikasyon Düzenleme Kurulunca sunulan uzlaştırma hizmeti (Posta ve Telekomünikasyon Kanunu m. 36) ve kablolu yayın lisansından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüyle görevli arabulucular (Fikrî Mülkiyet Kanunu, III'üncü Kitap, II'nci Kısım) bu tür kuruluşlardır<sup>41</sup>.

Ticarî uyuşmazlıkların çözümünde, ticarî kira bedelinin belirlenmesi veya yenilenmesi konusunda yetkili olan önemli bir uzlaştırma komitesi mevcuttur (30 Eylül 1953 tarihli Kararname ve 5 Ocak 1988 tarihli yasa). Bu ortak komite, dava açılmadan önce<sup>42</sup> kiralayan veya kiracının başvurusu üzerine harekete geçmekte ve ücretsiz olarak sunduğu arabuluculuk hizmetiyle, kiralayanlarla kiracılar arasında, kanuna uygun adil bir uzlaşmaya varılmasını amaçlamaktadır.

Günümüzde, tacir olamayan kişilerin taraf oldukları uyuşmazlıkların çözümünde giderek daha çok uzlaştırma komitesi kurulmaktadır. Fransa'da uzun zamandan beri, tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde uzlaştırma komiteleri kullanılmaktadır<sup>43</sup>. Yerel kira bedelinin belirlenmesi, önceleri resmî bir uzlaştırma komitesince yapılmıştır (6 Temmuz 1989 tarihli kanunun 20'nci maddesi). Aile borçlarının aşırı olmasından doğan uyuşmazlıklarda, dava süreci başlamadan önce, borçlu ve alacaklılar arasında anlaşma yapılarak geri ödeme plânının oluşturulmasıyla görevli resmî bir komite bulunmaktadır (Tüketici Kanunu m. 331). Fransa'nın yeni Kamu Sağlığı Kanununun 112'nci maddesi-

<sup>41</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 15.

<sup>42</sup> Fransız Temyiz Mahkemesi, uyuşmazlığın dava açılmadan önce uzlaştırma komitesine sunulmasının isteğe bağlı olduğuna; fakat, mahkemenin bunu yapması hâlinde, uzlaştırma komitesi karar verene kadar yargılamanın durdurulması gerektiğine hükmetmiştir (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 16, dn 21).

<sup>43</sup> Gaillard, Edelstein s. 75.

ne göre sağlık uyuşmazlıkları, yeni kurulan Uzlaştırma Komitesince görülecektir. Bir sağlık kuruluşunda görülen tedavi sonucunda zarar görerek mağdur olduğunu düşünen kişiye yardımcı olunacak, rehberlik hizmeti verilecek ve bu kişi, mevcut uzlaştırma yolu ve dava yolu hakkında bilgilendirilecektir. Nihayet, muhtaç kimselere konut tahsisi, bir ortak "Arabuluculuk Komitesi" tarafından incelenecektir (İnşaat ve Emlak Kanunu m. 6).

Fransa'daki bu uzlaştırma usullerinin çokluğu ve çeşitliliği sebebiyle, Serverin tarafından hazırlanan raporda, bu usullerin içeriğinin açıklanması mümkün olmamıştır. Bununla beraber, bu usullerin kapsadığı alana bakılmaksızın, mevcut arabuluculuk kuruluşlarının dört temel özelliği tespit edilmiştir. Bunlar:

- Arabuluculuk kurullarına başvuru ücretsizdir.
- Arabuluculuk kurulları müşterek kurullar olup, bu kurullarda, uyuşmazlığa taraf olan, menfaat sahibi herkesin temsil edilmesi mümkündür.
- Arabuluculuk kurulları, emredici kanun hükümlerince belirlenmiş özel yetkilere sahiptir.
- Arabuluculuk kurulları, uyuşmazlığa çözüm bulma konusunda aktif olarak faaliyet gösterebilir; özellikle, yazılı görüş ve tavsiye bildirme veya taslak anlaşmalar hazırlayarak öneride bulunma yetkisine sahiptir<sup>44</sup>.

Tüketici uyuşmazlıklarına müdahale eden kuruluşların arabuluculuk görevlerini tanımlamak için kabul edilen Avrupa Komisyonu tavsiyesinde, çeşitli kısıtlara yer verilmiştir. Bu tavsiye, mevcut arabuluculuk sürecinde, " tarafların ortak rızalarıyla bir çözüm yolu bulmaları için ikna edilmeleri amacıyla, sadece bir araya getirilmeye çalışılmasına" veya tarafların alacakları kararın "onlar hakkında bağlayıcı olmasına veya sadece tavsiye edici nitelikte olmasına ya da taraflarca kabulü zorunlu olan çözüm önerilerinde bulunulmasına göre" arabulucular arasında bir ayırım yapmaktadır. Serverin'in arabuluculuğu, "üçüncü kişinin dostane bir yetkiyle uyuşmazlığın çözümüne katılması" olarak tanımlaması, Komisyon tanımından daha dar kapsamlı olsa da (Serverin'e göre, kararları bağlayıcı olan kuruluşlar aslında birer hakem heyetidir) Serverin, uyuşmazlığın çözümünde arabuluculara aktif bir rol vererek, yazılı bir belge oluşturulmasında onların bizzat görev almalarını öngören Komisyon görüşünü aynen paylaşmaktadır.

Bu arabuluculuk biçimi, çok ayrıntılı ve ihtimamlı yürütülmesi gereken bir yargı dışı uyuşmazlık çözüm sürecini temsil eder ve özellikle taraflar arasında güç dengesizliğinin bulunduğu durumlarda uygulanır. Özel amaçlı olarak

<sup>44</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 16.

kullanılan arabuluculuk usulleri (ister gönüllü, ister zorunlu olsun), bir kiracının, bir tüketicinin veya bir hastanın müzakereye katılmaya zorlayamadığı güçlü tarafı müzakerelere katılma konusunda zorlayıcı bir etkiye sahiptir.

Ülkeler, özellikle ihtilafı taraflar arasında güç dengesizliği bulunması hâlinde, tarafların menfaatleri ve uyuşmazlığa uygulanan hukuk kuralları arasında bir uzlaşma sağlamak şartıyla, özel amaçlı arabuluculuk komitelerinin bireylerce ücretsiz olarak kullanımını özendirmelidirler<sup>45</sup>.

## **II. Taraflar Arasında Yapılan Anlaşmaya Göre Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Havale Edilmesi**

Taraflar, kendilerinin sonradan talep etmelerine bağlı olarak, aralarında yaptıkları sözleşmeye koydukları bir arabuluculuk şartıyla, ileride doğabilecek uyuşmazlıkların arabuluculuğa havale edilmesine ilişkin hükümler kabul edebilirler.

### **1. Uyuşmazlığın Taraflardan Birinin Talebiyle Arabuluculuğa Havale Edilmesi**

Bazı hâllerde belirli meslek grupları, aralarında yaptıkları sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların kendi kontrolleri altında kalmasını menfaatlerine daha uygun görerek, "arabuluculuk hizmetleri" oluşturabilirler. Bu tür hizmetlerden biri, Avrupa Komisyonunun, tüketicilerin korunmasıyla ilgili kanunlar hakkındaki tavsiyeleri doğrultusunda oluşturulmuştur. Fransa'da, Avrupa Doğrudan Satış Federasyonu, 15 Avrupa ülkesinde kullanılan ve bir Arabuluculuk Konseyi ile bir Ortak Arabuluculuk Komitesinden oluşarak tam bir arabuluculuk usulü kuran bir Avrupa Yönetim Kanunu hazırlamıştır. Bu kuruluşlar, doğal olarak ortak bir yapıya sahiptir (yani hem tüketicilerin hem tarcilerin temsilcilerinden oluşur); fakat, adından da anlaşıldığı gibi bu kuruluşlar, Doğrudan Satış Birliğince oluşturulmuş bir hizmet olup, gerçek anlamda tarafsız bir üçüncü kişinin katılımından yoksundur ve bu nedenle de arabuluculuğun tanımına tam olarak uygun değildir. Ancak, bu hizmetlere başvurulması her halükârda tarafların isteğine bağlı (gönüllü) olmalıdır.

### **2. Arabuluculuk Şartları**

Genel olarak bir ADR şartı, bir sözleşmenin taraflarının, aralarında çıkacak herhangi bir uyuşmazlığı bir veya daha fazla ADR usulünü kullanarak çözmeye gayret edecekleri konusundaki anlaşmalarını gösteren ve sözleşmede yer alan bir şarttır. Bu tür bir şart, arabuluculuk gibi belirli bir ADR usulünü özel olarak belirtebileceği gibi, tarafları, uyuşmazlık ortaya çıktığında kullanılacak ADR

<sup>45</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 17.

usulünü belirlemede serbest de bırakabilir. Bir ADR şartı, arabuluculuk gibi bağlayıcı olmayan ADR usulleri öngörürse, sadece tarafların çözüm girişiminde bulunmalarını gerektirir. Bağlayıcı ADR usullerini (tahkim gibi) içeren ADR şartları ise, sonuçta verilecek karara uyulmasını zorunlu kılar<sup>46</sup>.

Arabuluculuk şartlarının zorlayıcılığı konusu ortak hukukta tartışmalıdır. Doktrinde genel olarak bu şartların, mahkemelerin görevini kaldırmak amacını taşımadığı ve sadece tarafların müzakere etmeleri için yapılmış bir anlaşma olduğu gerekçesiyle zorla yerine getirilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>47</sup>.

Arabuluculuk (uzlaştırma) şartları, sözleşme hukuku yönünden tarafları bağlayıcı niteliktedir. Taraflar, aralarında uyuşmazlık çıkarsa bir arabulucu atanmasına her zaman karar verebilirler. Bu tür ADR şartları, tahkim şartları hakkındaki kanunî sınırlamalara tâbi olmazlar. Fransa'da Medenî Kanununun 2061'inci maddesine göre tahkim şartları, kanunen açıkça izin verilmedikçe, kural olarak geçersizdir. Kanunen sadece tacirler arasındaki uyuşmazlıklarda tahkime izin verilmiştir<sup>48</sup> (Fransız Ticaret Kanunu m. 631). Bu nedenle, arabuluculuk şartlarının sözleşmelere koyulması *a priori* olarak kanuna uygundur. Böylece, taraflarca kararlaştırılabilecek her türlü nitelikte, içerikte ve ücretle, her alanda özel arabuluculara başvurulabilir.

Buna karşılık, arabuluculuk şartlarının, kişilerin mahkemeye başvurmasına engel olarak hak arama hürriyetini kısıtlaması hâlinde, kanuna uygunluğu tartışmalıdır. Dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulacağına dair akdî bir taahhüt, özellikle arabuluculuğun hak sahibi için ücretli olması durumunda, hak arama hürriyetini dolaylı olarak sınırlandırabilir. Bu nedenle, bu tür şartlar çeşitli yasal düzenlemelerle birlikte değerlendirilmelidir. Bu konuda, Fransız hukuku ve Avrupa hukukuna dayanarak bazı noktalar vurgulanabilir.

Fransa'da, Haksız Şartlar Komisyonunca (*Unfair Clauses Commission*) 30 Ocak 1979'da, tüketicilerle tacirler arasında yargı yoluna başvurulmasıyla ilgili şartlar hakkında bir tavsiye kararı kabul edilmiştir. Bu tavsiye kararıyla, tarafların dava hakkından feragat etmesine yol açan şartlar ve özellikle "bir tüketicinin, doğabilecek herhangi bir uyuşmazlığın çözümü için dostane bir çözüm yoluna baş-

<sup>46</sup> Karl Mackie, David Miles, William Marsh, Tony Allen, *The ADR Practice Guide-Commercial Dispute Resolution*, London 2000, s. 101.

<sup>47</sup> Mackie, Miles, Marsh, Allen s. 117. Arabuluculuk şartları hakkında geniş bilgi için bkz. Brown, Marriott s. 448 vd.; Paul Newman, *Alternative Dispute Resolution*, Hertfordshire 1999, s. 102-105; Özbek s. 315 vd.; Nolan-Haley s. 118; Michael Pryles, *Multi Tiered Dispute Resolution Clauses* (Journal of International Arbitration, 2001/2, s. 159-176).

<sup>48</sup> Tacir olmayanlar hakkında tahkimin kural olarak yasak olmasının nedeni, bu usulün mahiyetini ve uygulamasını bilmeyen kişileri tahkime tâbi olmak zorunda bırakmamaktır (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 18, dn 25).

vurmasını zorunlu kılan” veya “tahkime başvurmasını” öngören şartlar yasaklanmıştır.

Topluluk hukuku, Haksız Şartlar Komisyonunun değindiği şartlara benzer şartlar hakkında düzenleme içermektedir. Tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartlar hakkındaki 5 Nisan 1993 tarihli AET (EEC) Direktifi, haksız olarak nitelendirilen şartları açıklayan bir ek içermektedir. Bu direktifin (q) paragrafına göre, “tüketicilerin dava açma veya diğer kanunî mercilere başvurma hakkını engelleyen veya elinden alan, özellikle kanun hükümlerince öngörülmediği hâlde tüketicileri, uyuşmazlıklarını münhasıran tahkime sunma konusunda zorlayan” şartlar haksızdır. Bu paragraftan, ADR şartlarından sadece tahkimin kast edilmediği, kişilerin dava hakkını engelleyen bütün ADR şartlarının haksız olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır<sup>49</sup>.

Fransız mahkeme içtihatları, çeşitli sözleşme türlerinde bu tür şartların örneklerine giderek daha çok yer vermektedir. Bu şartlar, hakkını arayan talep sahibince mahkeme önüne taşındığında, taraflar arasında yapılmış olan sözleşmede öngörülen uzlaştırma süreci için bir teşebbüs olarak algılanmadıkları takdirde, geçersiz sayılabilmektedirler. Gerçekte, bu arabuluculuk şartlarının tek etkisi dava açılmasının ertelenmesidir; fakat, dava hakkı önemli ölçüde kısıtlanmaktadır. Bunun sonucunda, tarafların temel haklarından olan hak arama hürriyeti sınırlandırılacaktır. Bu şartlarla ilgili çözüm şekli, Fransız Temyiz Mahkemesinin ilgili dairelerine bağlı olarak değişmekte ve tahkim şartlarıyla ilgili davalarda olduğu gibi, arabuluculuk şartlarının kanuna uygunluğu ve kanuna aykırılığının, tacirlerle tacir olmayanlar arasında bir ayırım yapılarak değerlendirildiği görülmektedir.

Böylece, Fransız iş hukukunda Temyiz Mahkemesi uzun yıllardan beri, iş mahkemesinin görevini kaldırmaya çalışan bu tür şartları geçersiz saymaktadır. Temyiz mahkemesinin görüşüne göre, toplu sözleşmelerde, uyuşmazlıkların dava süreci başlatılmadan önce bir uzlaştırma komitesine götürülmesi kararlaştırılmaz; çünkü, iş mahkemesinin görevi kamu düzenine ilişkindir<sup>50</sup>.

Diğer taraftan, bu gibi şartlar tacirler arasındaki ilişkilerde genellikle geçerli sayılmaktadır. Arabuluculuk şartlarına özel bir işlem yapılmamakta ve bu şartlar, diğer sözleşme şartlarıyla aynı şekilde, özellikle sözleşmelerin nispîliği ilkesine veya zımnî feragat sistemine uygun olarak yorumlanmaktadır.

<sup>49</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 18.

<sup>50</sup> Fransız Temyiz Mahkemesinin 27 Ekim 1959 tarihli kararı. Ayrıca, 26 Ocak 1994 tarihli daha yeni bir kararda, sosyal güvenlik kuruluşlarınca, ulusal toplu iş sözleşmesinde, uyuşmazlıkların bir uzlaştırma komitesine götürülmesinin kabul edilmiş olmasının, ilgili kişilerin doğrudan endüstriyel ilişkiler mahkemesinde dava açmasını engellemeyeceği belirtilmiştir (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 19, dn 27).

Sonuç olarak, bir sözleşmede yer alan arabuluculuk şartları, bu sözleşmenin tarafları için bağlayıcıdır ve arabuluculuk sürecinin başlatılması ve yapılmış olan anlaşmanın bağlayıcı karakteri hakkındaki herhangi bir uyuşmazlık, sözleşme hukukunun ilgili hükümlerine göre çözümlenmelidir. Bundan başka, tacir olmayan kişilerin taraf oldukları sözleşmelerdeki arabuluculuk şartları, dava açmalarına engel olmayabilecektir<sup>51</sup>.

### **C. Yargı Dışı Arabuluculukla Yeterli Şekilde Çözülen Uyuşmazlıklar**

Arabuluculuğun lehine olarak çoğu zaman ileri sürülen gerekçelerden biri de, arabuluculuğun taraflar arasında müzakere yapılmasını teşvik etmesi ve coğrafi, ticarî, meslekî ya da ailevî (hısımlık ilişkisi) nedenlerle birbirleriyle devamlı ilişki içinde bulunan kişiler arasında derin ayrılıklar oluşmasını önlemesidir.

Bu gerekçe, arabuluculuğa karşı ücret yönünden ileri sürülen iddiaları çürütmek için de kullanılmakta ve ileride doğabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi suretiyle arabuluculuğun masraflardan da tasarruf sağladığı belirtilmektedir. Kısacası arabuluculuk, sosyal barışı onararak uyuşmazlıktan sakınmak için kullanılan bir usul olmaktadır.

Sosyal barışın, daimi bir anlaşmazlık hâline tercih edilmesi her zaman desteklenen bir ilke olsa da, arabuluculuğun taraflar arasındaki dostane ilişkilerin onarılmasını sağladığını kanıtlamak kolay değildir. Arabuluculuğa atfedilen meziyetler sadece sözlü olduğu için, Serverin tarafından hazırlanan raporda, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaları içeren evrakın yeterliliği, tamamen hukukî bir bakış açısıyla değerlendirilmiştir. Böylece tartışılan ilk nokta, mevcut hakların arabuluculukla yeterli ölçüde korunması olurken; ikinci nokta, arabuluculuk esnasında varılan anlaşmayı içeren evrakın yeterliliği olmuştur.

#### ***1. Tarafların Haklarının Yargı Dışı Arabuluculukla Yeterli Ölçüde Korunması***

Bu konuda tartışılan hususlar, uyuşmazlık konusu olan hakların arabuluculukla daha iyi korunup korunamayacağı ve arabulucunun, tarafların karşılıklı edimlerini ve haklarını düzenlerken adaletli olmayan bir anlaşma hazırlaması hâlinde, sorumluluğunun kapsamının ne olacağıdır.

##### **1. Tarafların Hakları Arasında Denge Sağlanması**

Öncelikle, hukukî açıdan bakıldığında arabulucunun uyuşmazlık çözüm sürecine katılması, sonuçta yapılacak anlaşmanın, tarafların haklarını iyi bir şekilde dengeleyeceğini garanti etmez. Arabulucunun gözetiminde yapılan bir uzlaş-

<sup>51</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 19.



manın kanuna uygun olacağına dair bir karine mevcut değildir. Bu nedenle, yapılan anlaşma taraflardan birince sonradan haksız görülürse, çeşitli nedenlerle bu anlaşmanın hükümsüz sayılması için uğraşılabilir. Örneğin, taraflar arasında yapılan anlaşmada kararlaştırılan edimler arasında aşırı nispetlilik olması bu tür bir nedendir. Arabuluculukta bu teminatın bulunmadığı, son zamanlarda görülen bir davada, Ulusal Tıp Uygulamacıları Birliğinin yerel merkezinin başkanının himayesinde, bazı tıp uygulamacıları arasında akdedilen bir uzlaşma anlaşmasının geçerliliği konusunda, Fransız Temyiz Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesinin verdiği bir kararda açıklanmıştır. Mahkeme, bu anlaşmanın, tarafların haklarının karşılıklı denge içinde olduğu ortaya konulmadıkça, taraflardan birinin aleyhine kullanılmayacağını kabul etmiştir<sup>52</sup>.

Böylece, doğrudan müzakerelere bir arabulucunun katılmasının, sonuçta yapılacak anlaşmanın geçerliliği için bir garanti teşkil etmeyeceği söylenebilir. Neticede, sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin genel nedenlere dayanılarak bu anlaşmanın hükümsüzlüğü ileri sürülebilir.

## **2. Taraflar Arasında Yapılan Anlaşmada Tarafların Hakları Arasında Denge Sağlama Konusunda Arabulucunun Sorumluluğu**

Arabulucuların uyuşmazlık çözüm sürecine katılması, sonuçta yapılan anlaşmanın geçerliliğini doğrudan etkilemese de, davranışları bazı sorunlar doğurabilir. Özellikle, arabulucuların müdahaleleri taraflı ve yetersiz olursa taraflardan biri zarar görebilir. Bu hâlde zarar gören taraf, yapılan anlaşmanın geçersizliğini iddia edebilir ve hatta, anlaşmanın eksik olmasında arabulucunun kusuru varsa, onun hukukî sorumluluğuna da gidilebilir. Arabulucunun sorumluluğunun koşulları, kendisine tanınan yetkilere göre değişir<sup>53</sup>.

Arabulucu eğer alanında bağımsız çalışan bir uzmansa ve özellikle arabuluculuk, İngiltere'de olduğu gibi, kâr amaçlı olarak yapılıyorsa, arabulucu mutlaka meslekî sorumluluk sigortası yaptırmış olmalıdır. Aslında arabulucunun faaliyeti, akdî sorumluluğa ilişkin hükümlere göre değerlendirilebilir. Bu hâlde, yapılacak talepler sigortacıya yöneltilmelidir.

Arabulucu, devletçe düzenlenen bir görevde çalışıyorsa, kamu hizmetinin icrasına gönüllü katılan bir kişi olarak görülebilir ve arabulucunun görevi sırasındaki ihmalden devlet sorumlu tutulabilir.

<sup>52</sup> Fransız Temyiz Mahkemesi, Birinci Hukuk Dairesi, 3 Mayıs 2000 (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 20).

<sup>53</sup> Arabulucuların sorumlulukları hakkında geniş bilgi için bkz. Scanlon s. 91-108; Goldberg, Sander, Rogers s. 206-218; Nolan-Haley s. 122-128; David I. Bristow, *The gathering storm of arbitrators' and mediators' liability* (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 2000/December, s. 312-323).

Tüm bunlara rağmen arabulucular, arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmaların hukukî içeriğini dikkatle ve özenle düzenlemeli ve uyuşmazlık çözüm sürecine katılmalarının hukukî sonuçlarından sorumlu olmalıdırlar.

## **II. Arabuluculuk Sonunda Yapılan Anlaşmadan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözülmesi**

Bu konudaki tartışma, yargı dışı arabuluculuk usulü sırasında yapılan anlaşmayı içeren evrakın hukukî etkisiyle ilgilidir. Bu konuda başlangıçta vurgulanması gereken husus, yapılmış olan bir anlaşmanın hukukî niteliğini belirlerken, bu anlaşmanın arabulucunun nezaretinde yapılmış olup olmamasının bir öneminin bulunmadığıdır. Neticede, bir arabuluculuk sürecini müteakiben taraflar arasında yapılan anlaşma, hukukî sonuçlar doğuran bir uzlaşmadır. Bu nedenle buradaki tartışma konusu, uzlaşmanın yasal etkisiyle yakından ilgilidir ve bu yasal etki, birincisi uyuşmazlığın sona erdirilmesi, ikincisi anlaşmanın icra edilebilirliği olmak üzere iki açıdan değerlendirilebilir<sup>54</sup>.

### **1. Uyuşmazlığın Uzlaşmayla Bitirilmesi**

Taraflar arasında yapılan bütün uzlaşmalar, bir arabulucunun gözetiminde olsun veya olmasın, usulî koşullar bakımından son derece etkilidir. Bu uzlaşmaların temel etkisi, uyuşmazlığın mahkeme önüne taşınmasını engellemele-ridir; zira, *bu anlaşmalar taraflar için bağlayıcıdır*. Fransız Medenî Kanununun 2052'nci maddesine göre uzlaşmalar, "taraflar arasında yapıldığı için, nihaî olarak verilen bir hükmün bağlayıcılık gücüne sahiptirler"<sup>55</sup>. Usulî koşullarda *bir uzlaşma, tarafların dava hakkını ortadan kaldırır ve bundan sonra taraflar, aynı haklarla ilgili olarak aynı koşullarda yapılmış bir talebin incelenmesini reddedebilirler*<sup>56</sup>. Taraflar arasında yapılan bir uzlaşma, bağlayıcı etkisinin sınırları dahilinde; yani taraf, sebep ve konusu aynı olan bir uyuşmazlık hakkında, taraflarca hukukî hata iddiası veya anlaşmanın iptaline yol açacak bir iddia (Fransız Medenî Kanunu m. 2052, II) ileri sürülmedikçe, dava açılmasına engeldir. Bu nedenle, uzlaşma konusu olan uyuşmazlık, yapılan anlaşmanın geçersiz olduğunun iddia edilmesi hâlinde veya ileri sürülen uyuşmazlığın, uzlaşmanın kapsamına dahil olmaması durumunda yeniden incelenebilir.

<sup>54</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 21.

<sup>55</sup> Gaillard, Edelstein s. 77.

<sup>56</sup> Yeni Fransız Hukuk Usulü Kanununun 122'nci maddesine göre kabul edilmezlik def'i şu şekilde tanımlanmaktadır: "Karşı tarafın, mahkemeye başvurma hakkı (*locus standi*) olmadığı, dava açmakta hukukî yararı bulunmadığı, talebi zamanaşımına uğradığı veya talepte bulunması için gerekli olan süre dolmadığı ya da hüküm verilmiş olduğu gerekçesiyle, talepte bulunmaya hakkı olmadığı iddia edilerek, talebin esaslı incelenmeden, talebinin kabul edilemez olduğu konusunda ileri sürülen herhangi bir def'idir" (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 21, dn. 33).

Uzlaşma konusu olan uyuşmazlıklar böylece mahkemelerin görev alanından uzaklaştırılmış da olsa, taraflar arasında yapılan anlaşmadan veya anlaşmanın yorumundan kaynaklanabilecek uyuşmazlıklar mahkeme önüne götürülebilir. Bu anlaşmaların geçerliliği ve kapsamından doğacak hukukî sorunlarla ilgili içtihatlar oldukça karmaşıktır. İçtihatlar, bu anlaşmaların taslağı hazırlanırken, taraflara tanınan hakların ve yüklenen borçların kapsamının açıkça gösterilmesinin ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır<sup>57</sup>. Genel inanın tersine uzlaşmalar, uyuşmazlığın esasını, tarafların haklarını ve üzerinde uzlaşmaya varılan konuları belirten karmaşık anlaşmalardır. Arabulucuların, kendileri mevcut anlaşmanın koşullarının belirlenmesi sürecine katılmış olmasalar dahi, yazılı bir anlaşma metni oluşturmaları ve tarafların üzerinde anlaşmaya vardıkları hususları belirtmeleri çok akıllıca olacaktır. Buna ek olarak, yazılı bir anlaşma yapılmasının şart kılınması, ister nihaî anlaşmanın yapılmasından önce, ister bu anlaşmanın yapılmasından sonra olsun, tarafların düşünmesi için onlara bir mehil tanınmasına imkân sağlar. Böylece taraflar, anlaşma koşullarını daha iyi anlar ve daha ayrıntılı düzenler. Ayrıca bazı arabuluculuk anlaşmaları, arabuluculuk sırasında varılan anlaşmaların, bu anlaşmalar yazılı hâle getirilmedikçe ve taraflarca imzalanmadıkça bağlayıcı olmayacağını öngörür. Bu sayede, arabuluculuk müzakereleri sırasında görüşlerin tartışılması ve tekliflerin düşünülmesi için daha özgür bir ortam yaratılması sağlanır; fakat aynı zamanda, anlaşmanın bağlayıcılık kazanabilmesi için yazılı hâle getirilmesi zorunlu olur<sup>58</sup>.

## 2. Arabuluculuk Sonunda Yapılan Anlaşmanın İcra Edilebilirliği

Bir uzlaşmanın normal bir sözleşmeden farkı olmaması nedeniyle, tek başına icra edilmesi mümkün değildir. Arabuluculuk sonunda yapılan çözüm anlaşması, icap ve kabul gibi sözleşmelerin kurulması ve geçerliliği için varlığı gerekli olan şartları haiz olmalıdır<sup>59</sup>. Anlaşmaya uyulmadığı ve anlaşmanın varlığı ispatlanmadığı takdirde mahkemeye başvurulmalıdır. Tarafların, önceden sakınmak istedikleri dava yoluna sonradan başvurmaları mantıksız gibi görünebilir; ancak, arabuluculuğun sınırlı bir usul olması bunu zorunlu kılmaktadır. Mahkemeye başvurulmasının amacı, anlaşmanın geçerliliği meselesinden başka, anlaşmayı pekiştiren bir ilama sahip olmaktır.

Fransa'da çeşitli yasal düzenlemelerde, mahkeme dışında bir arabulucunun katılımıyla ya da arabulucunun katımsızın yapılan uzlaşmaların icra edilmesi için mahkeme kararı alınabileceği öngörülmüştür. Böylece örneğin,

<sup>57</sup> Mackie, Miles, Marsh, Allen s. 227.

<sup>58</sup> Mackie, Miles, Marsh, Allen s. 227.

<sup>59</sup> Mackie, Miles, Marsh, Allen s. 231; Nolan-Haley s. 119; Cathleen C. Payne, *Enforceability of Mediated Agreements* (Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1986, Vol. 1, s. 385-405), s. 388.

çalışanlar tarafından yapılan icatlarla ilgili uyuşmazlıklar hakkında uzlaşma komitesince yapılan bir anlaşma, Bölge Mahkemesi başkanının kararıyla icra edilebilecektir (Fikrî Mülkiyet Kanunu m. 615). Benzer şekilde, bir uzlaştırıcıdan önce, " taraflar, anlaşmalarını oluşturan belgede kast ve niyetlerini açıklarlarsa, bölge hâkiminden, anlaşmalarını gösteren belgeye icraî etki tanınmasını talep edebilirler" (20 Mart 1978 tarihli Kararnamenin 9'uncu maddesi). Nihayet, 28 Aralık 1998 tarihli Kararname ile, bir arabulucunun katılımı olmasa dahi taraflarca, mahkeme dışında yapılan bir uzlaşmaya icrailik vasfı kazandırılmasını sağlayacak bir karar almak için mahkemeye başvurulması olanaklı kılınmıştır<sup>60</sup> (Yeni Hukuk Usulü Kanunu m. 1441, IV).

Bu konuda tartışılan husus, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların mahkemece özel bir kontrole tâbi tutulmasının gerekli olup olmadığıdır. Genelde bu kontrole gerek duyulmakta ve özellikle, Avrupa Birliği içinde icra edilebilirlik vasfını haiz belgelerin serbest dolaşımını sağlamak bakımından bu kontrol yararlı görülmektedir<sup>61</sup>. Bu nedenle bir mahkemenin, mahkeme dışında akdedilen bir uzlaşmaya hangi koşullarda icra edilebilirlik vasfı kazandıracığının üzerinde tartışılmalıdır. Bu noktada, arabuluculuk sürecine bir arabulucunun katılmış olmasının, sonuçta yapılan anlaşmanın geçerliliği için bir karine teşkil etmediği ifade edilmelidir.

### § 3. MAHKEME YÖNETİMİNDE ARABULUCULUK

Arabuluculuk, dava sürecinin başlatılması nedeniyle etkisini kaybetmez. Dava açılmasından sonra arabuluculuğa başvurulmasının nedeni, artık uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmesinden sakınılması olmayıp, davanın yargılama yapılmadan sonuçlandırılması ve sonradan çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesidir. Bu durum da, yukarıda yapıldığı gibi, ekonomik koşullar, uyuşmazlığın hukukî yönden uygunluğu ve sonuçta yapılan anlaşmanın geçerliliği olmak üzere üç açıdan incelenebilir.

#### A. Dava Süreci Esnasında Ekonomik Koşullar Yönünden Arabuluculuğa Uygun Uyuşmazlıklar

Dava süreci esnasında arabuluculuktan beklenen, taraflarca yürütülen davanın yol açtığı masraflardan tasarruf edilmesidir. Bu aşamada, arabuluculuğun ekonomik faydalarının ne olduğu belirlenirken, dava yolu ile arabuluculuk yolunun masraflar yönünden karşılaştırılması gerekir.

<sup>60</sup> Gaillard, Edelstein s. 77.

<sup>61</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 22.

## **I. Arabuluculukla Dava Yolunun Faydalarının Karşılaştırılması**

Dava yolu işletilmeye başlatıldığında arabuluculuk, tarafların yargılama giderlerinden tasarruf etmesine imkân tanıdığı ve arabuluculuğun kendi masrafları dava yolundan daha az olduğu için ekonomik olarak uygun olacaktır. Bu giderlerden yapılacak tasarruf, arabulucunun yeteneklerine bağlı olarak değişecek; arabulucunun, hâkimin kendisi olması hâlinde masraf hiç olmayacak, arabulucunun bağımsız bir üçüncü kişi olması hâlinde masraf artacaktır.

### **1. Arabulucu Hâkimler**

Bir hâkim, sadece yargılama yaparak hüküm veren kişi değildir; fakat aynı zamanda, *taraflar arasında doğal bir arabulucudur*. Topluluk programlarına bağlı olarak çalışan uzman arabulucular, hâkimlerin bu uzlaştırıcı rolünü (taraf tutmaları, müzakere deneyimleri olmaması gibi yönlerden) şiddetle eleştirmektedirler. Bu anlayış, "hâkimin egemenliğine dayalı bakış açısını temsil ettiği" düşünülen bir uzlaştırıcı-hâkimin müdahalesine uzun zamandan beri karşıdır<sup>62</sup>. Buna karşılık, ileri sürülen gerekçeler hiç bir uygulamacı tarafından desteklenmemekte ve bu eleştirilerin objektif nedenlerden ziyade, hâkimlerin uzman arabulucularla rekabet edeceği korkusundan kaynaklandığı düşünülmektedir<sup>63</sup>. Asıl yapılması gereken, hâkimlerin hangi koşullarda bir uzlaştırıcı olarak faaliyet göstereceklerinin yakından incelenmesidir. Eğer uzlaştırıcıların, belli bir davayla sınırlı olmayan (Yeni Fransız Hukuk Usulü Kanununun 21'inci maddesindeki düzenleme bu şekildedir<sup>64</sup>) genel işlevleri ihmal edilirse, uzlaştırıcılık işlevinin davaya bağlı olarak, dava açılmadan önce veya hüküm verilmeden önce gerçekleşebilecek biçimde, özel bir usul içinde yürütüldüğü görülecektir.

Uzlaştırma, mahkemeye ulaşmak için geçilmesi gereken bir adım olarak, hâkimlerce gerçekleştirilen en eski müdahale tarzıdır. Örneğin Almanya'da 15'inci yüzyıldan beri, eski Roma'daki medenî yargı sisteminde yer alan yargısal arabuluculuğun öneminden dolayı ortaya çıkan ve usul yasalarınca kullanılması zorunlu tutulan bir arabuluculuk geleneği vardır. Hâkimce gerçekleştirilen arabuluculuk girişimi Alman Usul Kanununun 279'uncu paragrafında belirtilmiş ve yargılamanın herhangi bir aşamasında hâkimin dostane bir çözüme ulaşmaya çalışması gerekli tutulmuştur<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 23.

<sup>63</sup> Norveç'te, hukukî uyuşmazlıkların çözümünde mahkeme aşamasında arabuluculuğun uygulanmasına yönelik bir deneme projesi başlatıldığında, doktrinde yapılan eleştiriler çok az olmuştur (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 23, dn. 37).

<sup>64</sup> Gaillard, Edelstein s. 74.

<sup>65</sup> Bühring-Uhle s. 278.

Fransa'da yürürlükten kaldırılmış olan 1806 tarihli Kararnamenin 48'inci maddesine göre, "bir uzlaşmaya varabilecek olan taraflar arasında dava açılması için yapılan başvuru; uyuşmazlığın konusu, üzerinde uzlaşılabilir bir konuya, davalı, önceden uzlaşmak amacıyla bölge hâkiminin huzuruna davet edilmedikçe veya taraflar bölge hâkimlerinin huzurunda hazır bulunmadıkça, ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmeyecektir". Aynı Kararnamede, bu koşulun bağlayıcı niteliğini gösteren "ön uzlaştırma zorunluluğundan muaf" uyuşmazlıkların uzun bir listesi bulunmaktaydı. Bölge hâkimleri, 22 Aralık 1958 Kararnamesi kabul edilinceye kadar bu uzlaştırıcılık işlevine sahip olmayı sürdürmüşlerdir.

İtalyan bölge hâkimi, 1 Mayıs 1995'ten itibaren, eski Fransız bölge hâkiminin yetkilerine benzer yetkilerle donatılmış, belirli özel hukuk uyuşmazlıklarında özel görevli olarak ücretsiz çalışan bir hâkimdir<sup>66</sup>.

Uzlaştırıcı müdahalesinin bu çeşidi günümüzde, dava sürecinin dışında tamamen şekli bir aşama olarak gerçekleştiği takdirde, davaların uzamasının nedeni olarak görülmekte ve kullanılmamaktadır.

Çağdaş uygulamasında hâkimlerce gerçekleştirilen uzlaştırma (yargısal arabuluculuk), dava sürecinin zorunlu bir aşaması hâline getirilmiş ve yargılamanın ayrılmaz bir parçası olmuştur<sup>67</sup>.

Bu uzlaştırma aşamalarının Fransa'da pek çok örneği vardır ve uygulandıkları alan sözlü yargılama usulleridir. Bu uzlaştırma usulleri, belirli mahkemeler (iş mahkemeleri, tarımsal kiralama mahkemeleri, sosyal güvenlik mahkemeleri) veya belirli türdeki davalar için öngörülmüştür (boşanma, maaş haczi kararları gibi).

Finlandiya'da, 1993 yılının Aralık ayından itibaren yürürlüğe giren hukuk usulü reformu, dava sürecinde üç aşama oluşturmuştur. İlk aşama, yazılı yargılama aşamasıdır. İkinci aşama, hâkimin huzurunda gerçekleşen ve hâkimin, taraflar arasında bir anlaşma yapılması için girişimde bulunduğu sözlü yargılama aşamasıdır. Ancak bu aşama başarısız olduğu takdirde dava, üç hâkimden oluşan mahkeme heyetine havale edilir.

<sup>66</sup> İtalyan hukuk sisteminde yargısal arabuluculuk hakkındaki son gelişmeler için bkz. Francesco Benigni, *Alternative Dispute Resolution: Mediation in Italy, is it Really Moving?* (European Conference of Judges, "Early Settlement of Disputes and the Role of Judges", Strasbourg, 24-25 November 2003, s. 1-4); Giuseppe De Palo, *Crisis of Courts and the Italian Mediation Debate* (International Journal of Dispute Resolution, 2003/25, s. 17-21).

<sup>67</sup> Bühring-Uhle s. 281. Hâkimlerin arabuluculuk işlevi hakkında ayrıca bkz. Veniamin Yakovlev, *Why Judges Must Help Parties to Achieve Prompt Settlement of Disputes, Summary of Report* (European Conference of Judges, "Early Settlement of Disputes and the Role of Judges", Strasbourg, 24-25 November 2003, s. 1-4); Louise Otis, *Alternative Dispute Resolution: Judicial Mediation, Report* (European Conference of Judges, "Early Settlement of Disputes and the Role of Judges", Strasbourg, 24-25 November 2003, s. 1-8).

Bütün bu hâllerde uzlaştırma yolunun amacı, tarafları yüz yüze getirmektir; fakat, davaya bakan hâkime bazı ilave yargısal yetkiler de tanınmıştır. Örneğin hâkim, delillerin toplanmasını emredebilir, tarafların beyanlarına dayanarak hukukî sebepler hakkında karar verebilir veya geçici hukukî himaye tedbirlerini uygulayabilir. Bir arabuluculuk aşamasının ne kadar başarılı olacağı, tamamen hâkime tanınan yetkilerin kapsamına bağlıdır. Hâkime ne kadar çok yetki tanırsa, arabuluculuk o kadar başarılı olacaktır. Ayrıca unutulmamalıdır ki arabuluculuk, dava süresinin uzaması nedeniyle yargılama giderlerini artıracaktır<sup>68</sup>.

## 2. Mahkemeye Atanan Arabulucular

Farklı ülkelerin kanun koyucuları, arabuluculuğu geliştirmek yerine, mahkemelerin kaynak ve araçlarını daha verimli şekilde düzenlemek ve yönetmek isteğiyle, mahkemelere uzlaştırıcılık işlevini yüklemeyebilirler. Yargısal arabuluculuk, mahkemelerin daha çok zaman harcamasını gerektirdiği için, müzakerelerin yönetilmesi amacıyla mahkeme dışından bir arabulucunun atanması, zaman kazanmak açısından daha yararlı olabilir<sup>69</sup>. Bu konuda, arabuluculuğa başvurulmasıyla katlanılacak olan masraflar belirleyici etken olacaktır.

Arabuluculuk masrafları, arabuluculuğun niteliğine göre değişir. Örneğin Fransa'da, arabuluculuğun zorunlu veya gönüllü olmasına bağlı olarak, arabulucular ücretli veya ücretsiz çalışabilmektedirler. 9 Şubat 1995 tarihli Kanunla, 22 Temmuz 1996 ve 28 Aralık 1998 tarihli Kararnamelere göre, bölge mahkemeleri kanunen yükümlü oldukları hâllerde, uzlaştırma sürecinin yönetimi için uzlaştırıcı atamaya yetkilidirler. Bu konuda tarafların rızası alınmalıdır ve uzlaştırıcıların katılımı için tarafların masraf yapması gerekli değildir<sup>70</sup>.

Arabuluculuğun gönüllü olduğu hâllerde, tarafların rızasıyla, "tarafları dinlemek ve onların bir çözüm bulabilmelerini sağlamak amacıyla görüş ve düşüncelerini karşılaştırmak için"<sup>71</sup>, yargılamanın herhangi bir aşamasında hâkimce bir arabulucu atanabilir. Bununla beraber, böyle bir durumda arabulucunun katılımı hem malî koşullar (Yeni Fransız Hukuk Usulü Kanununun 131'inci maddesine göre, taraflar adli yardım hakkından yararlanmadıkları takdirde arabulucuların ücretlerini ödemek zorundadırlar) hem de davanın süresi nede-

<sup>68</sup> Fransa'da zorunlu bir ön uzlaştırma sürecinin mevcut olduğu iş mahkemelerinde davaların ortalama süresi (1998'de 9.7 ay), bölge mahkemelerindeki davaların süresinin (1998'de 5.1 ay) iki katıdır (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 24).

<sup>69</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. Ales Zalar, *Legislative and Judicial Incentives to Early (Amicable) Resolution* (European Conference of Judges, "Early Settlement of Disputes and the Role of Judges", Strasbourg, 24-25 November 2003, s. 1-8).

<sup>70</sup> Gaillard, Edelstein s. 75.

<sup>71</sup> Yeni Hukuk Usulü Kanununun I'inci Kitabının VI'üncü Bölümü.

niyle (arabuluculuk üç ay sürebilir ve bu süre bir defalığına yenilenebilir) taraflar için masraf yapılmasını gerektirir. Arabulucunun ücreti, taraflara danişılmadan, mahkemece serbestçe kararlaştırılır<sup>72</sup>.

Bir arabulucu tarafından ücretsiz olarak gerçekleştirilen arabuluculuk süreci hakkında, arabulucuya başvurulmasının "mahkemenin süreden tasarruf etmesini" sağladığı ve böylece masraflardan da tasarruf edildiği ileri sürülebilir. Ancak bu hâlde, uzlaştırıcının ücreti kamusal fonlardan ödeneceğinden, gene bir masraf yapılması söz konusu olacaktır. Her iki masraf mukayese edildiğinde, sonuçta çok fazla tasarruf edilmediği görülecektir. Uzlaştırıcının atanması, davaya diğer bir kişinin katılması nedeniyle, bazen dava sürecinin uzamasına da yol açabilecektir. Böyle bir durumda hâkimin kazandığı süre, davanın gecikmesi nedeniyle kaybedilecek ve artık, hâkim yerine dışarıdan uzlaştırıcı atanması durumunda, hâkimin arabulucu sıfatıyla uyuşmazlığı çözmesinden daha iyi bir sonuç elde edildiği söylenemeyecektir.

Netice itibariyle, üçüncü kişinin katılımıyla gerçekleştirilen arabuluculuk taraflar için ücretsiz dahi olsa, kısa sürede çözülen davalarda her zaman uygun olmayabilir. Örneğin Fransa'da 1998 yılında, hukuk davalarının ortalama süresi, bölge mahkemelerinde beş yıl, ilçe mahkemelerinde dokuz aydır<sup>73</sup>. Dolayısıyla, kısa sürede hüküm verilebilen davalarda arabuluculuğa başvurulması için bir neden yoktur.

Ücretli arabuluculuk, arabulucunun düşük ücretle çalıştığı hâllerin dışında, küçük miktartlı uyuşmazlıklarda elverişli değildir. Bu nedenle, sağduyulu bir hâkimin, uyuşmazlık konusu olan miktarın küçük olması hâlinde, taraflara arabuluculuğu önermemesi gerekir. Bununla beraber, bu konuda hâkimin farklı hareket etmesine neden olan durumlar da olabilir. Örneğin, Fransa'da olduğu gibi, arabuluculuk masraflarının taraflarca değil, bir adlî yardım programınca karşılanması hâlinde hâkim, ücretli arabuluculuğa başvurulmasını önerebilir. Özel hukuk uyuşmazlıklarında adlî yardım öncelikle aile uyuşmazlıklarına ve boşanma davalarına tahsis edildiği için, hâkim bu alanda arabuluculuğu önerecek ve bu da arabuluculuk hizmeti sunan kuruluşların artmasına yol açabilecektir. Bu hâlde hâkimler, önlerinde arabuluculukla çözülebilecek nitelikte bir talep bulunduğunda, fazla bir faydası olmasa da davayı arabuluculuğa havale edebilecektir.

Serverin tarafından hazırlanan raporda, arabuluculuğun bu yönü değerlendirildikten sonra, genel olarak üçüncü kişilerce gerçekleştirilen arabuluculuğun,

<sup>72</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 25.

<sup>73</sup> *Yearbook of judicial statistics*, L Documentation Française 2000, s. 65 (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 26, dn 42'den naklen).



ücretli olsun olmasın ekonomik yönden, yetersiz bir yargı sisteminin yerine geçebilecek tutarlı bir çözüm yolu olmayacağı belirtilmiştir. Bir ülkede yargılama süresi çok uzunsa, arabuluculuk dava yolu yerine ikame edilecek yegâne çare değildir. Bu hâlde yargı sistemi bir bütün olarak düzeltilmeli; bu yapılırken de tamamlayıcı bir çare olarak ADR usullerine başvurulmalıdır. Aksi hâlde, sadece ADR usullerinin geliştirilmesi, yargı sistemindeki eksiklikleri kalıcı hâle getirecektir. Bu nedenle bütün ülkelerde, uyuşmazlıkları tarafsız üçüncü kişilere havale etmekle yetinilmemeli, fakat buna ilaveten, "mahkeme yönetimi" üzerinde daha çok çalışılmalıdır<sup>74</sup>.

## **II. Dava Sürecinde Yapılan Uzlaşmayla Arabuluculuğun Faydalarının Karşılaştırılması**

Arabuluculuktan ayrı olarak davalar, hukuk sistemlerine, uyuşmazlık türlerine ve özellikle yargılama giderlerinin yüksekliğine bağlı olarak yargı dışı çözüm yollarıyla bitirilmektedir.

### **1. Arabuluculuk ve Uzlaşma Giderleri**

Dava süreci sırasında yapılan anlaşmalar üzerindeki çalışmalar, yargısal usuller hakkındaki teorik kökenli ekonomik araştırmaların önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Ekonomistlerce oluşturulan modellere göre, yargılama giderlerindeki değişkenlik, tarafların bir davayı sonuna kadar takip edip etmeyecekleri konusunda verecekleri kararı etkileyen temel nedendir. Yargılama giderleri, davanın erkenden terk edilmesi için güçlü bir etkidir. Bu durumda, tarafların akılcı olmadığı hâlde dava yolunu neden tercih ettiklerinin belirlenmesi gerekir. Tarafların daima avukatla temsil edildikleri varsayıldığı için ekonomistler, avukatlarca yürütülen uzlaşma usulleri üzerinde yoğunlaşmışlardır. Avukatların uzlaşmayı tercih ettiklerine dair yaygın bir kanaatin bulunması, uzlaşma olasılığını artırmaktadır.

Diğer taraftan bu modeller, yargılama giderlerine arabuluculuk masrafları eklendiğinde kullanılmamakta; avukatların ücretlerine bir de arabulucuların ücreti eklendiğinde, müzakerenin artık tarafların ekonomik menfaatlerine uygun olacağı kesin olarak söylenememektedir. Bu müzakerelere üçüncü kişinin katılımı, sadece durumun karmaşıklığını artırmakta ve arabuluculuğa avukatların katılımı sorununu doğurmaktadır.

Bu modellerdeki tartışmaların ayrıntısına girmeden ifade edilmesi gereken husus, arabuluculuğun her zaman yargısal ortamda; yani tarafların, avukatla-

<sup>74</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 26; European Committee on Legal Cooperation s. 28.

rın, bilirkişilerin ve hâkimlerin katılımıyla işletilmeye başlamasının gerekli olmasıdır. Böylece, avukatla temsilin zorunlu olduğu davalarda, tarafların temsilcileri müzakerelerin sorumluluğunu üstlenebilirler. Avukatla temsilin zorunlu olmadığı davalarda, mahkemenin kendisinin uzlaştırmayı başaramadığı hâller haricinde, ücretli arabuluculuk sürecine başvurulmamalıdır<sup>75</sup>.

## 2. Arabuluculuk ve Taraflar Arasında Uzlaşma Olasılığı

İngiltere ve Galler gibi yargılama giderlerinin yüksek olduğu ülkelerde, davaların çözülmesi veya geri alınması konusunda büyük bir çaba ve isteklilik vardır. Davaların %90'ından fazlası yargılama yapılmadan çözülmekte veya geri alınmaktadır. Fransa'da, hüküm verilmeden önce çözülen dava sayısı, dava türüne göre değişmektedir. Buna göre, hizmet sözleşmelerinin ihlâlinden kaynaklanan uyuşmazlıkların %45'i, tıbbî haksız fiillerden kaynaklanan sorumluluk davalarının %32'si ve sözleşmeye dayanan ifa taleplerinin %12'si yargılama aşamasına geçilmeden çözülmektedir<sup>76</sup>. Bu yüksek uzlaşma oranları karşısında, Avrupa'da arabuluculuğun ne gibi katkılar sağlayacağı değerlendirilmesi gerekir.

Uyuşmazlığın tarafları arasında doğrudan uzlaşma oranının çok yüksek olduğu hâllerde, ücretli arabuluculuğun önerilmesi mantıklı olmayabilir. Bu hâlde arabuluculuk, hem toplum hem taraflar için gereksiz masraf yapılmasına yol açabilir. Yüksek bir uzlaşma oranının mevcut olduğu uyuşmazlıklarda genellikle bilirkişilerin müdahalesi gereklidir. Bilirkişilerin katıldığı uyuşmazlıklarda tarafsız üçüncü kişilerin katılımına ihtiyaç olmayacağı düşünülebilir. Ancak bu durumda, bilirkişinin kendi başına bir uzlaşma tutanağı düzenleyip düzenleyemeyeceği sorusu ortaya çıkar.

Bu bilgiler ışığında, yargılama sırasında ücretli arabuluculuğun; uyuşmazlık konusu olan miktarın yüksek olması ve müzakereyi yönetebilecek hukuk danışmanlarının veya bilirkişilerin mevcut olmaması koşuluyla, sadece müzakere ve uzlaşma olasılığının düşük olduğu uyuşmazlık türlerinde kullanılabilceği söylenebilir<sup>77</sup>.

## B. Dava Süreci Esnasında Yasal Koşullar Yönünden Arabuluculuğa Havale Edilmeye Uygun Olan Uyuşmazlıklar

Hukuk yargılamasına egemen olan tasarruf ilkesine göre, dava üzerinde tasarruf yetkisi taraflara aittir. Buna göre, taraflar dava açmakta veya davadan feragat

<sup>75</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 27.

<sup>76</sup> Fransa'nın 1997 yılındaki istatistikleri için bkz. Répertoire Général Civil (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 28'den naklen).

<sup>77</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 28.

etmekte özgürdür<sup>78</sup>. Tarafların bu konudaki kararları, hukuk usulü kanunlarında öngörülen şekilde belgelenir. Tasarruf ilkesinin varlığına rağmen Devletin, davanın taraflarını, dava yolunu terk etmeye teşvik eden bir hukuk politikası benimsemesi mümkün müdür? Bu soruya verilecek cevap üzerinde tartışılabilir. 1997 yılında Finlandiya'lı hâkimler arasında yapılan bir araştırma, arabuluculukla çözülen dava sayısındaki artışın, arabuluculuğun hukuka uygunluğu konusunda ve daha az şekli olan uyuşmazlık çözüm usullerinde adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin yerine getirilmesi konusunda açıklanan bazı tereddütlerin varlığına rağmen olumlu görüldüğünü ortaya koymuştur. Bir uyuşmazlık mahkeme önüne getirilmişse bunun nedeni, talep sahibinin tehlikeden kaçınmak için dava yolunu bir güvence olarak görmesidir. Bunun gibi, açılan bir dava taraflarca takip ediliyorsa bunun nedeni, taraflardan hiç değilse birinin amacının, mahkeme kararı elde etmek olmasıdır. Bu nedenle, sadece üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen hakları konu alan davalarda yargısal arabuluculuk teşvik edilmeli ve arabuluculuk yolu dikkate alınmalıdır.

### ***1. Yasal Koşullar Yönünden Müzakereye Uygun Olan Haklar***

Kişilerin sahip oldukları bazı haklar üzerinde serbestçe tasarruf etmeleri mümkün olmadığından, bu tür haklar üzerinde müzakere etmeleri de mümkün değildir.

#### **1. Üzerinde Müzakere Edilemeyen Haklar**

Kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri haklar uzlaşma konusu olamaz ve bu nedenle bu haklar arabuluculuk için uygun değildirler. Bu durumda, üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyecek olan; sadece mahkemece verilecek bir kararla üzerinde tasarruf edilebilecek olan haklar belirlenmelidir. Uyuşmazlık konusu olan hakla ilgili bir hukukî tasarruf sadece mahkeme kararıyla geçerli olarak yapılabiliriyorsa, bu hakka ilişkin uyuşmazlığın arabuluculukla çözülmesi mümkün değildir.

Fransız medenî usul hukukunda nizasız kaza (çekişmesiz yargı) işlerinin tümü<sup>79</sup> bu kapsamdadır. Yeni Fransız Hukuk Usulü Kanununun 25'inci maddesinde nizasız kaza işleri, bir uyuşmazlığın bulunmadığı hâllerde, davanın niteliği veya talep sahibinin ehliyeti nedeniyle, yargısal kontrole tâbi olmasının kanunen zorunlu olduğu bir talep hakkında, hâkimin karar vermesi olarak tanımlanmıştır. Davaların büyük çoğunluğu nizasız kaza işleridir ve bu işler

<sup>78</sup> Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara 2003, s. 405; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, İstanbul 2001, s. 1917; Saim Üstündağ, *Medenî Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000, s. 239; Sabri Ş. Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara 1960, s. 148; Yavuz Alangoya, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, C. I, İstanbul 2000, s. 164.

<sup>79</sup> Fransız hukukunda nizasız kazanın gelişimi için bkz. Baki Kuru, *Nizasız Kaza*, Ankara 1961, s. 51.

özel olarak görevlendirilmiş hâkimlerin işlerinin önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Nizasız kaza işlerine örnek olarak aile hukukuna ilişkin bazı konular<sup>80</sup> (anlaşmalı boşanma, evlat edinme<sup>81</sup>), sınırlı ehliyetlerle ilgili işler (küçüklere veya ergin kişilere vasi atanması<sup>82</sup>), evlilikteki bazı ekonomik ilişkiler (mal rejimi anlaşmasının değiştirilmesi<sup>83</sup>) ve ev reisliği (çocukların eğitime izin verilmesi) gösterilebilir<sup>84</sup>. Nizasız Kazada taraflarca hazırlama ilkesi değil, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir<sup>85</sup>. Nizasız Kazada ilgililerin (talep sahiplerinin), vakıalar üzerinde bir tasarruf yetkisi yoktur<sup>86</sup>. Böylece nizasız kazada arabuluculuğun uygulanması mümkün değildir<sup>87</sup>.

## 2. Denetim Altında Üzerinde Müzakere Edilebilen Haklar

Çekişmeli işlerde belirli haklar, sadece sınırlı bir alanda olmak üzere anlaşmaya konu olabilirler. Bu durum, velayet hukukunda, ailelerin çocuklarına karşı yerine getirmek zorunda oldukları yükümlülükler için geçerlidir. Bu haklarla ilgili anlaşmalar, çocukların menfaatlerini korumalı ve özellikle çocukların menfaatlerine zarar verebilecek feragat beyanları içermemelidir. Bununla beraber, tasarruf yetkisinin sınırlanması üst bir merci tarafından kontrol edilmesini gerektirir. Bu merci, idarî bir merci olabilir; fakat pek çok olayda atanacak olan hâkimdir. O hâlde, uyuşmazlık sadece tarafların menfaatlerini değil, fakat aynı zamanda üçüncü kişilerin veya toplumun menfaatlerini de ilgilendiriyorsa, arabulucu için artık fazla bir seçenek kalmamıştır.

Böylece, aile bireyleri arasında nafaka tespitiyle ilgili bir uyuşmazlığa arabulucunun katılımı, sadece hâkimin işlevine ilaveten, onu destekleyici biçimde olmak şartıyla uygun olabilir. Arabulucu, tarafları, birbirlerini dinlemeleri için ikna edebilir; fakat hâkim her halükârda, yapılan anlaşmanın çocuğun haklarına zarar vermemesini ve çocuğa karşı olan sorumlulukların kapsamını daraltmamasını sağlayacaktır.

Çekişmeli yargıya ait diğer işlerde kanun koyucu, zayıf olan tarafı korumak için emredici kurallar koymuştur. Örneğin işçi-işveren ilişkileri, kiracı-kiralayan

<sup>80</sup> Aile hukukunda nizasız kaza işlerinin neler olduğu konusunda bkz. Kuru-Nizasız Kaza s. 69-84.

<sup>81</sup> Kuru-Nizasız Kaza s. 77.

<sup>82</sup> "Vesayet işleri, nizasız kazanın en eski ve en mühim sahalarından biridir" (Kuru-Nizasız Kaza s. 80).

<sup>83</sup> Kuru-Nizasız Kaza s. 72.

<sup>84</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 29.

<sup>85</sup> Kuru-Nizasız Kaza s. 160.

<sup>86</sup> Kuru-Nizasız Kaza s. 162.

<sup>87</sup> Nitekim doktrinde, nizasız kazada sulhün ve tahkimin söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir (Kuru-Nizasız Kaza s. 171).

ilişkileri, kredi alan-kredi veren arasındaki ilişkiler veya trafik kazalarında zarar gören kişilerle sigortacılar arasındaki ilişkiler emredici kurallarla düzenlenmiştir. Kamu düzeninin korunması için önem taşıdığı kabul edilen bu haklar, korunan tarafın mamelekine girdikten sonra (yani bir uyuşmazlık doğduktan sonra) üzerinde tasarruf edilebilir hâle gelir. Dava süreci esnasında taraflardan biri, tarafların haklarının korunup korunmadığının kontrol edilemeyeceği bir arabuluculuk sürecine başvurmayla yönlendirilirse, yasal düzenlemelerin amacına zarar verilebilir. Bu nedenle, özel olarak korunan hakların mevcut olduğu alanlarda yargısal arabuluculuk kullanılmamalı; bunun yerine, uyuşmazlık mahkeme önüne getirilmeden önce müdahale edecek olan, konusunda uzman uzlaştırma mercileri (yani yargı dışı arabuluculuk<sup>88</sup>) tercih edilmelidir. Bu uzlaştırma komitelerinin müdahalesinin ardından ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar mahkemece çözümlenmelidir. Mahkemenin de bu aşamada yeni bir arabulucu ataması mümkün olmamalıdır; çünkü bu arabulucu, uzlaştırma komitesinden daha az bilgili ve konuya daha az hâkim olacaktır<sup>89</sup>.

## **II. Üzerinde Müzakere Edilebilen Uyuşmazlıklara Uygun Olan Arabuluculuk Biçimleri**

Tarafların üzerinde serbest tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarda, arabuluculuk yetkisinin hâkime mi yoksa ücretli veya ücretsiz olarak çalışan üçüncü bir kişiye mi verileceği seçenekleri arasında bir tercih yapılmalıdır. Bu iki arabulucu arasında masraflar yönünden mevcut olan fark bir kenara bırakılıp, sadece hukukî çıkarlar açısından konuya bakıldığında, hâkime veya üçüncü kişiye tevdi edilen uzlaştırıcılık görevleri mukayese edilerek bir karar verilmelidir.

Arabulucunun, tarafları uzlaştırmaktan başka bir öncelikli görevi bulunmamakta ve hukuk kurallarının uygulanması arabulucunun görevinin ifasında esaslı bir yer işgal etmemektedir<sup>90</sup>. Arabulucu, kesin olarak hukuk kurallarını uygulamak zorunda tutulmadıkça, üzerinde tasarruf edilemeyen uyuşmazlıklarda uzlaştırıcılık yapmakla veya tarafların karmaşık talepleri hakkında taraflara tam bir bilgi vermekle yükümlü kılınmaz<sup>91</sup>.

Diğer taraftan hâkimin, hukuk kurallarının açıklanması ve tarafların uzlaştırılması şeklinde iki ayrı işlevi vardır. Hâkim yargısal görevini yerine getirirken,

<sup>88</sup> Bkz. yuk. § 2.

<sup>89</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 30.

<sup>90</sup> Örneğin, aslında bir tahkim yolu olan dostane arabuluculuk (*amiable compositeurs*) yolunda da taraflar hakemlere, hukuk kurallarına sıkıca bağlı kalmadan, hakkaniyet ilkesine göre hareket ederek karar verebilme yetkisini tanımaktadırlar (Ziya Akıncı, *Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*, Batider 1996/4, s. 94-109, s. 105).

<sup>91</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 30.

tarafların anlaşmasıyla veya kanun gereği bir istisna tanınmadığı sürece, hukuk kurallarını uygular<sup>92</sup>. Bu noktada tartışılması gereken husus, hâkimin bir “arabulucu hâkim” olarak müdahale etmesi hâlinde bu yükümlülükten kurtulmuş sayılıp sayılmayacağıdır. Bu gibi bir sonuca varmak mantıksız görülebilir. Bir hâkimin uzlaştırıcı sıfatıyla uyuşmazlığa müdahale etmesi hâlinde, müzakere- nin bağımsız ve tarafsız bir şekilde yönetilmesinde ve kendisinin önerdiği anlaşmanın adalete uygunluğunu sağlamasında, diğer kişilere oranla daha iyi bir durumda olduğu kabul edilmelidir. Bir arabulucu-hâkim, bu şekilde davranmaya teşvik edilmeli ve hâkimin bu faaliyeti çok basit hükümlerle düzenlenmelidir. Bundan başka, bir kamu hizmeti olan adalet hizmetinin kusurlu icrasından dolayı Devletin sorumluluğunu öngören yasal düzenlemeler, hâkimlerin uzlaştırıcılık görevlerinde de uygulanabilmelidir.

### **C. Dava Süreci Esnasında Arabuluculukla Etkili Biçimde Çözülen Uyuşmazlıklar**

Arabuluculuğun hukukî yönden etkinliği, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşma sayısı ile değil; fakat, arabuluculuğun dava sürecini bitiren ve geçerli olan hukukî çözümler üretebilme kabiliyetiyle ölçülür.

#### ***1. Dava Sürecini Sınırlaması Bakımından Arabuluculuğun Etkinliği***

Arabuluculuğun yol açtığı masraflar ve gecikme sebebiyle, arabulucunun müdahalesiyle davanın bitirilmesinin mümkün olduğu uyuşmazlıklar arabuluculuğa havale edilmelidir.

#### **1. Dava Sürecini Bitiren Anlaşmalar**

Arabuluculuğun etkinliğini belirlemede kullanılan kıstaslardan birisi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hemen ve tamamen çözülmesidir. Bununla beraber bütün uyuşmazlıklar, uyuşmazlığa yol açan nedenlerin tamamen ve kesin olarak çözülmesine imkân tanımaz. Boşanma davaları veya bir hizmet sözleşmesinin ihlâlini müteakip yapılan talepler gibi karmaşık uyuşmazlıklar, kısmî anlaşmaların konusunu oluşturabilecek ufak parçalara ayrılabilirler.

Böyle bir durumda, arabuluculuğun kısmî anlaşmalar yapmaya ne kadar uygun bir usul olduğunun belirlenmesi gerekir. Fransız medenî usul hukuku, yargısal uzlaştırma hâlinde bu durumu düzenlemektedir. Bütün mahkemelerdeki yargılama usullerinde uygulanabilecek bir hüküm olan Hukuk Usulü Kanununun

<sup>92</sup> Yeni Fransız Hukuk Usulü Kanununun 12'nci maddesinin 4'üncü paragrafına göre, taraflar aralarında anlaşarak hâkime, görülmekte olan davayı dostane bir temele göre çözme yetkisi verebilirler. İtalya'da bölge hâkimi, talep konusunun iki milyon Liretin altında olduğu davalarda, ilgili tarafın itiraz etmemesi şartıyla kararını, hukuk kurallarına sıkıca bağlı kalmaksızın, hakkaniyet esasına dayanarak verebilir (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 30, dn. 51).

130'uncu maddesine göre, hâkim tarafından gerçekleştirilen uzlaştırma hâlinde, "kısımlî bir anlaşma olsa bile anlaşmanın şartları, hâkim ve taraflarca imzalanacak bir tutanağa kaydedilecektir". Bunun gibi, üçüncü bir kişiye havale edilen arabuluculuk, "uyuşmazlığın tamamını veya bir kısmını" ilgilendirebilir (m. 131, II). Bu hükmün anlamı, sonuçta kısmî bir anlaşma yapılmasının mümkün olmasıdır. Buna karşılık, pratik mülâhazalarla bu hukukî seçenek isteğe bağlı olarak kullanılmalıdır.

Hâkim, kanunda düzenlenen usul kurallarıyla bağlı olduğundan, hâkimce yürütülen arabuluculuğun konusu sınırlı kalabilir. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, kısmî arabuluculuk yapma görevinin üçüncü kişiye verilmiş olması hâlidir; çünkü bu durumda üçüncü kişi, uyuşmazlığın tamamen ve kesin olarak çözümlenmesi imkânını gereksiz yere ikinci plâna atabilir. Bunun yanında kısmî arabuluculuk, hangi konular üzerinde karar verilmesi gerektiğini değerlendirmede hâkime güçlük çıkarabilir. Örneğin, bir küçüğün ikametgâhının tayin edilmesi konusundaki bir uyuşmazlığın, aynı zamanda bu ikametgâhla ilgili olarak ortaya çıkan bütün hukukî sonuçlar çözümlenmeden (örneğin iştirak nafakası, çocukla görüşme hakkı, aile için ev tahsis etme) çözülebilmesi mümkün değildir.

Bu bilgilerden de anlaşıldığı gibi, üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilecek bir arabuluculuk süreci, sonuçta yapılacak anlaşmanın ihtilafı konuları tamamen çözebilecek olması hâlinde tercih edilmelidir<sup>93</sup>.

## 2. Gelecekte Uyuşmazlık Çıkmasını Önleyen Anlaşmalar

Avukatlarca gerçekleştirilen arabuluculuğun temel özelliği, bilhassa aile uyuşmazlıklarında, taraflar arasındaki ilişkilerde sulhü tesis etme olasılığı sayesinde, sonradan doğabilecek uyuşmazlıkların önlenmesinde bir mahkeme kararından çok daha etkili olmasıdır. Arabuluculuğun bu konudaki etkinliği psikolojik nedenlere dayandırılmaktadır. Müzakere edilen bir uyuşmazlığın muhtemel sonucu olan bu etkinin, arabuluculuk açısından özel olarak incelenmesi mümkündür. Sonuçta yapılan anlaşmanın önleyici etkisi farklı düzeylerde görülecektir.

1. Öncelikle ifade edilmesi gereken husus, bir arabulucunun gözetiminde yapılan ve hâkim tarafından onaylanan veya tutanağa geçirilen bir anlaşmanın, icra edilebilirlik yönünden daha avantajlı olmasıdır. Buna karşılık, anlaşma hâkime sunulmazsa dava, davanın geri alınması veya davadan feragat edilmesi amacıyla yapılan basit bir beyanla bitirilecek ve mahkemeye, davanın son bulduğuna veya reddine karar verilmesiyle yetinilecektir.

<sup>93</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 31.

2. Taraflar arasında yapılan anlaşma uyuşmazlık konusunu tamamen ortadan kaldırmaktaysa, mahkemenin sadece bu anlaşmayı belgeleyen kararına karşı kanun yollarına başvurulamaz<sup>94</sup>. Bundan çıkan sonuç, arabuluculuğun temyize başvurmayı önleyici etkiye sahip olmasıdır. Bununla beraber bu etki, üçüncü bir kişinin gözetiminde olsun veya olmasın, bütün yargı dışı çözüm yollarında mevcuttur.
3. Taraflar arasında yapılan anlaşmanın, ileride bu anlaşmanın kapsadığı durumlardan ortaya çıkabilecek olan gelişmelerle ilgili hükümler içermesi hâlinde, gelecekteki uyuşmazlıkları önleyici etkiye sahip olması da mümkündür. Buna örnek olarak, bir haksız fiil sonucu mağdurun uğradığı cismani zararın sonradan artması (BK m. 46, II) veya gelecekteki ekonomik kayıplarla ilgili durumlar gösterilebilir. Uyuşmazlığın belirli bir unsuru hakkında mevcut anlaşmada özel hüküm yoksa, "uzlaşma, kendisinin düzenlediği konuyla sınırlıdır" (Fransız Medenî Kanunu m. 2048); yani, uzlaşmanın kapsamına girmeyen herhangi bir mesele, sonradan ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın konusunu oluşturabilir. Bu nedenle, bir arabuluculuk süreci sonunda anlaşma metninin taslağı hazırlanırken azami ölçüde dikkat gösterilmelidir. Bu anlaşma metninin taraflar arasında yapılacak bir sözleşme olacağı ve gerekirse icra edilebileceği unutulmamalıdır.
4. Mahkemede görülmekte olan davanın, zamanın değişen koşullarına göre gözden geçirilmesi gereken bir dava olması hâlinde, arabuluculuğun etkisi azalır. Nafaka anlaşmalarının incelenmesiyle ilgili davalar bu tür davalardandır. Fransız Temyiz Mahkemesinin müstekar içtihatlarına göre, çocukların bakımı ve eğitimi için gerekli olan giderler (iştirak nafakası) hakkında yapılan anlaşmalar, koşullar değiştiği takdirde değiştirilebilir. Gerçekten, bir boşanma anlaşmasında görüldüğü gibi, sözleşmeyle belli bir miktar nafakanın saptanmış olması, tarafların, koşullardaki değişikliklere dayanılarak bu anlaşmanın değiştirilmesini talep etme hakkını ortadan kaldırmaz<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> Hukukumuzda mahkeme huzurunda yapılan sulhü buna örnek olarak göstermek mümkündür. Sulhte taraflar arasında bir akit yapılmakta ve bu akitle, taraflar arasındaki uyuşmazlık giderilmektedir. Bu akit dava görülmekteyken, yargılama hukukunun koyduğu kurallara göre yapılır ve yargılama hukukuna ilişkin sonuçlar doğurursa "mahkeme önünde sulh" adını alır (Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara 1972, s. 23). Mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesi, mahkemeye beyan edilerek o davanın bir parçası hâline getirilmek ve hemen tutanağa geçirilip imzalanmak suretiyle mahkeme önünde sulhe dönüşür (Önen s. 144; Süha Tanrıver, *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara 1996, s. 91). Mahkeme önünde sulh davayı kendiliğinden sona erdirmekte ve ilam niteliğinde belge sayılmaktadır (İİK m. 38). Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, mahkeme önünde sulh şekli anlamda kesin hükmün hukukî sonuçlarını doğurur (HUMK m. 95, I). Böylece, mahkeme içi sulh aleyhine kanun yollarına başvurulamaz (Önen s. 143; Süha Tanrıver, *Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler*, A-ÜSBFD 1994/1-2, s. 333-348, s. 342).

<sup>95</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 32.



## **II. Arabuluculukla Etkili Bir Şekilde Korunan Haklar**

Bir uyuşmazlığın çözüm sürecine katılan arabulucu, tarafların haklarını etkili bir şekilde koruyan bir anlaşma yapılmasını sağlamalıdır.

### **1. Tarafsız İşleyiş Açısından Arabuluculuğun Uygunluğu**

Arabuluculuğun tercih edilmesinin nedeni öncelikle, objektif bir işleyiş tarzına uygunluk açısından değerlendirilmelidir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi arabuluculuğun tercih edilmesini, arabuluculuğu zorlayıcı tedbirlerle karşılaştırarak sağlamıştır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 23 Eylül 1994'te Hokkanen'in Finlandiya'ya karşı açmış olduğu davada verdiği hükümde, Finlandiya'nın, aile hukukundan doğan haklara saygı duyulmasını sağlayacak uygun tedbirleri almakta kusurlu olması sebebiyle Sözleşmenin (aile yaşamına saygı hakkını koruyan) 8'inci maddesini ihlâl ettiğini kabul etmiştir. Somut olayda, karısının ölümünden sonra kızının velayetini geçici olarak karısının ailesine veren bir baba, daha sonra kendi lehine olan bazı mahkeme kararlarının varlığına rağmen, kızının kendisine dönmesini sağlayamamıştır. Bu kararlara karşı bazı arabuluculuk girişimlerinde bulunmuşsa da bunların tümü başarısız olmuş ve başlangıçtaki durumu daha da kötüleştirmiştir<sup>96</sup>. Mahkemenin görüşüne göre aile haklarına saygı, tekrar birleşmeyi kolaylaştırmak için "uygun tedbirlerin" alınmasını gerektirir ve olayda arabuluculuk uygun bir tedbir olarak görülmemiştir.

Bu örnek, arabuluculuğun kullanılması kararının önemli olduğunu ve yasal hakları tehlikeye sokabileceğini göstermiştir. Hukukî açıdan bakıldığında, güvence sağlayacak tedbirlerin (örneğin, zamanaşımı süresinin kesilmesi için arabuluculuk olasılığının öngörülmesi gibi) öngörülmesi yararlı olabilir. Bundan başka, arabuluculuğa başvurulmasına dair bir karar kesinlikle tarafları zorlayarak veya tarafların bir hakkı ihlâl edilerek alınmamalıdır.

### **2. Arabuluculuk Sırasında Yapılan Anlaşmanın Hukukî Geçerliliği**

Arabuluculuğun etkinliği özellikle, arabuluculuk sonunda hukukî yönden geçerli bir anlaşma yapılabilmesinde kendini gösterir.

Arabulucu ister hâkim, ister üçüncü kişi olsun, arabulucunun gözetiminde yapılan anlaşma eğer taraflardan birinin haklarını ihlâl ediyorsa geçerli olmaya-

<sup>96</sup> ECHR, the Hokkanen v. Finland judgment of 23 September 1994, No. 50/1993/445/524. Bu davada Finlandiya hukuku, çocukların velayeti ve çocuklarla görüşme hakkıyla ilgili tedbirlerin icra edilmesi için arabuluculuk yolunu öngörmüştür. Buna karşılık ilgili kanuna göre, "önceki girişimler neticesinde uzlaştırmanın başarısız olacağı belliyse ya da bir velayet davasında, kararın hemen icrası çocuğun menfaatlerine uygunsuz ve önemli nedenlerle zorunluysa uzlaştırmaya başvurulmayabilir" (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 33, dn. 52).

caktır. Bu duruma Fransız mahkeme içtihatlarından iki örnek vermek mümkündür. Fransız Temyiz Mahkemesince 28 Mart 2000 tarihinde verilen bir kararda, iş mahkemesi haklılığını uzlaşma vasfıyla hareket etmeleri durumunda yerine getirmeleri gereken görev şu şekilde tanımlanmıştır: “İş davalarında zorunlu bir ön aşama olan uzlaştırma, taraflar arasında bir anlaşma yapılmasına çalışan ve tarafların her birinin haklarını koruyan uzlaştırma bürosunun aktif katılımını gerektiren yargısal bir tedbirdir; sonuç olarak, bu tedbir yalnızca, büro görevini yerine getirmişse ve özellikle tarafların kendilerine ait haklar konusunda bilgilendirilmesi sağlanmışsa geçerli olabilir”<sup>97</sup>. Bu karara göre, “uzlaşma tutanağında yazılan anlaşma hükümsüzdür”. Temyiz Mahkemesinin Üçüncü Hukuk Dairesi benzer bir kararında, mahkeme önünde imzalanan bir anlaşmanın, eslerin her ikisinin de menfaatlerini etkilemesi, fakat eşlerden yalnız biri tarafından imzalanması hâlinde geçersiz olacağını kabul etmiştir<sup>98</sup>.

Her iki örnek de taraflar arasında anlaşma yapılması ve uzlaşmanın icra edilmesi hâlinde de uzlaşmaların geçerliliğinin kontrol edileceğini ortaya koymaktadır. Arabuluculuk, kişilerin haklarıyla ilgili olduğu için sosyal ve hukukî etkileri olan bir faaliyettir. Arabuluculuk ister mahkeme katımlı ister mahkeme dışı bir süreç olsun, ister bir hakımsce ister tarafsızdır üçüncü kişiye yönetilsin, taraflara hiçbir şekilde zarar vermeyecek bir usul olarak görülmemelidir. Bu nedenle, arabuluculuğa başvuran kişiler, tıpkı mahkemelere başvuran kişiler gibi bağımsızlık ve tarafsızlık konusunda güvenceye sahip olmalıdırlar.

Serverin tarafından hazırlanan raporda, arabuluculuğun yasal yönden önünün kapatılmaması gerektiği haklı olarak vurgulanmıştır. Devletin, bütün vatandaşların haklarını korumakla görevli olduğu ve uyuşmazlıkların temel konusunun kişilerin hakları olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle, bireyler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılacak ADR yolları ve arabuluculuk devletçe desteklenmelidir. Bu noktada, Julien Freund’un şu ifadesi daha da anlam kazandırmaktadır: “Hukuk, uyuşmazlıkların çözüm yolu olduğu kadar uyuşmaz-

<sup>97</sup> Court of Cassation, Social Chamber, 28 March 2000, Bulletin Civil, Bulletin d’Information, Judgment No 1808 (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 33).

<sup>98</sup> Court of Cassation, Third Civil Chamber, 24 June 1992, Application No 91-10.506, Lamy No 1140. Bu dava Tarımsal Kiralama Mahkemesince yapılan bir uzlaşmayla ilgilidir (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 33).

<sup>99</sup> Julien Freund, *Le droit comme motif et solution des conflicts*, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, 1974, s. 47-62 (Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 34’ten naklen).

## **§ 4. ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUKLA İLGİLİ OLARAK UZMANLAR KOMİTESİNİN RAPORUNDAN ÇIKARILACAK SONUÇLAR**

### **A. Dava Açılmadan Önce Arabuluculuğa Havale Edilmesi Uygun Olan Uyuşmazlıklar**

#### ***I. Yargı Dışı Arabuluculuğun Ekonomik Koşullar Yönünden Faydaları***

1. Sür'atli ve ucuz uyuşmazlık çözüm usullerinin kullanılmadığı uyuşmazlıklarda, masrafları taraflarca karşılanan bir arabuluculuk süreci ekonomik olarak tarafların menfaatlerine uygundur.
2. Bununla beraber, özellikle sür'atli ve ucuz uyuşmazlık çözüm usullerinin mevcut olmadığı ve uyuşmazlık konusu olan menfaatin özel koruma gerektirdiği hâllerde, masrafları toplumca karşılanan bir arabuluculuk sürecine başvurulması zorunlu kılınabilir.
3. Uyuşmazlık konusu olan hak veya alacağın değerinin yüksek olduğu hâllerde ve bu uyuşmazlıkların tahkime havale edilmesi hâlinde yapılacak masraflar hesap edildiğinde, ücretli bir arabuluculuk süreci ekonomik yönden daha uygun olabilir.
4. Talep sahiplerinin dava açmaya eğilimli olmadığı uyuşmazlıklarda, masrafları kamusal fonlardan karşılanan arabuluculuk teşvik edilmelidir.
5. Müzakereye dayalı bir çözüme ulaşma ihtimalinin, ekonomik yönden güçlü olan tarafın iyi niyetine bağlı olduğu uyuşmazlıklarda, arabuluculuk yerine zorunlu bir müzakere sürecinin kullanılması tercih edilmelidir<sup>100</sup>.

#### ***II. Mahkemelerce Yargı Dışı Arabuluculuğa Havale Edilen Uyuşmazlıklar***

1. Arabuluculuk hizmeti veren ve bu alanda uzman olan özel komitelerin mevcut olmaması hâlinde Devletler, arabuluculuğun genel olarak uygulanmasını özendirmelidirler.
2. Karmaşık davalarda, alanında uzman olan kişilerce gerçekleştirilen arabuluculuk teşvik edilmelidir.
3. Devletler, özellikle uyuşmazlığın tarafları arasında güç dengesizliği olması hâlinde, uyuşmazlık konusu olan menfaatler ve uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralı arasında bir denge kurulmasını sağlayacak şekilde, bireylerin özel olarak kurulmuş arabuluculuk komitelerini ücretsiz kullanmalarını özendirmelidirler.

<sup>100</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 34.

4. Bir sözleşmede yer alan arabuluculuk şartları, bu sözleşmenin tarafları için bağlayıcı olsa da, tacir olmayan kişilerin dava açma hakkı saklı olmalıdır.

### **III. Arabuluculuk Sırasında Yapılan Anlaşmaların Hukukî Geçerliği**

1. Yapılan anlaşmanın konusunu ve kapsamını belirlemek için, her arabuluculuk süreci sonunda daima yazılı bir belge düzenlenmeli ve tarafların, anlaşma yapılmadan önce veya anlaşmanın yapılmasından sonra, bir süre bu anlaşma üzerinde dikkatlice düşünmelerine izin verilmelidir.
2. Arabulucular, katılmış oldukları arabuluculuk sürecindeki faaliyetlerinin sonuçlarından sorumlu olmalıdırlar. Bu amaçla, arabulucu bağımsız olarak çalışıyorsa sorumluluk sigortası yaptırmalı veya bir kamu görevlisi sıfatıyla çalışıyorsa arabulucunun davranışından dolayı Devletin sorumluluğu kabul edilmelidir.
3. Yargı dışı arabuluculuk sonunda yapılan bir anlaşmanın icra edilebilirliği, özellikle Avrupa Birliği içinde ilamların serbestçe yerine getirilmesi açısından, mahkemece incelenmelidir<sup>101</sup>.

## **B. Görülmekte Olan Davalarda Arabuluculuğa Havale Edilmesi Uygun Olan Uyuşmazlıklar**

### **I. Görülmekte Olan Davalarda Arabuluculuğun Ekonomik Faydaları**

1. Davada duruşma aşamasına geçilmesi veya ihtiyati tedbir kararı verilmesi olasılığı varsa, uzlaştırmanın hâkimce yönetilen ön aşamaları başlatılmalıdır.
2. Kısa sürede çözülebilecek olan veya küçük miktarları konu alan uyuşmazlıklarda taraflar, üçüncü kişinin yönetiminde gerçekleştirilen ve masrafları taraflarca karşılanacak olan arabuluculuk sürecine başvurmaya zorlanmamalıdır.
3. Bu tür uyuşmazlıklarda, üçüncü kişinin yönetiminde gerçekleştirilen ve masrafları taraflarca karşılanacak olan bir arabuluculuk sürecine başvurulursa, taraflar adlî yardımdan yararlanamamalıdır.
4. Genel olarak, üçüncü kişilerin yönetiminde, ücretli veya ücretsiz olarak gerçekleştirilen arabuluculuk, işlevsel olmayan bir yargı sisteminin yerine geçebilecek başarılı bir ekonomik seçenek şeklinde görülmemelidir.
5. Avukatla temsilin zorunlu olduğu davalarda, taraf temsilcileri müzakereci olarak hareket edebilmelidirler. Tarafların temsilcileri yoksa, hâkimin bir

<sup>101</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 35.

uzlaşma sürecini yönetemediği hâllerin dışında, ücretli arabuluculuğa başvurulmamalıdır.

6. Müzakere düzeyinin düşük olduğu uyuşmazlıklarda, tarafların malî çıkarlarının yeterli ölçüde yüksek olması şartıyla, masrafları taraflarca karşılanacak bir arabuluculuk süreci, davanın devamı sırasında ihtiyaç olduğunda başvurulabilmesi için daima göz önünde tutulmalıdır.

## **II. Görülmekte olan Davalarda Arabuluculuğun Yasal Koşullar Yönünden Uygunluğu**

1. Tarafların haklarıyla ilgili bağlayıcı bir sonucun doğabilmesi, sadece mahkemece verilecek bir kararla mümkün olabiliyorsa, bu haklar üzerinde arabuluculuğa başvurulması uygun görülmemektedir.
2. Uyuşmazlık sadece tarafların menfaatleriyle değil, fakat üçüncü kişilerin veya toplumun da menfaatleriyle ilgiliyse, arabuluculuk uygun bir çözüm yolu değildir.
3. Özel olarak korunması gereken menfaatlerle ilgili uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusu olan hak üzerinde serbestçe tasarruf edilebilse dahi, yargısal arabuluculuğa fazla başvurulmamalıdır.
4. Arabuluculuğun bir hâkim tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde hâkim, tarafların haklarını asgari ölçüde güvenceye alacak bir usul içinde, tarafsız ve bağımsız bir şekilde hareket etmelidir.

## **III. Görülmekte Olan Davalarda Dava Konusu Olan Uyuşmazlık Hakkında Yapılan Anlaşmaların Hukukî Etkileri**

1. Dava sürecinde, üçüncü kişiye kısmî arabuluculuk yapma görevi verilmesinden kaçınılmalıdır; zira bu hâlde, uyuşmazlığın tamamen çözülebilmek imkânının gecikmesi tehlikesi vardır.
2. Arabuluculuk sonunda alınan kararlar daima yazılı hâle getirilmeli ve mevcut hukukî ilişki nedeniyle ileride ortaya çıkabilecek gelişmelere ilişkin hükümler içermelidir.
3. Arabuluculuk, içinde bulunulan durumun alınmasını zorunlu kıldığı bir kararın yerine geçmemeli veya bir hakkın ihlâline yol açmamalıdır.
4. İster hâkim, ister tarafsız üçüncü kişi olsun, arabulucunun gözetiminde yapılan bir anlaşma hakkında dava açılabilir ve bu anlaşmanın, sözleşme hukukunda öngörülen nedenlere dayanılarak hükümsüz sayılabilmesi mümkün olmalıdır<sup>102</sup>.

<sup>102</sup> Committee of Experts on Efficiency of Justice s. 36.

## § 5. AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİNİN MEDENÎ HUKUK UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK HAKKINDAKİ R (2002) 10 SAYILI TAVSİYE KARARI

### A. Tavsiye Kararının İçeriği

ADR ve arabuluculukla ilgili olarak Avrupa Konseyi bünyesinde yapılan çalışmalar neticesinde, medenî hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk hakkındaki tavsiye kararı Bakanlar Komitesince 18 Eylül 2002 tarihinde, Bakan Vekillerinin 808'inci toplantısında kabul edilmiştir. Bakanlar Komitesinin tavsiye kararı şu şekildedir<sup>103</sup>:

“Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Yasasınının 15. b maddesi uyarınca,

Yargı kararlarına alternatif uyuşmazlık çözüm usullerinin gelişmesini olumlu karşılayarak ve bu gibi usuller kullanıldığında güvence sağlayan kuralların gerekliliğini kabul ederek;

Her mahkemenin yargılama yetkisinin (görevinin) kendisine has özelliklerini dikkate alarak, uyuşmazlıkları çözme yöntemlerinin düzeltilmesi için sürekli çaba gösterilmesinin gerekli olduğunun altını çizerek;

Arabuluculuk için özel usuller belirlemenin, ihtilafli konular üzerinde müzakere etmeleri ve kendi ortak anlaşmalarına varmaları için taraflara yardım eden bir ‘arabulucunun’ bulunduğu bir usul oluşturmanın faydalarından emin olarak;

Uygun olan davalarda, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğun faydalarını kabul ederek;

Hukukun diğer dallarında arabuluculuğun organize edilmesi gerekliliğinin bilincinde olarak;

Avrupa Konseyi tarafından ulusal düzeyde yürütülen diğer faaliyetlerin ve araştırmaların sonuçları kadar, aile arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararını, ceza uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkındaki R (99) 19 sayılı Tavsiye Kararını ve idarî mercilerle özel kişiler arasındaki yargı yolunun alternatifleri hakkındaki R (2001) 9 sayılı Tavsiye Kararını hatırlayarak;

Avrupa Adalet Bakanlarınca 8-9 Haziran 2000 tarihinde, onların Londra'daki 23'üncü Konferansında kabul edilen ‘21'inci yüzyılda dağıtılan adalet’ konu-

<sup>103</sup> Recommendation Rec (2002) 10 of the Committee of Ministers to Member States on Mediation in Civil Matters (<https://wcm.coe.int/rsi/cm/index.jsp>); Council of Europe, *Mediation in Civil Matters, Recommendation Rec (2002) 10 and explanatory memorandum, Legal Issues*, Strasbourg 2003, s. 5-9.

sundaki 1 numaralı Tavsiyeye ve özellikle, Avrupa Adalet Bakanlarınca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine, Avrupa Birliğiyle işbirliği içinde, uygun hâllerde yargı dışı uyuşmazlık çözüm usullerinin kullanılmasının teşvik edilmesini amaçlayan bir çalışma programı hazırlanması amacıyla yapılan çağrıya bilhassa dikkat çekerek;

Arabuluculuğun geliştirilmesinde mahkemelerin önemli olan işlevinin farkında olarak;

Arabuluculuğun, anlaşmazlıkların ve mahkemelerin iş yükünün azaltılabilmesine yardım edebilmesine rağmen, etkin, adil ve kolayca erişilebilecek bir yargı sisteminin yerine geçemeyeceğine işaret ederek;

A. Üye devletlerin hükûmetlerine:

- i. Uygun hâllerde özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğu kolaylaştırmayı;
- ii. Aşağıda belirlenmiş olan, 'özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili yol gösterici ilkelerin' giderek daha çok uygulanması düşüncesiyle, gerekli gördükleri bütün tedbirleri, duruma göre almayı veya güçlendirmeyi tavsiye eder.

## **B. Medenî Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculukla İlgili Yol Gösterici İlkeler**

### **Arabuluculuğun Tanımı**

1. Bu tavsiye kararının amaçları doğrultusunda 'arabuluculuk', bir veya daha fazla arabulucunun yardımıyla, tarafların bir anlaşmaya varmak için uyuşmazlık konuları üzerinde müzakere etmeleri esasına dayanan bir uyuşmazlık çözüm usulünü ifade eder.

### **Arabuluculuğun Uygulanma Alanı**

2. Bu tavsiye kararı özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanır. Bu Tavsiye Kararının amacına göre, 'özel hukuk uyuşmazlıkları' (*civil matters*), ticaret, tüketici ve iş hukuku kökenli uyuşmazlıkları kapsayan medenî hukuka ilişkin haklar ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıkları ifade eder. Bu Tavsiye Kararı, aile arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararının hükümlerini etkilemez.

### **Arabuluculuğun Düzenlenmesi**

3. Devletler, kamusal veya özel kurumlar aracılığıyla, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğu en uygun şekilde düzenlemek ve uygulamakta özgürdürler.

4. Arabuluculuk, mahkeme sürecinin içinde veya dışında yer alabilir.
5. Taraflar arabuluculuğa başvurursa bile, tarafların haklarının korunmasında en güçlü güvenceyi teşkil etmesi bakımından (taraflar için) mahkemelere ulaşma mümkün olmalıdır.
6. Arabuluculuk düzenlenirken Devletler, süre sınırlarına duyulan gereklilikle bunun etkileri arasında ve sür'atin sağlanması ile arabuluculuk usullerine kolay erişim arasında bir denge kurmalıdırlar.
7. Arabuluculuk düzenlenirken Devletler, gereksiz gecikmelerin ve arabuluculuğun geciktirici bir taktik olarak kullanılmasının önlenmesi gerektiğine dikkat etmelidirler.
8. Arabuluculuk, özellikle yargılama giderleri, yargılama usullerinin şekli yapısı veya taraflar arasındaki görüşme ve ilişkilerin sürdürülmesi gerekliliği sebebiyle, yargısal usullerin taraflar için tek başına yeteri kadar elverişli olmaması hâlinde yararlı olabilir.
9. Devletler, özellikle taraflardan birinin menfaatleri özel olarak korunmayı gerektiriyorsa, tamamen ya da kısmen ücretsiz arabuluculuk sağlanması veya arabuluculuk için adlî yardım temin edilmesi imkânını göz önüne almalıdırlar.
10. Arabuluculuk yargılama giderlerinin artmasına yol açarsa, bu giderler, uyuşmazlık konusu olan sorunun önemi ve arabulucu tarafından yürütülen işin ağırlığıyla makul düzeyde bir orantı içinde olmalıdır.

#### Arabuluculuk Süreci

11. Devletler, bir uyuşmazlığı arabuluculuğa sunmak için yapılan anlaşmaların, tarafların dava açma hakkını ne kadar sınırlayabileceğini düzenlemelidirler.
12. Arabulucular, bağımsız ve tarafsız olarak hareket etmeli ve arabuluculuk süreci esnasında silahların eşitliği ilkesine (*the principle of equality of arms*) riayet edilmesini sağlamalıdırlar.
13. Arabuluculuk sürecinde ileri sürülen bilgiler gizli olup taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça veya ulusal hukuk düzenince izin verilmedikçe sonradan kullanılamaz.
14. Arabuluculuk usulleri taraflara, uyuşmazlığın konusunu ve olası diğer çözüm şekillerini gözden geçirmeleri için yeterli zaman verilmesini sağlamalıdır.



### Arabulucuların Eğitimi ve Sorumluluğu

15. Devletler, uluslararası uyuşmazlıklar üzerinde çalışan arabulucular da dahil olmak üzere, arabulucuların seçimi, sorumlulukları, eğitimleri ve nitelikleri için uygun olan standartların kabulünü sağlayacak tedbirleri dikkate almalıdırlar.

### Arabuluculuk Sonunda Yapılan Anlaşmalar

16. Anlaşmanın konusunu, kapsamını ve sonuçlarını belirlemek için, her arabuluculuk usulü sonunda çoğunlukla yazılı bir belge düzenlenmeli ve bu belgenin düzenlenmesinden sonra ve imzalanmasından önce taraflara, düşünceleri için kendilerince kararlaştırılacak belirli bir süre tanınmalıdır.
17. Arabulucular, yapılan anlaşmaların etkisi ve taraflardan biri veya her ikisi aralarındaki anlaşmanın icra edilmesini isterse, onların izlemeleri gereken süreç hakkında tarafları bilgilendirmelidir. Bu gibi anlaşmalar kamu düzenine aykırı olmamalıdır.

### Arabuluculuk Hakkında Bilgi

18. Devletler, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkında kamuya ve bireylere genel bilgi vermelidirler.
19. Devletler, diğerleri arasında (*inter alia*), arabuluculuğun masrafları ve etkinliği de dahil olmak üzere, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkında ayrıntılı bilgi toplamalı ve dağıtmalıdırlar.
20. Ulusal hukuka ve uygulamaya uygun olarak, bireylerin arabuluculuk hakkında telefon, mektup, elektronik posta yolu da dahil olmak üzere, tarafsız tavsiye ve bilgi alabilecekleri bölgesel bir şebeke ve yerel merkezler kurulması için gerekli adımlar atılmalıdır.
21. Devletler, yargı sürecinde çalışan uzmanlar için, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili bilgi temin etmelidirler.

### Milletlerarası Boyut

22. Devletler, milletlerarası unsur taşıyan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğun kullanılmasını teşvik edecek yöntemlerin oluşturulmasını özendirilmelidirler.
23. Devletler, milletlerarası arabuluculuğun kullanılmasını kolaylaştırmak düşüncesiyle, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk üzerinde çalışan kuruluşlar arasında işbirliğini geliştirmelidirler.

B. Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine, aşağıdaki mülâhazalarla, bu Tavsiye Kararının Avrupa Birliğinin yetkili mercilerine gönderilmesi konusunda talimat verir:

- Bu Tavsiye Kararının uygulanmasında, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği arasında işbirliğini geliştirmek ve özellikle, Tavsiye Kararında sözü edilen konulara ilişkin olarak Devletlerdeki kanunlar ve usuller hakkında, bir internet web sitesi aracılığıyla bilgi yaymak;
- Bu Tavsiye Kararının hükümlerini tamamlamak veya genişletmek ya da onda belirtilen ilkelerin uygulanmasını kolaylaştırmak için hükümler oluşturmak amacıyla, Avrupa Topluluğu düzeyinde kurallar hazırlamakta Avrupa Birliğini teşvik etmek”.

## **§ 6. AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİNİN MEDENÎ HUKUK UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK HAKKINDAKİ TAVSİYE KARARININ İNCELENMESİ**

### **A. Tavsiye Kararının Hazırlanması ve Avrupa Konseyindeki Gelişim Süreci**

Avrupa Konseyi son birkaç yıldan beri, alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri ve özellikle arabuluculuk üzerinde çalışmalar yapmaktadır. Bakanlar Komitesi bu çalışmalarında disiplinler arası bir yol izlemiş ve bu nedenle aile arabuluculuğu (Recommendation No (98)1), ceza uyuşmazlıklarında arabuluculuk (Recommendation No (99)19) ve idarî mercilerle özel kişiler arasında dava yoluna alternatifler hakkında tavsiye kararları kabul etmiştir. Bakanlar Komitesi bunlara ek olarak, dava yoluna alternatif olan uyuşmazlık çözüm usulleriyle ilgili bilimsel araştırmalar yaptırmış ve Avrupa çapında bir “arabuluculuk anlayışı” geliştirmek amacıyla, Avrupa Konseyinin yasal işbirliği programları bünyesinde çok taraflı, bölgesel ve iki taraflı toplantılar düzenlemiştir.

Aile Hukuku Hakkında 4'üncü Avrupa Konferansının (Ekim 1998, Strasbourg) sonunda, “sadece aile hukukuyla ilgili alanlarda değil, fakat iki veya daha çok tarafın karıştığı diğer alanlarda da uyuşmazlıkları çözmek için arabuluculuk usulünün geliştirilmesi”<sup>104</sup> önerilmiştir.

Avrupa Konseyi tarafından 29 Kasım-1 Aralık 1999 tarihleri arasında düzenlenen “Uyuşmazlık Çözümünde Alternatif Usuller Hakkında Çok Taraflı Toplantı”nın sonunda Genel Raportör, “Devletlerin ve özel enstitülerin, yargı dışı uyuşmazlık çözüm usulleri hakkında yüksek standartlı programların gelişmesini teşvik etmeleri gerektiği” ve “uyuşmazlıkların ve uyuşmazlıklardaki taraf-

<sup>104</sup> Council of Europe, *Family Mediation in Europe* s. 121.

ların ortaya çıkışının ve yapısının tam olarak açıklanması için, bir çok çalışmanın hâlâ yapılmayı beklediği" sonucuna varmıştır<sup>105</sup>.

Bundan başka Bakanlar Komitesi, Adaletin Etkinliği Hakkında Uzmanlar Komitesine, "medenî hukuk uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan 'geleneksel' yöntemlere bir alternatif olarak, arabuluculuğun hangi uyuşmazlıkların çözümünde uygun olabileceğini açıklayan bir rapor hazırlaması" için talimat vermiştir. Uzmanlar Komitesinin bir danışmanı tarafından yürütülen bu kapsamlı araştırmada, özellikle Avrupa Konseyinin bu alandaki çalışmaları ve diğer uluslararası kuruluşlarca gerçekleştirilen çalışmalar dikkate alınmıştır.

Uzmanlar Komitesinin hukukçularından Evelyne Serverin'in hazırladığı bu rapor, 26-28 Mart 2001'de Uzmanlar Komitesince incelenmiş ve Yasal İşbirliği Hakkında Avrupa Komitesinden bu rapor üzerinde çalışması istenmiştir. Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili olarak bu raporda yer alan görüş ve önerilerin bütün Devletlerce benimsenmesi şart olmasa da, bu görüşler arabuluculuk üzerinde tartışılmasını sağlamış ve Uzmanlar Komitesiyle onun Çalışma Grubunun, R (2002) 10 sayılı tavsiye kararını hazırlamasına temel oluşturmuştur.

Uzmanlar Komitesi, Bakanlar Komitesinin arabuluculuk hakkındaki tavsiye kararını hazırlarken, Avrupa Birliği çapında yargı dışı uyuşmazlık çözüm usulleriyle ilgili olarak yürütülen çalışmaları göz önüne almıştır. Özellikle Avrupa Komisyonunun, tüketici uyuşmazlıklarının yargı dışı yollarla çözümünden sorumlu kuruluşlar için uygulanacak ilkeler hakkındaki 30 Mart 1998 tarihli Tavsiyesi, Avrupa Birliği Konseyinin, tüketici uyuşmazlıklarının yargı dışı yollarla çözümü için Topluluk çapında ulusal kuruluşlar şebekesi hakkındaki 25 Mayıs 2000 tarihli Kararı<sup>106</sup> ve Avrupa Komisyonunun yargı dışı uyuşmazlık çözüm usulleri hakkında önerdiği Yeşil Kitap dikkate incelenmiştir<sup>107</sup>.

Avrupa Konseyi tarafından bu konulara verilen siyasî ve hukukî önem, 8-9 Haziran 2000 tarihlerinde Londra'da gerçekleştirilen 23'üncü Avrupa Adalet Bakanları Konferansında bir kez daha ortaya koyulmuştur. Avrupa Adalet Bakanları bu vesileyle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesini, özellikle Avrupa Birliğiyle işbirliği yaparak, uygun olan hâllerde yargı dışı uyuşmazlık çözüm usullerinin kullanımını teşvik etmeyi amaçlayan bir çalışma programı hazırlamaya davet etmiştir. Avrupa Adalet Bakanları buna ilaveten Bakanlar Komite-

<sup>105</sup> Council of Europe, *Mediation* s. 11.

<sup>106</sup> Council Resolution of 25 May 2000 on a Community-wide network of national bodies for the extra-judicial settlement of consumer disputes (2000/C 155/01) (Official Journal of the European Communities C 155, 6.6.2000, s. 1-2)

([http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2000/c\\_15520000606en.html](http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2000/c_15520000606en.html)).

<sup>107</sup> Council of Europe, *Mediation* s. 12.

sini, arabuluculuk hakkındaki bu Tavsiye Kararında sözü edilen konularla ilgili olarak, üye ülkelerde mevcut olan yasal düzenlemeler ve usuller hakkında bir internet web sitesi aracılığıyla bilgi vermeye çağırmıştır.

Uzmanlar Komitesinin Çalışma Grubu, 26-28 Mart 2001 tarihli toplantısında, medenî hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkında bir taslak Tavsiye Kararı hazırlayarak Uzmanlar Komitesine sunmuştur<sup>108</sup>. Uzmanlar Komitesi bu taslak üzerindeki çalışmasını, 27 Şubat-1 Mart 2002 tarihleri arasında gerçekleştirdiği 4'üncü toplantısında tamamlamıştır. Taslak Tavsiye Kararı bundan sonra, 27-31 Mayıs 2002'de Yasal İşbirliği Hakkında Avrupa Komitesine sunulmuş ve Bakanlar Komitesince, Bakan Vekillerinin 18 Eylül 2002 tarihinde yaptıkları 808'inci toplantısında R (2002) 10 sayılı Tavsiye Kararı olarak kabul edilmiştir.

## **B. Tavsiye Kararının Değerlendirilmesi**

Tavsiye Kararı ilk olarak üye ülkelerin hükûmetlerini, uygun olan hâllerde, özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuğun kullanılmasını kolaylaştırmaya ve medenî hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili olarak Tavsiye Kararında belirlenen "Yol Gösterici İlkeleri" hukuk sistemlerine yerleştirmek için gerekli gördükleri bütün tedbirleri almaya davet etmiştir.

### **I. Arabuluculuğun Tanımı**

Tavsiye Kararının Yol Gösterici İlkeler bölümünde yer alan birinci ilke, bu tavsiye kararının amaçları doğrultusunda arabuluculuğun tanımıyla ilgilidir.

Toplumdaki bireyler arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde, tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla gerçekleştirilen çözüm yöntemleri, günümüzün Avrupa toplumlarında büyük ilgi görmektedir. Bu yöntemler, özellikle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri meselelerle ilgili uyuşmazlıklarda tercih edilmektedir<sup>109</sup>. Tarafsız üçüncü kişinin yardımını öngören bu usuller, resmî bir merci (mahkemeler) veya özel bir kişi (hakemler) tarafından gerçekleştirilen uyuşmazlık çözüm usullerinden ayrılmaktadır. Söz konusu tarafsız üçüncü kişiler hâkim sıfatını haiz olmayıp, farklı yetkilerle donatılmış olarak, mevcut uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımcı olmak amacıyla hareket ederler ve çeşitli adlarla anılabirler. Özellikle, yargı dışı bir yetkiye sahip olarak görev yapan arabulucu (bu durum hâkimlerin de arabulucu olarak görev yapmalarına engel değildir), mahkemece (yargılama sırasında) atanan bir bilirkişi, belirli türdeki uyuşmazlıklarda arabu-

<sup>108</sup> Taslak tavsiye kararı için bkz. European Committee on Legal Co-operation, 77<sup>th</sup> meeting, Draft Recommendation Rec (2002)10 on Mediation in Civil Matters and its Draft Explanatory Memorandum, Strasbourg 2002.

<sup>109</sup> Council of Europe, *Mediation* s. 13.

luculuk yapmak için kanunen yetkilendirilmiş bir topluluk veya merci ya da bir uyuşmazlığın tarafları arasında arabuluculuk yapması amacıyla, tarafların anlaşmasıyla atanan özel bir kişi arabulucu olarak görev yapabilir. Sıfatı ne olursa olsun, dostane bir temele dayanarak taraflara yardımcı olan bu üçüncü kişinin başlıca görevi, uyuşmazlığın tarafları arasında ortak bir zemin bulunabilmesi için çaba göstermek ve tarafların kendi kendilerine bir anlaşmaya varabilmelerini sağlamaktır. Bu üçüncü kişi, tarafları belli bir çözüm şeklini kabul etmeye zorlayamaz ve taraflara belli bir çözüm üzerinde anlaşmaları için baskı yapamaz<sup>110</sup>.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, bu Tavsiye Kararında kullanıldığı anlamıyla "arabuluculuk" terimi, tarafların, bir veya daha fazla arabulucunun yardımıyla, bir anlaşmaya varmak için ihtilafli meseleler üzerinde müzakere ettikleri bir uyuşmazlık çözüm usulünü kasteder. Bu usul, mahkeme hükümleri ve hakem kararları ile sonuçlanan "geleneksel" uyuşmazlık çözüm usullerinden farklıdır. Bu Tavsiye Kararının amaçları bakımından arabuluculuk, hem zorunlu hem gönüllü arabuluculuğu kapsamaktadır.

## **II. Arabuluculuğun Uygulanma Alanı**

Tavsiye Kararındaki ikinci ilke, onun uygulanma alanıyla ilgilidir. Buna göre Tavsiye Kararı, bütün özel hukuk uyuşmazlıklarına (ticaret hukuku, tüketici hukuku ve iş hukuku kökenli uyuşmazlıklar dahil olmak üzere) uygulanacak; fakat, idare hukuku ve ceza hukuku uyuşmazlıklarına uygulanmayacaktır. Ceza hukuku uyuşmazlıklarıyla ilgili hususlarda, Bakanlar Komitesinin ceza uyuşmazlıkları hakkındaki R (99) 19 sayılı Tavsiye Kararı, idarî uyuşmazlıklar içinse, Bakanlar Komitesinin Rec (2001) 9 sayılı Tavsiye Kararı esas alınacaktır<sup>111</sup>. Nihayet, bir çok hukuk sisteminde özel hukuka dahil kabul edilen aile hukuku uyuşmazlıklarında, Bakanlar Komitesinin aile uyuşmazlıkları hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı, konuyla ilgili özel hükümler içerdiğinden kural olarak, arabuluculuk hakkındaki genel hükümleri düzenleyen bu Tavsiye Kararıdan önce uygulanacaktır. Bu nedenle, bu Tavsiye Kararının, aile hukuku uyuşmazlıklarıyla ilgili olduğu ölçüde R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararının hükümlerini bertaraf etmeyeceği açıktır.

## **III. Arabuluculuğun Düzenlenmesi**

Tavsiye Kararı, Devletlerin arabuluculuğu istedikleri şekilde düzenleyebileceklerini açıkça belirtmiştir; fakat Devletler, yapacakları yasal düzenlemelerde bu konudaki standartları mümkün olduğu ölçüde korumalıdır.

<sup>110</sup> Tavsiye kararı bu tanımlamayla, Adaletin Etkinliği Hakkında Uzmanlar Komitesince kabul edilen raporda yer alan tanımlamayı benimsemiş bulunmaktadır. Bkz. yuk. § 1. A

<sup>111</sup> Council of Europe, *Mediation* s. 14.

Pek çok ülkede arabuluculuk, işbirliği içinde çalışan veya tam tersine birbiriyle rekabet eden özel ve resmî kuruluşlarca icra edilmektedir. Arabuluculuğun kurumsal düzenlemesi ne olursa olsun, arabuluculuk mutlaka herkesin başvurusuna açık olmalıdır.

Arabuluculuk, yargılama sürecinin içinde veya dışında gerçekleşebilir.

Arabuluculuğa başvurulmasında en akılcı tutum hiç şüphesiz, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra mümkün olan en kısa sürede; yani, dava açılmadan önce arabuluculuğun başlatılmasıdır. Bununla birlikte, dava süreci başlatılsa bile, arabuluculuk hâlâ bir olasılık olarak kalmaya devam edecektir. Bu aşamada arabuluculuğun amacı artık, uyuşmazlığın mahkeme önüne taşınmasının önlenmesi değil; fakat, davanın yargılama yapılmadan önce bitirilmesi ve daha sonra doğabilecek uyuşmazlıkların önlenmesidir. Bu durum, hâkimlerin, dava açılmasından sonra davanın taraflarını arabuluculuğa yönlendirebileceğini göstermektedir. Tavsiye Kararının üçüncü ilkesinin beşinci maddesinde, mahkemelere ulaşma hakkının, tarafların haklarının korunması için en önemli güvenceyi oluşturduğu vurgulanmıştır<sup>112</sup>.

Bazı ülkelerde, arabuluculuğa başvurulması zamanaşımını kesmekteyken, diğer bazı ülkelerde zamanaşımı, arabuluculuk sırasında işlemeye devam etmektedir. Konuyla ilgili yasal düzenlemeler yapılırken, zamanaşımı sürelerinin etkisi, arabuluculuğun hızı ve niteliği dikkate alınmalıdır.

Tavsiye Kararında, gerek mahkeme yönetiminde arabuluculukta, gerek yargı dışı arabuluculukta, arabuluculuğun gereksiz gecikmelere yol açmaması ve taraflarca geciktirici bir taktik olarak kullanılmaması gerektiği belirtilmiştir. Yapılan bir taleple ilgili zamanaşımı sürelerinin etkisi, bu hâllerde mutlaka göz önünde tutulmalıdır.

Arabuluculuğun düzenlenmesinde dikkate alınacak yasal çerçeve açısından Tavsiye Kararı, arabuluculuğun, dava yolunun taraflar için tek başına pek uygun olmadığı durumlarda bilhassa faydalı olduğunu; özellikle, yargılama giderlerinin yüksekliği nedeniyle veya taraflar arasındaki ilişki ve görüşmelerin sürdürülmesinin gerekli olduğu hâllerde (örneğin komşular, aile üyeleri, ticarî faaliyetlerini sürdürmek isteyen şirket ortakları arasındaki ilişkilerde), dava yolunun şekli ve hasımlı yapısının elverişsiz olduğunu vurgulamıştır. Şirket ortakları arasındaki uyuşmazlıklarda, ortakların uzun yıllar birlikte çalışmasını sağlamak ve bir şirketin faaliyetlerini sürdürebilmesi için varlığı zorunlu olan karşılıklı güveni korumak arabuluculuk sayesinde mümkündür. Arabuluculu-

<sup>112</sup> Council of Europe, *Mediation* s. 15.

ğün karakteristik özelliklerinden biri de, ortakların arabuluculuk sırasında birbirlerinin kusurunu araştırmak yerine uyuşmazlığın çözümü üzerinde yoğunlaşmasını sağlamaktır. Böylece arabuluculuk, şirket ortaklarının aralarındaki uyuşmazlığa çözüm bulabilmeleri için elverişli bir ortam oluşturarak onların, uyulması zorunlu, katı ve çözüm üretmekte çoğu zaman sınırlı kalan aleyhte verilmiş bir mahkeme kararıyla karşılaşmalarını önleyecektir<sup>113</sup>.

Arabuluculuğun etkin ve mantıklı yapısı yanında, uyuşmazlık çözümüne getirdiği ekonomik ve sosyal yararlar da ayrıca incelenmelidir. Dava açılması yerine arabuluculuğa başvurulursa ve arabuluculuk başarılı olursa, taraflar uzlaşarak yargılama için harcayacakları zamandan ve masraflardan tasarruf etmiş olurlar. Bu gerçek, arabuluculuk için yapılan masraflarla yargılama giderlerinin karşılaştırılmasıyla görülmektedir. Buna ilaveten arabuluculuğun kullanılması, tarafların hem kendilerine, hem topluma karşı olan sorumluluklarının bilincine varmaları ve gereğini yerine getirmeleri bakımından daha tatminkâr bir çözüme ulaşmalarını sağlayacak ve bireyleri dava açmaya daha az eğilimli hâle getirmek suretiyle mahkemelerin iş yükünü azaltacaktır<sup>114</sup>.

Tavsiye Kararının üçüncü ilkesinin dokuzuncu maddesi Devletleri, vatandaşlara tamamen veya kısmen ücretsiz arabuluculuk imkânı sunmaya ve özellikle taraflardan birinin menfaatlerinin özel olarak korunmayı gerektirmesi hâlinde, arabuluculuk için adlî yardım olanağı sağlamaya davet etmektedir. Hızlı ve ucuz bir yargı sürecinin mevcut olmaması durumunda adlî yardımın varlığı gereklidir. Bazı davalarda avukatlar, arabuluculuğu kullanan kişilere yardımcı olmak için ücret almadan uyuşmazlık çözüm sürecine katılabilirler<sup>115</sup>. Nitekim, Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında taraflara ücretsiz arabuluculuk imkânı sunulmaktadır. Örneğin Kuzey Alabama Bölgesinde, dar gelirli kişilerin de ADR hizmetlerinden yararlanması için mahkeme, tarafsız üçüncü kişilerden yılda en az beş saat ücretsiz görev yapmalarını isteyebilmektedir; fakat, ücretsiz hizmet verilmesi bir zorunluluk değildir<sup>116</sup>. Benzer şekilde Güney Alabama Bölgesinde, ADR masraflarını ödeyemeyecek durumda olan kişiler talep ederlerse, arabulucu olarak mahkeme listesinde kayıtlı bulunan kişiler, yılda en

<sup>113</sup> Nicola Sterry, *ADR and partnership disputes: a sensitive solution* (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1992, Vol. 1, s. 154-156), s. 154.

<sup>114</sup> Arabuluculuk, ADR'nin genel olarak sunduğu yararlarla ve kendisinin sahip olduğu çeşitli avantajlara sahiptir. Bu konuda bkz. John H. Wilkinson, *Advantages and Obstacles to ADR* (Donovan Leisure Newton & Irvine ADR Practice Book, New York 1998, s. 11-29).

<sup>115</sup> Council of Europe, *Mediation* s. 16.

<sup>116</sup> Elizabeth Plapinger, Donna Stienstra, *ADR and Settlement in the Federal District Courts, a sourcebook for judges & lawyers*, Federal Judicial Center and the CPR Institute for Dispute Resolution 1996, s. 76.

az bir davada ücretsiz arabuluculuk yapmak zorundadırlar<sup>117</sup>. Birleşik Devletler'deki diğer federal bölge mahkemelerindeki uygulamalarda da gerek arabuluculuk, gerek diğer ADR usulleri hakkında benzer kurallar konulmuş bulunmaktadır<sup>118</sup>.

Bu ilke özellikle, uyuşmazlık konusu olan hak veya alacağın niteliği gereği, talep sahibinin dava sürecini başlatmaya istekli olmadığı hâllerde (örneğin, ihtilaf konusu olan miktarın ufak olması, talep sahibinin riske girmek istememesi veya taraflar arasında güç dengesizliği bulunması hâlinde) geçerlidir. Bu durumda arabuluculuğun faydası, yargılama giderlerinden tasarruf edilmesi değildir; çünkü dava süreci zaten başlatılmayacaktır. Bu hâlde arabuluculuğun faydası, tarafların eşit konumda olmadıkları bir hukukî ilişkide, ekonomik yönden avantajlı bir sonuca ulaşma imkânına sahip olmalarıdır. Mevcut uyumsuzluğun türüne göre, tamamen veya kısmen ücretsiz olan bir arabuluculuk sürecinin kullanılmasına karar verilebilir. Örneğin, tüketici uyuşmazlıklarının, işverenlerle işçiler arasındaki uyuşmazlıkların veya sağlık sektöründe ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğa başvurulabilir. Görüldüğü gibi, tarafların birbirleriyle olan ilişkilerinde eşit olmadıkları hâllerde arabuluculuk kullanılabilir.

Buna ek olarak bu ilke, alacak davaları gibi genellikle küçük miktarları konu alan çok sayıda davanın açıldığı alanlarda özellikle geçerlidir. Bu hâllerde alacaklılar, arabuluculuğu kullanarak borçluları, borçlarını ifa etmeye ikna edebilirler.

Arbuluculuk usullerinde adlî yardımın kullanılma koşulları, mevcut yargılama sistemlerinin özel gereksinimlerine göre değişecektir.

Tavsiye Kararının üçüncü ilkesinin onuncu maddesine göre, arabuluculuk masraflarının makul ve hem uyuşmazlık konusunun değeriyle hem de arabulucu tarafından yapılan işin mahiyetiyle orantılı olması gerekir. Arabuluculuğun ekonomik avantajları, tarafların arabuluculuk için yaptıkları masraflara, dava için yapılan masraflara ve uyuşmazlığın türüne bağlıdır. Hukuk sistemlerinin çoğunda küçük miktarları konu alan uyuşmazlıklar, yargılama usullerinin nispeten daha az şekli ve özellikle avukatla temsil zorunluluğu olmadığı için yargılamanın daha az masraflı olduğu mahkemelerde görülürken; uyuşmazlık konusu olan mal veya hakkın değerinin yüksek olduğu davalar, yargılama usulünün daha karmaşık ve ayrıntılı olduğu ve avukatla temsilin zorunlu bulunduğu mahkemelerde görülmektedir<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> Plapinger, Stienstra s. 79.

<sup>118</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Plapinger, Stienstra s. 29 vd.

<sup>119</sup> Council of Europe, *Mediation* s. 17.



#### IV. Arabuluculuk Süreci

Tavsiye Kararının dördüncü ilkeyi düzenleyen kısmında zikredilen ilkelerin bazıları, aile arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararında da yer almaktadır. Dördüncü ilkenin on birinci maddesi, bir uyuşmazlığı arabuluculuğa havale eden anlaşmalarla ilgilidir. Tavsiye Kararı, bu anlaşmaların hukukî durumu hakkında belli bir görüş benimsememiş ve tarafların dava haklarını (*rights of action*) sınırlayan bu gibi anlaşmaların, sadece tacirler arasındaki ilişkilerde etkili olup olmaması konusunun belirlenmesinde Devletleri serbest bırakmıştır<sup>120</sup>. Ayrıca Devletler, bu gibi anlaşmaların (özellikle elektronik ticaret gibi alanlarda) tahkim şartlarıyla aynı hukukî etkiye sahip olup olmayacağını da belirlemelidirler. Bu konuda üye Devletlerdeki yasal düzenlemeler farklılık göstermektedir. Buna karşılık, dava hakkının kullanılmasını sınırlayan sözleşmeler, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesince güvence altına alınan mahkemelere ulaşma hakkının (hak arama hürriyetinin) aşırı ölçüde kısıtlanmasına yol açmamalıdır.

Dördüncü ilkenin on ikinci maddesinde, arabulucuların bağımsız ve tarafsız hareket ederek, arabuluculuğun işleyişi sırasında silahların eşitliği ilkesine uyulmasını sağlamalarının gerekli olduğu belirtilmiştir.

Arabulucunun tarafsızlığı, arabuluculuk usulünün temel özelliğidir. Arabulucunun, uyuşmazlığın çözülmesiyle ortaya çıkacak sonuçtan veya taraflardan birinden herhangi bir menfaati olmamalıdır<sup>121</sup>. Aile arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararında belirtildiği gibi, arabulucunun "tarafsızlığı" (*impartiality*), onun taraflardan birine karşı diğerinin yanında veya diğerinin menfaatlerini koruyan bir davranış içinde olmamasını gerektirir<sup>122</sup>. Arabulucu, tarafların zarar görme korkusuyla veya kendilerine zarar verileceği tehdidiyle menfaatlerinin zarar görmesini önleme görevine ek olarak, her iki tarafın görüşlerini de dikkate almalıdır. Arabulucu, uyuşmazlık çözüm sürecini mümkün olduğu kadar adil bir şekilde yönetmeli, taraflar arasındaki güç dengesizliğini gidermeli ve taraflardan herhangi birinin hile, tehdit veya baskı yoluna başvurmalarını engellemelidir. Taraflardan birinin adına ve hesabına hareket eden ve bu tarafı temsil eden bir avukattan farklı olarak arabulucu, taraflardan herhangi birinin menfaatleri için çalışmaz. Arabulucuyla taraflar arasında geçmişte veya arabuluculuk sırasında meslekî ya da kişisel biri ilişki bulunmamalıdır<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> Arabuluculuk şartlarının bağlayıcılığı konusundaki tartışmalar için bkz. yuk. § 2. B, II/2.

<sup>121</sup> Marsha L. Merrill, *Mediation* (Handbook of Alternative Dispute Resolution, Austin 1990, s. 37-55), s. 43; Brown, Marriott s. 128; Scanlon s. 11; Özbek s. 209.

<sup>122</sup> Council of Europe, *Family Mediation*, s. 19.

<sup>123</sup> Council of Europe, *Mediation* s. 18. Arabuluculukta tarafsızlık, arabuluculuğun teorisi ve uygulaması için önemli bir kavramdır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Sara Cobb, Janet Rifkin, *Practice and Paradox: Deconstruction Neutrality in Mediation* (Law and Social Inquiry 1991, Vol. 16, s. 35-62).

Arabulucunun "bağımsızlığı" (*independence*), onun herhangi birisi tarafından haksız bir şekilde etki altına alınmamasını ifade eder. Arabulucular tarafları, belli bir çözüm şeklini kabul etmeye veya belli bir çözüm şeklinin koşullarını takip etmeye zorlayamaz<sup>124</sup>. Taraflar kendi anlaşmalarının koşullarına kendileri karar verecekler ve ortak bir karar alacaklardır. Arabulucunun görevi bu süreci kolaylaştırmaktır. Taraflar, kendi özel koşullarına uygun gördükleri kararları alabilirler. Bu durum, tarafların kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruyacak bir usul içinde, kendi meseleleri hakkında anlaşmaları konusunda yetkili olduklarının kabul edilmesidir. Bununla beraber taraflar, mahkemeden, aralarında yaptıkları anlaşmanın onaylanmasını talep ederlerse, bu anlaşmanın kanuna uygun olduğu ve tarafların haklarını ihlâl etmediği konusunda mahkemede bir kanaat oluşturmalıdırlar.

Dördüncü ilkenin on üçüncü maddesi, arabuluculuğun özel bir ortamda yönetilmesi ve müzakerelerin gizli tutulması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Bu hükmün anlamı, arabulucunun, arabuluculuk süreci esnasında elde ettiği bilgi ve belgeleri, tarafların açık rızası olmadan veya kanunî bir düzenleme izin vermeden hiç kimseye açıklayamamasıdır. Arabulucunun, söz konusu bilgi ve belgeleri mahkemeye delil olarak sunmaktan imtina etme hakkına sahip olup olmayacağı millî hukuk sistemlerinin düzenlemesine bırakılmıştır. Arabulucuların, taraflar arasında yapılan anlaşmaların muhtevasını belirten ve taraflarca kabul edilen bir raporu yargı mercilerine veya diğer yetkili mercilere sunmasının kabul edilebilir olmasına rağmen, arabulucular, arabuluculuk müzakerelerinin içeriği hakkında rapor hazırlamakla yükümlü tutulmamalıdırlar<sup>125</sup>; aksi hâlde arabuluculuğun gizliliği ihlâl edilebilir. Tavsiye Kararının bu ilkesi, arabuluculukta gizliliğin korunması konusunda mukayeseli hukukla aynı doğrultudadır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında, 1998 tarihli Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanununun 652'nci maddesi<sup>126</sup>, her bölgeye, kendi bölgelerinde kabul edecekleri kurallarla, ADR usullerinin gizliliğini sağlama ve uyuşmazlık çözüm müzakerelerindeki gizli bilgilerin açıklanmasını yasaklama yetkisi vermiştir<sup>127</sup>. Benzer şekilde, Federal Delil Yasasının 501'inci maddesi<sup>128</sup>, Anayasanın, federal

<sup>124</sup> Merrill s. 43.

<sup>125</sup> Benzer bir hükmün yer aldığı Birleşik Devletler Model Arabuluculuk Kanununun 7'nci maddesine göre, arabulucunun, arabuluculuk müzakereleri hakkında rapor hazırlaması, değerlendirme veya tavsiye yapması yasaktır (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Mediation Act*, Chicago 2001, s. 36)

<sup>126</sup> Alternative Dispute Resolution Act of 1998, 28 U.S.C. § 652 (*Federal Civil Judicial Procedure and Rules*, West Group 2001, s. 785).

<sup>127</sup> Charles W. Ehrhardt, Confidentiality, Privilege and Rule 408: The Protection of Mediation Proceedings in Federal Court (Louisiana Law Review 1999, Vol. 60, s. 91-126), s. 101.

<sup>128</sup> Rules of Evidence for United States Courts and Magistrates, Rule 501, General Rule (*Federal Civil Judicial Procedure and Rules* s. 389).

yasaların veya Yüksek Mahkemece kabul edilen kuralların içerdiği "ortak hukuk ilkelerine göre"<sup>129</sup> bir delil imtiyazı öngörmüştür. Birleşik Devletler'de farklı eyaletlerin yasalarında ve Model Arabuluculuk Kanununda<sup>130</sup> (*Uniform Mediation Act, Section 4, Privilege Against Disclosure; Admissibility; Discovery*) arabuluculukta gizliliğin korunmasını sağlayan hükümlere yer verilmiştir<sup>131</sup>.

Dördüncü ilkenin on dördüncü maddesi, arabuluculuk sürecinde taraflara, uyuşmazlık konusu üzerinde ve uyuşmazlığın olası çözüm şekilleri hakkında düşünmeleri için yeteri kadar zaman tanınması gerektiğini belirtmektedir.

### **V. Arabulucuların Eğitimi ve Sorumluluğu**

Beşinci ilkenin on beşinci maddesine göre Devletler, özellikle "zorunlu" arabuluculuk hâllerinde, arabulucuların seçimi, sorumlulukları, eğitimi ve nitelikleri hakkında uygun standartların gelişmesini özendirecek tedbirleri almalıdırlar<sup>132</sup>. Uluslararası uyuşmazlıklarla ilgili konularda da söz konusu tedbirler alınmalı, sınır ötesi uyuşmazlıkların arabuluculukla ılımlı bir ortamda (örneğin, mekik diplomasisi, video konferansı gibi çeşitli yöntemlerin kullanılması suretiyle) çözülebilmesi için özel etkenler göz önünde tutulmalıdır. Devletler, bu gibi tedbirlerin kamu sektöründe uygulanmasından tamamen sorumlu olmalı ve özel sektörde de arabulucuların eğitilmesini sağlamalıdırlar<sup>133</sup>.

Arabuluculuk eğitiminin en gelişmiş olduğu ülkelerden biri Birleşik Devletler'dir. Birleşik Devletler'de, hukukçuların arabuluculuk hünerlerini öğrenmeleri için gerekli olan eğitime hukuk fakültelerinden başlanmakta ve hukukçuların sadece hukuk bilgisine değil, aynı zamanda kişiler arasındaki ilişkiler, kişisel bilinç, soğuk kanlılık ve empati, dinleme sanatı, anlaşmazlık çözümü ve işbirliği gibi temel beşerî yetenekleri de kazanmaları için çaba gösterilmektedir<sup>134</sup>. Bunun

<sup>129</sup> Bu ilkeler hakkında geniş bilgi için bkz. Ehrhardt s. 111-124.

<sup>130</sup> National Conference of Commissioners on Uniform State Laws s. 15; Monica Rausch, *The Uniform Mediation Act* (Ohio State Journal on Dispute Resolution 2003, Vol. 18, s. 603-618), s. 608 vd.; Scott H. Hughes, *The Uniform Mediation Act: To The Spoiled Go The Privileges* (Marquette Law Review 2001, Vol. 85, s. 9-77), s. 24 vd.; Ellen E. Deason, *The Quest For Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability?* (Marquette Law Review 2001, Vol. 85, s. 79-111), s. 84 vd.

<sup>131</sup> Ehrhardt s. 91. Gizlilik hakkında geniş bilgi için bkz. Goldberg, Sander, Rogers s. 419-445; Brown, Marriott s. 487-504; Maureen A. Weston, *Confidentiality's Constitutionality: The Incursion on Judicial Powers to Regulate Party Conduct in Court-Connected Mediation* (Harvard Negotiation Law Review 2003, Vol. 8, s. 29-79).

<sup>132</sup> Fransız hukuk eğitiminde arabuluculuğun durumu hakkında bilgi için bkz. Alain Lempereur, *Negotiation and Mediation in France: The Challenge of Skill-Based Learning and Interdisciplinary Research in Legal Education* (Harvard Negotiation Law Review 1998, Vol. 3, s. 151-174).

<sup>133</sup> Council of Europe, *Mediation* s. 19.

<sup>134</sup> Floralynn Einesman, Linda Morton, *Training a New Breed of Lawyer: California Western's Advanced Mediation Program in Juvenile Hall* (California Western Law Review 2002, Vol. 39, s. 53-68), s. 54.

gibi Birleşik Devletler'de, yetişen genç kuşakların gelecekte daha barışçıl bir toplum oluşturması için, ilk okul ve orta okul aşamasında küçüklere de arabuluculuk hüneleri ve diğer ADR usulleri üzerinde eğitim verilmektedir<sup>135</sup>. Ayrıca arabuluculuktan, çocuk mahkemelerinde de faydalanılmaktadır<sup>136</sup>.

### **VI. Arabuluculuk Sonunda Yapılan Anlaşmalar**

Altıncı ilkenin on altıncı maddesi, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların şekli ve içeriğiyle ilgilidir. Bu maddeye göre, yapılan anlaşmanın konusunu, kapsamını ve sonuçlarını belirlemek için, her arabuluculuk usulünün sonunda yazılı belge düzenlenmelidir. Tarafların böyle bir belgenin hazırlanmamasına karar verebilecek olmalarından dolayı, Tavsiye Kararında "çoğunlukla" kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir. Bunun yanında on altıncı madde, anlaşmanın yazılı hâle getirilmesinden sonra ve fakat imzalanmasından önce, taraflara düşünmeleri için belli bir süre izin verilmesi gerektiğini de belirtmiştir. Bu düşünme süresinin ne kadar olacağını taraflar tespit etmelidir. Taraflar bu süreyi kullanmama hakkına sahiptirler; fakat kullanmaya karar verirlerse, düşünme süresinin uyuşmazlığın çözülmesini geciktirici bir taktik olarak kullanılmasını engellemek amacıyla, karşılıklı anlaşarak bu süreyi sınırlamalıdır.

Taraflar arasında anlaşma yapılması hâlinde, temel uyuşmazlığın mahkemeye götürülmesine gerek kalmasa da, ileride bu anlaşmadan veya anlaşmanın yorumundan kaynaklanabilecek uyuşmazlıklar mahkemeye götürülebilir. Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların geçerliğinden ve kapsamından dolayı ortaya çıkan hukukî uyuşmazlıklar oldukça karmaşıktır. Bu nedenle söz konusu anlaşmaların, taraflara ait hak ve borçların kapsamını ve içeriğini açıkça belirtecek bir şekilde hazırlanması çok önemlidir. Uzlaşmaya ilişkin anlaşmalar, uyuşmazlığın konusunu, tarafların hak ve borçlarını ve üzerinde uzlaşmaya varılan hususları özel olarak gösteren karmaşık sözleşmelerdir. Tavsiye Kararı bu yüzden, uyuşmazlıkların çoğunda arabulucunun yazılı bir anlaşma metni düzenlemesinin ve bu metnin imzalanmasından önce taraflara düşünmeleri için münasip bir mehil verilmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir.

Nihayet, altıncı ilkenin on yedinci maddesi, arabulucuların, sonuçta yapılan anlaşmanın etkileri ve tarafların bu anlaşmayı icra ettirmek istemeleri hâlinde takip edecekleri usul hakkında, tarafları bilgilendirmelerinin yararlı olacağına işaret etmiştir. Bazı hukuk sistemlerinde taraflar, bu anlaşmaların doğrudan icra edilmesini talep etme hakkına sahipken, diğer bazı hukuk sistemlerinde

<sup>135</sup> Glenda L. Cottam, *Mediation and Young People: A Look at How We've Come* (Creighton Law Review 1996, Vol. 29, s. 1517-1545), s. 1522.

<sup>136</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Cottam s. 1531 vd.

özel bir usul izlemek zorundadırlar; fakat her halükârda, bu anlaşmaların icra edilebilmeleri için kamu düzenine aykırı olmamaları şarttır<sup>137</sup>.

Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların icra edilebilirliği meselesi, her ülkede farklı şekilde düzenlenmiştir. Bazı ülkelerde bunun için, söz konusu anlaşmaların mahkemece "onaylanması" gerekirken, diğer bazı ülkelerde bu anlaşmalar, mahkeme dışındaki mercilerin işlemleriyle (örneğin bir noter işlemleriyle) icraîlik vasfını kazanmaktadır. Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların icra edilebilirliği meselesi, Avrupa Birliği'nin sınırları dahilinde ilamların (ve ilam niteliğindeki belgelerin) serbest dolaşımıyla ilgili Avrupa Birliği düzeyinde hazırlanacak kuralların ışığında düzenlenmelidir.

### **VII. Arabuluculuk Hakkında Bilgi**

Tavsiye Kararının yedinci ilkesi, pek çok Devlette arabuluculuğun yeteri kadar anlaşılmadığı veya gerektiği gibi kullanılmadığı gerçeğine dikkati çekmektedir. Oysa, kişilerin uyuşmazlıklarını mahkeme önüne götürmektense dostane yollarla çözmek istedikleri açıktır.

Devletler, arabuluculukla ilgili olarak toplumda hâkim olan kanaat ve anlayışı düzeltmek için çeşitli yöntemler geliştirmeli; özellikle mahkeme yönetimli arabuluculuğun işleyişi hakkında, tanıtıcı ve bilgilendirici programlar, yazılı malzemeler ve medya aracılığıyla toplumu ve bireyleri aydınlatmalıdır. Bu bilgilendirmede, arabuluculuğun masrafları, etkinliği ve faydaları da açıklanmalıdır. Tavsiye Kararında ayrıca, hukukçuların ve adlî mercilerle diğer yetkili mercilerin arabuluculuk usulünü iyi anlamalarını ve arabuluculuğu kullanmak isteyen taraflara doğru bilgi vermelerini sağlamanın önemi vurgulanmıştır.

### **VIII. Milletlerarası Boyut**

Sekizinci ilke, milletlerarası unsur taşıyan uyuşmazlıklarda arabuluculuğun durumuyla ilgilidir. Avrupa'nın günümüzde ulaştığı yüksek sosyal, hukukî, politik ve ekonomik bütünleşme düzeyinde bu tür uyuşmazlıklar giderek daha çok görülmektedir. Bu nedenle, Tavsiye Kararının yirmi ikinci maddesinde Devletler, milletlerarası unsur taşıyan uyuşmazlıklarda arabuluculuğun kullanılmasını özendirecek mekanizmalar kurmaya teşvik edilmişlerdir. Özellikle yirmi üçüncü maddede Devletlerin, milletlerarası arabuluculuğun kullanılmasını kolaylaştırmak düşüncesiyle, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili olarak faaliyet gösteren kuruluşlarla işbirliğini geliştirmeleri şart kılınmıştır<sup>138</sup>.

<sup>137</sup> Council of Europe, *Mediation* s. 20.

<sup>138</sup> Council of Europe, *Mediation* s. 21.

Bakanlar Komitesi, Tavsiye Kararının son kısmında, Tavsiye Kararında belirtilen ilkelerin Avrupa Topluluğu çapında uygulanmasını sağlamak amacıyla, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine, bu Tavsiye Kararının Avrupa Birliğinin yetkili organlarına gönderilmesi için talimat vermiştir. Tavsiye Kararının bu kısmı, arabuluculukla ilgili olarak Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliğinin çalışmalarını örgütlenme ve düzenleme konusunda, giderek artan bir ihtiyaca cevap verilmesini sağlamıştır. Gerçekten Avrupa Komisyonu, Avrupa Adalet Bakanlarının 2000 yılının Haziran ayında Londra'da gerçekleştirdikleri 23'üncü Konferansta kabul ettikleri 1 numaralı Kararda yer alan tavsiyeler hakkında ve özellikle, arabuluculuk ve diğer yargı dışı uyuşmazlık çözüm usulleriyle ilgili konularda, Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği arasında yakın işbirliği kurulmasına özel önem verdiğini açıklamıştır. Benzer şekilde, yargı dışı kararlar da dahil olmak üzere kararların tanınması ve tenfizini düzenleyen Avrupa Topluluğu Anlaşmasının 65'inci maddesi bu konuyla ilgilidir<sup>139</sup>. Son olarak, arabuluculuk hakkında Avrupa Konseyince kabul edilen diğer Tavsiye Kararları gibi bu Tavsiye Kararı da, Yeşil Kitabın uygulanmasında Avrupa Komisyonuna yardımcı olacaktır. Bu Tavsiye Kararında Avrupa Birliği, arabuluculuk hakkında Avrupa Birliği seviyesinde kurallar hazırlarken, Tavsiye Kararında yer alan hükümlerin izlenmesi, geliştirilmesi, tamamlanması veya uygulanmasının kolaylaştırılması ümidiyle, Avrupa Konseyince, belirlenen ilkeleri dikkate almaya çağrılmaktadır<sup>140</sup>.

## SONUÇ

Kişilerin, adil yargılanma hakları (Anayasa m. 36, I; İHAS m. 6) zarar görmeyen haklarını arayabilmeleri için yargının etkinliği büyük önem taşır. İnsan haklarının korunmasında en büyük güvence yargıdır. Türk yargı sisteminde gerek hukuk davalarının, gerek ceza davalarının uzun sürmesi ve mahkemelelerin aşırı iş yükü altında olması, yargının etkinliğine zarar vermektedir. Bu durum İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Türkiye ile ilgili kararlarında da eleştiri noktası olmaktadır. 2002 yılında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin, Türkiye'de davaların aşırı uzaması nedeniyle verdiği karar sayısı on birdir. Bu kararlardan çıkan sonuç, ülkemizin yargı sisteminin yavaş işlediği ve davaların sonuçlanmasının uzun zaman aldığıdır. Avrupa Komisyonunun, Türkiye'nin Avrupa Birliği üyeliğine ilişkin hazırladığı ilerleme raporuna göre, 2002 yılının Eylül ayı itibarıyla 1.153.000 ceza davası ve 348.000 hukuk davası derdest bu-

<sup>139</sup> Avrupa Topluluğu Anlaşmasının 65'inci maddesinin yer aldığı 3'üncü Bölüm, hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkindir (<http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/en/entoc05.htm>).

<sup>140</sup> Council of Europe, *Mediation* s. 22.

lunmaktadır. Davların ortalama sonuçlanma süresi, ceza mahkemelerinde 406 gün, hukuk mahkemelerinde 241 gün ve çocuk mahkemelerinde 755 gündür<sup>141</sup>.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği Bürosunun, 11-12 Haziran 2003 tarihinde Türkiye'ye yaptığı ziyaret sonucunda açıkladığı raporda, Türk mercilerinin, mahkemelerin altında buldukları aşırı iş yükünü azaltmak için büyük çaba göstermelerinin ve bu soruna acilen çözüm bulmalarının zorunlu olduğu vurgulanmıştır. Raporda, çok ağır işleyen bir yargı sisteminin, çoğu zaman yargı sisteminin hiç olmaması kadar kötü sonuçlar doğuracağına işaret edilmiştir<sup>142</sup>.

Benzer şekilde, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından 2003 yılında hazırlanan raporda da, küçük uyuşmazlıkların mahkemelere getirilmesinin sebebinin, Türkiye'de özel hukuk alanında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bulunmayışı olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu raporda, mevzuatımızda, özel hukuk uyuşmazlıklarının, uzlaştırma kurulları ya da benzer organlar tarafından çözülebilmesine imkân verecek usul kurallarına ilişkin değişikliklerin yapılması tavsiye edilmiştir<sup>143</sup>.

Yargı sisteminin etkinliğinin artırılması için alınabilecek tedbirlerden en önemlisi<sup>144</sup>, hiç şüphesiz ki ADR usullerinin ve özellikle arabuluculuğun hukukumıza iktibas olunmasıdır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ADR hakkındaki çalışmaları ve arabuluculukla ilgili R (2002) 10 sayılı Tavsiye Kararı dikkate alındığında, özel hukuk uyuşmazlıklarıyla ilgili olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, arabuluculuğun düzenlenmesinin bir zorunluluk olduğu açıkça görülmektedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yapılacak bir değişiklikle, emsal kanunlar da nazara alınarak, "yargı dışı arabuluculuk ve yargısal arabulu-

<sup>141</sup> Devlet Plânlama Teşkilatı Avrupa Birliği ile İlişkiler Genel Müdürlüğü, *Türkiye'nin Avrupa Birliğine Katılım Sürecine İlişkin 2002 Yılı İlerleme Raporu*, Ankara 2002, s. 13-14).

<sup>142</sup> Office of the Commissioner for Human Rights, Report by Mr. Alvaro Gil-Robles, Commissioner for Human Rights, on his Visit to Turkey, Strasbourg 2003, s. 34.

<sup>143</sup> Avrupa Birliği Komisyonu, *Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi, İstisarı Ziyaret Raporu* (Hazırlayanlar: Kjell Bjornberg Paul Richmond), Brüksel, 28 Eylül 2003-10 Ekim 2003, s. 117.

<sup>144</sup> İnsan Hakları Komiserliği hazırladığı raporda, bu amaçla alınabilecek bir tedbir olarak ülkemizde istinaf mahkemesinin kurulmasını göstermiş ve bu sayede yargının sür'atının ve etkinliğinin artacağını belirtmiştir (aynı görüş için bkz. Devlet Plânlama Teşkilatı Avrupa Birliği ile İlişkiler Genel Müdürlüğü, *Türkiye'nin Avrupa Birliğine Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu*, Ankara 2003, s. 18). Ancak, kanımca bu görüşe katılmaya imkân yoktur; zira, istinaf mahkemeleri hukuk devleti ilkesi uyarınca güvenceli adaleti sağlamak amacıyla kurulabilir, mahkemelerin iş yükünü azaltma amacını taşımaz. Tam tersine bu hâlde, ilk derece ve üst derece mahkemelerinin arasına ikinci derece olarak istinaf mahkemeleri gireceğinden, davaların görülme süresi daha da uzar. Bu nedenle, istinaf mahkemeleri kurulmadan önce mutlaka etkili bir ADR sistemi oluşturulmalıdır. Mahkemelerin halihazırdaki iş yüküyle üç dereceli bir yargı sisteminin sağlıklı işlemesi mümkün değildir (İstinaf mahkemeleri hakkında geniş bilgi için bkz. Kamil Yıldırım, *Hukuk Devletin Gereği: İstinaf*, İstanbul 2000; Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf*, İstanbul 1979).

culuk" ayrı bir başlık altında ayrıntılı hükümlerle düzenlenmelidir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, dava açılmasından önceki aşamada yargı dışı arabuluculuğun önü açılırken, dava açılmasından sonra da mahkeme yönetimli arabuluculuğun kullanılma imkânı getirilmelidir. Bu sayede yargının işlevselliğinin artırılmasıyla kalınmayacak, Avrupa Birliği bünyesinde ADR ve arabuluculukla ilgili olarak yapılan yasal düzenlemelere uyum da sağlanacaktır.